



**HAL**  
open science

# Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé

Ariana Macaya Lizano

► **To cite this version:**

Ariana Macaya Lizano. Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014. Français. NNT : 2014PA010307 . tel-01982171

**HAL Id: tel-01982171**

**<https://theses.hal.science/tel-01982171>**

Submitted on 15 Jan 2019

**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.

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE  
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT FISCAL

**Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit**

*Histoire, mémoire et droit :  
les usages juridiques du passé*

*Présentée et soutenue publiquement par*

**Ariana MACAYA LIZANO**

*Le 23 septembre 2014*

Sous la direction de

**M. Michel VERPEAUX**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Membres du Jury :**

Mme. Julie BENETTI, Professeur à l'Université de Reims (rapporteur)

M. Jean-Noël JEANNENEY, Professeur émérite des universités à l'Institut d'études politiques de Paris

M. Xavier PHILIPPE, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (rapporteur)

M. Étienne PICARD, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

M. Michel VERPEAUX, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

*Volume I*



*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



## Liste des principales abréviations utilisées

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AIJC	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
AJCT	<i>Actualité juridique collectivités territoriales</i>
AJDA	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
ARS	<i>Archiv für Rechts und Sozialphilosophie</i>
Ass.	<i>Assemblée</i>
BOE	<i>Boletín oficial del Estado (Espagne)</i>
CA	<i>Cour d'appel</i>
CAA	<i>Cour administrative d'appel</i>
Cah. Dr. eur.	<i>Cahiers de droit européen</i>
CC	<i>Conseil constitutionnel</i>
CCC	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>
CE	<i>Conseil d'État</i>
CEDH	<i>Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales</i>
CESEDA	<i>Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile</i>
CGCT	<i>Code général des collectivités territoriales</i>
CIDH	<i>Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme</i>
CIJ	<i>Cour internationale de justice</i>
Civ.	<i>Chambre civile de la Cour de cassation</i>
CJCE	<i>Cour de justice des communautés européennes</i>
CJEG	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CJFI	<i>Courrier juridique des finances et de l'industrie</i>
CJUE	<i>Cour de justice de l'Union européenne</i>
Cour EDH	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
Cour IDH	<i>Cour interaméricaine des droits de l'homme</i>
CPJI	<i>Cour permanente de justice internationale</i>
Crim.	<i>Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CRDF	<i>Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux</i>
CSA	<i>Conseil supérieur de l'audiovisuel</i>
DP	<i>Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz) jusqu'en 1941.</i>
Dr. Adm.	<i>Droit administratif (revue)</i>
Dr. Fisc.	<i>Revue de droit fiscal</i>
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
GACE	<i>Grands avis du Conseil d'État</i>
GACEDH	<i>Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme</i>
GAJA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
GDCC	<i>Grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
GDJDC	<i>Grandes décisions de la jurisprudence. Droit constitutionnel.</i>
I-Con	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
JCP	<i>La Semaine Juridique, Édition Générale</i>
JCP Adm	<i>La Semaine Juridique, Administrations et collectivités territoriales</i>
JDI	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>

JT	<i>Journal des tribunaux</i>
Leb.	<i>Recueil Lebon. Recueil des décisions du Conseil d'État</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
Ord.	<i>Ordonnance</i>
PFRLR	<i>Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République</i>
QPC	<i>Question prioritaire de constitutionnalité</i>
RA	<i>Revue administrative</i>
RBDC	<i>Revue belge de droit constitutionnel</i>
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
Rec.	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
Ref.	<i>Juge des référés</i>
Rev. dr. soc.	<i>Revue de droit social</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RFSP	<i>Revue française de sciences politiques</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RLC	<i>Revue Lamy de la concurrence</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RSDA	<i>Revue semestrielle de droit animalier</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD Com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
RUDH	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
SGG	<i>Secrétariat général du gouvernement</i>
TA	<i>Tribunal administratif</i>
T. confl.	<i>Tribunal des conflits</i>
TDP	<i>La tribune du droit public</i>
TFUE	<i>Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</i>
UE	<i>Union européenne</i>
UNESCO	<i>Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture</i>

## Remerciements

Ce travail n'a été possible que grâce au soutien de M. le professeur Michel VERPEAUX, qui a assuré la direction de cette thèse. Sa disponibilité, la qualité de sa direction et le témoignage de sa confiance ont été précieux durant ses longues années de travail. Qu'il me soit donc permis de lui adresser mes plus sincères remerciements.

Mes remerciements vont aussi à mes parents, Gabriel et Ana Victoria MACAYA. Leur soutien sans faille et leurs conseils toujours pertinents ont été vitaux pour la réalisation de cette thèse. Suivre leurs pas à l'Université française est pour moi le plus grand des honneurs. Je remercie aussi ma sœur Daniela MACAYA-HEFFERON et sa famille pour son aide précieuse et pour m'avoir toujours proposé un havre de paix et de bonheur afin de me ressourcer.

Cette aventure intellectuelle et humaine doit beaucoup au soutien de mes amis, tout particulièrement Daphne AKOUMIANAKI, Mathilde HEITZMANN-PATIN, Andréas KALLERGIS, Themis RAPTOPOULOS et Stella THANOU. Vous m'avez honoré de votre amitié et je vous serai éternellement reconnaissante. De même, malgré la distance, María Paula BARRANTES et Amelia BRENES ont pu m'accompagner durant toutes ses années, réaffirmant la profonde amitié qui nous unit depuis nos premiers pas à la Faculté de droit.

Je tiens aussi à remercier Anne-Charlène BEZZINA, Gabriel BOCKSANG HOLA, Claire CUVELIER, Meryem DEFFAIRI, Marie-Odile PEYROUX-SISSOKO, Simon HAAS et Apostolis VLACHOGIANIS, pour leurs conseils et relectures attentives. Vous trouverez dans ces pages les traces de nos échanges toujours fructueux.

Cette thèse a été en partie réalisée grâce à une bourse de l'Université du Costa Rica et de l'Ambassade de France au Costa Rica. Je remercie tout particulièrement les doyens de la Faculté de droit, MM. les professeurs Rafael GONZÁLEZ-BALLAR, Daniel GADEA et Alfredo CHIRINO, ainsi que M. le professeur Marvin CARVAJAL de leur confiance. Pour leur aide et leur soutien, je remercie aussi Mme. le professeur Ana SITTENFELD, directrice du Bureau de coopération extérieure de l'Université du Costa Rica, et Mme. Graciela MACAYA, de l'agence Campus France au Costa Rica.





*À mes parents.*



# SOMMAIRE

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

### PREMIÈRE PARTIE : LA FONDATION DU DROIT PAR LE PASSÉ

#### **Titre I : Le passé comme cadre de l'interprétation et de l'application de la norme**

Chapitre I. Le passé comme élément pour l'interprétation de la norme à appliquer.

Chapitre II. La prise en compte du passé dans l'examen des faits.

#### **Titre II : Le passé comme source du droit**

Chapitre I. Le passé comme fondement de la légitimité de l'ordre constitutionnel

Chapitre II. Le passé comme source de normes juridiques

### SECONDE PARTIE : L'ORGANISATION DU PASSÉ PAR LE DROIT

#### **Titre I : La mise en place d'une mémoire partagée**

Chapitre I. La construction d'un récit commun sur le passé

Chapitre II. La gestion de la réconciliation : entre oubli et réparations

#### **Titre II : Les déformations dialectiques du droit et du passé**

Chapitre I. Le risque de fragilisation de la règle de droit

Chapitre II. La juridicisation du passé

## CONCLUSION GÉNÉRALE



# Introduction générale

*« Aucune existence du présent sans présence du passé, et donc aucune lucidité du présent sans conscience du passé. Dans la vie du temps, le passé est à coup sûr la présence la plus lourde, donc possiblement la plus riche, celle en tout cas dont il faut à la fois se nourrir et se distinguer ».*

Alphonse DUPRONT, *Présent, passé, histoire*<sup>1</sup>.

Les rapports entre le droit et le passé ont une longue histoire. En effet, un des premiers rôles de Thémis, déesse de la Justice, de la Loi et de l'Équité, fut celui de gardienne ou de témoin de l'histoire : « instituer le passé, certifier les faits advenus, garantir l'origine des titres, des règles, des personnes et des choses : voilà la plus ancienne et la plus permanente des fonctions du juridique »<sup>2</sup>. De même, jusqu'au dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, la muse Clio était au service du Prince, elle était chargée de fournir à l'État « mythes d'origine, récits de fondation et de légitimation, généalogies célébratrices, modèles de vie et leçons de conduite pour les grands »<sup>3</sup>, afin de justifier l'exercice de son autorité.

À partir des années 1980, un nouveau personnage est venu perturber les relations entre le droit et le passé : Mnémosyne, mère de Clio, représentant la mémoire. L'irruption du débat sur la place de la mémoire dans la représentation et la reconstruction publiques du passé coïncide avec les revendications sociales pour la connaissance et la reconnaissance des souffrances liées aux grands crimes du XX<sup>e</sup> siècle. Au nom d'un certain « devoir de mémoire »<sup>4</sup> qui se traduit par une injonction à ne pas oublier les atrocités commises, il est possible de constater un processus de *juridicisation* du passé. Ce processus se manifeste, d'un

---

<sup>1</sup> A. DUPRONT, « Présent, Passé, Histoire », *L'Histoire et l'Historien*, Paris : Fayard, Coll. Recherches et Débats

<sup>2</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 43.

<sup>3</sup> P. NORA, « La politisation de l'histoire », *Le Nouvel Observateur*, hors série : L'histoire en procès, 2008, p. 8.

<sup>4</sup> Les références à ce néologisme se sont surtout développées à partir des années 1990 dans le cadre d'une demande sociale de plus en plus forte pour reconnaître la responsabilité de l'État français dans la déportation, même si l'expression peut être retracée aux revendications du mouvement des déportés dès la Libération (v. O. LALIEU, « L'invention du "devoir de mémoire" », *Vingtième siècle*, n° 69, 2001, p. 83-94 et S. LEDOUX, « Écrire une histoire du "devoir de mémoire" », *Le Débat*, n° 170, 2012, p. 175-185). Le « devoir de mémoire » s'étendra postérieurement vers d'autres revendications mémorielles, en particulier, en faveur de la mémoire de l'esclavage, du génocide arménien et de la décolonisation.

côté, par sa *judiciarisation* par le biais des grands procès dits « historiques » pour crimes contre l'humanité contre certains dirigeants du III<sup>e</sup> Reich et de ses alliés, et, d'un autre côté, par une tendance accrue à légiférer sur le passé, qu'il s'agisse de la mise en place de nouvelles commémorations, de mesures de réparation pour les victimes de crimes commis au nom de l'État dans le passé ou de l'encadrement de l'enseignement et de la recherche sur certaines périodes du passé national.

Les potentielles dérives de ce « devoir de mémoire » furent amplement dénoncées dans un débat qui se cristallisa autour des relations entre la loi, l'histoire et la mémoire<sup>5</sup>. Il eut comme conséquence de frapper de discrédit tout usage juridique du passé, agitant les fantasmes d'une instrumentalisation du passé propre à des régimes totalitaires<sup>6</sup>. C'est ainsi que l'association *Liberté pour l'histoire*, dans son appel contre l'ingérence du juridique dans le domaine historique, affirma de façon lapidaire : « L'histoire n'est pas un objet juridique »<sup>7</sup>.

Toutefois, aucune société ne peut faire l'impasse sur une utilisation publique du passé. En effet, « le passé, sa représentation publique et sa mémoire partagée sont les fondations sur lesquelles les peuples forgent leur identité. Il font donc l'objet d'un “usage” public »<sup>8</sup>. De

---

<sup>5</sup> Le recours au « devoir de mémoire » se développa dans le milieu associatif qui le traduit par une série de revendications portées par des collectifs d'anciens combattants, de victimes, de minorités persécutées, entre autres, qui réclamaient la reconnaissance de leur mémoire de groupe, afin de préserver le souvenir de leurs souffrances. Ces revendications trouvèrent un écho dans les discours politiques et dans les débats parlementaires, ce qui motiva une intervention du politique et du juridique dans le champ du mémoriel. Toutefois, cette intervention fut l'objet de critiques venant à la fois des historiens, des juristes et des hommes politiques. Dans le premier groupe, H. ROUSSO et E. CONAN dénonçaient une « injonction à la mode » (H. ROUSSO, E. CONAN *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris : Fayard, Coll. Pour une histoire du XX<sup>e</sup> siècle, 1994, p. 369), tandis que le philosophe P. RICŒUR mettait en garde contre le risque que cette injonction à se souvenir soit entendue « comme une invitation adressée à la mémoire à court-circuiter le travail de l'histoire » (P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. Points Essais, 2000, p. 106). Des juristes et certains hommes politiques mettaient aussi en garde contre les excès du « devoir de mémoire », notamment dans le cadre de la remise en question des lois dites mémorielles (v. *infra*).

<sup>6</sup> D'où la référence omniprésente à la dystopie orwellienne de *1984* résumée dans la citation du slogan du Parti selon lequel « celui qui a le contrôle du passé a le contrôle du futur. Celui qui a le contrôle du présent a le contrôle du passé ». La citation, dans son contexte, insiste sur la possibilité d'altérer la perception du passé et de contrôler la mémoire individuelle des événements passés : « Le parti disait que l'Océania n'avait jamais été l'alliée de l'Eurasia. Lui, Winston Smith, savait que l'Océania avait été l'alliée de l'Eurasia, il n'y avait de cela que quatre ans. Mais où existait cette connaissance ? Uniquement dans sa propre conscience qui, dans tous les cas, serait bientôt anéantie. Si tous les autres acceptaient le mensonge imposé par le Parti – si tous les rapports racontaient la même chose – le mensonge passait dans l'histoire et devenait la vérité. “Celui qui a le contrôle du passé, disait le slogan du Parti, a le contrôle du futur. Celui qui a le contrôle du présent a le contrôle du passé”. Et cependant le passé, bien que par nature susceptible d'être modifié, n'avait jamais été retouché. La vérité actuelle, quelle qu'elle fût, était vraie d'un infini à un autre infini. C'était tout à fait simple. Ce qu'il fallait à chacun, c'était d'avoir en mémoire une interminable série de victoires. Cela s'appelait “Contrôle de la Réalité”. On disait en novlangue *double pensée* » (G. ORWELL, *1984* (1949) [trad. A. ADUDIBERTI], Paris : Gallimard, Coll. Folio, 1950, Première partie, Chap. 3, p. 54-55).

<sup>7</sup> « Liberté pour l'histoire », *Libération*, 13 décembre 2005.

<sup>8</sup> [The Past, its public representation, and its shared memory are the foundation upon which peoples forge their identities. They are thus a matter of public “use”]. (A. BURATTI, « Histories, Traditions and Contexts in the

même, la focalisation sur les éventuelles dérives de l'usage public du passé masque l'existence de nombreux points de rencontre nécessaires entre la discipline juridique et la discipline historique. Comme le résume l'historien M. BARUCH : « L'histoire, science des hommes dans le temps, et le droit, science des hommes qualifiant les comportements humains, entretiennent entre eux des rapports nécessairement entremêlés, tant en ce qui concerne leurs fondements théoriques que leurs modalités de mise en œuvre »<sup>9</sup>.

De ce double constat, jaillit l'intérêt pour une réflexion d'ensemble sur les usages juridiques du passé. Afin de contextualiser et de délimiter cette réflexion, il convient de retracer le débat à l'origine de la querelle entre Thémis, Clio et Mnémosyne (§1), pour ensuite donner un cadre conceptuel (§2) préalable à la définition du champ (§3) et de la méthode (§4) de la recherche.

### ***§ 1. Contexte et intérêt de l'étude : le débat autour des lois mémorielles***

L'historien J-P. RIOUX dresse un bilan accablant : « La France, bousculée par un monde nouveau qu'elle lit mal, prise en tenaille entre un présent sans héritage et un avenir sans projet, s'apprête en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle à préférer le mémoriel à l'historique puis l'identitaire au mémorable, le pluriel à l'unitaire, l'enclos communautaire à l'appel du large, les victimes passives aux actifs en marche et encore clairvoyants »<sup>10</sup>. Cette affirmation réunit plusieurs des leitmotifs qui se sont développés à l'occasion du débat autour des lois dites mémorielles. Débat teinté de corporatisme et de luttes partisans, souvent caractérisé par la faiblesse argumentative, il est néanmoins le symptôme d'une remise en question plus profonde du rôle de l'État dans la gestion du passé, notamment dans celle des épisodes sombres de l'histoire nationale.

---

Jurisprudence of the European Court of Human Rights » in G. REPETTO (éd.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge / Antwerp / Portland: Intersentia, 2013, p. 173).

<sup>9</sup> M. O. BARUCH, *Des lois indignes? Les historiens, la politique et le droit*, Paris : Tallandier, 2013, p. 104.

<sup>10</sup> J-P. RIOUX, « Perte de mémoire et déni du temps », *Regards sur l'actualité*, n° 325, 2006, p. 37. Cet auteur dénonce une « démission » de l'État par rapport à sa propre histoire (V. aussi du même auteur, *La France perd la mémoire. Comment un pays démissionne de son histoire*, Paris : Perrin, 2006, 221 p.).



*(A) La genèse de la contestation des lois dites  
« mémorielles »*

Lors de la 2<sup>e</sup> séance du jeudi 10 février 2005, l'Assemblée nationale vota en seconde lecture le projet de loi *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, loi qui avait vocation à reconnaître, comme l'expliquait son exposé des motifs que « durant sa présence en Algérie, au Maroc, en Tunisie ainsi que dans les territoires anciennement placés sous sa souveraineté, les apports de la France ont été multiples dans les domaines scientifiques, techniques, administratifs, culturels et aussi linguistiques »<sup>11</sup>. Outre l'expression de la reconnaissance de la Nation aux femmes et aux hommes qui avaient participé à cette œuvre prévue par l'article 1<sup>er</sup>, le projet de loi mettait en place des allocations de reconnaissance, notamment aux harkis et aux rapatriés. Le projet fut complété au cours de la discussion parlementaire par de nombreux amendements. Le député J. P. GRAND proposa ainsi l'insertion d'un texte qui devait devenir l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi et qui prévoyait que « les programmes scolaires et les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite »<sup>12</sup>. Cet alinéa suscita un émoi considérable dans la communauté des historiens<sup>13</sup> qui l'interpréta comme un nouvel exemple d'ingérence du politique dans le domaine de la recherche historique. En effet, cette possibilité ouverte par le législateur de contrôler le contenu des programmes scolaires et d'imposer, par la loi, une certaine vision de l'histoire s'inscrivait dans la ligne d'une série de lois qui, depuis le début des années 1990, touchaient, d'une manière ou d'une autre, le champ de travail de l'historien.

La polémique prit plus d'ampleur au mois de septembre 2005 avec le dépôt d'une plainte du collectif des Antillais, Guyanais et Réunionnais (Collectifdom) contre l'historien O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, qui venait d'être honoré par le prix du Sénat du Livre d'histoire

---

<sup>11</sup> Projet de loi portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français, n° 1499, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 mars 2004.

<sup>12</sup> Amendement n° 36, voté lors de la 2<sup>e</sup> séance du vendredi 11 juin 2004.

<sup>13</sup> Dès le 24 mars 2005, les historiens C. LIAUZU, G. MEYNIER, G. NOIRIEL, F. RÉGENT, T. VAN THAO et L. VALENSI lancèrent un appel dans le journal *Le Monde* sous le titre « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle ». Ils demandaient l'abrogation de cette loi « parce qu'elle impose une histoire officielle, contraire à la neutralité scolaire et au respect de la liberté de pensée qui sont au cœur de la laïcité ; parce que, en ne retenant que le "rôle positif" de la colonisation, elle impose un mensonge officiel sur des crimes, sur des massacres allant parfois jusqu'au génocide, sur l'esclavage, sur le racisme hérité de ce passé parce qu'elle légalise un communautarisme nationaliste suscitant en réaction le communautarisme de groupes ainsi interdits de tout passé ». Le 22 mai, le Comité national de l'Association des professeurs d'histoire et géographie adopta une motion qui réclamait aussi l'abrogation de l'article 4 de la loi du 23 février 2005. De même, en juin de cette même année, se créa le Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire (CVUH), qui publia un manifeste dénonçant les diverses « tentatives visant à mettre l'histoire au service de la politique » (*L'Humanité*, 21 décembre 2005).

pour son œuvre *Les Traités négrières. Essai d'histoire globale*. Dans un entretien donné au *Journal du dimanche* à l'occasion de la remise du prix, il critiqua la qualification opérée par la loi *Taubira* de 2001 qui considère l'esclavage comme une « crime contre l'humanité » et affirma que « les traités négrières ne sont pas des génocides »<sup>14</sup>. Par ces déclarations, il fut accusé de contestation de crime contre l'humanité par le collectif<sup>15</sup>. Cette affaire n'allait pas sans rappeler la condamnation, en 1995, de B. LEWIS, islamologue et professeur à Princeton qui, lors d'un entretien donné au journal *Le Monde*, avait remis en question la qualification de « génocide » appliquée au massacre des Arméniens de 1915. Cette dernière affirmation provoqua l'indignation du Forum des associations arméniennes de France qui l'assignèrent en justice sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, considérant qu'il devait payer des dommages et intérêts aux associations pour « l'atteinte très grave portée au souvenir et au respect des survivants et de leurs familles »<sup>16</sup>. Le Tribunal de grande instance de Paris ne se prononça pas sur le fond de la qualification de génocide, mais considéra que l'historien avait « ainsi manqué à des devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance sur un sujet aussi sensible ; que ses propos susceptibles de raviver injustement la douleur de la communauté arménienne, sont fautifs et justifient une indemnisation »<sup>17</sup>.

Ce contexte motiva un groupe de dix-neuf historiens à publier dans le journal *Libération* du 13 décembre 2005 un manifeste intitulé « Liberté pour l'histoire », se déclarant « émus par les interventions politiques de plus en plus fréquentes dans l'appréciation des événements du passé et par les procédures judiciaires touchant des historiens et des penseurs »<sup>18</sup>. Ils demandaient l'abrogation non seulement de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, dite « Loi Mékachéra »<sup>19</sup>, mais de trois autres lois : la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite « Loi Gayssot »<sup>20</sup> ; la

---

<sup>14</sup> « Un prix pour les traités négrières. Entretien avec Olivier Pétré-Grenouilleau », *Journal du dimanche*, 12 juin 2005. Tant l'historien que le collectif font ainsi une assimilation entre la qualification de génocide et celle de crime contre l'humanité.

<sup>15</sup> La plainte fut néanmoins retirée postérieurement.

<sup>16</sup> TGI Paris, 21 juin 1995, *Forum des associations arméniennes de France et autre c. Bernard Lewis*, RG 4767/94, LPA, n° 117, 1995, p. 17.

<sup>17</sup> Décision précitée. Au moment de cette condamnation, peu d'historiens se prononcèrent publiquement, à l'exception notoire de M. REBÉRIOUX, « Les Arméniens, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n° 192, octobre 1995, p. 98.

<sup>18</sup> « Liberté pour l'histoire », *Libération*, 13 décembre 2005. L'appel était signé par J-P. AZÉMA, E. BADINTER, J-J. BECKER, F. CHANDERNAGOR, A. DECAUX, M. FERRO, J. JULLIARD, J. LECLANT, P. MILZA, P. NORA, M. OZOUF, J-C. PERROT, A. PROST, R. RÉMOND, M. VAÏSSE, J-P. VERNANT, P. VEYNE, P. VIDAL-NAQUET et M. WINOCK. Cet appel donna lieu à la constitution postérieure de l'association homonyme.

<sup>19</sup> *JO* du 24 février 2005, p. 3128.

<sup>20</sup> *JO* du 14 juillet 1990, p. 8333.

loi n° 2001-70 du 28 janvier 2001 *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*<sup>21</sup> et la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 *tendant à la reconnaissance de la traite de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, dite « Loi Taubira »<sup>22</sup>, considérant qu'elles étaient « indignes d'un régime démocratique »<sup>23</sup>. Le regroupement de ces quatre lois, malgré la diversité de leur contenu et de leurs objectifs, donna naissance à l'expression « lois mémorielles » qui, en dépit de son succès médiatique, ne correspond pas à une notion précise.

Toutefois, les positions exprimées dans l'appel « Liberté pour l'histoire » ne firent pas l'unanimité, ni dans le milieu des historiens, ni dans l'opinion publique. Le 20 décembre 2005 un groupe d'historiens, juristes et écrivains, publia un texte en opposition à cet appel et qui dénonçait un amalgame entre les différentes lois, demandant de ne pas tout « mélanger »<sup>24</sup>. D'autres collectifs, dont l'Association des Clionautes et le Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire (CVUH) allaient aussi se démarquer de l'appel « Liberté pour l'histoire », regrettant de mettre sur le même plan des textes de nature très différente.

### (B) *Les réponses mitigées des pouvoirs publics*

Face à l'ampleur de cette polémique, les responsables politiques tentèrent d'apaiser la controverse. Le député B. DEROSIER déposa, dès le 10 novembre 2005, une proposition de loi visant à abroger l'article 4 de la loi Mékachéra. L'exposé de motifs de cette proposition dénonçait que :

« Ce texte est une injonction faite aux historiens d'écrire et à l'école de la République d'enseigner une histoire officielle afin de reconnaître le caractère bénéfique de la politique de colonisation française notamment en Afrique du Nord. La présence française outre-mer s'est étalée sur plusieurs siècles et a eu des effets divers. Certes cette présence a engendré des avancées dans le domaine des infrastructures, des équipements publics et autres, réalisées par le travail des travailleurs français et de ceux issus de ces territoires, mais il est difficile, a priori, de ne les voir que sous leurs seuls aspects positifs et cela ne peut justifier en soi la colonisation. En tout état de cause, il n'appartient pas au législateur d'en décider »<sup>25</sup>.

Cependant, la proposition fut rejetée en 1<sup>ère</sup> lecture par l'Assemblée Nationale le 29 novembre 2005. Du côté de l'exécutif, le président J. CHIRAC confia au président de l'Assemblée

---

<sup>21</sup> JO du 30 janvier 2001, p. 1590.

<sup>22</sup> JO du 23 mai 2001, p. 8175.

<sup>23</sup> Pour une exégèse de cet appel v. M. O. BARUCH, *Des lois indignes ? Les historiens, la politique et le droit*, op. cit, p. 94 et ss.

<sup>24</sup> « Ne mélangeons pas tout », *Le Nouvel Observateur*, 20 décembre 2005. Les premiers signataires étaient S. KLARSFELD, D. DAENINCKX, D. TANOVIC et A. JAKUBICZ.

<sup>25</sup> Proposition de loi visant à abroger l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, n° 2667, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 novembre 2005.

nationale, J-L. DEBRÉ, le soin de constituer une mission pluraliste pour évaluer l'action du Parlement dans les domaines de la mémoire et de l'histoire<sup>26</sup>. Dans le même temps, N. SARKOZY, alors président de l'UMP, chargea l'avocat A. KLARSFELD de mener un travail approfondi sur la loi, l'histoire et le devoir de mémoire. Les deux rapports furent rendus en janvier 2006 et, en réponse à la querelle née de la loi Mékachéra, ils proposaient des solutions opposées. Le président de l'Assemblée demandait la suppression de l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi, tandis que A. KLARSFELD suggérait seulement une réécriture plus neutre de l'article en question. D'un point de vue plus général, ce second rapport considérait qu'« apprécier le passé, c'est aussi le champ du politique et bien sûr des parlementaires représentant la nation. Il est essentiel de promouvoir parfois des lois mémorielles qui, comme ce fut souvent le cas dans le passé, favorisent l'union de la nation et de notre peuple et aussi de reconnaître l'ensemble des identités qui coexistent dans la République »<sup>27</sup>. Finalement, le gouvernement suivit la solution de l'abrogation et, pour éviter les écueils d'un nouveau vote parlementaire, il utilisa la voie de la délégalisation de l'alinéa en question. Saisi par le Premier ministre dans le cadre de l'article 37 de la Constitution, le Conseil constitutionnel se prononça le 31 janvier sur la nature juridique du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 et déclara son caractère réglementaire<sup>28</sup>, ce qui permit au gouvernement d'adopter un décret d'abrogation le 15 février 2006<sup>29</sup>.

Malgré cette abrogation, le débat sur les lois mémorielles continua avec le vote, en première lecture à l'Assemblée nationale, le 12 octobre 2006, d'une proposition de loi complétant la loi sur la reconnaissance du génocide arménien<sup>30</sup>. Ce nouveau vote motiva un groupe de juristes, conduits par le professeur B. MATHIEU, à lancer un appel contre les lois mémorielles, demandant leur abrogation et estimant « qu'il est du devoir des autorités compétentes de saisir le Conseil constitutionnel du texte en discussion (i.e. pénalisant la négation du génocide arménien) et de toutes nouvelles dispositions qui viendraient à être

---

<sup>26</sup> « Déclaration solennelle de Jacques Chirac sur la colonisation », *Le Monde*, 9 décembre 2005.

<sup>27</sup> Le rapport fut en partie retranscrit par le journal *Le Monde* : A. KLARSFELD, « L'histoire n'appartient pas aux historiens », *Le Monde*, 28 janvier 2006.

<sup>28</sup> CC n° 2006-203 L du 31 janvier 2006, *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, Rec., p. 37, *JO* du 2 février 2006 p. 1747.

<sup>29</sup> Décret n° 2006-160 du 15 février 2006 portant abrogation du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *JO* du 16 février 2006, p. 2369.

<sup>30</sup> Proposition de loi complétant la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, n° 3030 (rectifiée), enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 12 avril 2006, présenté par M. D. MIGAUD. Mais une exception d'irrecevabilité adoptée au Sénat le 4 mai 2011 motiva l'abandon de la procédure législative.

votées par le Parlement ». Ils considéraient, entre autres, que ces lois avaient un caractère non-normatif, qu'elles conduisaient le législateur à outrepasser sa compétence, et qu'elles étaient contraires à un certain nombre de principes et de règles constitutionnelles.

Les politiques mémorielles du Président de la République N. SARKOZY, dont notamment l'appel à lecture de la lettre de Guy MÔQUET en début d'année scolaire à tous les lycéens ou l'annonce de son intention de confier à chaque élève de CM2 la mémoire d'un enfant de la Shoah, nourrirent la polémique<sup>31</sup> et motivèrent des critiques envers cette récupération de certains épisodes de l'histoire récente. L'historien H. ROUSSO, dénonça ainsi que « le passé [était] devenu un entrepôt de ressources politiques ou identitaires, où chacun puise à son gré ce qui peut servir ses intérêts immédiats »<sup>32</sup>.

Pour tenter d'endiguer la controverse sur les usages publics du passé, plusieurs missions d'information furent mises en place. La Mission d'information sur les questions mémorielles de l'Assemblée nationale, présidée par B. ACCOYER, rédigea un rapport intitulé *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée* qui fut présenté le 18 novembre 2008. Prudente, la Mission recommanda de ne pas remettre en cause les lois mémorielles existantes, mais elle considéra, toutefois, que « le rôle du Parlement n'est pas d'adopter des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques »<sup>33</sup>. Le rapport préconisait ainsi le recours au vote des résolutions, introduit grâce à la révision constitutionnelle de 2008<sup>34</sup>, pour permettre au Parlement de prendre position sur les questions mémorielles, notamment lorsqu'il « souhaite reconnaître des événements significatifs pour l'affirmation des valeurs de la citoyenneté républicaine »<sup>35</sup>. De son côté, la Commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques, mise en place par le Secrétaire d'État à la Défense et

---

<sup>31</sup> V. N. OFFENSTADT, *L'histoire bling-bling. Le retour du roman national*, Paris : Stock, coll. Parti Pris, 2009, 148 p ; A. AKALAY et al., « Nicolas Sarkozy face à l'histoire », *L'Histoire*, n° 375, 2012 p. 8.

<sup>32</sup> H. ROUSSO, « Un marketing mémoriel », *Libération*, 15 février 2008. Toutefois l'action du président N. SARKOZY s'inscrivait dans la pratique déjà inaugurée par son prédécesseur. En effet, J. CHIRAC, dès le début de son mandat, décida de s'inscrire dans le débat mémoriel en reconnaissant, lors de son discours prononcé lors des cérémonies commémorant la grande rafle des 16 et 17 juillet 1942, la responsabilité de l'État français dans la déportation affirmant « Oui, la folie criminelle de l'occupant a été secondée par des Français, par l'État français ». L'importance de ce discours allait transcender la sphère purement politique, puisque le juge reprendra cette affirmation comme un des fondements pour justifier, juridiquement, la mise en œuvre de mesures de réparation, mettant en cause la responsabilité de l'État français du fait de la déportation de milliers de Juifs (CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*, n° 315499, *Leb.*, p. 43). Sur la politique mémorielle du président J. CHIRAC v. J-F. TANGUY, « Le discours "chiraquien" sur l'histoire », in C. ANDRIEU, M-C. LAVABRE, D. TARTAKOWSKI (dir.), *Politiques du passé : usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence : Publications de l'Université de Provence, 2006, p. 134-145.

<sup>33</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Assemblée Nationale, Rapport d'information n° 1262, novembre 2008, p. 181.

<sup>34</sup> Article 12 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *JO* du 24 juillet 2008 p. 11890.

<sup>35</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *loc.cit.*

présidée par A. KASPI mena une réflexion relative « au sens et au contenu des commémorations publiques »<sup>36</sup>, jugées trop nombreuses.

### (C) *La permanence du débat sur les questions mémorielles*

Ces initiatives ne réussirent pas à mettre un terme au débat sur les questions mémorielles. Par exemple, dans le cadre des « Rendez-vous de l'Histoire de Blois » de 2008, l'association *Liberté pour l'histoire* publia un nouvel appel considérant que « L'histoire ne doit pas être l'esclave de l'actualité ni s'écrire sous la dictée de mémoires concurrentes. Dans un État libre, il n'appartient à aucune autorité politique de définir la vérité historique et de restreindre la liberté de l'historien sous la menace de sanctions pénales »<sup>37</sup>. Le débat fut relayé au niveau européen avec l'adoption, le 28 novembre 2008, par le Conseil de l'UE de la décision cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal qui prévoit dans le point c) du 1 de l'article premier que chaque État membre devait prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que soit punissable « l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale [...] ». Pour certains commentateurs, par le biais de cette disposition, les différents dispositifs qui reconnaissent un crime contre l'humanité, des génocides ou des crimes de guerre se trouvaient potentiellement dotés d'un mécanisme de sanction pénale<sup>38</sup>.

De même, et malgré le recours aux résolutions de l'article 34-1 de la Constitution introduit par la révision constitutionnelle de 2008, pour reconnaître des événements significatifs de la mémoire nationale<sup>39</sup>, les Parlementaires continuent à faire appel à la voie

---

<sup>36</sup> Lettre de mission du Secrétaire d'État à la Défense chargé des Anciens Combattants, A. MARLEIX dirigée au professeur A. KASPI, 28 novembre 2007, reproduite dans A. KASPI (prés.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, novembre 2008, p. 7.

<sup>37</sup> ASSOCIATION LIBERTÉ POUR L'HISTOIRE, « Appel de Blois », *Le Monde*, 11 octobre 2008.

<sup>38</sup> V. F. CHANDERNAGOR, « L'histoire sous le coup de la loi », in P. NORA, F. CHANDERNAGOR, *Liberté pour l'histoire*, Paris : CNRS éd., 2008, p. 37.

<sup>39</sup> En effet, au mois de juin 2014, il est possible de recenser le vote de cinq résolutions en matière mémorielle. Le Sénat vota ainsi la résolution n° 127 du 31 mai 2011 instituant une journée nationale de la laïcité et la n° 311 du 23 octobre 2012, tendant à la reconnaissance de la répression d'une manifestation à Paris le 17 octobre 1961, où « Considérant les travaux historiques et scientifiques qui établissent la réalité des violences et meurtres commis à l'encontre de ressortissants algériens à Paris et dans ses environs lors de la manifestation du 17 octobre 1961 ; Souhaite que la France reconnaisse ces faits ; Souhaite la réalisation d'un lieu du souvenir à la mémoire des victimes du 17 octobre 1961 ». L'Assemblée nationale de son côté, vota une résolution en hommage à Aimé Césaire, adoptée par l'Assemblée nationale le 24 juin 2013 (TA n° 160) ; une résolution relative aux enfants réunionnais placés en métropole dans les années 1960 et 1970, adoptée par l'Assemblée nationale le 18 février 2014 (TA n° 300) où elle demande à ce que « la connaissance historique de cette affaire soit approfondie et diffusée » et, finalement, dans le cadre des commémorations sur le soixante-dixième anniversaire du

législative pour régler des questions mémorielles. Deux exemples permettent d'illustrer cette permanence. Le premier fut le vote de la proposition de loi portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien, qui prévoyait de compléter la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse pour punir la contestation ou minimisation outrancière de « l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française »<sup>40</sup>. Eu égard au droit en vigueur, cette loi se traduisait par la mise en place d'une sanction pénale en cas de contestation ou de minimisation outrancière du génocide arménien de 1915, seul génocide qui faisait l'objet d'une reconnaissance par la loi. Elle allait donc directement à l'encontre de la recommandation de la Mission Accoyer sur l'expression du Parlement concernant l'histoire. Toutefois et, contrairement aux autres lois mémorielles<sup>41</sup>, ce dispositif fut déféré au Conseil constitutionnel qui, dans une décision à la motivation très critiquable, le considéra comme portant « une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication »<sup>42</sup>. Le deuxième exemple est la permanence dans l'agenda parlementaire de propositions de loi portant des appréciations sur des faits historiques, telles la proposition de loi n° 273 du député J-J. CANDELIER tendant à la reconnaissance du « génocide tzigane » pendant la Seconde Guerre mondiale, déposée le 11 octobre 2012 ou la proposition n° 607 du député L. LUCA relative à la reconnaissance du « génocide vendéen » de 1793-1794, déposée le 17 janvier 2013.

Ces polémiques autour des lois dites mémorielles démontrent l'intérêt de s'interroger sur les différents usages que les acteurs publics peuvent faire du passé. Cependant, comme le

---

débarquement des Alliés, la résolution exprimant la gratitude et la reconnaissance de l'Assemblée nationale pour les actes d'héroïsme et les actions militaires des membres des forces armées alliées ayant pris part au Débarquement en Normandie, en France, le 6 juin 1944, et les félicitant pour leur opiniâtreté et leur courage au cours d'une opération qui a contribué à mettre un terme à la Seconde Guerre mondiale, adoptée par l'Assemblée nationale le 6 mai 2014 (TA n° 334).

<sup>40</sup> Proposition de loi *portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien*, n° 3842, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2011.

<sup>41</sup> Au moment de leur vote, aucune des lois dites mémorielles ne fut l'objet d'un renvoi dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité. À partir de la révision de 2008 qui insérait un nouvel article 61-1 à la Constitution, entrée en vigueur en 2010, s'ouvrait la possibilité de contrôler ces lois dans le cadre de la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Dans le cadre d'un procès devant la cour d'appel de Paris concernant des propos tenus par J-M. LE PEN dans le journal d'extrême droite *Rivarol* où il minimisait les crimes commis par l'occupant nazi, les représentants du journal ont soulevé une QPC à l'encontre de l'article 9 de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 dite loi Gayssot. Toutefois, la Cour de cassation considéra que la question ne présentait pas un caractère sérieux car la disposition ne portait pas atteinte aux principes constitutionnels. Elle décida donc de ne pas transmettre la question de constitutionnalité (Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *Bull crim.* n° 78).

<sup>42</sup> CC n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, Rec., p. 139, *JO* du 2 mars 2012 p. 3988.

dénonce l'historienne A. WIEVIORKA, ce débat exprime « des revendications de groupes sociaux divers énoncés au nom de l'Histoire, sous couvert d'Histoire, en manipulant, dans un discours souvent extrêmement fruste, manichéen, des mots au contenu fort, qu'émousse d'ailleurs leur utilisation constante »<sup>43</sup>. Le caractère souvent partisan ou corporatiste des arguments présentés par les différents protagonistes, le recours à des arguments rhétoriques et à des jugements de valeur au détriment d'une analyse critique afin d'essayer d'influencer l'opinion publique dans un débat fortement médiatisé, ainsi que l'imprécision dans l'utilisation des notions clés<sup>44</sup>, sont autant d'obstacles à une réflexion globale et objective sur les relations entre l'histoire et, de façon plus générale, le passé, la politique et le droit. Il est donc nécessaire de procéder à des précisions terminologiques afin d'essayer de mettre en place un cadre conceptuel pour l'étude des usages juridiques du passé.

## § 2. *Le cadre conceptuel : le passé, l'histoire et la mémoire*

Le débat sur les usages juridiques du passé s'articule autour de notions problématiques et polysémiques, dont la pluralité et l'évolution des définitions influencent, par elles-mêmes, le déroulement du débat. Il est ainsi nécessaire de préciser ce que signifient, pour cette étude, le passé, l'histoire et la mémoire.

### (A) *Un passé composé*

La première notion qu'il est nécessaire d'appréhender est celle de « passé ». Dans une première approche, le passé est une mesure du temps : il s'agit du temps situé dans une époque révolue, de tout ce qui se situe avant le présent. Dans cette étude, il sera ainsi utilisé comme terme neutre pour faire référence à l'ensemble de phénomènes qui se situent avant le présent.

---

<sup>43</sup> A. WIEVIORKA, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », *Regards sur l'actualité*, n° 325, 2006, p. 35.

<sup>44</sup> Il est ainsi possible de constater la multiplication de formules floues, de néologismes tels « les lois mémorielles », « devoir de mémoire » ou « diktat mémoriel » qui compliquent le débat. Toutefois, leur permanence dans les différents discours et leur vulgarisation sont révélatrices « que *quelque chose* s'est passé dans le commerce du droit avec l'histoire, de la justice avec la mémoire, de l'État avec son passé » (K. BERTRAMS, P-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression », *Revue de droit de l'ULB*, n° 35, 2007, p. 76).



Toutefois, et comme le démontrait déjà SAINT AUGUSTIN au V<sup>e</sup> siècle, l'existence en soi du passé comme mesure du temps est une aporie. En effet, dans ses *Confessions*, l'évêque d'Hippone soulignait l'impossibilité de mesurer le temps, puisque seulement ce qui *est* peut être un objet de mesure. Le passé, qui n'est plus, ou le futur, qui n'est pas encore, ne peuvent pas être mesurés en tant que tels. Le seul moyen pour qu'ils fassent l'objet d'une mesure, c'est de les lier au présent et de situer les qualités temporelles dans l'âme de l'individu. Ces considérations donnèrent naissance à sa théorie des trois présents : « il y a trois temps, le présent des choses passées, le présent des choses présentes et le présent des choses futures. Car dans l'âme je trouve ces trois choses, et je ne les vois que là. Le présent des choses passées c'est la mémoire ; le présent des choses à venir, c'est leur attente »<sup>45</sup>.

Le passé, afin d'être appréhendable et pouvoir faire l'objet d'une utilisation doit, par conséquent, être représenté ou reconstruit dans le présent. En tant que construction, le passé est aussi pluriel et multiforme. C'est ainsi que le professeur F. OST introduit la notion de « passé composé » pour se référer à un passé construit à partir du présent et qui peut se décliner sur plusieurs formes. Notamment, dans le domaine juridique, il distingue entre le passé généalogique des fondations, le passé répétitif de la tradition, le passé chronologique de l'histoire événementielle et le passé intemporel des invariants juridiques<sup>46</sup>.

Si le passé, afin de pouvoir faire l'objet d'une utilisation, doit être représenté ou reconstruit, l'histoire et la mémoire se présentent comme deux façons différentes de l'appréhender<sup>47</sup>. Il convient donc d'essayer de donner des définitions opérationnelles à ces deux termes.

### (B) *L'indétermination de la notion d'histoire*

La définition de l'histoire s'avère particulièrement difficile car elle est confrontée à une triple indétermination. En premier lieu, la définition de l'histoire est tributaire de l'objet même de son étude, dans le sens où elle varie en fonction des époques, ainsi « à chaque époque de vie d'une société, les historiens apportent une lecture de l'histoire dont société et

---

<sup>45</sup> SAINT AUGUSTIN D'HIPPONE, *Confessions* [trad. M. de SAINT-VICTOR, préface M. L'ABBÉ DE LA MENNAIS], Paris : Charpentier, 1841, Livre XI, Chapitre XX, p. 344 [nous soulignons].

<sup>46</sup> F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>47</sup> Ce point est souligné par l'historien F. DOSSE qui affirme « La mémoire est donc, à l'égal de l'histoire, un mode de sélection dans le passé, une construction intellectuelle et non un flux extérieur à la pensée » (F. DOSSE, « Travail et devoir de mémoire chez Paul Ricœur », in A. HOUZIAUX (dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Paris : Éd. de l'atelier, 2006, p. 92).

époque ont besoin »<sup>48</sup>. À cette variabilité historique s'ajoute une indétermination terminologique. En effet, en français, le terme *histoire* désigne, dans le langage courant, deux réalités distinctes : une forme de connaissance qui, selon les époques ou les écoles, peut être considérée comme une science et l'objet même de cette connaissance. Ainsi, l'historien M. DE CERTEAU considérait que « j'entends par *histoire* cette pratique (une "discipline"), son résultat (le discours), ou leur rapport sous la forme d'une "production". Certes, dans l'usage courant, le terme d'*histoire* connote tour à tour la science et son objet – l'explication qui se *dit*, et la réalité de *ce qui s'est passée* ou *se passe* »<sup>49</sup>. Ce problème est aussi abordé par G.W.F. HEGEL qui soulignait dans sa *Philosophie de l'histoire* « dans notre langue [l'auteur se réfère à l'allemand], le terme d'*histoire* (*Geschichte*) unit tant le côté objectif que le côté subjectif, et signifie aussi bien l'*Historia rerum gestarum* que la *Res gestas* elle-même, aussi bien que la narration historique proprement dite que ce qui c'est passé – les actes et les événements eux-mêmes »<sup>50</sup>. Le troisième facteur d'indétermination de la notion d'*histoire* est lié au développement de la philosophie de l'histoire et de l'historiographie. De nombreuses définitions données à l'histoire comme discipline sont, par conséquent, plus des définitions prescriptives sur ce que l'histoire *doit être*. M. BLOCH, dans sa réflexion sur le *Métier d'historien* considérait ainsi que l'histoire est (ou plutôt, *devait être*) : « une science des hommes dans le temps et qui sans cesse a besoin d'unir l'étude des morts à celle des vivants »<sup>51</sup>. Dans un souci de clarification, il s'avère utile d'introduire, à ce stade, la notion d'*historiographie* afin comprendre les divers facteurs qui peuvent influencer la conceptualisation de l'histoire.

L'historiographie peut être définie comme « l'examen des différents discours de la méthode historique et des différents modes d'écriture de l'histoire »<sup>52</sup>. Il s'agit, en même temps, de l'histoire de l'histoire<sup>53</sup> et de l'épistémologie de cette discipline. L'objet de l'historiographie est, d'après le professeur N. OFFENSTADT, « d'explorer les conceptions de

<sup>48</sup> A. DUPRONT, « Présent, passé, histoire », *op. cit.*, p. 14.

<sup>49</sup> M. DE CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio/Histoire, 1975, p. 37.

<sup>50</sup> G.W.F. HEGEL, *La philosophie de l'histoire* (1822) [trad. M. BIENENSTOCK et al.], Paris : Le livre de poche, Coll. La Pochothèque, 2009, p. 96. Cette citation est issue de l'introduction rédigée entre 1830 et 1831.

<sup>51</sup> M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (1941) [Éd. critique d'E. BLOCH, préface J. LE GOFF], Paris : Armand Collin, 1993, p. 97.

<sup>52</sup> G. BOURDÉ, H. MARTIN, *Les Écoles historiques* (1982), Paris : Le Seuil, Coll. Points Histoire, 2<sup>e</sup> éd, 1997, p. 12.

<sup>53</sup> Dans le cadre restreint de ce résumé conceptuel, il est impossible de retracer la richesse et le développement de cette discipline. Pour une vision synthétique de l'évolution de l'historiographie depuis l'Antiquité jusqu'aux principales remises en question de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle v. G. LEFEBVRE, *La naissance de l'historiographie moderne*, Paris : Flammarion, Coll. Nouvelle bibliothèque scientifique, 1971, 347 p. qui reprend le polycopié du cours que l'historien y enseigna à la Sorbonne durant l'année universitaire 1945-1946.

l'histoire, les pratiques et les manières de faire des historiens : comment ils interrogent le passé, avec quels outils et pour en comprendre quoi »<sup>54</sup>.

Par rapport à l'objet et au statut de la discipline historique, l'historiographie révèle une profonde évolution. Pendant l'Antiquité et durant tout le Moyen Âge, l'histoire fut intimement liée au pouvoir, qu'il s'agisse du pouvoir temporel ou du pouvoir spirituel. Elle était une discipline qui construisait un discours au service de la légitimation du pouvoir du Prince, ayant une vocation pragmatique<sup>55</sup>. Cette tendance se maintint pendant la période de construction des États nationaux, et il est alors possible d'identifier, du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, des historiens, le plus souvent juristes et magistrats, nommés auprès – et au service- du prince, qui élaboraient « un discours [qui] “autorise” la force qui exerce le pouvoir ; il la pourvoit d'une généalogie familiale, politique ou morale ; il accrédite l'“utilité” présente du prince lorsqu'il la transforme en “valeurs” qui organisent la représentation du passé »<sup>56</sup>. Cet usage du passé aux fins de légitimation du pouvoir, s'il fut décrié par les tenants d'une nouvelle conception de la discipline historique, joue encore un rôle important dans la mise en place des ordres juridiques et invite à s'interroger sur les potentialités didactiques et de légitimation du récit historique.

À partir du XIX<sup>e</sup> siècle, la discipline historique tenta de se réclamer de la pensée scientifique régnante. Elle cherchait à mettre en place une méthodologie rigoureuse, s'inspirant des sciences naturelles et donnait un rôle central à l'examen des événements, des faits figés. W. BENJAMIN résumait, de façon critique, cette tendance positiviste de l'histoire : « Elle correspond à un point de vue qui compose le cours du monde d'une série illimitée de faits figés sous forme de choses. Le résidu caractéristique de cette conception est ce qu'on a appelé “L'Histoire de la Civilisation”, qui fait l'inventaire des formes de vie et des créations de l'humanité point par point »<sup>57</sup>. Mais si la méthode restait attachée au scientisme, le but assigné à la recherche historique était encore lié à la politique, et, de façon plus générale, à l'idée de la formation d'une identité nationale ou d'un « sentiment national ». Sous l'influence

---

<sup>54</sup> N. OFFENSTADT, *L'historiographie*, Paris : PUF. Coll. Que sais-je? [en ligne], 2011, [<http://www.cairn.info/l-historiographie--9782130591573.htm>].

<sup>55</sup> G. LEFEBVRE, *La naissance de l'historiographie moderne*, op. cit., p. 21.

<sup>56</sup> M. DE CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, op. cit., p. 21.

<sup>57</sup> W. BENJAMIN, *Paris, capitale du XIX<sup>e</sup> siècle : le livre des passages* (1927-1935) [trad. J. LACOSTE], Paris : Éd. Du cerf, Coll. Passages, 1989, p. 47.

d'historiens comme G. MONOD ou E. LAVISSE, l'histoire se donnait comme but de reconstituer l'ancienne société française pour en faire un moyen d'éducation nationale<sup>58</sup>.

La professionnalisation du « métier d'historien », pour reprendre l'expression de M. BLOCH, impliqua le développement de nouveaux courants et d'écoles historiques, dont il faut souligner la révolution copernicienne opérée par l'*École des Annales*<sup>59</sup> dans le contexte de l'entre-deux guerres. Mettant l'accent sur une histoire globale et assignant comme principal but le questionnement de ses propres méthodes, elle marqua la fin d'une histoire centrée sur les événements et mise au service d'un projet civique ou moral. Le projet des *Annales* était ainsi résumé par J. LE GOFF : « Récuser l'histoire superficielle et simpliste qui s'arrête à la surface des événements et mise tout sur un facteur. Mais aussi, me semble-t-il, la faiblesse d'une analyse trop éclectique, qui peut se perdre dans la multiplicité des motifs, qui ne fait pas la part entre motif et cause. L'essentiel, pourtant, est cet appel à une histoire profonde et totale. D'abord briser cette histoire pauvre, solidifiée, à la croûte trompeuse de pseudo-histoire »<sup>60</sup>.

La conception de l'histoire comme procédé de connaissance arriva à un point de crise durant les années 1960 avec l'influence de la philosophie analytique et du *linguistic turn*. La réflexion sur les limites de l'objectivité de l'histoire avait été une constante de l'historiographie et de la philosophie de l'histoire du XX<sup>e</sup> siècle<sup>61</sup>. Toutefois, à partir des travaux de l'historien H. WHITE, se développa une posture radicale réduisant la discipline historique à la simple mise en fiction, à un libre jeu de langage qui exclut toute possibilité d'objectivité ou de vérité<sup>62</sup>. En réponse à cette théorie radicale, des postures intermédiaires se développèrent. Par exemple, l'historien R. CHARTIER défend que, « contre cette dissolution du statut de connaissance de l'histoire, souvent tenu aux États-Unis pour une figure du

---

<sup>58</sup> V. sur ce point P. NORA, « Ernest Lavissee : son rôle dans la formation du sentiment national », *Revue historique*, T. 228, n° 1, 1962, p. 73-106.

<sup>59</sup> Le nom de cette École est lié à la revue *Annales d'histoire économique et sociale*, fondée en 1929 par L. FEBVRE et M. BLOCH. Pour une brève histoire de cette école voir l'article qui est paru lors de l'édition du cinquantenaire de la revue homonyme : A. BURGUIÈRE, « Histoire d'une histoire : la naissance des *Annales* », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1974, n° 6, p. 1347-1359.

<sup>60</sup> J. LE GOFF, « L'histoire nouvelle », in J. LE GOFF, R. CHARTIER, J. REVEL (dir.) *La Nouvelle histoire* (1978), Paris : Éd. Complexe, 2006, p. 41.

<sup>61</sup> R. ARON, *Introduction à la philosophie de l'histoire. Essai sur les limites de l'objectivité historique* (1938), Paris : Éd. Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1986, p. 12.

<sup>62</sup> V. H. V. WHITE, *Metahistory : the historical imagination in nineteenth-century Europe*, Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1973, 448 p. Cette posture fut fortement critiquée par les historiens S. FRIEDLANDER et C. GINZBURG, qui s'opposèrent à WHITE dans un colloque organisé en 1991 à l'Université de Californie autour de la représentation historique de la Shoah (v. les actes publiés S. FRIEDLANDER (éd.), *Probing the limits of representation*, Cambridge Mass. : Harvard University Press, 1992, 461 p.).

postmodernisme, il faut soutenir avec force que l'histoire est commandée par une intention et un principe de vérité, que le passé qu'elle se donne comme objet est une réalité extérieure au discours, et que sa connaissance peut être contrôlée »<sup>63</sup>. Sans tomber dans l'illusion d'une objectivité totale de la discipline historique, ces positions intermédiaires soulignent que « les perceptions du monde des acteurs ont quelque correspondance avec ce monde et où des critères, même s'ils sont historiquement construits, peuvent être établis pour distinguer entre les affirmations recevables et celles qui ne le sont pas »<sup>64</sup>.

Développant cette approche intermédiaire, l'historien M. DE CERTEAU préconisait une opération historiographique qui s'articulait autour de trois dimensions inséparables qui lui assurent sa spécificité par rapport à d'autres disciplines ou opérations de connaissance. L'œuvre historique est, en même temps, un lieu social, une pratique scientifique et un récit, une écriture<sup>65</sup>. Comme lieu social, « toute recherche historiographique s'articule sur un lieu de production socio-économique, politique et culturel »<sup>66</sup>. Ce milieu d'élaboration a une influence sur l'opération et sur le résultat. L'histoire est bien une interprétation qui dépend d'un système de référence, et ce système de références peut s'institutionnaliser notamment dans les universités ou les écoles de pensée. La dimension pratique insiste sur le fait que l'histoire est une construction, une interprétation à partir des données variables comme les récits, les archives ou les témoignages que l'historien transforme suivant une méthode. La recherche historique se traduit en un récit, en une représentation. Mais cette dimension littéraire doit être mise en relation avec les deux autres dimensions, ainsi la représentation « n'est "historique" que si elle s'articule sur un *lieu social* de l'opération scientifique, et si elle est, institutionnellement et techniquement, liée à une *pratique de l'écart* par rapport aux modèles culturels ou théoriques contemporains. Il n'y a pas de récit historique là où n'est pas explicitée la relation à un corps social et à une institution de savoir. Encore faut-il qu'il y ait "représentation". L'espace d'une figuration doit être composé »<sup>67</sup>. À côté de la subjectivité liée à toute opération de mise en récit, cette conception de l'œuvre historique soulignait aussi une composante d'objectivisation liée aux sources et à la méthode. Cette composante s'avère

---

<sup>63</sup> R. CHARTIER, *Au bord de la falaise. L'histoire entre certitudes et inquiétudes*, Paris : Albin Michel, Coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 2009, p. 17.

<sup>64</sup> [People's perceptions of the world have some correspondence with that world and that standards, even though they are historical products, can be made to discriminate between valid and invalid assertions]. (J. APPLEBY, L. HUNT, M. JACOB, *Telling the Truth about History*, New York et Londres : WW. Norton and Co., 1994, p. 259, cité et traduit par R. CHARTIER, *ibid.*, p. 18).

<sup>65</sup> M. DE CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>66</sup> *Loc. cit.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 119.

particulièrement importante face au développement des discours pseudo-historiens négationnistes à partir de la fin des années 1970. La multiplication de propos négationnistes ou révisionnistes par des auteurs qui se proclament historiens oblige à repenser la problématique de la véracité des discours historiques.

Cette réflexion permet alors de proposer une définition opérative de l'histoire en tant que modalité d'appréhension du passé : 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.

### (C) *La relativisation de l'opposition entre mémoire et histoire*

La définition opérative ainsi posée permet de distinguer l'histoire du troisième terme de l'étude : la mémoire, qui sera ici abordée dans sa perspective sociale. En effet, si la réflexion sur la mémoire et les processus de remémoration remonte à l'Antiquité<sup>68</sup>, l'intérêt pour cette notion dans les sciences sociales est assez récent. Dans une première approche, elle peut être définie, suivant la conception temporelle de SAINT AUGUSTIN, comme le présent du passé. Suivant ce sens large, la mémoire a plutôt été étudiée dans sa perspective individuelle, renvoyant à « un ensemble de fonctions physiques grâce auxquelles l'homme peut actualiser des impressions ou des informations passées qu'il se représente comme passées »<sup>69</sup>. Toutefois, dans l'examen des usages publics du passé, c'est avant tout la dimension collective de la mémoire qui est prise en compte. Dans ce cadre, le mot *mémoire* renvoie « certes à la présence du passé, à la mise au présent du passé [...] mais d'un passé qui offre une dimension collective, nationale lorsque c'est l'État qui l'utilise »<sup>70</sup>. C'est notamment grâce aux travaux de M. HALBWACHS, s'inscrivant dans les sillages de l'école durkheimienne sur la conscience collective, que la notion de *mémoire collective* fut développée. Cette notion, pour HALBWACHS, recouvrait deux sens : le nécessaire encadrement social de la mémoire de

---

<sup>68</sup> 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), de la réminiscence, qu'il considère comme une *faculté*, celle d'un rappel volontaire « qui n'est ni une réacquisition de la mémoire qu'on reprend, ni une première acquisition » (Chap. 2, § 1 [451 a]). La mémoire est une évocation simple, la réminiscence est un effort de rappel. Sur cette distinction v. P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, p. 18-25.

<sup>69</sup> J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio histoire, 1988, p. 105.

<sup>70</sup> H. ROUSSO, « Réflexions sur l'émergence de la notion de mémoire », in M. VERLHAC, *Histoire et mémoire [actes du colloque de janvier 1997]*, Grenoble : Centre régional de documentation pédagogique de l'académie de Grenoble, p. 75.

chaque individu et l'idée que les différents groupes humains possèdent une mémoire au-delà de celle de chacun de ses membres<sup>71</sup>.

Prenant en compte cette double dimension collective et sociale, la mémoire a été définie, en opposition à l'histoire comme :

« Toutes les formes de la présence du passé qui ne relèvent pas stricto sensu de l'histoire comme opération intellectuelle qui s'efforce d'établir les faits du passé et de rendre celui-ci intelligible. Commémorations et monuments, manuels d'enseignement et didactique de l'histoire, usages politiques du passé et représentation esthétiques, mobilisations publiques pour la reconnaissance ou la réparation des dommages subis : tout est mémoire dès lors que le rapport au passé engage l'identité de groupes sociaux, larges ou étroits – États, Nations, Églises, partis, associations – plutôt que la connaissance du passé en tant que telle »<sup>72</sup>.

De cette façon, l'histoire, étant une activité rationnelle, est opposée à la mémoire processus qui est d'avantage lié à l'expérience sensible. Comme le souligne l'historien 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 »<sup>73</sup>. L'histoire relève de la science, la mémoire de l'intuition.

Histoire et mémoire se différencient aussi dans leur rapport au temps. Tandis que l'histoire se pense, avant tout, en termes de *continuum* mesurable, dans le cadre de la mémoire « le temps dans sa durée, s'il est pris en considération, ce qui n'est pas toujours le cas, n'est pas ressenti comme une quantité mesurable, mais comme une qualité associative et émotionnelle »<sup>74</sup>, ce qui rapproche la mémoire du mythe. 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. Cette mémoire « appréhende le passé dans un filet aux mailles plus larges que celles de la discipline traditionnellement appelée histoire, en y déposant une dose plus grande de subjectivité, de "vécu" »<sup>75</sup>. La mise à distance caractéristique de l'opération historique ne se retrouve donc pas dans l'opération mémorielle. Cette différence d'approche est reprise par

---

<sup>71</sup> Le premier sens est surtout développé dans son œuvre *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925) [Éd. et Postface G. NAMER], Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 1997, 367 p. ; le second, bien qu'il soit déjà esquissé dans cette première œuvre, est avant tout abordé dans son ouvrage resté inachevé et publié de façon posthume *La mémoire collective* (1950), [Éd. et Postface G. NAMER], Paris : Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 1997, 295 p.

<sup>72</sup> M.-C. LAVABRE, « Peut-on agir sur la mémoire ? », *Cahiers français*, n° 303, 2001, p. 8.

<sup>73</sup> H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy. De 1944 à nos jours*, Paris : Points, Coll. Histoire, 1987, p. 10.

<sup>74</sup> M. I. FINLEY, *Mythe, mémoire, histoire* [trad. J. CARLIER, Y. LLAVADOR], Paris : Flammarion, 1981, p. 27.

<sup>75</sup> E. TRAVERSO, *Le passé, modes d'emploi : histoire, mémoire, politique*, Paris : La fabrique éd., 2005, p. 10.

la métaphore géométrique de PÉGUY selon laquelle « la mémoire et l'histoire forment un angle droit. L'histoire est parallèle à l'événement, la mémoire lui est centrale et axiale »<sup>76</sup>.

Les groupes auxquels est liée la mémoire sont aussi divers. S'il existe une mémoire nationale, l'évolution des États actuels vers des sociétés pluralistes rendent sa délimitation de plus en plus difficile. Elle s'éclate en une multitude de mémoires communautaires, qui peuvent entrer en compétition entre elles<sup>77</sup> et qui empêchent de l'appréhender en tant que phénomène unitaire.

Néanmoins, les évolutions récentes de l'historiographie tendent à gommer cette opposition traditionnelle entre une histoire critique et objective et une mémoire fluctuante et subjective. En effet, « alors que l'histoire perd une part de sa scientificité, la problématisation de la mémoire conduit à accorder une part critique à l'approche de la notion de mémoire »<sup>78</sup>. D'un côté, la mémoire devient un objet de la recherche historique, en particulier avec le développement de l'histoire contemporaine<sup>79</sup> et avec l'élargissement des sujets de la recherche historique dont, notamment, l'intérêt pour les *lieux de mémoire*, dans les sillages de la profonde recherche dirigée par P. NORA<sup>80</sup>. De l'autre côté, les recherches autour de la notion

---

<sup>76</sup> C. PÉGUY, *Clio. Dialogue de l'histoire et de l'âme païenne* (1912-1913), *Œuvres en prose complètes*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1992, Tome III, p. 1177. Mais cette opposition expliquée par PÉGUY s'applique uniquement à l'histoire positiviste, à l'histoire conçue comme une science similaire aux sciences naturelles, l'histoire « historisante » de LANGLOIS et SEIGNOBOS (v. F. BÉDARIDA, « Histoire et mémoire chez Péguy », *Vingtième siècle*, n° 73, 2002, p. 103-104).

<sup>77</sup> D'où la métaphore de la « guerre des mémoires » souvent mobilisée dans le cadre du débat sur la gestion des passés douloureux (v., par exemple, P. BLANCHARD, I. VEYRAT-MASSON (dir.), *Les guerres des mémoires. La France et son histoire*, Paris : La découverte, 2008, 335 p.).

<sup>78</sup> F. DOSSE, « Paul Ricœur : entre mémoire et oubli », *Cahiers français*, n° 303, p. 20.

<sup>79</sup> Expliquant comment la mémoire peut être un objet de la science historique, un des principaux tenants de la « Nouvelle histoire » souligne : « L'histoire dite *nouvelle* qui s'efforce de créer une histoire scientifique à partir de la mémoire collective peut être interprétée comme une "révolution de la mémoire" faisant accomplir à la mémoire un "pivotage" autour de quelques axes fondamentaux : une problématique ouvertement contemporaine et une démarche résolument rétrospective, le renoncement à une temporalité linéaire, au profit de temps vécus multiples, aux niveaux où l'individuel s'enracine dans le social et le collectif » (J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, *op. cit.*, p. 170-171). Un des premiers exemples de recherche historique qui s'intéressa au phénomène mémoriel fut l'œuvre de G. DUBY *Le dimanche de Bouvines* qui se focalisait non pas sur le récit événementiel de la bataille qui, en 1214, marqua le déclin de la prédominance du modèle féodal, mais sur les traces que cette bataille avait laissées sur les mémoires et qui avaient été entretenues par des commémorations (G. DUBY, *Le dimanche de Bouvines*, Paris : Gallimard, Coll. Trente journées qui ont fait la France, 1973, 302 p.).

<sup>80</sup> P. NORA (dir.), *Les Lieux de mémoire*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque illustrée des histoires, 3 Vol., 7 Tomes : Vol. I : La République, 1984, 674 p. ; Vol. II, Tome 1 : La Nation [héritage, historiographie, paysages], 1986, 610 p. ; Vol. II, Tome 2 : La Nation [Le territoire, l'État, le patrimoine], 1986, 662 p. ; Vol. II, Tome 3 : La Nation [La gloire, les mots], 1986, 667 p. ; Vol. III, Tome 1 : Les France [Conflits et partages], 1992, 988 p. ; Vol. III, Tome 2 : Les France [les traditions], 1992, 988 p. ; Vol. III, Tome 3 : Les France [De l'archive à l'emblème], 1992, 1034 p. Au départ de cette réflexion se trouvait l'opposition entre l'histoire et la mémoire, et à partir de ce constat, P. NORA visait entreprendre une analyse de la mémoire avec les méthodes historiques. Malgré cette volonté de faire de la mémoire un objet scientifique, soumis à la méthode historique, l'ouvrage de P. NORA fut l'objet de critiques qui lui reprochaient un manque d'objectivité et de rigueur scientifiques. Notamment, l'historien américain P. ANDERSON lui reprochait d'être tout simplement « un des programmes les



de mémoire collective permettent une approche moins subjective du phénomène du souvenir et de la réminiscence et soulignent l'importance de la construction de la mémoire en lien avec la collectivité dans son ensemble. Dans cette perspective, les rapports entre l'histoire et la mémoire doivent alors se penser, non sur le point de l'opposition ou de la concurrence, mais plutôt dans une dynamique solidaire<sup>81</sup>. Un retour vers la conception antique de la mémoire est ainsi opéré. En effet, le philosophe W. BENJAMIN, rappelle que Mnémosyne était aussi pour les Grecs la muse de l'épopée, ainsi elle « fonde la chaîne de la tradition, qui transmet de génération en génération les événements passés. Elle est la muse du genre épique dans son acception la plus large. Elle embrasse tous les sous genres de l'épopée. Parmi ceux-ci figure au premier rang l'art incarné par le conteur. C'est la mémoire qui tisse le filet que forment en définitive toutes les histoires »<sup>82</sup>.

Ce rôle matriciel est repris par P. RICŒUR pour qui la mémoire est, en amont, un élément de base pour l'histoire. C'est grâce aux mémoires plurielles que s'enrichit l'histoire, elles jouent un rôle de déclenchement de l'opération historiographique. En aval, la mémoire est un élément pour la réappropriation du passé historique par les sociétés contemporaines. Peu importe qu'elle soit multiple ou fragmentée, la mémoire est source et véhicule de l'histoire, d'une histoire qui n'a plus la prétention d'être universelle<sup>83</sup>. Toutefois, la dilution de la ligne de démarcation entre l'histoire et la mémoire, si elle peut se traduire dans une dynamique solidaire, peut aussi donner lieu à des pathologies. La prééminence de la thématique mémorielle dans le discours historique peut se traduire par un « trop plein de mémoire », selon la terminologie développée par RICŒUR.

C'est donc en partie par leur propre ambiguïté que les notions de mémoire et histoire donnent prise à un emploi idéologique<sup>84</sup>. Dans le cadre de situations pathologiques, de trop plein de mémoire ou de confusion entre le registre mémoriel et le registre historique, le droit, plus qu'un élément perturbateur, peut ainsi s'analyser comme un régulateur de l'appréhension du passé afin de permettre la dynamique solidaire nécessaire à l'équilibre entre les

---

plus ouvertement idéologiques de l'historiographie mondiale de l'après-guerre » [*Les Lieux de mémoire* was an enormous critical and public success, and in due course became the model for several imitations abroad. But it was always plain that it must count as one of the most patently ideological programmes in postwar historiography, anywhere in the world]. (P. ANDERSON, « Union sucrée », *London Review of Books*, vol. 26, n° 18, 2004, p. 13).

<sup>81</sup> E. VIGNE, « Accords et désaccords avec les historiens », *Esprit*, n° 3-4, 2006, p. 40.

<sup>82</sup> W. BENJAMIN, « Le conteur. Réflexions sur l'œuvre de Nicolas Leskov » (1936) [trad. M. DE GANDILLAC, P. RUSCH], in *Œuvres*, T. III, Paris : Gallimard, Coll. Folio essais, 2000, p. 135.

<sup>83</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 500 et ss.

<sup>84</sup> R. KOSELLECK, *L'expérience de l'histoire* [trad. A. ESCUDIER], Paris : Gallimard / Le Seuil, Coll. Hautes études, 1997, p. 97.

revendications mémorielles et les impératifs de distance dans la quête d'une certaine objectivité de la recherche historique.

### **§ 3. *Délimitation de l'objet d'étude : une réflexion à partir du droit public français sur l'ensemble des usages du passé par le droit***

Si le débat sur les lois mémorielles mit le projecteur sur les relations entre le droit et l'histoire, dans le cadre de la gestion de passés douloureux et de revendications mémorielles multiples, il permit aussi aux différents acteurs de s'interroger, plus globalement, sur l'ensemble des usages juridiques du passé. En effet, le droit entretient des nombreux points de rencontre avec la discipline historique (A) et avec les constructions mémorielles (B). Le travail d'inventaire des différents points de rencontre<sup>85</sup> est donc le préalable nécessaire à la délimitation de l'objet d'étude (C).

#### *(A) L'ambivalence des rapports entre le droit et l'histoire*

Le droit peut, premièrement, être au service de l'histoire, les différentes activités juridiques produisent ainsi des sources pouvant alimenter la recherche historique. Un cas exemplaire est celui du procès de Nuremberg. Les différents documents produits et compilés pour l'instruction et condamnation des différents criminels de guerre nazis furent une des premières sources pour l'écriture de l'histoire du III<sup>e</sup> Reich après la Seconde Guerre mondiale. De nombreuses études ont été ainsi consacrées à l'héritage historiographique de ces procès de l'après-guerre : « Procès dans l'histoire, ces procès sont aussi des procès qui ont apporté aux historiens une manne de documents et qui les ont mis immédiatement à leur disposition. [...] L'historiographie du nazisme s'est nourrie et se nourrit encore des kilomètres d'archives rassemblées pour le grand procès et les douze procès successeurs »<sup>86</sup>. Notamment, les archives

---

<sup>85</sup> Ces différents points de rencontre entre la discipline historique et la discipline juridique font l'objet d'une classification par le professeur E. CARTIER. Il distingue en effet des points de rencontre nécessaires et des points de perturbation entre les deux disciplines (E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 509-534). Si nous coïncidons sur la liste des points de rencontre, nous nous écartons du jugement pris en compte pour leur classification, considérant que certains usages répertoriés comme des points de perturbation sont davantage des mécanismes d'articulation de récits concurrents sur le passé.

<sup>86</sup> A. WIEVIORKA, « Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem », *Droit et société*, n° 38, 1998, p. 62. Elle fait référence non seulement au jugement du Tribunal international de Nuremberg, mais aussi aux « procès successeurs » qui furent conduits en zone américaine par le procureur T. TAYLOR à partir de 1946 et qui jugèrent différents acteurs du régime nazi: les médecins SS, le général MILCH – adjoint de GOERING-, les juristes qui avaient servi dans les tribunaux spéciaux, les grands groupes industriels dont IG-Farben, Flick et Krupp, les membres des différents groupes militaires comme les *Einsatzgruppen* ou des membres du gouvernement.

compilées pour les procès servirent de base pour une des œuvres de référence les plus importantes sur l'Holocauste : l'ouvrage en trois tomes de R. HILBERG, *La Destruction des Juifs d'Europe*, publié en 1961 en langue anglaise<sup>87</sup>.

Le droit, comme construction sociale, peut aussi être l'objet d'une recherche historique. Il existe ainsi une discipline particulière, à mi chemin entre le droit et l'histoire, qui fait du droit un objet de recherche historique : l'histoire du droit. En effet, son statut hybride « en fait à la fois une branche de la science historique et une méthode de compréhension du droit »<sup>88</sup>.

L'histoire, de son côté, peut donner un éclairage ou une contextualisation pour mieux comprendre le droit, ainsi « l'histoire alimente indirectement la science du droit en rendant factuellement intelligible le contexte de production et d'application de son objet »<sup>89</sup>. Le discours historique est ici mobilisé pour mieux comprendre les origines d'une norme ou les faits de l'espèce que le juge doit juger. De plus, l'appel au passé peut être mobilisé non seulement pour éclairer mais aussi pour servir de source ou de fondement au droit.

Les discours historiques peuvent faire l'objet d'une régulation juridique. Le droit peut alors encadrer et réguler le travail de l'historien<sup>90</sup>. Cet encadrement a un double visage : le droit peut réguler l'accès et la protection des sources du travail de recherche historique et il peut aussi exercer un certain contrôle sur les exigences méthodologiques suivies par les historiens afin de protéger des objectifs d'intérêt général et établir une éventuelle responsabilité juridique de l'historien, notamment quand ses recherches portent sur l'histoire contemporaine. En effet, « selon une opinion largement répandue la contrepartie croissante du regard de l'historien sur la société est précisément sa responsabilité juridique »<sup>91</sup>. Les problématiques des éventuelles limitations de la liberté d'expression et de recherche par des dispositions sanctionnant le négationnisme, le révisionnisme ou la minimisation outrancière peuvent ainsi entrer dans cette catégorie.

---

<sup>87</sup> R. HILBERG, *The destruction of the European Jews*, New Haven: Yale University Press, 1961, 3 Vol., 788 p.

<sup>88</sup> J-L. HALPÉRIN, « Histoire du droit » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, Coll. Quadrige, 2003, p. 783.

<sup>89</sup> E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 513.

<sup>90</sup> C'est ainsi qu'une partie de la doctrine souligne l'émergence d'un « droit de l'histoire », une branche du droit qui s'intéresserait à la régulation juridique du métier d'historien (J-P. LE CROM, « Juger l'histoire », *Droit et Société*, n° 38, 1998, p. 34, v. aussi la thèse de C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007, 525 p.).

<sup>91</sup> C. VIVANT, *op. cit.*, p. 13.

L'histoire et le droit peuvent néanmoins se retrouver en véritable opposition quand le discours juridique tente de remplacer le discours historique par le biais de dispositions qui ont pour objet d'imposer une vérité officielle. Si la réécriture de l'histoire par les détenteurs du pouvoir sous une forme prescriptive était une pratique commune dans les régimes totalitaires, ce type de dispositions est considérée, en général, comme contraire aux droits fondamentaux dans les régimes démocratiques<sup>92</sup>. Corollairement, l'histoire peut essayer d'usurper le discours juridique en s'érigant en véritable tribunal pour juger certains événements historiques. Si certaines initiatives ont un but ludique, comme l'exemple de la répétition du procès de Socrate en 2012, dans le cadre d'une initiative de la fondation Alexander S. ONASSIS, qui cherchait non pas à faire une reconstitution historique du procès du philosophe athénien en 399 av. J-C, mais à examiner le matériel de l'époque depuis une perspective juridique moderne<sup>93</sup>, d'autres jugements historiques peuvent déboucher dans un mélange de genres néfaste non seulement à la recherche historique mais aussi à la justice. C'est le cas de la table ronde organisée à l'initiative de R. AUBRAC dans le cadre de la polémique née de la publication du livre de G. CHAUVY, *Aubrac, Lyon 1943*<sup>94</sup>. En effet, l'auteur s'appuyait sur le testament de K. BARBIE pour impliquer les époux AUBRAC dans l'arrestation qui conduisit à l'assassinat de Jean MOULIN. Les époux AUBRAC ont ainsi décidé de poursuivre l'auteur pour diffamation mais, avant de se remettre à la justice, ils organisèrent une table ronde pour soumettre leur version des événements à l'examen d'un groupe d'historiens<sup>95</sup>. Cette table ronde prit rapidement les allures d'un tribunal qui cherchait à donner un jugement parallèle à celui du procès au civil qui se développait à l'encontre de G. CHAUVY, créant ainsi des distorsions entre le travail du juge et celui de l'historien.

### (B) *Le droit et les représentations mémorielles du passé*

Le droit a aussi d'autres points de rencontre avec le passé par le biais des constructions mémorielles. En effet, l'appréhension du passé se réalise aussi par la construction de la

---

<sup>92</sup> La Cour EDH, par sa jurisprudence relative aux condamnations pour de propos négationnistes, a souligné l'importance, dans une société démocratique, de pouvoir débattre sur l'histoire nationale, même sur les événements douloureux ou tragiques. Elle a ainsi considéré que « cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire » (Cour EDH, Grande chambre, 23 septembre 1998, *Lehideux c. Isorni*, req. n° 24662/94, § 55).

<sup>93</sup> FONDATION A. ONASSIS, *Le nouveau procès de Socrate*, 25 mai 2012, Centre culturel Onassis, Athènes. Vidéo disponible sur [<http://www.sgt.gr/en/programme/event/688>]. Parmi les membres de la nouvelle cour figuraient un conseiller d'État français, des professeurs universitaires, des juges et de magistrats de différents pays.

<sup>94</sup> G. CHAUVY, *Aubrac, Lyon 1943*, Paris : Albin Michel, 1997, 456 p.

<sup>95</sup> F. BÉDARIDA, J.-P. AZÉMA, H. ROUSSO, L. DOUZOU, D. VEILLON et M. AGULHON. Deux anciens résistants, D. CORDIER et J.-P. VERNANT complétaient le panel. La table ronde fut organisée par le Journal *Libération*. Un compte rendu fut publiée dans le quotidien : « Spécial Aubrac. La Table ronde », *Libération*, 17 mai 1997.

mémoire collective. Le droit peut alors s'ériger en cadre de cette construction grâce à l'organisation de commémorations ou par le biais de la protection des monuments nationaux. De plus, le droit comme activité sociale peut faire lui-même l'objet d'une construction mémorielle. Par exemple, les grandes lois, les codes ou les procès qui ont marqué la mémoire collective ont été l'objet d'une commémoration. C'est le cas de la commémoration du bicentenaire du Code Civil qui donna lieu à une cérémonie le 29 octobre 2004 et à la publication de plusieurs ouvrages commémoratifs<sup>96</sup>.

Le droit peut aussi jouer un rôle dans l'apaisement ou, au contraire, dans l'agitation des affrontements entre différentes représentations mémorielles d'épisodes de l'histoire récente. En effet, presque toutes les sociétés modernes doivent faire face à un retour réflexif du souvenir de certaines périodes douloureuses de son propre passé. Ici aussi, plusieurs stratégies sont possibles, mettant en place des points de rencontre plus ou moins rapprochés entre le droit, la mémoire et l'histoire.

La gestion de la concurrence entre différentes lectures d'une même période historique peut se faire au niveau du débat historien. Ce fut notamment le cas de la « querelle des historiens » (*Historikerstreit*) qui se développa en Allemagne durant les années 1980. Cette controverse éclata avec la publication d'un article de l'historien E. NOLTE le 6 juin 1986 dans la *Frankfurter allgemeine Zeitung*, sous le titre « Un passé qui ne veut pas passer » et qui invitait à reconsidérer la place du nazisme dans l'histoire, en remettant en question l'idée de la singularité du nazisme et de la Shoah<sup>97</sup>. Le philosophe allemand J. HABERMAS critiqua fortement cette position dans un article paru dans l'hebdomadaire *Die Zeit*, intitulé « Une manière de liquider les dommages. Les tendances apologétiques devant l'historiographie contemporanéiste allemande »<sup>98</sup>. Le philosophe dénonçait l'usage massif de la comparaison

---

<sup>96</sup> V. *Le code civil 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz / Litec, 2004, 718 p., et J-F. BURGELIN (coord.), « Bicentenaire du code civil », *D.* 2004, numéro spécial, 72 p. Des commémorations similaires ont eu lieu à l'occasion du bicentenaire du Conseil d'État ou du centenaire sur la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

<sup>97</sup> En particulier, il invitait à adopter une approche comparée entre le nazisme et le régime soviétique, entre l'Holocauste et autres crimes de masses commis précédemment par d'autres régimes, comme le massacre des arméniens aux mains de l'Empire turc en 1915. Notamment il s'interrogeait « l'archipel du Goulag n'est-il pas plus originel qu'Auschwitz ? L'assassinat pour raison de classe perpétré par les bolcheviks n'est-il pas le précédent logique et factuel du génocide des nazis ? » [War nicht der "Archipel Gulag" ursprünglicher als "Auschwitz"? War nicht der "Klassenmord" der Bolschewiki das logische und faktische Prius des "Rassenmords" der Nationalsozialisten?] (E. NOLTE, « Die Vergangenheit, die nicht vergehen will. Eine Rede, die geschrieben, aber nicht gehalten werden konnte », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 juin 1986).

<sup>98</sup> [Ein Art Schadenabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung] La traduction de ce texte ainsi que de plusieurs articles clés de cette controverse a été compilée dans l'ouvrage de L.

dans la réflexion de NOLTE car elle finissait par dissoudre la singularité des crimes nazis et de la Shoah, donnant ainsi un effet de disculpation. Cette controverse mobilisa une grande partie des historiens et de l'opinion publique et trouva un écho dans les discours politiques qui, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, essayaient de mettre en place des moyens pour reconstruire la nation et l'identité nationale dans l'ombre du III<sup>e</sup> Reich<sup>99</sup>. Ici, la gestion du passé nazi semblait passer plus par une « historisation » du droit que par une « juridisation du passé ». C'est ainsi que P. RICŒUR invitait à comparer cette approche avec celle qui donnait une prépondérance au droit pénal dans la gestion des passés douloureux, qu'il illustre grâce aux analyses du professeur M. OSIEL développés dans son livre *Juger les crimes de masse*<sup>100</sup>. De cette façon, pour RICŒUR :

« Dans une réflexion sur les rapports entre le juge et l'historien, la question est exactement symétrique et inverse de celle posée par le livre de M. Osiel : dans quelle mesure, demandions-nous, un argumentaire historique peut-il légitimement contribuer à la formulation d'une sentence pénale frappant les grands criminels du XX<sup>e</sup> siècle et ainsi nourrir un dissensus à vocation éducative ? La question inverse est celle-ci : dans quelle mesure un débat peut-il être conduit entre historiens professionnels sous la surveillance d'un jugement de condamnation déjà échu, non seulement au plan de l'opinion publique internationale et nationale, mais au plan judiciaire et pénal ? »<sup>101</sup>.

Dans le cadre des transitions démocratiques et pour faire face à l'héritage mémoriel du régime déchu, le droit peut être sollicité à différents degrés. Pour essayer de reconstruire une société divisée, l'État peut faire le choix d'une amnistie. Le droit est ainsi mobilisé pour imposer une sorte d'oubli collectif jugé indispensable pour la reconstruction d'une mémoire commune, l'oubli étant souvent présenté comme un corollaire nécessaire de la mémoire apaisée<sup>102</sup> et de la mise en place de la paix civique<sup>103</sup>. Mais le régime d'impunité mis en place par l'amnistie fut souvent l'objet de critiques. D'autres mécanismes se développèrent par le biais de la justice transitionnelle<sup>104</sup>. La justice transitionnelle peut être définie comme

---

FERRY, J. ROVAN (coord.), *Devant l'histoire : les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, Paris : Éd. du Cerf, Coll. Passages, 1988, 353 p.

<sup>99</sup> Pour un compte-rendu de cette querelle écrit au moment où elle se développait, v. K. H. JARAUSCH, « Removing the Nazi Stain ? The Quarrel of the German Historians », *German Studies Review*, n° 2, Vol.11, 1988, p. 285-301. Sur les développements postérieurs par rapport à la mise en place d'une mémoire collective allemande, notamment après la réunification, v. R. WIRRLINGER, S. BOOTHROYD, « A "Usable" Past at Last ? The Politics of the Past in United Germany », *German Studies Review*, n° 3, Vol. 33, 2010, p. 489-502.

<sup>100</sup> M. OSIEL, *Juger les crimes de masse* [trad. J-L. FIDEL, préface A. GARAPON], Paris : Éd. du Seuil, Coll. La couleur des idées, 2006, 453 p.

<sup>101</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, op. cit., p. 427.

<sup>102</sup> « Il n'est de mémoire que sur fond d'oubli, cet oubli menaçant et pourtant nécessaire ». (P. VIDAL NAQUET, « Sur une commémoration », *Le genre humain : Politiques de l'oubli*, n° 18, 1988, p. 134.

<sup>103</sup> P. RICŒUR, op. cit., p. 586.

<sup>104</sup> En effet, comme le signale le professeur X. PHILIPPE, « la justice transitionnelle apparaît comme une victoire sur la lutte contre l'impunité car elle constitue aujourd'hui le "standard de discussion dans des négociations de paix et remplace l'amnistie générale qui constitue "l'ennemi public n° 1" en matière de transition post

« l'ensemble de mécanismes et réponses chargés de traiter les exactions d'un régime passé qui s'est traduit par un degré élevé de violence sociale et de violations systématique et à grande échelle des droits fondamentaux de la personne »<sup>105</sup>. Elle se manifeste par différents mécanismes plus ou moins institutionnalisés, ainsi l'ONU parle plutôt d' « administration de la justice pendant la période de transition » qui « englobe l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation »<sup>106</sup>. Cependant, le mécanisme le plus fréquemment utilisé de cet éventail est la mise en place de commissions de vérité et réconciliation<sup>107</sup> dont un des principaux buts est de « contribuer à la mémoire collective d'une société et lui fournir, au moins, une compréhension commune du passé conflictuel du pays »<sup>108</sup>. Les premières structures de ce type furent mises en place en Amérique latine durant les années 1980 pour gérer le passage des dictatures vers des régimes démocratiques. Toutefois, l'exemple le plus connu de ce type de commission est sans doute la Commission Vérité et Réconciliation mise en place en Afrique du Sud en 1995 pour gérer la fin de l'Apartheid et présidée par D. TUTU. L'impact de cette commission motiva le développement, souvent sous les auspices d'organisations internationales, de ce type de structures afin d'assurer la transition vers la démocratie et la gestion des passés conflictuels. L'objectif est de proposer, à la fois, un récit du passé conflictuel qui soit susceptible de faire l'objet d'un consensus et qui puisse servir de fondation pour la mise en place d'un nouveau régime<sup>109</sup> et un mécanisme pour que les différentes parties, et notamment les victimes, puissent exprimer *leur* récit, leur version des faits, dans une logique d'articulation de protection de la mémoire individuelle et de mise en

---

conflictuelle » (X. PHILIPPE, « La justice transitionnelle est-elle compatible avec les principes constitutionnelles reconnus dans un nouvel État de droit », *Congrès mondial de droit constitutionnel*, Mexico : décembre 2010 [<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/16/297.pdf>]).

<sup>105</sup> X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur les relations entre “justice transitionnelle” et Constitution », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 374.

<sup>106</sup> ONU : CONSEIL DE SÉCURITÉ, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (Rapport du Secrétaire général)*, n° S-2004/ 616, 23 août 2004, § 8.

<sup>107</sup> Toutefois, il faut souligner que la notion de justice transitionnelle est plus large et ne se limite par uniquement à ce type de mécanismes. En effet cette notion est plus une notion *fonctionnelle* qu'organique. C'est plus le but, assurer une transition vers un régime démocratique en assurant une gestion du passé conflictuel. La force et l'intérêt de la justice transitionnelle réside alors dans « fluidité et sa capacité à s'adapter à la diversité des situations qu'elle entend saisir » (F. HOURQUEBIE, « La notion de “justice transitionnelle” a-t-elle un sens ? », *LPA*, n° 90, 2009, p. 7).

<sup>108</sup> [To contribute to a collective memory for a society, providing at least some common understanding of a country's conflictual past] (J.L. GIBSON, « On Legitimacy Theory and the Effectiveness of Truth Commissions », *Law and Contemporary Problems*, n° 2, Vol. 72, 2009, p. 124).

<sup>109</sup> V. S. LEFRANC, « Réécrire l'Histoire à des fins de réconciliation », *Regards sur l'actualité*, n° 325, novembre 2006, p. 65.

place d'une mémoire collective<sup>110</sup>. La nature de ce type de structures n'est pas difficilement définissable, n'étant pas des tribunaux de justice, elles peuvent être définies comme des « organes temporaires sanctionnées par l'État qui enquêtent des violations de droit de l'homme à grande échelle, commis durant une période spécifique »<sup>111</sup>.

Entre l'amnistie, la criminalisation et la mise en place de mécanismes transitionnels, d'autres voies sont possibles, qui ne cherchent « plus à réprimer quelques acteurs ou à réconcilier les peuples après une grave crise, mais [qui prétendent] *réparer* les crimes du passé, et ce indépendamment de toute situation paroxystique »<sup>112</sup>. Cette réparation peut prendre plusieurs formes : symbolique, matérielle ou politique. La première implique des gestes de la part de l'auteur admettant son tort et éventuellement sa repentance. La deuxième forme « cherche des moyens concrets et positifs pour éliminer définitivement les traces d'injustices historiques », tandis que la troisième se manifeste sous la forme d'indemnisations<sup>113</sup>.

### (C) *La délimitation méthodologique et spatio-temporelle de l'étude*

Parmi cet inventaire des points de rencontre et d'opposition entre l'histoire, la mémoire et le droit, le choix a été fait de se concentrer sur les usages *juridiques* du passé, c'est à dire sur l'analyse de l'emploi que fait le droit du passé, laissant donc de côté les phénomènes où le droit est lui-même l'objet de la recherche historique ou d'une construction mémorielle.

L'étude sera donc menée du point de vue juridique, à partir d'une conception large de la notion de droit<sup>114</sup>. En prenant comme point de départ la définition proposée par A.-J. ARNAUD, il est possible de considérer le droit comme un « ensemble de principes et de règles

---

<sup>110</sup> V. P. B. HAYNER, *Unspeakable truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York / Londres : Routledge, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spécialement p. 147 et ss.

<sup>111</sup> [Temporary state-sanctioned bodies investigating large-scale human rights violations committed over a specific period] (MNCWABE N., « Truth Commissions » in STAN L., NEDELSKY N. (éd.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, New York : Cambridge University Press, 2013, Vol. 1, p. 99).

<sup>112</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, shoah*, Paris : Odile Jacob, 2008, p. 11.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>114</sup> Dans le cadre restreint de cette introduction, la question du concept de droit sera abordée de façon à mettre en place une définition *opérative* visant à permettre de délimiter le sujet de l'étude. Cette définition ne prétend, en aucun cas, à l'exhaustivité ni à réduire une des principales problématiques de la théorie du droit. Sur les difficultés et les limites de la conceptualisation du droit nous renvoyons à la synthèse opérée par les professeurs F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, dans *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, p. 276-306.



à caractère normatif régissant les rapports des individus et des groupes en société »<sup>115</sup>. Le droit est donc une pratique sociale normative qui cherche à organiser et régir une communauté humaine mettant en place un *ordre juridique*. Cet ordre est un système structuré qui vise à guider le comportement humain, lui donnant des raisons pour agir<sup>116</sup>. Toutefois, cette première définition comporte en elle-même des difficultés dans la mesure où elle ne permet pas de distinguer le droit d'autres ordres normatifs qui régissent la vie sociale. Pour essayer de trouver ces critères de distinction, il est nécessaire de s'intéresser aux buts et à la forme du droit comme pratique sociale.

Pour pouvoir saisir la nature du droit et le distinguer d'autres ordres normatifs, il est donc nécessaire de prendre en compte le *point de vue interne*. En effet, d'après H. L. A. HART, il existe deux façons de décrire le droit : depuis le point de vue d'un participant interne au système étudié ou depuis une vision externe à ce système<sup>117</sup>. Afin de comprendre la spécificité du droit comme pratique sociale normative, il faut s'intéresser à la manière dont les participants considèrent le droit comme leur imposant des raisons pour leurs actions<sup>118</sup>, des raisons qui sont perçues comme valides, légitimes et obligatoires. Par conséquent, comme l'explique J. RAZ, tout ordre juridique, par sa nature même de système légal, se présente comme une autorité pratique qui donne aux membres de la communauté des raisons préventives pour leurs actions qui excluent toute autre raison<sup>119</sup>. C'est ainsi que A.-J. ANDRÉ complète sa définition en insistant sur le constat que le droit repose, dans l'esprit de ceux qui sont assujettis « sur la croyance dans le caractère légitime de l'autorité dont il émane, dans le caractère supérieur, vrai et valide des règles posées, dans le caractère obligatoire de ce qui est ainsi posé, dans la nécessité et la légitimité d'une sanction ainsi que de l'autorité chargée de l'appliquer »<sup>120</sup>.

Cette conception large met l'accent sur deux éléments du droit : premièrement, le droit est *construit* et s'organise sur la forme d'un système structuré qui donne des raisons pour l'action à une communauté humaine. Deuxièmement, ce système structuré produit des règles

---

<sup>115</sup> A.-J. ARNAUD, « Droit », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1988, p.108.

<sup>116</sup> A. MARMOR, « The Nature of Law », in E.N. ZALTA (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], hiver 2011, [<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/>].

<sup>117</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit* (1961) [Trad. M. VAN DE KERCHOVE Michel], Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 108-110 (§ 89-91).

<sup>118</sup> A. MARMOR, *loc. cit.*

<sup>119</sup> [Preemptive or exclusionary reasons for action]. Sur ce point, v. J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford/New York : Oxford University Press, 1994, p. 195-204.

<sup>120</sup> A.-J. ARNAUD, « Droit », *op. cit.*, p. 108.

obligatoires qui reposent sur la prétention, et corollairement l'acceptation, de l'autorité des raisons pour l'action qu'elles véhiculent. La définition opérative du droit ainsi posée permet de considérer comme *juridiques* un ensemble d'activités : la mise en place d'un ordre juridique constituant et régissant une communauté humaine, la production des règles qui se présentent comme obligatoires et leur postérieure application en vertu de leur autorité et de leur caractère obligatoire. La présente étude prétend alors étudier les usages du passé dans ces différentes activités. Elle implique donc de s'intéresser à l'action du pouvoir constituant, des différents jurislatoeurs et des organes chargés d'appliquer le droit. Elle se centre donc sur l'étude du droit positif, mais prend aussi en compte le discours théorique sur ce droit positif opérant ainsi un dialogue entre l'approche pratique et l'approche théorique.

Eu égard au rôle de l'État dans les différentes articulations entre le droit et le passé, l'étude est faite sous l'angle du droit public en insistant sur les aspects du droit *interne*. Toutefois, l'importance de la protection des droits fondamentaux comme justification de l'intervention du droit dans certains aspects de la recherche historique invite à inclure, dans une conception large du droit public, le droit de la protection des droits de l'homme. En particulier, prenant en compte le rôle et la place des considérations historiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle occupera une place importante comme complément de l'étude de la jurisprudence interne.

Du point de vue de la délimitation temporelle, l'interaction entre le droit, l'histoire et la mémoire n'est pas un phénomène nouveau. Néanmoins, sa problématisation s'est surtout développée à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. En effet, les différentes crises économiques, identitaires, culturelles ainsi que la prise de conscience des épisodes traumatiques de l'histoire récente – guerres mondiales, totalitarismes, entreprises génocidaires – ont affaibli le sentiment d'une continuité entre le passé et l'avenir et rendent de plus en plus difficile la construction d'un récit unitaire et consensuel sur le passé national assurant la permanence et la préservation de la communauté politique nécessaire à tout ordre juridique.

L'étude privilégiera ainsi l'analyse du droit contemporain. Toutefois, elle sera complétée par une approche historico-évolutive. En effet, la place et l'importance donnée aux considérations historiques et mémorielles varie en fonction des différentes conceptions non seulement du droit, mais aussi de l'histoire, notamment dans ses relations à la mémoire. L'étude des évolutions dans les usages juridiques du passé permettra alors mieux comprendre les enjeux du débat actuel sur la surenchère mémorielle et la judiciarisation de l'histoire.

En ce qui concerne la délimitation géographique du sujet, l'étude se centre sur le cas français. En effet, si la majorité des pays a été confrontée, depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, à des problèmes d'articulation entre différentes mémoires et aux enjeux de la gestion du passé et de son influence dans la préservation de l'identité nationale, le cas français présente une double caractéristique qui le rend particulièrement intéressant pour l'étude de la triple dialectique entre le droit, la mémoire et l'histoire. En premier lieu, comme le souligne l'historien P. NORA, « la France a pour tradition d'avoir entretenu avec son passé un rapport essentiel et déterminant, d'une intensité à la fois affective et politique »<sup>121</sup>. L'histoire a toujours joué un rôle central dans la construction et la consolidation du modèle républicain français, c'est pourquoi il est possible de parler d'une « surdétermination mémorielle »<sup>122</sup> qui fait l'originalité du cas français. Plus particulièrement, l'intérêt du cas français réside dans la spécificité de sa réaction au « déferlement mondial de la mémoire »<sup>123</sup> qui s'est surtout manifestée par la voie juridique. Par-dessus les discours et les politiques publiques, la France a privilégié la voie juridique, et plus précisément, la voie législative et jurisprudentielle pour faire face à la problématique de l'articulation des rapports entre l'histoire, la mémoire et le droit. Toutefois, si l'étude prend comme fondement le cas français, elle fait aussi appel à des exemples de droit étranger afin de pouvoir mettre en perspective certaines de ces particularités et permettre ainsi une approche plus globale de l'étude des usages juridiques du passé.

Une fois délimitée la matière première et la méthodologie de l'étude, il est nécessaire de s'interroger sur les hypothèses et les problématiques qu'elle peut soulever.

#### ***§ 4. Problématique et plan de l'étude : l'encadrement, l'utilisation, l'instrumentalisation et la déformation du passé par le droit***

Au point de départ du débat sur les lois mémorielles se trouvait l'affirmation lapidaire du comité *Liberté pour l'histoire* : « L'histoire n'est pas un objet juridique ». Toutefois, l'inventaire de nombreux points de rencontre entre l'histoire, la mémoire et le droit démontrent, qu'en pratique, le droit s'empare souvent du passé, et fait de l'histoire et de la

---

<sup>121</sup> P. NORA, « Malaise dans l'identité historique », in P. NORA, F. CHANDERNAGOR, *Liberté pour l'histoire*, op. cit., p. 21.

<sup>122</sup> P. NORA, « La loi de la mémoire », *Le débat*, n° 78, 1994, p. 181.

<sup>123</sup> P. NORA, « Malaise dans l'identité historique », *loc. cit.*

mémoire des objets de régulation juridique. De plus, la relation entre le droit et le passé est *dialectique* : le droit se trouve souvent saisi par le passé, et, en même temps, il fait du passé un de ses objets ; le passé peut expliquer et déterminer le droit, mais le droit peut aussi donner une certaine écriture du passé. Cette relation dialectique est le point de départ qui permet de poser les prémisses et la problématique de l'étude (A) qui servent de fondement au plan de la recherche (B).

### (A) *Prémisses et problématique*

Avant de s'interroger sur l'articulation de cette relation dialectique, il est nécessaire d'établir les prémisses qui guideront la réflexion. Les relations entre le droit et le passé s'expliquent par l'idée qu'une collectivité, élément de base pour tout ordre juridique, ne se construit que sur des références communes au passé, sur une conception partagée du passé, qu'il revient au droit, en partie, d'instituer. L'organisation du passé fait partie de la fonction « instituante » du droit. En effet, le droit joue un rôle en tant que partie constitutive d'une communauté politique, comme objet d'identification qui influe sur l'identité des membres de cette communauté<sup>124</sup>. Par conséquent, « la première fonction de l'État est, à cet égard, d'assurer l'existence durable de cette communauté historique, d'inscrire son action dans une histoire qui lui soit propre et de contribuer ainsi à la réalisation de l'idée de droit dont cette nation est porteuse »<sup>125</sup>.

La réflexion sur les usages juridiques du passé s'inscrit, de plus, dans le cadre plus large des interactions entre le droit et le temps. S'interrogeant sur ces rapports, le professeur F. OST articule sa réflexion autour de la thèse selon laquelle « un lien puissant s'établit entre temporalisation sociale du temps et l'institution juridique de la société. Plus précisément : le droit affecte directement la temporalisation du temps, tandis que, en retour, le temps détermine la force instituante du droit »<sup>126</sup>. Cette relation dialectique entre temps et droit se vérifie avec autant plus de force dans le cas plus particulier des rapports entre le passé et le droit. Le droit joue un rôle dans la perception et la conception du passé. D'un côté, si le passé doit être représenté ou reconstruit afin de devenir un objet de connaissance, le droit peut non seulement encadrer, guider et organiser ces représentations, mais il peut aussi les construire lui-même. De l'autre côté, si le droit est un produit social, s'il est en même temps construit

---

<sup>124</sup> J. RAZ, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford / New York : Oxford University Press, 2009, p. 106.

<sup>125</sup> F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 54

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 13.

par les hommes et déterminé, en partie, par son contexte, le passé du groupe humain qu'il est censé organiser exerce une influence non seulement dans sa formation, mais aussi dans son application.

L'étude de ces relations dialectiques entre le passé et le droit implique alors de s'interroger sur les modalités, les objectifs et les éventuelles dérives de l'utilisation juridique du passé. Il convient donc de se demander comment, dans quel but et à quel prix le passé peut-il devenir un objet juridique ?

Le droit utilise l'histoire non seulement pour contextualiser son action mais aussi pour donner une assise à son autorité et pour justifier ses décisions<sup>127</sup>. Le droit est influencé par le passé, mais il est aussi un acteur dans la construction et l'interprétation de ce passé, en encadrant et en participant aux procédures par lesquelles l'histoire est écrite et la mémoire est construite. Néanmoins, ces relations avec le passé peuvent devenir problématiques, notamment quand le recours au passé se transforme en une déformation du passé par le droit, voire même en une confusion des disciplines juridiques et historiques.

L'utilisation du passé par le droit sera alors analysée suivant une réflexion progressive, pour essayer de démontrer les différentes formes d'interaction entre le droit et le passé, allant de la simple prise en compte du passé comme contexte des activités juridiques aux risques de confusion entre le droit et l'histoire. Si ces risques ont été mis en avant par le débat médiatique, leur examen critique permettra une certaine relativisation des dangers de la judiciarisation du passé.

### (B) *Plan de l'étude*

Les différents récits sur le passé et, notamment, les récits historiques, servent, dans un premier temps, de *fondation* au droit. Suivant une métaphore architectonique, cette fondation se manifeste premièrement dans la mise en place de cadres à l'intérieur desquels se développe l'activité juridique, mais aussi, et de façon plus profonde, par la mise en place des soubassements nécessaires à la mise en place d'un ordre juridique. La première partie de l'étude insiste alors sur le rôle de l'ancrage historique, d'un historicisme pris au sens large et qui peut être défini comme « la doctrine qui met l'accent sur l'importance de l'histoire pour la

---

<sup>127</sup> A. SARAT, T.R. KEARNS, « Writing History and Registering Memory in Legal Decisions and Legal Practices : An Introduction » in *History, Memory and the Law*, Michigan : the University of Michigan Press, The Amherst Series in Law, Jurisprudence and Social Thought, p. 3.

compréhension des institutions et des activités humaines »<sup>128</sup>, dans la formation, la compréhension et l'application du droit.

Dans cette fonction d'encadrement et de fondement, le droit utilise, premièrement, les récits sur le passé comme un éclairage contextuel pour l'interprétation et l'application de la norme. La place et l'importance données à cet éclairage contextuel varient non seulement en fonction de l'époque, mais aussi de l'activité juridique. Plus qu'un encadrement, la référence au passé est aussi un fondement du droit. Le passé peut ainsi faire partie des sources formelles du droit, notamment à travers la coutume et la tradition. Il peut aussi donner un fondement de légitimité non seulement aux normes, comme c'est le cas de l'ancrage dans le passé républicain des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, mais aussi à l'ordre juridique dans son ensemble. Les différents temps du passé composé, qu'il s'agisse du passé généalogique des fondations, du passé répétitif de la tradition, du passé chronologique de l'histoire événementielle ou du passé intemporel des invariants juridiques, sont ainsi mobilisés par le droit afin de donner une assise à sa légitimité (Première Partie).

Le droit a recours au passé et au discours historique, en quête de légitimité. Mais une fois cette légitimité acquise et consolidée, elle peut l'utiliser pour imposer une certaine vision du passé, faisant appel à la force symbolique du droit.

Dans un deuxième temps, le droit utilise alors le passé comme objet de son action de régulation et de prescription. Il veille à *organiser* le passé. Il peut donc chercher à construire son propre récit du passé, pour bâtir une représentation collective et permettre l'émergence d'une mémoire collective. Le droit exerce ici pleinement sa fonction instituante. Cette construction mémorielle peut prendre des formes diverses, par exemple, la mise en place des commémorations ou la réparation des préjudices liés à certains faits historiques. Elle passe aussi par une certaine gestion de l'oubli, comme corollaire de la gestion mémorielle.

Le problème est que cette reconstruction du passé par le droit peut conduire vers une distorsion des registres de l'histoire, la mémoire et le droit. Cette distorsion peut même mener à un remplacement de l'histoire par le droit, conduisant à une déformation dialectique des deux disciplines.

---

<sup>128</sup> F.C. BEISER, *The Cambridge Companion to Hegel*, New York / Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 271.

Dans un contexte de confusion entre les registres de la mémoire et de l'histoire accompagné d'une remise en cause du récit national qui assurait la cohésion, le droit peut chercher à intervenir pour s'ériger en tiers impartial des revendications mémorielles. Toutefois, dans cette fonction, le droit peut être conduit à imposer sa propre vision du passé en produisant un récit qu'il érige en vérité officielle, substituant ainsi l'histoire dans son domaine. Le résultat est alors une fragilisation de la règle du droit et une certaine juridisation de l'histoire (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA FONDATION DU DROIT PAR LE PASSÉ  
SECONDE PARTIE : L'ORGANISATION DU PASSÉ PAR LE DROIT

# **Première Partie : La fondation du droit par le passé**





Le droit est inscrit dans une histoire dont il ne peut pas se défaire. En effet, le droit n'est pas seulement construit, mais il prend des racines et s'inscrit dans un contexte. S'il est le fruit d'une volonté, il est aussi le reflet de situations de fait, « droit construit et droit donné, "droit pur" et droit "impur" car déterminé par l'histoire, l'économie, la sociologie, le droit naturel, et envahi, pollué peut-être par les historiens, les sociologues et les autres intrus »<sup>129</sup>.

Il est donc nécessaire de mettre en lumière une certaine historicité du droit, de l'inscrire dans la durée et dans un contexte précis afin de mieux comprendre son origine et son fonctionnement. Toutefois, cet ancrage du droit dans son histoire n'implique pas pour autant l'idée d'un déterminisme historique. L'historicisme qui est ici pris en compte est seulement une posture épistémologique qui met l'accent sur l'importance de la contextualisation historique pour l'analyse du droit comme activité humaine. Il ne s'agit pas d'ériger l'histoire comme instance autonome qui déterminerait, à elle seule, le contenu et le développement du droit, ou une sorte d'oracle qui permettrait de deviner le futur du droit par l'étude des rythmes ou des motifs qui se dégagent de l'étude de son passé<sup>130</sup>. Contrairement à l'école *historiciste* telle que développée par des philosophes comme E. TROELTSCH, il n'est pas considéré que « tout ce qu'il est, l'homme l'apprend uniquement par l'histoire »<sup>131</sup>. En effet, cet historicisme, défini comme l'« historicisation fondamentale de toute notre pensée sur l'homme, sa culture et ses valeurs »<sup>132</sup> a fait l'objet d'intenses critiques, notamment par son déterminisme et le relativisme des valeurs qu'il entraîne. Mais si le passé ne détermine pas pour autant le présent, il joue un rôle dans la formation, l'interprétation et l'application du droit.

Le droit se réalise dans un cadre historique et il est, en partie, le produit de l'histoire qui peut ainsi devenir sa source et sa fondation. Le terme « fondation » désigne ici, d'après son étymologie, les bases ou les assises d'une construction. L'édifice « droit », comme système et comme activité, s'enracine et se construit à partir de son passé qui lui sert de cadre

---

<sup>129</sup> B. CUBERTAFOND, *La création du droit*, Paris : Ellipses, Coll. Le droit en questions, 1999, p. 6.

<sup>130</sup> Critiquant l'historicisme comme école de pensée qui s'était développée en Allemagne durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, K. POPPER se réfère à cette théorie en soulignant « qu'il me suffise de dire que j'entends par [historicisme] une théorie, touchant toutes les sciences sociales, qui fait de la prédiction historique leur principal but, et qui enseigne que ce but peut être atteint si l'on découvre les "rythmes" ou les "motifs", les "lois" ou les "tendances générales" qui sous-tendent les développements historiques » (K. POPPER, *Misère de l'historicisme* (1944) [trad. H. ROUSSEAU], Paris : Plon, 1956, p. XV).

<sup>131</sup> C. BOUTON, *Le procès de l'histoire. Fondements et postérité de l'idéalisme historique de Hegel*, Paris : Vrin, Coll. Histoire de la philosophie, 2004, p. 254.

<sup>132</sup> E. TROELTSCH, *Der Historismus und seine Problem*, Tübingen, 1922, p. 102 cité par C. BOUTON, *loc. cit.*

et de soubassement. La prise en compte de ce passé éclaire, premièrement, l'application de la norme. La contextualisation historique de la norme à appliquer et des faits soumis au juge est un élément parfois déterminant pour la résolution d'une affaire. L'opérateur juridique mobilise ainsi des récits historiques pour son activité herméneutique et juridictionnelle (**TITRE I**).

L'appel au passé peut aussi être une source, un des fondements possibles du droit. Le droit, comme système, ne peut pas prétendre à son auto-fondation, il doit donc chercher ses fondements en dehors du système lui-même. Le recours au passé, l'ancienneté et la permanence sont porteurs d'une certaine autorité, d'une force qui permet de légitimer non seulement l'ordre juridique dans son ensemble, mais aussi le recours à des règles non écrites dans un système profondément marqué par la codification et le droit écrit. Les récits sur le passé, sur les origines, qu'ils soient mobilisés et même construits par le discours juridique, servent ainsi de source réelle du droit, à la fois fondement possible à la prétention à l'autorité de l'ordre constitutionnel dans son ensemble et de certaines règles qui n'émanent pas de la volonté du souverain (**TITRE II**).

# TITRE I. LE PASSÉ COMME CADRE DE L'INTERPRÉTATION ET DE L'APPLICATION DE LA NORME

« *Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire* »  
MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XXXI, Chapitre II<sup>133</sup>

Cet exergue rend hommage à MONTESQUIEU, un des premiers à s'interroger sur le lien entre le droit et la société qu'il est censé régir. En effet, dans *De l'esprit des lois*, il analyse l'émergence des institutions juridiques à partir des mœurs ou de l'éthique sociale d'un peuple donné<sup>134</sup>. Dès le livre premier, MONTESQUIEU définit ainsi les caractéristiques des lois positives :

« Elles doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs. Elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer. »<sup>135</sup>

L'étude des lois et de leur application doit donc être considérée, selon le baron de la Brède, non seulement d'un point de vue interne, mais aussi dans ses rapports avec la société et, pour ce qui intéresse plus particulièrement cette recherche, avec leur origine et leur histoire. Le juge doit donc prendre en compte ces données factuelles pour l'interprétation et l'application des normes. Le recours au passé est donc utilisé comme un cadre servant à l'« éclairage contextuel ou substantiel du droit »<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748) [intro. V. GOLDSCHMIDT], Tome II, Paris : GF- Flammarion, 1979, p. 367.

<sup>134</sup> Dans l'histoire des idées, MONTESQUIEU est aussi bien mobilisé par les tenants d'une vision historiciste du droit que par les courants sociologisants du droit. En réalité, comme l'explique le professeur C. SPECTOR, sa position est plus nuancée : « il défend à la fois une certaine conservation de la jurisprudence comme expression des traditions qui ont façonné, dès l'origine, le caractère national, et l'idée d'une évolution pragmatique du droit, attentive aux transformations sociales (le droit comme interprète des besoins évolutifs de la société, des rapports entre droits et mœurs) » (C. SPECTOR, « "Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire" : statut de la romanité et rationalité des coutumes dans L'Esprit des lois de Montesquieu », in M. XIFARAS (éd.), *Généalogie des savoirs juridiques : le carrefour des Lumières*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Penser le droit, 2007, p. 21).

<sup>135</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, Tome I, Livre I, Chapitre III, p. 128.

<sup>136</sup> E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, 2006, p. 512.

Sauf cas particuliers<sup>137</sup>, le juge se prononce sur des faits passés en appliquant des normes qui ont leur propre histoire. L'appréhension du passé fait donc partie de l'office du juge. Toutefois, la prise en compte de ce passé, en particulier quand il correspond à des faits historiques au sens restreint, c'est à dire à des faits « qui s'inscrivent dans une époque ayant une signification particulière pour la société ou pour l'humanité »<sup>138</sup>, s'avère problématique. En effet, si les faits historiques sont souvent présentés comme des faits objectifs qui s'imposent au juge, leur connaissance et leur utilisation impliquent néanmoins une reconstruction qui pose des problèmes méthodologiques et de justification de leur emploi. Il est par conséquent nécessaire de s'interroger sur les méthodes mobilisées et les buts recherchés par le juge quand il fait appel au passé.

Le juge peut premièrement faire appel au passé pour *interpréter* la norme au cœur du litige ou de l'activité de contrôle (**Chapitre I**). En effet, les différentes théories d'interprétation et leurs respectives méthodologies donnent un place variable aux considérations historiques et, plus généralement, à l'appel au passé pour l'interprétation de la norme. Dans la pratique juridictionnelle, l'appel au passé comporte deux volets. D'un côté, le juge peut se référer à l'histoire législative de la norme. Il peut ainsi utiliser les travaux préparatoires de la norme afin de dégager l'intention de son auteur au moment de son édicition, dans le cadre d'une interprétation historique. Cette opération a l'avantage de légitimer l'activité interprétative en faisant appel au respect de la volonté du législateur, mais elle pose aussi le problème d'une application conservatrice du droit. D'un autre côté, le juge peut faire appel au contexte historique de la norme, aux conditions institutionnelles, politiques, culturelles et sociales en vigueur au moment de son édicition. Cette contextualisation de la norme permet d'analyser les raisons et les buts du jurislatureur, pour permettre une interprétation évolutive. Les objectifs de l'appel au passé dans l'interprétation sont donc aussi variables.

L'appréhension du temps passé est aussi nécessaire pour l'examen des faits qui sont l'objet du litige (**Chapitre II**). Par l'effet de la prescription, la compétence du juge est limitée dans le temps, le jugement de faits anciens ne fait donc pas partie de l'office du juge.

---

<sup>137</sup> Dans certaines circonstances le juge peut se prononcer sur des faits qui ne se sont pas encore advenus. L'appréhension du futur peut ainsi faire partie de l'office du juge. C'est le cas par exemple de l'examen des situations à la lumière du principe de précaution prévu par l'article 5 de la Charte de l'environnement et qui oblige le juge à prendre en compte les conséquences éventuelles d'une action ou omission de l'administration.

<sup>138</sup> D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2012, p. 230.

Toutefois, certains faits historiques peuvent être pris en compte par le juge. Premièrement, les règles de prescription varient selon les matières et les juridictions, une catégorie de faits étant même considérés comme imprescriptibles. En outre, le juge peut connaître les conséquences de faits historiques qui se sont prolongés dans le temps et qui, de ce fait, entrent dans sa compétence *ratione temporis*. De plus, pour mieux comprendre les faits de l'espèce, le juge peut avoir recours à la contextualisation et insérer l'examen de faits contemporains dans une dimension historique. Le recours au passé dans l'office du juge est donc fréquent, peut prendre des multiples formes et répondre à différents objectifs. Toutefois, dans la considération du passé et de l'histoire, le juge doit mener une opération délicate écartant les risques d'anachronismes et de manipulation du passé.



## CHAPITRE I. LE PASSÉ COMME ÉLÉMENT POUR L'INTERPRÉTATION DE LA NORME À APPLIQUER

« Nous estimons qu'il ressort de façon évidente, même d'un aussi bref rappel historique, que l'évolution de nos arrangements constitutionnels a été marqué par l'adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l'insistance sur le maintien par les gouvernements d'une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité »<sup>139</sup>. Par ce considérant, et après un bref rappel de l'histoire de la formation de l'État canadien, la Cour suprême fit appel à l'histoire comme outil interprétatif de la Constitution afin de dégager des principes visant à combler une lacune de la Constitution. Face aux différentes démarches mises en place par les partisans de l'indépendance du Québec depuis la fin des années 1970<sup>140</sup>, la question de savoir si, à la lumière de la Constitution, le Québec pouvait procéder unilatéralement à sa sécession, fut ainsi posée devant la Cour Suprême. En effet, la Constitution canadienne ne contenait aucune prévision régulant l'éventuelle sécession d'une Province. L'appel au passé sert donc pour interpréter la Constitution afin de dégager des nouveaux principes qui trouvent alors une justification historique<sup>141</sup>. Ce cas permet d'illustrer l'intérêt du recours au passé pour l'interprétation des normes, notamment des normes constitutionnelles.

L'interprétation juridique peut être définie comme l'« activité rationnelle de donner un sens à un texte légal »<sup>142</sup>, il s'agit d'une activité intellectuelle qui permet de déterminer le message normatif qui découle d'un texte. Étymologiquement, l'interprétation est à la fois liée à l'idée d'explication ou d'éclaircissement ainsi qu'à celle d'intermédiation. En effet, l'interprétation sert d'intermédiaire entre le texte et ses lecteurs, mais aussi entre le général et le concret, le langage technique et le langage courant et, finalement, entre le passé de la rédaction et le futur de l'application<sup>143</sup>. C'est ainsi que le recours au passé peut jouer un rôle

---

<sup>139</sup> COUR SUPRÊME (CANADA), 20 AOÛT 1998, *Affaire renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 S.C.R., § 48.

<sup>140</sup> Un premier référendum portant sur la souveraineté du Québec fut organisé le 20 mai 1980 et se solda avec une victoire du non à 60%. Un nouveau référendum fut organisé le 30 octobre 1995, et le non gagna à nouveau mais par une faible marge (50.58% des votants).

<sup>141</sup> A. REILLY, « Constitutional principles in Canada and Australia: Lessons from the Québec Secession Decision », *Public Law Review*, n° 8, Vol. 10, 1999, p. 211.

<sup>142</sup> [Legal interpretation is a rational activity that gives meaning to a legal text]. (A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton et Oxford : Princeton University Press, 2005, p. 3).

<sup>143</sup> F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Penser le droit, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 88.



dans l'interprétation, qui est le préalable nécessaire à son application. Ce recours au passé peut prendre diverses formes et se traduire, par exemple, par la prise en compte de la volonté du législateur au moment de la rédaction, par le recours au contexte historique lors l'édiction de la norme, ou par le recours au sens donné aux termes de la norme au moment de sa promulgation et son évolution postérieure, notamment pour les normes anciennes.

Si les *formes* de cet appel au passé sont diverses, les *buts* poursuivis par le recours à cette technique sont aussi variés. Toutefois, une constante semble se dessiner dans l'utilisation de cette technique à travers les époques et les différents systèmes : l'appel au passé est une façon pour le juge de légitimer son activité herméneutique, activité qui a été souvent marquée du sceau du soupçon et de la méfiance d'un « gouvernement des juges ». Le recours au passé, c'est-à-dire à des faits qui peuvent ainsi faire l'objet d'une connaissance objective, permet au juge d'ancrer son interprétation sur des fondements, en apparence, solides et neutres. En effet, le recours à des arguments historiques laisse entendre que tout observateur peut arriver à la même conclusion, car ils font allusion à une prétendue neutralité tant du décideur que de la décision, de l'interprète et du produit de son interprétation<sup>144</sup>.

Afin de comprendre ce rôle assigné à Clio, muse de l'histoire et des récits passés, par Hermès l'interprète, il est nécessaire de s'intéresser au préalable à la place de l'appel au passé dans la théorie et les méthodes d'interprétation. Cette place dépend non seulement de la période dans l'histoire de la pensée juridique et du courant théorique influençant le travail des opérateurs juridiques, mais aussi de la norme à appliquer, de même que de la conception que se font les juges de la nature de la norme qu'ils ont à interpréter et de leur propre rôle dans l'organisation institutionnelle (Section 1). Il est ainsi possible de s'intéresser, dans un deuxième temps, à la pratique de l'activité interprétative du juge interne et celui de la CEDH, afin d'observer concrètement la place du recours à l'histoire et au passé comme outil d'interprétation et de légitimation de sa décision (Section 2).

---

<sup>144</sup> R. UITZ, *Constitution, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest / New York : CEU Press, 2005, p. 8.

## **Section 1. La place du passé dans la théorie et les méthodes d'interprétation**

Le problème de l'interprétation touche à la nature même du droit. Pour l'ancien président de la Cour suprême israélienne, le professeur A. BARAK, « l'histoire du droit est l'histoire de la montée et de la chute des différents systèmes d'interprétation »<sup>145</sup>. En effet, l'activité interprétative peut faire l'objet de conceptions très diverses et qui sont tributaires de la conception même du droit qui prévaut dans un système juridique donné. La doctrine a alors systématisé ces différentes conceptions autour de plusieurs *théories* de l'interprétation. Ces théories cherchent à déterminer la nature de l'opération d'interprétation, son objet et ses conséquences<sup>146</sup>. Elles font appel, pour leur mise en œuvre à des *méthodes d'interprétation*. Ici, il faut donc prendre le terme « méthode » dans le sens d'une « direction définissable et régulièrement suivie dans une opération de l'esprit », un « programme réglant d'avance une suite d'opérations à accomplir et signalant certains errements à éviter, en vue d'atteindre un résultat déterminé »<sup>147</sup>. La méthode est donc l'outil utilisé par l'opérateur juridique, qui peut répondre à une ou plusieurs théories ou conceptions de l'interprétation. Les méthodes peuvent aussi varier en fonction du pays, de l'époque<sup>148</sup>. La place donnée au passé dans l'interprétation d'un texte juridique dépendra alors non seulement de la théorie dominante qui irrigue le système juridique à une période donnée, mais de la méthode qui sera privilégiée pour mettre en œuvre cette théorie.

Les relations entre le passé et l'herméneutique juridique sont alors dialectiques : l'histoire peut jouer un rôle dans la détermination d'une théorie ou dans le choix d'une méthode, mais, en même temps, ce choix détermine la place que l'appel au passé peut jouer dans l'interprétation de la norme (§1). À l'intérieur du genre de l'herméneutique juridique, il existe un type d'interprétation qui semble donner au recours au passé une place prépondérante. Il s'agit de l'interprétation constitutionnelle. Si la spécificité de cette interprétation peut être nuancée, voire même critiquée, les caractéristiques de son objet, c'est-à-dire la norme constitutionnelle, notamment par sa vocation à durer dans le temps et son

---

<sup>145</sup> [Legal history is the history of the rise and fall of different systems of legal interpretation]. (A. BARAK, « Constitutional interpretation » in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 92).

<sup>146</sup> M. TROPER, « Interprétation » in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-Puf, Coll. Quadrige, 2003, p. 843.

<sup>147</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, Paris : PUF, 10<sup>e</sup> éd., 1968, p. 464-465.

<sup>148</sup> H. RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique », *Le Portique* [en ligne], 2005, n° 15, [<http://leportique.revues.org/index587.html>].

ancrage dans l'histoire du pays, font de l'herméneutique constitutionnelle un terrain d'observation privilégié sur le recours aux arguments historiques dans l'interprétation (§2).

### **§ 1. *Clio, Hermès et Thémis : les relations entre l'Histoire et l'herméneutique juridique***

Ce renvoi au triptyque mythologique est une référence à l'article de l'historien nord américain D.R. KELLEY « Hermes, Clio, Themis : Historical Interpretation and Legal Hermeneutics »<sup>149</sup> qui s'intéressait aux relations entre l'histoire et le droit par le biais de l'herméneutique. En effet si, grâce à la philologie, la filiation entre Clio, la muse de l'Histoire, et Hermès, le messager et interprète, est connue de longue date<sup>150</sup>, ce n'est que grâce aux travaux de SAVIGNY que Thémis, déesse de la justice, de la loi et de l'équité, fut introduite dans l'équation. Le professeur D.R. KELLEY, expliquait ainsi que « l'influence de l'école historique sous la direction de SAVIGNY fut non seulement le renforcement des liens entre les disciplines historiques et juridiques, mais aussi l'introduction de l'herméneutique dans cette association. Cette nouvelle trinité entre Hermès, Clio et Thémis fut impliquée, à certains moments de façon collective, dans d'importantes avancées pour les sciences humaines »<sup>151</sup>. Eu égard à l'importance du *Volkgeist*, c'est-à-dire à l'esprit du temps et du peuple comme source et fondement du droit, cette école donnait une place prépondérante à la recherche historique pour l'interprétation et la formation même du droit. Ainsi, pour le fondateur de cette école « un double sens est indispensable au juriste : le sens historique, pour saisir la particularité de chaque époque et de chaque forme juridique, et le sens systématique, pour considérer chaque concept et chaque principe en relation et en interaction vivante avec le tout »<sup>152</sup>.

Si les courants postérieurs dans l'histoire de la pensée juridique ne donnèrent pas forcément cette place centrale à Clio comme source et comme outil de l'interprétation, la question de l'influence du passé sur le présent reste très présente et reçoit des réponses variées

---

<sup>149</sup> D. R. KELLEY « Hermes, Clio, Themis : Historical Interpretation and Legal Hermeneutics », *The Journal of Modern History*, n° 4, Vol. 55, 1983, p. 644-668.

<sup>150</sup> En effet, la philologie est l'étude de la linguistique historique à partir de documents écrits. Elle vise donc à comprendre et interpréter le sens original de textes à partir de sources historiques. Ainsi, D.R. KELLEY considère que la science de la philologie est la progéniture de Clio et d'Hermès (*Ibid.*, p. 645).

<sup>151</sup> [The effect of the historical school under Savigny's leadership was not only to reinforce ties between historical and legal scholarship but to introduce hermeneutics into the partnership. This new trinity of Hermes, Clio, and Themis was involved, at some points collectively, in efforts of considerable importance for the human sciences]. (*Ibid.*, p. 653).

<sup>152</sup> F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814) [trad., intro. et notes A. DUFOUR], Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2006, p. 73-74.

en fonction non seulement de l'idéologie juridique prééminente, mais aussi de la conception même de la nature de l'opération herméneutique (I). En particulier, le recours au passé est principalement mobilisé à travers la méthode dite « historique » au sens strict et par la contextualisation historique de la norme (II).

## (I) Théorie et nature de l'opération d'interprétation juridique

Tout texte juridique doit être interprété pour pouvoir être appliqué. Malgré l'emprise de l'adage « *interpretatio cessat in claris* », aussi clair que le libellé de la norme puisse l'être, il doit faire l'objet d'une interprétation, si ce n'est que pour déterminer son degré de clarté<sup>153</sup>. C'est ainsi que tout système juridique produit des principes pour guider l'interprétation. Ces principes font partie, pour reprendre les termes de HART, des règles secondaires<sup>154</sup>, règles qui peuvent être véhiculées par de normes écrites et codifiées. Toutefois, en droit interne français, il n'existe pas de codification des principes qui doivent régir l'activité d'interprétation du juge : la seule règle écrite est l'article 4 du Code civil qui prévoit que « le juge qui refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Il existe donc une obligation d'interprétation afin de pouvoir régler le cas d'espèce qui est présenté devant le juge mais, au delà de cette obligation, le juge est libre de choisir sa méthode d'interprétation. Cette liberté n'est pourtant pas totale, et le choix d'une méthode d'interprétation dépend de plusieurs facteurs, parmi lesquels les valeurs poursuivies par l'interprète (A), la conception qu'il se fait de la nature de l'interprétation (B) et l'influence, plus largement, du contexte philosophique et politique dans lequel il s'incère (C). Tous ces éléments impliquent un rapport particulier au temps et, par conséquent, une place variable au recours au passé dans le travail herméneutique.

### (A) *L'idéologie de l'interprète*

En amont de toute théorie d'interprétation, il est possible de trouver une *idéologie juridique* qui influence non seulement le choix des méthodes suivies mais, aussi, ses outils et, parmi eux, la place du recours au passé. L'idéologie donne à l'interprète une série de valeurs

---

<sup>153</sup> « L'épithète "obscur" est le résultat, plutôt que l'occasion, de la méthode que pratique Hercule pour interpréter les textes de droit » (R. DWORKIN, *L'empire du droit* (1986) [trad. d'E. SOUBRENIE], Paris : PUF, Coll. Recherches politiques, 1994, p. 383).

<sup>154</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, [Trad. M. VAN DE KERCHOVE], Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2<sup>e</sup> éd., 2005, § 94 et ss.

ou idéaux à réaliser à travers son travail interprétatif<sup>155</sup>. J. WROBLEWSKI les classifia autour de deux ensembles : d'un côté, l'idéologie statique, liée à la conception de la loi comme expression de la volonté d'un législateur historique et qui cherche à réaliser des idéaux de stabilité et de sécurité juridique ; de l'autre côté, l'idéologie dynamique, qui cherche l'adaptation de la loi aux besoins contemporains<sup>156</sup>. Ces deux ensembles font écho à un des principaux paradoxes auxquels le droit doit se confronter : la recherche d'un équilibre entre le besoin de sécurité et le besoin de réalisme et d'équité.

De même, ces deux idéologies reflètent deux conceptions du droit qui impliquent des rapports opposés au temps. En effet, tout revient à s'interroger sur le moment où doit être fixé le sens d'un texte : s'agit-il du moment de son édicition ou du moment de son application ? Une conception statique soutient la première alternative, elle tend ainsi son regard vers le passé pour privilégier le recours à la tradition, à la préservation des acquis. Une conception dynamique, au contraire, tend le regard vers le présent, actualisant constamment les textes aux circonstances actuelles pour son application. Toutefois, même dans une conception dynamique, l'interprète peut aussi trouver un intérêt à tourner son regard vers le passé, pour mieux comprendre le point de départ, c'est à dire, l'origine de la législation, afin de mieux l'adapter.

### (B) *La nature de l'opération d'interprétation*

Le choix de la méthode d'interprétation dépend aussi de la conception de la *nature* de l'opération d'interprétation, de son statut logique. Deux grandes théories s'opposent ainsi par rapport à la nature de l'opération qui consiste à attribuer une signification à un énoncé. D'un côté, selon une conception traditionnelle, l'interprétation est une fonction de la connaissance. De l'autre côté, selon une conception *réaliste*, l'interprétation est plutôt une fonction de la volonté<sup>157</sup>, ce qui conduit à donner un pouvoir non négligeable à l'interprète. La théorie de l'interprétation-connaissance est plutôt soutenue par les doctrines de la séparation des

---

<sup>155</sup> Se pose alors le problème de savoir quel est le degré de liberté de l'interprète pour choisir entre ces différentes théories et méthodes d'interprétation et quels éléments déterminent ce choix. Sur ce point v., notamment, W. BRUGGER, « Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology : Some Remarks from a German Point of View », *American Journal of Comparative Law*, n° 2, Vol. 42, 1994, p. 406-407 et R. H. Jr. FALLON, « How to choose a Constitutional Theory », *California Law Review*, n° 3, Vol. 87, 1999, p. 535-580. DWORKIN considère même que les juges font appel à des méthodes d'interprétation pour dissimuler leur véritable technique d'interprétation : une lecture morale des dispositions, en particulier, pour les dispositions les plus abstraites (R. DWORKIN, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996 (rééd. 2005), p. 3).

<sup>156</sup> J. WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit ; théorie et idéologie », *APD : L'interprétation dans le droit*, n° 17, 1972, p. 63.

<sup>157</sup> Sur ces définitions, v. M. TROPER, « Interprétation », *op. cit.*, p. 843-847.

pouvoirs<sup>158</sup>, tandis que la théorie de l'interprétation-volonté est plus liée aux courants qui cherchent à donner un rôle majeur au juge dans la détermination de l'État de droit et la protection des droits. Toutefois, il est possible de soutenir, à la suite de KELSEN, une théorie mixte ou intermédiaire selon laquelle l'interprétation d'énoncés juridiques est considérée à la fois comme un acte de connaissance et un acte de volonté. En effet, « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance »<sup>159</sup>. Un point d'équilibre doit donc être trouvé pour éviter de franchir la frontière vers la création normative.

### (C) *L'influence des courants philosophiques*

La prééminence d'une certaine conception de l'interprétation juridique fluctue au fil de l'histoire et est tributaire des grands courants philosophiques qui influencent l'herméneutique en général. En effet, il est possible d'affirmer, à la suite des travaux du professeur B. FRYDMAN sur l'histoire de l'interprétation juridique, que cette dernière est issue du croisement de deux grandes traditions concurrentes : d'une part, la rhétorique gréco-latine qui introduisit la discussion contradictoire et argumentée des questions de justice, en donnant une prééminence à la raison, et, d'autre part, l'héritage biblique qui imposa le modèle d'un droit codifié dans un texte considéré comme parfait et qui donne, par conséquence, une prééminence à l'autorité<sup>160</sup>.

Cette *summa divisio* entre autorité et raison va rythmer, au fil de l'histoire, le développement de différentes théories de l'interprétation opposant, d'un côté, les tenants des conceptions étroites de l'interprétation en lien avec les théories positivistes du droit qui donnent une prééminence à l'argument d'autorité et, de l'autre, les tenants des conceptions larges de l'interprétation, en lien avec les théories non-formalistes du droit et qui cherchent à aller au-delà de l'exégèse du texte et de la recherche de l'intention du jurislatureur grâce à la prise en compte des éléments externes à la lettre de la norme et à l'esprit de celle-ci<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 846.

<sup>159</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1962) [trad. C. EISENMANN], Paris : Bruylant LGDJ, 1999, p. 340.

<sup>160</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles : Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 19.

<sup>161</sup> R. KOLB, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique moderne pour le droit international*, Bruxelles : Bruylant / Ed. de l'Université de Bruxelles, Coll. De droit international, 2006, p. 16.

Topique de cette division est la querelle développée en Europe à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle entre l'École de l'Exégèse et l'École de la libre recherche scientifique. La première prônait une interprétation fondée sur les textes des lois afin de découvrir la volonté du législateur. Les tenants de la libre recherche scientifique considéraient, notamment à la suite des travaux du doyen GÉNY, qu'il fallait, en revanche, tenir en compte le contexte moral, politique, social, économique de la norme pour pouvoir l'interpréter. L'idée était de remplacer le primat de l'intention du législateur pour mettre en avant le but social et moral de la règle<sup>162</sup>. L'attention n'était plus fixée sur le texte, qui n'était plus considéré comme une voie d'accès à la connaissance. Le texte, le signe, pouvait contribuer à faire connaître la chose signifiée, mais il n'était plus suffisant. Le juriste devait aussi prendre en compte la réalité pour connaître la chose signifiée<sup>163</sup>.

Influencées par ces différentes théories, les méthodes d'interprétation se sont donc développées autour de trois grandes oppositions : premièrement, une opposition entre le recours à la raison et l'appel à l'autorité ; ensuite, une opposition par rapport à la liberté ou à contrainte à laquelle est soumis l'interprète ; finalement, une opposition entre une prépondérance donnée soit au texte soit au contexte comme assise principale de l'interprétation. L'articulation de ces oppositions se retrouve au fond de la grande majorité des méthodes d'interprétation, qui donnent une prééminence à un des éléments ou, pour les méthodes plus modernes, qui essaient de trouver un équilibre entre ces différentes considérations. Il existe donc plusieurs méthodes d'interprétation qui répondent aux différentes conceptions ou théories de l'interprétation, une même méthode pouvant servir plusieurs conceptions possibles du travail herméneutique. En effet, comme l'expliquait C. PERELMAN, l'interprétation « se présente, non comme une logique formelle, mais comme une argumentation qui dépend de la manière dont les législateurs et les juges conçoivent leur mission, et de l'idée qu'ils se font du droit et de son fonctionnement dans la société »<sup>164</sup>. Le recours au passé peut être mobilisé par différentes méthodes d'interprétation, qu'il s'agisse de méthodes qui s'attachent plus à l'exégèse du texte, par le recours à l'histoire de la norme elle-même, ou des méthodes plus sociologisantes, par le biais de la contextualisation historique de la norme à interpréter.

---

<sup>162</sup> R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, Paris, 1901 cité par G. FASSO, *Histoire de la philosophie du droit. XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Paris : LGDJ, 1976, p. 149-152.

<sup>163</sup> P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles : Falk, 1906, p. 406.

<sup>164</sup> C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1976, p. 177.

## (II) Les méthodes historiques d'interprétation

Le juge dispose d'un ensemble varié de méthodes d'interprétation. Le professeur M. TROPER a classifié les différentes méthodes d'interprétation en distinguant entre l'interprétation sémiotique, qui se fonde sur le langage, l'interprétation génétique ou historique, qui se fonde sur la connaissance de la volonté de l'auteur du texte, l'interprétation systémique, qui vise à éclairer un fragment du texte par un autre et, finalement, l'interprétation fonctionnelle, appelée aussi téléologique, qui vise à donner au texte la signification qui lui permettra d'atteindre son objectif<sup>165</sup>. Le professeur D. FELDMAN rajoute une cinquième méthode, considérant que l'interprète peut aussi rechercher la meilleure interprétation au sens moral ou politique<sup>166</sup>. SAVIGNY, de son côté, préférait parler « d'éléments » plus que de méthodes, pour souligner la nécessité de les combiner dans une même opération herméneutique. Il recensait alors l'élément grammatical, l'élément logique, l'élément historique ainsi que l'élément systématique et considérait qu'ils n'étaient pas « quatre espèces d'interprétation parmi lesquelles on peut choisir selon son goût ou son caprice ; ce sont quatre opérations distinctes, dont la réunion est indispensable pour interpréter la loi »<sup>167</sup>.

La prise en compte de considérations historiques peut jouer un rôle dans plusieurs de ces méthodes d'interprétation. Comme son nom l'indique, l'interprétation génétique ou historique laisse une large place à l'argumentation centrée sur le passé. La recherche de l'intention de l'auteur implique, en effet, de s'intéresser à l'histoire législative, c'est à dire aux motivations du projet et aux discussions qui ont conduit à l'adoption de la disposition. Mais, dans un sens plus large, la recherche de l'intention de l'auteur implique aussi de s'intéresser aux circonstances historiques qui ont entouré l'élaboration de la norme<sup>168</sup>, ce qui peut impliquer de prendre en compte des faits historiques si la norme présente un certain degré d'ancienneté. La recherche historique de l'intention du législateur peut éclairer l'objectif qui était poursuivi au moment de la rédaction de la norme, soit pour revendiquer sa pertinence actuelle, soit, au contraire, pour démontrer le besoin d'une mise à jour, eu égard à

---

<sup>165</sup> M. TROPER, « Interprétation », *op. cit.*, p. 844.

<sup>166</sup> D. FELDMAN, « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *op. cit.*, p. 121.

<sup>167</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain* [trad. C. GENOUX], Tome I, Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, p. 206-207.

<sup>168</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 616-617.



l'évolution des circonstances historiques. De même, dans l'interprétation systémique, qui met en avant le lien unissant les règles de droit avec le système normatif dans son ensemble, l'interprète peut aussi avoir recours aux circonstances historiques pour analyser ces liens. Il peut ainsi faire appel au contexte historique de la norme pour expliquer la place de la disposition dans le système général du droit<sup>169</sup>. Afin de mieux cerner le recours au passé dans les différentes méthodes d'interprétation, sera étudiée dans un premier temps l'interprétation historique au sens strict (A) pour après analyser l'appel au passé dans le cadre de méthodes syncrétiques (B).

*(A) La méthode dite « historique » d'interprétation au sens strict*

La méthode d'interprétation historique, au sens strict, est celle qui cherche à retrouver la volonté originelle du législateur. Elle est qualifiée d'*historique* car elle repose sur l'*histoire* de l'élaboration de la norme, sur « l'histoire législative », pour reprendre le vocabulaire dworkinien<sup>170</sup>.

Le recours à cette méthode trouve sa justification dans une certaine conception de la séparation des pouvoirs, sur le fait que, dans un système donné, seules certaines personnes ou institutions ont l'autorité et la légitimité pour émettre des normes<sup>171</sup>. Le juge n'étant pas élu, il ne possède pas la même légitimité démocratique que le législateur. Par conséquent, en cas de doute sur le sens d'une disposition, il ne peut avoir recours qu'à l'intention de l'organe qui possède la plus grande représentativité démocratique, c'est à dire le Parlement. Le professeur A. MARMOR, s'appuyant sur les travaux du professeur J. RAZ, affirme, qu'en dehors de toute considération de légitimité démocratique, le recours à la volonté du législateur a aussi l'avantage de donner une meilleure justification à la prétention d'autorité de la norme. Le législateur étant considéré comme l'organe le plus éclairé pour la rédaction des normes<sup>172</sup>, la recherche de son intention ne fait que mettre en évidence sa compétence et ses lumières aux

---

<sup>169</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, op. cit., p. 206-207.

<sup>170</sup> « Les juges font constamment référence aux diverses déclarations faites par les membres du Congrès et par d'autres législateurs, dans les comptes rendus de commissions et de débats officiels, au sujet du but recherché par la loi. Les juges disent que ces déclarations, prises dans leur ensemble, forment "l'histoire législative" de la loi et ils doivent la respecter » (R. DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit. p. 344).

<sup>171</sup> V. R. S. KAY, « Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses », *Northwestern University Law Review*, n° 2, Vol. 82, 1987-1988, p. 246.

<sup>172</sup> L'argument en faveur de la rationalité de la délibération dans les assemblées comme le meilleur moyen pour la prise de décision est présent depuis *La Politique* d'ARISTOTE (Livre III, Chapitre 6). Il est aussi un des piliers de la pensée libérale, notamment avec la métaphore du libre marché des idées dans le discours public développé par John Stuart MILL dans son œuvre *De la liberté* (1859).

yeux du citoyen destinataire de la norme et, par conséquent, augmente son pouvoir de persuasion et sa prétention à l'autorité<sup>173</sup>.

Le recours à l'interprétation historique implique de s'interroger au préalable sur l'identification du législateur, comment découvrir ses intentions et comment faire face à des éventuelles opinions contradictoires au sein des travaux préparatoires<sup>174</sup>.

L'interprétation historique nécessite donc, d'abord, la détermination de l'auteur de la norme, pour pouvoir lui imputer une volonté. Or, dans une société démocratique, la loi est supposée être l'expression de la volonté générale, comme le rappelle l'article 6 de la Déclaration de 1789. Face à l'impossibilité pratique de la participation de tous les citoyens à l'élaboration de la loi, des mécanismes de représentation ont été mis en place. Mais, là encore, se pose le problème de déterminer la volonté d'un organe collégial et collectif tel que le Parlement. Cette volonté peut être conçue uniquement comme une fiction. En effet, « tout comme une société par actions a une volonté normative, qui se manifeste par les décisions de la majorité de ses organes, l'intention normative du législateur exprimée via la décision majoritaire est également concevable comme un concept théorique ou comme une fiction nécessaire de la théorie de la démocratie »<sup>175</sup>. De même, une loi doit son existence non

---

<sup>173</sup> « La justification habituelle du fait que X a une autorité sur Y, d'après RAZ, est que Y est plus susceptible de suivre la raison qui s'applique objectivement à des décisions s'il suit les directives de X, au lieu d'essayer de déterminer ces raisons par lui-même. Si cela est vrai des directives de X, MARMOR estime, il est probable que ça soit aussi vrai pour les intentions qui se cachent derrière ses directives, même quand ses intentions ne sont entièrement décrites par les directives elles-mêmes et doivent être récupérées par d'autres moyens [...] L'autorité de la loi, après tout, est une question de l'autorité de X et cette autorité est définie proportionnellement à la probabilité que d'autres puissent mieux faire en se reportant à lui. Ainsi, un argument pour l'autorité de la loi fondé sur le fait que le législateur est plus éclairé que son public peut générer un argument en faveur de l'intention du législateur comme une nouvelle base pour l'éclairage dans la détermination de ce qu'un citoyen ou un fonctionnaire doivent faire » [The normal justification of X's having authority over Y, RAZ says, is that Y is more likely to follow the reason that apply objectively to his decisions if he follows the directives of X, than if he tries to work out the reasons himself. If this is true of X's directives, MARMOR, reckons, it is likely to be true also of the intentions that lie behind those directives, even when such intentions are not fully disclosed in the directives themselves and have to be recovered by other means [...]. The law's authority, after all, is a matter of X's authority, and that authority is defined dispositionally as the likelihood that others will do better by deferring to him. Thus, an argument for the authority of law based on the fact that the legislator is more enlightened than his audience may generate a case for appealing also to legislative intent as a further basis of enlightenment in determining what a citizen or official ought to do] (J. WALDRON, « Legislators' Intentions and Unintentional Legislation » in A. MARMOR (dir), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford : Clarendon Press, 1997, p. 330).

<sup>174</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., p. 346.

<sup>175</sup> [Just as a stock corporation has a normative will, which is manifested by the majority decisions of its organs, a legislator's normative intent qua majority decision is also conceivable as a theoretical construct or as a necessary fiction of the theory of democracy]. (H. FLEISCHER, « Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation », *Max Planck Private Law Research Paper*, n° 11, 2011, p. 7).

seulement à l'intention d'un groupe de représentants de la voter et du Président de la promulguer, mais aussi à la décision postérieure de ne pas l'amender ou l'abroger<sup>176</sup>.

CARRÉ DE MALBERG, critiquant le recours à la méthode historique, mettait l'accent sur le fait que ce n'est pas n'importe quelle manifestation de la volonté du législateur qui accède au rang de *loi* et qui peut prétendre avoir une portée normative et, par conséquent, faire l'objet d'une interprétation de la part du juge. Il soulignait ainsi : « pour que la volonté du législateur devienne loi, il faut qu'elle prenne corps dans un texte officiel, adopté dans une forme solennelle [...] Ce qui a force obligatoire dans la loi, ce n'est point la volonté qui animait le législateur lors de la confection du texte, mais c'est la volonté qu'il a législativement exprimée dans ce texte même »<sup>177</sup>. Les documents qui font partie des travaux préparatoires, se situant en amont de la loi et de la formation de la volonté du législateur, ne peuvent pas éclairer cette dernière.

Même en acceptant l'existence d'une volonté du législateur qui peut faire l'objet de connaissance, les moyens d'accéder à cette connaissance font aussi l'objet de critiques. L'interprétation historique fait traditionnellement appel aux travaux préparatoires de la norme comme moyen pour accéder à l'intention du législateur, alors que ces travaux représentent, le plus souvent, une masse documentaire volumineuse et variée. De même, l'accès aux travaux préparatoires de normes anciennes peut s'avérer problématique<sup>178</sup>. De plus, dans une procédure qui se caractérise par le débat, il est possible de retrouver, dans les travaux préparatoires, des arguments qui soutiennent des thèses divergentes, voire même contradictoires. Tout au plus, il est possible de retrouver des traces de la volonté de la majorité, or la prétention à l'autorité d'un acte législatif, d'après la conception rousseauiste, vient du fait que cet acte est réputé venir de la volonté générale et non pas d'arguments étayés par une majorité. Le recours aux « intentions » n'aurait d'autre effet que d'affaiblir cette

---

<sup>176</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 349.

<sup>177</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État* (1920-1922) [préf. E. MAULIN], Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 708-709. Il va jusqu'à considérer que « soutenir que l'intention du législateur peut être recherchée ailleurs que dans le texte, c'est aller à l'encontre de toutes les tendances qui ont amené dans les temps modernes le triomphe du système des lois écrites, envisagées comme source essentielle de l'ordre juridique de l'État. Ce système n'aurait plus de sens, si la portée de la loi devait être recherchée dans des éléments situés en dehors de sa formule écrite » (*Ibid.*, p. 709).

<sup>178</sup> En effet, si l'on prend l'exemple des traités internationaux « plus est éloignée la période de ratification, plus insaisissable est l'intention des États ratifiants, et plus il est probable que des anachronismes indésirables viennent corrompre nos efforts pour retracer cette intention » [The more remote the period of ratification, the more elusive is the intention of the ratifiers, and the more likely that an unwanted anachronism will corrupt our efforts to retrieve that intention] (P. BOBBIT, « Constitutional Law and Interpretation » in D. PATTERSON (éd.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge Mass. : Blackwell, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 135).

prétention à l'autorité. L'interprétation historique implique, de plus, une certaine conception de la norme dans laquelle son sens serait figé au moment de sa rédaction, ce qui limite les possibilités d'évolution et d'adaptation de son sens en fonction des changements du contexte.

Face à ces difficultés et critiques, la place de la méthode historique dans l'interprétation fait l'objet de débats. Par exemple, depuis l'arrêt *Millar v. Taylor*<sup>179</sup> de 1769, la règle d'exclusion (*exclusionary rule*) empêche les juges britanniques d'avoir recours aux travaux législatifs pour l'interprétation d'un acte du Parlement. Si cette exclusion fut l'objet d'un assouplissement à partir de la décision *Pepper v. Hart*<sup>180</sup> de 1992, l'appel aux travaux parlementaires reste cependant une méthode auxiliaire, seulement invocable dans certaines circonstances. En revanche, le recours à celle-ci est fréquent dans des systèmes influencés par une conception légicentriste du système. En effet, la méthode historique a l'avantage de se présenter comme la méthode qui respecte le plus la volonté du législateur et qui, au moins en apparence, laisse le moins de marge de manœuvre au juge dans son travail d'interprétation.

De plus, le recours à l'intention du législateur et, plus largement, au contexte historique de la rédaction de la norme peut s'avérer utile dans le cadre d'une méthode syncrétique d'interprétation. La méthode historique est alors revendiquée par la doctrine non plus comme une source d'arguments d'autorité pour l'interprétation de la loi, mais comme une source d'informations complémentaires qui peuvent guider cette interprétation.

### *(B) La contextualisation historique de la norme à interpréter dans le cadre d'une méthode syncrétique*

L'interprétation fondée sur la volonté des rédacteurs et éclairée par les travaux préparatoires n'est pas la seule méthode d'interprétation qui tourne son regard vers le passé. L'interprète peut aussi s'intéresser au contexte historique de la norme qu'il doit appliquer. Cette interprétation historique au sens large insiste sur « l'historicité et non pas l'historicisme, il ne s'agit pas d'un retour au passé mais de la reconnaissance du fait que la loi

---

<sup>179</sup> « Le sens et la signification d'un Acte du Parlement doivent être recherchés dans ce que l'Acte dit une fois qu'il a été adopté comme loi et non pas dans l'histoire des modifications qu'il a subi dans la Chambre où il a été voté. Cette histoire n'est pas connue de l'autre Chambre ni du Souverain » [The sense and meaning of an Act of Parliament must be collected from what it says when passed into law, and not from the history of changes it underwent in the House where it took its rise. That history is not known to the other house or to the Sovereign]. (COUR DU BANC DU COUR [COURT OF THE KING'S BENCH], 20 avril 1769, *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 98 ER 201 (1769)).

<sup>180</sup> CHAMBRE DES LORDS, 26 novembre 1992, *Pepper v. Hart*, UKHL 3 (1992). V. T. S. N. BATES, « The Contemporary Use of Legislative History in the United Kingdom », *Cambridge Law Journal*, n° 1, Vol. 54, 1995, p. 127-152.

est un processus historique en cours, qui se développe à partir du passé vers l'avenir »<sup>181</sup>. De même, le recours aux travaux préparatoires peut être utilisé, non pas pour figer le sens de la norme au moment de sa rédaction, mais pour servir de point de départ afin de mesurer l'éventuelle évolution du sens de la norme. Cette méthode présuppose alors que l'histoire de la norme « commence avant la promulgation de la loi, et se poursuit jusqu'à l'instant où il doit décider ce qu'elle déclare au moment donné »<sup>182</sup>.

Afin de contourner les critiques liées au caractère statique de la méthode historique au sens strict, les méthodes contemporaines d'interprétation utilisent l'outil de la contextualisation et du recours aux travaux préparatoires dans le cadre d'une approche dynamique de l'interprétation. Le juriste italien E. BETTI résumait ainsi cette approche :

« La reconnaissance de l'évaluation originaire, immanente et latente dans la lettre de la loi, qui constitue la *ratio juris* de la norme, est essentielle pour déterminer dans quelle mesure elle a été modifiée par l'apparition de changements dans l'environnement social ou de nouvelles orientations dans l'ordre juridique. C'est seulement à travers la médiation de l'évaluation originaire, et non pas de manière immédiate, qu'il est légitime de procéder à une adaptation ou à une transposition du texte juridique à l'actualité vivante, afin de trouver un équilibre entre, d'un côté, l'intérêt statique de stabilité, de conservation et de certitude et, de l'autre côté, les exigences dynamiques du renouvellement dans le sens des évolutions sociales »<sup>183</sup>.

Cette approche est aussi au centre de la méthode d'interprétation utilisée par Hercule, l'idéal type de juge imaginé par DWORKIN<sup>184</sup>. Le but d'Hercule est de lire la loi, éclairée par les travaux préparatoires, de façon qu'il en résulte la meilleure interprétation possible du processus législatif dans son ensemble. Grâce aux travaux préparatoires, il prend en compte l'intention originale des législateurs, mais il la combine avec son développement postérieur, en essayant de souligner sa cohérence en tant qu'argument pour sa prétention à l'autorité. En effet, le juge « reconnaît que l'on voit la législation sous un meilleur jour, tout le reste étant à

---

<sup>181</sup> [The essence of historical jurisprudence is not historicism but historicity, not a return to the past but a recognition that law is an ongoing historical process, developing from the past into the future]. (H. J. BERMAN, « Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History », *California Law Review*, n°4, Vol. 76, 1988, p. 795).

<sup>182</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 346.

<sup>183</sup> [La ricognizione della valutazione originaria immanente e latente nella lettera della legge e costituente la *ratio juris* della norma è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell'ambiente sociale o di nuovi orientamenti nell'ordine giuridico : giacchè solo attraverso il tramite di essa, e non già immediatamente, è legittimo procedere ad un adattamento ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale]. (E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milan : Giuffrè, 1955, p. 824).

<sup>184</sup> La métaphore d'Hercule apparaît pour la première fois dans *Taking right seriously* (Cambridge Mass. : Harvard University Press, 1977, p. 110). Pour une analyse du rôle de cette métaphore v. M. B. W. SINCLAIR, « Hercules, omniscience, omnipotence and the right answer thesis », *New York Law School Law Review*, n° 3-4, Vol. 46, 2002-2003, p. 447-456.

égalité, quand l'État n'a pas induit le public en erreur, pour cette raison il préférera une interprétation qui satisfasse aux déclarations formelles de projet législatif »<sup>185</sup>.

Les théories contemporaines de l'interprétation, privilégiant une approche syncrétique, considèrent alors que les éléments historiques doivent être combinés avec les autres méthodes d'interprétation afin de trouver un équilibre entre évolution du droit et sécurité juridique. Certains systèmes essaient même de réguler le recours aux différentes méthodes d'interprétation, soit par le biais d'une codification, soit par le développement de directrices jurisprudentielles. La Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) énumère dans ses articles 31 et 32 les règles d'interprétation applicables. Dans le cadre du droit interne, le *Government Code* de l'État du Texas, par exemple, consacre un paragraphe à l'articulation des différentes méthodes d'interprétation considérant ainsi :

« §311. 023. Aides à l'interprétation des lois. Dans l'interprétation d'une loi, indépendamment que cette loi soit considérée ambiguë *prima facie*, la Cour peut prendre en compte, entre autres aspects (1) le but recherché, (2) les circonstances dans lesquelles la loi a été promulguée, (3) l'histoire législative, (4) le *common law* ou les anciennes dispositions statutaires, notamment les lois sur le même sujet ou des sujets similaires, (5) les conséquences d'une interprétation en particulier, (6) l'interprétation administrative de la loi ; (7) le titre (légende), le préambule et les dispositions transitoires »<sup>186</sup>.

Le Code civil du Portugal consacre, de son côté, la règle selon laquelle « l'interprétation ne doit pas être limitée à la lettre de la loi, elle doit reconstruire la pensée législative à partir des textes, prenant en compte l'unité du système juridique, les circonstances dans lesquelles a été élaborée la loi et les conditions spécifiques de l'époque où elle doit être appliquée »<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., p. 377.

<sup>186</sup> [§ 311.023. Statute Construction Aids. In construing a statute, whether or not the statute is considered ambiguous on its face, a court may consider among other matters the (1) object sought to be attained; (2) circumstances under which the statute was enacted; (3) legislative history; (4) common law or former statutory provisions, including laws on the same or similar subjects; (5) consequences of a particular construction; (6) administrative construction of the statute; and (7) title (caption), preamble and emergency provision].

<sup>187</sup> Toutefois, il précise que l'intention législative qui n'a pas un minimum de correspondance avec le texte, ne peut pas être prise en compte pour l'interprétation :

[Artigo 9 (Interpretação da lei)

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados].

Les outils historiques, qu'il s'agisse du recours à l'intention originale du législateur ou de la contextualisation historique de la norme, complètent alors une interprétation qui ne se restreint plus à l'argument textuel ou volontariste.

## ***§ 2. Les particularités de l'interprétation historique de la Constitution***

Les différentes branches du droit peuvent privilégier certaines méthodes ou outils d'interprétation, en fonction des buts et des contraintes propres à la branche. Par exemple, en droit pénal, en vertu d'une conception libérale de l'État, prévaut une interprétation stricte de la loi pénale en faveur du prévenu en vertu du principe *in dubio pro reo*. Il est possible de se demander si les particularités du droit constitutionnel et, plus précisément, des constitutions, impliquent une approche herméneutique spécifique conduisant à privilégier certaines méthodes et outils d'interprétation.

En effet, la place dans la hiérarchie des normes de la Constitution et son rôle de fondement juridique et institutionnel du système normatif jouent un rôle dans le choix des méthodes d'interprétation dans cette branche du droit. De plus, les constitutions présentent souvent des notions indéterminées, particulièrement sensibles aux évolutions politiques et historiques<sup>188</sup>, leur interprétation fait donc souvent appel aux méthodes historiques (I). Plus spécifiquement, l'interprétation de la Constitution des États-Unis d'Amérique, la plus ancienne Constitution encore en vigueur dans le monde, a soulevé un vif débat sur la place du recours au contexte historique et, plus particulièrement, à la volonté des « Pères fondateurs » de la Nation. L'exploration des termes de ce débat illustre les enjeux du recours à l'histoire comme élément non seulement pour l'interprétation de la norme, mais aussi pour la justification et la légitimation d'une certaine lecture de la norme constitutionnelle, et, en fin de compte, du travail d'interprétation par le juge (II).

---

<sup>188</sup> R. ARNOLD, « Réflexions sur l'argumentation juridique en Droit constitutionnel allemand », in O. PFERSMANN, G. TMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, 2001, p. 49.

## (I) La spécificité relative de l'interprétation constitutionnelle

La Constitution est la norme fondamentale de tout système juridique. Elle est le soubassement pour l'élaboration et l'application des normes juridiques ainsi que pour l'organisation des pouvoirs d'un État. À l'originalité de cette norme répond alors la spécificité de son interprétation<sup>189</sup>. L'interprétation de la Constitution exige ainsi une *approche* interprétative particulière qui dépend de facteurs à la fois objectifs et subjectifs. D'une part, les facteurs objectifs sont à la fois liés aux caractéristiques de la norme qui est objet de l'interprétation et au contexte politique et historique de cette interprétation<sup>190</sup> (A). Les facteurs subjectifs, d'autre part, tiennent aux caractéristiques des interprètes et sont étroitement liés aux résultats que cette interprétation peut avoir dans le système juridique (B). Cet ensemble de facteurs est alors pris en compte par l'interprète constitutionnel afin de choisir et combiner les différentes *méthodes* d'interprétation qui, eu égard aux particularités de l'objet herméneutique, donnent une place importante à l'examen du passé (C).

### (A) *Les particularités de la norme constitutionnelle*

Les particularités de l'interprétation constitutionnelle peuvent tout d'abord être liées aux caractéristiques de la Constitution en tant que norme. Quatre aspects des normes constitutionnelles démontrent leur particularité : leur caractère idéologique, leur indétermination, leur rédaction vague et leur généralité<sup>191</sup>. En effet, les règles constitutionnelles se caractérisent par leur texture ouverte<sup>192</sup> : dans des nombreux cas, elles contiennent des principes ou des valeurs plus que des règles déontiques, qui nécessitent donc une concrétisation par le biais de l'interprétation. De plus, il est souvent avancé que les normes constitutionnelles ont un caractère éminemment politique, voire même idéologique, et que, à la différence de la loi, elles sont censées avoir une certaine permanence dans le temps, ce qui justifierait une différence dans leur interprétation.

La fonction *constituante* de toute norme fondamentale contribue aussi à la particularité de la Constitution. Le fait de mettre en place le pacte fondamental à partir duquel une

---

<sup>189</sup> F. DELPÉRÉE, « La Constitution et son interprétation », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 187.

<sup>190</sup> V. R. ARNOLD, « Réflexions sur l'argumentation juridique en Droit constitutionnel allemand », *op. cit.*, p. 52.

<sup>191</sup> O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>192</sup> Expression expliquée par H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 143 et ss.



communauté politique s'organise rend particulièrement délicate la tâche de l'interprétation des normes émanant de ce pacte et pourrait notamment restreindre le recours à une approche évolutive<sup>193</sup>. Cette fonction *constituante* implique la nécessité de donner un poids plus grand aux éléments extra-juridiques dans la détermination du sens de la norme. Ainsi, « l'influence de développements non-juridiques, de tendances sociales, de courants philosophico-historiques est beaucoup plus forte en la matière que ce n'est le cas pour de simples lois. La Constitution n'a dans ce sens pas seulement une fonction directrice de modelage de la société, mais aussi réceptive de développements externes »<sup>194</sup>.

Toutefois, pour le professeur R. GUASTINI, ces arguments ne sont pas convaincants puisqu'ils ne s'appliquent pas à toutes les constitutions, ni même à toutes les dispositions à l'intérieur d'une Constitution<sup>195</sup>. De plus, il est tout à fait plausible de retrouver des dispositions vagues, des principes ou de valeurs dans des normes infra constitutionnelles, notamment dans les lois de programme. De manière plus générale, pour les tenants d'une théorie réaliste de l'interprétation<sup>196</sup>, « l'interprétation de la constitution n'a rien de spécifique, elle n'exige aucun savoir-faire particulier, aucune méthode originale. Interpréter la constitution, c'est interpréter un texte – retrouver sous l'énoncé les diverses normes que cet énoncé permet de justifier »<sup>197</sup>. Tout au plus, les particularités de l'interprétation constitutionnelle seraient liées à la place de la Constitution dans la hiérarchie des normes et au résultat de l'opération d'interprétation. Ainsi, pour le professeur M. TROPER, « la spécificité

---

<sup>193</sup> Ainsi l'explique J. BELL : « La Constitution est le fondement sur lequel les gens ont convenu de former une communauté politique. Permettre une approche évolutive impliquerait de permettre une modification des termes sur lesquels repose la société. Bien qu'il existe des dispositions constitutionnelles spéciales permettant sa révision, ce processus ne peut pas être contourné par une simple mise à jour via une interprétation judiciaire » [The constitution forms the basis on which people have agreed to form a political community. To permit an updating approach is to allow the alteration of the terms on which society is founded. While there may be special constitutional provisions permitting constitutional amendments, this process cannot be bypassed by mere updating judicial interpretation]. (J. BELL, « Interpreting statutes over time » in F. OST et M. VAN HOECK (dir.), *Time and law, is the nature of law to last ?*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, 1998, p. 47).

<sup>194</sup> R. ARNOLD, « Réflexions sur l'argumentation juridique en Droit constitutionnel allemand », *op. cit.*, p. 49-50.

<sup>195</sup> R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Traités, Tome 1, 2012, p. 479-481 (465-503).

<sup>196</sup> Le professeur M. TROPER résume ainsi le postulat principal de sa théorie réaliste : « Si l'interprète peut déterminer la signification d'un texte et si la norme n'est pas autre chose qu'une signification, il faut considérer que c'est l'interprète qui est lui-même l'auteur de la norme qu'il est chargé d'appliquer » (M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge. Actes du colloque réalisé au Sénat*, Paris, 2006, p. 29).

<sup>197</sup> P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 120.

de l'interprétation constitutionnelle réside dans le fait qu'elle [...] construit la relation hiérarchique entre la constitution et d'autres normes »<sup>198</sup>.

Le professeur O. PFERSMANN, de son côté, s'oppose aussi à l'idée de lier la spécificité de l'interprétation constitutionnelle aux caractéristiques intrinsèques de la norme. Pour lui, la particularité de l'interprétation réside dans le fait que « la constitution détermine la structure dynamique de l'ordre juridique »<sup>199</sup>. La spécificité herméneutique de la Constitution se trouverait plutôt dans la fonction de la norme plus que dans sa caractérisation. Cette position est aussi défendue par DWORKIN, pour qui la spécificité de l'interprétation constitutionnelle est liée au fait que la Constitution sert de fondement aux autres lois et au système, ainsi son interprétation doit être aussi « fondationnelle »<sup>200</sup>.

La justification des différences d'approche entre l'interprétation constitutionnelle et les autres opérations d'herméneutique juridique peut toutefois être recherchée dans la fonction et les caractéristiques des interprètes constitutionnels.

### (B) *Les particularités de l'interprète constitutionnel*

L'interprétation de la Constitution est une opération qui concerne la totalité des opérateurs juridiques. En effet, la Constitution étant la norme fondamentale, son application intéresse toutes les branches du droit. De plus, étant le fondement de l'organisation d'un État, elle intéresse aussi les acteurs politiques. Toutefois, au fur et à mesure du développement de la justice constitutionnelle, l'interprétation authentique de la Constitution, au sens kelsénien du terme, s'est de plus en plus concentrée entre les mains d'organes juridictionnels spécialisés qui se prononcent sur l'interprétation dans un contentieux souvent à caractère objectif.

Les caractéristiques de la juridiction constitutionnelle comme institution et du contentieux constitutionnel comme activité contribuent ainsi à la spécificité de l'interprétation constitutionnelle. Premièrement, la place de l'organe chargé de l'interprétation constitutionnelle dans l'architecture étatique peut influencer l'approche herméneutique et le

---

<sup>198</sup> M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *op. cit.*, p. 23.

<sup>199</sup> O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *loc. cit.*

<sup>200</sup> « La Constitution est le fondement des autres lois, ainsi l'interprétation d'Hercule du document comme un tout, et de ses clauses abstraites, doit être aussi fondamentale. Elle doit s'adapter et justifier les arrangements les plus élémentaires du pouvoir dans la communauté [...] » [The Constitution is foundational of other law, so Hercules's interpretation of the document as a whole, and of its abstract clauses, must be foundational as well. It must fit and justify the most basic arrangements of political power in the community]. (R. DWORKIN, « Law as Interpretation », *Texas Law Review*, n° 2, Vol. 60, 1982, p. 542).

choix des méthodes d'interprétation. Si l'organe se considère comme étant inférieur au législateur ou s'il est soucieux de garantir une certaine vision de la séparation des pouvoirs, il essaie de faire en sorte que son interprétation de la Constitution conduise au minimum d'ingérence possible avec les termes de la législation<sup>201</sup>. C'est le cas, par exemple, du Conseil constitutionnel français, qui souligne dans sa jurisprudence le fait qu'il ne possède pas un pouvoir général d'appréciation équivalent à celui du législateur<sup>202</sup>.

De même, le choix d'une méthode d'interprétation peut aussi obéir au besoin de légitimer la place et le rôle de l'interprète constitutionnel. Le recours à la recherche de la volonté du constituant comme argument d'autorité ou l'utilisation d'une interprétation téléologique visant à affirmer les valeurs fondamentales du pacte politique peuvent ainsi être des moyens de légitimer une décision, voire même le rôle d'une Cour souffrant d'un déficit démocratique. En effet, « la Cour peut, en partie, maintenir son autorité en renforçant les principes politiques et les liens politiques du pays. Ces principes et ces liens sont dérivées de l'histoire et peuvent souvent être mieux exprimés en termes historiques »<sup>203</sup>. Par conséquent, le recours au passé joue un rôle légitimateur de l'interprétation constitutionnelle.

Les caractéristiques du contentieux constitutionnel peuvent aussi influencer le choix d'une technique d'interprétation. En particulier, les méthodes utilisées peuvent varier en fonction du caractère objectif ou subjectif du contentieux dans lequel s'effectue l'interprétation. De même, les conséquences du contrôle de constitutionnalité et, notamment, la possibilité ou non de pouvoir moduler les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité jouent aussi un rôle dans le choix des outils herméneutiques. En effet, « si l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité est l'invalidité et l'inefficacité immédiate, et ceci pourrait provoquer le chaos et menacer l'ordre public de manière sérieuse, un tribunal devrait être très hésitant avant d'adopter une méthode interprétative qui conduise à cette conséquence »<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> D. FELDMAN, « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation », *op. cit.*, p.133.

<sup>202</sup> Le Conseil constitutionnel considère, par une jurisprudence constante, que la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen » (CC n° 1974-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec., p. 19, *JO* du 16 janvier 1975 p. 671, consid. 1).

<sup>203</sup> [The Court maintains its constitutional authority in part by reinforcing the political principles and political bonds of the country. These principles and bonds are derived from history and may often be expressed best in historical terms]. (C.A. MILLER, *The Supreme Court and the uses of History*, Cambridge: Harvard University Press, 1969, p. 170).

<sup>204</sup> [If the effect of holding a piece of legislation to be unconstitutional would be that it automatically becomes immediately invalid and ineffective, and that would cause chaos and threaten public welfare in a serious way, a

La spécificité de l'interprétation constitutionnelle est ainsi étroitement liée à des problématiques de dogmatique constitutionnelle, puisqu'elle dépend des différentes doctrines juridiques, concernant le concept de Constitution, et politiques, sur la fonction et la place des interprètes constitutionnels dans le système politique<sup>205</sup>.

### *(C) La place du passé dans les techniques d'interprétation constitutionnelle*

Si l'on accepte la spécificité de la Constitution et de son interprétation<sup>206</sup>, il convient de se demander quelle est la place des méthodes historiques et, plus généralement, du recours au passé dans la palette d'outils herméneutiques de l'interprète constitutionnel. D'une manière générale, et prenant en compte la place centrale de la Constitution dans l'ordonnement juridique et politique, le choix d'une méthode d'interprétation est avant tout guidé par la recherche d'un équilibre entre le respect de la volonté du constituant et la possibilité d'adapter et de concrétiser les normes constitutionnelles, caractérisées par leur texture ouverte. L'interprète cherche donc à combler le fossé entre la norme et la réalité sociale, sujette au changement, tout en assurant la protection de la Constitution démocratique<sup>207</sup>. De cette façon, les différents outils mobilisés par les interprètes constitutionnels sont combinés afin de

---

tribunal should be very hesitant before adopting an interpretative method that would lead to that consequence] (D. FELDMAN, « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation », *op. cit.*, p. 136).

<sup>205</sup> R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », *op. cit.*, p. 498-499.

<sup>206</sup> Le président A. BARAK, résume ainsi les particularités de l'interprétation de la Constitution : « Une Constitution est un texte juridique qui sert de fondement à une norme juridique. En tant que telle, elle doit être interprétée comme n'importe quel autre texte juridique. Cependant, une Constitution se situe au sommet de la pyramide normative. Elle façonne le caractère de la société et de ses aspirations à travers l'histoire. Elle établit les points de vue politiques fondamentaux d'une nation. Elle jette les fondements pour les valeurs sociales, en définissant des objectifs, des obligations et des tendances. Elle est conçue pour guider le comportement humain sur une période prolongée, établissant le cadre pour l'adoption de la législation et la gestion du gouvernement national. Elle reflète les événements du passé, constitue une fondation pour le présent et façonne l'avenir. Elle est à la fois philosophie, politique, société et droit. Les caractéristiques uniques d'une Constitution justifient une approche interprétative particulière pour son interprétation, parce que c'est une Constitution que nous sommes en train d'interpréter ! » [A constitution is a legal text that grounds a legal norm. As such, it should be interpreted like any other legal text. However, a constitution sits at the top of the normative pyramid. It shapes the character of society and its aspirations throughout history. It establishes a nation's basic political points of view. It lays the foundation for social values, setting goals, obligations, and trends. It is designed to guide human behavior over an extended period of time, establishing the framework for enacting legislation and managing the national government. It reflects the events of the past, lays a foundation for the present, and shapes the future. It is at once philosophy, politics, society, and law. The unique characteristics of a constitution warrant a special interpretive approach to its interpretation, because it is a constitution we are expounding!]. (A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, *op. cit.*, p. 370).

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. xvi.

trouver un équilibre donnant plus ou moins d'importance, soit à l'intention du constituant, soit au changement constitutionnel<sup>208</sup>.

Finalement, les méthodes ou les outils qui peuvent être utilisés pour l'interprétation constitutionnelle sont les mêmes que pour les autres normes du système. Mais leur articulation et leurs objectifs s'adaptent aux particularités de la Constitution et de ses interprètes donnant ainsi sa spécificité à l'interprétation constitutionnelle. Le choix dépend, comme pour toute opération d'interprétation, de facteurs multiples, notamment de l'approche herméneutique dominante dans le système ou de la politique jurisprudentielle suivie par la Cour ou par le juge chargé de l'interprétation.

D'un côté de cette alternative, le recours à la méthode historique ou à la recherche de la volonté de l'auteur, permet de présenter une interprétation respectueuse de la volonté du constituant et du pacte fondamental comme assise de la communauté politique. Toutefois, s'il est déjà difficile de délimiter l'intention de législateur ordinaire, la définition du constituant est encore plus problématique, notamment dans le cas des constitutions ratifiées par un référendum populaire. Le recours à cette méthode, particulièrement dans le cas de constitutions anciennes et rigides, implique aussi de fixer le sens de dispositions vagues d'après des conceptions ou de mentalités qui peuvent être dépassées et ne plus s'adapter aux conditions actuelles de la société.

D'un autre côté, la prise en compte du contexte historique de la Constitution permet de mettre en évidence les valeurs et les objectifs que le constituant a voulu mettre en place grâce à la norme fondamentale. En effet, l'autorité de la Constitution ne vient pas seulement du fait qu'elle a été élaborée par les « Pères fondateurs », mais elle dérive aussi des événements historiques et politiques entourant sa création et par rapport auxquels se forge sa compréhension<sup>209</sup>. Dans ce cas, l'appréhension de l'élément historique varie. Comme l'explique le constitutionnaliste italien C. MORTATI, « naturellement, la façon d'évaluer l'élément historique quand il est utilisé pour identifier l'ensemble de la situation socio-politique entourant la naissance de la Constitution est très différente, il permet de mettre en

---

<sup>208</sup> C. A. MILLER souligne, pour le cas des États Unis, « Pour respecter le concept de la souveraineté populaire, tout en conservant ses pouvoirs de contrôle de constitutionnalité, la Cour suprême est confrontée aux problématiques indissociables de l'intention du constituant et du changement constitutionnel ». [To abide by the concept of popular sovereignty while retaining its powers of judicial review, the Supreme Court is faced with the inseparable problems of constitutional intent and constitutional change]. (C. A. MILLER, *The Supreme Court and the uses of History*, *op. cit.*, p. 149).

<sup>209</sup> R. S. KAY, « Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication [...] », *op. cit.*, p. 234.

évidence la garantie des intérêts fondamentaux enracinés dans la Constitution et, comme tels, destinés à nourrir chaque étape de la vie de la Constitution, en lui fixant une ligne directrice et, en même temps, la limite de son développement »<sup>210</sup>.

Les références historiques servent ainsi de cadre pour l'interprétation constitutionnelle afin de limiter une trop grande liberté interprétative. L'interprète de la Constitution a une marge de manœuvre, eu égard au caractère vague et général de nombreuses dispositions constitutionnelles. Toutefois, le contexte historique de la norme lui fournissent des lignes directrices. L'interprète peut certes faire usage d'un pouvoir discrétionnaire, mais ce pouvoir « opère dans le cadre d'un système donné de valeurs, traditions, histoire et textes. Un interprète contemporain doit respecter le passé. Il ou elle doit moderniser les objectifs constitutionnels tout en forgeant un lien avec le passé. Le but ultime de la Constitution doit s'ancrer dans le présent, mais ses racines sont dans le passé »<sup>211</sup>.

Pour essayer de combiner les exigences principales de l'interprétation constitutionnelle, le président de la Cour suprême israélienne A. BARACK, a mis en place une méthode d'interprétation qui prend en compte les particularités de la Constitution et la quête de l'équilibre entre actualisation et respect du passé qu'elle implique. Il suit alors une approche téléologique, intitulant sa méthode « *purposive interpretation* ». Le point de départ de cette méthode est le constat que toute interprétation implique un choix entre plusieurs significations littérales possibles d'un texte. Le choix entre ces significations est déterminé par le *but* ou l'*objectif* du texte à interpréter<sup>212</sup>. Il est donc nécessaire de rechercher l'*objectif*

---

<sup>210</sup> [Naturalmente in modo ben diverso è da valutare l'elemento storico quando sia utilizzato per individuare l'insieme della situazione politico-sociale dalla quale la costituzione è emersa, ponendosi quale espressione e garanzia degli interessi fondamentali in essa radicati, e, come tali, destinati ad alimentare in ogni sua fase la vita della medesima, fissandone la linea direttiva e nello stessi tempo il limite del suo svolgimento nel tempo] (C. MORTATI, « Costituzione (Dottrine generali) », in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milan : Giuffrè, 1962, p. 180-181).

<sup>211</sup> [An interpreter who interprets a constitutional provision operates in a given socio-historical framework. He or she may sometimes have discretion, but such discretion operates within a given system of values, tradition history, and text. A modern interpreter must respect the past. He or she formulates modern constitutional purpose while forging a connection with the past and remaining enmeshed in it. The ultimate constitutional purpose is modern, but its roots are in the past]. (A. BARAK, « Constitutional interpretation », *op. cit.*, p. 113).

<sup>212</sup> [My theory of interpretation of the legal text recommends the choice within the range of possible literal meanings, of that particular meaning which, more than any other, furthers the purpose of the norm embodied in the text]. (A. BARAK, « Hermeneutics and Constitutional Interpretation », *Cardozo Law Review*, n° 3-4, Vol. 14, 1993, p. 769).

de la Constitution, et c'est justement la spécificité de cet objectif qui détermine la spécificité de son interprétation<sup>213</sup>.

Pour déterminer l'objectif de la Constitution et permettre son interprétation, il faut donc prendre en compte l'intention subjective de l'auteur du texte et l'intention objective propre au système, analysée au moment de l'interprétation<sup>214</sup>. Le recours au passé peut jouer un rôle dans l'identification de ces deux types d'intentions. Pour déterminer l'intention subjective, le recours à la méthode historique au sens strict, c'est à dire à la recherche des intentions du constituant par le biais des travaux préparatoires s'impose. Mais, de même, pour déterminer l'intention objective de la Constitution, l'interprète doit tourner son regard vers le passé. Ainsi, le président BARAK insiste sur l'importance des sources externes pour la détermination de l'intention objective et, notamment, du contexte social et historique. En effet « la norme juridique est un fruit de son environnement. Cet environnement comprend non seulement les besoins immédiats, mais aussi l'environnement lointain, comme le contexte social et historique de la société qui produit le texte »<sup>215</sup>. Avec la méthode proposée, le poids de l'histoire est relativisé, pour permettre une certaine évolution en lien avec les changements de la société. Par conséquent, l'histoire est mobilisée pour trouver un guide afin de déterminer les objectifs et les buts de la Constitution plutôt que pour trouver dans le passé des réponses à des questions contemporaines<sup>216</sup>.

Le poids attribué à chacun des éléments, continuité et innovation, respect du constituant et adaptation au présent, est donc variable et dépend du système en cause. Par exemple, le juge constitutionnel allemand a expressément souligné la prépondérance donnée à l'approche évolutive, relayant les arguments tirés de l'histoire de la Constitution à une place secondaire<sup>217</sup>. En revanche, la Cour suprême des États Unis d'Amérique, confrontée à l'interprétation d'un texte datant de plus de deux cent ans et ne contenant que sept articles et

---

<sup>213</sup> « L'interprétation téléologique démontre sa sensibilité au caractère particulier d'une Constitution dans l'équilibre qu'elle cherche à atteindre entre l'intention subjective (le but des auteurs de la Constitution) et l'intention objective (celle du système) ». [Purposive interpretation demonstrates its sensitivity to the uniqueness of a constitution in the balance it strikes between subjective purpose (the intent of the authors of the constitution) and objective purpose (the intention of the system)]. (A. BARAK, « Constitutional interpretation », *op. cit.*, p. 96).

<sup>214</sup> A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>215</sup> [We noted that a legal norm is a creature of its environment. This environment includes not just the immediate needs, but also the distant environment, like the social and historical background of the society that produced the text]. (*Ibid.*, p. 161).

<sup>216</sup> A. BARAK, « Constitutional interpretation », *op. cit.*, p. 109-110.

<sup>217</sup> Le Tribunal Constitutionnel avait, dès 1957, considéré que l'histoire originale d'une disposition particulière de la Loi Fondamentale n'avait pas une importance décisive (6 BVerfGE 389, 431 (1957), dans le cas dit de l'homosexualité), cité par D. P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham : Duke University Press, 2<sup>e</sup> éd., 1997, p. 42-43.

vingt-sept amendements, accorde une place importante aux arguments historiques, ce qui a motivé un intense débat dans la doctrine qui permet d'éclairer, à partir d'un exemple précis, la place et l'utilisation du passé dans l'interprétation de la norme fondamentale.

## (II) La place particulière du passé dans l'interprétation de la Constitution des États-Unis

La Constitution des États Unis est la Constitution la plus ancienne encore en vigueur dans le monde. Si elle a subi d'importants amendements, notamment avec l'adoption du *Bill of Rights* ou des amendements adoptés à la fin de la Guerre Civile, elle peut être caractérisée par sa permanence et sa stabilité. La question de l'application d'une Constitution avec plus de deux cent ans d'ancienneté implique alors une réflexion sur la place des sources historiques dans une interprétation d'un texte à la fois juridique et historique. D'autant plus que, pour la période de la rédaction de la Constitution, les sources historiques sont nombreuses : sources primaires, avec notamment les comptes rendus des discussions lors de la Convention Confédérale<sup>218</sup>, ainsi que dans les Congrès des États et la collection d'essais *The Federalist Papers* ; et sources secondaires, avec une production historiographique très développée sur la période<sup>219</sup>. Les opérateurs juridiques ont donc à leur disposition une importante base documentaire qui leur permet d'accéder au contexte et aux intentions des rédacteurs de la Constitution. C'est pour cela que l'exemple des États Unis et, notamment, la querelle entre les partisans d'une soumission à l'intention des rédacteurs de la Constitution (la théorie de « *l'original intent* ») et ceux qui adhèrent à une lecture évolutive de la Constitution (la théorie du « *living constitutionalism* ») (A), ainsi que le développement de nombreuses théories intermédiaires qui visent à combiner ces deux approches (B), sont révélateurs de l'utilisation du passé et des récits historiques dans l'interprétation constitutionnelle.

---

<sup>218</sup> V. M. FARRAND (éd.), *The records of the Federal Convention of 1787*, 3 vol., New Haven : Yale University Press, 1911, vol. 1 : 606 p., vol. 2 : 667p. , vol. 3 : 685 p.

<sup>219</sup> Sur les différentes sources de la période et, en particulier, sur la multiplication d'ouvrages historiques sur la période au moment de la célébration du Bicentenaire v. R. B. BERNSTEIN, « Charting the Bicentennial », *Columbia Law Review*, n° 8, Vol. 87, 1987, p. 1565-1624.



## (A) Originalism v. Living constitutionalism : deux approches divergentes de l'utilisation de l'histoire dans l'interprétation constitutionnelle

La Cour suprême des États Unis a toujours fait appel à des arguments historiques dans sa jurisprudence<sup>220</sup>. Toutefois, à partir des années 1980, il est possible d'identifier un recours plus systématique à l'histoire devant le prétoire et dans la doctrine constitutionnaliste<sup>221</sup>, au point que certains commentateurs parlent d'un « virage vers l'histoire »<sup>222</sup>. Le récit historique est de plus en plus utilisée comme une source de légitimation pour le travail interprétatif du juge. Pour essayer de contrer l'activisme judiciaire de la Cour WARREN (1953-1969) et BURGER (1969-1986), les conservateurs ont fait appel aux intentions des rédacteurs<sup>223</sup>, considérant que les juges devaient suivre uniquement ces intentions dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles. Le programme de ceux qui allaient être désignés par la suite comme des « originalistes »<sup>224</sup> fut résumé par le Procureur général [*Attorney General*] Edwin MESSE III dans un discours tenu devant l'*American Bar Association* en 1985 :

---

<sup>220</sup> Par exemple, J.J. DALY recensa les 132 décisions données par la Cour Suprême entre 1900 et 1930, et répertoria ainsi 89 références à l'histoire constitutionnelle (J. J. DALY, *The Use of History in the Decisions of the Supreme Court : 1900-1930*, Washington DC : The Catholic University of America Press, 1954, p. xv).

<sup>221</sup> Il est ainsi possible de constater une utilisation de plus en plus systématique d'arguments historiques depuis les années 1980, arrivant à un paroxysme dans les années 2000. Par exemple, le juge J. SUTTON souligne que pour l'année 2007, 8 affaires sur les 23 jugées par la Cour en matière de contrôle de constitutionnalité ont été décidées sur la base d'arguments historiques. De même, l'importance des arguments historiques peut être démontrée par l'explosion du nombre d'*amicus curiae* présentés devant la Cour par des historiens dans les différents affaires sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles (J. S. SUTTON, « The Role of History in Judging Disputes about the Meaning of the Constitution », *Texas Tech. Law Review*, n° 3, Vol. 41, 2008-2009, p. 1176).

<sup>222</sup> « Turn to history », expression formulée par le Professeur L. KALMAN dans son ouvrage *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven : Yale University Press, 1996, p. 132.

<sup>223</sup> Dans la doctrine américaine, le terme le plus fréquemment utilisé est celui de « framers » qui, compris au sens large, prend en compte non seulement les personnes qui ont effectivement participé à la rédaction des textes – la Constitution et le *Bill of Rights* – mais aussi des hommes politiques qui ont pu avoir une forte influence sur cette rédaction. De même est souvent utilisée l'expression « pères fondateurs » [« *founding fathers* »] pour souligner le caractère quasi-mythique donné au texte constitutionnel, considéré comme un des actes de fondation de la Nation américaine. Ces termes collectifs essaient de cacher l'absence d'une définition stricte des auteurs de la Constitution et la difficulté à cerner qui peut être considéré comme « auteur » dans le cadre d'une procédure de rédaction et de ratification qui implique la participation de multiples instances. Ainsi DWORKIN considère que l'expression « framers » est utilisée pour « décrire, non sans ambiguïté, les différentes personnes qui ont rédigé et adopté une disposition constitutionnelle » [to describe, somewhat ambiguously, the various people who drafted and enacted a constitutional provision] (R. DWORKIN, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, p. 8).

<sup>224</sup> Dans un sens large, l'« originalisme » peut être défini comme l'ensemble des théories qui considèrent que « le langage prescriptif doit être compris en référence aux éléments de preuve des vrais états mentaux contemporains des auteurs du langage en question ». [Prescriptive language is to be understood by reference to evidence of the actual, contemporaneous mental states of the inscribers of the language at issue]. (F. SCHAUER, « Defining originalism », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n° 2, Vol. 19, 1995-1996, p. 343). Sur les différentes variantes de l'« originalisme » voir, entre autres, T. B. COLBY, P.J. SMITH, « Living Originalism », *Duke Law Journal*, n°2, Vol. 59, 2009, p. 239-307.

« Le rôle prévu pour le pouvoir judiciaire, en général, et pour la Cour Suprême, en particulier, était de servir de “remparts pour une constitution limitée”. Les Pères fondateurs étaient convaincus que les juges ne manqueraient pas de considérer la Constitution comme la “loi fondamentale” et qu’ils “réguleraient leurs décisions” par rapport à elle. Comme les “fidèles gardiens de la Constitution” les juges devaient résister à toute tentative politique de se séparer des dispositions littérales de la Constitution. Le texte du document et l’intention originelle de ses rédacteurs seraient le standard utilisé par le juge pour l’application effective de la Constitution »<sup>225</sup>.

Les documents historiques fournissent ainsi les preuves de ce qui a été décidé au moment de l’adoption de la Constitution. Par le biais d’une enquête historique, il est donc possible de dégager le sens de la disposition auquel il est nécessaire d’obéir pour garantir une fidélité à la Constitution<sup>226</sup>. Cette approche implique, par conséquent, une conception statique de la Constitution, qui aurait vocation à rester la même à travers les époques et, même, à inhiber tout changement fait par les futures générations<sup>227</sup>.

L’idée sous-jacente à l’interprétation « originaliste » est celle d’une limitation du pouvoir des juges, du fait qu’ils ne possèdent pas la légitimité démocratique nécessaire pour changer les règles écrites par des organes représentatifs. Toutefois, derrière une apparente fidélité à la pensée des Pères fondateurs et aux intentions des représentants démocratiquement élus du peuple, peut se cacher la justification d’une interprétation créative. En effet, malgré l’abondance des sources historiques disponibles pour la période de la rédaction de la Constitution, il est souvent difficile d’extrapoler des débats une volonté claire et non ambiguë sur le sens qu’il faut donner à la volonté des constituants. Il est même plausible de retrouver,

---

<sup>225</sup> [The intended role of the judiciary generally and the Supreme Court in particular was to serve as the "bulwarks of a limited constitution." The judges, the Founders believed, would not fail to regard the Constitution as "fundamental law" and would "regulate their decisions" by it. As the "faithful guardians of the Constitution," the judges were expected to resist any political effort to depart from the literal provisions of the Constitution. The text of the document and the original intention of those who framed it would be the judicial standard in giving effect to the Constitution] (E. MESSE III, *Discours donné devant l’American Bar Association*, Washington DC, 9 juillet 1985, [<http://www.justice.gov/ag/aghistorical/meese/1985/07-09-1985.pdf>]).

<sup>226</sup> J. M. BALKIN, « The New Originalism and the Uses of History », *Fordham Law Review*, n° 2, Vol. 82, 2013, p. 647.

<sup>227</sup> Pour les tenants les plus radicaux de cette conception, seul le texte dans le sens qu’il pouvait avoir au moment de son approbation a effectivement reçu le vote du peuple ou de ses représentants et, par conséquent, il est le seul qui puisse prétendre à la légitimité démocratique (v. R. H. BORK, « Neutral Principles and Some First Amendment Problems », *Indiana Law Journal*, n° 1, Vol. 47, 1971, p. 2-8). Pour le juge A. SCALIA, la Constitution doit être considérée comme toutes les autres lois, c’est à dire, comme une « disposition qui a une signification fixe qui peut faire l’objet de connaissance à travers les dispositifs habituels des juristes » et non pas comme un réceptacle de valeurs qui changeraient de génération en génération (A. SCALIA, « Originalism : the lesser evil », *University of Cincinnati Law Review*, n° 3, Vol. 57, 1989, p. 854).

dans l'immense fond documentaire qui sert de base à la découverte de l'intention du constituant, des éléments pouvant soutenir des thèses contradictoires<sup>228</sup>.

Les approches « originalistes » ont ainsi fait l'objet de vives critiques, notamment de la part de certains juges de la Cour Suprême. C'est ainsi que le juge BRENNAN qualifia cette approche d' « arrogance masquée d'humilité »<sup>229</sup> et considéra qu'elle « se voile les yeux face au progrès social et évite l'adaptation des principes généraux aux changements dans les circonstances sociales »<sup>230</sup>. Pour ce juge, il fallait aussi prendre en compte l'histoire et l'évolution sociale postérieure à l'époque de la fondation des États-Unis, car le but des Pères fondateurs n'était pas de rédiger une Constitution statique qui perpétue un *status quo*, mais ils avaient plutôt l'intention de construire les bases d'une nouvelle société fondée sur le respect de valeurs et de la dignité humaine. Cette vision est fondée sur une différente conception de la Constitution<sup>231</sup> et du rôle des juges qui doivent « faire de leur mieux pour construire, réexaminer et réviser, de génération en génération, l'ossature de liberté et égalité que ses

---

<sup>228</sup> Il n'est pas rare de retrouver dans les arrêts des références aux mêmes documents historiques pour justifier non seulement l'opinion majoritaire, mais aussi la thèse opposée dans les opinions dissidentes. Les comptes rendus des assemblées constituantes ou les écrits de *The Federalist*, par exemple, peuvent faire eux-mêmes, objet d'interprétations discordantes. Par exemple, dans l'arrêt *Printz v. United States* (521 U.S. 898 (1997)), portant sur la constitutionnalité du *Brady Handgun Violence Prevention Act* qui imposait aux États fédérés de réaliser des vérifications d'antécédents au nom du gouvernement fédéral, l'opinion majoritaire, rédigée par le juge SCALIA, fait des nombreuses références aux sources historiques (extraits de *The Federalist Papers*, arguments *a contrario* tirés des articles de la Confédération, des débats de la convention) pour justifier l'inconstitutionnalité de la loi, considérant que, dans l'esprit des *Framers* et en vertu du dixième amendement, le gouvernement fédéral n'a pas le droit d'obliger les États fédérés à mettre en œuvre des régulations fédérales. Dans son opinion séparée, le juge STEVENS utilisa les mêmes sources historiques, ainsi qu'un examen du rôle de l'État durant les premières années de la République pour arriver à la conclusion contraire : que l'intention des Pères fondateurs était de donner plus de pouvoir au gouvernement fédéral et, notamment, la capacité à forcer les gouvernements des États fédérés à mettre en œuvre les programmes fédéraux (pour une analyse de cette décision, ainsi que d'autres exemples où les mêmes sources historiques sont utilisées pour justifier des positions antagonistes v. L. A. DERVAN, « Selective Conceptions of Federalism : the Selective Use of History in the Supreme Court's States' Rights Opinions », *Emory Law Journal*, n° 4, Vol. 50, 2001, p. 1295-1329)

<sup>229</sup> [Arrogance cloaked as humility]. (W. J. BRENNAN, *Discours donnée au colloque « Text and Teaching »*, Georgetown University, Washington D.C, 12 octobre 1985, [[http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources\\_document7.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html)]).

<sup>230</sup> [Those who would restrict claims of right to the values of 1789 specifically articulated in the Constitution turn a blind eye to social progress and eschew adaptation of overarching principles to changes of social circumstance] (*Ibid.*).

<sup>231</sup> Les termes du débat peuvent être résumés de la sorte : « il est suffisant de noter la distinction élémentaire entre ceux qui font appel à la Constitution comme un document impérieux et historique ayant un sens substantiellement figé et objectif, et ceux qui conçoivent la Constitution comme un texte ayant une portée largement symbolique qui permet aux interprètes de faire appel à une autorité extérieure pour résoudre des problèmes constitutionnels ». [It is sufficient to note the basic distinction between those who appeal to the Constitution as an authoritative historical document having a substantially fixed, objective meaning, and those who conceive of the Constitution as a text of largely symbolic import that enables interpreters to appeal elsewhere for authority to decide constitutional questions]. (H. BELZ, « History, Theory and the Constitution », *Constitutional Commentary*, n° 1, Vol. 11, 1994, p. 57-58).

grandes clauses commandent dans leur majestueuse abstraction »<sup>232</sup>. La Constitution est donc considérée comme *vivante*<sup>233</sup>, d'où l'appellatif de « *living constitutionalism* ». Par cette dénomination, il faut entendre « la théorie selon laquelle la Constitution doit constamment s'adapter, par le biais du juge, aux valeurs morales et aux idéaux évolutifs du peuple américain. À cette fin sont mobilisés les principes fondamentaux qui sous-tendent le texte »<sup>234</sup>.

Cette théorie est souvent qualifiée d'anhistorique, en contraste avec l'historicisme des tenants de l'*original intent*. Mais cette opposition primaire doit être fortement nuancée, car même si la Constitution est considérée comme vivante, elle continue à avoir des racines<sup>235</sup>, et les données historiques sont aussi utiles pour guider son interprétation. Toutefois, à la différence de l'*originalisme*, l'argument historique n'est plus mobilisé comme un argument d'autorité, mais plutôt comme un argument de persuasion. Il doit ainsi être considéré non pas comme un instrument de rhétorique judiciaire, mais plutôt de rhétorique délibérative. Le passé ne conditionne pas le futur, mais son étude permet une meilleure analyse des problèmes

---

<sup>232</sup> [The Constitution insists that our judges do their best collectively to construct, reinspect, and revise, generation by generation, the skeleton of freedom and equality of concern that its great clauses, in their majestic abstraction, command]. (R. DWORKIN, *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, New York: Knopf, 1993, p. 145).

<sup>233</sup> L'idée d'une Constitution *vivante* fut déjà avancée par le juge O. W. HOLMES en 1914 dans l'arrêt *Gompers v. United States* où il considéra que « les dispositions de la Constitution [...] sont institutions organiques, vivantes » [provisions of the Constitution [...] are organic, living institutions] (233 U.S. 604 (1914)). Il reprit cette idée de façon plus explicite en 1920 où il qualifia la Constitution « d'être dont le développement ne pouvait pas être prévu par les plus talentueux de ses géniteurs » (*Missouri vs. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), § 433). Si la théorie de la constitution vivante est souvent abordée comme une théorie unitaire, il faut cependant prendre en compte le fait qu'elle a connu des évolutions et des approches différentes en fonction de la composition de la Cour suprême (v. W. H. REHNQUIST, « The Notion of a Living Constitution », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n° 2, Vol. 29, 2006, p. 401-415).

<sup>234</sup> A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution : Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris: Classiques Garnier, Coll. Bibliothèque de la pensée juridique, 2014, p. 597.

<sup>235</sup> La doctrine et la jurisprudence canadienne, reprenant le débat de la spécificité de l'interprétation constitutionnelle, font appel à la métaphore de la Constitution comme un « arbre vivant ». Cette image a été développée par Lord SANKEY dans la célèbre décision *Edwards v. A.G. of Canada* de 1930 (A.C. 124, 136), qui, par rapport à l'interprétation de la *British North America Act* (qui est au fondement de la Constitution du Canada), considéra : « Le *British North American Act* planta au Canada un arbre vivant capable de grandir et de s'élargir à l'intérieur de ses limites naturelles. L'objet de cet *Act* était de donner une Constitution au Canada. Comme toutes les constitutions écrites, il a fait l'objet d'un développement à travers les usages et les conventions ». [The *British North American Act* planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention]. Toutefois, il est intéressant de noter, comme le remarque le juge A. BARAK, que l'image de l'arbre insiste aussi sur l'idée des racines. La Constitution est certes un organisme vivant ayant vocation à se développer, mais elle a aussi des racines dans son histoire et son passé qui lui permettent et limitent son développement. (A. BARAK, « Constitutional interpretation », *op. cit.* p. 114).

présents : « l’histoire n’est pas un oracle autoritaire mais une source de l’expérience humaine, qui peut être utilisée par les décideurs contemporains pour aider leurs décisions futures »<sup>236</sup>.

Cela implique aussi une conception différente de l’histoire. Si, pour les *originalistes*, la rédaction de la Constitution est un moment déterminé, figé dans le temps, pour les tenants d’une interprétation évolutive, l’histoire même est en mouvement<sup>237</sup>, elle doit s’apprécier dans la durée. Comme l’explique le juge J. SUTTON : « même quand les juges considèrent que le sens d’une disposition constitutionnelle est évolutif et non pas figé, l’histoire a un rôle à jouer. L’histoire peut même suggérer que cette disposition était supposée changer d’époque en époque. Et quand ce n’est pas le cas, la Cour peut encore vouloir rendre compte du sens originel de la disposition et du pourquoi elle a un sens différent aujourd’hui »<sup>238</sup>.

En fonction des différentes idéologies politiques, des conceptions sur la nature du texte constitutionnel, du rôle du juge dans l’interprétation et de la conception donnée à l’histoire elle-même, des théories de l’interprétation constitutionnelle se sont développées pour couvrir toutes les nuances de gris entre l’*originalisme* dogmatique et l’interprétation créatrice anhistorique souvent associée, à tort, avec les tenants de la constitution vivante.

### (B) *Le développement d’approches intermédiaires et le recours renouvelé aux arguments historiques dans l’interprétation constitutionnelle*

Les partisans d’une interprétation plus progressiste se tournèrent vers l’histoire pour essayer d’attaquer les *originalistes*, qui adhéraient à une idéologie plus conservatrice<sup>239</sup>, sur leur propre terrain. Dans le cadre du « nouveau républicain »<sup>240</sup> qui marqua les études en

---

<sup>236</sup> [History not as an authoritative oracle but as a source of relevant human experience, one that present-day decision-makers can use as a resource to help choose a future course]. (M. GORDON, « Adjusting the Rear-View Mirror: rethinking the Use of History in Supreme Court Jurisprudence », *Marquette Law Review*, n° 3, Vol. 89, 2006, p. 485).

<sup>237</sup> C’est l’idée d’une « *ongoing history* » développée notamment par C. MILLER dans *The Supreme Court and the Uses of History*, *op. cit.*, p. 26-28.

<sup>238</sup> [Even when the Justices treat the meaning of a constitutional provision as evolving rather than as fixed, history has a role to play. History itself may suggest that the provision was meant to change from age to age. And when that is not the case, the Court still may wish to account for what the provision once meant and why it means something different today]. (J.S. SUTTON, « The Role of History in Judging Disputes about the Meaning of the Constitution », *op. cit.*, p. 1182).

<sup>239</sup> V. R.H. Jr. FALLON, « Are Originalist Constitutional Theories Principled, or are they Rationalization for Conservatism ? », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n° 1, Vol. 34, 2011, p. 5-28.

<sup>240</sup> Le « nouveau républicain » peut être défini comme un « épisode dans lequel la doctrine juridique “découvre” consciemment et extrapole des écrits des historiens une souche récurrente d’idéologie anti-positiviste, communautaire et orientée sur le civique (la “tradition” républicaine) dans l’histoire américaine » [An episode in which legal scholars self-consciously “discovered” and extrapolated from the contributions of historians who emphasized a recurrent strain of civic-oriented, communal, and antipositivistic political ideology

histoire constitutionnelle à partir de la fin des années 1970, ils cherchaient à donner une nouvelle grille de lecture aux écrits des Pères fondateurs, en mettant l'accent non pas sur l'influence de la pensée libérale de Locke, mais plutôt sur l'influence des valeurs de la participation citoyenne, de l'intérêt commun et du bien public, qui caractérisaient le républicanisme propre à la Renaissance européenne<sup>241</sup>. C'est ainsi que certains auteurs et juges s'orientèrent vers les travaux des historiens neo-républicains afin de justifier leurs buts interprétatifs, tout en répondant à la revendication des *originalistes* d'une interprétation constitutionnelle fondée sur des considérations historiques et la prise en compte des intentions des Pères fondateurs<sup>242</sup>. Ils proposaient une nouvelle lecture de ces intentions en soulignant l'importance du contexte historique et du discours ou langage républicain<sup>243</sup> qui, transposé à l'époque contemporaine, pouvait être mis au service d'une politique jurisprudentielle plus progressiste.

La réflexion sur le rôle donné aux données historiques de l'époque de la rédaction de la Constitution motiva le professeur C. SUNSTEIN à proposer une version moins rigide de l'*originalisme*. Ce « *soft originalism* » suggère que l'étude des intentions des rédacteurs doit être approchée avec un certain degré d'abstraction et de généralité. L'histoire doit être utilisée pour dégager les idées et les aspirations générales de la génération des fondateurs, plus que pour dégager les conclusions concrètes qu'ils auraient pu atteindre par rapport à des questions constitutionnelles concrètes<sup>244</sup>.

Le contenu ou la portée des arguments historiques qui doivent être pris en compte donnèrent lieu aussi à des nouvelles réflexions sur le rôle de l'histoire dans l'interprétation institutionnelle. En effet, pour les tenants du *hard originalism*, la recherche historique doit se centrer sur la période des fondations, c'est à dire la période de la rédaction du texte originel de la Constitution. Néanmoins, si la Constitution est considérée comme une norme évolutive

---

(the republican "tradition") in American history]. (G.E. WHITE, « Reflections on the "Republican Revival" : Interdisciplinary Scholarship in the Legal Academy », *Yale Journal of Law and the Humanities*, n° 1, Vol. 6, 1994, p. 3).

<sup>241</sup> V. R.H. Jr. FALLON, « What is Republicanism, and is it worth reviving? », *Harvard Law Review*, n° 7, Vol. 102, 1989, p. 1695-1696. Il ne faut pas le confondre ce courant avec la doctrine qu'informe le programme du Parti républicain (GOP), d'inspiration beaucoup plus conservatrice.

<sup>242</sup> N. M. RICHARDS, « Clio and the Court: A Reassessment of the Supreme Court's Uses of History », *Journal of Law and Politics*, n° 4, Vol. 13, 1997, p. 828.

<sup>243</sup> Le professeur C. SUNSTEIN relève quatre valeurs ou engagements de la théorie néo-républicaine : la délibération en politique, l'égalité politique, un universalisme soulignant l'importance du bien commun qui peut être déterminé par le biais de la délibération et la citoyenneté comme base de la participation politique (C. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », *Yale Law Journal*, Vol. 97, n° 8, 1988, p. 1541).

<sup>244</sup> C. SUNSTEIN, « Five Theses on Originalism », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n° 2, Vol. 19, 1996, p. 311-316.

dont le sens n'a pas été gravé dans le marbre en 1787, il est essentiel de prendre en compte non seulement l'histoire de la rédaction du texte, mais toute l'histoire constitutionnelle américaine. Cet argument motiva les professeurs B. FRIEDMAN et S. SMITH à avancer l'idée d'une Constitution construite par couches sédimentaires, d'un texte qui se compose non seulement des dispositions discutées et ratifiées durant la période de rédaction, mais par les différents sens donnés à ces dispositions au cours de l'histoire, attribués par les opérateurs et les destinataires de ces dispositions à travers la pratique. Ainsi, le rôle de l'interprète constitutionnel est d'utiliser l'histoire, toute l'histoire, pour essayer de comprendre les différentes couches qui composent la Constitution, et ainsi pouvoir réconcilier le sens historique, son évolution avec les problématiques actuelles qui se présentent à lui<sup>245</sup>.

La réflexion sur la nature du texte constitutionnel est aussi au cœur de la théorie du « *Framework originalism* » ou « *Living originalism* » du professeur J. BALKIN<sup>246</sup>. À la suite de DWORKIN, il considère que la Constitution présente deux types de normes : d'un côté, des normes déterminées et qui laissent peu de marge de manœuvre pour leur interprétation et, de l'autre côté, des principes ou standards qui sont sujets à des évolutions dans leur contenu. La recherche historique permet de dégager le cadre constitutionnel (d'où l'appellation « *framework* ») afin de savoir quelles dispositions doivent être considérées comme déterminées, et quelles autres nécessitent une construction pour être appliquées à l'époque contemporaine. L'histoire peut être aussi mobilisée dans la construction constitutionnelle nécessaire à l'application des principes, non pas comme une source d'autorité, mais comme un instrument de persuasion<sup>247</sup>.

Les arguments historiques sont donc au cœur de l'interprétation de la Constitution américaine. La majorité des théories et la pratique de l'interprétation, tant par les juges conservateurs que par les plus libéraux, accorde une place à l'histoire. Cet engouement pour Clio dans les prétoires américains n'est pas sans risque, et l'utilisation juridique de l'histoire a fait l'objet de beaucoup de critiques, notamment de la part des historiens<sup>248</sup>. En effet, la ligne entre l'us et l'abus de l'histoire est facilement franchissable, comme le résume le professeur N. RICHARDS : « Bien qu'il soit utile lors de l'interprétation des anciennes lois d'être en

---

<sup>245</sup> B. FRIEDMAN, S. B. SMITH, « The Sedimentary Constitution », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 1, Vol. 147, 1998, p. 77.

<sup>246</sup> J. M. BALKIN, *Living Originalism*, *op. cit.*, 474 p.

<sup>247</sup> J. M. BALKIN, « The New Originalism and the Uses of History », *op. cit.*, p. 650.

<sup>248</sup> De nombreux historiens et juristes se sont intéressés à ce problème notamment après l'article fondateur d'A. H. KELLY, « Clio and the Court : an Illicit Love Affair », *The Supreme Court Review*, Vol. 119, 1965, p. 119- 158.

mesure de les contextualiser afin de comprendre leur signification, la Cour doit veiller à ne pas lire plus dans le passé que ce qu'il peut supporter »<sup>249</sup>.

Ce bref aperçu de la doctrine américaine permet, néanmoins, d'observer que le récit historique, le recours au passé, peut être mobilisé de différentes manières pour accomplir des buts très variés, en fonction non seulement de considérations par rapport à la nature et au rôle de l'interprétation constitutionnelle, mais aussi par rapport au contenu et à la fonction de l'histoire comme discipline auxiliaire du droit.

---

<sup>249</sup> [While it is helpful when interpreting old laws to be able to contextualize them to understand their meaning, the Court must be careful not to read more into the past than the past can bear]. (N. M. RICHARDS, « Clio and the Court : A Reassessment of the Supreme Court's Uses of History, *op. cit.*, p. 839).



## **Section 2. La place du passé dans les pratiques jurisprudentielles de l'interprétation**

L'étude de l'herméneutique juridique comporte deux aspects. Au volet descriptif qui vise à expliquer le fondement, les influences et le fonctionnement de différentes théories ou approches de l'interprétation, s'ajoute un volet prescriptif qui « examine les techniques et les méthodes d'interprétation, pour fixer des canons ou directives d'interprétation »<sup>250</sup>. En effet, la question de l'adoption d'une méthode ou d'une technique particulière d'interprétation est plus un affaire de choix de politique juridictionnelle, en lien étroit avec la conception qu'a le juge de son propre rôle, qu'une affaire de logique juridique<sup>251</sup>.

Pour comprendre la place du passé dans l'herméneutique juridique, il est donc nécessaire de s'intéresser aussi à l'opération d'interprétation telle qu'elle est effectuée dans la pratique par le juge tant interne que conventionnel. En effet, les usages et techniques jurisprudentielles de la Cour de Strasbourg permettent d'avoir accès en détail au raisonnement suivi par le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, norme qui, comme la Constitution, se caractérise par sa texture ouverte, ce qui offre des clés de lecture afin de comprendre les raisons du choix et le fonctionnement des outils d'interprétation utilisés par le juge. Cependant, malgré le laconisme du juge interne, l'examen de l'environnement jurisprudentiel de la décision nous offre aussi des pistes afin de déterminer l'importance et les raisons du recours au passé dans l'interprétation des normes à appliquer.

Clio peut faire ainsi son apparition dans la pratique jurisprudentielle principalement à travers le recours de deux outils pour l'interprétation : d'un côté, l'analyse de l'histoire législative de la norme, de ses travaux préparatoires, afin de déterminer la volonté historique du législateur et de permettre une interprétation qui se veut respectueuse de l'expression de la volonté générale (§1). De l'autre côté, dans un contexte plus large, la référence au contexte historique de l'élaboration de la norme, permet non seulement de clarifier son sens originare, mais aussi les éventuelles évolutions historiques qui pourraient la modifier dans le cadre d'une interprétation évolutive (§2).

---

<sup>250</sup> H. RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique », *loc. cit.*

<sup>251</sup> J. BELL, « Interpreting statutes over time », *op. cit.*, p. 36.

## ***§ 1. Le recours aux travaux préparatoires et à la volonté historique du législateur***

Si l'opposition entre *originalistes* et les tenants d'une constitution vivante ne s'est pas développée avec autant de ferveur de ce côté de l'Atlantique, le recours à la méthode historique par les juges interne et conventionnel fait quand même l'objet d'interrogations et de débats. La recherche de l'intention de l'auteur par le biais de l'étude ou de la simple référence aux travaux préparatoires est une méthode qui a l'avantage de légitimer l'opération herméneutique en se réclamant du respect de la volonté du législateur qui représente la volonté générale. La référence au passé législatif de la norme à appliquer permet aussi de l'inscrire dans une continuité, dans une permanence qui contribue à sa prétention à l'autorité.

Toutefois, cette méthode se heurte à de nombreux obstacles pratiques et idéologiques. En effet, l'identification de la volonté du législateur n'est pas une tâche aisée, notamment dans le cadre de textes anciens ou de textes dont les auteurs ne sont pas forcément les représentants de la volonté générale. De même, le recours à une volonté datant de plusieurs décennies, voire même plusieurs siècles, peut conduire à figer la norme dans le passé, sans permettre son évolution et adaptation aux changements de circonstances. Cet obstacle est particulièrement délicat pour le cas de normes à texture ouverte comme la Constitution ou les instruments de protection internationale des droits de l'homme, telle la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). De plus, le recours à la volonté du législateur peut aussi faire l'objet de détournements et être utilisé comme un argument d'autorité afin de masquer une véritable activité législative du juge.

Face à ces obstacles, l'utilisation de la méthode historique par le juge interne français et par le juge de Strasbourg reflète deux approches qui tentent de concilier les impératifs d'adaptation, de prévisibilité et de légitimation de l'interprétation normative. Si le juge interne, héritier de la sacralisation de la loi et du législateur opérée à partir de la Révolution française, utilise souvent cette méthode de façon à justifier son travail interprétatif (I), le juge de la CEDH semble lui accorder une place subsidiaire visant à confirmer une interprétation obtenue par d'autres méthodes (II).

## (I) Le recours fréquent à la méthode historique dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel

Les décisions et arrêts des juges internes français se caractérisent par leur brièveté, voire même par leur caractère laconique. Les raisonnements suivis pour arriver à la solution juridique et, notamment, les méthodes d'interprétation suivies n'apparaissent pas forcément de façon explicite dans le texte de la décision. Toutefois, de l'examen de ces textes et de l'environnement jurisprudentiel qui les entoure, il est possible de repérer un recours à différentes méthodes d'interprétation. Parmi elles, le recours à la méthode historique et, plus précisément, la référence aux travaux préparatoires comme technique d'interprétation est assez répandue dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle. Cet outil permet de « reconstruire, de manière positive ou négative, le cheminement des diverses dispositions, d'en dégager l'esprit général et de leur donner une portée historique »<sup>252</sup>.

La référence à l'histoire de la norme est ainsi mobilisée pour éclairer le sens d'un texte obscur (A). De manière paradoxale, en dépit de l'absence de travaux préparatoires au sens strict et du caractère particulier de la Constitution de 1958, le juge fait un appel à la volonté du constituant dans la jurisprudence. Si cet appel n'est souvent qu'un argument subsidiaire pour confirmer une interprétation obtenue par d'autres moyens ou pour légitimer une solution jurisprudentielle, il peut néanmoins se transformer en un argument d'autorité utilisé pour masquer des jugements d'opportunité politique (B).

### (A) *Le recours à la volonté du législateur pour éclairer un texte obscur*

La reconnaissance du pouvoir d'interprétation du juge a mis du temps à s'implanter dans la pratique jurisprudentielle et la doctrine française. En effet, il fut longtemps considéré que l'interprétation d'une norme ne pouvait être donnée que par l'autorité d'où émanait le texte<sup>253</sup>. La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire prévoyait, à l'article 12 du Titre II, que les juges « ne pourront faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». La mise en place de ce référé s'expliquait par la méfiance du législateur

---

<sup>252</sup> D. MAUS, « À la recherche “des travaux préparatoires” de la Constitution de 1958 », *RFDC*, 1999, p. 681.

<sup>253</sup> R. ODENT, R. DENOIX DE SAINT MARC, *Contentieux administratif*, Tome II, Paris : Dalloz, 2007, p. 699.

révolutionnaire à l'égard des juges<sup>254</sup>. Il fut cependant l'objet de nombreuses critiques car il aboutissait à remettre la solution d'un litige à un organe politique qui pouvait mettre un temps considérable à approuver une interprétation, suspendant de façon indéfinie le cours de la justice<sup>255</sup>. Il fut donc abrogé par la loi du 30 juillet 1828 sur l'interprétation des lois et par celle du 1<sup>er</sup> avril 1837 relative à l'autorité des arrêts par la Cour de cassation après deux pourvois. Le privilège d'interprétation fut néanmoins maintenu durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle pour les actes administratifs. Malgré cet abandon du référé au législateur, la représentation de la loi comme expression de la volonté nationale continua à influencer la conception du juge de son office, en limitant son recours à l'interprétation de la loi.

Cette prudence dans l'interprétation se manifeste notamment par la distinction fondamentale entre un texte clair et celui qui ne l'est pas<sup>256</sup>. Elle fut exprimée pour la première fois dans les conclusions du commissaire du gouvernement REVERCHON prononcées le 16 juillet 1852 sur l'arrêt *Merilhou*<sup>257</sup>. Ainsi, quand le juge se trouve face à un texte clair doté d'un sens certain, il n'a pas le droit de le modifier, quand bien même ce sens ne correspondrait pas à l'intention de ses rédacteurs<sup>258</sup>. C'est seulement quand sa formulation est équivoque ou ambiguë que le juge peut faire appel à des méthodes d'interprétation autres que l'application littérale de la disposition. Néanmoins, la distinction entre une norme claire et

---

<sup>254</sup> « Le législateur révolutionnaire, jaloux de son œuvre, et voulant empêcher toute déformation par la jurisprudence, avait imaginé de se constituer en interprète supérieur de la loi ». (P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps* (1960), Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 243).

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>256</sup> B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

<sup>257</sup> Cité par *ibid.*, p. 879.

<sup>258</sup> H. CAPITANT, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 210.

Par exemple, le Conseil d'État, dans un arrêt concernant le droit de demander l'assistance d'un avocat dès le début du maintien en rétention, a souligné « que, si le législateur, par la loi du 11 mai 1998 qui a modifié l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a prévu que la faculté de demander l'assistance d'un conseil doit s'exercer dès le début du maintien en rétention, cette disposition, dont la portée ne soulève aucune difficulté d'interprétation qui justifierait une référence aux travaux préparatoires, implique seulement que les personnes placées en rétention puissent demander l'assistance d'un avocat, sans qu'il soit nécessaire qu'un avocat soit, grâce à une permanence, accessible à tout moment » (CE, 30 décembre 2002, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, n° 234415, *Leb.*, p. 487). De son côté, le Conseil constitutionnel refuse aussi de recourir à des méthodes complémentaires d'interprétation en cas de texte clair. Ainsi, analysant la constitutionnalité de la dernière loi de finances rectificative pour 1978, il considéra que « contrairement à ce qui figure dans l'exposé des motifs et aux déclarations faites au nom du Gouvernement au cours des débats parlementaires, il résulte des termes mêmes de l'article 16 de la loi soumise au Conseil constitutionnel que ce texte a pour objet et aura pour seul effet d'autoriser, non une cession de créances de l'État, non plus qu'une dation en paiement de créances de l'État, mais l'affectation de certaines recettes à certaines dépenses » (CC n° 78-100 DC du 29 décembre 1978, *Dernière loi de finances rectificative pour 1978 (prise de participation de l'État dans la société A.M.D. - BA ; adaptation de la législation sur la T.V.A. à la sixième directive du Conseil des Communautés européennes)*, Rec., p. 38 ; *JO* du 30 décembre 1978, p. 4413). Même si les travaux préparatoires semblaient mener vers une autre conclusion, le Conseil se contente de l'application littérale de la disposition qu'il considère comme « claire ».

une obscure est parfois délicate et, derrière la considération d'une norme comme claire, peut se cacher une opération d'interprétation constructive.

Face à un texte obscur, le juge interne a toute une palette de techniques d'interprétation qu'il utilise à différents degrés<sup>259</sup>. Un des outils le plus utilisé parmi cette palette est la recherche de l'intention des auteurs, notamment par le recours aux travaux préparatoires<sup>260</sup>. Malgré les objections théoriques et les difficultés pratiques qu'elle peut engendrer<sup>261</sup>, la méthode historique occupe une place importante parmi les méthodes d'interprétation, notamment pour le juge administratif.

Cette méthode est aussi mobilisée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*<sup>262</sup>. En particulier, le Conseil fait appel aux travaux préparatoires pour contrôler la régularité de la procédure parlementaire, dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité formelle. Notamment, le Conseil constitutionnel a recours aux travaux préparatoires pour vérifier que la procédure parlementaire respecte les exigences de clarté et de sincérité des débats<sup>263</sup>. De même, il peut les utiliser afin de vérifier si un amendement susceptible de diminuer les ressources publiques fut l'objet d'une contestation relative à sa recevabilité lors du débat, condition préalable nécessaire pour le contrôle exercé par rapport à l'article 40 de la Constitution<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> Parmi les nombreux outils, on peut mentionner, de manière non exhaustive, la méthode exégétique, la lettre du texte, l'esprit du texte, l'esprit de la réforme, l'esprit des lois voire l'esprit des parlementaires, l'interprétation téléologique, l'interprétation structuraliste ou systémique, le raisonnement par analogie, le raisonnement *a contrario*, *a fortiori*, *contra legem*, l'interprétation stricte, littérale, conforme, neutralisante, la formulation des termes, leur généralité ou leurs différences terminologiques, les maximes (C. VOCANSON, « Le texte », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2013, p. 25-26).

<sup>260</sup> *Loc. cit.*

<sup>261</sup> Parmi les difficultés pratiques, peuvent être soulignés la problématique de retrouver la volonté du législateur de textes codifiés dont l'origine peut remonter à des lois centenaires et dont la recherche peut relever d'une véritable « archéologie juridique », reprenant ainsi l'expression du Président GENEVOIS, ou le problème de textes issus d'ordonnances qui n'ont comme travaux préparatoires que le rapport de présentation au Président de la République ou encore le cas de sources normatives qui n'ont pas de travaux préparatoires comme la doctrine administrative, si importante en droit fiscal.

<sup>262</sup> Le recours aux travaux préparatoires des lois dans le cadre du contrôle *a priori* se justifie avant tout par le fait que le Conseil constitutionnel contrôle la loi avant son entrée en vigueur. La volonté du législateur est un des seuls indices sur lesquels l'interprète peut compter pour clarifier le sens d'une disposition qui n'a pas encore fait l'objet d'une application. Le qualificatif d'*historique* a moins sa place puisqu'il s'agit d'un contrôle contemporain à ces travaux.

<sup>263</sup> À titre d'exemple, CC n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances rectificative pour 2013*, Rec. [à paraître], JO du 30 décembre 2013, p. 22232, consid. 22.

<sup>264</sup> Par exemple, CC n° 96-384 DC du 19 décembre 1996, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1997*, Rec., p. 141, JO du 29 décembre 1996, p. 19380, consid. 4 ou CC n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, Rec., p. 315, JO du 27 décembre 1998, p. 19663, consid. 22.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, où il est confronté à des lois qui sont déjà en vigueur, le Conseil constitutionnel préfère toutefois garder une approche évolutive où il prend en compte les incidences que l'application de la loi peut avoir sur sa signification. Par conséquent, il applique de plus en plus la théorie dite « du droit vivant », importée d'Italie et selon laquelle « lorsqu'il existe une interprétation de la disposition législative contrôlée, la Cour adopte cette interprétation "vivante" en renonçant à interpréter de façon autonome la disposition mise en cause »<sup>265</sup>. Néanmoins, dans le cas de certaines QPC, le Conseil inclut parmi les documents qui accompagnent la décision, un historique des dispositions contestées résumant les travaux préparatoires en relation à la disposition objet de son contrôle<sup>266</sup>. Cette pratique était presque systématique durant les premiers mois de la mise en place du contrôle *a posteriori*, mais elle est devenue moins fréquente par la suite<sup>267</sup>. Pour l'élaboration de ces documents, les services du Conseil peuvent remonter assez loin dans l'histoire parlementaire. Par exemple, lors de l'examen d'une QPC sur les articles L. 451-1 et L. 452-1 à L. 452-5 du code de la sécurité sociale relatifs au régime d'indemnisation des accidents du travail, le dossier documentaire retrace l'origine de ces dispositions jusqu'en 1898 avec la loi concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail. La présence de ces documents complémentaires démontre ainsi que le juge constitutionnel, malgré le fait de donner une préférence à la méthode évolutive, prend quand même en compte l'histoire et l'origine de la disposition qui fait l'objet de son contrôle.

Dans un sens strict, les travaux préparatoires sont composés de l'exposé des motifs du projet ou de la proposition de loi, les rapports en commission et les débats en séance. L'ensemble de ces documents sont mentionnés en note de bas de page lors de la publication de la loi au *Journal Officiel* et sont accessibles au public. Toutefois, de l'étude des

---

<sup>265</sup> C. SAVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif, 2003, p. 13. Pour une application de cette théorie dans la jurisprudence v. CC n° 2011-216 QPC du 3 février 2012, *M. Franck S.*, Rec., p. 101, *JO* du 4 février 2012 p. 2075.

<sup>266</sup> Cet historique, élaboré par les services de la documentation du Conseil, peut faire partie du dossier documentaire qui accompagne la décision (c'est le cas, par exemple, de la décision CC n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, Rec., p. 97, *JO* du 29 mai 2010 p. 9730 qui, dans le dossier documentaire retrace les travaux préparatoires de plusieurs dispositions des années 1940, qui sont à l'origine de l'article L. 211-3 du code de l'action sociale et de la famille, objet de la QPC) ou faire l'objet d'un document à part (par exemple, la décision CC n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, Rec., p. 179, *JO* du 31 juillet 2010 p. 14198 où l'exposé des motifs d'une loi de 1957 ainsi que les travaux préparatoires des différentes dispositions relatifs au régime de la garde à vue sont présentés dans un document à part intitulé « Historique »). Dans tous les cas, ces documents sont disponibles sur le site internet du Conseil.

<sup>267</sup> Parmi les 324 décisions QPC rendues au 1<sup>er</sup> mars 2014, 28 présentent un examen de l'historique parlementaire parmi leur documentation complémentaire. Toutes ces décisions ont été rendues durant les premiers mois de la QPC, à l'exception de la décision CC 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France*, Rec., [à paraître], *JO* du 16 février 2014 p. 2724).

conclusions des rapporteurs, il est possible d'observer une conception plus large pour inclure d'autres sources, comme les rapports d'un comité de réflexion ou les avis donnés par le Conseil d'État dans sa fonction de conseil. Par exemple, dans ses conclusions sous l'arrêt *MM. Hollande et Mathus* relatif à la question de savoir si les interventions du président de la République pouvaient ne pas être prises en compte pour l'appréciation du respect du pluralisme par les médias audiovisuels, le rapporteur eut recours, pour clarifier la volonté du constituant qui avait inséré des dispositions relatives au respect du pluralisme dans les médias dans la Constitution, aux rapports du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République (*Comité Balladur*)<sup>268</sup>.

Le recours aux travaux préparatoires est surtout mobilisé pour les lois les plus récentes, même si cela pourrait paraître un oxymore par rapport à la qualification d'*historique* de cette méthode d'interprétation. En effet, suivant le conseil de F. LUCHAIRE d'après lequel « plus un texte est ancien et plus le juge doit se reconnaître de liberté pour l'interpréter »<sup>269</sup>, les juges sont plus enclins à avoir recours aux travaux préparatoires des lois les plus récentes. Pour les lois les plus anciennes, le juge a tendance à se laisser une plus grande marge d'appréciation, afin de les adapter aux circonstances qui ont pu évoluer depuis le moment de la promulgation de la disposition en cause. Néanmoins, le juge peut faire référence à des travaux préparatoires de normes assez anciennes, les combinant avec d'autres dispositions plus récentes, afin de démontrer une application constante des dispositions<sup>270</sup>.

La référence aux travaux préparatoires peut se faire sous diverses modalités. Combinant la typologie mise en place par le professeur P. GÉRARD<sup>271</sup> avec l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, il est possible d'identifier trois grandes catégories. Le juge peut, tout d'abord, faire une référence globale ou un appel général à la volonté du législateur sans donner plus de précisions. Ces références ont avant tout une

---

<sup>268</sup> C. DE SALINS, « Conclusions sous CE, Ass., 8 avril 2009, *MM. Hollande et Mathus*, n° 311136 », *RFDA*, 2009 p. 351.

<sup>269</sup> F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 217.

<sup>270</sup> Par exemple, dans le cas du régime fiscal des sociétés mères, le Conseil d'État prit en compte « en particulier les travaux préparatoires de l'article 27 de la loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920, de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1936 portant réforme fiscale, de l'article 45 de la loi n° 52-401 du 14 avril 1952 portant loi de finances pour 1952, des articles 20 et 21 de la loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers et de l'article 9 de la loi de finances pour 2001 », (CE, 17 juillet 2013, *SARL Garnier Choiseul Holding*, n° 352989)

<sup>271</sup> Typologie mise en place par P. GÉRARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1978, p. 60-67.

valeur persuasive. Le juge peut, en second lieu, et c'est le cas le plus fréquent, faire appel aux travaux préparatoires d'une disposition déterminée, mais sans donner une citation précise. Finalement, le juge peut faire une citation expresse des travaux préparatoires. Néanmoins, cette modalité est très rare dans la jurisprudence française<sup>272</sup>.

Le recours à la méthode historique peut répondre à différents objectifs. Dans la majorité des cas, l'appel aux travaux préparatoires de la loi est un moyen subsidiaire qui vient appuyer une interprétation littérale. C'est ainsi que le juge administratif, quand il fait appel à cette méthode, utilise le plus souvent la formulation suivante : « qu'il résulte de ces dispositions, éclairées par les travaux préparatoires [...] »<sup>273</sup>. Le juge constitutionnel, de son côté, reprend aussi cette même formule<sup>274</sup> ou bien considère aussi que son interprétation résulte « tant des travaux préparatoires que des termes même de la loi »<sup>275</sup>. Les travaux préparatoires viennent confirmer l'interprétation déjà effectuée par le juge et « constituent donc un argument d'autorité dans la mesure où la juridiction se réfère, explicitement ou non, à la volonté du législateur qui est censée s'imposer immédiatement tant à elle qu'à son auditoire »<sup>276</sup>. Le recours à l'histoire de la norme est donc utilisé comme un mécanisme de légitimation.

Les travaux préparatoires peuvent aussi être mobilisés dans le cadre d'une interprétation téléologique afin de retrouver l'objectif poursuivi par le législateur<sup>277</sup>. En

---

<sup>272</sup> Un des rares exemples de citation directe est la décision CC n° 2013-667 DC où le Conseil fait référence aux travaux préparatoires de la loi qu'il contrôle relative à l'élection des conseillers départementaux, municipaux et communautaires, en citant directement entre guillemets : « qu'il résulte des travaux préparatoires, que le législateur a entendu [...] "maintenir un lien de proximité entre les électeurs et leurs élus" » (CC n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, Rec. [à paraître], *JO* du 18 mai 2013, p. 8258). Cette citation provient du rapport fait par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, toutefois le Conseil constitutionnel ne précise pas sa source exacte dans le texte de la décision.

<sup>273</sup> Parmi des centaines d'exemples v. CE, 20 novembre 2013, *Conseil territorial de Saint Barthélemy*, n° 369796, *Leb.*, [à paraître].

<sup>274</sup> Par exemple : « Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des termes de l'article L. 432-1 modifié, **éclairés par les travaux préparatoires** » (CC n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1053, consid. 16 [souligné par nous])

<sup>275</sup> V. par exemple, CC n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, Rec., p. 151, *JO* du 14 janvier 1995, p. 727.

<sup>276</sup> P. GÉRARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *op. cit.*, p. 61.

<sup>277</sup> Par exemple, le Conseil d'État fait référence aux travaux préparatoires de l'article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 relatif aux pensions, rentes ou allocations viagères attribuées aux ressortissants de l'Algérie sur le budget de l'État, pour identifier le but du législateur, c'est à dire de conférer aux indemnités prévues par la loi n° 59-1454 la nature de pensions, rentes ou allocations viagères (CE Sect., 28 septembre 2001, *Ministre de la Défense c. Mme Haouas*, n° 218311, *Leb.*, p. 438). De son côté, le Conseil constitutionnel a fait appel aux travaux préparatoires pour déterminer, par exemple, que par la loi créant les plans d'épargne et retraite, « le législateur a entendu favoriser la constitution d'une épargne retraite par les citoyens français résidant hors de France, quelle que soit leur situation professionnelle, afin d'encourager la mobilité géographique et d'assurer une



particulier, l'exposé de motifs peut donner des indices sur les buts recherchés. Mais cet objectif peut aussi être inféré des débats ou des rapports. Comme le juge se contente de faire des références générales aux « travaux parlementaires », sans plus de précisions, il est difficile d'identifier quel document sert de fondement pour inférer un objectif.

Les travaux préparatoires peuvent aussi être utilisés pour clarifier des éléments plus ponctuels des dispositions. Ainsi, ils peuvent donner des pistes pour analyser les effets dans le temps de la norme afin de confirmer si le législateur entendait donner ou non une portée rétroactive à la norme<sup>278</sup> ou pour préciser le moment de son entrée en vigueur<sup>279</sup> ; de même ils permettent de déterminer si les préjudices causés par des dispositions législatives peuvent entraîner la responsabilité de l'État. En effet, par une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Société anonyme de produits laitiers La Fleurette*, le Conseil d'État considère que les préjudices causés par des dispositions législatives peuvent donner droit à réparation, même dans la silence de la loi, lorsqu'il ressort de la loi ou des travaux préparatoires que le législateur n'a pas voulu faire supporter le préjudice par les victimes de la loi<sup>280</sup>. Les travaux préparatoires sont donc mobilisés afin de savoir si le législateur a voulu ou non exclure une indemnisation<sup>281</sup>.

L'utilisation de l'histoire parlementaire d'une disposition est donc répandue et correspond à des objectifs variés. Toutefois, il est possible de constater que c'est avant tout dans le cadre de lois récentes que le juge se tourne vers la méthode dite historique, considérant que, pour les lois plus anciennes, une interprétation évolutive est plus appropriée. En particulier, le Conseil constitutionnel est plus réticent à utiliser une interprétation ancrée dans le passé, préférant la méthode du « droit vivant » précitée. Toutefois, dans le cadre de l'interprétation de sa principale norme de référence, il n'hésite pas à faire appel à la volonté du constituant, volonté qui est particulièrement difficile à cerner dans le cas de la Constitution de 1958.

---

meilleure protection sociale des Français travaillant à l'étranger » (CC n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec., p. 31, JO du 26 mars 1997, p. 4661).

<sup>278</sup> Par exemple, CE, 31 mai 2012, *Min. du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État c. Bartoli*, n° 354061, *Leb. T.*, p. 879.

<sup>279</sup> CE, 30 décembre 2011, *Commune de Marmande*, n° 349432, *Leb. T.*, p. 810.

<sup>280</sup> CE Ass., 14 janvier 1938, *Société Anonyme de produits laitiers « La Fleurette »*, *Leb.*, p. 25, *GAJA* 18<sup>e</sup> éd., n° 49, p. 313.

<sup>281</sup> Dans un arrêt de 1990, le Conseil d'État déduit des travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 1983 interdisant certains jeux de hasard, la volonté du législateur d'exclure toute indemnisation (CE, 11 juillet 1990, *Société Stambouli Frères*, n° 91158, *Leb.*, p. 963).

## *(B) La problématique du recours à la volonté d'un constituant difficilement saisissable*

La Constitution a vocation à être appliquée par les différents juges, qu'il s'agisse des juges constitutionnel, administratif ou judiciaire. Toutefois, ces deux derniers sont moins enclins à interpréter cette norme de référence et l'appel à la volonté du constituant est assez rare dans leur jurisprudence. Des références aux travaux qui ont précédé l'adoption de la Constitution peuvent néanmoins être présentes dans la jurisprudence administrative, notamment pour justifier l'application de la théorie de la loi écran avant la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*<sup>282</sup> ou pour justifier la nature d'acte administratif des ordonnances non ratifiées<sup>283</sup>.

Le recours par le Conseil constitutionnel aux travaux qui ont précédé l'adoption de la Constitution de 1958 est beaucoup plus fréquent. Ce recours est toutefois paradoxal, surtout s'il est pris en compte que la décision fondatrice qui a permis l'élargissement des normes de référence du contrôle de constitutionnalité<sup>284</sup> a été rédigée en évidente contradiction avec eux<sup>285</sup>. La Conseil fait alors une utilisation sélective ou instrumentale, et qui pourrait même être jugée opportuniste, des travaux préparatoires comme outil d'interprétation de la norme de référence de son contrôle<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Le Conseil d'État a ainsi considéré que « l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ». (CE, 5 janvier 2005, *Depez et Baillard*, n° 257341, *Leb.*, p. 1).

<sup>283</sup> Le juge administratif a considéré « qu'il résulte de ces dispositions, ainsi d'ailleurs que des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution, que les ordonnances prises dans le cadre de l'article 38 ont, alors même qu'elles interviennent dans une matière ressortissant en vertu de l'article 34 ou d'autres dispositions constitutionnelles au domaine de la loi, le caractère d'actes administratifs ». (CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, n° 199072, 199135, 199761, *Leb.*, p. 585).

<sup>284</sup> CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, *JO* du 18 juillet 1971.

<sup>285</sup> En effet, lors de la discussion devant le Comité consultatif constitutionnel, le commissaire du Gouvernement JANOT avait dénié toute valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution et aux textes auxquels il fait référence, considérant que « leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on crée un Conseil constitutionnel, c'est aller au-devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce Gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable » (COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. II, Paris : La Documentation Française, 1988, p. 256).

<sup>286</sup> « Ce défaut de cohérence démontre que les travaux préparatoires de la Constitution ont avant tout constitué, pour le Conseil, le moyen de justifier une position précise, à un moment donné. La Haute Juridiction ne paraît guère se soucier, en revanche, de l'homogénéité de l'ensemble de sa jurisprudence avec ces travaux » (P. JOSSE, *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Éd. Panthéon Assas / LGDJ, 1998, p. 31).

La Constitution de 1958 ne fut pas adoptée par une assemblée délibérante, par conséquent il n'existe pas, à proprement parler, des travaux préparatoires<sup>287</sup>. Au moment du référendum du 28 septembre 1958 les seuls éléments qui étaient connus du public étaient l'avant-projet du Gouvernement transmis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet, l'avis de ce Comité qui fut publié au *Journal officiel* du 20 août, le texte soumis au référendum et l'exposé fait par le général de Gaulle le 4 septembre<sup>288</sup>. Postérieurement, d'autres éléments des travaux qui ont mené à la rédaction de la Constitution furent publiés<sup>289</sup>. Finalement, par un décret du 8 juin 1984, fut créé un Comité chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V<sup>e</sup> République dont les travaux aboutirent à la publication des *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* en quatre volumes entre 1987 et 2001. Toutefois, dans sa présentation de ces *Documents*, F. LUCHAIRE, prévenait le lecteur :

« La portée d'une telle publication doit être bien comprise : le lecteur ne doit pas s'attendre à y trouver des règles juridiques complétant la Constitution ; certes, il est intéressant de mieux connaître, pour chaque disposition comme pour l'ensemble d'un texte, l'intention tant de ceux qui les ont rédigés que de ceux qui les ont acceptés ; mais de telles intentions ne peuvent avoir valeur contraignante pour ceux qui appliquent et interprètent la Constitution ; d'abord, avec la procédure du référendum, ce sont les citoyens qui décident et il n'est pas possible de déterminer leurs raisons précises ; ensuite, lorsqu'un texte est une œuvre collective ses auteurs peuvent accepter la même disposition mais avec des intentions et même des interprétations différentes ; enfin, si les textes demeurent, les intentions sont fonctions des circonstances du moment et par conséquent changent ; le code civil ne s'interprète pas aujourd'hui en fonction des préoccupations du législateur de 1804 »<sup>290</sup>.

Il faut néanmoins nuancer ces considérations. Si, en 1958, il était difficile de parler et d'avoir accès à des travaux préparatoires, depuis cette date, la Constitution a été l'objet de nombreuses révisions qui ont été soumises, pour la majorité d'entre elles, à des débats et à une

---

<sup>287</sup> En effet, le doyen VEDEL soulignait « quelle que soit leur variété, les travaux préparatoires au sens juridique du terme (qui n'est pas un sens "historique") ont ceci en commun que les éléments dont on peut déduire une certaine interprétation du texte ont été connus ou pouvaient être connus de ceux qui ont participé au vote sur le texte. En revanche, quelle que soit leur importance et leur valeur, les travaux relatifs à ce texte [la Constitution de 1958] qui n'ont pas été connus ou n'étaient pas connaissables par les "votants" ne sont pas, juridiquement, "préparatoires" » (G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 44).

<sup>288</sup> P. AVRIL, « Le piano mécanique », in *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris : Economica, 1982, p. 15.

<sup>289</sup> Le 11 avril 1959, la Documentation française publia les *Commentaires sur la Constitution du 4 octobre 1958* élaboré notamment à partir d'entretiens avec Raymond JANOT. Puis, la *Revue française de Sciences politiques* publia aussi en 1959 l'exposé fait par Michel Debré le 27 août 1958 devant le Conseil d'État (V. D. MAUS, « À la recherche "des travaux préparatoires" de la Constitution de 1958 », *op. cit.*, p. 682).

<sup>290</sup> F. LUCHAIRE, « Présentation générale », in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE, Vol.1, *op. cit.*, p. VIII.

adoption par des assemblées. Il existe donc des travaux préparatoires relatifs à ces révisions qui permettent alors d'accéder à la volonté du constituant dérivé.

Toutefois, une problématique supplémentaire surgit, eu égard au caractère composite du texte de la Constitution de 1958. D'un côté, la référence au préambule de 1946 a l'avantage de renvoyer à une norme dotée de travaux préparatoires au sens strict. De l'autre, la référence à la Déclaration de 1789 est plus délicate. En effet, si elle fut rédigée par une assemblée constituante, la portée normative de cette dernière fut l'objet d'intenses débats au moment de sa discussion<sup>291</sup>. Malgré tous ces écueils pratiques et théoriques et, en dépit de sa volonté affichée d'avoir recours à une interprétation évolutive et vivante des normes soumises à son contrôle, le Conseil constitutionnel fait souvent appel à la « volonté du constituant » et aux travaux préparatoires, au sens large, pour interpréter sa principale norme de référence.

Durant les premières années d'activité du Conseil constitutionnel les travaux qui ont guidé la rédaction de la Constitution furent beaucoup sollicités lors des délibérations<sup>292</sup>, ce qui pouvait s'expliquer non seulement par le caractère récent de cette Constitution, mais aussi par le fait que plusieurs des membres du Conseil avaient aussi participé à son élaboration. De même, il est important de souligner que, si les documents relatifs à la rédaction de la Constitution ne furent connus du grand public qu'à partir de la fin des années 1980, le Conseil constitutionnel eût accès, dès ses débuts, au compte rendu des travaux du Comité consultatif constitutionnel et du Conseil d'État<sup>293</sup>. En particulier, ces travaux furent le centre des discussions lors de la délibération de la décision sur la loi référendaire relative à l'élection du

---

<sup>291</sup> G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », *op. cit.*, p. 36. Le professeur J. MORANGE précise que la Déclaration « n'a pas d'auteur en ce sens qu'elle n'apparaît pas comme l'œuvre d'un père fondateur. Elle a des inspireurs, mais elle en a trop, et la discussion a été trop complexe, pour que l'on puisse avec certitude attribuer à tel ou tel, à titre exclusif, la paternité de tel article ou membre de phrase [...] On peut rechercher ses origines, mais on ne saura jamais ce qui a déterminé chaque député à voter ou rejeter chacune de ses dispositions. Faute de pouvoir connaître la volonté précise du constituant, on pourra la réinterpréter assez aisément ». (J. MORANGE, « L'élaboration de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines – sa pérennité*, Paris : La documentation française, 1990, p. 70).

<sup>292</sup> V. J-P. MACHELON, A-L. CASSARD-VALEMBOSIS, « Présentation de la période 1959-1963 », in B. MATHIEU et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Grandes délibérations, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 41

<sup>293</sup> Face à une question écrite des députés F. VALENTIN et R. PLEVEN sur l'accès aux « travaux préparatoires » de la Constitution, le Premier ministre et un des principaux rédacteurs de la Constitution, M. DEBRÉ répondit : « Des démarches ont été faites dans le même sens (demandant la publication des travaux préparatoires de la Constitution) par M. le Président du Conseil constitutionnel... J'ai mis à la disposition du Conseil constitutionnel un des deux exemplaires existants du compte-rendu analytique du Comité consultatif constitutionnel ; les membres du Conseil constitutionnel ont d'autre part la possibilité de consulter l'exemplaire unique du compte-rendu des travaux du Conseil d'État déposé au secrétariat général de cette assemblée » (*JO Débats AN*, 3<sup>ème</sup> séance du 30 juin 1959, p. 1189).

Président de la République au suffrage universel direct afin d'essayer de délimiter quelle était l'étendue de la compétence du Conseil constitutionnel<sup>294</sup>.

Dans le corps même des décisions, le Conseil peut aussi faire un appel explicite à la méthode historique pour interpréter la norme de référence du contrôle. Comme pour l'appel à la volonté du législateur, les références sont souvent vagues et le recours aux travaux préparatoires, au sens large ou strict, répond à différents objectifs. Le Conseil fait ainsi référence, dans plusieurs décisions, à la « volonté du Constituant », qu'il s'agisse du constituant originaire ou dérivé, sans plus de précision. Cette mention est problématique dans le cadre d'une Constitution ou d'une révision approuvée par référendum. En effet, comme le souligne le Doyen VEDEL « les intentions des constituants [...] sont de peu de poids si l'on considère que dans une constitution adoptée par référendum, les seuls vrais constituants sont les citoyens eux-mêmes et non les rédacteurs du texte »<sup>295</sup>.

D'un autre côté, l'expression « volonté du constituant » est souvent utilisée simplement pour faire une mention du texte explicite de la Constitution ou pour confirmer l'interprétation grammaticale. Par exemple, lors de l'examen de la loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution, le Conseil considéra « que la commission prévue par l'article 25 de la Constitution est chargée de veiller au respect du principe d'égalité devant le suffrage ; qu'elle est, **par la volonté du constituant**, dotée d'un statut d'indépendance »<sup>296</sup>. Toutefois, cette référence à la volonté du constituant ne rajoute rien à la démonstration du Conseil, puisque le statut d'indépendance était prévu expressément par la lettre de l'alinéa 3 de l'article 25 qui consacre, après la révision, « Une commission **indépendante**, dont la loi fixe la composition et les règles d'organisation et de fonctionnement, se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs »<sup>297</sup>. Ce renvoi semble répondre plutôt à une stratégie de légitimation qu'à une interprétation historique ou génétique. En effet, le Conseil ne se réfère pas à des indices concrets de cette « volonté du constituant » autres que le texte même de la

---

<sup>294</sup> Le rapporteur M. PELLISSARD lors de la lecture de son rapport accorda une grande place à la discussion des articles 57 et 58 du projet initial (qui allaient devenir l'article 61) lors des travaux préparatoires de la Constitution (*Séance du 6 novembre 1962* reproduite in B. MATHIEU et al (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 115-116). De nombreux autres exemples peuvent être retrouvés dans les délibérations qui ont été rendues publiques depuis 2009.

<sup>295</sup> G. VEDEL, « Note sous CE, 12 février 1960, *Société Eky* », *JCP* 1960 II, p. 11629.

<sup>296</sup> CC n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, Rec., p. 36, *JO* du 14 janvier 2009, p. 724 [souligné par nous].

<sup>297</sup> [Souligné par nous].

Constitution. Sa mention dans le texte de la décision est donc un appel à un argument d'autorité - celle du « constituant » -, qui cherche à donner plus de poids à son argumentation dans un cas difficile.

La référence générale au « constituant » permet aussi au Conseil constitutionnel de faire appel à une volonté abstraite qui transcende un constituant historiquement situé. C'est le cas, notamment, dans le considérant de principe utilisé par le Conseil pour justifier la participation de la France à l'Union européenne. Le Conseil interprète ainsi les articles du Titre XV de la Constitution, en considérant « que le Constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »<sup>298</sup>. Cette mention permet de faire abstraction des différentes révisions constitutionnelles qui ont modifié, dans une période très courte, le Titre XV de la Constitution et de considérer qu'elles répondent à une même volonté. Ceci démontre que, pour le Conseil, le « constituant » n'est pas forcément synonyme d'un jurislatureur précis dont la volonté serait connaissable grâce à l'étude des travaux préparatoires de la Constitution et de ses révisions.

Cependant, dans d'autres cas, il peut faire une référence explicite aux travaux préparatoires des lois constitutionnelles ou aux travaux qui ont précédé la rédaction de la Constitution de 1958, qu'il qualifie, quand même, de « travaux préparatoires ». Il a ainsi fait appel aux « travaux préparatoires de la Constitution » afin de clarifier le sens de l'article 40 relatif à la possibilité d'opposer l'irrecevabilité aux amendements des parlementaires qui auraient pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique, notamment pour préciser le sens de ce dernier terme<sup>299</sup>, ou pour spécifier le rôle de son contrôle en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée<sup>300</sup>. Dans le premier cas, pour interpréter l'expression

---

<sup>298</sup> Ce considérant de principe apparaît pour la première fois dans la décision 2004-505 DC sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, mais dans cette décision il est fait mention de « l'ordre communautaire » (CC n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173 - JO du 24 novembre 2004, p. 19885, consid. 11). Il fut ensuite repris dans les décisions CC n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec., p. 459, JO du 29 décembre 2007, p. 21813, consid. 7 et CC n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, Rec., p. 453, JO du 11 août 2012, p. 13283, consid. 8.

<sup>299</sup> CC n° 60-11 DC du 20 janvier 1961, *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non salariés de leur famille*, Rec., p. 29 ; JO du 24 janvier 1961, p. 982 ; consid. 1 et 2.

<sup>300</sup> CC n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7*, Rec., p. 37 ; JO du 22 juillet 1977 ; consid. 2.

« charge publique », il fit appel aux débats du Comité consultatif constitutionnel pour confirmer une interprétation qu'il dégagait de la lettre du décret qui réglait, avant 1958, le mode de présentation du budget. Il compléta les sources de son interprétation par un rapprochement entre les termes de l'article 4 avec ceux d'un projet de loi qui tendait à la révision de l'article 17 de la Constitution de 1946 qui réglait la même matière. Il est possible de constater ici la place secondaire laissée aux travaux préparatoires, qui sont utilisés seulement pour confirmer une interprétation systémique, au même titre que le rapprochement avec les termes d'un projet de révision qui n'avait pas abouti<sup>301</sup>. Ce recours aux travaux préparatoires pour « confirmer » l'interprétation retenue par le Conseil fut contesté par la doctrine. Ainsi, comme le soulignait L. HAMON, ces travaux préparatoires « n'apportent aucune lumière sur ce problème précis. On trouve des indications sur l'expression "ressources publiques", mais aucun élément décisif sur la notion de charge publique »<sup>302</sup>. La mention d'un projet de révision constitutionnelle, aussi surprenante puisqu'il s'agit d'une révision non aboutie, peut être lue, de son côté, comme une façon d'avoir recours à une disposition possédant des « vrais » travaux préparatoires, cette révision ayant fait l'objet d'une procédure parlementaire régulière. De même, cela démontre que, pour le Conseil, le constituant est, avant tout, une abstraction qui transcende les différentes époques et qui donne une unité aux diverses constitutions qui se sont succédé dans le temps. Le recours à la pratique du régime antérieur démontre aussi un souci de renouer avec une tradition constitutionnelle.

Dans ce souci de renouer avec une tradition ou une continuité constitutionnelle, le Conseil peut aussi avoir recours aux travaux préparatoires de la Constitution de 1946, notamment pour faire le lien entre des dispositions au contenu similaire, comme l'article 1<sup>er</sup> des deux Constitutions. Confronté à une disposition du droit local en Alsace Moselle sur le traitement des pasteurs des églises consistoriales<sup>303</sup> qui était, du propre aveu du Conseil constitutionnel, contraire au principe de laïcité consacré par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1946 et de celle de 1958, le juge constitutionnel devait trouver une norme de valeur constitutionnelle pouvant justifier le maintien d'une législation locale dérogatoire. Mais,

---

<sup>301</sup> « Considérant que l'expression "charge publique" doit être entendue comme englobant, outre les charges de l'État, toutes celles antérieurement visées par l'article 10 du décret du 19 juin 1956 sur le mode de présentation du budget de l'État et, en particulier, celles des divers régimes d'assistance et de Sécurité sociale ; que cette interprétation est confirmée tant par les débats du Comité consultatif constitutionnel que par le rapprochement entre les termes de l'article 40 précité et ceux du projet de loi déposé le 16 janvier 1958 qui tendaient à la révision de l'article 17 de la Constitution du 27 octobre 1946 » (CC n° 60-11 DC, précitée, consid. 2).

<sup>302</sup> Cité par L. FAVOREU, L. PHILIPPE (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 13<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 126.

<sup>303</sup> Il s'agissait de l'article VII des articles organiques des cultes protestants de la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation des cultes, maintenue en vigueur dans les trois départements de l'Est.

contrairement à la spécialité législative de certaines collectivités d'outre mer, l'existence du droit local en Alsace-Moselle n'était pas rattachable à une norme écrite de la Constitution. Le Conseil devait donc faire appel à une autre solution pour éviter une censure aux lourdes conséquences politiques. Il se tourna alors vers un argument d'autorité pour justifier le maintien de la subvention des cultes : l'interprétation historique de la Constitution dans son ensemble par l'appel à la volonté du constituant de 1958 et de 1946<sup>304</sup>. Le Conseil fit donc appel aux travaux préparatoires des deux constitutions afin de dégager la volonté du constituant et considérer que ce dernier n'avait pas voulu remettre en cause la spécificité du droit cultuel alsacien-mosellan.

Toutefois, le Conseil ne fit, ni dans la décision, ni dans le dossier documentaire l'accompagnant, une référence concrète aux travaux préparatoires à l'appui de son interprétation<sup>305</sup>. En effet, lors des débats de l'Assemblée constituante de 1946 ou lors de la rédaction de la Constitution de 1958, aucune mention ne fut faite de l'Alsace-Moselle pendant la discussion de l'article 1<sup>er</sup>. Si certains parlementaires avaient fait allusion à la situation des départements de l'Est lors de la discussion en commission sur l'enseignement laïc dans le cadre de l'examen du Préambule de 1946<sup>306</sup>, ces mentions éparses et contradictoires n'étaient pas suffisantes pour constituer des indices sur la volonté du constituant. La mention de la volonté du constituant est, dans ce cas, avant tout un argument d'autorité, mobilisé de façon opportuniste et sans fondements ni juridiques ni factuels, à défaut de trouver une meilleure explication pour justifier une position<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> « Considérant, toutefois, qu'il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1er que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une « République. . . laïque », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte ». (CC n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, Rec. [à paraître], *JO* du 23 février 2013, p. 3110 ; *JCP* 2013 n° 15 p. 730, note MACAYA et VERPEAUX).

<sup>305</sup> Dans le commentaire autorisé la seule mention expresse à des travaux préparatoires renvoie aux travaux de la première assemblée constituante, dont le texte fut rejeté par référendum. Pour ce qui est de la Constitution de 1958, le commentaire fait un renvoi au débat général sur le principe de laïcité, cependant le problème concret du maintien du concordat ne fut pas discuté durant les travaux qui menèrent à la rédaction de la Constitution de 1958 (voir le texte à l'adresse [[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank/download/2012297QPCccc\\_297qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank/download/2012297QPCccc_297qpc.pdf)])

<sup>306</sup> SECONDE ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE (1946), Commission de la Constitution, Séance du jeudi 8 août 1946.

<sup>307</sup> Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans cette décision et notamment l'appel aux constituants fut amplement critiqué par la doctrine. Le professeur F. LAFFAILLE ironise sur l'argumentation du Conseil, la résumant par la phrase : « Puisque la Constitution est muette, que parlent les morts en leurs (maigres) débats ! » (F. LAFFAILLE, « La neutralisation du principe de laïcité au profit du droit cultuel alsacien mosellan . - À propos



Difficilement saisissable, la volonté du constituant historique se transforme en un argument d'opportunité au lieu d'être une véritable technique d'interprétation. Placé au sein d'une politique jurisprudentielle qui favorise plutôt une approche évolutive, le recours à l'histoire de la norme est donc une technique subsidiaire, dont l'utilisation est aléatoire et même, dans certains, juridiquement infondée.

## (II) L'interprétation historique comme méthode complémentaire d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

D'après l'article 32 de la CEDH, la Cour est compétente pour toutes les questions concernant l'interprétation de la Convention. Si les juridictions nationales sont les juges de droit commun de la Convention, seule la Cour a été investie de façon expresse par les auteurs du traité pour l'interpréter par le biais d'une décision obligatoire et définitive. Ainsi, elle peut être considérée comme l'interprète authentique de la Convention<sup>308</sup>. L'étude de la méthode herméneutique suivie par la Cour européenne est facilitée par le fait, qu'en général, elle explicite la méthode employée dans le corps de la décision, et ce choix peut faire l'objet d'approfondissements dans les opinions individuelles<sup>309</sup>.

De nombreux facteurs ont une influence sur le choix de la méthode d'interprétation de la CEDH et, à l'instar des juridictions internes, la Cour de Strasbourg ne se contraint pas à l'utilisation d'une seule méthode dans sa jurisprudence (A). Toutefois, la Cour semble favoriser une approche évolutive de la Convention. Cette approche est souvent l'objet de critiques, notamment par ceux qui défendent une conception classique de la souveraineté des États membres. Pour faire face à cette critique et combler l'éventuel déficit de légitimité de sa démarche, la Cour fait appel aux travaux préparatoires et aux intentions des États signataires au moment de la rédaction de la Convention pour justifier son approche constructive en vue d'un développement de la protection des droits de l'homme (B). De même, le recours aux travaux préparatoires est mobilisé par la Cour comme un outil subsidiaire d'interprétation à

---

d'une décision... dénuée de fondements juridiques pertinents (« Vu la Constitution et notamment Raymond Janot »), *JCP*, n°16, 2013, p. 2108).

<sup>308</sup> F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'Office du juge. Actes du colloque*, Sénat, 29-30 septembre 2006, p. 224.

<sup>309</sup> F. OST, « The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights », in M. DELMAS-MARTY (éd.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Dordrecht : M. Nijhoff / Kluwer, Coll. International Studies in Human Rights, p. 285.

l'appui de sa démarche téléologique et évolutive et, même, comme un mécanisme d'autolimitation afin d'éviter de se convertir en une cour législative (C).

*(A) La diversité des méthodes d'interprétation utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme*

Le caractère particulier de la Convention prédispose le choix des méthodes d'interprétation mobilisées pour son application. La CEDH est, tout d'abord, un traité international, un instrument pour lequel des directives en matière d'interprétation ont été codifiées notamment par la Convention de Vienne sur les droits des traités (1969)<sup>310</sup>. Même si cet instrument est postérieur à la CEDH et que, en vertu de son article 4<sup>311</sup>, il n'est pas d'application rétroactive, les règles qu'il consacre peuvent être considérées comme préexistantes et s'appliquant à la CEDH en vertu d'un droit coutumier international<sup>312</sup>. La Cour n'hésite donc pas à faire référence à cet instrument dans sa jurisprudence. Par exemple, dans un arrêt antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne, qui portait principalement sur l'interprétation de l'article 6 de la CEDH, afin de déterminer si cet article reconnaissait, en outre, un droit d'accès aux tribunaux à toute personne désireuse d'introduire une action civile, la Cour considéra :

« Les thèses présentées à la Cour ont porté d'abord sur la méthode à suivre pour l'interprétation de la Convention et en particulier de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru. A ce titre, ils entrent en ligne de compte pour l'interprétation de la Convention européenne sous réserve, le cas échéant, de "toute règle pertinente de l'organisation" au sein de laquelle elle a été adoptée, le Conseil de l'Europe (article 5 de la Convention de Vienne) »<sup>313</sup>.

Les principes énoncés par la Convention de Vienne en matière d'interprétation des traités sont donc pris en compte par le juge de Strasbourg. Parmi ces principes d'interprétation, l'article 32 de la Convention prévoit le recours aux travaux préparatoires comme moyen complémentaire d'interprétation.

---

<sup>310</sup> Convention sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969 (NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980, conformément au § 1 de l'article 84).

<sup>311</sup> « Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans la présente Convention auxquelles les traités seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des États après son entrée en vigueur à l'égard de ces États ».

<sup>312</sup> V. H.W. BRIGGS, « United States ratification of the Vienna Treaty Convention », *American Journal of International Law*, n° 3, Vol. 73, 1979, p. 471-472.

<sup>313</sup> Cour EDH, plénière, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 29.

Mais, si la CEDH est certes un traité international au sens de la Convention de Vienne, elle a toutefois une nature particulière<sup>314</sup>. En sa qualité d'instrument de protection de droits de l'homme, créant des droits pour les citoyens, elle implique une adaptation des règles générales d'interprétation des traités internationaux. En effet, à la différence des traités-contrats, « dans un traité-loi comme la Convention européenne, l'intention des parties contractantes est moins d'établir des droits et des obligations subjectifs réciproques mais plutôt de créer des droits objectifs et des obligations correspondantes, ce qui a une influence indéniable sur l'interprétation d'un traité de cette sorte »<sup>315</sup>. De même, la CEDH a vocation à s'appliquer dans tous les pays membres du Conseil de l'Europe, qui actuellement regroupe quarante sept États aux traditions juridiques très différentes, issues tantôt du *common law*, tantôt du droit continental. La composition de la Cour reflète aussi cette diversité, chaque État signataire étant représenté par un magistrat. Les différentes écoles juridiques qui caractérisent le droit des États européens se trouvent alors représentées à Strasbourg<sup>316</sup>, ce qui peut expliquer le recours à différentes approches et méthodes d'interprétation.

Dans son arrêt *Hirsi Jamaa c. Italie* la Cour résuma les différentes méthodes d'interprétation mobilisées dans sa jurisprudence :

« En application de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour doit établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés. Elle doit tenir compte du fait que la disposition en question fait partie d'un traité pour la protection effective des droits de l'homme, et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions. La Cour doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes. La Cour peut aussi faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires de la Convention, soit pour confirmer un sens déterminé conformément aux méthodes évoquées plus haut, soit pour en clarifier le sens lorsqu'il serait autrement ambigu, obscur ou manifestement absurde et déraisonnable (article 32 de la Convention de Vienne)»<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Sur la nature de la Convention, la Cour a souligné le caractère spécifique de cet instrument qui se distingue des traités internationaux classiques, considérant qu' « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective » (Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, § 239).

<sup>315</sup> F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, 1998, p. 20. Ainsi la Cour a considéré que « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties ». (Cour EDH, Chambre, 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, req. n° 2122/64, § 8).

<sup>316</sup> F. MATSCHER, *op. cit.*, p. 17.

<sup>317</sup> Cour EDH, 23 janvier 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09, § 71.

L'ancien juge chypriote L. LOUCAIDES, essaya donc de compiler les différentes méthodes d'interprétation mobilisées par la Cour. Il énuméra le recours au contexte général de la Convention, ainsi qu'à son objet et son but ; les règles générales d'interprétation en droit international, notamment celles contenues dans la Convention de Vienne ; le recours au pragmatisme dans l'interprétation textuelle ; l'interprétation extensive des obligations et des droits ; le recours aux travaux préparatoires comme méthode complémentaire d'interprétation ; la prise en compte d'autres instruments internationaux qui contiennent des dispositions similaires à celles de la CEDH ; la prise en compte de la pratique étatique interne et, finalement, la règle selon laquelle la Convention doit être interprétée à la lumière des conditions actuelles<sup>318</sup>.

C'est avant tout cette dernière méthode, qualifiée par la doctrine d'interprétation évolutive, dynamique ou même consensuelle<sup>319</sup> qui est la plus utilisée par la Cour dans sa jurisprudence. La nature de la CEDH peut aussi expliquer la prééminence de cette méthode. Tout d'abord, s'agissant d'un traité international, l'absence d'un organe permanent qui permette une révision rapide du texte de la Convention motive le juge à réaliser une interprétation constructive, à défaut de pouvoir modifier le texte de l'instrument. En outre, le recours fréquent à des notions vagues<sup>320</sup> dans la rédaction d'un instrument multilatéral, laisse aussi une place plus importante à l'interprétation. De plus, pour une partie de la doctrine et des juges de la Cour, le recours à ce type d'interprétation s'impose en vertu du principe du développement des droits de l'homme découlant Préambule de la Convention<sup>321</sup>. La Cour a explicitement fait référence à cette méthode d'interprétation pour la première fois, en 1978, dans son arrêt *Tyler*, en rappelant que « la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine »<sup>322</sup>. La Cour développa cette conception de la CEDH comme un instrument vivant dans sa jurisprudence postérieure, privilégiant les méthodes d'interprétation qui permettent une adaptation du texte aux besoins

---

<sup>318</sup> L. G. LOUCAIDES, *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden / Boston: Martinus Nijhoff, 2007, p. 15-16.

<sup>319</sup> Pour le professeur L.R. HELFER, l'interprétation consensuelle est un synonyme de l'interprétation évolutive (« Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », *Cornell International Journal*, n° 1, Vol, 26, 1993, p. 133-165).

<sup>320</sup> V. M. MELCHIOR, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme » in F. MATSCHER, H. PETZOLD (dir.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne : mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne : C. Heymann, 1988, p. 411-419.

<sup>321</sup> F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle [...] », *op. cit.*, p. 24.

<sup>322</sup> Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyler c. Royaume Uni*, req. n° 5856/72, § 31.

contemporains de protection de droits de l'homme. Ainsi, le renvoi explicite à cette méthode d'interprétation est désormais systématique depuis l'arrêt *Stafford* de 2002<sup>323</sup>.

Dans ce contexte, le recours à la méthode historique et notamment l'appel aux travaux préparatoires comme preuve de la volonté des rédacteurs en tant que méthode principale semble peu adaptée à l'interprétation d'un instrument comme la CEDH. En effet, les rédacteurs de la Convention ne représentent qu'une minorité des États qui composent actuellement le Conseil de l'Europe<sup>324</sup>. Une interprétation évolutive de la CEDH s'avère donc nécessaire pour assurer son efficacité et effectivité<sup>325</sup>. Assurément, l'application stricte de la lettre et de l'intention des rédacteurs d'une convention écrite il y a plus de soixante ans et dans un langage rudimentaire en termes de droits de l'homme, compte tenu de l'état d'avancement de la discipline à l'époque, convertirait la CEDH en un instrument de stagnation<sup>326</sup>. Toutefois, le recours aux méthodes d'interprétation évolutive par la Cour ne fut pas accepté de façon unanime. Par conséquent, ce choix a dû faire l'objet d'une justification qui, paradoxalement, passa par l'appel à la volonté des rédacteurs.

### *(B) La volonté des rédacteurs, justification du choix d'une méthode d'interprétation*

À l'origine, le recours à l'interprétation évolutive fut critiqué par une partie de la doctrine et des juges de la Cour, qui ne tardèrent pas à exprimer leur méfiance envers cette méthode extensive dans des opinions séparées. En particulier, la critique se centrait sur le fait que ce type d'interprétation heurtait les conceptions classiques propres à l'application d'un instrument de droit international, puisqu'il conduisait à mettre à la charge des États des obligations qu'ils n'avaient pas forcément acceptées au moment de la ratification de l'instrument<sup>327</sup>. Ceci soulevait aussi le problème de la légitimité démocratique d'un

---

<sup>323</sup> Cour EDH, Grande chambre, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume Uni*, req. n° 46296/99, § 68. V. aussi F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris : PUF, Coll. Classiques, 11<sup>e</sup> éd., 2012, p. 249, § 160.

<sup>324</sup> On peut ainsi se demander « pourquoi les travaux préparatoires doivent être pris en compte et non pas, par exemple, l'interprétation des nouveaux États membres – qui forment maintenant la majorité – soit au moment de leur adhésion ou même actuellement ? ». (G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford/New York : Oxford University Press, 2007, p. 72).

<sup>325</sup> Ainsi l'explique le professeur F. SUDRE : « Le souci de conférer au système de sauvegarde et aux droits garantis une véritable effectivité est au fondement de la démarche du juge européen [...] Cette exigence conduit le juge européen dans la voie d'une interprétation "dynamique" de la Convention, afin de donner tout son effet utile aux dispositions normatives de la Convention ». (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *loc. cit.*).

<sup>326</sup> C. ROZAKIS, « The European Judge as Comparatist », *Tulane Law Review*, n° 1, Vol. 80, 2005, p. 260-261.

<sup>327</sup> F. RIGAUD, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention des droits de l'homme*, *op. cit.* p. 42.

déplacement de la fonction législative des États signataires vers le juge<sup>328</sup>. Le manque de prévisibilité et la conséquente insécurité quant à l'étendue des devoirs des États signataires face à une interprétation évolutive, fut aussi avancée par ceux qui s'opposaient à une trop grande liberté dans l'interprétation juridictionnelle. Des arguments en faveur d'une interprétation plus restrictive et respectueuse la volonté des « Pères fondateurs » de la CEDH furent alors avancés pour limiter les risques d'une interprétation trop créative. Un des principaux critiques de la méthode évolutive fut le juge FITZMAURICE qui, dans son opinion séparée sur l'arrêt *Golder*, s'interrogea sur ce « qu'on peut légitimement faire par voie d'interprétation d'un traité international, en restant dans les limites d'un processus authentique d'interprétation et sans s'aventurer dans le domaine de ce qui frise peut-être la législation jurisprudentielle »<sup>329</sup>. Il plaida en faveur d'une interprétation respectueuse de la liberté d'action des États signataires et des compromis souscrits souverainement par ces derniers.

Se transpose alors dans le domaine de l'interprétation de la CEDH le débat déjà évoqué à propos de la Constitution américaine entre les partisans d'une interprétation évolutive ou vivante et ceux qui s'attachent à l'intention originelle des auteurs du texte normatif. Les tenants de cette dernière la justifiaient, par une sorte de mise en abyme, en faisant appel à la volonté des rédacteurs de la Convention. Ils affirmaient que les travaux préparatoires mettaient en évidence que la volonté des États fondateurs était uniquement de garantir un ensemble de droits et libertés déjà protégés par les États contractants afin d'éviter un retour en arrière dans la barbarie fasciste. La Convention était alors restreinte à une sorte de charte « anti-nazi et anti-stalinienne »<sup>330</sup>, un « moyen de lutte contre les menaces du fascisme et du communisme sans trop gêner les États démocratiques »<sup>331</sup>.

Toutefois, si cette position correspondait bien à l'attitude de certains États signataires à l'époque de leur ratification, il était difficile de l'étendre à l'ensemble des pays signataires de la Convention. L'idée générale qui pouvait se dégager des travaux préparatoires était certes

---

<sup>328</sup> Cette critique se maintient encore de nos jours et est renforcée par la politique jurisprudentielle de la Cour, jugée de plus en plus créative, marquée par une démarche discrétionnaire du juge (v. sur ce point F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCP G*, 11 juillet 2001, n° 28, p. 1365-1368. Néanmoins, pour cet auteur, cette démarche constructive n'est pas contestable car elle puise sa légitimité de l'article 32 de la Convention par lequel les États ont fait de la Cour le seul interprète autorisé de la Convention et par le Préambule de ce même instrument qui appelle au « développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales »).

<sup>329</sup> Cour EDH, *Golder*, précité, Opinion séparée du juge FITZMAURICE, § 3.

<sup>330</sup> D. NICOL, « Original intent and the European Convention on Human Rights », *Public Law*, 2005, p. 152.

<sup>331</sup> E. WICKS, « The United Kingdom Government's Perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry », *Public law*, 2000, p. 443.

le but d'éviter de répéter les horreurs de la Seconde Guerre mondiale, ainsi que le retour ou l'expansion des régimes fascistes qui s'étaient mis en place en Europe<sup>332</sup>. Mais, à partir de ce tronc commun partagé par tous les États signataires, deux approches différentes étaient soutenues. D'un côté, ceux qui considéraient que la Convention ne devait pas aller au-delà d'une charte antitotalitaire et, de l'autre, ceux qui considéraient que la Charte devait aller au-delà de la simple préservation du *status quo* démocratique. Sans aucun doute, la *cause* et l'*inspiration* pour les rédacteurs de la Convention furent la menace des dictatures fascistes et communistes, mais le *but* de cet instrument ne fit pas l'objet d'un consensus, d'après les travaux préparatoires<sup>333</sup>. Ces derniers peuvent donc servir d'appui pour les deux positions.

En effet, il peut être soutenu que les rédacteurs de la Convention « n'avaient pas uniquement l'intention de protéger les individus contre les menaces qui pesaient sur les droits de l'homme qui étaient alors répandues, ce qu'impliquerait, avec le changement dans la nature des menaces, un déclin graduel de la protection »<sup>334</sup>, mais, au contraire, qu'ils cherchaient à protéger les individus des menaces futures aussi bien que des menaces déjà expérimentées dans le passé. Comme il a été mentionné précédemment, face au manque de consensus sur la question, les travaux préparatoires peuvent tout à fait servir d'appui pour justifier cette approche. Ainsi le résume le juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire *Konstantin Markin c. Russie* :

---

<sup>332</sup> Ainsi le reflète, par exemple, le rapport de P-H. TEITGEN fait au nom de la Commission des Questions juridiques et administratives, présenté lors de la 17<sup>e</sup> séance de la 1<sup>ère</sup> Session de l'Assemblée Consultative, le 7 septembre 1949, où il souligne que « Les démocraties ne deviennent pas en un jour des pays nazis. Le mal progresse sournoisement ; une minorité agissante, comme l'on dit, s'empare des leviers de commande. Une à une, les libertés sont supprimées, secteur par secteur. L'opinion publique, la conscience universelle, la conscience nationale sont asphyxiées. Puis quand, tout est en place, on installe le *Führer* et cette évolution va jusqu'au four crématoire. Il faut intervenir avant qu'il ne soit trop tard. Il faut qu'existe une conscience quelque part, qui sonne l'alerte pour les opinions nationales menacées de cette gangrène progressive, leur montre le péril et leur signale qu'ils s'engagent sur une route qui va très loin, parfois jusqu'à Buchenwald ou Dachau » (CONSEIL DE L'EUROPE, *Recueil des « Travaux préparatoires »*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1975, Vol I. p. 292).

<sup>333</sup> D. NICOL, « Original intent and the European Convention of Human Rights », *op. cit.*, p. 155. Ainsi le résume E. BATES : « Dans sa forme définitive, la Convention qui fut ouverte à signature le 4 novembre 1950 était un instrument ambivalent. D'un côté, elle était vue par la majorité en 1950 comme une sorte de pacte collectif contre le totalitarisme. De l'autre côté, elle avait le potentiel de devenir un *Bill of rights* européen » [In its final form the Convention that was opened for signature on 4 November 1950 was an ambivalent instrument. On the one hand, it was probably seen by most in 1950 as a type of collective pact against totalitarism. On the other hand, it had the potential to evolve into a European Bill of Rights]. (E. BATES, *The Evolution of the European Convention of Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 8).

<sup>334</sup> [They did not intend solely to protect the individual against the threats to the human rights which were then prevalent, with the result that, as the nature of the threats changed, the protection gradually fell away]. (F.G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1975, p. 18).

« S'il ressort des travaux préparatoires à la Convention que la protection des droits civils et politiques dans un continent alors dévasté par la guerre et les graves violations des droits de l'homme qui y furent commises étaient un sujet de préoccupation particulier pour les rédacteurs de cet instrument, tel n'est plus le cas pour les peuples de l'Europe actuelle. La pétrification de la Convention irait non seulement à l'encontre des règles ordinaires d'interprétation des traités, qui confèrent une fonction supplétive aux travaux préparatoires et un rôle prépondérant aux termes, à l'objet et au but des dispositions conventionnelles (article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), mais méconnaîtrait en définitive la véritable intention des Pères fondateurs de la Convention, qui avaient pour ambition d'élaborer un instrument garantissant des droits concrets et effectifs plutôt que formels et illusoire »<sup>335</sup>.

De plus, cette position semble être la position majoritaire parmi les représentants des États signataires. Effectivement, à côté de l'intention *concrète* des rédacteurs de protéger une liste de droits tels qu'ils étaient conçus il y a plus de soixante ans, il est possible de dégager une intention *abstraite* de protéger, en général, les droits fondamentaux des individus. Les rédacteurs avaient ainsi une idée concrète de ce qu'étaient les droits de l'homme qu'ils énuméraient dans la Convention, mais ils avaient, aussi, une intention plus abstraite liée à une conception des droits de l'homme tendant à l'objectivité et l'universalité, qui évoluerait avec les changements des sociétés<sup>336</sup>. C'est cette volonté abstraite qui est considérée comme le *but* de la Convention et qui permet de justifier, aux yeux de la Cour, le recours à une lecture évolutive des droits qui ont été définis dans les années 1950<sup>337</sup>. Eu égard à cette justification, l'interprétation évolutive peut donc être considérée comme une sorte d'interprétation téléologique. La Cour considère ainsi « que toute interprétation des droits et libertés énumérés doit se concilier avec l'esprit général [de la Convention], destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »<sup>338</sup>. La méthode suivie par la Cour est alors assez proche de la *purposive interpretation* préconisée par le président de la Cour suprême israélienne A. BARAK<sup>339</sup>. En effet, il est possible de retrouver ici une conciliation entre l'intention des auteurs de la Convention et l'intention de l'auteur raisonnable qui cherche à perpétuer les valeurs fondamentales du système juridique, à savoir la préservation d'une société démocratique. Le recours à la volonté des rédacteurs est ainsi

---

<sup>335</sup> Cour EDH, Grande chambre, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE.

<sup>336</sup> G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>337</sup> Dans son opinion concordante dans l'affaire *Lehideux et Isorni c. France*, le juge JAMBREK reprit ainsi l'idée selon laquelle « La Convention européenne a été élaborée pour apporter une réponse aux régimes totalitaires qui avaient été mis en place partout dans le monde, et notamment en Europe, avant et pendant la Seconde Guerre mondiale », pour considérer que cet objectif initial vaut aussi « pour les dangers plus récents qui menacent les principes de démocratie et d'état de droit ». (Cour EDH, Grande chambre, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. n° 24662/94, opinion concordante du juge JAMBREK).

<sup>338</sup> Cour EDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n°s 5095/71; 5920/72; 5926/72, § 53.

<sup>339</sup> A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, *op. cit.*



mobilisée pour déterminer l'« interprétation fondatrice »<sup>340</sup>, c'est-à-dire celle qui détermine la conception interprétative fondamentale, l'objectif des différentes méthodes d'interprétation qui seront utilisées au cas par cas.

*(C) Le recours discret aux travaux préparatoires comme instrument complémentaire d'interprétation de la CEDH*

Les travaux préparatoires et l'intention des rédacteurs de la Convention peuvent être utilisés par les parties dans leur argumentation. Pour les États défendeurs, en particulier, le recours à l'intention des Pères fondateurs est un moyen de s'opposer à une interprétation extensive de ses obligations. Par exemple, dans l'affaire *Young, James and Webster* concernant le problème des « *closed shops* »<sup>341</sup> au Royaume Uni, la Cour se pencha sur l'interprétation de l'article 11 de la CEDH pour savoir si ce dernier garantissait non seulement la liberté positive d'association, y compris le droit de fonder des syndicats ou de s'y affilier, mais aussi, de manière implicite, un « droit négatif » de ne pas être obligé d'adhérer à une association ou un syndicat. Le gouvernement britannique, dans ses observations, alléguait que ce droit avait été écarté à dessein de la Convention, citant à l'appui un rapport de la Conférence des hauts fonctionnaires durant les travaux préparatoires<sup>342</sup>. Toutefois, la Cour décida d'écarter cet argument pour conclure que l'adhésion forcée à un syndicat dans le cadre d'un accord de « *closed shop* » était contraire à la *substance* même de l'article 11 de la Convention. L'interprétation téléologique fut ainsi préférée à l'interprétation historique.

La Cour, de son côté, peut aussi avoir recours aux travaux préparatoires des législations nationales dans la motivation principale de sa décision. Si elle n'a pas la possibilité de censurer une législation interne qui serait incompatible avec la Convention, car le contentieux devant la Cour est à caractère subjectif, elle peut néanmoins examiner si cette législation est à l'origine d'un manquement aux obligations conventionnelles par l'État signataire et porte atteinte à un droit subjectif dans le cas d'espèce. Dans le cadre de cet

---

<sup>340</sup> F. OST, « The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 301.

<sup>341</sup> Les accords de « *closed shops* » sont des accords passés entre des employeurs et une organisation syndicale, aux termes desquels les employeurs s'engagent à n'embaucher que la main-d'œuvre syndiquée ou, de façon plus restrictive, seule la main d'œuvre représentée par le syndicat. La conséquence est l'obligation pour les individus de s'affilier à cette organisation pour pouvoir accéder à une catégorie d'emplois et pouvoir maintenir son contrat de travail.

<sup>342</sup> « En raison des difficultés que pourrait poser, à cet égard, le système du "*closed shop*", introduit dans certains pays, la Conférence a jugé inopportun d'introduire dans la Convention la règle d'après laquelle "nul ne peut être obligé de faire partie d'une association", figurant [à l'article 20 par. 2 de] la Déclaration Universelle des Nations Unies." (rapport de la Conférence de hauts fonctionnaires, 19 juin 1950, Recueil des travaux préparatoires, vol. IV, p. 263) » (Cour EDH, plénière, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n<sup>os</sup> 7601/76 et 7806/77, § 51).

examen, elle peut avoir recours aux travaux préparatoires de la loi pour analyser leur portée et clarifier certains aspects de la législation<sup>343</sup>, faisant même un compte rendu détaillé de ceux-ci dans le corps de la décision<sup>344</sup>.

Par rapport à l'interprétation de la Convention, suivant une démarche similaire à celle du juge interne, la Cour de Strasbourg considère que le recours aux travaux préparatoires ne se justifie que face à un texte obscur. Elle a ainsi souligné, dès ses premiers arrêts, que face à un texte clair dont il ressort qu'il est en harmonie avec la Convention, elle n'a pas, « eu égard à un principe d'interprétation généralement reconnu, à recourir aux travaux préparatoires »<sup>345</sup>. En revanche, face à un texte qui fait l'objet de controverses, « la Cour estime adéquat de recourir aux travaux préparatoires comme moyen complémentaire d'interprétation »<sup>346</sup>. Toutefois, ce recours aux origines de la Convention est considéré comme une méthode subsidiaire à la méthode évolutive, la Cour souligne ainsi que « l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, écart[ent] ainsi la prise en compte excessive de l'interprétation historique »<sup>347</sup>.

Le recours subsidiaire aux travaux préparatoires peut obéir à différents objectifs herméneutiques. Par exemple, il peut justifier l'emploi d'une approche évolutive, en réfutant une interprétation restrictive proposée par une des parties. Par exemple, dans l'affaire *Kudla c. Pologne*, le Gouvernement soutenait que l'article 13 de la Convention, relatif au droit à un

---

<sup>343</sup> Par exemple, elle peut faire référence aux travaux préparatoires d'une législation nationale, en se fondant sur les preuves apportées par les parties, pour essayer de définir un terme litigieux, tel le terme « image pornographique » dans l'affaire *Söderman c. Suède* (Cour EDH, Grande chambre, 12 novembre 2013, req. n° 5786/08, § 95) ou pour examiner la portée d'une mesure comme l'internement d'office afin de considérer, d'après les travaux préparatoires, qu'elle implique l'autorisation de traitement même contre la volonté du patient (Cour EDH, 3 juillet 2012, *X c. Finlande*, req. n° 34806/04, § 218).

<sup>344</sup> Par exemple, dans l'affaire *Bellet c. France* concernant la possibilité des victimes de l'affaire du sang contaminé d'engager des procédures juridictionnelles pour faire reconnaître la responsabilité de l'État, la Cour examina en détail les travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 1991 sur l'indemnisation de ces victimes tantôt devant l'Assemblée nationale, tantôt le Sénat, pour savoir si l'acceptation de cette indemnisation devait s'analyser comme une transaction fermant la porte à toute action en justice postérieure (Cour EDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, § 18 à 20).

<sup>345</sup> Cour EDH, Chambre, 1<sup>er</sup> juillet 1961, *Lawless c. Irlande*, req. n° 332/57, § 14.

<sup>346</sup> Cour EDH, Plénière, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume Uni*, req. n° 8793/79, § 64, par rapport à l'article 1 du Protocole 1 de la CEDH.

<sup>347</sup> Cour EDH, 13 décembre 2007, *Emonet et autres c. Suisse*, req. n° 39051/03, § 83. Par exemple, dans l'affaire *Bankovic* qui concernait l'interprétation de la compétence de la Cour pour connaître des bombardements réalisés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie par l'OTAN, organisation intégrée, en partie, par plusieurs États signataires de la CEDH, la Cour, tout en visant les articles 31 et 32 de la Convention, considéra qu'elle pouvait trouver une confirmation claire de la conception essentiellement territoriale de la juridiction des États dans les travaux préparatoires de la Convention, toutefois elle insiste sur le point « qu'elle n'interprète pas la disposition en cause "uniquement" en conformité avec les travaux préparatoires et qu'elle ne juge pas ceux-ci "déterminants" ; elle voit plutôt dans les travaux préparatoires une confirmation non équivoque du sens ordinaire de l'article 1 de la Convention tel qu'elle l'a déjà identifié ». (Cour EDH, Grande chambre, 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, décision sur la recevabilité, req. n° 52207/99, § 65).

recours effectif, était inapplicable aux cas où le grief du requérant concernant la durée de la procédure avait été examiné sur le terrain de l'article 6 § 1 relatif au droit à un procès équitable. La Cour opéra alors une interprétation textuelle de l'article 13 qu'elle confirma par le recours aux travaux préparatoires<sup>348</sup> pour réfuter une pareille restriction de l'article 13.

Les travaux préparatoires peuvent aussi aider à dégager l'objectif de la Convention et servir ainsi à une interprétation téléologique. Par exemple, dans l'affaire *Zdanoka c. Lettonie*, la Cour fit référence aux comptes rendus de l'Assemblée consultative pour analyser les raisons qui menèrent les rédacteurs à insérer l'article 17 de la Convention relatif à l'interdiction de l'abus de droit<sup>349</sup>. Ils peuvent aussi clarifier la portée et l'importance d'une réserve ou d'une exception mise en place par la Convention, par exemple, la réserve faite par le second paragraphe de l'article 1 du Protocole n°1 qui permet aux États de prendre des mesures pour assurer le paiement des impôts<sup>350</sup> ou l'exception mise en place par le paragraphe 2 de l'article 7 au principe *nulle poena sine lege*, pour permettre d'exclure les lois qui ont été adoptées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi après la Seconde Guerre mondiale<sup>351</sup>.

Les travaux préparatoires sont aussi utilisés pour limiter la portée d'une disposition. En effet, si la Cour défend une conception évolutive de la Convention, elle affirme, toutefois,

---

<sup>348</sup> « La Cour ne décèle rien dans la lettre de l'article 13 dont on puisse dégager un principe en vertu duquel il ne serait possible d'appliquer l'article 13 à aucun des aspects du « droit à un tribunal » consacré par l'article 6 § 1. De même, rien dans les travaux préparatoires de la Convention ne va dans le sens de pareille limitation de la portée de l'article 13 ». (Cour EDH, Grande chambre, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, § 151). De même, *mutatis mutandis*, Cour EHD, plénière, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n° 9267/81, § 48 par rapport à l'interprétation de l'article 3 du Protocole n° 1.

<sup>349</sup> Cour EDH, 17 juin 2004, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n° 58278/00, § 79.

<sup>350</sup> La Cour considéra ainsi que « L'importance attachée par les auteurs de la Convention à cet aspect du second paragraphe de l'article 1 (P1-1) transparait du fait qu'à un stade auquel le texte proposé ne contenait pas semblable référence explicite aux impôts, il était déjà compris comme réservant aux États le pouvoir d'adopter toutes les lois fiscales jugées par eux souhaitables, pourvu toujours que les mesures dans ce domaine ne s'analysassent pas en une confiscation arbitraire (voir Sir David MAXWELL-FYFE, rapporteur de la Commission des questions juridiques et administratives, deuxième session de l'Assemblée consultative, seizième séance (25 août 1950), *Recueil des travaux préparatoires*, vol. VI, p. 140, commentaires sur le texte de l'article 10A proposé, ibidem, p. 68) ». (Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, req. n° 15375/89, § 59. Ce considérant est repris dans d'autres décisions postérieures, dont Cour EDH, 23 janvier 2014, *East/West Alliance Limited c. Ukraine*, req. n° 19336/04, § 192 [en anglais]).

<sup>351</sup> La Commission soulignait « qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention que le paragraphe 2, précité, de l'article 7 a pour but de préciser que cet article n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui se sont produites à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, ont été passées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi et ne vise à aucune condamnation juridique de ces lois ». Cette interprétation a été postérieurement reprise par la Cour notamment dans des affaires ayant trait avec des faits survenus avant l'entrée en vigueur de la Convention, en lien avec la Seconde Guerre mondiale (Commission EDH, déc. de recevabilité, 20 juillet 1957, *X c. Belgique*, req. n° 268/57). Cette interprétation a été postérieurement reprise par la Cour notamment dans des affaires ayant trait avec des faits survenus avant l'entrée en vigueur de la Convention, en lien avec la Seconde Guerre mondiale. (V. notamment Cour EDH, Grande chambre, 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376/04, § 186).

que cette dernière ne peut pas servir à dégager un droit qui n'avait pas été inséré au départ<sup>352</sup>. Ainsi, malgré le précédent de l'affaire *Young, James et Webster* précitée, la Cour rejeta une interprétation extensive de l'article 12 de la CEDH. Analysant une requête présentée contre l'Irlande du fait de l'interdiction de la dissolution des mariages contenue dans sa Constitution, la Cour fit appel aux travaux préparatoires de cet article pour considérer que les rédacteurs n'avaient aucune intention d'englober une quelconque garantie du droit à la dissolution du mariage. Malgré le fait que les requérants insistèrent sur l'évolution sociale postérieure par rapport au divorce, la Cour considéra que « la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit, comme ici, d'une omission délibérée »<sup>353</sup>. Elle conclut qu'il n'était pas possible de déduire de l'article 12 un droit de divorcer. Dans ce cas, la Cour ne considéra pas que le droit de divorcer était consubstantiel au droit au mariage.

Le renvoi aux travaux préparatoires peut donc être compatible et, plus encore, justifier l'approche évolutive à l'interprétation de la CEDH préconisée par la Cour de Strasbourg. Ancrée dans la coutume internationale et bénéficiant du prestige de l'appel aux « Pères fondateurs » du Conseil de l'Europe et du système de protection des droits de l'Homme mis en place pour faire face aux conséquences de la Seconde Guerre mondiale, la méthode historique permet ainsi de légitimer la conception extensive de la CEDH souvent critiquée par sa potentielle atteinte à la souveraineté des États signataires<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>353</sup> Cour EDH, Plénière, 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, req. n° 9697/82, § 53. Ce même raisonnement avait déjà été avancé par le juge GERSING dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark* à propos de l'article 8 de la Convention, où il avait considéré « Certes, il faut se garder d'attacher trop d'importance à l'intention sous-jacente à une disposition vieille de plus de trente ans si une évolution sociale et culturelle ultérieure justifie une interprétation plus large de ses termes à l'intérieur de leurs bornes linguistiques; cependant, l'écart entre l'intention originelle et l'application de l'article (art. 8) par la majorité me paraît tel que l'on ne peut guère, semble-t-il, négliger complètement en l'occurrence les travaux préparatoires ». (Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, opinion concordante du juge GERSING).

<sup>354</sup> Sur ce point v. la thèse de B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : LGDJ, Coll. des Thèses Fondation Varenne, 2009, spécialement p. 402 et ss.

## ***§ 2. La place subsidiaire du recours au contexte historique pour l'interprétation de la norme***

Le recours au passé pour l'interprétation de la norme ne se restreint pas à l'utilisation de son histoire législative. Le juge peut aussi faire appel plus largement au contexte historique de son élaboration, aux circonstances historiques, politiques et culturelles qui ont entouré son adoption pour permettre son interprétation et son éventuelle application au cas d'espèce. Cette contextualisation historique de la norme peut être utilisée comme un outil en appui de plusieurs méthodes d'interprétation. Elle peut ainsi donner des éléments supplémentaires afin de connaître la volonté de l'auteur dans le cadre d'une interprétation historique ou génétique, elle peut informer le juge du but recherché dans le cadre d'une interprétation téléologique et, surtout, elle peut servir comme point de départ pour mesurer les changements de circonstances motivant une interprétation évolutive.

Le juge interne fait un usage fréquent de cet outil d'interprétation soit pour interpréter des lois, soit pour faire face au caractère historiquement composite de la Constitution comme norme de référence (I). De son côté, si la CEDH est une norme particulièrement marquée par le contexte historique de sa rédaction, la Cour de Strasbourg cherche à dépasser ce contexte afin de mettre en place et justifier une interprétation évolutive (II).

### **(I) La contextualisation historique de la norme à interpréter par le juge administratif et constitutionnel**

L'ordre juridique français a maintenu en vigueur des dispositions très anciennes, datant de plusieurs siècles et trouvant leur origine dans des systèmes institutionnels très divers. En effet, l'instabilité constitutionnelle qui caractérisa l'histoire politique de la France à partir de la Révolution laissa comme héritage une législation trouvant son origine non seulement dans des régimes républicains, mais aussi dans des régimes monarchiques, impériaux, et même autoritaires. L'application de ces normes anciennes et issues de contextes historiques variés pose ainsi le problème du choix de leur méthode d'interprétation. Si, comme il a été examiné dans le paragraphe précédent, le recours à la recherche de la volonté de l'auteur et aux travaux préparatoires peut s'avérer particulièrement délicat et peut conduire à une interprétation conservatrice, voire même réactionnaire, l'analyse du contexte historique de leur rédaction peut donner des clés pour une meilleure compréhension de la norme et être

mobilisée dans le cadre d'une approche vivante de l'interprétation (A). En particulier, la Constitution de la V<sup>e</sup> République, qui contient des dispositions trouvant leur origine dans la Révolution française ou dans le contexte de l'après guerre, pose le problème de l'interprétation d'un texte historiquement composite (B).

*(A) La contextualisation historique de normes anciennes encore en vigueur*

Lors de la discussion de la révision constitutionnelle mettant en place le contrôle *a posteriori*, se posa la question de savoir s'il fallait limiter le corpus de lois pouvant faire l'objet de ce contrôle. En effet, le projet de révision déposé à l'Assemblée nationale proposait d'ouvrir le contrôle *a posteriori* uniquement aux dispositions législatives promulguées postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958<sup>355</sup>. Ce verrou a été supprimé lors de la discussion devant l'Assemblée à l'initiative de la Commission des lois, ainsi la QPC fut ouverte à toutes les dispositions législatives indépendamment de leur date de promulgation ou d'entrée en vigueur. Le juge constitutionnel peut ainsi être confronté à l'examen de la constitutionnalité de normes très anciennes<sup>356</sup>. Il peut donc avoir recours au contexte historique de ces dispositions afin d'éclairer leur interprétation.

D'une façon générale, les documents connexes à la décision, notamment le dossier documentaire mis en place par le service de la documentation du Conseil et le commentaire « autorisé » rédigé par le Secrétaire général, permettent de constater que le juge constitutionnel prend en compte, en amont de son examen, le contexte historique de la majorité des dispositions qui sont soumises à son contrôle, indépendamment de leur ancienneté. C'est ainsi que le commentaire « autorisé » débute presque toujours par un historique de la disposition contestée qui permet de la contextualiser, non seulement par rapport aux antécédents législatifs, mais aussi au contexte historique au sens large, incluant des éléments chronologiques, sociaux et culturels, qui ont entouré l'édiction de la norme ou la naissance de la notion ou institution juridique qui fait l'objet de la norme examinée. À titre d'exemple, lors de l'examen de l'article 16 de l'ordonnance n° 58-1270 qui met en place la

---

<sup>355</sup> Article 26 du projet : «Après l'article 61 de la Constitution, il est ajouté un article 61-1 ainsi rédigé : *Art. 61-1.* – Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, dans les conditions et sous les réserves fixées par une loi organique ».

<sup>356</sup> Par exemple, par la décision CC n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, précitée*, le Conseil se prononça sur la constitutionnalité de l'article VII des articles organiques des cultes protestants de la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802).

condition de bonne moralité pour devenir magistrat, le commentaire autorisé débute par une rubrique intitulée « dispositions contestées et contexte » qui retrace l'origine de cette condition depuis la mise en place des enquêtes de moralité créés par François I<sup>er</sup> dans les années 1540<sup>357</sup>. Par rapport au contexte historique au sens large, l'examen de plusieurs dispositions du droit local alsacien-mosellan et, notamment, de dispositions héritées de l'époque de l'annexion à l'Allemagne, fut l'objet d'une contextualisation historique dans le cadre du commentaire autorisé de la décision n° 2012-285 QPC<sup>358</sup>. Le contexte de la norme analysée se confond ici avec le contexte historique des relations entre la France et l'Empire prussien, ainsi qu'avec le tumultueux destin des départements de l'Est.

La contextualisation de la norme peut aussi apparaître explicitement dans le texte de la décision du Conseil constitutionnel. Par exemple, lors de l'examen de l'article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques concernant les propriétés se trouvant dans la zone des cinquante pas géométriques, le Conseil constitutionnel fit référence, dans le considérant 6 de sa décision, aux antécédents historiques de la législation remontant jusqu'à l'édit de Saint-Germain-en Laye de décembre 1674 afin de comprendre l'origine de la disposition réglementant les propriétés se trouvant dans cette zone<sup>359</sup>.

La contextualisation historique des normes contrôlées par le Conseil constitutionnel obéit à plusieurs objectifs herméneutiques. Il peut recourir au contexte historique de l'édiction de la norme, afin de déterminer le but du législateur. Lors de l'examen des dispositions législatives mettant en place une allocation de reconnaissance pour les harkis et autres membres de formations supplétives ayant participé aux côtés de l'armée française pendant la guerre d'Algérie, le Conseil constitutionnel prit ainsi en compte le contexte historique et, notamment, les conséquences de l'indépendance de l'Algérie sur le statut de ces personnes, afin d'analyser les objectifs poursuivis par le législateur dans la mise en place des allocations<sup>360</sup>. La contextualisation peut aussi servir pour l'interprétation d'un terme de la disposition objet du contrôle. Le contexte historique de la décolonisation et des guerres

---

<sup>357</sup> CC n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012, *Mme Elisabeth B.*, Rec. p. 511, *JO* du 6 octobre 2012, p. 15655, texte du commentaire disponible à l'adresse [[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012278QPCccc\\_278qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012278QPCccc_278qpc.pdf)].

<sup>358</sup> CC n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.*, Rec. p. 613, *JO* du 1<sup>er</sup> décembre 2012 p. 18908, texte du commentaire disponible à l'adresse [[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012285QPCccc\\_285qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012285QPCccc_285qpc.pdf)], qui examine un article du code des professions, qui résulte de la loi d'Empire du 26 juillet 1900 et qui a été maintenu en vigueur par la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

<sup>359</sup> CC n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis de L.*, Rec. p. 102, *JO* du 5 février 2011, p. 2354.

<sup>360</sup> CC n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et vérité*, Rec. p. 96, *JO* du 5 février 2011 p. 2351.

d'indépendance fut ainsi mobilisé pour analyser l'article L. 253 bis du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, afin de considérer les membres de forces supplétives de l'armée française en Afrique du nord comme des anciens combattants « eu égard au caractère spécifique de la guerre d'Algérie ou des combats en Tunisie et au Maroc entre le 1<sup>er</sup> janvier 1952 et le 2 juillet 1962 »<sup>361</sup>.

Le juge administratif a aussi recours à la contextualisation historique de la norme afin d'éclairer son interprétation. Ce procédé peut notamment se retrouver dans les conclusions des rapporteurs publics (anciennement commissaires du gouvernement) qui, quand elles sont suivies par le juge, permettent d'avoir une trace du raisonnement juridique suivi au delà du simple syllogisme présenté dans le texte de l'arrêt. La contextualisation historique est particulièrement présente dans l'interprétation de normes ayant trait aux conséquences de la Seconde Guerre mondiale, notamment en matière de réparations. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Pelletier*<sup>362</sup>, où était analysée la légalité du décret du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites, le commissaire du gouvernement débuta son exposé par une contextualisation historique et juridique du décret attaqué. Dans son rappel historique, le commissaire insista sur le changement d'optique dans les travaux historiques relatifs à Vichy. Il compara alors l'historiographie développée au lendemain de la guerre, qui minorait la responsabilité de l'administration française dans les déportations massives vers les camps d'extermination, avec les développements à partir des années 1970 d'une historiographie qui, à partir de nouvelles sources, permit de faire évoluer le regard sur le régime de Vichy en mettant en évidence le rôle du Gouvernement français dans ces déportations. À la suite de ce changement dans les recherches historiques, les responsables politiques ont aussi modifié leur approche, passant d'une logique d'oubli à une logique de remémoration et de repentance. Le commissaire du gouvernement fit même référence à des « dispositions juridiques visant à traduire en droit positif cette nouvelle lecture de l'histoire de notre pays ». Le décret attaqué dans l'arrêt fut non seulement contextualisé, mais son origine fut insérée dans le cadre même d'une évolution de l'interprétation d'un événement historique par les historiens.

De même, le commissaire du gouvernement peut inviter le juge administratif à prendre en compte l'évolution du contexte historique depuis l'adoption de la disposition à appliquer

---

<sup>361</sup> CC n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène A.*, Rec. p. 167, *JO* du 24 juillet 2010 p. 13729.

<sup>362</sup> S. AUTRY, « La réparation du préjudice subi par les orphelins de déportés juifs : aide ou responsabilité. Conclusions sur CE, Ass., 6 avril 2001, *Pelletier* », *RFDA*, 2001, p. 712.



au cas d'espèce, afin de justifier une interprétation évolutive se séparant du sens originnaire de la disposition. C'est le cas, notamment, des dispositions qui obligeaient les militaires à demander une autorisation préalable pour pouvoir se marier avec un étranger. Confronté à l'examen des refus successifs de l'autorisation demandée par un lieutenant afin de pouvoir épouser une ressortissante éthiopienne, le commissaire du gouvernement invita le juge administratif à prendre en compte l'évolution du contexte historique et sociologique, notamment, celui du déclin accéléré depuis les années 1980 de « l'histoire du contrôle de l'Administration sur le mariage de ses agents »<sup>363</sup>.

Le juge administratif, en tant que juge de la conventionnalité, peut aussi recourir à la contextualisation historique de la norme comme outil d'interprétation d'un traité international. En effet, l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit l'appel aux « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » comme un moyen complémentaire d'interprétation. Face à une affaire concernant une demande d'asile pour une jeune fille dont les parents alléguaient le risque de mutilations sexuelles auxquelles elle serait exposée, dans le cas d'un retour dans son pays d'origine, le juge administratif devait analyser si le fait d'être exposée à des menaces d'excision pouvait caractériser l'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. En effet, dans le cas d'espèce, la Cour nationale du droit d'asile avait considéré que la requérante était trop jeune pour être en état d'exprimer son opposition à la pratique de mutilations sexuelles, ainsi, elle ne pouvait pas être considérée comme faisant partie d'un groupe social déterminé. Cette interprétation, fondée sur le postulat qu'un groupe social, au sens de la Convention de Genève, n'a d'existence possible que pour autant que ses membres revendiquent y appartenir, est considérée comme erronée par le Conseil d'État. Le juge administratif a donc suivi les conclusions de son rapporteur public qui l'invitait à prendre en compte « le contexte historique d'où est directement issue la convention », contexte qui « illustre clairement qu'il n'est nul besoin, pour qu'un groupe soit regardé comme étant en marge de la société, traité comme tel et sujet à ce titre à des persécutions, que ses membres extériorisent, affichent, revendiquent, portent en étendard voire d'ailleurs ressentent simplement une appartenance à une communauté »<sup>364</sup>. En particulier, le rapporteur public rappela l'exemple du port de l'étoile jaune qui fut imposé par le persécuteur durant l'Occupation. Le souvenir de cette pratique

---

<sup>363</sup> C. BERGEAL, « Le contrôle de l'autorisation préalable du mariage d'un militaire avec le ressortissant d'un État étranger. Conclusions sur CE, 15 décembre 2000, *Nerzic* », *RFDA*, 2001, p. 725.

<sup>364</sup> E. CRÉPEY, « Menaces d'excision et qualité de réfugié. Conclusions sur CE, Ass., 21 décembre 2012, *Mlle Khadidja Leila Darbo-Fofana* », *RFDA*, 2013, p. 565.

était très présent au moment de la rédaction de la Convention (1951) et permet de justifier l'interprétation de ce critère.

L'interprétation de la règle applicable au cas d'espèce implique souvent l'examen des précédents jurisprudentiels qui consacrent cette règle. Le droit administratif français est, en effet, souvent caractérisé comme un droit jurisprudentiel. Si l'inflation législative et réglementaire ainsi que l'influence du droit de l'Union européenne obligent à nuancer cette affirmation, il est vrai que de nombreuses règles de droit administratif n'ont d'autre origine que la décision du Conseil d'État qui les a consacrées<sup>365</sup>. La contextualisation de ces précédents est donc parfois mobilisée, soit par les rapporteurs publics, soit par le juge lui-même, afin d'analyser la possibilité d'une évolution et même d'un revirement de jurisprudence.

Un exemple particulièrement parlant est celui de l'évolution de la responsabilité de l'État du fait de la Déportation. En effet, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale le juge administratif fut alors confronté aux conséquences des agissements de « l'autorité de fait se disant “gouvernement de l'État français” »<sup>366</sup>. Dans un premier temps, le juge administratif accepta l'indemnisation des victimes des actes du gouvernement de Vichy<sup>367</sup> appliquant les principes généraux de la responsabilité de la puissance publique aux fautes commises par les agents du régime de Vichy ou par ses auxiliaires<sup>368</sup>. Néanmoins, par une jurisprudence très critiquée à cette époque<sup>369</sup>, à partir des années 1950, le Conseil d'État fit un revirement pour considérer que la responsabilité de l'État ne pouvait pas être engagée, en absence d'une loi explicite, pour les faits commis par le régime de Vichy. En effet, prenant comme fondement la déclaration d'inexistence juridique mise en place par l'ordonnance du 9 août 1944, le Conseil d'État considéra, dès lors, que les actes accomplis par les agents de Vichy ou ses auxiliaires étaient des actes dépourvus de toute base juridique et que, par conséquent, en absence d'un texte législatif, ils ne pouvaient donner lieu à une indemnité ou réparation à la charge de l'État<sup>370</sup>. Toutefois, cinquante ans après, par l'arrêt *Papon*, le Conseil d'État remit

---

<sup>365</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 24<sup>e</sup> éd., 2012, p. 20, § 12.

<sup>366</sup> Cette qualification du régime de Vichy fut celle accordée par l'article 7 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

<sup>367</sup> CE, Ass., 30 janvier 1948, *Toprower, Leb.*, p. 48 pour l'indemnisation des préjudices subis lors d'un internement au camp de Gurs ou CE, 22 février 1950, *Dame Duez, Leb.*, p. 118 pour l'indemnisation d'actes commis par des agents de la milice.

<sup>368</sup> F. DONNAT, « Le Conseil d'État face aux crimes du régime de Vichy », *AJDA*, 2014, p. 115-116.

<sup>369</sup> V. notamment M. WALINE, « Un cas inexplicable d'irresponsabilité de l'État », *RDP*, 1952, p. 187.

<sup>370</sup> CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud, Leb.*, p. 14 et CE, sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise, Leb.*, p. 401.

en question la fiction de la continuité de la République et la remplaça par celle de la continuité de l'État<sup>371</sup>. Le juge administratif, renouant avec la jurisprudence de l'immédiat après-guerre, considéra :

« que si l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental constate expressément la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant "gouvernement de l'État français" qui "établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif", ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ; que, tout au contraire, les dispositions précitées de l'ordonnance ont, en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif »<sup>372</sup>

Ce revirement de jurisprudence s'explique, notamment, par un changement du contexte historique et politique et par un changement de « l'opinion politique dominante »<sup>373</sup>. En effet, la doctrine souligne l'érosion de la fiction gaulliste de l'inexistence de « l'autorité de fait se disant "gouvernement de l'État français" », face aux développements historiographiques. Ce changement de paradigme se traduit politiquement par la reconnaissance de la responsabilité de l'État par le discours du président Jacques CHIRAC au vélodrome d'Hiver le 16 juillet 1995.

Ce contexte historique et politique motiva le Conseil d'État à opérer « une relecture de l'ordonnance de 1944 qui ressemble fort à la réécriture de cette dernière »<sup>374</sup> par les arrêts *Pelletier* et *Papon* précités. L'influence du contexte historique et politique est aussi mentionnée par les commissaires de gouvernement dans leurs conclusions respectives. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Pelletier*, le commissaire du gouvernement S. AUSTRY, en

---

<sup>371</sup> C'est l'argument développé par le professeur M. VERPEAUX dans son article « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, 2003, n° 55, p. 513-526.

<sup>372</sup> CE, Ass., 12 avril 2002, *Papon*, n° 238689, *Leb.*, p. 139.

<sup>373</sup> L'expression a été introduite par P. WEIL dans son article « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1959, p. 281, puis elle a été développée par le professeur D. LOCHAK dans sa thèse sur le rôle politique du Conseil d'État. En effet, elle considère que « la jurisprudence administrative reflète "l'opinion publique dominante", à condition toutefois de préciser que cette dernière notion ne doit pas être nécessairement entendue comme l'opinion de la majorité, mais plutôt comme celle de la fraction de l'opinion qui, à un moment donné, en raison de son statut politique ou de son influence économique, détient des moyens d'influence effectifs sur la conduite des affaires publiques ». Elle souligne ainsi que, « fidèle à une tradition libérale et modérée, le juge administratif est donc également sensible au contexte politique du moment, et se montre attentif à l'état de l'opinion comme aux exigences gouvernementales ». (D. LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, 1972, p. 321-322 et p. 319, respectivement, v. aussi du même auteur « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19-32).

<sup>374</sup> F. MELLERAY, « Après les arrêts *Pelletier* et *Papon* : brèves réflexions sur une repentance », *AJDA*, 2002, p. 842.

faisant référence à la jurisprudence antérieure du Conseil d'État en matière de responsabilité pour les actes accomplis par le gouvernement de Vichy, considéra que « la solution que vous aviez alors retenue nous paraît s'expliquer ainsi davantage par le contexte de l'époque que par la solidité du raisonnement juridique »<sup>375</sup>. Par rapport à cette même jurisprudence, le commissaire du gouvernement S. BOISSARD, dans ses conclusions sur l'arrêt *Papon*, considéra que « la jurisprudence *Époux Girard et Mlle Remise* est essentiellement une jurisprudence conjoncturelle, dictée par le souhait, près de huit ans après la Libération, de tourner la page sur une période douloureuse de notre histoire collective », et que « son maintien ne se justifie plus aujourd'hui et contribue au contraire à brouiller les responsabilités des uns et des autres dans les événements tragiques qui ont eu lieu sous l'Occupation »<sup>376</sup>. La prise en compte du contexte et, en particulier, l'examen du changement de celui-ci est, par conséquent, la clé pour interpréter les précédents en la matière afin d'opérer un revirement de jurisprudence<sup>377</sup>. C'est donc un changement dans la lecture des mêmes faits historiques qui motive et justifie le changement de position de principe du Conseil d'État en matière de responsabilité pour la déportation.

Dans un cadre beaucoup moins tragique, le Conseil d'État par un arrêt de 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, est revenu sur un édifice jurisprudentiel, qualifié même de « temple » par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, par lequel le juge administratif se considérait incompétent pour connaître de n'importe quel acte des assemblées parlementaires, prenant en compte, pour la détermination de sa compétence, l'auteur de la décision litigieuse comme unique critère, quelle que soit la nature de ses activités. Malgré le « poids de l'histoire » de plus de cent-vingt-sept ans de jurisprudence constante en la matière, le commissaire du gouvernement invitait le Conseil d'État à dépasser cet édifice jurisprudentiel, considérant que le Conseil ne pouvait plus « maintenir aujourd'hui l'analyse selon laquelle ceux qui exercent les pouvoirs de gestion et d'administration des assemblées parlementaires ne peuvent jamais être considérés, dans l'exercice de ces pouvoirs, comme des autorités administratives. Une telle analyse repose sur une conception juridique obsolète de la

---

<sup>375</sup> S. AUTRY, « La réparation du préjudice subi par les orphelins de déportés juifs [...] », *op. cit.*, p. 712.

<sup>376</sup> S. BOISSARD, « Faute personnelle et faute de service : le partage des responsabilités entre l'État français et ses agents pour la déportation des Juifs sous l'Occupation. Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon* », *RFDA*, 2002, p. 582.

<sup>377</sup> Ce changement de circonstances est aussi souligné par le commissaire du gouvernement F. LENICA dans ses conclusions sur l'avis contentieux *Mme Hoffman Glemane* qui traitait aussi de la responsabilité de l'État du fait de la déportation durant l'Occupation (*RFDA*, 2009, p. 316).

séparation des pouvoirs qui n'était justifiée que dans un contexte historique disparu »<sup>378</sup>. Le commissaire du gouvernement procéda alors à une contextualisation de la règle jurisprudentielle à la lumière de la conception de la séparation des pouvoirs soutenue par les constituants des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, selon laquelle le Parlement est le seul à exprimer la volonté générale. Elle considère alors que cette conception a depuis lors évolué, puisque « sous la V<sup>e</sup> République, le Parlement n'est plus le seul pouvoir issu du suffrage universel. Surtout, la loi a perdu son caractère "initial et inconditionné" »<sup>379</sup>. Le changement dans le contexte historique et institutionnel incita donc le juge administratif à abandonner une règle jurisprudentielle bien ancrée dans sa pratique, pour, finalement se considérer compétent pour examiner et annuler un marché conclu par l'Assemblée nationale<sup>380</sup>.

Cette même contextualisation historique des précédents jurisprudentiels afin de justifier un revirement de jurisprudence fut suggérée par les conclusions du rapporteur public C. LEGRAS sur l'arrêt *Société Atom* du 16 février 2009. L'affaire concernait une amende infligée à une compagnie de négoce de fruits et légumes sur le fondement de l'article 1840 N sexies du code général des impôts, sur des sommes indûment réglées en numéraire. Par une jurisprudence antérieure, le juge administratif avait dégagé la règle selon laquelle le recours de principe contre une sanction administrative est un recours pour excès de pouvoir<sup>381</sup>. Pour pouvoir se séparer de cette règle et permettre de consacrer la prééminence du recours de plein contentieux en matière de sanctions administratives, le rapporteur public considéra que ces décisions étaient « marquées par le contexte historique dans lequel elles ont été rendues »<sup>382</sup>. Toutefois, dans ce cas, le « contexte historique » qui a marqué la préférence du juge pour le recours pour excès de pouvoir et qui se trouve aujourd'hui dépassé n'est pas expliqué par le rapporteur public dans ses conclusions.

### (B) *L'examen du contexte historique des différents éléments qui composent la Constitution de la V<sup>e</sup> République*

La Constitution de la V<sup>e</sup> République se distingue par son caractère composite. En effet, elle n'est pas simplement composée par les dispositions discutées et rédigées par le

---

<sup>378</sup> C. BERGEAL, « Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires. Conclusions sous CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale* », *RFDA*, 1999, p. 333.

<sup>379</sup> *Ibid.*

<sup>380</sup> CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n° 163328, *Leb.*, p. 42.

<sup>381</sup> CE, 5 avril 1944, *Guignard*, *Leb.*, p. 110 et CE, 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson*, n° 98570, *Leb.*, p. 83.

<sup>382</sup> C. LEGRAS, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux. Conclusions sur CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM* », *RFDA*, 2009, p. 259.

gouvernement, le Conseil d'État et le Comité consultatif constitutionnel pendant l'été de 1958<sup>383</sup>. Par le biais des références contenues dans son texte, elle se compose aussi de textes adoptés dans des contextes historiques très variés<sup>384</sup> : la Révolution française, avec le renvoi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le contexte de l'après-guerre et de la fin de l'Occupation avec le Préambule de 1946, le contexte large de la décolonisation avec l'Accord de Nouméa de 1998<sup>385</sup>, le contexte de la construction européenne et des changements dans l'ordre international avec le renvoi aux différents traités des communautés européennes, postérieurement de l'Union européenne<sup>386</sup> et au Traité portant Statut de la Cour pénale internationale. En 2005, une nouvelle référence fut rajoutée à la Constitution avec l'inclusion dans le préambule du renvoi à la Charte de l'environnement de 2004.

Ce jeu de poupées russes qui caractérise le texte constitutionnel de la V<sup>e</sup> République pose ainsi le problème de la pertinence de la prise en compte de son contexte hétérogène pour l'interprétation constitutionnelle. À la suite de la consécration explicite par le Conseil constitutionnel de la portée normative des textes auxquels le Préambule fait référence<sup>387</sup>, la doctrine et le juge constitutionnel durent se confronter à la possibilité de contradiction entre normes de la Constitution. Ce risque est particulièrement présent pour l'interprétation de la

---

<sup>383</sup> En effet, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution prévoyait une procédure particulière et sans précédents dans l'histoire constitutionnelle française. Elle chargeait ainsi le gouvernement d'établir un projet de loi constitutionnelle qui serait soumis postérieurement à un référendum. Afin d'établir ce projet, le Gouvernement devait recueillir l'avis d'un comité consultatif composé de membres des deux chambres parlementaires et du Conseil d'État.

<sup>384</sup> Ainsi le résume le professeur B. MATHIEU : « La Constitution en son temps, c'est celle de la décolonisation, c'est aussi celle d'un homme qui s'inscrit lui-même dans l'histoire, comme la Constitution s'inscrira dans l'histoire de celles qui l'ont précédé, la Déclaration des droits de 1789, les principes républicains de la III<sup>e</sup> République, les droits sociaux et économiques et la condamnation de la dégradation de la personne humaine inscrits au Préambule de celle de 1946 » (« Propos introductifs », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, p. 2).

<sup>385</sup> Article 76 de la Constitution.

<sup>386</sup> Titre XV de la Constitution, qui dans sa version actuelle fait référence au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, mais qui dans ses versions antérieures avait renvoyé au Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 (Traité de Maastricht), le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997 (Traité d'Amsterdam) et dans une version qui n'entra jamais en vigueur au Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004. Sur la portée de ces différents renvois v. A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 688 p.

<sup>387</sup> Toutes les normes auxquelles la Constitution renvoie ne sont pas considérées comme des normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. En particulier, par une jurisprudence constante, les conventions internationales et le droit de l'UE (sauf hypothèses particulières, notamment dans le cas du contrôle de la transposition des directives), ne sont pas considérés comme de normes de référence. Dans le cadre de ce chapitre, sera particulièrement étudié le contexte des normes qui sont considérées aussi comme des normes de référence puisque c'est justement leur interprétation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité qui peut faire l'objet d'une contextualisation historique.

Déclaration de 1789, notamment en matière de droits économiques, où l'esprit libéral de 1789 peut s'opposer aux considérations plus sociales de 1946<sup>388</sup>.

La doctrine, face à la pluralité des contextes historiques à prendre en compte, a proposé des constructions juridiques afin de dépasser les éventuels clivages. Par exemple, il est soutenu que le contexte qu'il faut prendre en compte pour l'interprétation des différents éléments qui composent le Préambule est celui de leur incorporation, ainsi :

« Si chargée d'histoire qu'elle soit, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'est un texte constitutionnel que par son incorporation dans la Constitution de 1958. C'est donc un texte qui nous est contemporain, rendu constitutionnel pour régler des questions de notre temps, qui doit être interprété en fonction de l'état de droit en 1958 et pas du tout en fonction des idées que l'on pouvait avoir sur la régulation des pouvoirs au XVIII<sup>e</sup> siècle »<sup>389</sup>.

Cette approche évolutive était aussi défendue par F. LUCHAIRE qui considérait que « la Déclaration de 1789 ne doit pas être interprétée comme elle l'aurait été au début de la grande révolution, mais en fonction de notre temps et naturellement des autres dispositions très générales de la Constitution de 1958, de son Préambule, comme de celui de 1946 »<sup>390</sup>.

D'un autre côté, d'autres auteurs considèrent que le caractère composite de la Constitution est un atout. Ainsi, pour le professeur D. DE BÉCHILLON :

« Une des plus grandes richesses de notre Constitution réside en ceci qu'elle s'est composée comme un feuilletage, par stratification. Ce qu'il y a de plus génial dans notre système constitutionnel de protection des droits fondamentaux tient à ce qu'on y fait tenir ensemble des droits et des libertés dont l'inspiration historique et la ligne idéologique sont hétérogènes. Les textes de 1789 sont libéraux ; les textes 1946 sont beaucoup plus sociaux. Et c'est avant tout la nécessité d'opérer un compromis entre ces aspirations, et donc entre ces époques, qui assure la neutralité idéologique de notre Constitution, c'est-à-dire sa capacité à assumer l'alternance politique comme son aptitude à faire vivre ensemble des personnes différentes dont les opinions et les intérêts sont diversifiés »<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> Ainsi, lors de la délibération de la décision *Taxation d'office*, M. GOGUEL souligna les dangers d'une interprétation historique de la Déclaration de 1789. Il considéra ainsi, « en ce qui concerne les aspects économiques, la Déclaration de 1789 est dépassée. Il est dangereux de s'y référer dans une décision car si, en l'état actuel des conditions de saisine du Conseil constitutionnel, le danger n'existe pas, dans l'hypothèse où, un jour, le Conseil pouvait être saisi par des particuliers, il n'en manquerait pas pour invoquer devant lui certaines dispositions dépassées de la Déclaration de 1789 et tenter ainsi de faire échec à l'évolution de la législation dans un sens plus social. Les principes de 1789 ne peuvent être mentionnés dans une décision que s'ils se combinent avec des dispositions précises de la Constitution » (Séance du 27 décembre 1973, Décision n° 73-51 DC, *Taxation d'office* in B. MATHIEU et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 223).

<sup>389</sup> B. POUILLAIN, Intervention lors des débats in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 27.

<sup>390</sup> F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et les protections des droits et des libertés du citoyen », *Mélanges offerts à Marcel WALINE. Le juge et le droit public*, Tome II, Paris : LGDJ, 1974, p. 566-5467.

<sup>391</sup> Intervention in A.M. LE POURHIET, A. LEVADE (coord.), « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution », *Constitutions*, 2012, p. 247.

C'est justement la prise en compte de la diversité des contextes historiques qui permet la meilleure interprétation possible de la Constitution, puisqu'elle implique de mettre en œuvre une conciliation qui serait le reflet de l'héritage pluriel des institutions juridiques qui régissent actuellement la France.

Du côté de la jurisprudence, c'est avant tout la question de l'interprétation de la Déclaration de 1789 qui pose le plus d'interrogations. Comme le soulignait le professeur M. TROPER : « parmi les nombreuses questions que suscite l'existence d'un contrôle de constitutionnalité, il en est deux particulièrement importantes et difficiles ; ce sont celles qui concernent la légitimité de ce contrôle par rapport à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les méthodes qu'il convient d'employer pour interpréter ce document »<sup>392</sup>. En effet, si le débat sur la *portée* de la Déclaration, qui se développa surtout durant la III<sup>e</sup> République<sup>393</sup>, fut tranché de façon claire, restait à résoudre la problématique de l'influence du contexte de rédaction dans la *signification* de la norme<sup>394</sup>. Deux questions devaient être résolues par le juge pour l'interprétation et l'application des normes contenues dans la Déclaration révolutionnaire : d'un côté, il est possible de s'interroger sur la pertinence du recours à une Déclaration qui ne fut jamais pensée pour servir de norme de référence pour un contrôle de constitutionnalité. D'un autre côté, si la Déclaration est toutefois considérée comme une norme de référence, reste à savoir comment doivent être interprétés les droits et les libertés consacrés par elle et si le contexte historique révolutionnaire doit être pris en compte pour clarifier leur sens.

Le premier enjeu fut expliqué lors de la délibération de la décision *Sécurité et Liberté*, par le rapporteur G. VEDEL. Prenant notamment en compte le contexte d'écriture de cette Déclaration et les possibles risques d'anachronisme liés à son utilisation comme norme de

---

<sup>392</sup> M. TROPER, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>393</sup> La doctrine était divisée sur le point de savoir si la Déclaration de 1789 pouvait être considérée comme ayant une force normative et si elle s'imposait au législateur. Ce débat opposa d'un côté HAURIU et DUGUIT, qui reconnaissaient cette valeur normative, à ESMEIN et CARRÉ DE MALBERG (les termes du débat furent résumés par L. DUGUIT dans son *Traité de droit constitutionnel*, T. III, Paris : E. de Boccard, 1930, p. 605-611).

<sup>394</sup> Cependant, pour une partie de la doctrine, la Déclaration de 1789 peut être détachée de son contexte historique immédiat, se trouvant dans une période charnière entre l'Ancien Régime et la Révolution, elle a trouvé une place qui lui permet de se distancier de ces deux contextes historiques : « Elle a, en outre, la chance de pouvoir apparaître un peu hors de la Révolution. Élaborée à ses débuts, par une assemblée encore représentative, et ne subissant pas très ouvertement les pressions extérieures, elle ne pâtit pas trop des effets négatifs du phénomène révolutionnaire, d'autant plus qu'elle se rattache à une période monarchique faisant un peu le lien entre l'Ancien Régime et la Révolution ». (J. MORANGE, « L'élaboration de la Déclaration de 1789 », *op. cit.*, p. 69-70).



référence du contrôle de constitutionnalité, il souligna que « la Déclaration des droits de 1789 n'a jamais été écrite ni même pensée comme devant être la base d'un contrôle de constitutionnalité. Bien au contraire, fidèles disciples de Rousseau sur ce point, les constituants ne concevaient pas que le législateur pût se tromper ou être injuste ». Il considéra ainsi que le contrôle de constitutionnalité était par rapport à la Déclaration « une pièce rapportée », ce qui pouvait donner lieu à des difficultés d'interprétation et d'application de normes dont « la formulation en termes de principe philosophique ou moral aboutit à un énoncé non opératoire, c'est-à-dire qui ne comporte pas de contenu suffisamment précis »<sup>395</sup>. Malgré cela, le Conseil constitutionnel n'hésita pas à utiliser la Déclaration de 1789 comme norme de référence de son contrôle en appliquant chacun de ses articles<sup>396</sup>.

Pour faire face à ces difficultés, le Conseil constitutionnel décida, pour l'interprétation de la Déclaration de 1789, de ne pas prendre en compte son propre contexte historique, mais de la resituer dans le contexte de l'adoption de la Constitution de 1946, qui faisait, elle aussi, référence explicite à la Déclaration dans son Préambule. Par exemple, dans la décision de 1982 sur la loi de nationalisation, pour interpréter les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 relatifs à la propriété et analyser leur actualité, le Conseil fit référence au rejet par le peuple français via le référendum du 5 mai 1946 d' « un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités »<sup>397</sup>. Il a donc considéré que le rejet d'un projet pouvait être une preuve de la volonté du constituant et en a déduit son attachement aux principes de la Révolution<sup>398</sup>. C'est donc le contexte historique de l'adoption du Préambule de 1946, et éventuellement celui de la rédaction de la Constitution de 1958, qui sont pris en compte pour confirmer l'actualité des droits contenus dans la Déclaration de 1789. Ceci se reflète aussi dans la rédaction même des deux préambules qui font référence à

---

<sup>395</sup> Séances des 19 et 20 janvier 1981, Décision n° 80-127 DC, Sécurité et Liberté in B. MATHIEU et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 375,

<sup>396</sup> Après la décision du 16 juillet 1971 conférant au Préambule de la Constitution une valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel n'a pas attendu longtemps pour reconnaître une valeur de droit positif à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Il l'a fait par la décision *Taxation d'office*, à propos du principe d'égalité devant la loi « contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 » (CC n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, *Loi de finances pour 1974*, Rec., p. 25 ; JO du 28 décembre 1973, p. 14004).

<sup>397</sup> CC n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18, JO du 17 janvier 1982, p. 299, consid. 14.

<sup>398</sup> P. JOSSE, *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 66.

l'attachement solennel du peuple français aux « Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 ».

Par rapport à l'influence du contexte historique dans la définition de chacun des droits et libertés consacrés par la Déclaration, il est nécessaire de prendre en compte que, outre son caractère libéral, en consonance avec les idées philosophiques et politiques de l'époque<sup>399</sup>, le contexte de la Révolution française se retrouve dans le choix des droits qui sont qualifiés de « naturels et imprescriptibles », notamment dans la référence au droit de résistance à l'oppression. La consécration de ce droit trouve ainsi son explication dans une volonté de légitimer le mouvement révolutionnaire. De même, il ne faut pas oublier que « les hommes qui émergent sur la scène politique et qui s'expriment au nom de la Nation ont connu un régime politique qui, depuis des siècles, tolérait difficilement le droit d'opposition. [Cette résistance] est l'expression de la condamnation de l'absolutisme royal »<sup>400</sup>. L'emploi d'un tel droit, dans le cadre d'un régime démocratique, pourrait s'avérer toutefois problématique<sup>401</sup>.

Comment faire face alors à la question posée dès la discussion du projet de Constitution de 1958 par Raymond JANOT, de savoir si les règles édictés en 1789 correspondent encore à la structure de la société actuelle<sup>402</sup> ? Le Conseil répond par une jurisprudence abondante où elle concilie les droits et libertés de 1789 avec ceux, à tendance

---

<sup>399</sup> Nous n'entrerons pas ici dans le débat sur les origines et les sources philosophiques et politiques de la Déclaration, qui opposa notamment G. JELLINEK à E. BOUTMY sur le fait de savoir si la Déclaration n'est qu'une reprise des modèles américains ou le fruit de la pensée des Lumières (v. G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne* [trad. G. FARDIS], Paris : Fontemoing, 1902, 101 p. et la réponse de E. BOUTMY, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek » (1902), *Études Politiques*, Paris : Armand Colin, 1907, p. 117-182).

<sup>400</sup> A. MOYRAND, « Article 2 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris : Economica, 1993, p. 80.

<sup>401</sup> Le Conseil constitutionnel n'a jamais fait une application explicite de ce droit. Toutefois, dans sa décision de 1982 sur les nationalisations, il a implicitement affirmé la juridicité et la valeur constitutionnelle de la résistance à l'oppression en considérant que « Les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle, tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression » (CC n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation, précitée*, consid. 16). Ainsi, elle est bien un principe dont la méconnaissance pourrait être sanctionnée dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité. Mais la probabilité que ce droit soit invoqué devant un tribunal est bien faible. En effet « l'essence de l'État et de son ordre juridique s'oppose donc à la possibilité d'un droit de résistance : il serait tout à la fois dangereux d'exposer un État authentiquement libéral aux allégations d'oppression de ses ennemis et dérisoire de menacer un État devenu oppressif d'une sanction insurrectionnelle juridiquement autorisée » (F. BENOÎT-ROHMER, P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la déclaration », *Droits*, n° 8, 1988, p. 96-97).

<sup>402</sup> Cité par F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », *op. cit.*, p. 216. Cette même interrogation fut aussi posée par L. FAVOREU : « Comment peut-on appliquer des principes vieux de deux siècles, alors que ceux qui les ont écrits sont morts depuis longtemps et n'avaient sans doute pas pensé à l'utilisation du texte qu'ils rédigeaient » (L. FAVOREU, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, *op. cit.*, p. 126).

plus socialisante de 1946, en adaptant les deux groupes aux nécessités actuelles. L'actualisation des contenus est alors un moyen pour le Conseil constitutionnel d'éviter le conflit entre normes de même rang constitutionnel et de devoir se prononcer sur une éventuelle hiérarchie entre eux.

Un des exemples les plus emblématiques de conciliation est celui du droit à la propriété. Consacré par les articles 2 et 17 de la Déclaration, ce droit éminemment libéral pouvait entrer en conflit avec certaines dispositions du préambule de 1946, notamment l'alinéa 9 qui proclame que « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Le Conseil fut confronté à ce conflit dans le cadre d'un contexte historique lui aussi particulier : l'arrivée de la gauche au pouvoir et la mise en place d'un programme socialiste. C'est ainsi que le Conseil se prononça pour la première fois sur le droit de propriété lors de l'analyse des lois de nationalisations. Par rapport à la définition du contenu de ce droit, le Conseil constitutionnel fit référence à son contexte historique d'adoption pour mieux souligner l'évolution du droit, il considéra ainsi que :

« si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression »<sup>403</sup>.

Dans les décisions postérieures, le Conseil se détacha encore plus de la signification historique de ce droit, à la fois en élargissant sans champ d'application à de nouvelles formes de propriété et en acceptant des nouvelles limitations en fonction des nécessités contemporaines. Par exemple, dans une décision 86-207 DC sur une loi autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnance diverses mesures d'ordre économique et social, le Conseil considéra que la protection octroyée par l'article 17 de la Déclaration « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »<sup>404</sup>. Cet élargissement du champ d'application vers la propriété collective est clairement contraire à la lecture historique de cette disposition. En

---

<sup>403</sup> CC n° 81-132 DC précitée, consid. 16.

<sup>404</sup> CC n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61, JO du 27 juin 1986, p. 7978, consid. 58.

effet, l'individualisme est une des caractéristiques de la pensée libérale<sup>405</sup>, les droits consacrés en 1789 avaient donc une portée principalement individuelle. Postérieurement, par la décision 89-256 DC, il consacra explicitement sa lecture évolutive du droit de propriété en considérant que : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété »<sup>406</sup>. Cette lecture évolutive lui permit, entre autres, d'étendre la protection en dehors du cadre de la propriété foncière, comme le cas de la propriété immatérielle ou intellectuelle<sup>407</sup>.

Toutefois, si le Conseil se détache de la conception purement libérale du droit de propriété, cela n'implique pas pour autant qu'il ignore complètement le contexte historique de ce droit dans son interprétation. Premièrement, si le Conseil peut donner une interprétation évolutive du droit de propriété et, en général des droits consacrés par la Déclaration de 1789, c'est en vertu de leur caractère vague. Et ce caractère vague s'explique aussi par le contexte historique et institutionnel de sa rédaction. Pour ce qui est du droit de propriété, « il faut tout d'abord le lire en le replaçant dans son contexte. Il constitue alors une condamnation du passé, en rejetant les conceptions domaniales et dénonçant les usages confiscatoires de l'Ancien Régime »<sup>408</sup>. De plus, dans ses diverses applications, le Conseil semble prendre en compte la pérennité du droit de propriété. Si, dans les motivations des décisions, le droit reste attaché au contexte de 1789, il ne faut pas oublier que, depuis, le droit de propriété a été presque constamment repris et réaffirmé par les différents textes constitutionnels<sup>409</sup>, même par ceux qui suivaient une tendance plus socialisante comme la Constitution montagnarde de

---

<sup>405</sup> « On remarque, tout d'abord, que ces droits ne s'adressent qu'à l'individu. Seul l'homme est concerné. Cet individualisme est, bien sûr, la conséquence de la philosophie libérale de l'époque ». (A. MOYRAND, « Article 2 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, op. cit., p. 78).

<sup>406</sup> CC n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, Rec., p. 53 ; JO du 28 juillet 1989 p. 9501, consid. 18.

<sup>407</sup> V. CC n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec., p. 11, JO du 10 janvier 1991, p. 524, consid. 7. Dans le même sens CC n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, *Loi renforçant la protection des consommateurs*, Rec., p. 15, JO du 18 janvier 1992, p. 882, consid. 8. Plus récemment, CC n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autre*, Rec. [à paraître], JO du 2 mars 2014 p. 4120, consid. 13.

<sup>408</sup> M. DEBENE, « Article 17 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, op. cit., p. 344.

<sup>409</sup> À l'exception des lois constitutionnelles de 1875 qui ne font pas référence aux droits et libertés fondamentaux.

1793 qui consacre ce droit aux articles 16 et 19<sup>410</sup>. La consécration et l'actualisation sont ainsi rendues possibles grâce à la permanence de ce droit dans la tradition constitutionnelle française. En prenant en compte ces éléments, le Conseil arrive à donner une interprétation de la Déclaration qui permet de réaffirmer sa permanence et son ancrage dans la tradition constitutionnelle, tout en permettant une évolution de son contexte, une lecture qui la rend « ni tout à fait la même ni tout à fait une autre »<sup>411</sup>.

## (II) La contextualisation historique comme point de départ d'une interprétation évolutive par la Cour européenne des droits de l'homme

La CEDH est un produit de l'histoire<sup>412</sup>. En effet, le contexte de la signature et des différentes ratifications de la CEDH entre en relation avec plusieurs événements historiques : fin de la Seconde Guerre mondiale suivie du développement de la guerre froide et, postérieurement, fin des dictatures dans le bassin méditerranéen et chute des régimes communistes qui permit l'adhésion de nombreux autres États au Conseil de l'Europe. Ces événements historiques eurent ainsi une influence dans la rédaction de cet instrument et peuvent jouer un rôle dans son interprétation. De même, ce contexte historique particulièrement tumultueux se reflète dans la législation des pays signataires. Si la Cour ne fait pas un contrôle direct de la conventionnalité de ces lois, elle les examine néanmoins dans le cadre de l'affaire en cause afin d'analyser si elles ne sont pas à l'origine d'un manquement de la part de l'État défendeur. Toutefois, qu'il s'agisse de la contextualisation historique de la propre Convention (A) ou de la législation des pays membres (B), cet outil d'interprétation est utilisé de façon discrète en appui d'une approche évolutive qui cherche à prendre en compte cette origine historique tout en la dépassant, afin de permettre la garantie collective et effective des droits énoncés par la Convention.

### (A) *Le recours au contexte de rédaction de la Convention*

Durant les premières années de la Cour, ceux qui s'opposaient à une conception extensive de la Convention et à l'interprétation évolutive de ses dispositions trouvèrent dans le recours à sa contextualisation historique un argument pour défendre leur approche minimaliste. Ainsi, en plus de la supposée volonté des premiers pays signataires de la

---

<sup>410</sup> V. J. MORANGE, « La déclaration et le droit de propriété », *Droits*, n° 8, 1988, p. 106.

<sup>411</sup> F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », *op. cit.*, p. 233.

<sup>412</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, p. 5.

Convention, le contexte même de sa rédaction pouvait servir à démontrer que cette dernière fut avant tout conçue comme un barrage pour freiner l'avancée de régimes totalitaires et protéger un *status quo* démocratique. Dans l'affaire *Marckx c. Belgique* qui avait trait à la filiation maternelle naturelle en Belgique<sup>413</sup> au regard de l'article 8 de la Convention, le juge FITZMAURICE, dans son opinion dissidente, considéra que cet article visait uniquement la protection domiciliaire de l'individu. Pour cela, il expliqua qu'il fallait faire appel au « climat dans lequel l'idée de la Convention européenne des Droits de l'Homme a été conçue »<sup>414</sup>. Pour lui, l'objet de l'article 8, replacé dans son contexte historique, était de garantir que l'individu et sa famille ne soient plus exposés :

« au sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte, aux intrusions domestiques, perquisitions et interrogatoires, aux contrôles, retards et confiscations de correspondance, à l'installation d'appareils d'écoute (mouchards), aux restrictions d'emploi de la radio et de la télévision, à l'écoute ou au débranchement du téléphone, aux mesures privatives comme les coupures d'électricité ou d'eau, à des abominations comme le fait d'obliger les enfants à rapporter les activités de leurs parents, et même parfois des époux à témoigner l'un contre l'autre, bref à toute la gamme des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes [...] »<sup>415</sup>

Il considéra ainsi que les griefs présentés par les requérantes étaient différents en genre et en degré à ceux pour lesquels l'article 8 avait été conçu et il conclut à la non-violation de cet article. La Convention n'est qu'un point de départ pour assurer une protection *a minima*, mais, au-delà de ce seuil, il revient à chaque État, dans le respect de sa marge d'appréciation, d'assurer un développement plus poussé des droits et des libertés garantis par la CEDH.

Cette position illustrée par le juge FITZMAURICE fut rapidement abandonnée et la grande majorité des juges adoptèrent l'approche évolutive dans l'interprétation de la Convention. Néanmoins, dans le cadre de cette approche, le rappel du contexte historique de rédaction peut être utile. Il peut ainsi servir de point de départ pour mesurer l'évolution des situations historiques et justifier ainsi une interprétation qui se sépare du sens originel de la Convention. Par exemple, dans l'affaire *Soering*, concernant un détenu qui faisait l'objet d'une procédure d'extradition aux États-Unis pour un crime passible de peine de mort, le juge DE MEYER, dans son opinion concordante, considéra que l'interprétation évolutive utilisée par

---

<sup>413</sup> En effet, en droit belge, aucun lien de filiation entre la mère célibataire et son enfant ne résultait de l'accouchement à lui seul: tandis que l'acte de naissance inscrit au registre de l'état civil suffit à prouver la filiation maternelle des enfants d'une femme mariée (article 319 du code civil), celle d'un enfant « naturel » s'établissait au moyen soit d'une reconnaissance volontaire par la mère, soit d'une action en recherche de maternité.

<sup>414</sup> Cour EDH, plénière, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, Opinion dissidente du juge FITZMAURICE.

<sup>415</sup> *Ibid.*

la Cour pour l'article 3 devait aussi être utilisée pour interpréter la seconde phrase de l'article 2 de la Convention. Pour justifier cette position, il souligna la nécessité de prendre en compte les évolutions depuis l'adoption de la Convention. Il considérait ainsi que « La seconde phrase de l'article 2 § 1 (art. 2-1) de la Convention fut adoptée, voici près de quarante ans, dans un contexte historique particulier, peu après la Seconde Guerre mondiale. Pour autant qu'elle puisse encore sembler autoriser, sous certaines conditions, la peine capitale en temps de paix, elle ne reflète pas la situation contemporaine et se trouve aujourd'hui dépassée par l'évolution de la conscience et de la pratique juridiques »<sup>416</sup>. Pour le juge, le fait que la Convention avait maintenu la possibilité de recourir à la peine de mort, sous certaines conditions, devait être interprétée eu égard au contexte historique du moment de sa rédaction : la fin de la Seconde Guerre mondiale. Toutefois, étant donné que ces conditions n'étaient plus maintenues, il fallait considérer qu'actuellement ces dispositions étaient dépassées et c'était le consensus entre la pratique des États signataires qui ne reconnaissaient plus la peine de mort en temps de paix qui devait guider l'interprétation.

Le recours au contexte de la rédaction de la Convention s'avère alors assez rare. C'est avant tout dans les opinions séparées qu'il est possible de trouver des traces de son influence directe. Le recours à la contextualisation de la législation nationale est, en revanche, utilisée de façon explicite par la Cour, dans la motivation principale de ses arrêts.

### *(B) La prise en compte du contexte d'adoption de la législation du pays défendeur*

La Cour peut ainsi prendre en compte le contexte historique de l'adoption de la législation nationale et son évolution postérieure pour apprécier son bien-fondé afin de déterminer si elle est à l'origine d'un manquement de la part de l'État à ses obligations conventionnelles. En général, le recours à la contextualisation historique de la législation est soulevé par l'État défendeur pour mettre en évidence son but, afin de justifier une éventuelle exception à l'application de la Convention.

Dans l'affaire *Stec et autres c. Royaume Uni*, un groupe de requérants alléguait devant la Cour que l'existence d'un âge légal de départ à la retraite différencié selon le sexe était contraire à l'article 14 de la Convention. Pour analyser ce traitement différencié, la Cour réalisa une étude du contexte historique de la mise en place de la législation relative au

---

<sup>416</sup> Cour EDH, plénière, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/00, Opinion concordante du juge DE MEYER.

système de retraites au Royaume-Uni, retraçant son évolution depuis 1940. Toutefois, fidèle à sa conception évolutive, elle examina aussi si ce traitement différencié, qui trouvait son fondement dans un contexte historique précis (la différence du rôle de la femme dans la vie active durant les années 1940 et 1950), pouvait encore se maintenir. Dans le cas d'espèce « eu égard à la justification originelle de la mesure, qui était censée corriger une inégalité financière entre les sexes, à la lenteur naturelle du processus d'évolution dans les vies professionnelles des femmes et à l'absence d'uniformité en la matière parmi les états contractants, la Cour estime que le Royaume-Uni ne peut être critiqué pour ne pas s'être engagé plus tôt sur la voie d'un âge légal unique de départ en retraite »<sup>417</sup>. Sur cette même problématique de la différenciation de l'âge du départ à la retraite en fonction du sexe, pour le cas de la République tchèque, la Cour souligna qu'elle ne pouvait pas négliger le fait que la législation à l'origine de la requête, datant de 1964, prenait « racine dans des circonstances historiques spécifiques. Les moyens employés en 1964 étaient un reflet des réalités de la Tchécoslovaquie communiste, où les femmes étaient responsables de la garde des enfants et des tâches ménagères en même temps qu'elles avaient la pression d'un travail à temps complet »<sup>418</sup>. À la différence du cas britannique, elle considéra que la situation qui avait motivé la législation à son origine se maintenait malgré l'évolution historique et conclut, aussi, à la non-violation de l'article 14 de la CEDH. Le recours à la contextualisation historique de la législation est ainsi une façon pour la Cour de prendre en compte les spécificités et les particularités des systèmes des états membres.

La Cour peut aussi valider l'interprétation contextuelle réalisée par les juridictions internes d'un pays signataire d'une législation qui est à l'origine d'une potentielle violation de la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Roche c. Royaume Uni*, le requérant, une des victimes des tests sur des gaz neurotoxiques réalisés par les forces armées britanniques dans l'établissement de défense chimique et biologique de *Porton Down*, se plaignait, sous l'angle des articles 8 et 10 de la Convention, d'avoir été privé d'un accès suffisant aux informations concernant les tests qu'il avait subis. Or, en vertu d'une règle bien établie du *common law*, la responsabilité civile de la Couronne ne pouvait être recherchée, sauf dans des cas expressément prévus par la législation. Pour tempérer ce principe, une loi de 1947 prévoyait certaines hypothèses où la responsabilité de la Couronne pouvait être engagée. Toutefois, l'article 10 de cette loi, dans sa version en vigueur au moment des faits, prévoyait

---

<sup>417</sup> Cour EDH, Grande chambre, 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 65731/01 et 65900/01, § 64.

<sup>418</sup> Cour EDH, 17 février 2011, *Andrle c. République Tchèque*, req. n° 6268/08 [en anglais, notre traduction].



expressément que les membres des forces armées ne pouvaient pas engager la responsabilité de la Couronne en cas de décès ou de dommage corporel. La Cour valida le raisonnement suivi par la Cour d'appel britannique et la Chambre de Lords qui s'appuyait sur une interprétation de l'article 10 fondée sur l'analyse de son contexte historique, « s'appuyant sur le contexte historique, le texte et l'objectif de la loi de 1947, notamment de ses articles 2 et 10, la Chambre des lords a conclu que l'article 10 n'avait pas pour objet d'accorder aux militaires un quelconque droit matériel d'engager une action en réparation contre la Couronne, mais qu'il avait maintenu l'absence (non contestée) de responsabilité civile de la Couronne vis-à-vis des militaires dans les circonstances visées par ses propres dispositions »<sup>419</sup>. La Cour conclut, en conséquence, qu'elle ne voyait aucune raison de s'écarter de la conclusion de la Chambre de lords concernant l'effet de l'article 10 en droit interne, validant ainsi son interprétation fondée sur la contextualisation historique.

---

<sup>419</sup> Cour EDH, Grande chambre, 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, req. n° 3255/96, § 122.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

Les différentes théories sur l'interprétation ainsi que les méthodes et les outils utilisés par le juge dans la pratique herméneutique visent à trouver un équilibre entre plusieurs objectifs, dans le contexte du respect de l'état de droit. D'un point de vue axiologique, les théories et approches interprétatives cherchent à concilier deux impératifs : le besoin d'assurer une certaine stabilité au nom de la sécurité juridique tout en permettant une adaptation aux changements sociaux. D'un point de vue pratique, le juge doit trouver une solution concrète même aux cas les plus difficiles, pour ne pas s'exposer au déni de justice, tout en évitant de transgresser les limites de l'exercice légitime de son office. Cette tâche est particulièrement délicate pour le cas de normes à texture ouverte comme la Constitution ou la CEDH.

Les références au passé, qu'il s'agisse de l'histoire législative de la norme ou du contexte historique de son édicton, sont souvent mobilisées par les juges dans leur activité interprétative. Le recours à des récits ou à des narrations historiques sert de point de référence stable pour l'interprète. En effet, le recours au passé lui donne non seulement une source qui se présente comme objective et connaissable mais, aussi, comme une source porteuse d'une autorité et d'une légitimité pouvant l'aider à déterminer la portée d'une norme réputée être l'expression de la volonté générale. Les références à l'histoire ou à la tradition passée sont donc traitées par le juge comme un outil de raisonnement qui ne nécessite pas, en soi, une interprétation -car les faits parlent d'eux-mêmes-, ainsi leur utilisation crée l'impression que l'interprétation de la norme est réalisée sur des bases objectives<sup>420</sup>.

Toutefois, cette utilisation du récit historique par les interprètes juridictionnels fait l'objet de nombreuses critiques. Premièrement, d'un point de vue méthodologique, même si le juge traite les références au passé comme des données objectives, il ne faut pas oublier, qu'en réalité, elles ne sont pas des données brutes. En effet, comme l'explique le professeur L. KALMAN, « le passé peut être réel, mais son interprétation est mouvante »<sup>421</sup>. Les données du passé ne peuvent être utilisées que par le biais de récits ou, plus généralement, de reconstructions historiques qui ont leur propre régime d'historicité<sup>422</sup> et qui ne sont pas nécessairement objectives. Pour reprendre l'exemple présenté en introduction, lors de

---

<sup>420</sup> R. UITZ, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>421</sup> [The past may be real, but interpretation of it changes]. L. KALMAN, *The Strange Career of Legal Liberalism*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>422</sup> H.G. GADAMER, *Truth and Method* [Trad. J. WEINSHEIMER, D.G. MARSHALL], New York : Continuum, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 276.

l'examen de la possibilité pour le Québec de faire une sécession, la Cour suprême canadienne ne fit pas une reconstruction détaillée de l'histoire de la Confédération et de la Fédération, mais choisit certains passages de l'histoire afin de souligner la continuité et la stabilité de l'État canadien<sup>423</sup>. Sous la façade d'une prétendue objectivité, c'est plutôt une reconstruction de l'histoire qui est utilisée par le juge pour son interprétation, ce qui comporte un risque d'éventuelles manipulations de la réalité historique. Toutefois, il est nécessaire de souligner que, dans le cadre de l'interprétation, cette reconstruction historique est souvent un outil subsidiaire et que le juge ne prétend pas remplacer avec elle la vérité historique. Il s'agit simplement d'une clé de lecture qui cherche à aider le juge à accomplir le délicat équilibre entre adaptation et préservation du droit écrit.

D'un point de vue du fond, le recours aux méthodes historiques est aussi critiqué car il peut conduire vers des interprétations conservatrices qui fixeraient le sens de la norme à un moment donné. La querelle aux États-Unis entre les *originalistes* et les tenants d'une Constitution vivante illustre cet enjeu. Le recours à l'histoire législative des normes à interpréter, afin de déceler la volonté d'un législateur abstrait, pose aussi le problème de savoir comment accéder à cette volonté, notamment dans le cadre de normes anciennes ou historiquement composites, telle la Constitution française de la V<sup>e</sup> République. Si ce type d'interprétations permet, en apparence, de respecter le législateur comme expression de la volonté générale, il peut aussi déguiser une lecture conservatrice favorable au *status quo*. Face à ces critiques et dans le but d'accomplir l'objectif d'adaptation et d'évolution de la norme, le juge peut mettre en place des méthodes syncrétiques qui prennent en compte l'ancrage historique de la norme pour mieux analyser la nécessité ou non de son adaptation à un contexte changeant. C'est notamment la stratégie utilisée par le juge de Strasbourg pour l'interprétation de la CEDH. Le recours à l'histoire n'est donc pas forcément synonyme d'une lecture passéiste. En reconnaissant le caractère maniable de l'appel au passé et aux récits historiques, le juge peut donc les utiliser comme outil afin de permettre une meilleure application du droit, conforme aux objectifs propres à un État de droit.

---

<sup>423</sup> COUR SUPRÊME (CANADA), *Affaire renvoi relatif à la sécession du Québec, précitée*. V. aussi R. UITZ, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, *op. cit.*, p. 180.

## CHAPITRE II. LA PRISE EN COMPTE DU PASSÉ DANS L'EXAMEN DES FAITS

« Pas plus qu'il ne s'agit de refaire ici le procès de M. Papon, il ne s'agit de faire le procès du rôle joué par l'administration française dans la politique de discrimination raciale et de déportation menée durant l'Occupation, tâche qui incombe bien davantage aux historiens qu'aux juges. Il s'agit seulement de déterminer, en ce qui concerne les faits pour lesquels M. Papon a été condamné en 1998, quelle est la part éventuelle de responsabilité de l'État français »<sup>424</sup>. Cet avertissement était donné par le commissaire du gouvernement S. BOISSARD dans ses conclusions sur l'arrêt qui devait trancher l'épineux problème de la répartition de la responsabilité entre l'État et l'ancien secrétaire général de la préfecture de la Gironde pour l'arrestation et la déportation de centaines de juifs sous l'Occupation. Il illustre ainsi les difficultés auxquelles est confronté le juge dans la prise en compte de faits qualifiés d'historiques dans son jugement. Appelé à trancher un débat qui met en cause des considérations historiques, il doit donner une solution au cas d'espèce, sous peine de déni de justice, sans pour autant devenir lui-même historien ni élever son office à celui d'un tribunal de l'histoire.

Cette tâche est particulièrement délicate car, comme le rappelle l'historien J-N. JEANNENEY, « le juge n'est pas accoutumé à introduire dans sa démarche le facteur de la longue durée »<sup>425</sup>. D'un côté, en droit interne, les différents délais de prescription, de forclusion et de recours, centrent l'office du juge sur des faits qui, d'habitude, ne remontent pas très loin dans le passé. De l'autre côté, en droit conventionnel, la compétence du juge de Strasbourg se trouve aussi délimitée *ratione temporis*, l'empêchant de se prononcer sur des faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la Convention. Deux arguments principaux justifient cette limitation temporelle de la compétence du juge : le respect du principe de sécurité juridique et la volonté d'éviter la menace de l'anachronisme.

Mais, si le juge prend soin de souligner qu'il ne lui revient pas de *dire* ou de *juger* l'histoire, il ne s'abstient pas pour autant de la prendre en compte dans son office. Thémis est

---

<sup>424</sup> S. BOISSARD, « Faute personnelle et faute de service : le partage des responsabilités entre l'État français et ses agents pour la déportation des Juifs sous l'Occupation. Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon* », *RFDA*, 2002, p. 582.

<sup>425</sup> J-N. JEANNENEY, *Le passé dans le prétoire : l'historien, le juge et le journaliste*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. Essais, 1998, p. 11.

ainsi souvent confronté à la « tentation de Clio »<sup>426</sup>. En effet, une fois la norme interprétée par le juge, opération dans laquelle les considérations historiques peuvent jouer un rôle important, comme il a été étudié dans le chapitre précédent, le juge doit confronter la norme aux faits de l'espèce. L'analyse des éléments factuels fait surgir la connexion des concepts juridiques au réel et permet la concrétisation de la norme. Dans cette analyse, le juge peut prendre en compte des éléments liés à l'histoire.

Le juge peut ainsi encadrer les faits de l'espèce dans un contexte plus large, afin de favoriser leur compréhension d'ensemble. Pour cela il peut faire appel au contexte historique afin de mieux situer les faits de l'espèce. Ce contexte historique peut même être utilisé dans le cadre d'une stratégie argumentative afin de justifier certaines adaptations de la règle de droit au cas d'espèce (Section 1). Ensuite, par une modulation des règles de prescription et de compétence, le juge peut être amené à se prononcer sur des faits anciens qui peuvent être qualifiés d'historiques. La reconnaissance de l'imprescriptibilité de certaines actions, ainsi que la permanence des conséquences découlant des grands conflits du XX<sup>e</sup> siècle font que Clio s'invite de plus en plus dans le prétoire, qu'il s'agisse du juge interne ou conventionnel (Section 2).

---

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 35.

## **Section 1. Le contexte historique de l'affaire soumise au juge**

Toute affaire s'insère dans un contexte historique au sens large : les faits qui servent de base à une requête sont des faits révolus dans un passé plus ou moins lointain, en fonction de l'objet du litige et des règles de prescription applicables. Dans certains cas, ce contexte historique au sens large coïncide avec des faits historiques d'importance nationale ou même internationale. L'analyse de ces éléments historiques est souvent faite de façon implicite par le juge interne, ce qui invite le lecteur à recourir aux documents connexes à l'arrêt ou à la décision. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une politique jurisprudentielle qui laisse une grande marge aux considérations historiques, tantôt comme une composante du contrôle effectué par la Cour, tantôt comme l'objet de ce contrôle<sup>427</sup>.

Le juge, interne ou conventionnel, prend en compte ce contexte, de façon générale, pour mieux comprendre les faits de l'espèce (§1), mais il peut aussi, dans certains cas, considérer des éléments historiques pour soutenir ou combattre la stratégie argumentative présentée par les parties ou pour appuyer son propre raisonnement (§2).

### ***§ 1. Le contexte historique, élément pour la compréhension des faits de l'espèce***

La justice traite habituellement d'affaires certes révolues, mais récentes, ce qui implique une certaine réticence du juge à prendre en compte les faits du passé, qui trouvent aussi un barrage du fait des règles de la prescription. Le passé peut toutefois faire une entrée dans le prétoire pour aider à contextualiser l'affaire qui est soumise au juge. Ce procédé est utilisé de façon fréquente par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le juge de Strasbourg présente ainsi, de façon détaillée, le contexte d'affaires qui puisent souvent leurs racines dans la Seconde Guerre mondiale ou la transition démocratique après la chute du communisme (I).

À l'opposé, le juge interne, habitué à des arrêts brefs, souvent elliptiques, laisse peu de place à la contextualisation historique. Néanmoins, des arrêts récents montrent une certaine prise en compte du passé pour mieux comprendre des contentieux en lien avec des périodes mouvementées de l'histoire nationale ou avec des épisodes de l'histoire locale (II).

---

<sup>427</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, p. 7.

## (I) La contextualisation historique des affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme : la prise en compte de l'histoire mouvementée de quarante-sept pays membres

L'exposé des faits de l'affaire dans les arrêts de la Cour de Strasbourg débute souvent par un résumé du contexte historique dans lequel ils s'insèrent. Les particularités, non seulement de la juridiction, mais aussi des affaires qui y sont examinées expliquent ce recours à la contextualisation historique. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, comme son nom l'indique, est une Cour régionale, elle connaît des affaires venant de quarante-sept pays, tous possédant un passé et une histoire particuliers. Leur rappel est donc nécessaire pour connaître les caractéristiques de l'affaire en question. De même, eu égard au contexte de l'adoption de la CEDH, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, et aux différents événements qui ont marqué l'histoire des pays signataires tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, la Cour a dû connaître de nombreuses affaires en lien avec les conséquences de ces événements, des affaires sensibles qui « portent les stigmates de l'histoire controversée de l'Europe »<sup>428</sup>. La place du contexte historique dans la motivation des décisions de la Cour de Strasbourg est toutefois variable, en fonction des affaires jugées (A). Le poids et le but assignés par la Cour à cette contextualisation est aussi inégal. Si, dans certains cas, le contexte historique remplit simplement une fonction d'éclairage, dans d'autres il permet une meilleure compréhension des solutions adoptées par la Cour (B).

### (A) *Un recours variable au contexte de l'affaire*

La Cour a résumé sa relation à l'histoire dans un considérant de principe selon lequel elle « doit s'abstenir, dans la mesure du possible, de se prononcer sur des questions d'ordre purement historique, qui ne relèvent pas de sa compétence ; toutefois, elle peut admettre certaines vérités historiques notoires et s'en servir pour asseoir son raisonnement »<sup>429</sup>. Si elle refuse, en principe, de porter des jugements sur l'histoire, elle l'utilise comme un cadre conceptuel pour mieux appréhender les faits de l'espèce qui peuvent être, eux-mêmes, des faits chronologiquement anciens et qualifiables d'historiques<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> A. KOVLER, « La Cour devant l'histoire, l'histoire devant la Cour ou comment la Cour européenne "juge" l'histoire » in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, Coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 338.

<sup>429</sup> Cour EDH, Grande chambre, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n° 58278/00, § 96.

<sup>430</sup> V. J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 6.

Dans de nombreuses affaires, les faits soumis à la Cour sont liés à un contexte historique plus général auquel la Cour fait référence sous une rubrique qui peut prendre différents titres, parmi lesquels : « historique et contexte » pour présenter l’histoire de l’immigration au sein du Commonwealth dans une affaire portant sur un refus de permis de séjour<sup>431</sup> ; « contexte historique » pour présenter, par exemple, les conséquences de la fin de la Seconde Guerre mondiale en Pologne, notamment du fait de l’absence d’accord sur les réparations dans une affaire sur l’indemnisation d’une personne soumise au travail forcé pendant la guerre<sup>432</sup>. La contextualisation peut aussi être présentée dans une rubrique appelée « rappel historique »<sup>433</sup>, « bref historique »<sup>434</sup>, ou elle peut être insérée dans la rubrique plus large du « contexte général »<sup>435</sup>.

Si c’est d’habitude la Cour qui dresse le tableau historique des faits, dans certains cas, les États défendeurs peuvent aussi demander à la Cour de tenir compte de leur contexte historique pour décider l’affaire<sup>436</sup>. La contextualisation peut donc apparaître dans les arguments présentés par les parties. C’est le cas notamment de l’arrêt *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie* sur les restrictions aux réunions d’une association qui visaient à commémorer certains événements de l’histoire du peuple macédonien. Dans ses observations, le Gouvernement souligna qu’ « il est essentiel de connaître le contexte historique et la situation actuelle en Bulgarie et dans les Balkans pour comprendre les questions soulevées en l’espèce »<sup>437</sup>, et procéda alors à un rappel historique qui fut reproduit par la Cour dans l’arrêt.

En général, la Cour dresse la contextualisation historique à partir des faits qui lui sont présentés par les requérants, le gouvernement ou les intervenants au procès. Cette pratique pose des problèmes méthodologiques, notamment par rapport aux sources utilisées et à l’objectivité de la représentation des faits historiques. Par exemple, l’ancien juge A. KOVLER, dans un article de doctrine, attire l’attention sur le fait que les comptes rendus du contexte historique opérés par la Cour ne sont pas forcément neutres. Il fait remarquer, par exemple,

---

<sup>431</sup> Cour EDH, plénière, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni*, req. n<sup>os</sup> 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 11 à 12.

<sup>432</sup> Cour EDH, 8 juin 2006, *Wos c. Pologne*, req. n<sup>o</sup> 22860/02, § 9 et ss.

<sup>433</sup> Par exemple, Cour EDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, req. n<sup>os</sup> 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, § 13 à 17.

<sup>434</sup> Par exemple : Cour EDH, Grande chambre, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n<sup>o</sup> 42326/98, § 15- 16.

<sup>435</sup> V. Cour EDH, Grande chambre, 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. n<sup>o</sup> 44158/98, § 13 à 15.

<sup>436</sup> A. KOVLER, « La Cour devant l’histoire, l’histoire devant la Cour ou comment la Cour européenne “juge” l’histoire », *op. cit.*, p. 339.

<sup>437</sup> Cour EDH, 2 octobre 2001, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, req. n<sup>os</sup> 29221/95 et 29225/95, § 47.



dans l'affaire *Broniowski c. Pologne*, relative à la compensation des personnes qui avaient dû abandonner leurs biens à la suite des mesures de rapatriement après la nouvelle délimitation des frontières après la Seconde Guerre mondiale, que la Cour fit référence, dans la rubrique sur le contexte historique, au fait que « la Pologne a perdu 19.78% de son territoire ». Toutefois, souligne le juge, « la réunification des régions occidentales et le retour des villes telles que Stettin (Szczecin), Breslau (Wroclaw), Danzig (Gdansk) selon les accords de Postdam (chapitre IX) ont bien compensé cette “perte”, tandis que la Cour omet ce fait évident. C’est exactement un cas où le non-dit est plus éloquent que ce qui est dit »<sup>438</sup>.

Par rapport aux sources, l'article 38 de la CEDH prévoit le caractère contradictoire de l'examen de l'affaire et donne à la Cour la possibilité de mener des enquêtes. De même, l'Annexe au Règlement donne d'amples pouvoirs d'instruction pour établir les faits de l'affaire : la Cour peut ainsi demander des preuves, entendre des témoins ou des experts, solliciter des avis... Toutefois, ces pouvoirs sont avant tout utilisés pour établir les faits de l'espèce. Pour leur contextualisation, la Cour se limite aux éléments du dossier présentés par les parties<sup>439</sup>. Dans certains cas, la Cour peut même renvoyer aux faits tels que rapportés dans d'autres affaires afin d'établir le contexte historique du cas d'espèce. Par exemple, dans l'arrêt *Chypre c. Turquie*, sur les conséquences des opérations militaires menées par la Turquie au nord de Chypre en 1974, la Cour renvoya à l'affaire *Loizidou c. Turquie* de 1996 pour la description de la présence militaire turque à l'époque des faits<sup>440</sup>. De manière assez discutable<sup>441</sup>, la Cour peut faire référence à des sources moins orthodoxes. Par exemple, dans l'affaire *D. H. et autres c. République tchèque* sur la scolarisation des enfants roms, la Cour établit le contexte historique de l'affaire en prenant comme fondement les documents

---

<sup>438</sup> A. KOVLER, « La Cour devant l'histoire, l'histoire devant la Cour ou comment la Cour européenne “juge” l'histoire », *op. cit.*, p. 341.

<sup>439</sup> Toutefois, les éléments présentés par les parties peuvent être nombreux et variés. Par exemple, dans l'affaire *Ilaşcu* la Cour souligna qu'elle a pris en compte « les nombreux documents soumis par les parties et par les autorités transnistriennes tout au long de la procédure : des lettres de M. Ilie ILAȘCU ; des déclarations et lettres de M. Andrei IVANȚOC ; des documents des autorités moldaves concernant les enquêtes sur l'arrestation et la détention des requérants ; des déclarations écrites de témoins, y compris Olga CĂPĂȚÎNĂ et Petru GODIAC ; des documents relatifs au procès des requérants devant le “Tribunal suprême de la RMT” et la “grâce” accordée à M. ILAȘCU ; des documents et déclarations au sujet de la Transnistrie et de la présente requête émanant de différentes administrations de la Moldava et de la Fédération de Russie ; des extraits de presse évoquant des déclarations d'hommes politiques et d'autres officiels de la Fédération de Russie ; des documents officiels concernant la présence militaire de la Fédération de Russie en Transnistrie et le règlement du différend transnistrien, y compris des traités et accords conclus entre la Moldava et la Transnistrie, et entre la Fédération de Russie et la Transnistrie ; des cassettes vidéo traitant du conflit de 1992 et de la situation en Transnistrie » (Cour EDH, Grande Chambre, 8 juillet 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, § 16).

<sup>440</sup> Cour EDH, Grande chambre, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, § 13.

<sup>441</sup> V. la critique exprimée sur ce point par A. KOVLER, *op. cit.*, p. 348.

disponibles sur le site Internet de la Division des roms et des gens du voyage du Conseil de l'Europe<sup>442</sup>.

La place que donne la Cour au contexte historique est aussi variable, tant par rapport au fond que par rapport à la forme. Sur la forme, dans certaines affaires, la Cour n'hésite pas à consacrer de longs développements au contexte historique. Par exemple, dans l'affaire *Ilaşcu* relative aux actes accomplis par les autorités de la « République moldave de Transnistrie », la Cour dédia plus d'une centaine de paragraphes au récit du contexte général de l'affaire, en retraçant l'histoire et l'évolution de la Transnistrie<sup>443</sup>. En contraste, malgré le fait que l'affaire touchait à des événements sensibles de l'histoire de l'État défendeur, la contextualisation de l'affaire *Öcalan*, relative à l'arrestation du chef du Parti des travailleurs du Kurdistan, n'occupe que trois lignes<sup>444</sup>.

Sur le fond, dans certains cas, la contextualisation se limite à l'histoire récente, tandis que dans d'autres la Cour n'hésite pas à remonter plusieurs siècles dans les pages de l'histoire nationale. Par exemple, dans l'affaire *Tănase c. Moldova*, relative à l'interdiction faite aux ressortissants moldaves qui possèdent d'autres nationalités de siéger au Parlement, la Cour fit remonter la contextualisation historique de l'affaire jusqu'à l'apparition de la principauté de Moldavie en tant qu'État indépendant en 1359<sup>445</sup>.

La diversité des sources et la place variable de la contextualisation historique dans les différentes affaires examinées par la Cour font aussi écho aux différents buts ou objectifs poursuivis par cette contextualisation.

### *(B) Une contextualisation historique obéissant à différents objectifs*

Le recours à la contextualisation historique de l'affaire peut obéir à différents buts. Elle peut servir à rappeler les antécédents de l'espèce. Par exemple, dans une affaire concernant la dévastation de la ville de Tyrnyauz par une coulée de boue en juillet 2000, sous l'intitulé « rappel historique », la Cour exposa le récit des différentes coulées de boue qui se sont produites dans la région dans le passé afin d'analyser le degré de responsabilité des

---

<sup>442</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n° 57325/00, § 12.

<sup>443</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 8 juillet 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, précité, § 28 à 185.

<sup>444</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, § 13. V. sur ce point A. KOVLER, « La Cour devant l'histoire, l'histoire devant la Cour ou comment la Cour européenne "juge" l'histoire », *op. cit.*, p. 344.

<sup>445</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 27 avril 2010, *Tănase c. Moldova*, req. n° 7/08, § 11 à 18.

autorités russes dans la gestion du risque et de prévention de la tragédie<sup>446</sup>. De même, la Cour peut retracer l'évolution historique d'un sujet déterminé au cœur de l'affaire en question. Par exemple, dans une affaire contre la France concernant la loi dite « Verdeille » qui obligeait les propriétaires de terrains d'une surface inférieure à un seuil défini par la loi à faire partie des associations communales de chasse agréées et de permettre ainsi la chasse sur leurs terrains, malgré leur éventuelle opposition, la Cour commença l'exposé des faits en précisant : « Étant donné l'importance du contexte historique de l'affaire, il semble, exceptionnellement, utile de faire précéder la partie "Circonstances de l'espèce" par une brève introduction, fondée sur les données fournies par le Gouvernement »<sup>447</sup>. Elle retraça ainsi l'évolution du droit de chasse en France pour examiner les buts et les justifications de l'ingérence sur le droit de propriété et d'association des requérants.

La contextualisation historique peut être aussi mobilisée pour éclairer un point précis de la qualification des faits en fonction de la norme à appliquer. Ainsi, dans l'affaire *Gorzelik et autres c. Pologne*, la Cour examina le cas de l'« Union des personnes de nationalité silésienne » dont l'enregistrement en tant qu'association avait été refusé par les autorités polonaises. Les requérants considéraient que cette association pouvait légitimement se qualifier d'organisation d'une minorité nationale, qualification qui leur permettait de bénéficier des privilèges en matière électorale, alors que le peuple silésien n'était pas considéré comme une minorité nationale en droit polonais. La Cour a dû se pencher sur l'histoire de la Silésie afin d'examiner si ce refus était une ingérence non justifiée dans la liberté d'association des requérants<sup>448</sup>. Ce type de contextualisation est aussi présent dans la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'expression. De nombreuses affaires portées devant le juge de Strasbourg concernent la condamnation de propos négationnistes et la Cour doit donc prendre en compte des faits historiques liés à la Seconde Guerre mondiale et, plus particulièrement, à l'Holocauste, qu'elle qualifie même de « faits historiques clairement établis »<sup>449</sup>, dont la négation ou révision se voit ainsi soustraite par l'article 17 de la CEDH à la protection de l'article 10.

---

<sup>446</sup> Cour EDH, 1<sup>ère</sup> section, 20 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, précité, §13 à 17.

<sup>447</sup> Cour EDH, Grande chambre, 29 avril 2004, *Chassagnou et autres c. France*, req. n<sup>os</sup> 25088/94, 28332/95 et 28443/95.

<sup>448</sup> Cour EDH, Grande chambre, 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. n<sup>o</sup> 44158/98.

<sup>449</sup> Cour EDH, Grande chambre, 23 septembre 1998, *Lehideux c. Isorni*, précité, § 47. Une analyse de cette affirmation, qui peut mener la Cour sur le terrain du jugement de faits historiques, est détaillée dans le Titre II de la Seconde Partie.

La Cour peut aussi faire référence à l'histoire d'une institution. C'est le cas, notamment, de l'analyse à la lumière des exigences de l'article 6 de la CEDH des juridictions administratives qui cumulent des fonctions juridictionnelles et de conseil. La Cour considère que le fait que les mêmes personnes exercent successivement des fonctions consultatives et juridictionnelles, à propos de la même affaire, était de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle du Conseil d'État<sup>450</sup>. Dans des arrêts concernant les Conseils d'État néerlandais et français, la Cour présenta, dans la rubrique sur le droit et la pratique interne pertinente, un aperçu historique du Conseil d'État pour le premier cas<sup>451</sup>, et de la justice administrative en général pour le cas français - considérant que « l'histoire de la juridiction administrative française se confond, pour l'essentiel, avec celle du Conseil d'État »<sup>452</sup>. Pour le Conseil d'État français, le gouvernement insista sur les particularités de son fonctionnement et sur la spécificité de la figure du commissaire du gouvernement qui « appartient aux meilleures traditions du droit français »<sup>453</sup>. La Cour admit que « par rapport aux juridictions de l'ordre judiciaire, la juridiction administrative française présente un certain nombre de spécificités, qui s'expliquent par des raisons historiques »<sup>454</sup>. Toutefois, elle considéra que cet ancrage historique ne pouvait justifier un manquement à la Convention.

L'examen du passé individuel des requérants, sur le fondement des preuves apportées au dossier par eux-mêmes, peut être aussi relié à des événements historiques, afin de mieux comprendre les mesures prises par les autorités étatiques, dans le cadre de l'interaction entre les articles 8 (protection de la vie privée) et 10 (liberté d'expression) de la Convention. Par exemple, dans l'affaire *Petrina c. Roumanie*, le requérant avait été désigné dans un magazine satirique comme étant un ancien collaborateur de la *Securitate*. Les tribunaux internes avaient rejeté les recours pour diffamation présentés par le requérant, invoquant la liberté d'expression des journalistes. La Cour, dans son examen de la prétendue violation de l'article 8 de la CEDH, prit en compte le fait que la collaboration des hommes politiques avec cette organisation était une question sociale et morale très sensible dans le contexte historique spécifique de la Roumanie et elle considéra que « dans ce contexte, et compte tenu du climat de terreur instauré par les agents des anciens services de renseignements, la Cour ne saurait

---

<sup>450</sup> Cour EDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, req. n° 14750/89, § 45.

<sup>451</sup> Cour EDH, Grande chambre, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, req. n°s 39343/98, 39651/98, 43247/98 et 46664/99, § 118 et ss.

<sup>452</sup> Cour EDH, Grande chambre, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n° 39594/98, § 28. De même, dans l'arrêt *Drodz et Janousek c. France et Espagne*, elle dédia plusieurs paragraphes à l'origine historique des institutions judiciaires en Andorre (Cour EDH, Grande chambre, 26 juin 1992, req. n° 12747/87).

<sup>453</sup> Cour EDH, *Kress c. France*, précité, § 62.

<sup>454</sup> *Ibid.*, § 69.

partager l'opinion des tribunaux internes »<sup>455</sup>. Elle conclut que, même si l'affirmation du journal satirique pouvait être considérée comme un jugement de valeur, il était dénué de base factuelle et, par conséquent, il portait une atteinte disproportionnée à la réputation du requérant.

En revanche, dans l'affaire *Feldek c. Slovaquie*, la Cour considéra que la référence au « passé fasciste » d'un ministre du gouvernement slovaque du fait de son appartenance aux Jeunesses Hlinka, n'était pas dépourvue de base factuelle puisqu'elle reposait sur des faits publiés par la presse et par le ministre lui-même. Par conséquent, elle jugea que la condamnation pour diffamation dont le requérant avait fait l'objet était contraire à l'article 10 de la Convention<sup>456</sup>. Toutefois, cette affaire démontre la difficulté de prendre en compte des éléments historiques, notamment ceux relatifs à des périodes troubles de l'histoire nationale, qui ne font pas l'objet d'une interprétation unanime. En effet, même s'il ne s'agissait que d'un élément de contextualisation, deux juges exprimèrent une opinion dissidente à propos de l'interprétation faite par la Cour en relation au « passé fasciste » du ministre. Ils considéraient que la déclaration litigieuse n'avait pas une base factuelle suffisante, estimant « qu'il n'existe pas de preuves suffisantes pour considérer les Jeunesses Hlinka comme une organisation fasciste »<sup>457</sup>.

Toujours dans le cadre de l'examen des plaintes pour diffamation, l'examen du contexte historique peut être pris en compte pour mesurer les effets de l'affirmation litigieuse. Saisie d'une affaire où les deux requérants furent condamnés pour diffamation du fait de la diffusion d'un pamphlet contre l'avortement qui comparait la pratique d'un docteur dans une clinique de Nuremberg à l'Holocauste, la Cour observa « que l'impact que l'expression d'une opinion a sur les droits de la personnalité de l'autre, ne peut pas être détaché du contexte historique et social dans lequel cette affirmation a eu lieu »<sup>458</sup>. Elle considéra que la référence à l'Holocauste devait alors s'analyser en prenant en compte le contexte historique allemand.

La contextualisation des faits de l'affaire peut donc prendre diverses formes. De même, la place accordée à cette contextualisation varie en fonction des faits, de leur complexité et des éventuelles interprétations contradictoires qui peuvent être faites. Car, si la

---

<sup>455</sup> Cour EDH, 14 octobre 2008, *Petrina c. Roumanie*, req. n° 78060/01, § 47. De façon similaire v. Cour EDH, 3 mai 2011, *Sipoș c. Roumanie*, req. n° 26125/04.

<sup>456</sup> Cour EDH, 12 juillet 2001, *Feldek c. Slovaquie*, req. n° 29032/95.

<sup>457</sup> *Ibid.*, Opinion dissidente des juges FISCHBACH et LORENZEN.

<sup>458</sup> Cour EDH, 13 janvier 2011, *Hoffer et Annen c. Allemagne*, req. n°s 397/07 et 2322/07, § 48 [en anglais].

Cour s'appuie sur les faits présentés par les parties, face à des compte rendus contradictoires, elle doit choisir entre les différentes versions. La ligne de séparation entre interprétation et contextualisation est donc, encore une fois, difficile à établir. Cette place variable donnée à la contextualisation historique en fonction des cas d'espèce, ainsi que la diversité des méthodes utilisées et l'éventuel manque de cohérence entre elles au moment d'examiner des faits historiques, posent ainsi la question de la neutralité et, même, de la légitimité de la Cour à se saisir de l'histoire des pays signataires.

## (II) La contextualisation historique dans la jurisprudence interne : un recours discret à l'histoire récente de la France

En comparaison avec les arrêts de la Cour de Strasbourg, la contextualisation historique de l'affaire ne fait pas l'objet de développements aussi étendus dans la jurisprudence interne. En particulier, le caractère objectif de la majorité des contentieux soumis au Conseil constitutionnel fait que ce dernier n'a pas vocation à examiner directement des faits. Toutefois, l'examen de certaines lois, prises pour régler les conséquences de faits qualifiés d'historiques, peuvent motiver le Conseil constitutionnel à examiner des faits intimement liés à la loi objet de son contrôle. Cette hypothèse peut impliquer, dans des cas exceptionnels, une contextualisation historique pour une meilleure compréhension de l'affaire (A). En revanche, le juge administratif, qu'il agisse dans le cadre de contentieux objectifs comme celui de la légalité des actes administratifs<sup>459</sup> ou subjectifs, comme celui de la responsabilité, doit se confronter aux faits de l'espèce. Ces faits peuvent remonter assez loin dans le passé et se mêler à l'histoire nationale, ce qui peut motiver le recours à leur contextualisation, afin de mieux les appréhender (B).

### (A) *Le modeste recours à la contextualisation historique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

Le Conseil constitutionnel peut prendre en compte le contexte de la norme de référence du contrôle, dans le cadre d'une interprétation historique, comme cela a été analysé dans le chapitre précédent. De même, il lui arrive de contextualiser la norme qui est soumise à son contrôle. Toutefois, l'absence d'un véritable contentieux subjectif fait que, dans son rôle

---

<sup>459</sup> Même si la qualification du recours pour excès de pouvoir comme un contentieux objectif fait l'objet de débats (v., notamment, M. MANCIA, « Développements au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir », *LPA*, n° 122, 2006, p. 8).

de juge de la constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'a pas à procéder à l'examen de faits de l'affaire. Ce caractère objectif est évident dans le cadre du contrôle *a priori*. La question pouvait, néanmoins, se poser dans le cadre du contrôle *a posteriori*. En effet, au moment de son introduction, ce contrôle avait été envisagé comme un nouveau droit pour les justiciables<sup>460</sup>. Toutefois, du fait de son architecture et de la pratique développée par le Conseil, la question prioritaire de constitutionnalité présente les caractéristiques d'un contrôle objectif, c'est-à-dire un « procès fait à un acte en vue de faire respecter le droit objectif, et non le respect des droits subjectifs des personnes »<sup>461</sup>. La forme incidente de la question du mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité, l'obligation d'information des quatre autorités historiques de saisine du contrôle *a priori*<sup>462</sup> et l'absence de répercussions d'une extinction de l'instance après la transmission de la question<sup>463</sup>, sont autant de preuves de son objectivité. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a pas à connaître des faits de l'espèce à l'origine du litige qui a donné lieu à la question de constitutionnalité<sup>464</sup>, comme en témoigne l'obligation de présenter cette question dans un mémoire distinct<sup>465</sup>. Comme l'explique un des membres du Conseil constitutionnel : « La situation de fait litigieuse à l'occasion de laquelle la question de constitutionnalité est posée n'est pas exposée ; elle est en arrière-plan ; elle peut implicitement influencer les déterminants du juge, mais logiquement l'analyse juridique est la même, de sorte que la structure argumentaire de la décision n'est pas modifiée »<sup>466</sup>. De même, dans le cadre de son office de juge électoral, les courts délais qui encadrent ce contentieux et l'actualité des affaires qui sont soumises limitent le besoin d'une historique des faits de l'espèce par le Conseil constitutionnel.

---

<sup>460</sup> Ainsi, dans le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République (Comité BALLADUR), l'introduction du contrôle *a posteriori* fut présentée dans le Chapitre III intitulé « *Des nouveaux droits pour les citoyens* ».

<sup>461</sup> E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? » in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2013, p. 212.

<sup>462</sup> Article 23-8 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* (modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *JO* du 11 décembre 2009, p. 21379). V. M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel, juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 91-92.

<sup>463</sup> Article 23-9 de l'Ordonnance précitée.

<sup>464</sup> Le Conseil constitutionnel peut toutefois s'intéresser aux faits, dans le cadre d'un contrôle objectif, afin de déterminer un changement de circonstances. En effet, l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit qu'une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil ne peut pas faire l'objet d'une QPC (article 23-2 sur les conditions de transmission d'une QPC). Toutefois, cette condition ne s'applique pas en cas de « changement de circonstances ». Le Conseil constitutionnel a reconnu dans sa jurisprudence que ce changement peut venir des circonstances de faits ou de droit (CC n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.*, p. 206, *JO* du 11 décembre 2009 p. 21381).

<sup>465</sup> Article 23-5 de l'Ordonnance précitée.

<sup>466</sup> G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, p. 233.

Toutefois, il est possible de retrouver un exemple isolé, relatif à une loi sur l'évolution du statut des Comores au sein de la République française, où le Conseil contextualisa les faits relatifs à la consultation, en faisant appel à l'histoire de la décolonisation pour faire face aux particularités de l'affaire.

L'affaire des Comores fut l'objet d'un examen par le Conseil constitutionnel par le biais d'une saisine parlementaire sur la loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores. Pour l'examen de cette loi, le Conseil fit appel à l'histoire de la colonisation de cet archipel afin de pouvoir interpréter les termes « populations » et « territoire » que l'article 53 de la Constitution mentionne, en relation au cas d'espèce. Les députés dans leur saisine avancèrent aussi des arguments relatifs au contexte historique pour argumenter la contrariété de la loi à la Constitution. Afin de comprendre les enjeux liés à cette décision, il s'avère nécessaire de faire un rappel des événements et des conditions qui ont conduit à la saisine du Conseil constitutionnel.

En vertu de la « doctrine Capitant »<sup>467</sup>, l'article 53 de la Constitution avait vocation à s'appliquer non seulement en cas de cession de territoires, mais aussi en cas de sécession dans le cadre de l'accession à l'indépendance des territoires d'outre-mer (TOM). En effet, d'après cette doctrine, il était considéré que les territoires d'outre-mer n'avaient pas perdu leur droit à la libre administration à l'expiration des délais prévus par les articles 76 et 91 de la Constitution<sup>468</sup>, et qu'ils pouvaient continuer à l'exercer par le biais de la procédure prévue à l'article 53 de la Constitution<sup>469</sup>. Ainsi, si un TOM souhaitait accéder à l'indépendance, la procédure suivie devait comprendre l'approbation d'une première loi organisant un référendum pour consulter les « populations intéressées ». Si le référendum confirmait la

---

<sup>467</sup> Cette argumentation a été développée par R. CAPITANT, alors Président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, lors du rapport sur le projet de loi organisant une consultation de la population de la Côte française des Somalis (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Document n° 2199*, Annexe au procès verbal de la séance du 30 novembre 1966) et reprise lors de la discussion générale devant l'Assemblée (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Compte rendu intégral de la 2<sup>ème</sup> séance du 2 décembre 1966*, p. 5214-5217).

<sup>468</sup> L'article 76 de la Constitution, dans sa version initiale, prévoyait « Les territoires d'Outre-Mer peuvent garder leur statut au sein de la République. S'ils en manifestent la volonté par délibération de leur assemblée territoriale prise dans le délai prévu au premier alinéa de l'article 91, ils deviennent soit départements d'Outre-Mer de la République, soit, groupés ou non entre eux, États membres de la Communauté ». De son côté, l'article 91 prévoyait à cet effet, un délai de quatre mois.

<sup>469</sup> V. H. SAÏD MOHAMED, « Le principe de l'indivisibilité de la République et le droit de certains territoires à faire sécession », *Actes du VI<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel* [en ligne], AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, [<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/SaidMohamedTXT.pdf>]



volonté des populations de se séparer de la France, une nouvelle loi tirait les conséquences de cette consultation reconnaissant l'indépendance du territoire<sup>470</sup>.

L'archipel des Comores, composé de quatre îles : Grande Comore, Mohéli, Anjouan et Mayotte, était une colonie française depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>471</sup>. Poussée par l'élan indépendantiste qui s'est développée après la fin de la Seconde Guerre mondiale, la Chambre des députés du TOM des Comores vota, le 23 décembre 1972, une résolution demandant l'indépendance. Le 15 juin 1973 un accord fut signé entre le ministre des DOM-TOM de l'époque, B. STASI, et le président du Conseil du Gouvernement comorien, A. ABDALLAH, prévoyant une consultation populaire des Comoriens. Cette consultation fut organisée par la loi du 23 novembre 1974 portant comme titre « loi organisant une consultation des populations des Comores »<sup>472</sup> et prévoyait un classement des résultats par circonscription, c'est-à-dire île par île. Elle se déroula le 22 décembre 1974, et les résultats globaux furent pour une acceptation de l'indépendance par 94.56% des votants. Toutefois, le classement par circonscription révéla que, dans l'île de Mayotte, 63.82% des votants s'étaient prononcés contre cette indépendance.

Face à ce résultat, le Parlement français adopta la loi n° 75-560 du 3 juillet 1975 relative à l'indépendance du territoire des Comores. Cette loi proclamait dans son article 1<sup>er</sup> que « le territoire des Comores deviendra un État indépendant lorsqu'il aura été satisfait aux conditions prévues par la présente loi ». Les conditions étaient liées à l'approbation par référendum d'une Constitution, or, cette même loi prévoyait que les résultats de ce référendum seraient pris en compte île par île. Ainsi si une des quatre îles s'opposait par deux fois au projet constitutionnel, elle ne serait pas tenue de faire partie du nouvel État. Cette loi permettait à Mayotte, en pratique, de ne pas faire partie du nouvel État des Comores et d'être consultée une nouvelle fois, de façon individuelle, sur le régime qui la régirait. Pour protester contre cette loi, la Chambre des députés des Comores réunie à Moroni proclama l'indépendance de l'archipel le 6 juillet 1975. Le Gouvernement français rétorqua par l'approbation de la loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de

---

<sup>470</sup> J-F. DOBELLE, « Référendum et droit à l'auto-détermination », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 59.

<sup>471</sup> L'île comorienne de Maoré (aujourd'hui Mayotte) fut cédée aux premiers colons français en 1841. Cette cession fut ratifiée en 1843 par Louis-Philippe. Les trois autres îles de l'archipel sont devenues des protectorats de la France à partir de 1886 (1886 pour l'île de Mohéli, 1892 pour Grande Comore et Anjouan). L'archipel accéda au statut de colonie en 1912, puis de territoire d'outre-mer en 1946.

<sup>472</sup> Le projet de loi du gouvernement prévoyait la consultation de la population, mais le Parlement modifia la rédaction afin de consulter les populations, détail grammatical qui entraîna de profondes conséquences politiques et diplomatiques.

l'autodétermination des îles des Comores<sup>473</sup>. Si cette loi proclamait dans son article 8 que « Les îles de la Grande Comore, Anjouan et Mohéli cessent, à partir de la promulgation de la présente loi, de faire partie de la République française », elle prévoyait aussi une nouvelle consultation uniquement pour l'île de Mayotte, afin que sa population se prononce sur son désir ou non de demeurer au sein de la République française, permettant, par conséquent, la sécession de Mayotte de l'État des Comores qui, entre temps, avait acquis la reconnaissance internationale et le statut de membre de l'ONU<sup>474</sup>.

Les députés de l'opposition décidèrent de saisir le Conseil constitutionnel, en usant de la possibilité ouverte par la révision de la Constitution de 1974. Ils avancèrent dans leur saisine plusieurs arguments historiques en appui de leur démonstration, notamment en faveur d'un « principe fondamental de l'unité territoriale de l'archipel des Comores »<sup>475</sup>. En effet, il existe en droit international le principe de l'*uti possidetis* qui « consiste à fixer les frontières en fonction des anciennes limites administratives internes à un État préexistant dont les États nouveaux accédant à l'indépendance sont issus »<sup>476</sup>. En soumettant l'île de Mayotte à un processus différencié qui pouvait avoir comme résultat la sécession de l'île du reste de l'archipel, la loi méconnaissait ce principe coutumier du droit international et était, par conséquent, contraire à l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946. Si ce principe ne fut pas mentionné explicitement dans la saisine, le député A. VIVIEN, qui prit l'initiative de la saisine du Conseil, y avait fait allusion lors de la discussion devant l'Assemblée nationale en

---

<sup>473</sup> Il est intéressant de noter l'évolution dans le titre des lois, ainsi si en juillet le Parlement français faisait référence à « l'indépendance **du territoire** des Comores » [nous soulignons l'emploi du singulier], en décembre il préféra parler des « conséquences de l'autodétermination **des îles** des Comores » [nous soulignons l'emploi du pluriel et du changement de terme de « territoire » vers « îles »].

<sup>474</sup> Décision n° 3385 prise lors de la 2402<sup>ème</sup> séance plénière des Nations Unies du 12 novembre 1975 qui réaffirmait « la nécessité de respecter l'unité et l'intégrité territoriale de l'archipel des Comores composé des îles d'Anjouan, de Grande Comore, de Mayotte et de Mohéli ». Déjà lors de la 2202<sup>ème</sup> séance plénière du 14 décembre 1973, les Nations Unies affirmaient « l'unité et l'intégrité territoriale de l'archipel des Comores ». Cette position fut maintenue par les Nations Unies, comme le démontre la résolution 49/18 du 6 décembre 1994 où l'Assemblée générale « réaffirme la souveraineté de la République fédérale islamique des Comores sur l'île de Mayotte » et le fait que la « question de l'île comorienne de Mayotte » soit toujours inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale de l'ONU, même si son examen est toujours reporté à la session suivante.

<sup>475</sup> Saisine par soixante députés qui donna lieu à la décision CC n° 75-59 DC du 30 décembre 1975 texte disponible en ligne à l'adresse [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/75-59-dc/saisine-par-60-deputes.102530.html>].

<sup>476</sup> Q. D. NGUYEN et al., *Droit international public*, Paris : LGDJ, Coll. Traités, 8<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 468. V. aussi sur ce point J-M. SOREL, R. MEHDI, « L'*uti possidetis* entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation », *Annuaire français de droit international*, 1994, p. 11-40.

soulignant l'existence du principe de « la non-balkanisation » selon lequel « les frontières héritées de la période coloniale ont [...] le mérite d'exister »<sup>477</sup>.

Pour démontrer l'unité territoriale de l'archipel des Comores, les députés retracèrent brièvement dans leur saisine l'histoire de la colonisation de cet archipel, pour démontrer que « depuis que les îles de la Grande-Comore, d'Anjouan et de Mohéli ont été érigées en protectorat français, elles ont été réunies avec l'île de Mayotte pour former un territoire unique ». Ils argumentaient, en particulier, que cette unité politique et administrative n'avait été remise en cause depuis 1889 par aucune disposition législative ou réglementaire. Ils soulignaient le paradoxe de reconnaître que la France avait renoncé à sa souveraineté sur les îles de la Grande-Comore, de Mohéli et d'Anjouan tout en la maintenant sur l'île de Mayotte « qui a [...] ainsi que l'histoire nous l'enseigne, été celle qui a servi de base à la création politique et administrative de l'archipel des Comores ».

Lors de la délibération devant le Conseil constitutionnel, le rapporteur F. GOGUEL commença son exposé par un historique du régime des Comores et de Mayotte remontant à 1841 avec la colonisation de l'île de Mayotte<sup>478</sup>. Le rapporteur mobilisa aussi des arguments historiques pour répondre à la saisine des députés. En particulier, il considéra que l'affirmation selon laquelle les quatre îles de l'archipel formaient un territoire qui n'avait pas été remis en cause depuis 1889 était historiquement « très contestable »<sup>479</sup>. Déjà, dans son rappel historique, le rapporteur soulignait certains éléments qui allaient à l'encontre de cette affirmation, par exemple, le décret du 24 septembre 1946 portant organisation administrative divisait le territoire « en autant de circonscriptions administratives qu'il y a d'îles principales dans l'archipel ». Le rapporteur rajouta que « les lois de 1961 et 1968 ont créé quatre subdivisions, puis circonscriptions, avec personnalité morale, conseil élu assurant expression

---

<sup>477</sup> *JO AN débats*, 1<sup>ère</sup> séance du 26 juin 1975, p. 4778. Toutefois une partie de la doctrine de l'époque s'opposait à l'existence d'un tel principe. Ainsi L. FAVOREAU se demandait « Le principe dit de "non-balkanisation" fait-il partie du droit international public positif et à ce titre, s'impose-t-il aux États ? Ceci est rien moins qu'évident car il n'a été consacré ni par la jurisprudence, ni par la coutume. On peut faire valoir au contraire que la pratique internationale et notamment celle des Nations Unies est en sens contraire ». Il énuméra plusieurs exemples où la décolonisation s'est faite sans respecter les anciennes frontières, notamment dans le cas du Cameroun ou de la Nouvelle Guinée (L. FAVOREAU, « Chronique constitutionnelle française : la décision du 30 décembre 1975 dans l'affaire des Comores », *RDP*, 1976, p. 573-574).

<sup>478</sup> Séance du 30 décembre 1975, reproduite dans B. MATHIEU et. al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Grandes délibérations, 2<sup>e</sup> éd., p.287-288.

<sup>479</sup> *Ibid.*, p. 291.

de la personnalité de l'île et budget »<sup>480</sup>, ainsi il soutenait que, d'un point de vue historique, des arguments pouvaient étayer la thèse d'une certaine indépendance entre les quatre îles.

Mais la décision du Conseil constitutionnel se centra sur un argument qui n'était pas pour autant mentionné dans la saisine des députés : l'interprétation de l'article 53 de la Constitution et son application au cas de Mayotte. Ici encore, des arguments tirés du contexte historique furent mobilisés explicitement lors de la délibération afin d'arriver à la solution exposée par le Conseil dans sa décision. Le rapporteur s'interrogea ainsi sur la portée du terme « territoire » et prit en compte des éléments historiques pour caractériser Mayotte en tant qu'unité géographique et administrative. Il souligna ainsi « qu'en outre, jusqu'en 1914, cette aire géographique a été successivement le siège d'une autorité politique et particulière, celle d'un sultan, puis une colonie française distincte des protectorats qui constituaient les autres îles »<sup>481</sup>. Dans le texte de la décision, le Conseil considéra que « l'île de Mayotte est un territoire au sens de l'article 53, dernier alinéa, de la Constitution, ce terme n'ayant pas dans cet article la même signification juridique que dans l'expression territoire d'Outre-Mer, telle qu'elle est employée dans la Constitution »<sup>482</sup>.

Les particularités de l'affaire motivèrent cette incursion du juge du Montpensier dans la contextualisation historique de l'affaire. Toutefois, le corps de la décision ne mentionne pas explicitement les différents arguments historiques mobilisés tout au long du raisonnement. La décision se limita à confirmer la solution de l'unité territoriale de l'île de Mayotte. Par conséquent, le Conseil considéra que cette île, formant à elle seule un territoire au sens de l'article 53, « ne saurait sortir de la République française sans le consentement de sa population »<sup>483</sup>. Le Conseil consacra ici la « doctrine Capitant » et lia alors les notions de « territoire » et « populations ». Parce que l'île de Mayotte représente un territoire à part entière, il était donc nécessaire, au titre de l'article 53, de consulter sa propre population avant

---

<sup>480</sup> *Loc. cit.* Il est important de souligner que, dans la retranscription de cette séance, le rapport a été reproduit sous la forme des notes du rapporteur et non pas comme un verbatim de son exposé oral, ce qui peut expliquer son style de rédaction.

<sup>481</sup> *Ibid.*, p. 293. En effet, avant la colonisation « Les Comores n'ont jamais été unies sous une même autorité. Anjouan a quelquefois dominé Mayotte et Mohéli mais cette suzeraineté n'a pas été durable. En revanche, la Grande Comore a toujours été indépendante et partagée entre une dizaine de sultans » (T. FLOBERT, *Les Comores, évolution juridique et socio-politique*, Thèse de doctorat : Droit : Faculté de droit et de Science Politique d'Aix Marseille, Centre d'études et de recherches sur les sociétés de l'Océan Indien, 1976, p. 157). Ce même argument est partagé par L. FAVOREU dans le commentaire de sa décision (*op. cit.*, p. 574-575).

<sup>482</sup> CC n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Autodétermination des Comores*, Rec., p. 26, JO du 3 janvier 1976, p. 182, § 3.

<sup>483</sup> *Ibid.*, § 4.

toute sécession potentielle<sup>484</sup>. Le Conseil estima alors que le principe de *l'uti possidetis* n'avait pas été violé et conclut que « les dispositions de la loi déferée au Conseil constitutionnel qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international »<sup>485</sup>.

### *(B) Les difficultés liées à la contextualisation historique dans la jurisprudence administrative*

Le recours au contexte historique est peu fréquent dans la jurisprudence administrative. Une recherche par mots-clés dans les principales bases de données (*Légifrance* pour la jurisprudence administrative en général et *Ariane web* pour la jurisprudence du Conseil d'État) avec les termes « contexte historique » ou « histoire » ne donne qu'une dizaine d'occurrences dans le texte des arrêts et décisions. Ceci peut être relié au mode de rédaction des arrêts ou des décisions et à leur courte motivation, régie par les principes d'économie de moyens et d'*imperatoria brevitatis*, qui ne laissent pas beaucoup de place aux arguments d'opportunité. Les considérations sur les faits ne font l'objet que d'une courte mention dans le corps de l'arrêt et si, dans les projets de réforme sur les modes de rédaction des décisions, il est envisagé de donner plus d'informations sur les faits déterminants et sur la qualification juridique des faits<sup>486</sup>, cette place reste cependant limitée<sup>487</sup>.

Pour essayer de trouver des traces d'une éventuelle contextualisation historique de certaines affaires, il est possible de consulter les conclusions des rapporteurs publics, sans perdre de vue les avantages et les limitations que le recours à ces « travaux préparatoires des

---

<sup>484</sup> Le droit international s'accorde à distinguer traditionnellement deux types de critères d'identification d'un peuple « l'un objectif constitué par la réunion d'éléments ethniques, culturels, linguistiques et géographiques, l'autre subjectif caractérisé par le constat, au sein d'une population, d'un vouloir vivre collectif » (P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 11<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 54). Dans le cas des Comores, s'il est possible de parler d'un peuple comorien dans un sens objectif, dont les mahorais feraient partie intégrante, dans un sens subjectif et eu égard aux résultats des différentes consultations, il pourrait être considéré comme un peuple distinct et séparé du peuple comorien, caractérisé par sa volonté de ne pas vouloir vivre collectivement avec le reste des comoriens, et de rester attaché à la France.

<sup>485</sup> CC n° 75-59 DC, *précitée*, consid. 6.

<sup>486</sup> Proposition n° 8 du *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative* qui, à la demande du Vice-Président du Conseil d'État sous la présidence de Philippe MARTIN, s'est intéressé aux évolutions et aux changements souhaitables dans la rédaction des décisions des juridictions administratives, souvent critiquées par leur laconisme et leur difficulté de compréhension pour le justiciable (CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, p. 34).

<sup>487</sup> Cette réforme envisage de faire figurer les faits qui définissent le cadre du litige dans un exposé introductif qui « doit être limité aux faits utiles à la bonne compréhension de l'affaire » et dont la présence n'est pas toujours nécessaire (*Ibid.*, p. 24-25).

arrêts »<sup>488</sup> implique. Néanmoins, même dans les conclusions, les développements historiques sont peu fréquents. En dehors de l'historique de la législation applicable, les arguments historiques sont peu mobilisés par le juge administratif et par les rapporteurs. Toutefois, il est possible de retracer des exemples où la référence historique est utilisée comme une sorte d'entrée en matière qui permet la « mise en contexte essentielle de la difficulté juridique »<sup>489</sup>. La référence à l'histoire peut être statique, délimitant le cadre de l'affaire, ou évolutive, retraçant un processus, souvent en étroite relation avec l'évolution de la législation, afin de mieux comprendre la difficulté juridique de l'affaire<sup>490</sup>. En faisant appel à l'histoire, le rapporteur et le juge cherchent soit à mieux comprendre, en général, les faits de l'espèce, soit à préciser un aspect de la qualification de ces derniers. Toutefois, d'autres utilisations moins orthodoxes peuvent aussi être soulignées.

Le recours à la contextualisation historique pose aussi le problème de l'utilisation par le juge de données historiques. Dans leurs conclusions, les rapporteurs publics font appel, en général, à la doctrine historique ou juridique pour appuyer la contextualisation de l'affaire en cause. Le juge de son côté, en cas de difficulté et pour mieux éclairer les faits de l'espèce, peut faire appel à l'expertise technique, organisée par les articles R. 621-1 et suivants du code de justice administrative<sup>491</sup>. Le recours à l'expertise historique est assez rare, même si un exemple récent prouve l'utilité d'une telle démarche. Face à un refus du titre de réfractaire du service de travail obligatoire (STO), le Tribunal administratif de Besançon a dû examiner une série de faits datant de la Seconde Guerre mondiale, pour savoir si le requérant avait apporté des preuves suffisantes, d'une part, de ce qu'il s'était soustrait aux injonctions du STO et,

---

<sup>488</sup> Le terme de « travaux préparatoires des arrêts » est utilisé pour désigner l'ensemble des documents qui informent sur l'élaboration d'un arrêt. Pour la juridiction administrative, il concerne notamment les conclusions des rapporteurs publics. La définition de ce terme a été développée dans l'étude dirigée par P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherches sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2013, p. 25.

<sup>489</sup> E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité » in P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 224.

<sup>490</sup> Dans son étude sur les arguments d'opportunité précitée, E. RUBI-CAVAGNA classe les utilisations de l'histoire en trois groupes selon que l'histoire constitue le cadre de l'affaire, qu'elle permette de remonter aux origines de la difficulté juridique ou qu'elle fasse apparaître le sens de l'évolution (*Loc. cit.*). Toutefois, la difficulté de déterminer les limites entre ces catégories, notamment entre la première et la seconde, nous font préférer une classification bi-partite entre une utilisation statique et une utilisation évolutive de l'histoire.

<sup>491</sup> Cette possibilité est aussi prévue par le code de procédure civile (articles 263 et ss.) et le code de procédure pénale (art. 156). En matière pénale, le récent procès au titre de la compétence universelle devant la Cour d'assises de Paris de Pascal SIMBIKANGWA pour crime de génocide et crimes contre l'humanité commis au Rwanda entre avril et juillet 1994, est un exemple de recours aux travaux des historiens pour la contextualisation de l'affaire et pour la détermination des éléments du type pénal. En effet, tel que le démontre la feuille de motivation, les analyses des historiens Alison DES FORGES, André GUICHAOUA, Jean-Pierre CHRÉTIEN, Jacques SEMELIN, Stéphane AUDOUIN-ROUZEAU furent utilisées afin de démontrer que « des exécutions systématiques et massives ou des actes inhumains, inspirés par des motifs politiques ou ethniques ont été commis dans le cadre d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile » au Rwanda en 1994 (Cour d'assises de Paris, 14 mars 2014, *affaire Pascal Senyamuhara Safari alias Pascal Simbikanwga*).

d'autre part, de ce qu'il avait vécu « en marge des lois et règlements français ou allemands en vigueur à l'époque ». Ces conditions étaient nécessaires pour accéder au statut de réfractaire<sup>492</sup>. Face à des contradictions entre des pièces versées au dossier et à la difficulté de les interpréter à la lumière des conditions prévues par la loi, il fut décidé de procéder à une expertise historique pour clarifier les faits. Grâce au rapport fait par un professeur émérite d'histoire contemporaine, les ambiguïtés du dossier furent levées<sup>493</sup> et le statut de réfractaire fut reconnu au requérant<sup>494</sup>.

Par un décret du 22 février 2010, fut aussi introduite aux articles R. 625-1 et suivants du code de justice administrative, la possibilité pour le juge d'avoir recours à un consultant « lorsqu'une question technique ne requiert pas d'investigations complexes ». Ce même décret, en insérant un nouvel article R. 625-3 dans le code, donna la possibilité au juge chargé de l'instruction d'inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, sous forme d'*amicus curiae*. Tous ces procédés permettent au juge d'avoir accès à des données factuelles et doctrinales qui lui permettent de mieux contextualiser et comprendre le dossier<sup>495</sup>.

Dans une affaire particulièrement délicate portant sur la hiérarchie entre traités internationaux, le Conseil d'État eut recours, pour la première fois, à la possibilité ouverte par le code de la justice administrative de demander un *amicus curiae*. Par un arrêt jugé en Assemblée, le Conseil s'est penché sur la problématique des remboursements de ce qui est communément désigné comme les « emprunts russes ». En effet, à la fin du XIX<sup>ème</sup> et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, la Russie tsariste a eu recours à l'épargne française pour financer ses projets. De nombreux titres d'emprunts furent alors placés sur le marché français. Toutefois, à la suite de la Révolution de 1917, le nouveau pouvoir décida de répudier toutes les dettes contractées au nom de la Russie par le gouvernement antérieur, ce qui laissa de nombreuses

---

<sup>492</sup> Loi n° 50-1027 du 22 août 1950 *établissant le statut de réfractaire*, JO du 24 août 1950, p. 9046.

<sup>493</sup> Le point qui faisait l'objet de débat était celui de savoir si le fait que le requérant possédait une carte de travail impliquait pour autant qu'il ne vivait pas dans la clandestinité. L'expertise historique permit de lever cette ambiguïté et d'expliquer que si en effet le requérant en possédait une, il s'agissait en réalité d'une fausse carte, fabriquée par des résistants pour protéger les réfractaires. En effet, il fut soulevé dans l'expertise que l'octroi de fausses cartes de travail était une pratique courante des employeurs résistants (v. F. MALLOL, « Contentieux de l'excès de pouvoir et expertise historique », *AJDA* 2010, p. 396).

<sup>494</sup> TA de Besançon, 7 mai 2009, *M. Pierre S.*, n° 06000355, *AJDA* 2010, p. 396.

<sup>495</sup> L'introduction de ces réformes et de l'*amicus curiae*, en particulier, fut bien accueillie par la doctrine, pour qui cette pratique « tend à convaincre un peu plus que la justice administrative tient compte des contingences et des réalités, en instaurant un dialogue avec 'les pouvoirs de fait' qui appartiennent à des champs disciplinaires aussi divers que l'économie, la sociologie, l'histoire, la biologie, l'environnement ou le droit » (C. BUGNON, « L'*amicus curiae*, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA* 2011, p. 1613).

personnes et institutions sans le remboursement de ces emprunts. Après la chute du communisme, des négociations furent ouvertes afin de trouver une issue à cette situation. C'est ainsi que, le 27 mai 1997, le Gouvernement français et le Gouvernement de la Fédération de Russie signèrent un accord pour le règlement définitif des créances. Mais, ce règlement prévoyait des conditions de nationalité afin de pouvoir accéder au fond de remboursement issu de cet accord, ce qui motiva K. DE BRITO PAVIA, de nationalité portugaise et héritier d'obligations et d'actions au porteur émises par des institutions russes, à se présenter devant le juge administratif français pour demander l'annulation de la décision lui refusant le remboursement, évoquant, entre autres, le principe d'égalité.

L'ancienneté et la complexité des faits de l'affaire ont conduit le rapporteur public, dans ses conclusions, à faire un résumé du contexte historique, considérant que l'affaire « plonge ses racines dans le “contentieux historique” né, entre la France et la Russie, de la répudiation, par le pouvoir bolchevik, des dettes de l'empire tsariste »<sup>496</sup>. De même, dans son *amicus curiae*, l'ancien président de la Cour internationale de justice G. GUILLAUME, afin « d'éclairer utilement la formation du Conseil chargée de l'instruction de l'affaire sur la solution à donner au litige », précisa le cadre de l'affaire par une contextualisation historique de la problématique des emprunts russes<sup>497</sup>.

Les modalités du remboursement des emprunts en cause donnèrent lieu à un autre contentieux. En particulier, les détenteurs d'emprunts ont dénoncé l'accord avec la Fédération Russe, considérant qu'il leur portait préjudice car il ne permettait pas un remboursement *in toto* des créances. Ils ont ainsi essayé d'engager la responsabilité de l'État français pour avoir encouragé la souscription d'emprunts au début du siècle dernier et pour avoir signé l'accord de remboursement avec la Russie. La Cour administrative d'appel de Marseille considéra que « si le gouvernement français a encouragé au début du vingtième siècle la souscription par les épargnants français des emprunts russes, ce comportement, replacé dans le contexte historique, ne peut en tout état de cause être regardé comme fautif compte tenu de l'imprévisibilité des événements historiques survenus en Russie dix années plus tard »<sup>498</sup>. Le contexte historique est ici utilisé pour écarter l'éventuelle responsabilité de l'État français.

---

<sup>496</sup> J. BOUCHER, Conclusions sous CE Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Pavia*, n° 303678, *RFDA* 2012 p. 1.

<sup>497</sup> G. GUILLAUME, « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales » (Avis d'*amicus curiae*), *RFDA* 2012, p. 19.

<sup>498</sup> CAA Marseille, 10 janvier 2006, *M. Georges X.*, n° 03MA01736, *inédit*.



Dans un tout autre registres, le contentieux opposant la commune de Vergèze, dans le Gard, et la société *Nestlé waters*, mobilisa aussi des données historiques, non pas pour contextualiser de façon générale les faits à l'origine du recours, mais pour préciser un point de la qualification juridique de ces faits. Dans l'espèce, le conseil municipal de la commune de Vergèze avait décidé de modifier la dénomination du lieudit « Les Bouilliens », site de la source et d'une des usines de l'eau minérale Perrier, en « Source Perrier-Les Bouilliens ». La société *Nestlé waters*, propriétaire de la marque Perrier, demanda l'annulation de cette décision considérant, entre autres, que le conseil municipal n'était pas compétent pour prendre cette décision qui portait, par ailleurs, atteinte à son droit de marque. En effet, aucun texte ne détermine qui est compétent pour la modification des noms des lieudits, ce qui motiva le rapporteur public devant la Cour administrative d'appel de Marseille à consacrer un paragraphe de ses conclusions à l'histoire de la toponymie<sup>499</sup>. De même, le rapporteur fit une description de l'historique de la source bouillonnante à l'origine de la marque Perrier, afin d'éclairer la décision du conseil municipal qui considérait que ce changement de nom répondait à un intérêt de la commune d'associer le nom de la source Perrier à celui de son lieu de captage d'origine, compte tenu du lien historique qui unit Vergèze et la source. La Cour administrative d'appel, prenant en compte le fait que les noms des lieudits trouvaient leur origine « dans la géographie ou la topographie, ou [étaient] hérités de l'histoire ou forgés par les usages »<sup>500</sup>, considéra que le conseil municipal était incompétent pour décider du changement de nom et annula la délibération.

La commune de Vergèze décida alors de porter l'affaire devant le Conseil d'État. Ce dernier reprit l'argument selon lequel le nom d'un lieudit situé sur le territoire d'une commune trouve généralement son origine dans la géographie ou la topographie, est hérité de l'histoire ou est forgé par les usages. Cet argument fut utilisé pour considérer que la commune pouvait, toutefois, modifier le nom du lieudit, en vertu de la clause générale de compétence prévue par l'article L. 2121-29 du CGCT<sup>501</sup>. Finalement, l'affaire revint devant la Cour administrative d'appel de Marseille. À cette occasion, la Cour fit référence directement dans son arrêt à l'histoire de la Source Perrier pour considérer que la source qui jaillit au lieudit « Les Bouilliens », « constitue un élément fort du patrimoine historique et touristique de la commune » et pour conclure qu'il existait alors un intérêt public pour la commune dans la

---

<sup>499</sup> E. PAIX, « Un conseil municipal peut-il modifier le nom d'un lieudit ? », Conclusions sous CAA Marseille, 10 décembre 2009, *Société Nestlé Waters et autres*, n° 08MA01766, *AJDA* 2010, p. 151.

<sup>500</sup> CAA Marseille, 10 décembre 2009, *Société Nestlé Waters et autres*, n° 08MA01766, *AJDA* 2010, p. 151.

<sup>501</sup> CE, 26 mars 2012, *Commune de Vergèze*, n° 336459, *Leb.*, p. 127.

modification du nom, qui permettait alors le recours à la clause générale de compétence<sup>502</sup>. La contextualisation historique fut alors utilisée pour motiver l'existence d'un intérêt public local.

Un autre exemple des rares mentions explicites du contexte historique dans le corps des arrêts peut être trouvé dans la requête présentée par l'Association DIH-mouvement de protestation civique qui demandait l'annulation pour excès de pouvoir de la circulaire qui impose l'étude et le chant de la *Marseillaise* à l'école primaire, compte tenu des paroles de l'hymne qui, selon la requérante, sont un appel à la haine nationale. Le Conseil d'État a considéré :

« **Qu'eu égard à l'histoire de la *Marseillaise***, qui doit être également enseignée aux enfants des écoles primaires en application des dispositions de l'article L.321-3 du code de l'éducation, et au fait que ce chant symbolise, en tant qu'hymne national, les valeurs de la République, le législateur n'a, en tout état de cause, pas méconnu les stipulations dont la requérante se prévaut en inscrivant la *Marseillaise* au programme d'éducation civique de la formation primaire »<sup>503</sup>.

Prenant en compte la notoriété de l'histoire de la *Marseillaise*, le juge ne se livra pas à une explication détaillée du contexte historique auquel il se réfère. Toutefois, l'argument historique est ici utilisé afin d'illustrer la pertinence de l'enseignement de la *Marseillaise* à l'école primaire, comme véhicule des valeurs républicaines, malgré le caractère guerrier de ses paroles.

## § 2. *Le recours à l'histoire comme stratégie argumentative*

Les arguments historiques ne sont pas considérés par le juge, de manière générale, comme une justification pour la non-application de la règle de droit. Toutefois, des considérations historiques peuvent être mobilisées dans le cadre d'une stratégie argumentative pour justifier des adaptations aux règles juridiques. Deux procédés illustrent cette possibilité. Tout d'abord, le contexte historique peut être utilisé comme fondement pour l'établissement d'une situation exceptionnelle afin de permettre la modulation, voire même la non-application de certaines dispositions (I). Ensuite, le recours à des arguments historiques est spécialement mobilisé dans le cadre de l'application de la CEDH pour moduler la marge de manœuvre qui

---

<sup>502</sup> CAA Marseille, 14 février 2013, *Société Nestlé waters et autres*, n° 12MA01402, *AJDA* 2013 p. 1392.

<sup>503</sup> CE, 23 décembre 2011, *Association DIH-Mouvement de protestation civique*, n° 350541, *Leb. T.*, p. 1121 [souligné par nous].

est laissée aux États dans la mise en œuvre des principes, droits et libertés consacrés par la Convention. En particulier, le contentieux lié à la transition démocratique des anciennes démocraties populaires est singulièrement sensible aux arguments historiques, même si la consolidation des régimes tend à relativiser le poids de l'exception du fait de l'histoire au profit d'un rétrécissement de la marge de manœuvre des États (II).

### (I) L'histoire comme justification d'un dispositif d'exception

La mise en place de dispositifs d'exception dans l'ordre juridique interne ou conventionnel pour faire face à des situations factuelles, illustre l'influence du contexte, à la fois historique, politique, économique et social sur le droit. En effet, comme le souligne G. JÈZE, « les solutions juridiques sont à tout moment influencées par le milieu »<sup>504</sup>. Le contexte sert ici de justification à des mesures visant à assouplir le régime de la légalité normale en application de la notion de circonstances exceptionnelles (A). De même, les particularités du contexte historique peuvent justifier des réserves dans l'application d'une convention internationale comme la CEDH (B). L'appel au contexte historique permet donc, dans certaines situations, soit de moduler la règle de droit, soit de sortir de son champ d'application.

#### (A) *Le contexte historique considéré comme circonstance exceptionnelle*

La notion de circonstances ou de situations exceptionnelles est intimement liée à la notion d'État. Tel Janus, cette notion a un double visage : si elle peut être un instrument pour justifier la prééminence de la raison d'État suivant l'adage *salus patriae suprema lex*, elle est aussi un moyen, en cas de crise grave, de sauvegarder l'État de droit en lui permettant une adaptation aux circonstances. Il s'agit d'une sorte de « soupape de sûreté qui permet de mettre provisoirement de côté les garanties de l'État de droit et du respect des droits de l'homme, tout en sauvegardant l'essentiel en ces domaines »<sup>505</sup>. La reconnaissance de ces situations et de la nécessité d'adapter le droit ont motivé la mise en place de mesures législatives et jurisprudentielles qui font appel à une sorte de « légalité de crise »<sup>506</sup> qui couvre, notamment, la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles et les états d'exception prévus

---

<sup>504</sup> G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif* (1925) [préface S. SALON, J-C. SAVIGNAC], Tome 1, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. II.

par différents textes normatifs, internes ou internationaux, puisque la notion de situations exceptionnelles a été reconnue dans les deux sphères<sup>507</sup>.

Ces différentes mesures trouvent elles-mêmes leur origine et leur justification en réponse à des contextes historiques précis. Pour le cas de la France, la plus ancienne d'entre elles est l'état de siège consacré actuellement par l'article 36 de la Constitution, mais qui remonte à la loi du 9 août 1849. L'origine de la régulation de l'état de siège peut donc être liée aux événements entourant la révolution de 1848. La théorie des circonstances exceptionnelles, de son côté, a été développée par le juge administratif pour faire face aux conséquences de la Première Guerre mondiale<sup>508</sup>. D'un autre côté, la loi du 3 avril 1955 qui régule le droit d'urgence a été adoptée pour faire face aux « événements » d'Algérie. Par ailleurs, l'article 16 de la Constitution de 1958 qui donne des pouvoirs exceptionnels au Président « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate » avait été conçu par DE GAULLE « à la suite de son expérience de mai-juin 1940 »<sup>509</sup> et du souvenir de l'impossibilité pour le Président de l'époque de faire face, dans le respect des cadres et de la légitimité constitutionnels, à une crise sans précédent.

De son côté, l'article 15 de la CEDH qui prévoit la possibilité de dérogation en cas d'état d'urgence, comme la possibilité ouverte par ce même instrument de moduler l'application de certains droits et libertés, répond aussi au contexte historique de sa rédaction. Ainsi, ces mesures « ont été introduites pour permettre aux autorités de faire face aux manœuvres des groupes qui, à l'abri du réseau des libertés démocratiques, pourraient chercher à s'emparer du pouvoir pour renverser l'ordre établi sur le principe de la liberté politique. Le spectre des régimes totalitaires a plané incontestablement sur les travaux de Strasbourg »<sup>510</sup>.

---

<sup>505</sup> P. TAVERNIER, « Article 15 » in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 495.

<sup>506</sup> Expression de J. WALINE, *Droit administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Droit public, science politique, 24<sup>e</sup> éd., 2012, p. 336.

<sup>507</sup> C. DENIZEAU, « La théorie des circonstances exceptionnelles » in J.B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 428.

<sup>508</sup> L'origine de cette théorie remonte à deux arrêts du Conseil d'État prononcés pour faire face aux conséquences de la Seconde Guerre mondiale : CE, 28 juin 1918, *Heyriès, Leb.*, p. 651 et CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent, Leb.*, p. 208.

<sup>509</sup> D. MAUS, « L'institution présidentielle dans l'écriture de la Constitution de 1958 » in D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Aix-en-Provence : Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p.268.

<sup>510</sup> M. MERLE, « La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RDP*, 1951, p. 714.

Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette recherche, de retracer les caractéristiques et l'application de toutes ces mesures de légalité de crise<sup>511</sup>. Il sera avant tout examiné le cas des circonstances exceptionnelles, notion qui a été développée tant par le juge interne que par le juge conventionnel et qui laisse à ces juridictions une large marge d'appréciation pour sa qualification.

En droit interne, les circonstances exceptionnelles peuvent être définies comme « une situation anormale, imposant à l'administration l'obligation d'agir sous peine de compromettre l'intérêt général, et ne permettant pas l'observation des règles ordinaires [...] »<sup>512</sup>. Le juge décide de façon casuistique si les circonstances invoquées méritent cette qualification. Si elles peuvent être liées à des événements plus ponctuels, comme l'imminence d'une catastrophe naturelle<sup>513</sup>, elles ont surtout été mobilisées lors de grandes périodes de crises nationales. Des faits qui peuvent être caractérisés d'« historiques », peuvent donc justifier une application différenciée de la règle de droit. En effet, à l'origine, la théorie des circonstances exceptionnelles fut développée pour faire face aux conséquences de la Première Guerre mondiale. Elle connut un plus ample développement durant la période de l'Occupation et, postérieurement, à la Libération et aux conséquences, en général, de la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, si un des éléments qui caractérise la circonstance exceptionnelle est l'éminence du péril, le juge l'insère dans un contexte plus large de crise qui implique de s'intéresser au contexte historique de ce péril. Ceci peut être illustré par l'arrêt *Laugier*, qui avait trait à la possibilité pour le commissaire à la Guerre de prendre par voie de circulaire une mesure destinée à placer d'office dans la position de disponibilité tous les officiers de carrière n'appartenant pas aux armées du Gouvernement provisoire, mesure que seul ce Gouvernement provisoire aurait pu prendre par voie d'ordonnance. Le juge prit en compte le contexte général de la Libération dans lequel s'insérait le fait plus particulier de l'impossibilité pour le Gouvernement provisoire de se réunir, afin de justifier cette méconnaissance des règles de compétence<sup>514</sup>. Mais, c'est avant tout dans la jurisprudence

---

<sup>511</sup> V. parmi une abondante littérature v. L. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1962, 293 p. ; P. COLLIÈRE, « Circonstances exceptionnelles et droit public », *LPA*, n° 234, 2005, p. 6-8. ; M-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception : une conception de l'État*, Paris : PUF, Coll. Fondement de la politique, 2013, 303 p.

<sup>512</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 340, § 330.

<sup>513</sup> CE, 18 mai 1983, *Rodes*, n° 25308, *Leb.*, p. 1999.

<sup>514</sup> « Considérant qu'à la date du 27 août 1944, les circonstances exceptionnelles du moment et, notamment, le fait que le Gouvernement n'avait pu se réunir et qu'il était dès lors impossible de légiférer par voie d'ordonnance, autorisaient le Commissaire à la Guerre à prendre les mesures indispensables pour parer provisoirement à la situation » (CE Ass., 16 avril 1949, *Laugier*, *Leb.*, p. 161). De même, dans l'arrêt fondateur *Dames Dol et Laurent* qui avait trait à l'interdiction pour les débitants de boissons de recevoir dans leurs locaux

conventionnelle qu'il est possible de retrouver un renvoi explicite au contexte historique comme justificatif d'une circonstance exceptionnelle motivant une modulation de la règle de droit.

L'article 15 de la CEDH prévoit la possibilité de déroger à l'application de la Convention sous certaines conditions, ainsi « en cas de guerre ou en cas d'un autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Toutefois, les États signataires ne peuvent pas porter atteinte aux droits et aux libertés qui sont considérés comme intangibles et qui forment une sorte de noyau dur de la Convention : les articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 4 §1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude) et 7 (principe de *nulla poena sine lege*). Sa mise en œuvre fait appel à une procédure préalable qui demeure soumise au contrôle de la Cour. Seuls la Belgique, la France, la Grèce, l'Irlande, le Royaume-Uni et la Turquie ont eu recours à cette dérogation<sup>515</sup>. Pour le cas de la France, elle utilisa cette procédure pour le cas de la déclaration d'urgence en Nouvelle Calédonie en 1985. Dans l'application de cette clause, la Cour examine l'existence de situations exceptionnelles pour analyser si elles constituent un cas d'urgence pouvant motiver des mesures dérogatoires à certains droits garantis par la CEDH. Dans certains cas, elle peut analyser l'urgence dans un cadre plus large et prendre en compte le contexte historique afin de justifier la gravité de la situation qui peut motiver une mesure aussi radicale. C'est le cas notamment de l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*. Dans un contexte de multiplication des affrontements en Irlande du Nord, la Cour analysa les mesures prises par le gouvernement britannique en application de pouvoirs extrajudiciaires d'arrestation, de détention et d'internement. En particulier, elle étudia si la situation dans les six comtés en Irlande du Nord pouvait être à l'origine d'un état d'urgence. Pour cela, si elle fit un examen minutieux de la situation contemporaine, elle prit soin de l'insérer dans un contexte plus large qu'elle retraça jusqu'en 1922 avec la création de

---

des filles publiques, le danger du développement de la galanterie vénale fut inséré dans le contexte plus large de la situation militaire en 1916 et du caractère stratégique de la ville de Toulon comme lieu de passage des troupes qui partaient ou qui revenaient du front de l'Orient (CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, précité).

<sup>515</sup> V. G. GONZALEZ, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *CRDF*, 2007, n° 6, p. 93-100.

l'État libre d'Irlande. Elle souligna ainsi le côté « persistant » de la situation en Irlande du Nord, pour considérer que la crise traversée par l'Irlande du Nord relevait de l'article 15<sup>516</sup>.

En dehors de la procédure prévue par l'article 15, la Cour de Strasbourg admet aussi la possibilité pour les États contractants d'invoquer des circonstances exceptionnelles comme *ratio decidendi* pour justifier une restriction ponctuelle à certains droits. C'est notamment le cas de l'article 1 du Premier Protocole additionnel, relatif au droit de propriété. En effet, en matière d'expropriation, par une jurisprudence constatée, la Cour rappelle que « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive, et un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 (P1-1) **que dans des circonstances exceptionnelles** »<sup>517</sup>.

La possibilité d'une prise en compte effective de ces « circonstances exceptionnelles » n'a été confirmée par la Cour qu'à propos de la réunification allemande. Ainsi, face à un groupe de requérants, héritiers des « paysans nouveaux » de la RFA qui avaient bénéficié d'une loi de 1990 levant les restrictions au droit de propriété, mais qui fut postérieurement modifiée avec pour conséquence l'obligation de rétrocéder les terrains acquis sans indemnisation, la Cour examina l'affaire « à la lumière du contexte unique de la réunification allemande »<sup>518</sup> pour savoir si les particularités de l'affaire pouvaient être qualifiées de « circonstances exceptionnelles ». Elle conclut à l'existence de ces circonstances et, par conséquent, à la non violation de l'article 1 du Premier Protocole additionnel. C'est donc le contexte historique, qualifié d'unique, qui justifia l'existence de circonstances exceptionnelles qui permirent à l'État défendeur de justifier une expropriation sans indemnisation. Toutefois, cette position de la Cour ne fut pas unanime : quatre juges exprimèrent deux opinions partiellement dissidentes et deux opinions dissidentes. Comme le souligne le juge CABRAL BARRETO, il était difficile « de spéculer d'une façon générale sur le type de “circonstances exceptionnelles” qui peuvent justifier un manque total d'indemnisation »<sup>519</sup>. En effet, il paraît contestable que la Cour considère comme circonstance exceptionnelle justifiant une

---

<sup>516</sup> Cour EDH, plénière, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, § 13 à 19 et 202 à 224.

<sup>517</sup> Cour EDH, 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, req. n°s 13092/87 et 13984/88, § 71 [souligné par nous]. V. aussi Cour EDH, Grande chambre, 23 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, req. n° 25701/94, § 89 ; Cour EDH, 1<sup>er</sup> mars 2001, *Malama c. Grèce*, req. n° 43622/98, § 48 ; Cour EDH, 12 novembre 2002, *Zvolsky et Zvolkska c. République tchèque*, req. n° 46129/99, § 70 ; Cour EDH, 22 mars 2011, *Granitul S.A. c. Roumanie*, req. n° 22022/03, § 49.

<sup>518</sup> Cour EDH, Grande chambre, 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, req. n°s 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 112.

<sup>519</sup> *Ibid.*, Opinion partiellement dissidente du juge CABRAL BARRETO.

expropriation sans indemnisation la seule réunification allemande, refusant de l'appliquer à d'autres contextes historiques découlant aussi d'un changement brutal de régime politique<sup>520</sup> : le passage de la Monarchie à la République, comme dans le contexte de l'affaire *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*<sup>521</sup> ou le passage d'un système communiste à une économie de marché dans les pays de l'Est, comme dans l'affaire *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*<sup>522</sup>. Ainsi l'expliquaient les juges COSTA et BORREGO BORREGO : « Il ne faut cependant pas, nous semble-t-il, abuser de cette expression, car l'histoire agitée de l'Europe, de la fin de la Seconde Guerre mondiale aux conflits dans les Balkans, en passant par l'effondrement des régimes communistes dans les pays de l'Est, a connu beaucoup de “contextes uniques” »<sup>523</sup>.

La notion de circonstances exceptionnelles, à la lumière de l'histoire mouvementée du continent, se révèle alors dangereuse. Malgré cela, la Cour a repris cet argument, toujours à propos de la réunification de l'Allemagne, pour justifier un droit de restitution prioritaire aux héritiers des propriétaires initiaux de confession juive spoliés à l'époque national-socialiste sur ceux qui ont souffert d'une expropriation pendant la période communiste. Ainsi, elle a rappelé « que l'État dispose d'une grande marge de manœuvre en ce qui concerne l'adoption des lois dans le contexte unique de la réunification allemande, eu égard à l'immense tâche auquel le législateur était confronté pour régler toutes les questions qui sont nécessairement posées lors du passage d'un régime communiste à un régime démocratique d'économie de marché »<sup>524</sup>. Compte tenu des circonstances exceptionnelles liées à l'unification allemande, elle a donc estimé que l'État défendeur n'avait pas excédé sa marge d'appréciation. La qualification d' « unique » du contexte de la réunification allemande porte aussi en germe le risque d'un jugement historique qui dépasserait la compétence et la légitimité de la Cour.

---

<sup>520</sup> U. DEUTSCH, « Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of “New Farmers” », *German Law Journal*, n° 10, 2005, p. 1378-1379.

<sup>521</sup> Cour EDH, Grande chambre, 23 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, précité.

<sup>522</sup> Cour EDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n° 30767/05 et 33800/06.

<sup>523</sup> Cour EDH, Grande chambre, 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, précité. Opinion dissidente commune des juges COSTA et BORREGO BORREGO à laquelle se rallient les juges RESS et BOTOCHAROVA.

<sup>524</sup> Cour EDH, 8 décembre 2011, *Göbel c. Allemagne*, req. n° 35023/04, § 47. Dans un arrêt rendu le même jour et concernant une autre application de la même loi à l'origine de l'affaire *Göbel*, la Cour a aussi pris en considération « les circonstances très particulières de cette affaire, et malgré la grande marge d'appréciation dont l'État dispose dans le contexte unique de la réunification allemande ». Toutefois, elle conclut, dans le cas d'espèce qui concernait les droits découlant de l'Accord germano-américain, à une rupture du juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général (Cour EDH, 8 décembre 2011, *Althoff et autres c. Allemagne*, req. n° 5631/05, § 74).



### *(B) Les particularités historiques comme justification d'une réserve à la Convention*

L'article 57 de la CEDH prévoit la possibilité pour tout État contractant de formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi en vigueur sur son territoire, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, n'est pas conforme à cette disposition. L'histoire peut être mobilisée dans ce cas comme un argument pour justifier cette application différenciée.

L'Andorre a ainsi formulé une réserve au Premier Protocole additionnel à la CEDH par rapport au droit à l'instruction (article 2), afin de maintenir la possibilité prévue en droit interne d'offrir dans tous les centres éducatifs des cours de religion catholique. En effet, comme le rappelle la Principauté dans le texte de sa réserve, sa législation en matière éducative « permet d'offrir dans tous les centres éducatifs, de manière facultative, des cours de religion catholique en dehors de l'horaire scolaire. Les autres religions peuvent proposer leur apprentissage dans les centres éducatifs, en dehors de l'horaire scolaire, avec l'autorisation du Gouvernement et des responsables éducatifs et sans que ceci n'implique des dépenses publiques ». Cette place privilégiée de l'éducation catholique trouve son fondement dans la Constitution qui reconnaît les « relations de collaboration particulière avec l'État » de l'Église catholique « conformément à la tradition andorrane »<sup>525</sup>. Dans le texte de sa réserve, la Principauté fait un appel explicite à un argument historique, considérant que cette réserve répond à la « réalité historique de la Principauté d'Andorre, de tradition catholique »<sup>526</sup>.

De même, l'Estonie a fait une réserve à l'article 1 du même Protocole pour exclure l'application concernant les lois sur la réforme de la propriété qui régissent la restitution des biens nationalisés pendant la période communiste. Pour justifier cette réserve, elle a fait appel à son passé récent, notamment à la période de l'indépendance et aux mesures qui ont été

---

<sup>525</sup> Article 11 § 3 de la Constitution de la Principauté d'Andorre (1993) : « La Constitution garantit à l'Église catholique l'exercice libre et public de ses activités et le maintien de ses relations de collaboration particulière avec l'État, conformément à la tradition andorrane. / La Constitution reconnaît aux entités de l'Église catholique qui possèdent la personnalité juridique selon ses propres normes, leur pleine capacité juridique selon ses propres normes, leur pleine capacité juridique au sein de l'ordre général andorran ».

<sup>526</sup> Déclaration consignée dans l'instrument de ratification déposé le 6 mai 2008 : « Compte tenu de la réalité historique de la principauté d'Andorre, de tradition catholique, avec un Coprince évêque depuis le XIII<sup>e</sup> siècle, la législation en matière éducative actuelle (article 30, paragraphe 3, de la Constitution de la principauté d'Andorre, article 10 de la Loi organique de l'éducation et l'article 19 de la Loi de l'ordonnancement du système éducatif andorran) permet d'offrir dans tous les centres éducatifs, de manière facultative, des cours de religion catholique en dehors de l'horaire scolaire. Les autres religions peuvent proposer leur apprentissage dans les centres éducatifs, en dehors de l'horaire scolaire, avec l'autorisation du Gouvernement et des responsables éducatifs et sans que ceci n'implique des dépenses publiques ».

prises pour garantir la transition démocratique. Elle explique ainsi que, « après avoir retrouvé son indépendance l'Estonie a commencé des réformes économiques et sociales à grande échelle, qui ont inclus la restitution ou la compensation, pour d'anciens propriétaires ou leur héritiers, de leurs biens qui ont été nationalisés, confisqués, réquisitionnés, collectivisés ou expropriés de façon illégale durant la période de domination soviétique »<sup>527</sup>.

D'un autre côté, en vertu de l'article 56 de la Convention, un État peut étendre l'application de la CEDH aux territoires « dont il assure les relations internationales »<sup>528</sup>. L'alinéa 3 prévoit, néanmoins, que dans ces territoires les dispositions de la Convention « seront appliquées en tenant compte des nécessités locales », ce qui permet, dans la pratique, d'adapter l'application de la CEDH dans ces territoires. Cette disposition est une exception au principe général consacré par l'article 29 de la Convention de Vienne selon lequel un traité lie chacun des États parties à l'égard de l'ensemble de son territoire. Elle permet ainsi aux États qui ont encore des territoires distincts de leur territoire métropolitain ou des dépendances, de prendre en compte leurs particularités. Eu égard au contexte de sa rédaction, l'article 56 (anciennement article 63) « tendait pour l'essentiel à répondre au fait qu'au moment où l'on a rédigé la Convention il était encore des territoires coloniaux dont le niveau de civilisation ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument »<sup>529</sup>. Il est ainsi appelé la « clause coloniale », même si son application ne se limite pas aux territoires coloniaux. Cette clause a été utilisée par le Danemark, le Royaume-Uni et les Pays-Bas<sup>530</sup>. Néanmoins, plusieurs des territoires auxquels ces États avaient étendu l'application de la CEDH ont, depuis cette période, accédé à l'indépendance, ce qui implique que la Convention cesse de leur être appliquée sauf, dans le cas de territoires situés dans l'espace du Conseil de l'Europe et qui, postérieurement à leur indépendance, ont ratifié la CEDH.

La France avait, lors du dépôt des instruments de ratification de la Convention et du Protocole n°1, fait une déclaration selon laquelle ces textes s'appliqueraient « à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 de la Convention [article 56 actuel] fait référence ». Ainsi, elle considéra que la dite « clause coloniale », pour le cas de la France, s'appliquait aux

---

<sup>527</sup> Réserve consignée dans l'instrument de ratification, déposée le 16 avril 1996.

<sup>528</sup> Cette réserve est aussi prévue par les articles 4 du Protocole n°1, 5 du Protocole n° 4, 5 du Protocole n° 6, 6 du Protocole n° 7, 2 du Protocole n° 12 et 4 du Protocole n° 13.

<sup>529</sup> Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume Uni*, req. n° 5856/72, § 38.

<sup>530</sup> V. sur ce point le commentaire de M. WOOD, « Article 63 » in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 915-921.

territoires d'outre-mer<sup>531</sup>. Elle fit jouer cette clause notamment pour le cas de la Nouvelle Calédonie dans l'affaire *Py contre France*.

Dans cette affaire, M. PY s'était vu refuser sa demande d'inscription sur la liste électorale spéciale des personnes admises à participer à l'élection du Congrès et des assemblées de province de la commune de Nouméa au motif qu'il ne justifiait pas avoir son domicile constant en Nouvelle-Calédonie depuis dix ans, comme le prévoyait l'Accord de Nouméa. La Cour devait alors examiner la proportionnalité et la nécessité de cette ingérence au droit à des élections libres, garanti par l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention. Le Gouvernement français invoqua, à titre subsidiaire, l'application de l'article 56 de la Convention, considérant que des nécessités locales impérieuses justifiaient la restriction au droit de vote du requérant<sup>532</sup>. La Cour prit alors en compte « l'histoire politique et institutionnelle tourmentée »<sup>533</sup> de la Nouvelle-Calédonie. En particulier, elle considéra que la condition des dix ans de résidence était un des éléments essentiels de l'accord qui avait permis de mettre fin à un conflit meurtrier et accepta la défense du Gouvernement français en application de l'article 56 de la Convention. Elle conclut alors que « l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des "nécessités locales" de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant »<sup>534</sup>. L'argument historique fut ainsi mobilisé comme constitutif des « nécessités locales » qui justifiaient la réserve faite par l'État en vertu de l'article 56 de la Convention et qui permettait l'ingérence de l'État dans l'exercice du droit de vote.

## (II) La prise en compte de l'histoire dans le contrôle de la marge d'appréciation de l'État

La Cour considère que certains sujets relèvent du choix du législateur national car ils sont liés « à des considérations d'ordre historique et politique qui sont propres à l'État en question »<sup>535</sup>. Dans ces cas, l'État jouit d'une marge d'appréciation plus large et le recours aux arguments historiques pour justifier le but légitime ou le caractère nécessaire de l'ingérence

---

<sup>531</sup> Sur la portée de cette déclaration v. A. PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *RDP*, 1974, p. 1351.

<sup>532</sup> Cour EDH, 2<sup>ème</sup> section, 11 janvier 2005, *Py c. France*, req. n° 66289/01, § 26.

<sup>533</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>534</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>535</sup> Cour EDH, 2 février 2010, *Keml Taskin et autres c. Roumanie*, req. n°s 3206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05 et 45609/5, § 57.

est fréquent. Cette marge d'appréciation est présentée comme la traduction jurisprudentielle du principe de subsidiarité, ainsi que de l'exigence idéologique du respect du pluralisme des États membres du Conseil de l'Europe. Elle reflète le réalisme de la Cour qui constate que les autorités nationales sont celles qui ont la meilleure connaissance des circonstances et des conditions d'application de la Convention<sup>536</sup>. Toutefois, la Cour exerce un contrôle sur cette marge d'appréciation en examinant la proportionnalité et la nécessité des ingérences. D'après la jurisprudence de la Cour, plusieurs domaines sont concernés par cette possibilité de reconnaissance d'une plus grande marge d'appréciation. Il s'agit, avant tout, des rapports entre l'État, les religions et d'autres éléments de la tradition (A) et des droits politiques (B). Les considérations historiques ont aussi été prises en compte dans un contentieux particulier lié à la transition démocratique des anciens pays communistes (C).

### *(A) La marge d'appréciation en matière de questions religieuses et de pratiques locales*

La Cour estime que, dans les rapports entre l'État et les religions, notamment en matière de financement, les États bénéficient d'une large marge d'appréciation, « ces questions étant étroitement liées à l'histoire et aux traditions de chaque pays »<sup>537</sup>. Par exemple, la Cour a considéré que le système du prélèvement de l'impôt cultuel en Allemagne (*Kirchensteuerabzug*), qui implique pour tout salarié d'avoir dans sa carte d'imposition une case destinée à savoir s'il en est assujéti et, par conséquent, de déclarer, même si ce n'est qu'implicitement, s'il appartient ou non à une Église ou société religieuse, ne constitue pas une ingérence disproportionnée dans le droit de l'intéressé de ne pas manifester sa religion<sup>538</sup>.

Cette marge d'appréciation se retrouve aussi dans les affaires portant sur la réglementation du port de signes religieux. Dans ces cas, la Cour prend en compte non seulement les exigences imposées par la protection des droits et des libertés d'autrui, mais aussi le contexte historique et les traditions nationales. Par exemple, examinant l'interdiction du port du foulard islamique dans une université à Istanbul, le Cour fit une analyse minutieuse du contexte historique et, notamment, de la place du principe de laïcité dans la construction de l'État turc. Elle constata « que la sauvegarde de ce principe, assurément l'un des principes fondateurs de l'État turc qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect des droits de

---

<sup>536</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental, 11<sup>e</sup> éd., 2012, p. 231-232.

<sup>537</sup> Cour EDH, 14 juin 2001, *Alujer Fernandez et Caballero García c. Espagne*, décision sur la recevabilité, req. n° 53072/99.

<sup>538</sup> Cour EDH, 17 février 2011, *Wasmuth c. Allemagne*, req. n° 12884/03.

l'homme et de la démocratie, peut être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie »<sup>539</sup>. L'ingérence se trouvait ainsi, aux yeux de la Cour, justifiée du fait de son caractère proportionné et nécessaire dans une société démocratique.

Le choix de l'alphabet national fait aussi partie des sujets qui donnent lieu à l'octroi d'une marge d'appréciation pour les États. La Cour a ainsi considéré que le fait que l'administration turque refusa l'inscription des prénoms traditionnels kurdes des requérants parce qu'ils incluaient des caractères qui n'existent pas dans l'alphabet officiel, n'impliquait pas un dépassement de la marge d'appréciation qui lui est reconnue en la matière<sup>540</sup>. La Cour considéra ainsi que « la marge d'appréciation en la matière est particulièrement large tant le consensus est impossible face à la diversité des facteurs historiques, linguistiques, religieux ou culturels qui influencent les règles relatives aux noms et prénoms dans les États contractants »<sup>541</sup>.

Toutefois, l'argument historique ou l'évocation d'une tradition n'est pas une clause d'exemption générale. Il est seulement un des éléments mis en balance par la Cour pour examiner si l'ingérence de l'État est proportionnée et nécessaire. Dans une affaire concernant l'exposition d'un crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes, le Gouvernement argumentait que « cette présence est l'expression d'une "particularité nationale", caractérisée notamment par des rapports étroits entre l'État, le peuple et le catholicisme, qui s'expliquent par l'évolution historique, culturelle et territoriale de l'Italie ainsi que par un enracinement profond et ancien des valeurs du catholicisme »<sup>542</sup>. La Grande chambre, saisie après la condamnation de l'Italie par la deuxième chambre de la Cour<sup>543</sup>, rappela que la décision de perpétuer ou non une tradition relevait, en principe, de la marge d'appréciation de l'État défendeur et qu'elle devait prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les États qui la composent, notamment sur le plan culturel et historique. Néanmoins, elle « souligna que l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un État contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles »<sup>544</sup>. Dans le cas d'espèce, la Grande chambre considéra, finalement, que la présence du crucifix, symbole religieux passif, ne pouvait pas être

---

<sup>539</sup> Cour EDH, Grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, § 114.

<sup>540</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>541</sup> Cour EDH, 25 septembre 2008, *Baylac-Ferrer et Suarez c. France, décision sur la recevabilité*, req. n° 27977/4.

<sup>542</sup> Cour EDH, Grande chambre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n° 30814/06, § 36.

<sup>543</sup> Cour EDH, 3 novembre 2010, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n° 30814/06.

<sup>544</sup> Cour EDH, Grande chambre, *Lautsi et autres c. Italie, précité*, § 68.

considérée comme une démarche d'endoctrinement de la part de l'État défendeur et conclut à la non violation de l'article 2 du Protocole n°1.

### *(B) La marge d'appréciation dans l'application des droits politiques*

Le recours aux arguments historiques est particulièrement fréquent dans le contentieux relatif aux droits politiques. En effet, malgré l'affirmation liminaire du Protocole de la Convention selon laquelle les États signataires possèdent « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques », l'organisation des systèmes électoraux est tributaire des spécificités de chaque pays. Par conséquent, il n'existe pas, pour les États du Conseil de l'Europe, de modèle uniforme en la matière<sup>545</sup>. Les arguments liés à la tradition et au contexte historique sont donc mobilisés pour justifier des ingérences. Mais le poids accordé par la Cour à ces arguments n'est pas uniforme : l'histoire peut être simplement évoquée pour une meilleure compréhension de l'affaire, elle peut être aussi invoquée en renfort d'un argument de la Cour ou d'une partie, et, même, dans certains cas, elle peut constituer le fondement déterminant du raisonnement juridictionnel<sup>546</sup>. Nonobstant, il est possible de constater une tendance vers la relativisation de la place de l'histoire dans le but d'une homogénéisation du contrôle des droits politiques.

Dans le premier arrêt de la Cour relatif à l'application de l'article 3 du Protocole n°1 qui consacre le droit à des élections libres, la Cour, dans sa formation plénière, précisa qu'« aux fins d'application de l'article 3 du Protocole n°1 (P1-3), tout système électoral doit s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays »<sup>547</sup>. La marge d'appréciation laissée aux États en la matière est particulièrement large, et l'histoire du pays est un argument utilisé pour justifier des interprétations différenciées et des limitations aux droits politiques<sup>548</sup>. En

---

<sup>545</sup> Cette caractéristique a été soulignée à maintes reprises par la Cour qui considère que « la multitude de situations prévues dans les constitutions et les législations électorales de nombreux États membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière » (Cour EDH, 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, req. n°s 18747/91, 19376/92 et 19379/92, § 39, à propos des limitations à l'éligibilité des agents publics et des fonctionnaires ; pour un exemple plus récent v. Cour EDH, grande chambre, 27 avril 2010, *Tănase c. Moldova*, req. n° 7/08, § 156 à propos de l'interdiction aux plurinationaux d'accéder au poste de députés).

<sup>546</sup> Y. LECUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2009, p. 498.

<sup>547</sup> Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n° 9267/81, § 54.

<sup>548</sup> « La manière d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux doit prendre en compte **l'évolution historique**, la diversité culturelle et la pensée politique » (Cour EDH, Grande chambre, 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, req. n° 42202/07, § 66 [souligné par nous] à propos de l'impossibilité pour les citoyens grecs expatriés de participer aux élections législatives depuis leur lieu actuel de résidence ; V. aussi Cour EDH, Grande chambre, 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, req. n° 34932/04, sur la procédure d'impeachment.

d'autres termes, « vis-à-vis d'une question théorique donnée, la marge de manœuvre dont bénéficie un État est plus ou moins large en fonction des facteurs historiques que la Cour européenne des droits de l'homme estime pertinents de retenir pour fonder son raisonnement juridique »<sup>549</sup>. Mais, ici encore, le poids que la Cour attribue au contexte varie en fonction de l'ingérence et, surtout, de la situation politique de l'État.

Cette marge d'appréciation était déjà reconnue par la Commission. Ainsi, dans l'affaire *X c. Royaume Uni*, face à un requérant, résident de l'île de Jersey qui se plaignait de ne pas pouvoir participer aux élections au Parlement du Royaume-Uni, bien que cet organe possédait et exerçait un pouvoir législatif sur Jersey, la Commission considéra que « si les rapports législatifs qui unissent le Royaume-Uni et Jersey ont un caractère inhabituel, ils ne sont qu'un aspect des liens constitutionnels exceptionnels tissés pour des raisons historiques bien avant la Convention »<sup>550</sup>. Elle conclut finalement à l'irrecevabilité de la requête. L'histoire de la Couronne britannique et de sa souveraineté sur l'île de Jersey, rappelée brièvement par la Commission, justifiait, à l'égard de l'article 3 du Premier protocole additionnel à la CEDH, le caractère inhabituel de la représentation législative des habitants de Jersey qui, malgré le fait d'être des sujets britanniques, n'étaient pas considérés comme des résidents du Royaume-Uni. La Commission avait aussi utilisé le recours aux « traditions de la Monarchie constitutionnelle belge » pour justifier une disposition de la Constitution qui attribuait un siège de sénateur de droit aux héritiers de la Couronne dès qu'ils avaient dix-huit ans<sup>551</sup>.

La Cour, de son côté, fit aussi une référence à la tradition, dans un *obiter dictum* qui suscita l'étonnement de la doctrine<sup>552</sup>. A partir d'une requête portée contre la Roumanie, elle se pencha sur le système de vérification des pouvoirs des membres élus au Parlement roumain par ce même Parlement, pour conclure que l'absence de garanties suffisantes quant à l'impartialité des organes chargés d'examiner les contestations du requérant avait porté atteinte à la substance même des droits garantis par l'article 3 du Protocole n°1. Toutefois, eu égard au fait que d'autres États membres du Conseil de l'Europe avaient des systèmes similaires de vérification de pouvoirs, la Cour fit la réserve selon laquelle « si cette pratique

---

<sup>549</sup> F. BOUHON, « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 155.

<sup>550</sup> Commission EDH, 13 mai 1982, *X c. Royaume-Uni*, req. n° 8873/80.

<sup>551</sup> Commission EDH, 30 mai 1975, *W. X. Y. et Z c. Belgique* cité par F. BOUHON, « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 157.

<sup>552</sup> V. F. BOUHON, *op. cit.*, p. 172-182.

est largement répandue, trois pays (Belgique, Italie, Luxembourg) présentent la particularité de ne pas prévoir d'autre recours postélectoral que la validation par le Parlement, les décisions des bureaux électoraux étant considérées comme définitives. Cela étant, ces trois pays jouissent d'une longue tradition démocratique qui tend à dissiper les doutes éventuels quant à la légitimité d'une telle pratique »<sup>553</sup>. La tradition est ici utilisée par la Cour pour justifier une appréciation différenciée entre les États signataires. La portée de cet *obiter dictum* est certes limitée, puisque l'affaire ne concernait pas ces trois pays. Toutefois, il est possible de souligner comment la Cour considère que la tradition démocratique, plus ou moins ancrée, peut justifier une marge d'appréciation à géométrie variable entre les États signataires en matière de droits politiques.

Le contexte historique peut être aussi mobilisé pour analyser la situation politique contemporaine à l'affaire et justifier ainsi une limitation aux droits de la Convention. Par exemple, dans l'affaire *Zdanoka c. Lettonie*, portant sur la participation politique des anciens cadres du parti communiste, notamment des membres de la police secrète, la Cour considéra que l'histoire de la Lettonie – qu'elle retraça de manière détaillée sous une rubrique intitulée « Contexte historique et genèse de l'affaire », puis qu'elle reprit dans l'analyse du cas d'espèce en relation avec la situation contemporaine – pouvait justifier une limitation au droit de vote qui ne serait pas acceptable dans un autre contexte<sup>554</sup>. Le passé communiste de la Lettonie pouvait donc justifier la limitation aux anciens membres du parti communiste letton de se présenter à des élections. En particulier, la Cour considéra que la mesure litigieuse servait un but légitime : la protection de l'indépendance de l'État, de son ordre démocratique, de son système institutionnel et de sa sécurité nationale. Toutefois, l'argument historique n'est pas de nature à légitimer toute ingérence étatique pour une période indéterminée. La Cour prit alors en compte la stabilisation démocratique de la Lettonie pour exhorter le législateur interne à assurer un suivi constant sur la restriction en cause, en vue d'y mettre un terme dans un bref délai, faute de quoi elle pourrait revenir sur sa conclusion<sup>555</sup>. Avec la normalisation du

---

<sup>553</sup> Cour EDH, 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*, req. n° 78039/01, § 28.

<sup>554</sup> Elle considère que si la restriction litigieuse qui empêche les personnes ayant activement participé aux activités du Parti communiste letton de se présenter à la députation « ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui par exemple d'un pays qui est doté d'un cadre établi d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable en Lettonie, compte tenu du contexte historico-politique ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain » (Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie*, précité, § 133 ; pour un raisonnement similaire v. aussi Cour EDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, req. n° 46726/99, § 33).

<sup>555</sup> Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie*, précité, § 134-136.



contexte, le poids de l'héritage historique devient de moins en moins déterminant pour la Cour qui rétrécit ainsi la marge d'appréciation de l'État concerné<sup>556</sup>.

Dans le contentieux relatif aux partis politiques, l'argument historique est souvent avancé par l'État défendeur pour prouver, par la référence aux expériences passées, les risques d'atteinte à la démocratie des programmes de partis politiques qui se sont vu refuser leur inscription ou qui ont été dissous. Ici aussi, le recours à l'histoire vient en renfort d'autres arguments liés au contexte politique actuel. C'est notamment le cas de l'affaire du Parti de la prospérité en Turquie. Ce parti était un des principaux partis politiques du pays, représenté au Parlement et au gouvernement, mais il fut dissous par la Cour constitutionnelle au motif qu'il était devenu un « centre d'activités contraires au principe de laïcité ». La Cour de Strasbourg fit, tout d'abord, une mention de l'histoire générale du continent, en renfort de sa position en faveur d'une marge d'appréciation accordée aux États pour régler le fonctionnement des partis politiques. Elle prit ainsi en compte le fait « qu'il n'est pas du tout improbable que des mouvements totalitaires, organisés sous la forme de partis politiques, mettent fin à la démocratie, après avoir prospéré sous le régime démocratique. L'histoire européenne contemporaine en connaît des exemples »<sup>557</sup>. Puis, prenant en compte la défense de la charia prônée par le parti dissout, elle rajouta qu'elle « ne saurait perdre de vue que des mouvements politiques fondés sur un fondamentalisme religieux ont pu par le passé s'emparer du pouvoir politique dans certains États, et ont eu la possibilité d'établir le modèle de société qu'ils envisageaient. Elle considère que chaque État contractant peut, en conformité avec les dispositions de la Convention, prendre position contre de tels mouvements politiques en fonction de son expérience historique »<sup>558</sup>. Le recours au contexte historique général du continent est utilisé ici comme une mise en garde, un avertissement pour éviter de refaire les mêmes erreurs que dans le passé. La Cour fit ensuite un appel plus précis au passé de la Turquie pour souligner l'importance de la sauvegarde du principe de laïcité dans un pays qui a déjà fait l'expérience d'un régime théocratique islamique. L'expérience historique turque, unie au contexte politique contemporain à l'affaire, sert ici « à justifier l'élargissement de la

---

<sup>556</sup> F. BOUHON, « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 171.

<sup>557</sup> Cour EDH, Grande chambre, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie*, req. n<sup>os</sup> 41340/98 à 41344/98, § 99.

<sup>558</sup> *Ibid.*, § 124.

marge d'appréciation d'un État démocratique aux prises avec un parti politique religieux fondamentaliste »<sup>559</sup>.

Toutefois, dans des affaires ultérieures, la Cour a considéré que le contexte historique ne pouvait, à lui seul, justifier la nécessité d'une ingérence. Confrontée à l'interdiction d'inscription du Parti communiste roumain (PCN), la Cour prit en compte le passé de la Roumanie, notamment son expérience totalitaire, pour considérer que l'interdiction visait la protection de la sécurité nationale et des droits et libertés d'autrui et qu'elle répondait donc à un but légitime. Nonobstant, dans l'examen de la nécessité de la mesure, même si la Cour affirma « se tenir prête aussi à tenir compte du contexte historique des cas soumis à son examen, à savoir, en l'espèce, l'expérience du communisme totalitaire en Roumanie avant 1989 », elle considéra « qu'à lui seul, ce contexte ne saurait justifier la nécessité de l'ingérence, d'autant plus que des partis communistes ayant une idéologie marxiste existent dans plusieurs pays signataires de la Convention »<sup>560</sup>. Elle conclut qu'il y a eu effectivement une violation de l'article 11 de la Convention. L'argument historique est alors considéré comme auxiliaire, mais pas forcément déterminant dans la justification de l'ingérence en question.

Il est donc possible de constater une relativisation du poids de l'argument historique pour justifier la marge d'appréciation laissée à un État en matière électorale. Confrontée à la réforme électorale adoptée en 2008 en Moldavie, qui interdisait aux binationaux ou plurinationaux de devenir députés, la Cour réalisa ainsi un examen détaillé du contexte historique, remontant jusqu'en 1359 avec l'apparition de la Principauté de Moldavie. Toutefois, malgré ce rappel minutieux de l'histoire mouvementée de ce qui deviendrait, à partir de 1991, la République de Moldova, la Cour considéra que, dans la situation actuelle, la mesure litigieuse ne pouvait pas être considérée comme proportionnée. En effet, elle considéra que s'il y avait probablement un intérêt pour la République de Moldova, lorsqu'elle avait proclamé son indépendance, de prendre des mesures pour circonscrire les éventuelles

---

<sup>559</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 12 (note 27 *in fine*).

<sup>560</sup> Cour EDH, 3 février 2005, *Partidul comunistilor (Nepoceristi) et Ungureanu c. Roumanie*, req. n° 46626/99, § 58. V. aussi, *mutatis mutandis*, le cas du parti Ouranio Toxo en Grèce où le Gouvernement alléguait que l'utilisation du nom du parti en macédonien – *vino-zito* – pouvait déclencher des sentiments de discorde parmi la population eu égard à la connotation historique négative de cette expression qui fut utilisée comme signal pendant les années de guerre civile en Macédoine. La Cour considéra que l'expression avait une connotation ambiguë, susceptible de heurter le sentiment patriotique ou politique de la majorité des habitants de Florina. Toutefois, elle considéra que « le risque d'engendrer des tensions au sein d'une communauté par l'emploi public de termes politiques ne suffit pas, à lui seul, à justifier des entraves à la liberté d'association » (Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, req. n° 74989/01, § 41).

menaces pour des institutions démocratiques jeunes et fragiles, dix-sept ans après son indépendance, « la Cour juge bien moins convaincant l'argument selon lequel cette mesure s'imposait pour protéger les lois, les institutions et la sécurité nationale de la République de Moldova »<sup>561</sup> et conclut à une violation de l'article 3 du Protocole n°1.

De façon plus contestable, la Cour refusa de prendre en compte le contexte historique particulier de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine<sup>562</sup> afin d'analyser le mode d'élection de la Chambre des peuples. En effet, d'après les règles mises en place par cette Constitution, seuls les individus se rattachant à un des trois peuples constituants (croate, bosniaque et serbe) pouvaient être élus à la haute assemblée, ce qui excluait la possibilité d'accession pour les individus provenant d'une minorité. Le contexte historique ne fut pas pris en compte pour l'analyse de la mesure, et la Cour conclut à une violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n°1<sup>563</sup>. Cette position de la majorité de la Cour fut critiquée, aussi bien par l'opinion dissidente du juge BONELLO que par l'opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge MIJOVIĆ à laquelle s'est rallié le juge HAJIJEV. En effet, ils considérèrent que la Grande chambre était « restée en défaut d'analyser le contexte historique et les circonstances de l'imposition de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine »<sup>564</sup>, abandonnant ainsi sa jurisprudence antérieure d'examen du contexte politique et historique.

Il faut aussi souligner que, dans l'examen des arguments faisant appel au passé, la Cour refuse de faire des interprétations et des parallèles entre les différentes périodes historiques. Par exemple, dans l'affaire *Linkov c. République tchèque*, elle analysa le refus d'inscription d'un parti politique qui proposait l'annulation de la continuité juridique avec les régimes totalitaires afin de punir les crimes du régime communiste en introduisant des mesures rétroactives comme celles mises en place pour punir les crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, faisant ainsi un parallèle entre le régime nazi et le régime communiste. La Cour, dans cette affaire, rappela la nécessité de prendre en compte le

---

<sup>561</sup> Cour EDH, *Tănase c. Moldova*, précité, § 174.

<sup>562</sup> La Constitution de la Bosnie-Herzégovine a été mise en place par le biais d'un traité international : les accords de Dayton qui avaient mis fin aux conflits dans l'ex-Yougoslavie (Article V des accords de Dayton : « Les Parties accueillent et approuvent les accords qui ont été faits par rapport à la Constitution de Bosnie-Herzégovine telle qu'elle apparaît en annexe 4. Les parties s'engagent à respecter et promouvoir l'accomplissement des engagements ici faits »). La mise en place d'une organisation institutionnelle qui prenait en compte la complexité des relations entre les différents peuples composant ce nouvel État était un des éléments clés de cet Accord et, par conséquent, de la Constitution qui en a découlé.

<sup>563</sup> Cour EDH, Grande chambre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°s 27996/06 et 34836/06.

<sup>564</sup> *Ibid.*, opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du juge MIJOVIĆ à laquelle se rallie le juge HAJIJEV.

contexte historique et politique dans l'examen du bien-fondé de l'ingérence dans la liberté d'association. Elle considéra, toutefois, qu'elle « n'a pas à se prononcer sur un quelconque parallèle entre les faits qui se sont produits en Europe pendant la Seconde Guerre mondiale et les événements survenus sur le territoire de l'ancienne Tchécoslovaquie entre 1948 et 1989 »<sup>565</sup>. La Cour prit en compte le contexte historique à des degrés différents, mais évita de donner une interprétation de ce contexte.

### (C) *Le poids de l'histoire dans le contentieux lié à la transition démocratique*

Les pays de l'ancien bloc communiste n'ont pas bénéficié d'un régime général dérogatoire dû à leur passé et à la difficile transition vers des démocraties de marché<sup>566</sup>. Toutefois, la Cour a reconnu une certaine marge d'appréciation à ces États, eu égard à leur passé, ce qui permet de parler d'un certain « particularisme du contentieux des pays d'Europe centrale et orientale »<sup>567</sup>. Plus précisément, la Cour a pu admettre, pour certains droits et pour une durée limitée, l'argument de la transition démocratique afin de justifier des ingérences étatiques. L'idée sous-jacente est que, prenant en compte le passé conflictuel et douloureux des anciennes dictatures communistes et l'héritage de cette période, les États peuvent, pour éviter un retour des pratiques de la période antérieure et assurer la pérennité du régime démocratique, limiter certains droits. La Cour introduit ainsi l'idée d'une « démocratie militante » ou « démocratie apte à se défendre »<sup>568</sup>.

Le terme de « démocratie militante » a été introduit dans la doctrine par K. LOWENSTEIN qui, par deux articles publiés dans la revue *The American Political Science Review* en 1937<sup>569</sup>, tentait d'expliquer les raisons de la chute de la République de Weimar et d'autres régimes démocratiques après la Première Guerre mondiale. Il critiquait la faiblesse des démocraties et, notamment, de la Constitution de Weimar, pour faire face aux mouvements fascistes : « la démocratie, et la tolérance démocratique ont été utilisées pour

---

<sup>565</sup> Cour EDH, 7 décembre 2006, *Linkov c. République tchèque*, req. n° 10504/03, § 42.

<sup>566</sup> F. JACQUEMOT, « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka* », *RTDH*, 2007, p. 210.

<sup>567</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « Le particularisme du contentieux concernant les pays d'Europe centrale et orientale », *L'Europe des libertés*, 2002, p. 8-13.

<sup>568</sup> La Cour semble préférer le terme « démocratie apte à se défendre ». Le terme « démocratie militante » n'a été utilisé que dans les arrêts Cour EDH, Grande chambre, 13 février 2003, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, précité ; 6 juillet 2006, *Erbaka c. Turquie*, req. n° 59405/00 dans les observations du gouvernement. V. aussi P. HARVEY, « Militant democracy and the European Convention on Human Rights », *European Law Review*, n° 3, 2004, p. 407-420.

<sup>569</sup> K. LOWENSTEIN, « Militant democracy and fundamental rights » (I et II), *American Political Science Review*, 1937, n° 3 et n° 4, p. 417-432 et 638-658. Les deux articles sont aussi reproduits dans A. SAJÓ (éd.), *Militant democracy*, Utrecht : 2004, Eleven International Publishing, p. 231-262.

leur propre destruction. Sous le couvert des droits fondamentaux et de l'État de droit, la machine anti-démocratique peut construire et se mettre en mouvement en toute légalité »<sup>570</sup>. La possibilité d'une destruction de la démocratie de l'intérieur fut une des principales préoccupations de la théorie politique des années 1930 et 1940<sup>571</sup>. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, et pour éviter de reproduire les erreurs attribuées à la République de Weimar<sup>572</sup>, s'est développée l'idée de créer une « structure politique et juridique qui cherche à préserver la démocratie de ceux qui veulent la renverser de l'intérieur ou de ceux qui veulent ouvertement la détruire de l'extérieur par le biais des institutions démocratiques ainsi que de l'appui de la population »<sup>573</sup>. L'exemple topique est celui de la Constitution de la République Fédérale allemande qui prévoit dans son article 18 :

« Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, al. 1er), de la liberté de l'enseignement (article 5, al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14) ou du droit d'asile (article 16a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ses droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale ».

La Cour de Strasbourg reprit à son compte cette théorie<sup>574</sup>, considérant que, dans le but de la préservation de la démocratie, seul régime compatible avec la Convention selon sa jurisprudence<sup>575</sup>, certaines restrictions aux droits et libertés consacrées par la Constitution pouvaient être admises.

---

<sup>570</sup> [Democracy and democratic tolerance have been used for their own destruction. Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-democratic machine could be built up and set in motion legally] (K. LOWENSTEIN, « Militant democracy and fundamental rights I », *op. cit.* p. 420).

<sup>571</sup> V. notamment l'œuvre de K. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis* (1945), 2 vol., Paris : Seuil, traduction française de 1979, 256 p et 254 p.

<sup>572</sup> L'exemple historique de Weimar est ainsi devenu l'exemple topique d'une démocratie incapable de se défendre : « Europe's constitutionalized normative framework for self-preservation – militant democracy – is quite specifically informed by this juridico-historical rendering of Weimar law as failed law » (D. FRASER, « Law's Holocaust denial. State, Memory, Legality » in L. HENNEBEL et T. HOCHMANN (éd.), *Genocide Denials and the Law*, New York : Oxford University Press, p. 13).

<sup>573</sup> [Militant democracy is a political and legal structure aimed at preserving democracy against those who want to overturn it from within or those who openly want to destroy it from outside by utilizing democratic institutions as well as support within the population] (O. PFERSMANN, « *Shaping Militant Democracy : Legal Limits to Democratic Stability* » in A. SAJÓ (éd.), *op. cit.*, p. 47).

<sup>574</sup> La généralisation de cette théorie pour l'ensemble des pays signataires peut être toutefois problématique. En effet, le tribunal constitutionnel espagnol s'est prononcé clairement considérant que l'Espagne ne peut pas être considérée comme une démocratie militante (v. notamment Tribunal Constitucional, décision 48/2003 du 12 mars 2003, sur le recours d'inconstitutionnalité contre plusieurs articles de la Loi Organique 6.2002 sur les partis politiques).

<sup>575</sup> Cour EDH, Grande chambre, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, req. n° 19392/92, § 45.

En tenant compte de l'origine de la théorie de la *démocratie militante*, il n'est pas surprenant que sa première application jurisprudentielle par la Cour de Strasbourg fût effectuée dans une affaire concernant l'Allemagne. Dans l'affaire *Vogt c. Allemagne*, la Cour examina le cas d'un professeur qui avait été exclu de la fonction publique du fait de son engagement au sein du Parti communiste allemand. La Cour observa que l'obligation de réserve des agents de la fonction publique, considérée comme le garant de la Constitution et de la démocratie, « revêt une importance particulière en Allemagne en raison de l'expérience que celle-ci a connue sous la République de Weimar et qui, lorsque la République fédérale a été constituée après le cauchemar du nazisme, a conduit à la volonté d'instaurer une "démocratie apte à se défendre" »<sup>576</sup>. Ainsi, l'expérience passée de l'Allemagne était susceptible de justifier une ingérence dans la liberté d'expression des fonctionnaires. Toutefois, dans le cas d'espèce, si l'ingérence fut considérée comme poursuivant un but légitime, la révocation fut considérée, de son côté, comme une mesure disproportionnée par rapport à son objectif. Ainsi, l'évocation du principe de la démocratie militante n'est pas un blanc-seing pour justifier toute ingérence et la Cour doit donc évaluer la portée et les conséquences de la mesure envisagée pour garantir un équilibre entre la défense de la démocratie et le respect des droits individuels des citoyens.

Cet argument fut aussi avancé par les États anciennement communistes pour justifier des mesures de lustration, comme dans l'affaire *Zdanoka c. Lettonie* précitée<sup>577</sup>. La référence à l'arrêt *Vogt*, le contexte historique et la période de transition furent aussi mis en avant par le gouvernement hongrois pour justifier une disposition de la Constitution qui interdisait aux membres des forces armées, des services de police et de sécurité, de s'affilier à un parti politique. Dans son examen de l'objectif de l'ingérence, la Cour considéra que l'objectif du maintien de la neutralité politique des fonctionnaires pouvait être concilié avec les principes démocratiques, et que « cet objectif revêt une importance historique particulière en Hongrie en raison de l'expérience que ce pays a d'un régime totalitaire qui dépendait dans une large mesure de l'engagement direct de sa police aux côtés du parti au pouvoir »<sup>578</sup>. La Cour considéra aussi que, eu égard au passé récent de la Hongrie, qu'elle résuma dans l'arrêt<sup>579</sup>,

---

<sup>576</sup> Cour EDH, Grande chambre, 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, req. n° 17851/91, § 51.

<sup>577</sup> Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie*, précité, § 100.

<sup>578</sup> Cour EDH, Grande chambre, 20 mai 1999, *Rekvényi c. Hongrie*, req. n° 25390/94, § 41.

<sup>579</sup> « La Cour observe qu'entre 1949 et 1989 la Hongrie était gouvernée par un parti politique unique. L'affiliation à ce parti traduisait, dans de nombreuses sphères sociales, l'engagement individuel pour le régime. Cette atteinte était encore plus marquée chez les militaires et policiers pour lesquels l'adhésion au parti de la grande majorité d'entre eux était une garantie de l'application directe de la volonté politique du parti au pouvoir. C'est précisément ce défaut que les dispositions sur la neutralité politique de la police visent à prévenir. Ce n'est

« les mesures pertinentes [...] pour protéger les forces de police de l'influence directe des partis peuvent passer pour répondre à un “besoin social impérieux” dans une société démocratique »<sup>580</sup>.

Toutefois, l'évolution de la jurisprudence de la Cour montre un dépérissement du poids de l'histoire comme argument justificatif. Ainsi, la Cour considère que la fin de la période de transition démocratique s'accompagne d'une réduction de la marge d'appréciation de l'État et d'un alignement vers les mêmes standards des protections que pour les « vieilles démocraties » de l'Ouest. Il est donc possible de constater une « politique jurisprudentielle de marginalisation du poids de l'Histoire »<sup>581</sup>. De la sorte, treize ans après l'arrêt *Rekvény*, la Cour se pencha à nouveau sur la restriction aux membres de la police d'adhérer à un parti politique, cette fois en Pologne. La Cour considéra que, bien que les motifs « d'ordre historique pour ce qui concerne la Pologne ne soient plus décisifs dans le contexte actuel de ce pays, ils demeurent tout de même pertinents dans une certaine mesure, notamment pour la préservation de la confiance légitime des citoyens envers l'État et ses institutions »<sup>582</sup>. La situation de la Pologne en 2012 ne pouvant plus être considérée comme celle d'un État en transition démocratique, l'argument historique fut alors neutralisé et c'est en considération d'autres facteurs que la Cour conclut à la non violation de l'article 11 de la Convention.

Concernant la Hongrie, la Cour considéra, en 2008, que la période de transition était achevée. Examinant le cas d'une personne qui avait été condamnée pour avoir porté une étoile rouge sur sa veste, symbole qui était considéré par les autorités internes comme un emblème du totalitarisme, la Cour a estimé que « près de deux décennies se sont écoulées depuis que la Hongrie est passée à un régime pluraliste et elle a prouvé qu'elle était une démocratie stable »<sup>583</sup>. Elle prit en compte le fait que les violations massives de droits de l'homme commises sous le régime communiste avaient certes discrédité l'étoile rouge comme symbole, mais elle considéra que ce symbole n'était pas l'apanage du totalitarisme communiste, puisqu'il est aussi le symbole du mouvement ouvrier international, ainsi que de certains partis politiques légaux. Elle souligna qu'il n'y a plus de risque actuel de rétablissement de la

---

qu'en 1989 que la société hongroise a réussi à instituer une démocratie pluraliste qui a abouti en 1990 aux premières élections législatives multipartites en plus de quarante ans. La modification contestée de la Constitution a été adoptée quelques mois avant les deuxième élections législatives démocratiques, en 1994 » (*Ibid.*, § 47).

<sup>580</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>581</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le contentieux des anciennes démocraties populaires », *op. cit.*, p. 94.

<sup>582</sup> Cour EDH, 10 avril 2012, *Strzelecki c. Pologne*, req. n° 2664/03, § 45.

<sup>583</sup> Cour EDH, 8 juillet 2008, *Vajnai c. Hongrie*, req. n° 33629/06, § 49.

dictature communiste. Dans ce contexte, l'argument du passé communiste ne pouvait plus être avancé comme une justification de l'ingérence et la Cour conclut à une violation de l'article 10 de la Convention. L'histoire est donc considérée comme un argument qui doit être examiné à la lumière des conditions contemporaines de l'affaire, ce qui peut conduire à des déformations dans l'appréciation des faits historiques.

La prise en compte des arguments historiques comporte plusieurs risques : le premier est celui de la difficulté d'appréciation et d'interprétation de faits historiques qui peuvent faire l'objet de lectures concurrentes. Par exemple, dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, concernant le cas du conflit entre les forces séparatistes transnistriennes et les forces de l'ordre moldaves, le juge KOVLER, dans son opinion dissidente, considéra que le contexte historique de l'affaire fut présenté de façon sommaire, dénaturant considérablement le tissu factuel<sup>584</sup>. Comme l'explique le juge GARLICKI dans son opinion dissidente dans l'affaire *Admasons c. Lettonie* : « nous [les juges] sommes des experts en droit et en légalité, mais non en politique et en histoire, et nous ne devrions nous aventurer dans ces deux derniers domaines que lorsque cela se révèle absolument nécessaire »<sup>585</sup>. De même, le recours à des considérations historiques pour la modulation de la marge d'appréciation des États en ce qui concerne, notamment, les droits politiques, pouvait conduire à une rigidification de cette marge et à faire prévaloir les ordres politiques nationaux sur l'ordre public européen<sup>586</sup> que la Cour et le Conseil de l'Europe veulent établir. Le maintien de l'argument de la transition démocratique et des particularités des pays de l'Est pouvait conduire, de son côté, à un dédoublement du standard de protection<sup>587</sup>, à la mise en place d'une Europe des droits de l'homme à deux vitesses, ce qui aurait été contraire aux missions de la Cour et du Conseil de l'Europe. Face à ces difficultés, la relativisation du poids de l'histoire a donc été généralement bien accueillie.

---

<sup>584</sup> Opinion dissidente du juge KOVLER dans l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, précité.

<sup>585</sup> Opinion concordante du juge GARLICKI à laquelle se rallient les juges ZUPANČIČ et GYULAMYAN dans l'arrêt *Admasons c. Lettonie*, précité.

<sup>586</sup> Y. LECUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 496.

<sup>587</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le contentieux des anciennes démocraties populaires », op. cit., p. 99.



## **Section 2. La possibilité pour le juge de se prononcer sur des faits historiques**

Dans le cadre d'une politique de gestion d'un passé douloureux, des tribunaux peuvent être mis en place pour connaître explicitement des plaintes qui trouvent leur origine dans un passé plus ou moins lointain. C'est le cas notamment du tribunal de Waitangi en Nouvelle Zélande. Mis en place en 1975, il cherchait à trouver une solution au problème historique de la confiscation des terres et, plus généralement, aux conditions imposées au peuple Maori par les colons blancs. À l'origine, le tribunal était uniquement compétent pour connaître des plaintes pouvant remonter jusqu'en 1975, mais son statut fut réformé en 1985 afin que les individus puissent intenter des actions découlant des conséquences préjudiciables de toute loi, politique ou acte de la Couronne depuis 1840<sup>588</sup>, année de la signature du Traité de Waitangi qui réglait les relations entre les peuples autochtones et les colons. Cette compétence élargie oblige donc ce Tribunal à se tourner vers le passé de la Nouvelle Zélande et, notamment, vers des périodes controversées qui font encore l'objet d'intenses débats historiques, comme la période de colonisation<sup>589</sup>. Toutefois, cet exemple reste assez isolé<sup>590</sup>.

En général, la compétence des juges est limitée dans le temps, ce qui les empêche de connaître de faits anciens. Ces limitations sont des moyens pour accomplir le principe *interest rei publicae ut finis litium sit* - il est dans l'intérêt public que les procès aient une fin<sup>591</sup>. Néanmoins, à côté de ce principe, se développe de plus en plus l'idée qu'il faut réparer les torts du passé et que des périodes de l'histoire nationale doivent être revisitées par le juge afin de prendre en compte les réclamations matérielles et symboliques des victimes de certains faits du passé. Le juge doit alors chercher un équilibre entre ces demandes de réparation et la

---

<sup>588</sup> Toutefois, par un amendement de 2006, une date limite fut établie pour la présentation de nouvelles réclamations historiques au 1<sup>er</sup> septembre 2008. Ainsi l'article 6AA du Traité de Waitangi prévoit que « Malgré les dispositions de l'article 6 (1), après le 1<sup>er</sup> septembre 2008, aucun Maori ne peut (a) présenter une demande au Tribunal qui est, ou comprend, une réclamation historique relative au Traité ou (b) modifier une demande déjà soumise au Tribunal qui n'inclut pas une réclamation historique relative au Traité de manière à en inclure une réclamation historique relative au Traité » [Despite section 6(1), after 1 September 2008 no Maori may : (a) submit a claim to the Tribunal that is, or includes, a historical Treaty claim; or (b) amend a claim already submitted to the Tribunal that is not, or does not include, a historical Treaty claim by including a historical Treaty claim].

<sup>589</sup> Se pose alors la question si le Tribunal est en train de juger par rapport à une certaine perspective historique, par rapport à la morale contemporaine ou par rapport à sa propre idéologie de ce qui est acceptable. (J. DAY, « Waitangi Tribunal History: Interpretations and Counter-facts », *Auckland University Law Review*, n° 1, Vol. 15, 2009, p. 205-225).

<sup>590</sup> Il faut aussi souligner que ce genre d'initiatives n'entre pas explicitement dans le cadre de l'office juridictionnel. En effet, ce Tribunal, malgré son nom, a uniquement la possibilité de faire des recommandations et ne tranche pas les litiges.

<sup>591</sup> R. HIGGINS, « Time and the Law: International Perspectives on an old Problem », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 3, Vol. 46, 1997, p. 511.

limitation de sa compétence comme gage de sa légitimité en tant qu'institution dans un ordre démocratique<sup>592</sup>.

Dans la quête de cet équilibre, des limitations temporelles sont certes mises en places, mais elles ne sont pas forcément un bandeau qui empêche de tourner le regard vers le passé<sup>593</sup>. Sous certaines conditions, Clio peut donc faire son apparition devant le prétoire et le juge peut ainsi être amené à connaître et qualifier des faits historiques. Les délais de recours et de prescription empêchent, en principe, le juge administratif interne d'étendre son regard vers un passé lointain. Toutefois, le contentieux développé sur les conséquences des agissements de l'administration durant la Seconde Guerre mondiale a donné la possibilité au juge de se prononcer, de manière circonscrite et limitée, sur ces faits de l'histoire nationale (§1). Pour le juge de Strasbourg, les différents délais qui délimitent son office et l'application de la Convention font que sa compétence soit à géométrie variable. Cette caractéristique, unie à la possibilité de développer une interprétation souple de ses propres règles de compétence, permettent au juge conventionnel de se prononcer sur des faits qui touchent à différentes périodes controversées de l'histoire récente du continent (§2).

---

<sup>592</sup> V. J. B. HALL, « Just a Matter of Time? Expanding the Temporal Jurisdiction of the Inter-American Court to Address Cold War Wrongs », *Law and Business Review of The Americas*, n° 4, Vol. 14, 2008, p. 698.

<sup>593</sup> A. BUYSE, « A Lifeline in Time – Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *Nordic Journal of International Law*, n° 1, Vol. 75, 2006, p. 75.

## ***§ 1. Clio devant le juge administratif : une possibilité rare et limitée***

Le juge administratif n'a, en principe, ni la qualité ni la compétence pour connaître des faits historiques et, encore moins, pour juger l'histoire<sup>594</sup>. En effet, le juge administratif ne peut pas se saisir d'office et les possibilités qu'a un requérant de soumettre à la connaissance du juge un fait ou une situation qui se situe dans un passé lointain est limitée par l'existence de délais de recours pour l'action et de délais de prescription pour le droit réclamé, délais qui, en droit administratif, sont assez courts (I). Toutefois, par différentes constructions prétoriennes, le juge administratif a dégagé la possibilité de se prononcer sur des litiges qui mettent en jeu des faits historiques, notamment liés à la Seconde Guerre mondiale (II). Cette possibilité reste néanmoins limitée et l'approche du juge interne se caractérise avant tout par une réticence à se transformer en un tribunal de l'histoire.

### **(I) L'encadrement de la compétence temporelle du juge administratif**

*Ratione temporis*, pour étudier la compétence du juge administratif, il est nécessaire de prendre en compte deux éléments principaux : d'un côté, les délais de recours que possèdent les requérants, de l'autre côté, les délais de prescription du droit ou de la créance objet du litige. Ces délais centrent habituellement la compétence du juge sur des faits récents (A). Toutefois, un mécanisme juridique permet, sous certaines conditions, de ne pas prendre en compte des délais pour l'examen des faits anciens. C'est le cas de la règle de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Règle propre au droit pénal international, l'éventualité que ces crimes aient des conséquences qui touchent à l'action de l'administration pourrait impliquer la possibilité de son application en droit administratif. Si la doctrine et certains commissaires du gouvernement ont admis cette possibilité, le Conseil d'État ne l'a pas appliquée (B).

#### **(A) Une compétence limitée par de courts délais**

La nécessité d'assurer une certaine stabilité et prévisibilité des situations juridiques et, notamment, des décisions de l'administration, implique la mise en place d'un délai limite

---

<sup>594</sup> V. D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2012, p. 244 et ss.

pour introduire des recours qui mettraient en cause ces décisions. La loi du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative et le décret du 11 janvier 1965 ont unifié les conditions de délais établissant un délai de droit commun de 2 mois à partir du moment où la décision est portée à la connaissance des intéressés<sup>595</sup>. Ce délai a été jugé suffisamment long pour respecter le droit au recours, mais aussi suffisamment court pour permettre la bonne marche de l'administration<sup>596</sup>. Toutefois, dans certains contentieux, les délais peuvent être raccourcis<sup>597</sup> ou prolongés<sup>598</sup>.

En plus de ce délai de recours, il faut prendre en compte le fait que les droits ou les créances objets d'un litige peuvent être soumis à des délais de prescription. Toutefois, l'étude de la prescription en droit administratif doit faire face à un double obstacle : la diversité de régimes et l'absence d'une conceptualisation. Le professeur B. PLESSIX souligne cette problématique en considérant qu'il n'existe « nulle théorie générale, encore moins de tentatives conceptuelles, pas même un recensement informatif de toutes les prescriptions existantes en matière administrative »<sup>599</sup>.

La prescription, en droit administratif est surtout abordée sous l'angle de la règle de comptabilité publique de la prescription quadriennale<sup>600</sup>. En effet, par rapport aux créances de l'État, le choix a été fait de consacrer une prescription courte. La loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 *relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics* prévoit que « sont prescrites, au profit de l'État, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de

---

<sup>595</sup> Codifié actuellement à l'article R. 421-1 du code de justice administrative.

<sup>596</sup> M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Hypercours, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 301, § 685.

<sup>597</sup> C'est notamment le cas du contentieux électoral où, par exemple, les requérants n'ont que dix jours pour contester les élections des parlementaires européens (art. 25 de la loi n° 77-729 du juillet 1977) ou les élections régionales (L. 361 du code électoral).

<sup>598</sup> Par exemple, le code de l'environnement prévoit un délai d'un an pour les recours relatifs aux installations classées pour la protection de l'environnement (art. R. 514-3-1). De même le délai de deux mois ne s'applique pas en matière de travaux publics, matière qui n'est soumise qu'aux règles de la prescription quadriennale (V. sur ce point CE, 6 octobre 2013, *Commune d'Étampes*, n° 344062, *Leb.*, à paraître, *AJDA* 2013 p. 2462, obs. Pastor ; *Ibid.* 2014 p. 993, note Froger).

<sup>599</sup> B. PLESSIX, « La prescription extinctive en droit administratif. Note sous CE, Ass., 8 juillet 2005, *Société Aluisse-Lonza-France* », *RFDA*, 2006, p. 375. De même, dans une des rares études consacrées à la matière, R. ROUQUETTE souligne « qu'il y a beaucoup à faire en matière de prescription en droit administratif » (R. ROUQUETTE, « Les prescriptions en droit administratif », *Dr. adm.*, n° 8, 2002, chron. 15, p. 6).

<sup>600</sup> En effet, cette prescription trouve un fondement budgétaire et comptable, ce qui se traduit notamment par le fait qu'elle se décompte par années budgétaires dont le point de départ est le 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit la naissance de la créance (v. R. ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 9).

laquelle les droits ont été acquis ». La prescription quadriennale empêche donc le juge de se pencher sur des obligations qui trouvent leur origine dans le passé, limitant alors la possibilité pour le juge de connaître des faits historiques.

Par exemple, le juge administratif a fait jouer la prescription quadriennale dans un série d'affaires ayant trait à la réparation du préjudice qu'une personne aurait subi comme conséquence du service du travail obligatoire (STO) effectué en territoire allemand pendant la période de l'Occupation. Le juge considéra que ces créances étaient nées, au plus tard, au retour des requérants en France et que, par conséquent, le délai quadriennal devait être appliqué. Il considéra donc que la prescription était acquise le 31 décembre 1948, sans que les différents motifs allégués par les requérants constituent des causes propres à considérer ce délai interrompu ou suspendu<sup>601</sup>. Le jeu de la prescription empêcha donc le juge de se prononcer sur des faits qui pourraient être qualifiés d'historiques : telle l'obligation pour des Français durant l'Occupation de se soumettre au service du travail obligatoire en Allemagne et la responsabilité de l'administration pour ces faits. Face à une affaire similaire, la Cour administrative d'appel de Nantes a quand même examiné les faits car, dans ce cas particulier, les affirmations du requérant selon lesquelles son père avait été astreint au service du travail obligatoire pour travailler au profit d'une firme allemande avaient été contredites par les pièces produites devant le tribunal administratif. En particulier, la Cour d'appel prit en compte le fait que le requérant alléguait que son père avait été astreint au travail obligatoire entre le 25 juin 1942 et le mois de décembre de 1942, alors que le service de travail obligatoire n'avait été institué que par un acte dit loi du 16 février 1943<sup>602</sup>.

D'autres délais de prescription peuvent toutefois s'appliquer devant le juge administratif. Dans certaines matières, eu égard à leurs particularités, des délais plus longs peuvent être mis en place, ce qui implique pour le juge de s'intéresser « au temps long, au temps déjà incorporé au passé »<sup>603</sup>. Par exemple, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades instaura une prescription décennale en matière de responsabilité médicale. La jurisprudence administrative a aussi déterminé qu'une prescription trentenaire s'applique pour les obligations de remise en état des sites ayant accueilli une exploitation

---

<sup>601</sup> CAA Bordeaux, 4 décembre 2007, *Pellegrino c. Ministère de la Défense*, n° 05BX01615, cité par D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, *op. cit.*, p. 245. Dans le même sens CAA Paris, 27 juin 2006, n° 05PA00152, 05PA00117 et 05PA00153, *inédits* et 21 décembre 2006, n° 06PA02112, 06PA01538, 05PA02516, 06PA02113 et 06P02092, *inédits* ; CAA Marseille, 6 mai 2008, n° 06MA01230, 06MA0125, 06MA01509 et 06MA01351 *inédits*.

<sup>602</sup> CAA Nantes, 28 décembre 2006, n° 05NT01950, *inédit*.

<sup>603</sup> B. PLESSIX, « La prescription extinctive en droit administratif », *op. cit.*, p. 376.

classée pour la protection de l'environnement, obligation qui s'applique même pour les installations où l'exploitation a cessé<sup>604</sup>. Cette jurisprudence où « l'objectif imprescriptible de sauvegarde de l'environnement empêche les années passées d'être séparées du présent »<sup>605</sup> peut ainsi conduire l'Administration à remonter dans le passé. Toutefois, les possibilités de connaître des faits liés à l'histoire nationale dans ce cadre est assez restreinte.

C'est avant tout dans le cadre des conséquences de la participation et de la responsabilité du régime de Vichy dans la déportation de milliers de personnes vers le camps d'internement et de concentration que le juge administratif peut être amené à connaître des faits historiques. L'examen de cette période de l'histoire est au cœur d'une jurisprudence qui se développa à partir des années 2000 dans le contexte d'une réévaluation du rôle de l'État dans ces événements. Se pose alors la question de savoir si les caractéristiques de ces agissements, en lien avec la commission de crimes contre l'humanité, impliquent une extension de la règle de l'imprescriptibilité applicable en droit pénal pour les recours intentés contre l'État en matière de responsabilité administrative.

### *(B) La non application de la règle de l'imprescriptibilité en droit administratif*

Le droit pénal français reconnaît un cas particulier d'imprescriptibilité<sup>606</sup> : il s'agit du cas des crimes contre l'humanité. En effet, la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1946 dispose que « Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte internationale du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ». En conséquence, l'article 213-5 du code pénal prévoit que tant l'action publique que les peines prononcées par rapport à des crimes contre l'humanité et de génocide sont imprescriptibles.

Cette imprescriptibilité est une conséquence de la spécificité des crimes. En effet, au sens large, « le crime contre l'humanité consiste en des actes inhumains inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux. Il constitue une infraction hors du

---

<sup>604</sup> CE Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, n° 247976, *Leb.*, p. 311.

<sup>605</sup> B. PLESSIX, *op. cit.*, p. 376.

<sup>606</sup> En effet, en droit français le principe est la prescription des actions pénales. Le Conseil d'État considère même que l'existence d'une règle de prescription est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, Ass., 29 février 1996, *Avis sur le projet de statut de la Cour pénale internationale*, n° 358597, *GACE* 3<sup>e</sup> éd., n° 28, p. 336). Toutefois, la Cour de cassation a contredit cette affirmation, considérant que le principe de prescription de l'action pénale n'a pas de valeur constitutionnelle (Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, n°s 11-90.025, 11-90.032 et 11-90.033).

commun »<sup>607</sup>. La définition juridique de ces crimes s'est construite grâce à l'évolution du droit pénal international à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Elle apparaît ainsi, pour la première fois, dans le statut du Tribunal militaire de Nuremberg, établi par la Charte de Londres<sup>608</sup>. Actuellement, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit, dans son article 5, que cette juridiction est compétente pour connaître les « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale », à savoir : le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. Les crimes contre l'humanité sont définis par l'article 7 du Statut et comprennent une série d'actes allant du meurtre à l'apartheid et d'autres actes inhumains, lorsqu'ils sont commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Le génocide, de son côté, est défini par l'article 6 du Statut, et implique le meurtre, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, la soumission intentionnelle à des conditions d'existence devant entraîner la destruction physique totale ou partielle, les mesures destinées à entraver les naissances ou le transfert forcé d'enfants, quand ils ont été commis « dans l'intention de détruire, tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel ».

Le code pénal français réserve un sous-titre du titre premier du livre II aux « crimes contre l'humanité ». À l'intérieur de cette catégorie, il intègre le crime de génocide qu'il définit dans son article 211-1, comme « le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants : atteinte volontaire à la vie ; atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ; soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ; mesures visant à entraver les naissances ; transfert forcé d'enfants » et les « autres crimes contre l'humanité » qu'il énumère à l'article 212-1. Le code pénal français, s'il reprend certains éléments de la typification

---

<sup>607</sup> J-P. FELDMAN, « Crime contre l'humanité » in D. ALLAND, S. RIALS (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 334.

<sup>608</sup> Article 6 paragraphe c) de la Charte de Londres (Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire) : « Les Crimes contre l'Humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

internationale, rajoute une condition préalable, ainsi les infractions doivent avoir été commises « en exécution d'un plan concerté »<sup>609</sup>.

L'imprescriptibilité de ces infractions a été jugée compatible avec la Constitution. En effet, examinant le Traité portant statut de la Cour pénale internationale qui prévoit, à son article 29 que « les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas », le Conseil constitutionnel a considéré « qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »<sup>610</sup>.

L'imprescriptibilité s'applique, en principe, en matière pénale et permet ainsi de juger les personnes physiques considérées comme auteurs de ces crimes de nombreuses années après les faits. C'est grâce à cette règle, qu'à partir de la fin des années 1980, se déroulèrent des procès afin de juger plusieurs responsables de la déportation de milliers de juifs sous l'Occupation. En effet, les procès qui s'étaient déroulés à la Libération dans le cadre de l'Épuration visaient avant tout les crimes commis contre les résistants et la collaboration avec l'occupant. Aucun collaborateur ni responsable de Vichy n'avait été inculpé pour des faits ayant trait à la déportation des Juifs<sup>611</sup>. Des mesures d'amnistie avaient empêché de juger de nombreux responsables du génocide juif. Néanmoins, le vote de la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ouvrit la possibilité de les juger. Le travail des historiens et la prise de conscience nationale sur ces périodes sombres de l'histoire préparèrent le terrain, comme l'explique l'ancien garde des sceaux R. BADINTER : « Le travail des historiens, la volonté et la persévérance des victimes et de leurs avocats, l'émergence d'une sensibilité nouvelle dans les jeunes générations anxieuses de connaître la vérité et de voir régner la justice plutôt que l'oubli, entraînèrent une succession de poursuites et de procès qui mobilisèrent l'opinion publique »<sup>612</sup>.

Le premier de ces grands procès fut celui de l'ancien chef de la Gestapo de la région lyonnaise, Klaus BARBIE, qui fut condamné en 1987 à la réclusion criminelle à perpétuité. En

---

<sup>609</sup> La raison de cet ajout n'est pas évidente. Ainsi, les commentaires officiels expliquaient que cette formule « a été préférée, parce que plus objective, aux références jusqu'ici faites aux mobiles des auteurs pour caractériser les crimes contre l'humanité » (M. MASSÉ, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », *RSC*, 1994, p. 376.

<sup>610</sup> CC n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec., p. 29 ; *JO* du 24 janvier 1999, p. 1317.

<sup>611</sup> H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Paris : Seuil, coll. Points Histoire, 1987, p. 175.

<sup>612</sup> R. BADINTER, « Avant Propos » in J-P. JEAN, D. SALAS (dir.), *Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire*, Paris : Autrement, 2002, p. 6.



1994, ce fut l'ancien chef de la milice P. TOUVIER qui fut aussi condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour complicité de crimes contre l'humanité. Après un des plus longs procès de l'histoire judiciaire de la France, M. PAPON fut condamné plus de cinquante ans après les faits, pour avoir participé à la déportation de 1560 juifs de la région de Bordeaux. Ces différents procès, auxquels il faudrait rajouter la condamnation par contumace à l'encontre d'A. BRUNNER, un des collaborateurs d' A. EICHMANN, pour l'arrestation, la séquestration et la complicité d'assassinat de centaines de juifs, ont eu d'importantes conséquences non seulement juridiques, mais aussi dans l'opinion publique et dans la compréhension de la période de l'Occupation.

Ces différentes condamnations pénales ont encouragé une réflexion sur la possibilité de juger aussi les agissements des responsables du régime de Vichy et d'imputer ces actions à la responsabilité de l'État. Se posait alors la question de savoir si l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité pouvait aussi être opposée devant le juge administratif afin de déterminer la participation de l'État dans ces agissements criminels et mettre en jeu la responsabilité administrative.

Cette possibilité fut avancée par le commissaire du gouvernement S. AUSTRY dans ses conclusions sur l'arrêt *Pelletier*. Dans une construction juridique très originale, il commença par rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de crimes contre l'humanité selon laquelle l'imprescriptibilité s'applique non seulement à l'action publique mais aussi à l'action civile<sup>613</sup>. S'appuyant sur la condamnation de M. PAPON par la Cour d'assises de Bordeaux pour complicité de crimes contre l'humanité, il en déduisit que la responsabilité civile personnelle d'un agent public peut être recherchée à tout moment, à raison des dommages résultant de crimes contre l'humanité, sans délai de prescription et cela même devant la juridiction administrative. Il considéra en effet :

« que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative à l'imprescriptibilité de l'action civile à raison de dommages résultant de crimes contre l'humanité, qui découle de la combinaison des dispositions de l'article 10 du code de procédure pénale et du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg traduites en droit interne aux articles 212-1 et suivants du code pénal, s'étend nécessairement aux actions visant à engager la responsabilité de l'État dans de tels dommages, que cette responsabilité soit recherchée devant le juge judiciaire, dans l'hypothèse où le crime contre l'humanité

---

<sup>613</sup> Crim., 1<sup>er</sup> juin 1995, *Touvier*, Bull. crim., n° 202.

constituerait une atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 136 du code de procédure pénale, ou devant la juridiction administrative »<sup>614</sup>.

Les crimes contre l'humanité s'analysent non seulement comme des fautes personnelles, mais aussi comme des fautes de service, puisque la déportation n'a été permise que « par une planification bureaucratique assurée par des fonctionnaires consciencieux »<sup>615</sup>. Selon le commissaire du gouvernement, si l'imprescriptibilité est admise pour la faute personnelle, elle devrait aussi être admise pour la faute de service, ce qui implique la possibilité de rechercher, sans limite de temps, la responsabilité de l'État à raison du même dommage<sup>616</sup>. Toutefois, le Conseil d'État décida de ne pas suivre l'analyse de son commissaire du gouvernement. En effet, à l'époque où cet arrêt fut prononcé, la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour les crimes commis sous le régime de Vichy n'était pas encore consacrée par la jurisprudence administrative. De plus, la démonstration du commissaire du gouvernement se heurtait à un autre obstacle. En effet, elle impliquait de passer de l'administration prise comme civilement responsable des crimes de ses agents à l'administration comme entité impersonnelle responsable par elle-même des crimes contre l'humanité<sup>617</sup>. Mais, pour pouvoir soutenir ce raisonnement, il fallait que les textes prévoient la possibilité que l'État français lui-même soit reconnu comme coupable de crimes contre l'humanité, or les différents textes relatifs à l'imprescriptibilité de ces crimes s'appliquent uniquement à des personnes physiques.

L'arrêt *Papon* permit au juge administratif de surmonter la première objection. En effet, dans cet arrêt, le Conseil affirma explicitement la responsabilité de l'État pour une série d'actions qui ont permis et facilité les opérations qui ont été le prélude à la déportation, mettant ainsi fin à une jurisprudence contraire qui s'était développée à partir de 1952<sup>618</sup>. Même si, dans ce cas, le Conseil a dû juger des faits anciens afin de déterminer l'existence d'une faute de service qui se rajoutait à la faute personnelle commise par l'ancien préfet, cela n'impliquait par pour autant une application du principe d'imprescriptibilité en droit administratif. En effet, comme l'explique le commissaire du gouvernement S. BOISSARD dans ses conclusions, le fait que le Conseil doive prendre en compte des faits anciens tient

---

<sup>614</sup> S. AUTRY, « La réparation du préjudice subi par les orphelins de déportés juifs : aide ou responsabilité. Conclusions sur CE, Ass., 6 avril 2002, *Pelletier* » *RFDA*, 2001, p. 719.

<sup>615</sup> *Loc. cit.*

<sup>616</sup> M. GUYOMAR, P. COLLIN, « La réparation accordée aux orphelins de parents victimes de persécutions antisémites et le principe d'égalité », *AJDA*, 2001, p. 447.

<sup>617</sup> *Loc. Cit.*

<sup>618</sup> CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud, Leb.*, p. 14 et CE, sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise, Leb.*, p. 401.

simplement à la circonstance que la créance à l'origine du litige n'est devenue certaine, liquide et exigible qu'à la date où le juge judiciaire a déterminé le montant des intérêts civils mis à sa charge. Ainsi, il ne considère pas que « l'imprescriptibilité qui s'attache aux crimes contre l'humanité, telle qu'elle a été reconnue en droit français par la loi du 26 décembre 1964, et qui s'applique tant à l'action publique qu'à l'action civile, puisse être étendue, en l'absence de dispositions expresses en ce sens, aux actions tendant à mettre en cause, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'État à raison de faits ayant concouru à la commission de tels crimes »<sup>619</sup>. Postérieurement, le juge administratif affirma explicitement que « le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité, posé par l'article 213-5 du code pénal, ne s'attache qu'à l'action pénale et à l'action civile engagée devant la juridiction répressive »<sup>620</sup>.

Cette position fut confirmée et développée par le commissaire du gouvernement F. LENICA dans ses conclusions sur l'avis contentieux *Hoffman Glemane*. Confronté à une multitude de dossiers portant sur le même type de réclamations, le Tribunal administratif de Paris avait demandé au Conseil d'État de donner un avis sur les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État pouvait être engagée du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites durant la Seconde Guerre mondiale. La première question posée par le Tribunal reprenait presque mot à mot le raisonnement du commissaire AUSTRY dans ses conclusions sur l'arrêt *Pelletier* et cherchait justement à savoir si le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité pouvait être étendu, en l'absence de dispositions législatives expresses en ce sens, aux actions visant à engager la responsabilité de l'État. Le commissaire du gouvernement répondit à cette question considérant, en premier lieu, que les textes qui fondent l'imprescriptibilité de l'action pénale, tant en droit international qu'en droit interne, ne permettent pas d'asseoir une solution d'imprescriptibilité de l'action civile dirigée contre l'État. En deuxième lieu, il souligna le fait qu'en droit pénal, l'imprescriptibilité n'est pas perpétuelle. Comme elle ne s'applique qu'à des personnes physiques, elle est bornée par la fin de la vie du criminel. Appliquée à l'État dont la vocation est permanente, « l'imprescriptibilité c'est l'éternité »<sup>621</sup>. L'existence d'une dette infinie serait contraire, selon le commissaire du

---

<sup>619</sup> S. BOISSARD, « Faute personnelle et faute de service : le partage des responsabilités entre l'État français et ses agents pour la déportation des juifs sous l'Occupation. Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon* », *RFDA*, 2002, p. 586.

<sup>620</sup> CAA Marseille, 6 mai 2008, n° 06MA01230, *précité*.

<sup>621</sup> F. LENICA, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victime de persécutions antisémites. Conclusions sur CE Ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, n° 315499 », *RFDA*, 2009, p. 325.

gouvernement, aux principes les plus fondamentaux du droit public. Le Conseil d'État, dans son avis, ne se prononça pas explicitement sur la question de l'imprescriptibilité. En effet, arrivé à la conclusion que les mesures prises par l'État de façon graduelle ont permis, autant que possible, l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par les actions de l'État qui ont concouru à la déportation, il considéra que les questions relatives à prescription étaient devenues sans objet<sup>622</sup>.

Malgré l'encadrement de son office par des courts délais et l'impossibilité d'appliquer l'imprescriptibilité en droit administratif, le juge administratif est parfois confronté à l'examen de faits qui peuvent être qualifiés d'historiques. Il convient donc de s'interroger sur les moyens qui permettent au juge de tourner son regard vers le passé et sur les méthodes qu'il mobilise afin de faire face à ces faits d'une nature particulière.

## (II) L'examen de faits historiques liés à la Seconde Guerre mondiale par le juge administratif

Le juge est dans l'obligation de trancher les litiges qui lui sont soumis, sous peine de commettre un déni de justice, interdit par l'article 4 du code civil. Par conséquent, si une affaire portant sur un fait historique est portée devant le juge, il est dans l'obligation de la trancher. Toutefois, il est important de souligner que, dans ce cas, comme pour tout autre jugement, le juge n'est pas appelé à juger l'histoire, mais simplement les faits de l'espèce qui, dans certaines occasions, correspondent à des faits historiques. Malgré la particularité des faits qu'il doit examiner, le juge doit se prononcer en droit sur la situation particulière qui lui est soumise. Ainsi, à l'interprétation historique se superpose une qualification juridique.

Dans le cadre restreint de sa compétence temporelle, le juge administratif a été confronté à l'examen de faits historiques liés à la Seconde Guerre mondiale. Si l'imprescriptibilité ne peut pas être invoquée devant le juge administratif, d'autres configurations contentieuses obligent le juge à tourner son regard vers le passé de l'Occupation et des conséquences de la guerre. L'examen de faits historiques liés à la Seconde Guerre mondiale peut donc se faire par l'intermédiaire d'une action récursoire afin de déterminer la part de la responsabilité de l'État dans la déportation (A), de l'examen des

---

<sup>622</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*, n° 315499, *Leb.*, p. 43.

mesures réglementaires mises en place pour la réparation des conséquences de la guerre (B) ou par la possibilité de modulation des règles de prescription (C).

*(A) L'examen de faits historiques dans le cadre d'une action récursoire pour déterminer la responsabilité de l'État dans la déportation*

Dans l'affaire *Papon*, à la suite de sa condamnation pénale et civile pour complicité de crimes contre l'humanité, l'ancien secrétaire général de la préfecture de la Gironde demanda que l'État prenne en charge les sommes auxquelles il avait été condamné à payer. Il s'appuyait sur le deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui prévoyait que « lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui ». C'est donc en raison de cette action récursoire, qui fut présentée dans les délais, que le juge administratif eut à se prononcer sur des faits anciens de plus de soixante ans<sup>623</sup>. En effet, pour pouvoir trancher le bien-fondé de cette demande, le juge administratif devait examiner la nature de la faute commise par M. PAPON et s'intéresser à la part éventuelle de responsabilité de l'État dans les opérations d'organisation de convois qui transportaient des victimes de persécutions antisémites en direction des camps de concentration. Cela impliquait donc d'analyser les agissements de l'État dans l'organisation de la déportation.

Toutefois, le commissaire du gouvernement BOISSARD prit soin de souligner dans ses conclusions qu'il ne s'agissait pas, dans le cadre de cette action récursoire, « de refaire [...] le procès de M. PAPON, il ne s'agit de faire le procès du rôle joué par l'administration française dans la politique de discrimination raciale et de déportation menées durant l'Occupation, tâche qui incombe bien davantage aux historiens qu'aux juges. Il s'agit seulement de déterminer, en ce qui concerne les faits pour lesquels M. PAPON a été condamné en 1998, quelle est la part éventuelle de responsabilité de l'État français »<sup>624</sup>. Le seul but du juge

---

<sup>623</sup> Le professeur E. AUBIN resume : « le droit de la responsabilité administrative peut amener le juge de l'administration à faire preuve d'audace en remontant dans le temps afin de faire la lumière sur les responsabilités réciproques des hommes et de l'administration dans les événements tragiques qui marquèrent la France de 1940 à 1944 » (E. AUBIN, « Le régime de Vichy, la déportation des juifs durant l'occupation et la République française ou la responsabilité administrative retrouvée », *LPA*, n° 216, 2002, p. 15).

<sup>624</sup> S. BOISSARD, *op. cit.*, p. 584.

administratif était donc de trancher un litige ayant trait aux rapports entre un agent et son administration<sup>625</sup>.

Le Conseil d'État ne se considéra pas lié par l'appréciation portée par la Cour d'assises de la Gironde sur le caractère personnel de la faute commise par M. PAPON. En effet, l'autorité de la chose jugée ne peut être alléguée sur ce point, puisque les parties et la cause différaient entre le jugement civil qui opposait M. PAPON aux parties civiles et celui qui l'opposait à l'Administration dans le cadre d'une action récursoire. En revanche, le juge administratif se considéra lié par les faits constatés par le juge pénal<sup>626</sup>. Il reprit alors le compte rendu des faits acceptés par le juge pénal afin d'analyser le caractère de la faute commise. C'est ainsi que par l'intermédiaire d'une action récursoire, le juge administratif put prendre en compte des faits qui remontaient à plus de soixante ans et conclua alors :

« que si la déportation entre 1942 et 1944 des personnes d'origine juive arrêtées puis internées en Gironde dans les conditions rappelées ci-dessus a été organisée à la demande et sous l'autorité des forces d'occupation allemandes, la mise en place du camp d'internement de Mérignac et le pouvoir donné au préfet, dès octobre 1940, d'y interner les ressortissants étrangers "de race juive", l'existence même d'un service des questions juives au sein de la préfecture, chargé notamment d'établir et de tenir à jour un fichier recensant les personnes "de race juive" ou de confession israélite, l'ordre donné aux forces de police de prêter leur concours aux opérations d'arrestation et d'internement des personnes figurant dans ce fichier et aux responsables administratifs d'apporter leur assistance à l'organisation des convois vers Drancy – tous actes ou agissements de l'administration française qui ne résultaient pas d'une contrainte de l'occupant – ont permis et facilité, indépendamment de l'action de M. Papon, les opérations qui ont été le prélude à la déportation »<sup>627</sup>.

Ce recours au rapport des faits réalisé par le juge pénal, s'il permit au juge administratif de ne pas devoir s'aventurer dans la reconstruction d'un récit avec plus de soixante ans d'écart, fut néanmoins l'objet de critiques de la part des commentateurs. En effet, le Conseil d'État, faisant appel à l'autorité de la chose jugée, se considéra lié par les *constatations* faites par le juge pénal. Mais ces constatations, de l'aveu même du Conseil d'État, étaient tirées du dossier d'instruction, car, conformément à la loi en vigueur à l'époque, l'arrêt de la Cour d'assises ne comportait aucune motivation. Or, aucune autorité de chose jugée ne s'attache en principe aux décisions des juridictions d'instruction. Par conséquent « aux "constatations" retenues par le Conseil d'État dans son arrêt, contrairement

---

<sup>625</sup> S. PETIT, « Responsabilité de la puissance publique. Note sous CE, 12 avril 2002, *M. Papon* », *Gaz. Pal.*, 20 juillet 2002, p. 27.

<sup>626</sup> D'après une jurisprudence constante. V., par exemple, CE, 12 juillet 1929, *Vesin, Leb.*, p. 716 et, plus récemment, CE, 27 juillet 2005, *Balkany, Leb.*, T., p. 1054.

<sup>627</sup> CE Ass., 12 avril 2002, *M. Papon*, n° 238689, *Leb.*, p. 139.

à son affirmation, ne s'attachait donc pas l'autorité de la chose jugée au pénal. Celles-ci ne pouvaient, en aucun cas, être considérées comme expression de la vérité »<sup>628</sup>.

De plus, du même rapport des faits, le juge administratif arriva à une conclusion différente de celle du juge pénal. Il considéra, en effet, qu'en plus de la faute personnelle imputée à l'accusé, il existait aussi une faute de service qui engageait la responsabilité de l'État. Il déduisit finalement, d'une nouvelle interprétation de l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944, que la déclaration d'illégalité des actes de Vichy impliquait la reconnaissance de leur caractère fautif, ce qui permettait d'engager la responsabilité de l'État.

Restait, finalement, le problème de la détermination des parts respectives qui pouvaient être attribuées aux fautes personnelles et aux fautes de service. Il fallait donc apprécier à nouveaux les faits de l'espèce afin de mesurer la gravité respective des deux fautes. Cette tâche s'avérait particulièrement délicate eu égard à la particularité des faits. Comment mesurer la gravité de la déportation ? Soulignant, encore une fois, que l'arrêt portait sur les agissements de M. PAPON et n'était pas un procès général contre l'Administration, le commissaire du gouvernement avança l'idée d'une répartition trois quarts – un quart considérant que l'État ne devait prendre en charge que deux-cent mille euros par rapport au sept cent vingt mille euros du total des condamnations :

« Si l'on prend en compte l'ensemble des opérations d'arrestations et de déportations menées à partir de la région bordelaise entre les mois de juillet 1942 et d'août 1944, la part prise par les services administratifs dans leur ensemble – services préfectoraux, services de police, responsables du camp de Mérignac – est sans doute beaucoup plus lourde que celle prise par M. PAPON à titre individuel. / Mais la perspective s'inverse si l'on s'en tient aux seuls faits pour lesquels M. PAPON a été condamné, et sur la base desquels a été calculé le montant de l'indemnité due aux parties civiles, c'est-à-dire l'organisation des quatre convois qui ont quitté Bordeaux durant l'été 1942, en novembre 1942 et en janvier 1944, et plus précisément, l'arrestation et la séquestration de certaines des victimes de ces convois, notamment des enfants »<sup>629</sup>.

Toutefois, le Conseil décida de ne pas suivre les conclusions du commissaire sur ce point et de s'en tenir à un partage égal de la charge de l'indemnisation, évitant ainsi de se prononcer sur le poids de la gravité de chacune des fautes. Cette attitude fut qualifiée par certains commentateurs comme le reflet de « l'humilité du juge face à l'histoire »<sup>630</sup>.

---

<sup>628</sup> J-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La pesée contestable de la faute de service et de la faute personnelle par le Conseil d'État dans l'affaire Papon », *D.* 2003, p. 652.

<sup>629</sup> S. BOISSARD, *op. cit.*, p. 591-592.

<sup>630</sup> M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engagent la responsabilité de l'État », *AJDA*, 2002, p. 423.

Malgré les efforts pour présenter la décision comme un examen du cas d'espèce<sup>631</sup>, la limite vers un jugement de l'histoire peut être facilement franchie<sup>632</sup>. La commissaire du gouvernement, dans ses conclusions, souligna ainsi que la nouvelle interprétation et la lecture qui avait été faite des événements était « conforme à la réalité historique »<sup>633</sup>. De même, la portée donnée à cet arrêt et à la reconnaissance de responsabilité de l'État du fait de la déportation des Juifs ainsi que de la continuité de l'État transcenda bien au-delà les faits de l'espèce. Se pose ainsi la question de la légitimité du juge à faire œuvre d'historien<sup>634</sup>.

*(B) L'examen de faits liés à la Seconde Guerre mondiale dans le contentieux des mesures de réparation*

Pour essayer de compenser les préjudices matériels et moraux subis par les victimes de la Seconde Guerre mondiale, l'État a pris une série de mesures telles que des pensions, des indemnités, des aides ou des mesures de réparation. Certaines de ces mesures furent prises au lendemain de la guerre, notamment en ce qui concerne les victimes directes du conflit armé. Toutefois, d'autres victimes ont dû attendre de nombreuses années pour que leur préjudice soit reconnu et indemnisé, souvent sous la pression de l'opinion publique. Des recherches historiques ont aussi révélé de nouveaux préjudices qui donnent lieu à de nouvelles demandes de réparation. Le contentieux qui peut éventuellement se développer par rapport à l'application de ces mesures implique pour le juge administratif de se pencher sur les faits et les conséquences de la Seconde Guerre mondiale plus d'un demi-siècle après la fin du conflit. Si les faits sont anciens, l'actualité des textes adoptés pour mettre en place leur indemnisation empêche de les considérer comme prescrits. C'est le cas notamment des mesures prises pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites pendant l'Occupation.

Dans le contexte général de la reconnaissance politique de la responsabilité de l'État pour les agissements du régime de Vichy et de plusieurs scandales médiatiques sur la question

---

<sup>631</sup> Le commissaire du gouvernement avait pourtant affirmé sa volonté de ne pas faire un jugement historique et de réaliser une appréciation objective des faits : « en l'espèce, et quelle que soit la difficulté qu'il y a à porter, près de soixante ans après les faits et compte tenu de ce que l'on sait aujourd'hui des desseins de l'occupant nazi, une appréciation objective sur le comportement de M. Papon, il nous semble que tel est bien le cas » (*Ibid.*, p. 588).

<sup>632</sup> Ce qui démontre le risque d'un saut ontologique entre l'interprétation historique et la vérité judiciaire, v. sur ce point le Titre II de la Deuxième Partie de cette thèse.

<sup>633</sup> S. BOISSARD, *op. cit.*, p. 589.

<sup>634</sup> M. VERPEAUX, « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, 2003, p. 523.



des biens appartenant aux Juifs victimes de la législation antisémite<sup>635</sup>, une mission d'étude sur la spoliation des Juifs en France fut organisée, présidée par J. MATTEOLI. Prenant en compte les recommandations de cette mission, une commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur sous l'Occupation (CIVS) fut créée en 1999<sup>636</sup>. Cette commission a été chargée de rechercher et de proposer les mesures de réparation, de restitution ou d'indemnisation appropriées. Elle n'a pas de pouvoirs propres de décision, mais seulement de proposition. C'est donc le Premier ministre qui prend la décision sur l'éventuelle indemnisation, décision qui peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif<sup>637</sup>.

Examinant les recours en matière de spoliation, le juge doit prendre en compte des faits qui peuvent être qualifiés d'historiques pour déterminer, dans un premier temps, s'il y a eu effectivement une spoliation, puis pour déterminer les modalités de restitution ou le montant de l'indemnisation. Par rapport au premier point, dans une affaire concernant la restitution des trois tableaux de PUVIS DE CHAVANNES, le Conseil d'État considéra que même après l'expiration des délais de mise en œuvre de procédures organisées par l'État afin de restituer les biens spoliés durant l'Occupation, « les autorités administratives demeurent tenues de restituer à leurs propriétaires ou à leurs ayants droit les biens dont ils ont été, soit spoliés dans des conditions exorbitantes du droit commun, soit, s'il apparaît qu'ils ont subi des pressions ou violences et qu'un préjudice direct leur a été causé, privés par une transaction d'apparence légale »<sup>638</sup>. Analysant la demande de restitution, le juge a dû s'intéresser aux mesures de spoliation prises durant la période de l'Occupation. Dans le cas d'espèce les trois tableaux en litige étaient détenus par les autorités françaises après avoir été récupérés à la fin de la guerre pendant l'occupation de l'Allemagne et de l'Autriche par les forces alliées. Ce fait pouvait faire présumer, et c'est ce que soutenait la requérante, que les œuvres avaient été spoliées par l'ennemi. Toutefois, le Conseil considéra que « si l'État est tenu, à la demande des propriétaires d'une œuvre d'art ou de ses ayants droit, de rechercher si la restitution à ces propriétaires et ayant droit indûment privés de leur bien est possible, les circonstances dans lesquelles les autorités françaises ont obtenu ce bien sont, par elles-mêmes,

---

<sup>635</sup> V. A. WIEVIORKA, « Éléments pour une histoire de la Mission Mattéoli », *Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 2012, n° 2, [<http://revdh.files.wordpress.com/2012/11/dossier-1-mc3a9moire-elc3a9ments-pour-une-histoire-de-la-mission-mattc3a9oli1.pdf>].

<sup>636</sup> Décret n° 99-778 du 10 septembre 1999, modifié par le décret n° 2000-932 du 25 septembre 2000.

<sup>637</sup> V. J.-M. PONTIER, « Spoliation des œuvres d'art : quelle indemnisation ? », *AJDA*, 2011, p. 343.

<sup>638</sup> CE, 27 mars 2009, *Mme Ranely Verge Dupré*, n° 283240, *Leb.*, p. 105.

sans conséquence en droit sur cette appréciation »<sup>639</sup>. Le juge devait donc rechercher les causes de la privation du bien, qui remontaient, pour le cas d'espèce, à 1942. Il considéra, en prenant en compte les pièces du dossier soumis aux juges de fond, qu'il ne pouvait pas être soutenu que le propriétaire des trois toiles avait été spolié, puisque la vente avait été réalisée sans contraintes et au prix du marché et rejeta donc la demande de restitution.

Par rapport au second aspect, si le Premier ministre, après l'avis de la CIVS, décide d'accorder une indemnisation à la suite d'une spoliation, il est nécessaire de déterminer la date d'évaluation du préjudice. Cet aspect fut abordé par le juge administratif dans l'affaire *Kaplan*. M. KAPLAN possédait une importante collection d'œuvres d'art qui fut intégralement saisie par les forces d'occupation le 15 mars 1943. À la fin du conflit, seulement trois pièces lui furent restituées. Ses ayant-droits firent donc une demande d'indemnisation devant la CIVS qui la fixa à 3 815 000 euros, montant qui fut confirmé par le Premier ministre dans sa décision. Les requérants contestaient ce montant, considérant qu'il ne prenait pas en compte la valeur actuelle des biens spoliés. Le Tribunal administratif de Paris, appliquant une jurisprudence constante en matière d'évaluation des dommages, considéra que « l'évaluation d'un dommage aux biens doit être faite à la date où ses causes ayant pris fin et son étendue étant connue, il peut être procédé à sa réparation », ainsi, dans le cas d'espèce, « la réparation du préjudice né de la disparition de ces biens culturels, par nature irremplaçables, ne pouvait dès lors procéder que d'une indemnité correspondant à la valeur des biens estimée au jour de leur disparition ou dès l'instant où cette estimation a été rendue possible »<sup>640</sup>.

Le juge doit donc se placer au moment où le préjudice a eu lieu et peut être évalué. La Cour administrative d'appel de Paris confirma la solution du tribunal considérant que, malgré la spécificité du dommage, il n'existait pas un régime spécial ni particulier d'indemnisation et que, par conséquent, les règles générales en matière de responsabilité administrative « selon lesquelles l'évaluation des dommages aux biens doit être effectuée à la date où, leur cause ayant pris fin et leur étendue étant connue, il peut y être remédié » devaient être appliquées. Dans le cas d'espèce, la Cour considéra que « l'étendue des dommages a été connue à l'issue d'un inventaire complet effectué par les autorités allemandes en 1963, sur la base notamment

---

<sup>639</sup> *Ibid.*

<sup>640</sup> TA Paris, 25 juin 2010, *consorts Kaplan*, n° 0811025, *AJDA* 2011 p. 343.

de l'expertise réalisée par un commissaire priseur en 1956 »<sup>641</sup>. Cette solution fut finalement confirmée par le Conseil d'État<sup>642</sup>.

*(C) La possibilité de moduler les délais de prescription afin de prendre en compte des faits passés*

À la différence des deux cas précédents, les nombreuses requêtes qui ont été présentées devant le juge administratif à la suite de la reconnaissance de la responsabilité de l'État dans l'arrêt *Papon* et visant une condamnation de l'État par rapport aux préjudices subis lors de la déportation, ne pouvaient s'appuyer ni sur une action récursoire ni sur l'existence d'une mesure législative ou réglementaire contemporaine afin d'échapper aux délais de prescription. En effet, si la reconnaissance de la responsabilité de l'État du fait de la déportation était une nouveauté, les faits sur lesquels cette reconnaissance portaient s'étaient déroulés plus d'un demi-siècle auparavant. Face à cela, la doctrine et les commissaires du gouvernement s'interrogèrent sur la possibilité de moduler le calcul des délais de prescription afin de permettre au juge de connaître ces faits tout en prenant en compte le changement de circonstances de la reconnaissance de la responsabilité et de la continuité de l'État pour les faits de Vichy.

Dans un premier temps, dans une affaire jugée quelques semaines après l'arrêt *Papon*, le Tribunal administratif de Paris tira les conséquences de la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour les faits de la déportation et du principe de continuité de l'État. Il annula ainsi le rejet du ministre de l'Intérieur à la demande de la Fédération nationale des déportés et internés, résistants et patriotes tendant à la condamnation de l'État à payer la somme d'un franc symbolique en réparation du préjudice subi du fait de la responsabilité de l'État dans les arrestations de soixante-douze juifs à Bordeaux, faits qui avaient fait l'objet de la condamnation de M. PAPON. Sans se prononcer sur une éventuelle prescription des faits, qui n'était d'ailleurs pas invoquée par le ministère, le tribunal a considéré « qu'ainsi qu'en a jugé le Conseil d'État par son arrêt du 12 avril 2002, la responsabilité de l'État se trouve nécessairement engagée à raison des actes ou agissements de l'appareil étatique français pendant l'occupation allemande, notamment des ordres donnés aux forces de police de prêter leur concours aux opérations d'arrestation, d'internement en vue de la déportation de

---

<sup>641</sup> CAA Paris, 20 octobre 2010, *consorts Kaplan*, n° 10PA0416, *inédit*.

<sup>642</sup> CE, 3 octobre 2012, *consorts Kaplan*, n° 355105, *Leb.*, p. 345.

personnes de “race juive” »<sup>643</sup>. De nombreuses demandes de réparation, pour des faits qui n'étaient pas en lien avec les faits pour lesquels M. PAPON avait été condamné, furent portées à la connaissance du juge administratif qui dut donc s'interroger sur la possibilité de généraliser cette reconnaissance de la responsabilité de l'État.

Dans un deuxième temps, le Tribunal administratif de Paris, dans sa demande d'avis contentieux dans le cadre de l'affaire *Hoffman-Gleman*, posa la question au Conseil de savoir si les créances sur l'État nées d'agissements administratifs ayant constitué le prélude à la commission de crimes contre l'humanité pendant la Seconde Guerre mondiale pouvaient être considérées comme prescrites. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement F. LENICA commença par souligner la particularité de la modalité de constitution de la créance des victimes et en déduit la nécessité d'un aménagement de son rapport à l'écoulement du temps. Il considéra que « loin d'éteindre les créances, l'écoulement du temps nous paraît au contraire avoir permis leur parfaite constitution : pour ce type d'illégalité, le temps du juge est nécessairement postérieur au temps de l'histoire »<sup>644</sup>. Il rappela alors que ce n'est que par une lente maturation des esprits, motivée en particulier par les différents travaux des historiens, que l'idée d'une responsabilité de l'État a pu être acceptée et, finalement, reconnue juridiquement. Ainsi, le délai de prescription quadriennale s'avérait inadapté à ce type spécial de créance.

Une créance présente quatre éléments constitutifs : la cause, le montant, le créancier et le débiteur. La particularité de la créance détenue par les victimes de la déportation ou ses ayants droit réside dans le fait, qu'à la date de son fait générateur, seulement trois de ces quatre éléments étaient connus. L'identité du créancier n'a pu être déterminée qu'à la suite des travaux des historiens qui ont permis de démontrer la relative autonomie des agissements du régime de Vichy par rapport aux ordres de l'occupant. Elle ne fut admise que très tardivement par les autorités politiques et ne fut reconnue juridiquement que par l'arrêt *Papon* précité. Ainsi, le commissaire du gouvernement proposait de considérer que « l'année de rattachement pour l'application du régime de prescription doit, par exception aux principes traditionnels, être non pas l'année du fait générateur, mais l'année au cours de laquelle l'identité du débiteur se trouve révélée »<sup>645</sup>. Comme l'explique D. CONNIL dans sa thèse :

---

<sup>643</sup> TA Paris, 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés, et internés, résistants et patriotes*, n° 0002976/5, *Leb.*, p. 537.

<sup>644</sup> F. LENICA, *op. cit.*, p. 325.

<sup>645</sup> *Ibid.*, p. 326.

« cette solution consiste à remarquer que l'écoulement du temps a permis de préciser les faits matériels à l'origine de la créance et de révéler l'identité du débiteur, l'État »<sup>646</sup>. Cette nouvelle modalité de calcul permettait de prendre en compte les faits liés à la déportation, afin d'analyser l'ampleur des préjudices causés par l'action de l'État, malgré leur ancienneté. Elle permettait aussi de prendre en compte les avancements dans les travaux historiographiques sur la période qui donnent un nouvel éclairage sur les agissements de l'État par rapport aux contraintes de l'occupant. Toutefois, cela impliquait des risques d'anachronismes et de faire basculer l'office du juge vers le jugement de l'histoire en général.

Restait alors à déterminer l'année à partir de laquelle l'identité du débiteur pouvait être établie. Plusieurs hypothèses étaient envisageables. Face à l'importance donnée au discours prononcé par le président de la République de l'époque, J. CHIRAC, le 16 juillet 1995 lors de la commémoration de la rafle du Vélodrome d'hiver où, pour la première fois, un président de la République reconnaissait les fautes commises par l'État lors de l'Occupation, il a été envisagé de prendre cette date comme point de départ. Toutefois, la portée juridique de ce discours est discutable. D'autres points de départ furent suggérés. Un commentateur affirma ainsi la possibilité de prendre en compte la date de la publication de l'arrêt *Pelletier* où le Conseil d'État considéra, pour la première fois et de manière implicite, de donner une nouvelle lecture à l'ordonnance du 9 août 1944<sup>647</sup>. Cependant, comme il a déjà été rappelé, cet arrêt n'affirmait pas la responsabilité de l'État du fait de la déportation. Ce pas n'a été franchi qu'avec l'arrêt *Papon*. Le professeur B. DELAUNAY, dans son commentaire à l'avis, soutenait ainsi que l'arrêt *Papon* pouvait être considéré comme le point de départ de la prescription quadriennale. Il soulignait, en effet, que le délai de prescription devait commencer à courir à partir du moment où la victime était susceptible de disposer d'indications suffisantes selon lesquelles le dommage pouvait être imputable à l'Administration. Or, depuis l'arrêt *Papon*, les victimes disposaient de ces informations suffisantes<sup>648</sup>. Néanmoins, le caractère restreint de l'affaire, qui ne concernait pas un jugement général de la responsabilité de l'Administration mais seulement la répartition des responsabilités entre l'État et son agent dans le cadre d'une action récursoire, empêchait de généraliser la solution<sup>649</sup>. Le commissaire du gouvernement

---

<sup>646</sup> D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, op. cit., p. 253.

<sup>647</sup> J-C. JOBART, « La responsabilité de l'État et de la SNCF dans la déportation des juifs ou des rapports du droit, du temps et de l'histoire », *RDP*, 2006, p. 1715.

<sup>648</sup> B. DELAUNAY, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites. Note sous l'avis contentieux du CE du 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane* », *RFDA* 2009, p. 535.

<sup>649</sup> Toutefois, le professeur B. DELAUNAY considère, en réponse à cet argument « Si cet arrêt était certes relatif, comme on l'a dit, à une action récursoire, l'argument ne saurait suffire car sa motivation paraît dépasser de loin

suggéra alors une solution originale : le point de départ de la prescription serait une proclamation insérée dans l'avis même donné par le Conseil d'État, qu'il assortirait d'une publication dans le *JO* conformément à la faculté prévue par l'article R. 113-4 du code de justice administrative.

Le Conseil d'État ne prit pas position sur cette possibilité. En effet, comme il a considéré, dès le départ, que l'État avait indemnisé, autant qu'il a été possible, les préjudices de toute nature causés par ses actions qui ont concouru à la déportation de milliers de juifs, il estima que les questions relatives à la prescription étaient devenues sans objet<sup>650</sup>. Cette solution adoptée par le Conseil d'État fut critiquée par une partie de la doctrine, qui considéra que le Conseil avait esquivé la question<sup>651</sup>. Le débat fut alors clôt, puisque avec cet avis mit fin à toute possibilité pour les victimes ou les ayants droits d'engager la responsabilité de l'État du fait de la déportation<sup>652</sup>.

Malgré l'importance, à la fois juridique, médiatique et même symbolique, du contentieux des conséquences de la Seconde Guerre mondiale, les possibilités pour le juge administratif de connaître des faits historiques sont restreintes<sup>653</sup>. Les délais de recours et de prescription ainsi que sa propre politique jurisprudentielle restreignent les cas dans lesquels l'histoire s'invite au prétoire du juge administratif. En revanche, le caractère beaucoup plus interventionniste de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tant dans la définition de sa propre compétence temporelle, que dans l'étendue de son contrôle, font que les rencontres entre Clio et le juge de Strasbourg sont beaucoup plus fréquentes.

---

l'action introduite par le secrétaire général de la préfecture de Gironde, à l'encontre de l'administration de tutelle » (*Loc. cit.*).

<sup>650</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*, précité.

<sup>651</sup> P. ROCHE, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites. Note sous l'avis contentieux de CE du 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane* », *RFDA*, 2009, p. 543-544.

<sup>652</sup> V. sur ce point, l'abondante jurisprudence des Cours administratives d'appel qui, en application de l'avis contentieux du Conseil d'État, rejettent toute nouvelle demande d'indemnisation de la part de l'État pour les faits de la déportation sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'éventuelle prescription des créances détenues par le requérant contre l'État. À titre d'exemple : CAA Paris, 26 mai 2011, *M. Roger A.*, n° 10PA02664.

<sup>653</sup> V. sur ce point les développements de la thèse de D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, op. cit., p. 244 et ss.

## **§ 2. *L'extension de la compétence ratione temporis en droit de la CEDH : une possibilité controversée***

En droit international, la règle générale est le caractère non rétroactif des traités. De même, la juridiction des tribunaux internationaux est fondée sur le *consentement* des États. La compétence des tribunaux peut donc être modulée en fonction de ce consentement, soit parce que les accords des différents États signataires ne sont pas enregistrés au même moment, soit parce que l'instrument international qui sert de fondement donne la possibilité de faire des réserves. Ces caractéristiques font que, en règle générale, les tribunaux internationaux n'ont pas à connaître de faits qui peuvent être qualifiés d'historiques.

Toutefois, les particularités de la protection internationale des droits de l'homme invitent à s'interroger sur l'applicabilité des principes généraux du droit international à cette branche et sur la possibilité pour les tribunaux chargés de veiller sur les droits de l'homme de se prononcer sur certaines périodes du passé. En effet, d'un côté, le droit international des droits de l'homme présente des caractéristiques qui le distinguent du droit international général. En particulier, les traités sur les droits de l'homme ne sont pas des traités-contrats, ainsi ils n'ont pas comme but principal de créer des droits et des obligations pour des États sur la base de la réciprocité, mais plutôt de réguler les relations entre les États et les individus<sup>654</sup>, ce qui pose la question de l'importance du consentement étatique et de la possibilité de faire des réserves. D'un autre côté, le développement de la protection internationale des droits de l'homme est étroitement lié à un contexte historique particulier : la découverte des crimes contre l'humanité perpétrés durant le vingtième siècle et la volonté d'éviter leur répétition<sup>655</sup>.

Ce contexte se retrouve aussi pour la CEDH. En effet, en 1949, « les idées pour une Convention européenne étaient dominées par la nécessité de prévenir la montée d'un autre Hitler et la peur d'une invasion communiste »<sup>656</sup>. Ainsi, la CEDH est formellement un traité

---

<sup>654</sup> L. SUCHARIPA-BEHRMANN, « The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties », *Austrian Review of International and European Law*, n°1, Vol. 1, 1996, p. 67.

<sup>655</sup> Ceci peut être illustré par le préambule de la Charte des Nations Unies (1945) qui souligne que « Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international, à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande [...] ». V. aussi P. G. LAUREN, *The Evolution of International Human Rights. Vision seens*, Philadelphie : University of Philadelphia Press, Coll. Pennsylvania studies in human rights, 3<sup>e</sup> éd., 2011, 414 p.

<sup>656</sup>[In 1949, ideas for a European Convention were dominated by the need to prevent the rise of another Hitler and the fear that Europe was in danger of being overrun by the communists] (E. BATES, *The Evolution of the*

international, mais elle est aussi un instrument particulier, un traité-loi mettant en place une juridiction permanente qui a vocation à protéger les droits de l'homme et à éviter un retour aux périodes douloureuses qui ont caractérisé le XX<sup>e</sup> siècle. De cette manière, si la compétence de la Cour de Strasbourg obéit aux principes généraux propres aux tribunaux internationaux, des aménagements peuvent et ont été mis en place afin de prendre en compte la particularité de la matière qui est lui est soumise. Notamment, *ratione temporis*, les différentes dates de ratification, la possibilité de faire des réserves ainsi que l'interprétation donnée par la Cour à ces réserves, font que sa compétence est à géométrie variable (I). De plus, la Cour, qui tranche elle-même les contestations sur sa compétence, en vertu de l'article 32 de la CEDH, a développé une jurisprudence qui lui permet, sous certaines conditions, d'étendre sa compétence pour ainsi prendre en compte certains faits historiques (II).

### (I) Une compétence à géométrie variable

Dans le but de déterminer la possibilité pour la Cour de Strasbourg d'examiner des faits du passé il faut donc s'intéresser à la délimitation tant de la compétence temporelle de la Cour que de l'application dans le temps de la CEDH. Le droit international général a dégagé de la coutume et consacré des règles et des principes pour la détermination de la compétence *ratione temporis* (A), qui ont été adoptées et adaptées par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

#### (A) *Les principes généraux du droit international en matière de compétence ratione temporis*

En vertu de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ces derniers n'ont pas d'effet rétroactif<sup>657</sup>. Ainsi, les dispositions d'un traité ne lient pas les États signataires pour des faits antérieurs à leur entrée en vigueur. Il est néanmoins possible de distinguer trois exceptions à ce principe. Tout d'abord, l'effet rétroactif peut être prévu

---

*European Convention of Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 44).

<sup>657</sup> Article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) : « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ». Cet article codifie une règle constante dans le droit public international. Toutefois la doctrine n'est pas unanime dans la nature de cette règle, la qualifiant tantôt de règle coutumière tantôt de principe général du droit (v. K. ODENDAHL, « Article 28 : Non-retroactivity of treaties » in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (éd.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Heidelberg / Dordrecht/ Londres/ New York : Springer, 2012, p. 479).



expressément ou implicitement par les clauses du traité<sup>658</sup>. De même, une disposition peut être appliquée rétroactivement suivant une norme coutumière de droit international et, finalement, l'existence continue de situations, actes ou faits peut motiver une application rétroactive du traité<sup>659</sup>. Cette dernière exception dérive du principe de l'effet immédiat d'une nouvelle règle en droit international. La Commission du droit international de l'ONU, dans les travaux préparatoires de la Convention, affirmait ainsi :

« Si un acte, un fait, ou une situation qui est survenu ou s'est présenté avant l'entrée en vigueur d'un traité se reproduit ou continue à exister après l'entrée en vigueur du traité, cet acte, ce fait ou cette situation tombera sous le coup des dispositions du traité. On ne saurait porter atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur, même si elles sont présentées pour la première fois à une date antérieure »<sup>660</sup>.

Il faut donc faire une distinction entre des faits passés (*facta praeterita*), des faits en cours (*facta pendentia*) et des faits futurs (*facta futura*). Un traité est ainsi applicable, sauf disposition contraire, aux *facta futura* et aux *facta pendentia*, excluant donc les *facta praeterita*<sup>661</sup>.

De la même façon, en principe, les tribunaux internationaux ne peuvent juger que des faits postérieurs à l'entrée en vigueur des traités qui les met en place. Des exceptions peuvent néanmoins exister, notamment pour le cas de tribunaux internationaux créés exclusivement pour connaître de crimes passés liés à des conflits armés comme le Tribunal militaire international de Nuremberg, mis en place pour juger toute personne qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, avait commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, des crimes contre la Paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité<sup>662</sup>. La singularité des crimes et des situations examinés par ces tribunaux justifiait

---

<sup>658</sup> C'est le cas, par exemple, de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (1978) qui prévoit au § 2 de son article 7 qu' « Un État successeur peut, au moment où il exprime son consentement à être lié par la présente Convention ou à tout moment par la suite, faire une déclaration indiquant qu'il appliquera les dispositions de la Convention à l'égard de sa propre succession d'États, laquelle s'est produite avant l'entrée en vigueur de la Convention, par rapport à tout autre état contractant ou État partie à la Convention qui aura fait une déclaration par laquelle il accepte la déclaration de l'État successeur [...] ».

<sup>659</sup> A. BUYSE, « A Lifeline in Time – Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *op. cit.*, p. 70.

<sup>660</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 231.

<sup>661</sup> K. ODENDAHL, « Article 28 : Non-retroactivity of treaties », *op. cit.*, p. 484.

<sup>662</sup> Article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 6 octobre 1945. Une provision similaire fut mise en place pour juger les crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale par le Japon (Article 5 de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient du 19 janvier 1946). Les tribunaux *ad hoc* mis en place pour connaître des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda sont encore plus précis pour la définition de leur compétence *ratione temporis*. Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté le 25 mai 1993, prévoit expressément, à son article 8, sa compétence pour connaître de tous les faits commençant le 1<sup>er</sup> janvier 1991. De son côté, le Statut du Tribunal pour le Rwanda, adopté le 8

cette étendue particulière de leur compétence, ce qui explique aussi leur caractérisation comme tribunaux *ad hoc*. De plus, il est nécessaire de rajouter qu'il s'agissait de tribunaux qui jugeaient des personnes et non pas des États.

Se pose alors la question de savoir si ces règles générales du droit international, avec leurs exceptions, s'appliquent aussi pour la détermination de la compétence d'une cour permanente chargée de veiller au respect des droits de l'homme comme la Cour de Strasbourg. Le domaine des droits de l'homme est, en effet, un domaine particulièrement sensible de la souveraineté des États. La gestion des périodes douloureuses de l'histoire récente d'un pays peut être un obstacle pour la ratification d'instruments de protection des droits de l'homme et l'acceptation de la compétence contentieuse de tribunaux supra nationaux. Par exemple, même si la France fut un des pays signataires de la CEDH en 1950 à Rome, il fallut plus de vingt ans pour l'adoption de l'instrument de ratification le 3 mai 1974 et l'acceptation du droit au recours individuel n'eut lieu qu'en 1981. Les raisons de cette longue hésitation à ratifier la Convention sont nombreuses. Parmi elles, le contexte historique récent joua un rôle important. En effet « les conséquences de la Guerre d'Algérie, qui ne furent évoquées ouvertement qu'à partir de 1960, pouvaient faire naître dans les milieux gouvernementaux une certaine inquiétude en ce qui concerne la compatibilité de certaines pratiques des autorités administratives et militaires en Algérie avec les dispositions de la Convention »<sup>663</sup>. L'histoire de la France explique donc, dans un premier temps, les réticences des gouvernements à accepter la compétence de la Cour<sup>664</sup>.

Pour rendre le système de protection acceptable aux États signataires, les rédacteurs des traités prennent soin de prévoir des mécanismes pour « ménager les susceptibilités nationales »<sup>665</sup>. Parmi ces mécanismes figure la possibilité pour les États de faire des *réserves* au Traité. En particulier, les États peuvent faire des réserves par rapport à certaines périodes

---

novembre 1994, prévoit à son article 7 que « la compétence *ratione temporis* du Tribunal international s'étend à la période commençant le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et se terminant le 31 décembre 1994 ». Il faut quand même souligner que les crimes qui sont jugés par ces différents tribunaux étaient, au moment où ils étaient perpétrés, considérés et qualifiés comme des crimes par le droit international coutumier, même si le tribunal pour les juger n'existait pas encore. De même, ces tribunaux furent créés pour juger des individus et non des États, dans un contexte de reconstruction de l'appareil étatique interne (v. G. MATTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford : Oxford University Press, 2006, p. 5-12).

<sup>663</sup> A. PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1334.

<sup>664</sup> C. PETITI, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'histoire de la France » in B. FAVREAU (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 43.

<sup>665</sup> A. PELLET, *op. cit.*, p. 1323.

sensibles de leur histoire, notamment dans le cas d'occupation militaire ou de guerre, ce qui exclut souvent la possibilité de se prononcer sur des faits qui peuvent être considérés comme historiques. Par exemple, la Pologne avait fait, en 1931, une déclaration afin d'exclure la période de la Première Guerre mondiale et la Guerre contre l'URSS de la compétence *ratione temporis* de la Cour permanente de justice internationale<sup>666</sup>. En permettant la formulation de réserves *ratione temporis* « on a entendu enlever à l'acceptation de la juridiction obligatoire tout effet rétroactif, soit pour éviter de façon générale de réveiller des griefs anciens, soit pour exclure la possibilité de voir déférés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'État mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations »<sup>667</sup>.

Ces différents éléments doivent donc être pris en compte pour déterminer à la fois l'application dans le temps de la CEDH et la délimitation temporelle de la compétence de la Cour.

### *(B) La modulation des principes généraux du droit international par la Cour européenne des droits de l'homme*

La CEDH ne fait pas figurer l'incompétence *ratione temporis* parmi les chefs d'irrecevabilités prévus par son article 35. De même, l'article 59 ne prévoit que l'entrée en vigueur de la Convention, sans plus de précisions. Cependant, tant l'ancienne Commission que la Cour considèrent que le chef d'irrecevabilité *ratione temporis* dérive du principe de droit international généralement reconnu de non rétroactivité des traités et des conventions<sup>668</sup>. La Cour a ainsi explicitement considéré que « la Convention ne régit que les faits postérieurs à son entrée en vigueur à l'égard de la partie contractante concernée »<sup>669</sup>. Ce même principe s'applique afin de délimiter la compétence temporelle de la Cour, ainsi elle a précisé : « Il doit en aller de même de la compétence temporelle de la Cour, dès lors que le principe de non-rétroactivité a pour effet de limiter *ratione temporis* l'application non seulement des dispositions matérielles de la Convention, mais aussi de celles qui régissent la compétence de

---

<sup>666</sup> V. S. ALEXANDROV, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht / Boston: M. Nijhoff, 1995, Annex II, p. 142-143. Des réserves excluant des périodes de guerre ont aussi été faites par l'Australie, l'Inde, la Nouvelle Zélande, l'Afrique du Sud et le Royaume Uni.

<sup>667</sup> CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, Séries A/B, n° 74, p. 24.

<sup>668</sup> Commission EDH, 9 juin 1958, *De Becker c. Belgique (recevabilité)*, req. n° 214/56.

<sup>669</sup> [The Convention only governs facts which are subsequent to its entry into force with respect to the Contracting Party concerned] (Cour EDH, 9 novembre 1999, *Trickovic c. Slovénie (admissibilité)*, n° 39914/98).

la Cour »<sup>670</sup>. Néanmoins, la détermination des différentes dates pour établir les bornes de la compétence de la CEDH et de la Cour s'avère complexe.

La CEDH a été signée le 4 novembre 1950, et elle est entrée en vigueur pour les membres fondateurs qui l'avaient ratifiée le 3 septembre 1953. Mais le seuil est repoussé pour de nombreux pays qui ne faisaient pas, à l'origine, partie du Conseil de l'Europe et qui n'ont signé la Convention qu'après leur accession soit à l'indépendance, soit après la chute d'une dictature. Des États ont pu, par ailleurs, adhérer à la Convention mais n'accepter la compétence de la Cour qu'à une date ultérieure. Un cas extrême est celui de la Turquie où plus de trente cinq ans séparent l'entrée en vigueur de la CEDH et l'acceptation de la compétence de la Cour qui n'est intervenue que le 22 janvier 1990. De plus, dans le cas des affaires portées par des individus, il faut prendre en compte le fait que de nombreux États n'ont accepté le droit de recours individuel que postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention. Il est néanmoins nécessaire de souligner que ces deux possibilités ont été supprimées par le Protocole n° 11 qui amenda la Convention. Par conséquent, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1998, le système de contrôle de la Convention est devenu pleinement contraignant.

La date à partir de laquelle la Cour est compétente pour connaître des affaires, c'est à dire la « date critique » dans le jargon de la Cour, est donc variable : elle dépend non seulement du pays, mais aussi de la portée du droit en question. Les différentes dates à prendre en compte peuvent donner lieu à des situations complexes, comme c'est le cas de la Bosnie-Herzégovine où le Traité de Dayton du 14 décembre 1995, qui a permis la fin du conflit, prévoyait à son article II l'application directe de la CEDH avant même que la Bosnie-Herzégovine ne la ratifie.

La Convention prévoit aussi, parmi les conditions de recevabilité d'une requête, que la Cour ne peut être saisie que dans un délai de six mois à partir de la décision interne définitive. Cette règle limite la possibilité pour la Cour de connaître de faits anciens, toutefois, elle répond à l'objectif de préservation de la sécurité juridique. Ainsi, dans l'affaire *Vardava c. Turquie*, la Cour considéra que :

« il a souvent été dit, le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 est conçu pour assurer la sécurité juridique et pour garantir que les affaires litigieuses au regard de la Convention soient examinées dans un délai raisonnable [...] Cette règle marque la limite temporelle du contrôle effectué par la Cour et indique aux particuliers comme aux autorités la période au-delà de laquelle ce contrôle ne s'exerce plus [...] Il n'est pas dans l'intérêt d'un fonctionnement

---

<sup>670</sup> Cour EDH, Grande chambre, 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, n° 59532/00, § 67.

pratique et effectif du mécanisme de la Convention, qui revêt une importance cruciale pour la protection des droits et libertés fondamentaux, que la Cour soit appelée à connaître de plaintes tardives. Plus le temps passe, plus toute tentative d'examen des faits et des questions devient difficile. L'effet sur les preuves et sur la disponibilité des témoins risque par la force des choses de rendre un examen tardif peu satisfaisant ou peu concluant car ne permettant ni d'établir des faits importants ni de lever les doutes et les soupçons »<sup>671</sup>.

Toutefois, la Cour peut moduler cette condition de recevabilité par l'interprétation du point de départ pour le calcul du délai de six mois, en prenant en compte les circonstances de l'espèce.

Le panorama est obscurci par la possibilité qu'ont les États de faire des réserves à la Convention, en vertu de l'article 57 de la CEDH. Ainsi, tout État peut formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention ou de ses protocoles, pour exclure de sa compétence des lois en vigueur. Ces réserves sont ainsi un moyen pour les États d'exclure des « circonstances historiques troubles »<sup>672</sup>, des épisodes délicats de leur histoire nationale qui ont été réglés par des dispositions législatives qui pourraient entrer en contradiction avec certains droits consacrés par la Convention. Par exemple, lors de la ratification du Protocole n° 1 le 3 septembre 1958, l'Autriche a fait une réserve afin de garantir l'articulation avec le *Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique*, en excluant les dispositions des parties IV et V de ce Traité relatives aux réclamations nées de la guerre. La Cour n'est pas, par conséquent, compétente pour se prononcer sur les réclamations qui peuvent trouver leur naissance durant la Seconde Guerre mondiale. Une réserve similaire avait déjà été faite par le Luxembourg en 1953 par rapport à une loi qui réglait le problème des biens objet d'une mesure de séquestre durant la Seconde Guerre mondiale<sup>673</sup>.

D'autres pays avaient aussi fait des réserves afin d'exclure de la compétence de la Convention et de la Cour les mesures prises contre les membres de la famille royale après la mise en place d'une République à la suite de la Première ou de la Seconde Guerre mondiale. Cela avait comme effet l'exclusion des conséquences de périodes troubles de l'histoire nationale, comme la fin de l'Empire Austro-hongrois ou la désarticulation du régime fasciste. Ainsi, l'Autriche fit une réserve lors de la ratification du Protocole n° 4 du 16 septembre 1963

---

<sup>671</sup> Cour EDH, 10 janvier 2008, *Varnava et autres c. Turquie* [arrêt de section], n°s 1064/90 à 1066/90 et 1068/90 à 1073/90, § 117.

<sup>672</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 6.

<sup>673</sup> « Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, vu l'article 64 de la Convention et désirant éviter toute incertitude en ce qui concerne l'application de l'article 1er du Protocole additionnel par rapport à la loi luxembourgeoise du 26 avril 1951 qui concerne la liquidation de certains biens, droits et intérêts ci-devant ennemis, soumis à des mesures de séquestre, déclare réserver les dispositions de la loi du 26 avril 1951 désignée ci-dessus ».

qui prévoyait « le Protocole n° 4 est signé sous réserve que son article 3 n'est pas applicable à la Loi du 3 avril 1919, StGBI. N° 209, relative au bannissement et à la confiscation des biens de la Maison de Habsbourg-Lorraine [...] et compte tenu de la Loi constitutionnelle fédérale du 4 juillet 1963 ». De son côté, jusqu'à sa révision de 2002, la Constitution italienne de 1948 prévoyait dans sa XIII<sup>e</sup> disposition transitoire que :

« Les membres et les descendants de la Maison de Savoie ne sont pas des électeurs et ne peuvent occuper de fonctions publiques ni de charges électives. / L'entrée et le séjour sur le territoire italien sont interdits aux ex-rois de la Maison de Savoie, à leurs conjoints et à leurs descendants de sexe masculin. / Les biens des ex-rois de la Maison de Savoie, de leurs conjoints et de leurs descendants de sexe masculin qui se trouvent sur le territoire national sont confisqués par l'État. Les cessions et les constitutions de droits réels sur ces biens effectuées après le 2 juin 1946 sont nulles. »

L'Italie, lors de la ratification du Protocole n° 4 en 1982, avait pris soin de faire une réserve prévoyant que l'article 3 §2 dudit Protocole, qui consacre le droit d'entrée et de séjour, ne pouvait faire échec à l'interdiction prévue par la Constitution visant les membres de la famille royale.

Toutefois, la Cour européenne s'est attribuée la compétence de contrôler la compatibilité de ses réserves avec la Convention, soulignant ainsi la spécificité de l'ordre conventionnel des droits de l'homme<sup>674</sup>. De cette manière elle n'a pas hésité à déclarer une réserve contraire à la Convention, devenant ainsi le premier tribunal international à se donner cette compétence<sup>675</sup>. La Cour souligne alors sa capacité à moduler et adapter les règles générales du droit international pour prendre en compte les spécificités de la protection internationale des droits de l'homme.

---

<sup>674</sup> Le professeur L. BURGORGUE-LARSEN souligne ainsi « Si les États, en signant et ratifiant la Convention, pensaient ratifier un Traité international "comme les autres", mal leur en a pris. S'ils pensaient, bien naïvement, que l'orthodoxie internationaliste allait continuer à irriguer le champ conventionnel, c'était sans compter sur la jurisprudence audacieuse, libertaire, de la Cour qui, au fil du temps, s'est attachée à marquer la spécificité de l'ordre conventionnel des droits de l'homme. Bref, c'est la pratique classique des réserves qui est sérieusement encadrée par la Cour qui n'a pas hésité à se déclarer compétente pour en contrôler la validité et, ce faisant, ne pas en tenir compte dans les espèces qui lui étaient soumises » (L. BURGORGUE-LARSEN, « L'"autonomie constitutionnelle" aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, p. 32).

<sup>675</sup> Dans l'affaire *Belilos c. Suisse*, la Cour a considéré que la déclaration interprétative faite par la Suisse par rapport à l'article 6 § 1 de la Convention ne répondait pas aux objectifs prévus par l'ancien article 64 de la Convention (devenu article 57) et l'a déclarée non valide (Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, n° 10328/83, § 60). Dans l'affaire *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie*, concernant l'interdiction d'entrée et de séjour du fils du dernier roi d'Italie, la Cour aurait pu se prononcer sur la réserve faite par l'Italie par rapport aux mesures prises à l'encontre des membres de la famille royale. Toutefois, au cours de la procédure, l'Italie a voté une loi constitutionnelle qui a abrogé les dispositions de la Constitution relatives aux mesures contre les membres de la famille royale et, par conséquent, a retiré la réserve faite au Protocole n° 4 à la Convention. Ainsi, la Cour a décidé de rayer l'affaire du rôle (Cour EDH, 24 avril 2003, *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie*, n° 53360/99).

## (II) La possibilité pour la Cour de connaître des faits historiques antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention

La Cour a plusieurs façons de tourner son regard vers le passé : en plus de la contextualisation historique des faits de l'affaire, elle peut interpréter ses propres règles de compétence afin de pouvoir connaître des faits passés antérieurs à la date critique et qui entrent en lien avec des faits pouvant être qualifiés d'historiques, soit à travers la prise en compte de violations continues (A), soit en analysant la portée des obligations positives de l'État<sup>676</sup> notamment en matière d'obligation d'enquête (B) ou encore en application des articles 6 et 7 de la Convention dans l'examen de procès liés à des périodes historiques troubles, comme la Seconde Guerre mondiale ou la dictature communiste (C).

### (A) *L'existence d'une violation ou d'une situation continue*<sup>677</sup>

La Cour peut prendre en compte des faits antérieurs à la date critique s'ils constituent une *violation continue*. Il est toutefois nécessaire de distinguer entre la violation continue et les simples conséquences ou effets d'un fait passé. Cette distinction était prévue par l'article 14 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la Commission du droit international de l'ONU (2001), qui prévoyait :

- « 1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un

---

<sup>676</sup> En effet, la Cour a rappelé de façon générale « qu'elle n'est pas compétente pour examiner la compatibilité avec les exigences de la Convention des faits antérieurs à la date de ratification de cet instrument par la Moldova. Elle peut néanmoins se référer à des faits ou des actes commis avant cette date dans le contexte de l'examen des obligations positives incombant à la Moldova et les utiliser comme éléments de comparaison dans l'examen des efforts entrepris par cet État à compter du 12 septembre 1997 » (Cour EDH, Grande chambre, 8 juillet 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie, précité*, § 338).

<sup>677</sup> La doctrine tend à préférer le terme « violation continue » afin de souligner le lien avec le caractère continu du manquement à l'obligation. La Cour, de son côté, utilise plutôt le terme « situation continue ». En effet, d'un point de vue procédural, il faut prendre en compte que quand la Cour analyse les faits qui lui sont présentés, la violation n'est que présumée, le fond de l'affaire n'étant pas encore jugé (sur cette distinction v. A. VAN PACHTENBEKE, Y. HAECK, « From De Becker to Varnava: The state of continuing situations in the Strasbourg case law », *European Human Rights Law Review*, n°1, 2010, p. 48).

événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation »<sup>678</sup>.

La question de savoir s'il s'agit d'une violation continue ou non dépend de l'obligation en question et des circonstances de l'espèce. L'élément déterminant est donc la *persistance* de la violation aux obligations qui découlent du traité. L'ancienne Commission distinguait déjà entre des actes instantanés ayant eu lieu avant la date critique mais dont les conséquences ou les effets se maintenaient au-delà de cette date, et une violation continue. Elle se considérait uniquement compétente pour connaître des violations continues et non des effets d'actes instantanés. Ainsi, elle a souligné que l'existence d'une prescription légale contraire à la Convention pouvait constituer une violation continue, en vertu de l'obligation qui incombe à tous les États membres de veiller à ce que leur législation interne soit compatible avec la Convention<sup>679</sup>. La Cour, de son côté, a considéré qu'une *situation continue* désigne « un état de choses résultant d'actions continues accomplies par l'État ou en son nom, dont les requérants sont victimes » et la distingue des conséquences d'un événement rappelant que « le fait qu'un événement ait des conséquences importantes étalées dans le temps ne signifie pas qu'il est à l'origine d'une "situation continue" »<sup>680</sup>. Toutefois, si la Cour a identifié de nombreux cas de *situations continues*, elle n'a pas pour autant dégagé des critères ou un standard afin de mesurer les faits ou la situation afin de savoir s'il s'agit effectivement de situations continues. Elle a ainsi développé une approche casuistique<sup>681</sup>.

La qualification de *situation continue* a surtout été utilisée pour le cas de disparitions forcées ou de certaines privations de propriété. La reconnaissance d'une situation continue permet alors à la Cour de prendre en compte des faits qui sont survenus avant la *date critique* et qui peuvent entrer en relation avec des périodes troubles de l'histoire nationale de l'État défendeur. Par exemple, l'affaire *Varnava et autres c. Turquie* sur des disparitions forcées permet à la Cour de se pencher sur les opérations militaires menées par la Turquie dans le nord de Chypre durant le conflit de 1974 qui se solda par la division du territoire chypriote, même si ces événements avaient eu lieu avant la date critique<sup>682</sup>. Ces mêmes faits historiques

---

<sup>678</sup> J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 136.

<sup>679</sup> Commission EDH, 9 juin 1958, *De Becker c. Belgique (recevabilité)*, n° 214/56.

<sup>680</sup> Cour EDH, 24 septembre 2002, *Posti et Rahko c. Finlande*, n° 27824/95, § 39 et 40.

<sup>681</sup> A. VAN PACHTENBEKE, Y. HAECK, « From De Becker to Varnava [...] », *op. cit.*, p. 50.

<sup>682</sup> Cour EDH, Grande chambre, 18 septembre 2009, *Varnava e.a. c. Turquie*, req. n°s 1064/90 à 1066/90 et 1068/90 à 1073/90.



furent pris en compte dans l'examen de la privation des biens chypriotes grecs se trouvant dans la zone occupée de l'île qui fut qualifiée de violation continue<sup>683</sup>.

### (B) *Le caractère détachable de l'obligation d'enquête*

La jurisprudence a dégagé des articles 2 et 3 de la CEDH, en combinaison avec le devoir général découlant de l'article 1, une obligation pour les États signataires « de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme »<sup>684</sup>. Les obligations tirées de ces articles comportent ainsi deux volets : un volet substantiel, relatif au respect du droit à la vie et à l'interdiction de la torture, et un aspect procédural, relatif à l'obligation d'enquête en cas de violation de la part de l'État ou de ses agents de ces droits<sup>685</sup>.

Dans un premier temps, la Cour avait lié l'appréciation du volet procédural avec celle de l'aspect substantiel de l'article, considérant que le moment de l'ingérence était le même dans les deux cas. L'affaire en question était relative à un pogrom contre un village rom qui avait entraîné la mort de plusieurs personnes et la destruction de nombreuses maisons. L'attaque avait eu lieu avant la ratification de la CEDH par la Roumanie. La Cour, examinant l'admissibilité de l'affaire, considéra que l'obligation d'enquêter dérivait du pogrom, ce qui ne relevait pas de la compétence de la Cour<sup>686</sup>.

---

<sup>683</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, § 39 et ss. V. aussi F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 787-788.

<sup>684</sup> Cour EDH, 27 septembre 1995, *Mac Cann et autres c. Royaume Uni*, req. n° 18984/91, § 161. Ce même volet procédural a été appliqué pour l'article 3, en imposant aux États une obligation d'investigation en cas de torture ou traitements inhumains dégradants (Cour EDH, 28 octobre 1998, *Assenov c. Bulgarie*, req. n° 24760/94, § 102).

<sup>685</sup> Cette obligation d'enquête a aussi été consacrée par d'autres systèmes de protection des droits de l'homme, comme le système interaméricain. La Cour IDH a ainsi dérivé une obligation d'enquête des articles 8, 25 et 1.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Dans le cas de la *communauté Moiwana c. Surinam*, en examinant une exception préliminaire d'incompétence temporelle, la Cour a considéré que même si les faits allégués, dans ce cas le massacre et le déplacement forcé d'une communauté indigène de ses terres ancestrales, avait eu lieu avant la date critique, l'obligation d'enquête pouvait être examinée à partir de la date de reconnaissance de la compétence contentieuse de la Cour (Cour IDH, 15 juin 2005, *Communauté Moiwana c. Suriname*, Série C n° 124, § 43). Cette possibilité d'extension de la compétence contentieuse de la Cour est néanmoins critiquée. En effet, la Cour ne pose aucune limite temporelle à cette obligation d'enquête de la part du pays signataire, il est donc possible de se demander si cette obligation peut couvrir des faits aussi anciens que le massacre des amérindiens durant la *Conquista* espagnole (v. J. B. HALL, « Just a Matter of Time ? Expanding the Temporal Jurisdiction of the Inter-American Court to Address Cold War Wrongs », op. cit., p. 691). Néanmoins, la Cour a tempéré cette position dans une affaire postérieure, considérant implicitement que l'État n'est pas obligé d'enquêter sur des faits qui ont eu lieu avant la ratification de la Convention Américaine (V. Cour IDH, 26 septembre 2006, *Vargas Areco C. Paraguay*, Série C, n° 155, § 84-85).

<sup>686</sup> « It observes however that the alleged obligation under the Convention of the Romanian authorities to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of all individuals responsible for the deaths of the applicants' relatives is derived from the aforementioned killings whose compatibility with the Convention cannot be examined by the Court » (Cour EDH, 13 mars 2001, *Moldovan et autres / Octavian Rostas (décision partielle d'admissibilité)*, req. n° 41138/98 et 64320/01).

Toutefois, dans une jurisprudence ultérieure, elle considéra que, même si les faits, c'est à dire le meurtre, la disparition, la torture et les traitements inhumains, sont antérieurs à la date critique et, par conséquent, ne peuvent pas être jugés par eux mêmes, la Cour peut avoir compétence pour examiner si l'État a respecté ses obligations conventionnelles en matière d'enquête. Pour cela, elle considère que le moment de l'ingérence ne s'apprécie pas de la même manière dans les volets procéduraux et substantiels, eu égard au caractère spécial des droits consacrés par les articles 2 et 3 de la CEDH<sup>687</sup>. Les obligations procédurales d'enquête sont donc devenues des obligations distinctes et indépendantes qui donnent lieu à un constat d'ingérence détachable de celui du volet substantiel<sup>688</sup>.

Cette possibilité de prendre en compte des faits antérieurs à la *date critique* implique donc pour la Cour de tourner son regard vers le passé, notamment vers des épisodes troubles dans l'histoire des pays signataires. La Cour a ainsi examiné le contexte du reversement de CEAUSESCU et des manifestations antigouvernementales qui ont eu lieu en Roumanie en décembre 1989, dans plusieurs affaires relatives à la violation du devoir d'enquête sur la répression meurtrière des manifestants<sup>689</sup>. Elle a aussi fait référence à la guerre dite « de la patrie » en Croatie, à la suite de l'éclatement de la Yougoslavie en 1991, dans une affaire concernant l'enquête sur le meurtre d'un civil par les forces paramilitaires serbes<sup>690</sup>.

La Cour a précisé, toutefois, que l'obligation d'enquête n'est pas sans limites. Il doit ainsi exister un lien véritable entre le décès (ou le traitement inhumain) et l'entrée en vigueur de la Convention et seuls les actes et/ou omissions de nature procédurale postérieurs à cette

---

<sup>687</sup> Ce changement dans l'appréciation des critères *ratione temporis* apparut dans l'affaire *Balasoiu* concernant des violences policières qui se produisirent en Roumanie avant la ratification de la CEDH par cette dernière. La Cour considéra que le moment de l'ingérence pour le cas du volet procédural de l'article 3 n'était pas le moment des violences policières, mais le moment où s'était déroulé l'enquête (Cour EDH, 2 septembre 2003, *Balasoiu c. Roumanie (décision sur la recevabilité)*, req. n° 3724/97). Une position similaire fut développée dans des affaires subséquentes jugées en Section (v. notamment Cour EDH, 11 septembre 2007, *Teren Aksakal c. Turquie*, req. n° 51967/99, § 63-64). Face à cette divergence de la jurisprudence, la Grande Chambre fut saisie et par un arrêt *Šilih c. Slovénie* clarifia la position de la Cour en matière d'appréciation de la compétence *ratione temporis*. Ainsi, tout en rappelant les principes généraux établis par l'arrêt *Blečić*, elle rajouta que ces principes « sont d'ordre général, ce qui signifie que le caractère spécifique de certains droits, tels que ceux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, doit être pris en compte dans l'application de ces critères. Elle rappelle à cet égard qu'avec l'article 3 l'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe ». La nature de ces droits justifie alors un examen différent du moment de l'ingérence (Cour EDH, Grande chambre, 9 avril 2009, *Šilih c. Slovénie*, req. n° 7163/01, § 147).

<sup>688</sup> *Ibid.*, § 159.

<sup>689</sup> Cour EDH, 8 décembre 2009, *Șandru et autres c. Roumanie*, req. n° 22465/03 et 24 mai 2011, *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, req. n° 33810/07 et 18817/08.

<sup>690</sup> Cour EDH, 1<sup>ère</sup> section, 20 avril 2011, *Jularić c. Croatie*, req. n° 20106/06.

date peuvent relever de la compétence temporelle de la Cour<sup>691</sup>. Le délai de prescription de ces actions représente alors le seuil au-delà duquel des faits historiques ne peuvent pas faire irruption dans la jurisprudence de la Cour. Toutefois, certains crimes, notamment les génocides, les crimes de guerre et contre l'humanité, sont imprescriptibles<sup>692</sup>, ce qui peut étendre considérablement la période historique prise en compte par la Cour<sup>693</sup>. Sur ce point, la Cour a souligné que, vu l'intérêt public lié à la poursuite et à la condamnation des auteurs de ces crimes, l'obligation d'enquêter sur des décès illicites peut naître de nombreuses années après les faits<sup>694</sup>.

La Cour se prononça, en 2012, sur l'assassinat de prisonniers polonais ordonné par les autorités soviétiques au début de la Seconde Guerre mondiale en 1940, dont le massacre de Katyn, qui coûta la vie à plus de vingt mille personnes. Les requérants, fils et petit-fils de prisonniers exécutés, soutenaient que le Gouvernement avait manqué à son obligation d'enquête découlant du volet procédural de l'article 2 de la Convention et que le déni d'information sur les circonstances et les responsables de ce massacre pendant des décennies constituait un traitement inhumain. Cette affaire obligea la Cour, dans son examen du contexte, à remonter dans l'histoire jusqu'en 1939, au moment de la signature du Pacte Molotov-Ribbentrop, pour retracer l'invasion de la Pologne par l'Allemagne nazie, puis l'avancée de l'Armée rouge. Elle dut aussi prendre en compte les faits postérieurs au massacre, notamment l'imputation de la responsabilité de ces exécutions par les autorités de l'URSS aux forces allemandes, et la destruction de la majorité des dossiers des personnes fusillées<sup>695</sup>. Dans son analyse sur la compétence *ratione temporis*, la cinquième section de la Cour considéra que, malgré la gravité des faits et des difficultés pour établir la vérité sur ce qui s'était passé en 1940, la majorité des enquêtes avaient été effectuées avant la date critique de ratification de la Convention par la Russie (5 mai 1998) et, qu'après cette date, aucun élément de preuve susceptible de faire renaître l'obligation d'enquêter n'avait été produit ou découvert. Elle a conclu « qu'aucun élément ne permet de servir de passerelle entre le passé lointain et la période récente postérieure à la ratification et que l'existence de circonstances

---

<sup>691</sup> Cour EDH, *Šilih c. Slovénie*, précité, § 163.

<sup>692</sup> En vertu de la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

<sup>693</sup> Sur cet argument v. I. C. KAMINSKI, « “Historical situations” in the jurisprudence of the European court of human rights in Strasbourg », *Polish yearbook of International Law*, 2010, p. 9-60. L'auteur de cet article fut aussi le principal initiateur de la « plainte de Katyn » qui donna lieu à l'affaire *Janowiec et autres c. Russie*.

<sup>694</sup> Cour EDH, 27 novembre 2007, *Brecknell c. Royaume Uni*, req. n° 32457/04, § 69.

<sup>695</sup> Cour EDH, 16 avril 2012, *Janowiec et autres c. Russie*, req. n° 55508/07 et 29520/09, § 10 à 21.

spéciales faisant état d'un lien entre le décès et la ratification n'a pas été démontrée »<sup>696</sup>. L'affaire fit l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre.

Contrairement à la section, la Grande chambre s'est reconnue compétente pour analyser les griefs relatifs à l'article 3, selon lesquels le refus constant d'information opposé aux requérants par les autorités russes, s'ajoutant aux réponses dédaigneuses et contradictoires, constituaient un traitement inhumain. Sur ce point, la Cour rappela qu'elle est compétente pour rechercher si les autorités avaient respecté cette disposition quand bien même les décès étaient antérieurs à la date critique. De plus, sur le terrain de l'article 3, « la Cour apprécie dans sa globalité et sa continuité la manière dont les autorités de l'État défendeur ont répondu aux demandes des requérants, pourvu que la décision définitive ait été prononcée six mois au plus avant l'introduction du grief »<sup>697</sup>. Par rapport à ce grief, le contexte historique joue un rôle majeur dans l'appréciation du comportement de l'État, comme le démontre ce passage de l'arrêt :

« La fin de la Seconde Guerre mondiale n'a pas apaisé l'esprit des requérants, qui pouvaient toujours nourrir l'espoir qu'au moins certains des prisonniers polonais auraient pu survivre, que ce soit dans des camps soviétiques plus éloignés ou en cachette après une évasion. La Pologne étant passée sous la zone d'influence des Soviétiques, ces derniers imposèrent en République populaire de Pologne, pendant toute la durée de son existence, c'est-à-dire jusqu'en 1989, la version officielle de massacres orchestrés par les nazis. Avec le temps, l'espoir qu'avaient les requérants de retrouver leurs proches disparus a dû s'estomper ; cependant, au fur et à mesure que la certitude du décès s'imposait, le désir de faire la lumière sur ses circonstances a dû croître. La Cour reconnaît que les requérants ont subi un double traumatisme : non seulement leurs proches ont péri au cours de la guerre mais ils n'ont pas été autorisés, pour des raisons politiques, à connaître la vérité sur ce qui s'était passé et ils ont été contraints d'accepter la dénaturation de faits historiques par les autorités communistes soviétiques et polonaises pendant plus d'un demi-siècle »<sup>698</sup>.

La Cour prit ainsi en compte des faits qui n'entraient pas dans le cadre de sa compétence pour mieux apprécier les manquements de l'État dans une analyse globale. Elle a finalement conclu à une violation de l'article 3.

---

<sup>696</sup> *Ibid.*, § 140.

<sup>697</sup> *Ibid.*, § 152.

<sup>698</sup> *Ibid.*, § 156. V. M. PUÉCHAVY, « L'histoire de la Seconde Guerre mondiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans B. FAVREU (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 63-87.

*(C) L'analyse des jugements dits « historiques » à la lumière des exigences du procès équitable et des garanties de la défense*

Dans le cadre du respect des obligations liées au droit à un procès équitable (article 6 CEDH) ou au principe de *nulla poena sine lege* (article 7 CEDH), la Cour peut être amenée à examiner des faits antérieurs à la date critique, si ces faits sont ceux qui sont à la base du procès considéré par le requérant comme inéquitable et que ce procès s'est déroulé, au moins en partie, après l'avènement de la date critique. Il est donc possible de constater que, pour la détermination de la localisation dans le temps de l'ingérence, il faut non seulement prendre en compte les faits dont se plaint le requérant, mais aussi la portée du droit garanti<sup>699</sup>.

Des criminels de guerre, jugés en vertu de l'abondante législation en matière de crimes contre l'humanité, se tournèrent vers la Cour EDH considérant que leur condamnation était contraire au principe consacré à l'article 7 de la CEDH selon lequel « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». Par ce biais, la Cour a connu des jugements, souvent qualifiés d'« historiques » car ils cherchaient à régler les conséquences de faits historiques comme la Seconde Guerre mondiale ou la chute du bloc soviétique. Pour l'examen de ces affaires, elle a dû prendre en compte des faits antérieurs à la date critique.

L'affaire *Kononov c. Lettonie* est caractéristique de la prise en compte de faits liés à la Seconde Guerre mondiale. Cette affaire concernait le cas d'un soldat letton qui, lors de l'occupation nazie, exécuta au nom de l'URSS plusieurs collaborateurs présumés du régime nazi, mais qui fut condamné en 1998 pour crimes de guerre. Le requérant se plaignait d'une application rétroactive du code pénal de 1961 pour des faits qui avaient eu lieu en 1944. La Cour, après avoir fait un rappel de l'histoire de la Lettonie, de 1940 à la fin de la Guerre froide, procéda à une analyse minutieuse des dispositions du *ius in bello* applicable avant, durant et après la Seconde Guerre mondiale<sup>700</sup>. En effet, comme le rappelle le second alinéa de l'article 7 de la Convention, le principe de *nullum crimen, nulla poena sine lege* ne s'oppose pas au jugement d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était qualifiée de criminelle d'après les principes généraux de

---

<sup>699</sup> H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, p. 276.

<sup>700</sup> Cour EDH, Grande chambre, 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376, § 52 à 142.

droit reconnu par les nations civilisées. La Cour prit ainsi en compte le fait, qu'à l'époque considérée, les lois de la guerre se dégagèrent non seulement de traités, mais aussi d'us et de coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes et de la jurisprudence des tribunaux militaires<sup>701</sup>. Elle conclut que, au moment où ils ont été commis, il existait un fondement juridique suffisamment clair, accessible et prévisible définissant les crimes pour lesquels le requérant a été condamné et que, par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la CEDH.

Les faits liés à la « décommunisation » donnèrent lieu à une jurisprudence sur la possibilité de juger les ex-dirigeants du parti communiste pour crimes contre l'humanité. Ces affaires ont également mené le juge de Strasbourg à prendre en compte des événements qui s'étaient déroulés avant la date critique et qui étaient en lien avec des événements historiques. C'est le cas de l'affaire *Korbely c. Hongrie*. Le requérant fut condamné en 2001 pour crimes contre l'humanité pour des faits survenus lors de la révolution hongroise de 1956. Il lui était reproché d'avoir commandé une escouade militaire en donnant l'ordre de tirer sur un groupe d'insurgés, et d'avoir lui-même tiré sur l'un d'eux. La Cour examina donc les faits liés à la révolution de 1956, même si ces événements historiques se situaient avant la date de ratification de la CEDH par la Hongrie (5 novembre 1992). En particulier, elle s'interrogea sur la qualification des faits qui s'étaient déroulés durant le soulèvement de 1956 afin d'examiner s'ils pouvaient être considérés comme constitutifs d'un conflit armé et si la victime relevait de la catégorie des membres des forces armées insurgées ayant « déposé les armes », au sens des Conventions de Genève de 1949. La Cour prit soin de ne pas se substituer aux tribunaux internes pour la qualification des faits, tribunaux qui, par ailleurs, avaient déjà eu recours à des spécialistes d'histoire militaire<sup>702</sup>. Elle examina néanmoins si les faits pris en compte par les juridictions internes permettaient de conclure raisonnablement à l'existence des éléments nécessaires à la qualification de crimes contre l'humanité tels que définis par les Conventions de Genève<sup>703</sup>. Dans le cas d'espèce, la Cour considéra que les juridictions internes ne s'étaient pas prononcées sur le fait de savoir si l'acte commis par le requérant s'inscrivait dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile, et relevait de ce fait de la notion de crime contre l'humanité telle qu'on la concevait en 1956. Elle ne se prononça pas sur la qualification qu'il fallait donner de manière générale à la révolution hongroise de 1956, mais considéra qu'il ne fut pas démontré que les

---

<sup>701</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>702</sup> Cour EDH, Grande chambre, 19 septembre 2008, *Korbely c. Hongrie*, req. n° 9174/02, § 28 et 32.

<sup>703</sup> *Ibid.*, § 78 à 94.

actes reprochés au requérant pouvaient être qualifiés, au moment de leur commission, de crimes contre l'humanité d'après le droit international. Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 7 de la Convention<sup>704</sup>.

La Cour se pencha sur le problème de la condamnation de responsables politiques et militaires qui s'étaient rendus coupables de crimes sous un régime antérieur, même si ces actions n'étaient pas qualifiées de criminelles par ce régime et n'entraient pas dans la compétence *ratione temporis* de la Cour. Dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, la Cour analysa le cas des responsables politiques de la RDA jugés coresponsables de la mort de plusieurs personnes qui avaient tenté de fuir la RDA en franchissant la frontière. Les requérants faisaient partie du Conseil national de la défense qui avait donné l'ordre de protéger la frontière à tout prix, y compris avec des armes à feu. Ils alléguaient, par conséquent, avoir été condamnés pour une pratique qui était justifiée par une raison d'État : la préservation de l'existence de la RDA, menacée par l'exode massif de sa propre population. La Cour examina alors le contexte historique et prit en compte les dispositions applicables à l'époque, même si les faits s'étaient produits en RDA, laquelle ne faisait pas partie du Conseil de l'Europe. La Cour, sans se prononcer directement sur la responsabilité pénale individuelle, considéra que ces actes, même s'ils répondaient à l'époque à une raison d'État, n'étaient pas compatibles avec les obligations découlant des droits interne et international énoncées et souscrites par la RDA à l'époque des faits et conclua, par conséquent, qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 7 §1 de la Convention<sup>705</sup>.

Suivant cette ligne de raisonnement, lors de sa décision sur l'admissibilité de l'affaire *Polednová c. République tchèque*, la Cour considéra que la condamnation pour meurtre d'une procureur qui, durant le régime communiste, avait participé à des procès contre des opposants politiques ayant été soldés par des condamnations à mort, n'était pas contraire à l'article 7 §1 de la Convention. Elle a ainsi considéré :

« que la pratique de liquidation des opposants à un régime politique au travers des peines capitales infligées à l'issue des procès qui méconnaissaient de manière flagrante le droit à un procès équitable et surtout le droit à la vie ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. En l'espèce, cette pratique a vidé de sa substance la constitution et la législation

---

<sup>704</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>705</sup> Cour EDH, Grande chambre, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98. Dans une décision du même jour, la Cour appliqua le même raisonnement aux gardes-frontières condamnés aussi pour homicide. En application de la théorie des baïonnettes intelligentes, ils pouvaient être considérés comme responsables des meurtres commis sous les ordres des responsables politiques de la RDA (Cour EDH, 22 mars 2001, *K-H.W c. Allemagne*, req. n<sup>o</sup> 3701/97).

de l'époque sur laquelle elle était censée se fonder, et ne saurait donc être qualifiée de « droit » au sens de l'article 7 de la Convention »<sup>706</sup>.

L'extension de la compétence de la Cour n'est pas exempte de critiques, notamment en ce qui concerne l'imprécision et le caractère parfois aléatoire des critères utilisés pour la justifier. Cette extension pourrait non seulement aller à l'encontre du principe de sécurité juridique<sup>707</sup>, mais elle conduit aussi à établir une hiérarchie entre les différents droits et libertés garantis par la Convention, entre ceux qui « méritent » une extension de la compétence de la Cour et les autres<sup>708</sup>. Un autre risque s'attache à la prise en compte par la Cour d'événements historiques antérieurs à la date critique : celui de « reconsidérer des événements historiques après de nombreuses années et d'appliquer rétroactivement les normes de la Convention »<sup>709</sup> et de substituer sa propre appréciation des faits historiques à celle des juridictions internes.

---

<sup>706</sup> Cour EDH, 5<sup>ème</sup> section, 21 juin 2011, *Polednová c. République tchèque (décision sur la recevabilité)*, req. n° 2615/10.

<sup>707</sup> Dans son opinion concordante sous l'arrêt *Šilih c. Slovénie*, le juge LORENZEN considère, malgré son accord avec la solution dégagée par la Cour pour le cas d'espèce, qu'« il n'est guère aisé de comprendre ce que l'on entend en exigeant, pour que les obligations procédurales imposées par l'article 2 deviennent applicables, l'existence d'un « lien véritable » entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur. En outre, le fait que la majorité semble prête à accepter qu'un tel lien puisse « reposer sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective » semble confirmer que les limites en matière de compétence seront difficiles à déterminer, si tant est qu'elles existent. A mon sens, définir la compétence temporelle de la Cour de manière aussi vague et large est incompatible avec l'intention déclarée de respecter le principe de sécurité juridique ».

<sup>708</sup> H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *op. cit.*, p. 287-288.

<sup>709</sup> Opinion dissidente du juge GÖLCÜKLÜ dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, précitée.



## CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'activité juridictionnelle ne se développe pas en vase clos. Le juge doit prendre en compte différents éléments extra-juridiques qui déterminent et conditionnent la solution du cas qu'il doit trancher. Parmi ces éléments, la prise en compte du passé et, plus précisément, de l'histoire nationale ou mondiale, joue un rôle croissant dans les prétoires. En effet, d'un côté, la tendance vers la judiciarisation des questions de société affecte aussi le champ de l'histoire et on assiste à une demande accrue pour l'établissement d'une vérité judiciaire sur certains épisodes du passé qu'il soit national ou mondial. D'un autre côté, le juge, souvent invité par les parties au litige, procède à contextualiser certains faits qui lui sont soumis afin de mieux les comprendre en puisant dans leurs origines historiques.

La question des liens entre droit et histoire s'est surtout posée, dans un premier temps, au juge judiciaire, notamment dans le cadre des grands procès historiques des criminels de la Seconde Guerre mondiale. En effet, l'apparition et la codification de la notion d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité obligea le juge à se pencher sur des crimes liés au conflit qui opposa les Alliés et l'Axe, de nombreuses années après leur commission. Comme l'explique l'historien H. ROUSSO, l'imprescriptibilité « signifie concrètement que le temps de la justice et le temps de l'histoire ne sont plus séparés et qu'ils vont évoluer, au moins pour un moment, en parallèle, parfois en se croisant, parfois en divergeant »<sup>710</sup>. Le juge, d'ordinaire confronté à des faits, certes passés, mais qui ne remontent pas loin dans l'histoire, en application des règles de compétence et de prescription, se trouve donc face à l'histoire d'une des périodes les plus troubles de l'histoire de l'humanité. Le risque, à travers ses jugements, de dire ou de juger l'histoire de la période au delà du cas d'espèce est important. C'est pour cela que le juge a tenu à préciser que « les tribunaux, appelés à trancher les litiges avec des matériaux exclusivement fournis par les parties, n'ont ni qualité, ni compétence pour juger l'histoire ; que, démunis de tout pouvoir de recherche inquisitoriale ou d'action d'office, ils n'ont pas reçu la mission de décider comment doit être représenté et caractérisé tel ou tel épisode de l'histoire nationale ou mondiale »<sup>711</sup>.

Dans la sphère du droit public, le juge doit aussi faire de plus en plus face à des affaires qui impliquent la prise en compte de l'histoire. Si la notion d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité n'a pas été appliquée devant le juge administratif, ce dernier peut

---

<sup>710</sup> H. ROUSSO, *op. cit.*, p. 683.

<sup>711</sup> TGI Paris, 8 juillet 1981, *LICRA c. Faurisson*, D. 1982 p. 59.

examiner les conséquences de ces crimes et notamment la participation de l'administration à leur commission, comme le démontre l'affaire *Papon* et l'abondante jurisprudence en matière de réparation des conséquences de la Seconde Guerre mondiale. De même, l'histoire mouvementée de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle se retrouve souvent en toile de fond de nombreuses affaires de violations de droits de l'homme portées devant le juge de Strasbourg, qui n'hésite pas à interpréter et moduler ses propres règles de compétence afin de pouvoir connaître certains faits historiques dont l'origine remonte à une période antérieure à l'entrée en vigueur de la CEDH.

Les objectifs de la prise en compte du passé par le juge sont variés, le juge fait appel ainsi à la contextualisation historique pour une meilleure compréhension de l'affaire, mais il peut s'agir aussi d'une véritable stratégie argumentative pour une meilleure application, voire même pour une modulation de la règle de droit. L'histoire est ainsi mobilisée comme un moyen de défense. Dans ce travail, confrontés à des affaires qui impliquent la prise en compte d'éléments historiques, les juges administratif et de la CEDH, comme le juge judiciaire, essaient de ne pas se substituer aux historiens. Ainsi, le juge de Strasbourg a considéré qu'il doit « s'abstenir, dans la mesure du possible, de se prononcer sur des questions d'ordre purement historique, qui ne relèvent pas de sa compétence »<sup>712</sup>. Devant des faits qui sont, par ailleurs, qualifiés d'historiques, le juge essaie de les appréhender comme n'importe quel autre fait qui se présenterait à lui.

L'histoire est déjà une qualification, une interprétation. Le juge ne cherche pas à remplacer cette qualification, il essaie donc d'appréhender le fait historique comme n'importe quel autre fait. Le but reste avant tout de trancher le litige qui lui est soumis. Toutefois, et malgré la prudence affichée par le juge, la contextualisation historique et le jugement de faits qui peuvent être qualifiés d'historiques, présentent des risques : le risque de l'anachronisme et celui de l'instrumentalisation de l'histoire guettent le travail du juge qui peut être tenté de s'ériger, comme les historiens du XIX<sup>e</sup> siècle, en tribunal de l'histoire.

---

<sup>712</sup> Cour EDH, Grande chambre, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, précité.

## CONCLUSION DU TITRE I

L'investigation historique et les récits historiques qu'elle produit peuvent être mis au service du droit pour mieux comprendre le fonctionnement de l'ordre juridique. L'éclairage historique permet ainsi une mise en perspective « dans la conviction que le présent, même et surtout le plus brûlant, le plus sanglant, ne s'éclaire que par son poids d'histoire et les complications du passé »<sup>713</sup>.

Le recours au passé est mobilisé par le droit pour contextualiser à la fois le processus de formation et d'interprétation de la norme et les faits auxquels cette norme va s'appliquer. Pour le premier cas, l'opérateur juridique fait non seulement appel à l'histoire générale, mais aussi à l'histoire législative de la norme, afin de connaître les objectifs du jurislatureur.

L'importance donnée à ces usages du passé dépend de plusieurs facteurs. Toute d'abord, elle est tributaire de la conception du droit et de son interprétation que possède l'opérateur. En effet, certaines écoles de pensée donnent une place plus importante aux origines de la norme, à son lien avec d'autres phénomènes sociaux, c'est le cas notamment de l'École du droit historique. Si la généralisation d'une certaine version du normativisme juridique tend à marginaliser l'influence de facteurs extra juridiques pour la compréhension et l'application de la norme, des théories intermédiaires revendiquent l'importance d'une conception du droit qui ne fonctionne pas en vase clos et qui prend en compte l'influence du passé de la norme et de la société qu'elle est censée organiser.

Ensuite, au delà des considérations théoriques, l'importance donnée à l'encadrement historique des différentes opérations juridiques dépend, en grande mesure, de l'objet de cette opération. D'un côté, par rapport à l'interprétation de la norme, la contextualisation historique s'avère particulièrement intéressante pour les normes à texture ouverte vouées à une certaine permanence comme la Constitution. La place des arguments historiques pour son interprétation entraîna d'ailleurs un intense débat outre-Atlantique sur l'usage du passé comme outil herméneutique pour desceller les intentions des « Pères fondateurs » et sur la place de ces intentions dans l'application contemporaine d'une norme ayant plus de deux siècles d'histoire. Si ce débat ne se développa avec autant de passion en France et, en général, en Europe, la place du recours à l'interprétation historique fait malgré tout l'objet de

---

<sup>713</sup> P. NORA, « Adieux aux intellectuels ? », *Le Débat*, n° 3, 2000, p. 8-9.

controverses, notamment face à une Constitution au caractère composite réunissant des normes aux origines historiques très différentes, comme c'est le cas de la France, ou face à un instrument tel la CEDH, né d'un contexte historique très particulier et voué à s'appliquer dans quarante-sept États.

De l'autre côté, par rapport à l'examen des faits, la modulation des règles de prescription ainsi que l'examen de conséquences des faits qui peuvent être qualifiés d'historiques, soulignent l'importance de la contextualisation historique pour une meilleure compréhension et une meilleure analyse des faits soumis au juge. Cette contextualisation peut même jouer un rôle dans la stratégie argumentative : le contexte historique de l'affaire est ainsi utilisé pour justifier des exceptions ou des modulations à l'application de la norme.

Le passé nécessite néanmoins une médiation, il doit faire l'objet d'un récit ou d'un discours pour pouvoir être opératoire. Pour pouvoir accéder à la connaissance du contexte, le juriste fait donc appel au discours des historiens afin d'éclairer le sens de la norme ou de faciliter la compréhension des faits. Ce recours au discours des historiens peut être explicite, comme dans le cas des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui peuvent consacrer des nombreux paragraphes à la contextualisation historique de l'affaire ou de la norme à appliquer. Dans la jurisprudence interne, caractérisée par sa brièveté, le recours au discours de l'historien est souvent implicite, mais des indices peuvent être retrouvés dans l'environnement jurisprudentiel de la décision, démontrant ainsi l'importance, certes relative, du raisonnement historique dans l'application du droit.

En faisant appel au discours historique, le juriste ne cherche pas pour autant à remplacer l'historien. La connaissance historique n'est pas le but premier du juge, elle est seulement au service de la résolution de l'affaire. S'il adapte ce discours historique aux besoins de son office, la construction du récit historique n'est pas le but principal de son action. C'est pour cela qu'il fait appel à des expertises, aux travaux des historiens et même à leur témoignage. Le juge prend alors soin d'affirmer qu'il n'est pas compétent pour écrire ou juger l'histoire, ainsi « en remplissant son office, le juge essaie de ne pas heurter l'Histoire. Il ne la fuit pas, mais il la devine, l'évalue, la ramène aux principes républicains de la Constitution. Mais il ne la maîtrise pas, le courant est trop fort et il perdrait rapidement pied »<sup>714</sup>.

---

<sup>714</sup> C. VIGOUROUX, « Dix rencontres entre le juge et l'histoire ou l'histoire dans la jurisprudence du Conseil d'État » in B. FAVREU (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ?*, op. cit., p. 39.



## TITRE II. LE PASSÉ COMME SOURCE DU DROIT

« Le passé n'est qu'un prologue »  
William SHAKESPEARE, *La Tempête*, Acte II, Scène 1<sup>e</sup>

La première fonction de l'État, nous rappelle le professeur F. OST, est « d'inscrire son action dans une histoire qui lui soit propre et de contribuer ainsi à la réalisation de l'idée de droit dont cette nation est porteuse »<sup>715</sup>. Le passé de l'État, de la nation qu'il est censé organiser lui sert donc de raison d'être et d'origine, il est donc une *source* possible du droit.

La notion de *source du droit* est avant tout une métaphore. En effet, en langage courant la *source* désigne l'eau qui sort du sol<sup>716</sup>. L'application de cette image au droit est attribuée historiquement à Cicéron qui, dans son œuvre *De legibus*, faisait référence à une « fons legum – fontaine du droit - »<sup>717</sup>, qui fut aussi traduite par « origine du droit » ou « source du droit »<sup>718</sup>. Les *sources du droit* seraient alors les lieux d'où jaillit le droit, notion très large qui laisse place à de nombreuses définitions et utilisations de la métaphore. Traditionnellement, une distinction est faite entre, d'un côté, les sources *formelles*, c'est à dire « les différents procédés de formulation des normes juridiques »<sup>719</sup> ou, pour reprendre la définition de CORNU, « le moule officiel qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de droit »<sup>720</sup> et, de l'autre côté, les sources *matérielles* ou *réelles* qui recouvrent tantôt « le fondement des différentes normes juridiques, non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité » tantôt « les facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces

---

<sup>715</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 53.

<sup>716</sup> Le Littré définit ainsi l'entrée *source* : « L'eau qui commence à sourdre, qui sort de terre, et qui est l'origine d'un cours d'eau grand ou petit ».

<sup>717</sup> « Nam sic habetote nullo in genere disputandi magis honeste patefieri, quid sit homini tibutum natura, quantam vim rerum optimarum mens humana contineat ; cujus muneris colendi, effcendique causa nati, & in lucem editi simus, quae sit conjunctio hominum, quae naturalis societas inter ipsos. His enim explicatis fons legum & juis inveniri potest » (*De legibus*, I. V. I6). Sur la paternité de cette expression voir R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2011, p. 93.

<sup>718</sup> « Et vous avez raison; car soyez sûrs qu'aucune question ne découvre avec plus d'éclat ce qui a été donné par la nature à l'homme, quelle infinité d'excellentes choses renferme l'âme humaine, pour quelle mission et pour quelle œuvre nous sommes nés et venus à la lumière, quelle est la liaison des hommes et quelle société naturelle est entre eux: c'est là, en effet, ce qu'il faut expliquer pour trouver la source des lois et du droit » dans DE CICÉRON, *Œuvres complètes*, trad. de M. NISARD, Tome IV, Paris : Chez Firmin Didot Frères, Fils et Cie., 1864, [en ligne] [<http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Cicero/lois.htm>].

<sup>719</sup> P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Archives de Philosophie du droit : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 253.

<sup>720</sup> G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, Coll. Quadrige Dicos Poche, 9<sup>e</sup> éd., 2011, p. 970.

sociales, l'environnement naturel, etc.... »<sup>721</sup>. Le passé peut alors jouer un rôle comme source *matérielle* dans ces deux acceptions.

Cette ambivalence implique donc deux approches différentes afin d'examiner la place du passé comme source du droit. *Source*, utilisée au singulier, fait ainsi référence au fondement de la légitimité et de la force obligatoire du système et implique alors la recherche de son assise principielle. L'appel au passé et la mobilisation d'un récit sur les origines du système peuvent être un de ses fondements (**Chapitre I**). L'expression *sources*, cette fois au pluriel, peut aussi faire allusion aux « forces créatrices du droit », expression empruntée à G. RIPERT, et qu'il définit comme « toutes les forces qui peuvent imposer une règle de nature juridique »<sup>722</sup>. Le passé peut ainsi faire partie de ces forces créatrices et être à l'origine de règles et de principes juridiques (**Chapitre II**). Critère de légitimité mais aussi élément possible de la validité, l'appel au passé joue donc un rôle déterminant dans la formation non seulement de la norme mais du système dans son ensemble.

---

<sup>721</sup> AMSELEK, *loc.cit.*

<sup>722</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, 2<sup>e</sup> éd., p. 84.

## CHAPITRE I. LE PASSÉ COMME FONDEMENT DE LA LÉGITIMITÉ DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL

Le 6 octobre 1958, deux jours après la promulgation de la Constitution, le Garde des Sceaux Michel DEBRÉ, apposait le sceau de la République sur la version officielle du texte, en déclarant « Le sceau de l'État est celui de la République. Il date de 1848, il a été repris par la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République, la V<sup>e</sup> le reprend donc [...] souhaitons longue durée et succès profond à ce texte dépositaire des principes et des institutions de la Nation ». Symboliquement, la Constitution de 1958 était présentée dans la continuité de la tradition républicaine, tradition qui, en réalité, a été marquée d'importantes parenthèses. Toutefois cette continuité était mobilisée comme un argument pour asseoir la légitimité de cette nouvelle Constitution qui n'était pas le fruit d'une assemblée constituante.

Qu'est ce qui fait que ce texte scellé et gardé dans les archives nationales soit considéré comme la norme fondamentale de la V<sup>e</sup> République, comme le fondement du système qui régit la France ? L'insertion de ce texte dans une tradition républicaine aux accents mythiques mène à la question plus globale de savoir d'où vient l'autorité de la norme et de son pouvoir constituant. En effet, s'il est accepté que le droit soit avant tout un lien social qui vise à organiser la vie d'une communauté, il est nécessaire qu'il prétende à une certaine autorité. Contrairement aux théories souvent dominantes, le postulat de départ de ce chapitre est que la prétention à l'autorité, à avoir un caractère obligatoire, ne peut pas trouver son fondement dans le système lui-même. Le droit en tant que système formel ne peut pas prétendre à son auto-fondation<sup>723</sup>. Il doit faire appel à des fondements qui se trouvent en dehors de la sphère strictement juridique, dont notamment les arguments historiques ou les valeurs communes. C'est ainsi qu'il est nécessaire de s'intéresser à la *légitimité* du droit qui peut être définie, à titre liminaire, comme ce qui permet de justifier sa prétention à avoir un caractère obligatoire.

---

<sup>723</sup> Il est possible d'appliquer au droit, en tant que système formel, le théorème de GÖDEL. Selon ce théorème, développé à partir de l'étude de l'arithmétique, la démonstration de la cohérence et de la complétude d'un système formel ne peut pas se faire à l'aide de propositions internes au système en question. Il faut donc faire appel à des propositions appartenant à un système plus vaste. Sur l'application de ce théorème au système juridique comme système formel v. H. THÉVENAZ, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et Société*, 1986, p. 533-542 et F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n°25, 1985, p. 199.



La conceptualisation de la légitimité dans le domaine juridique n'est pas aisée. S'agissant d'une relation entre l'auteur et le destinataire de la norme, elle se manifeste à la fois comme une revendication, de la part de l'auteur, et un jugement ou une croyance, de la part du destinataire, qui porte à la fois sur la norme, sur l'auteur de cette norme et, *in fine*, sur le système dans son ensemble. Elle implique la mobilisation d'arguments justificatifs comme mécanismes de légitimation. Des traces de ces mécanismes peuvent alors être retrouvées dans les discours juridiques, notamment dans les préambules des normes constitutionnelles.

Il convient donc d'examiner, dans une perspective théorique, la nécessité du recours à des mécanismes de légitimation du droit afin d'expliquer le fondement de sa normativité. Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette thèse, d'essayer de donner une nouvelle réponse à cette problématique, mais de s'intéresser aux différentes approches possibles pour dévoiler ces fondements, afin d'essayer de voir quelle place peut jouer et comment se manifeste le recours au passé, à la tradition et à l'histoire de la communauté comme un mécanisme de légitimation du système constitutionnel (Section 1). Les mécanismes de légitimation peuvent être explicités dans les textes constitutionnels, notamment dans les préambules. Ainsi, seront étudiés les recours à des arguments historiques dans les préambules constitutionnels des normes fondamentales de différents pays et de l'histoire constitutionnelle française afin d'examiner, concrètement, les diverses formes que peut prendre la légitimation par le passé dans une perspective comparative (Section 2).

## **Section 1. L'appel au passé comme mécanisme de légitimation de l'ordre constitutionnel : une approche théorique**

L'étude de la légitimité inspire plus de méfiance que d'attrance pour le juriste. Si le droit positif peut faire mention de l'adjectif *légitime* pour qualifier certaines situations juridiques - l'enfant légitime ou la légitime défense, par exemple- l'étude de la légitimité de la norme juridique, du pouvoir qui la met en place et, en général, du régime dans lequel elle s'inscrit est, soit considérée comme dénuée d'intérêt, car toute norme juridique serait par définition légitime, soit confiée au politologue ou au sociologue du droit. En effet, l'approche dominante du droit<sup>724</sup> réduit le problème de son fondement à l'examen de sa validité. La légitimité est alors assimilée à la légalité, conclusion logique eu égard à la parenté étymologique des deux notions. Cette assimilation a l'avantage d'être axiologiquement neutre, et donc de répondre aux critères de pureté prônés par l'approche normativiste du droit.

Mais si cette approche formaliste permet de trouver un fondement de légitimité axiologiquement neutre pour toute norme d'un ordre juridique donné (et pour le régime dans son ensemble) dans le respect d'une norme suprême, elle n'éclaire pas le fondement de légitimité de cette norme suprême ou du pouvoir qui la met en place. La réduction de la légitimité à un jugement de validité ou d'effectivité conduit à des paradoxes. Pour les surmonter, il est donc nécessaire de remettre la légitimité au centre de la réflexion sur la normativité et la distinguer des jugements de validité et d'effectivité<sup>725</sup>. Ce recentrage permettra aussi d'analyser le caractère composite du jugement de légitimité qui, comme fondement de la normativité, fait appel à des éléments extra-juridiques comme mécanismes de légitimation (§1). Si les éléments mobilisés pour légitimer une norme, un système ou une autorité normative sont en dehors du système lui-même, des empreintes ou des mentions peuvent être retrouvés à l'intérieur de celui-ci. Il est donc nécessaire de s'intéresser à l'explicitation des mécanismes de légitimation afin d'examiner la place que l'appel au passé,

---

<sup>724</sup> En France, actuellement, les conceptions sur le droit sont surtout influencées par une théorie particulière : le positivisme kelsénien. Faussement assimilé à toute position *positiviste* cette variante se caractérise par la « radicalité de son programme épistémologique, à savoir la radicalité d'une distinction *a priori* entre le droit, d'une part, et les faits et la morale, d'autre part ». Toutefois, il ne faut pas réduire tous les courants positivistes à cette version radicale (T. RAPTOPOULOS, « Le positivisme analytique », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2014, p. 229, V. aussi sur la définition des différents courants qui sont regroupés sous l'étiquette de « positivisme juridique » L. GREEN, « Legal positivism » in ZALTA Edward N. (éd.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 2009, [<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>]).

<sup>725</sup> La question des fondements, si elle est évacuée par les tenants d'un positivisme normativiste, est quand même au centre des réflexions positivistes analytiques (*Ibid.*, p. 242).

la tradition, le rappel des événements historiques, peut avoir. Cette étude privilégiera l'appel au passé comme fondement de la norme constitutionnelle, norme suprême de l'ordre juridique qui sert de fondement de légitimité formelle et matérielle à l'ordre juridique dans son ensemble (§2).

### **§ 1. *La difficile appréhension de la légitimité en droit***

La légitimité pose premièrement un problème de définition. Dans l'histoire politique française, le mot *légitimité* est souvent associé à une querelle historique précise : celle des *légitimistes*, c'est à dire, la lutte des partisans du retour au trône de la branche aînée des Bourbons comme branche légitime face à la branche cadette, d'où était issu Louis-Philippe I<sup>er</sup>, ou face aux bonapartistes. Mais, si cette acception peut être utile pour analyser les différents appels au passé comme fondement de la légitimité dans les constitutions françaises, elle est trop restreinte pour servir de point de départ.

Son utilisation dans le langage courant n'est pas plus éclairante, en effet, le Littré définit la *légitimité*, comme la « qualité de ce qui est légitime » et, à son tour, il définit l'adjectif légitime comme « qui a un caractère de loi ». Ainsi, la *légitimité* est unie à *légalité* au point de se confondre. Cette proximité entre *légitimité* et *légalité* dans le langage courant se retrouve dans le langage juridique où, sous l'influence notamment de certains courants positivistes, la légitimité est assimilée à la légalité, au point de l'occulter de l'analyse théorique (I).

Toutefois, cette occultation de la problématique de la légitimité conduit vers des régressions sans fin. En particulier, l'assimilation de la normativité à la légalité ou l'effectivité et la recherche du fondement à l'intérieur du système lui-même ne permettent pas d'expliquer la prétention au caractère obligatoire du système dans son ensemble. Il est donc nécessaire de se pencher sur l'analyse de la légitimation de la norme fondamentale comme jugement distinct de celui de sa validité ou de son effectivité, afin de dépasser les paradoxes (II).

## (I) L'occultation de la problématique de la légitimité selon différentes approches théoriques

Afin d'analyser la problématique de la légitimité en droit, il est important de faire quelques précisions terminologiques. En effet, les différents termes qui interviennent dans la réflexion sur l'autorité et le caractère obligatoire du droit sont polysémiques et leur emploi peut varier d'auteur en auteur, en fonction des différentes approches théoriques. Il convient donc de donner des définitions opératoires afin d'essayer de clarifier les termes du débat (A). Une fois faites ces précisions terminologiques, il est nécessaire de s'interroger sur l'interaction entre les trois jugements qui peuvent être portés sur une norme : sa validité, son effectivité et sa légitimité, afin de répondre à la question de pourquoi faut-il obéir au droit ? Les différentes théories du droit ont donné une prépondérance à chacun de ces pôles, au point d'opérer une véritable occultation des autres<sup>726</sup>. Ce phénomène s'observe particulièrement par rapport au jugement de légitimité qui est souvent réduit ou absorbé par les autres pôles. Ainsi, le bien fondé d'une solution juridique est souvent mesuré uniquement par rapport à la validité ou l'effectivité de la norme, sans prendre en compte le contenu de celle-ci (B). Toutefois, ces analyses débouchent sur des paradoxes ou des cercles vicieux (C) qui mettent en évidence la nécessité de chercher le fondement du droit, de sa prétention à l'autorité, au delà du système formel en lui-même.

### (A) *Les trois pôles de la normativité : validité, effectivité et légitimité*

La réflexion sur le caractère obligatoire du droit et sur sa justification implique de prendre comme point de départ la notion de *normativité*. Dans une perspective générale, la *normativité* désigne ainsi la capacité d'un énoncé à être obligatoire, à induire un comportement qui n'est pas optionnel<sup>727</sup>. S'intéresser à la *normativité* implique, dans une perspective explicative, d'essayer de comprendre comment un énoncé peut donner lieu à des raisons pour l'action. Dans une perspective de justification, cela implique de s'intéresser aux

---

<sup>726</sup> F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *op. cit.*, p. 192.

<sup>727</sup> D. PRIEL, « The Place of Legitimacy in Legal Theory », *McGill Law Journal*, n°1, Vol. 57, 2011, p. 6.

raisons mobilisées par les individus afin de reconnaître le caractère non optionnel d'un énoncé<sup>728</sup>.

À côté de la *normativité* qui, comme son nom l'indique, caractérise toutes les normes, qu'il s'agisse de normes juridiques, morales, religieuses, il est important de s'interroger sur ce qui accorde à un énoncé son caractère de norme *juridique*. Il faut donc s'intéresser à trois éléments, trois pôles de la normativité : sa *validité*, son *effectivité* et, finalement, sa *légitimité*.

Dire qu'une norme est *valide*, « c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système »<sup>729</sup>. Le jugement de validité implique donc de se placer à l'intérieur d'un système hiérarchisé où l'énoncé est conforme aux conditions prescrites par la ou les normes supérieures. Très proche de la notion de *validité* se trouve celle de *légalité*. En effet la *légalité* s'intéresse aussi à ce qui fait qu'une norme soit conforme aux prescriptions d'une norme supérieure. Mais si la *validité* insiste sur les conditions formelles dans une perspective dynamique, la *légalité* implique la prise en compte du contenu de la norme dans une perspective statique, pour vérifier qu'il soit en accord avec ce qui prescrivent les normes supérieures et, *in fine*, la norme fondamentale du système.

Les critères de *validité* et de *légalité* centrent leur regard sur l'émetteur des normes. Or le droit est un produit social, une relation entre un émetteur de normes et un récepteur de celles-ci. En se centrant sur cette perspective, deux nouvelles notions doivent être introduites. Le droit a vocation à être appliqué, il a donc une vocation à l'*effectivité*, qui peut être considérée comme « une correspondance statiquement élevée entre le système de normes imposées par le pouvoir et les actes accomplis par les citoyens »<sup>730</sup>.

Mais, au delà de ce constat empirique, si le droit a une vocation à être obéi, il faut aussi s'interroger sur la justification, sur les raisons pour lesquelles ce droit prétend à cette autorité. Ainsi, nous arrivons à la notion de *légitimité* qui, à ce stade, peut être définie comme celle qui « s'occupe de la question de savoir quand un émetteur de normes juridiques putatives est en

---

<sup>728</sup> A. MARMOR, « The Nature of Law » in E. N. ZALTA (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 2011, [<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/>].

<sup>729</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit* (1961) [trad. M. van de Kerchove], Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., p. 122.

<sup>730</sup> R. POLIN, « Analyse philosophique de l'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, n° 7, 1967, p. 20.

droit de faire de telles demandes »<sup>731</sup>. Par rapport aux normes, le jugement de légitimité implique d'analyser le niveau de crédibilité que présente un énoncé pour prétendre à être obéi. En effet, la légitimité d'un énoncé dépend de sa prétention à susciter une adhésion rationnelle à son contenu<sup>732</sup>. Par conséquent, la réflexion sur la légitimité implique de prendre en compte le point de vue interne des participants, pour reprendre le vocabulaire hartien, de s'intéresser aux mécanismes par lesquels les participants reconnaissant la loi comme une raison pour leur action<sup>733</sup>. Pour arriver à ce but, des mécanismes de légitimation sont avancés par les autorités normatives. Ainsi, dans une perspective dynamique, la *légitimation* est le procédé par lequel « un pouvoir ou un régime politique parviennent à susciter et maintenir l'adhésion des citoyens »<sup>734</sup>.

La réflexion sur les mécanismes de légitimation se heurte aussi au problème d'identification de l'objet du jugement de légitimité. En effet, l'idée de légitimité peut être rattachée tantôt à un mode de gouvernement, à une autorité, à une norme, voire même au pouvoir originaire de l'État, aux fondements de la vie sociale<sup>735</sup>. Traditionnellement les études sur la légitimité, souvent l'apanage du sociologue du droit ou du spécialiste en sciences politiques, se centrent sur l'étude du pouvoir et de ses détenteurs<sup>736</sup>. Mais le problème du fondement, de la justification du pouvoir est intimement lié à la justification des règles, comme l'explique BOBBIO « le pouvoir est issu des règles et produit des règles ; la règle est issue du pouvoir et produit d'autres pouvoirs »<sup>737</sup>. Ainsi le jugement de légitimité et les mécanismes de légitimation s'appliquent non seulement aux autorités jurislatrices, mais aux normes produites et *in fine* au système en soi.

L'interaction entre ces trois pôles de la validité, l'effectivité et la légitimité, varie d'une approche théorique à une autre. Reprenant l'analyse du professeur F. OST, il est donc possible de schématiser cette interaction en considérant que les théories iusnaturalistes privilégient le pôle *légitimité*, les théories positivistes le pôle *validité/légalité* tandis que les théories réalistes

---

<sup>731</sup> [Legitimacy is concerned with the question of when an issuer of putative legal norms is entitled to make such demands] (D. PRIEL, « The Place of Legitimacy in Legal Theory », *op. cit.*, p. 6).

<sup>732</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2011, p. 457.

<sup>733</sup> A. MARMOR, « The Nature of Law », *op. cit.*

<sup>734</sup> S. CASTIGNONE, « Légitimation » in J-A. ARNAUD et. al. (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, 2<sup>e</sup> éd., p. 342.

<sup>735</sup> P. BASTID, « L'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 4.

<sup>736</sup> Par exemple, pour N. BOBBIO : « "Légitimité" tout comme "légalité" est un attribut du pouvoir » (« Sur le principe de légitimité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 48).

<sup>737</sup> N. BOBBIO, « Contribution à l'étude de la légitimité dans ses rapports avec la légalité », *Annales de philosophie politique*, n° 7, 1967, p. 53.

s'en tiennent à l'*effectivité*<sup>738</sup>. Toutefois, pour ces dernières approches, il sembleraient que l'accent mis sur l'*effectivité* ou la *validité* implique de les prendre comme conditions suffisantes de la normativité, reléguant l'étude de la *légitimité* à une place secondaire et, même, en la renvoyant en dehors de l'analyse purement juridique. En épousant une posture exclusive et rejetant toute considération morale, l'étude de la normativité du droit a donc souvent sombré entre le Charybde du pur formalisme des analyses centrées sur la validité et le Scylla de l'empirisme juridique qui fonde la prétention à l'autorité du droit sur des relations purement factuelles, des jeux de pouvoir et de conflits d'intérêt.

### (B) *La réduction de la normativité à la validité ou à l'effectivité*

Les approches traditionnelles positivistes impliquent une mise entre parenthèses du contenu de la norme et la focalisation sur l'examen de sa validité comme seul critère pour comprendre son caractère obligatoire. Ainsi le résumé AUSTIN : « l'existence du droit est une chose; son mérite ou démérite en est une autre »<sup>739</sup>. Elle implique alors de séparer les jugements de validité et de légitimité. Ce second jugement, nécessitant de prendre en compte le contenu de la norme, est rejeté de l'analyse purement juridique, et laissée à la théorie politique ou à la sociologie. Par exemple, pour JELLINEK, « le caractère positif du droit lui vient donc, en dernière analyse, de la *conviction* qu'on a de sa force obligatoire ; c'est sur cet élément purement subjectif que repose tout l'ordre juridique »<sup>740</sup>. Toutefois, la connaissance de ce fondement se situe, pour le maître de Heidelberg, en dehors du domaine juridique et relève de la sociologie. Ainsi, les considérations relatives à la légitimité ne sont pas sans importance pour la compréhension de la dogmatique juridique, mais elles ne font pas l'objet d'une science du droit<sup>741</sup>. C'est ainsi que sa théorie générale est divisée en deux parties, une sociale et une autre juridique. Les deux facettes sont nécessaires pour comprendre le phénomène, toutefois elles doivent être différenciées et faire l'objet de deux méthodologies différentes.

---

<sup>738</sup> F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *op. cit.*, p. 192

<sup>739</sup> [The existence of law is one thing; its merit or demerit is another]. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined* (1832), Cambridge: Cambridge University Press, Coll. Cambridge texts in the History of Political thought, 1995, p. 157.

<sup>740</sup> G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, Tome I : *Théorie générale de l'État* (1911) [trad. G. FARDIS, intro. O. JOUANJAN], Paris : Éd. Panthéon Assas, Coll. Les introuvables, 2005, p. 504.

<sup>741</sup> O. JOUANJAN, « Introduction » *in Ibid.*, p. 62.

La théorie normativiste développée par KELSEN est, sans doute, celle qui revendique le plus clairement la réduction et l'assimilation de la légitimité à la validité. En effet, KELSEN prétend mettre en place une théorie *pure* du droit fondée sur l'autonomie de la science juridique et sur la séparation radicale du domaine juridique et du domaine moral. De cette contrainte méthodologique KELSEN dérive l'idée que la légitimité de la loi doit reposer sur des caractéristiques structurelles de l'ordre juridique lui-même<sup>742</sup>. Pour le maître autrichien, la légitimité d'un acte juridique signifie alors la régularité logique de sa création au sein de la pyramide des normes qui représente l'ordonnancement juridique. Il définit ainsi le *principe de légitimité* : « le principe qu'une norme ne peut être posée que par l'organe compétent, c'est-à-dire par l'organe habilité à cet effet par une norme supérieure est le principe de légitimité »<sup>743</sup>. KELSEN laisse néanmoins une place au principe *d'effectivité*<sup>744</sup>. Toutefois, ce principe ne s'applique pas aux normes individuelles mais à l'ordre juridique dans son ensemble. Ainsi, sont considérées comme légitimes les normes produites en accord avec une norme supérieure dans la pyramide (et, finalement, en accord avec la norme fondamentale) tant que cette pyramide représente un ordre juridique doté globalement d'effectivité. Sur le plan de l'analyse des autorités normatives, la seule qualité qui est exigée au jurislatureur pour être considéré comme *légitime* est le respect des critères de validité, de la cohérence interne du système et, *in fine*, de la norme fondamentale.

La réduction de la réflexion sur la légitimité à celle sur la validité et la légalité conduit à rejeter en dehors de la réflexion juridique tout questionnement sur le fondement du pouvoir autre que le droit lui-même. La prétention à la légitimité est alors présentée comme une prétention auto-référentielle. Toute approche de la légitimité différente de son assimilation à la validité, ferait appel à des critères axiologiques et ne répondrait pas au critère de pureté : « La légitimité présuppose en effet une conformité d'idées et un accord sur les valeurs, qui ne sont pas réalisables, puisque les idées et les valeurs, pour ce courant de pensée, ont un caractère éminemment subjectif et relatif. Le pluralisme idéologique qui en suit oblige donc à s'en tenir au seul jugement objectivement fondé. Et celui-ci n'est que le jugement de légalité »<sup>745</sup>.

---

<sup>742</sup> L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 72.

<sup>743</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1962) [trad. EISENMANN Charles], Paris : Bruylant LGDJ, 1999, p. 272.

<sup>744</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>745</sup> S. COTTA, « Phénoménologie de la légitimité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 66-67. La croyance en la légitimité juridique est, selon Kelsen, la seule forma raisonnable d'acceptation des revendications



L'assimilation entre la légitimité et la légalité est même présente dans les analyses sociologiques sur l'autorité du droit. C'est le cas notamment de l'analyse classique présentée par M. WEBER. Le sociologue partait du constat que toute relation de domination cherche à éveiller et à entretenir une croyance en sa *légitimité* qui suscite le consentement au pouvoir. La *légitimité* est donc pour WEBER une prétention pour justifier l'autorité et les commandements qu'elle impose. Fortement influencé par les travaux de JELLINEK<sup>746</sup>, il élaborait une catégorisation des formes de domination suivant la revendication de légitimité dont elles se réclament, qu'il expose dans son livre *Economie et société*<sup>747</sup>. Pour WEBER, il existe alors trois types de domination légitime : la *légitimité traditionnelle*, la *légitimité charismatique* et la *légitimité rationnelle*. La première repose sur « la croyance quotidienne en la sainteté de traditions valables en tout temps », la deuxième repose sur « la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne », tandis que la troisième repose sur « la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens ». Si aucun de ces trois types idéaux ne se manifeste à l'état pur, la *légitimité rationnelle* est présentée comme le résultat d'une évolution historique à laquelle il faut prétendre et qui rendrait superflus les deux autres critères. Ainsi, dans le cadre de la rationalité propre aux sociétés modernes, caractérisées par leur *désenchantement*<sup>748</sup>, tout pouvoir, pour être légitime, doit s'inscrire dans le cadre logico-formel de la régularité juridique de l'État et tout acte juridique trouve sa légitimité dans sa conformité au droit positif en vigueur<sup>749</sup>.

Les théories positivistes kelséniennes ne sont pas les seules qui occultent le rôle de la légitimité comme fondement de la normativité. Les théories réalistes ou empiriques favorisent ainsi une approche technocratique du droit, centrée sur les critères d'effectivité ou

---

de légitimité, car elle est la seule forme qui ne dépend pas de l'idéologie (L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, op. cit., p. 61).

<sup>746</sup> Dans son *Allgemeine Staatslehre*, JELLINEK élabore une typologie des formes de justification de l'État, distinguant les formes empiriques, les religieuses-théoriques et les légales-théoriques (v. G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, op. cit.). À propos de l'influence de JELLINEK sur WEBER v. P. LASSMAN, « The rule of man over man : politics, power and legitimation » in S. TURNER (dir.), *The Cambridge companion to Weber*, Cambridge : Cambridge University Press, 2000, p. 90.

<sup>747</sup> M. WEBER, *Économie et société / I. Les catégories de la sociologie* (1921), Paris : Pocket, coll. Agora, 1995, p. 285-294.

<sup>748</sup> Cette notion est centrale dans l'œuvre de WEBER. En effet, ce qui caractérise la société occidentale et lui donne son caractère unique, c'est le fait que l'espace public a été vidé de toute valeur, et que ces valeurs ont été reléguées dans une autre sphère, celle du mythe ou celle des relations privées (v. sur ce point LASSMAN, op. cit., p. 97 qui fait référence à l'essai de WEBER « Science as a vocation »).

<sup>749</sup> S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-Puf, Coll. Quadrige, 2003, p. 930.

d'efficacité. Ces théories envisagent le droit « à partir des rapports sociaux de pouvoir, et fond[ent] ainsi une science du droit purement factuelle ou bien encore une science d'intérêts, dans la mesure où [ils conçoivent] les lois comme “produits d'intérêts” »<sup>750</sup>. Dans un contexte post-industriel, du culte du chiffre et du résultat, la légitimité est alors assimilée à l'effectivité. Ce phénomène implique une multiplication des rapports, des études d'impact pour mesurer et prouver l'efficacité des normes imposées par le pouvoir. Ainsi, pour N. LUHMANN la légitimité se réduit à « la conviction, répandue de manière purement factuelle, de la validité du droit, du caractère obligatoire des normes ou de décisions déterminées ou encore de la valeur des principes à partir desquels les normes ou les décisions se justifient ». L'application du droit devient alors fondement de légitimité : « la légitimation par la procédure et par l'égalité des chances d'en arriver à des décisions satisfaisantes remplace alors l'ancienne fondation ius naturaliste ou les méthodes de création ayant la forme d'un échange »<sup>751</sup>. D'un pur procédé technique dans l'approche positiviste, le fondement de la légitimité devient un pur fait social appréciable en termes d'expertises, de performance du discours juridique<sup>752</sup>.

### (C) *Les paradoxes des approches réductionnistes de la légitimité*

Le problème des analyses qui privilégient les pôles de la validité ou de l'effectivité dans l'analyse de la normativité est qu'elles se réduisent souvent à des paradoxes, des cercles vicieux ou des régressions sans fin. La volonté de trouver le fondement du droit et de son autorité à l'intérieur du droit lui-même ne permet pas de résoudre ces problématiques. C'est ce que le professeur SHAPIRO appelle le « puzzle de la possibilité » qui surgit du fait « que n'importe quel organe ayant le pouvoir de créer des normes légales doit dériver son pouvoir d'une norme, en même temps que toute norme qui peut conférer un tel pouvoir doit elle-même être créée par quelqu'un ayant le pouvoir de le faire »<sup>753</sup>. Le fondement du droit ne peut

---

<sup>750</sup> H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État* (1926) [trad. O. JOUANJAN], Paris : Dalloz, Coll. Tiré à part, 2012, p. 24.

<sup>751</sup> N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure* [trad. L. SOSE et S. BOUCHARD], Laval : Les presses de l'Université de Laval, Coll. Diké, 2001, p. 19 et 23.

<sup>752</sup> F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *op. cit.*, p. 198.

<sup>753</sup> [The Possibility Puzzle arises because it appears that any body with power to create legal norms must derive its power from some norm, while any norm that could confer such a power must itself be created by someone with the power to do so] (S. J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge / Londres : The Belknap Press Of Harvard University Press, 2011, p. 42). Il assimile ce paradoxe à celui de la poule et de l'œuf. Si l'on considère d'un côté, que quelqu'un a le pouvoir de créer des normes légales seulement si une norme existante lui confère ce pouvoir et, de l'autre côté, qu'une norme confère le pouvoir de créer des normes légales seulement si quelqu'un ayant le pouvoir de le faire l'a créé, on se retrouve dans un cercle vicieux afin de déterminer qui vient en premier, quel principe est au fondement de l'autre (*Ibid.*, p. 40).

donc pas se trouver dans le droit lui-même, et pour justifier la prétention à l'autorité il est donc nécessaire de trouver des mécanismes qui servent de pont entre les faits et le droit, c'est-à-dire entre, d'un côté le social et le moral et, de l'autre, le juridique.

D'un côté, la rationalité ne peut pas faire abstraction des contingences historiques et de l'appel constant à des valeurs transcendantes pour justifier le pouvoir et le droit. Comme l'explique le professeur F. OST :

« De manière générale donc les discours de légitimation qui opèrent en termes de légalité (cohérence) et d'effectivité (performance) tendent à gommer, sans y parvenir totalement – ce qui ne manque pas d'entraîner une distorsion du propos – le fait qu'un jugement de légitimité est nécessairement [fait en] fonction d'un choix de valeurs, choix contingent, qui demande à être justifié par des arguments rationnels mais cependant insusceptible d'une fondation absolue par des procédures syllogistiques ou instrumentales »<sup>754</sup>.

De l'autre, le recours à la légalité comme fondement peut devenir, à son tour, un critère axiologique. En effet, la notion de *principe de légalité* peut donner lieu à plusieurs interprétations allant du principe technique et axiologiquement neutre de régularité juridique jusqu'à des postulats très proches du iusnaturalisme qu'il prétendait éradiquer. Ainsi, pour certains théoriciens, le principe de légalité n'exige pas seulement que les règles et les décisions qui composent le système soient formellement correctes. Il exige aussi qu'elles soient conformes à certaines valeurs que l'on décrit comme nécessaires à l'existence d'une société libre<sup>755</sup>.

Nous pouvons ainsi constater que la régularité juridique comme unique critère neutre de validité se transforme de plus en plus en respect de l'*État de droit*, du *Rule of law*, ce qui s'accompagne d'une perte de sa neutralité. Dans un sens large, le *Rule of law* implique seulement que « l'État ne peut soumettre les citoyens qu'à des lois promulguées publiquement, que les fonctions législatives et judiciaires soient séparées et que toute personne exerçant le pouvoir ne soit pas placé au-dessus de la loi »<sup>756</sup>. Néanmoins, qu'il s'agisse du concept anglo-saxon de *Rule of law* ou de son équivalent continental d'*État de droit*, l'exigence de régularité formelle est de plus en plus complétée par une dimension matérielle et axiologique. De cette manière, pour qu'un commandement émanant du pouvoir

---

<sup>754</sup> F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *op. cit.*, p. 199-200.

<sup>755</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, « Légalité et légitimité », *Annales de philosophie politique*, n° 7, 1967, p. 39.

<sup>756</sup> [In the broadest terms, the rule of law requires that the state only subject the citizenry to publicly promulgated laws, that the state's legislative function be separate from the adjudicative function, and that no one within the polity be above the law] (M. ROSENFELD, « The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy », *Southern California Law review*, n° 5, vol. 74, 2001, p. 1308).

soit considéré comme légitime, il ne suffit plus qu'il réponde formellement aux critères imposés par la norme supérieure – par exemple qu'il soit le produit d'une délibération dans un Parlement et d'une publication dans un journal officiel – il faut, de plus, qu'il respecte certains principes, certaines *valeurs*, codifiées par cette norme supérieure<sup>757</sup>. Dans les sociétés occidentales actuelles, ces valeurs sont associées à une certaine interprétation des droits de l'homme ou des droits fondamentaux. Le respect des droits fondamentaux, assuré notamment par le contrôle de constitutionnalité, devient ainsi le fondement de la légalité et, par conséquent, de la légitimité du pouvoir et des normes qu'il met en place.

D'autres problèmes peuvent être liés à l'assimilation entre légalité et légitimité. Dans le cadre d'une critique de l'état-légal législateur<sup>758</sup>, et plus précisément de la République de Weimar comme exemple-type, Carl SCHMITT remarque que cette assimilation a comme conséquence la perte de toute relation avec la réalité. Dans ce type d'État, qui correspond à la plupart des états européens modernes, « le droit se manifeste par la loi, et le pouvoir de coercition de l'État trouve sa justification dans la légalité »<sup>759</sup>, c'est à dire que c'est dans le cadre de ce type d'État que s'effectue l'assimilation entre légitimité et légalité. En d'autres termes, le respect du principe de légalité dans le cadre de l'État-législateur a comme mission de « faire passer pour superflue et de réduire à néant la légitimité [...] de même que toute autorité responsable et toute supériorité »<sup>760</sup>. Si cette conception a ses avantages, reconnues par le propre SCHMITT, puisqu'elle revendique « l'idée d'un droit logique et réglé contre des ordres et des mesures émis au fur et à mesure des nécessités »<sup>761</sup>, elle occulte, par un lecture purement formaliste, la nécessité qu'a l'État, pour assurer son autorité effective, d'ancrer son pouvoir par d'autres mécanismes de légitimation. La légitimité, dans le cadre de l'état-législateur, repose donc sur une abstraction. Mais cette abstraction ne donne qu'une base

---

<sup>757</sup> Cette conception de la légalité non réductible à une conception formelle a été même avancée par le « second » Kelsen. Suivant une évolution de sa conception, il considéra que la légitimité rationnelle n'est pas seulement formelle, ainsi pour établir la légitimité des normes « il est nécessaire, par-delà le formalisme des compétence qui veut qu'à chaque palier de la pyramide juridique, seul, le droit produise le droit, d'en appeler à des règles de fond » (S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », *op. cit.*, p. 931).

<sup>758</sup> C. SCHMITT présente quatre grands types d'État : l'état parlementaire ; l'état juridictionnel, où le dernier mot appartient au juge, arbitre suprême des conflits de droits ; l'état gouvernemental, « qui atteint son expression parfaite sous le gouvernement d'un chef d'État, unissant au commandement suprême une volonté personnelle souveraine » ; et l'état administratif, où prédominent non pas les lois, mais les ordonnances à caractère objectif. Seul dans le premier type d'État s'effectue l'assimilation, au point de se confondre, entre la légitimité et la légalité, c'est ainsi que les autres trois types d'État sont regroupés dans la catégorie « d'États à base légitime ». (C. SCHMITT, *Légalité et légitimité*, [trad. W. GUEYDAN DE ROUSSEL], Paris : LGDJ, 1936, p. 43-45).

<sup>759</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>760</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>761</sup> *Ibid.*, p. 52.

fragile à la prétention à l'autorité, car l'adhésion des gouvernés à une abstraction, à un pur formalisme peut être facilement remise en cause.

De plus, le formalisme légaliste ne peut pas éviter le recours à des fictions et des tautologies pour essayer de répondre aux contradictions internes du système. Comme l'explique D. BEETHAM : la légitimité du *Herrschaft* dans la typologie weberienne est, en général, un processus en deux étapes : dans un premier temps, la légitimité de l'autorité découle des règles, puis, dans un deuxième temps, la légitimité des règles découle « de croyances ou de principes acceptés relatifs à la source légitime de l'autorité qui les étaye ». Ces croyances ou principes sont facilement repérables dans le cadre de la légitimité charismatique : c'est l'ensemble de caractéristiques du gouvernant, ou dans le cadre de la légitimité traditionnelle : c'est l'appel au temps, à la permanence. Mais, leur identification est plus délicate dans le cadre de la légitimité rationnelle. En effet, l'idée que l'autorité tire sa légitimité d'un système de lois « ne peut suffire à lui seul, dans la mesure où c'est seulement la première étape de la légitimité ». Se pose alors le problème de savoir d'où les règles tirent leur légitimité dans un système rationnel. Affirmer que les règles qui légitiment le *Herrschaft* sont à leur tour légitimées par d'autres règles, conduit à une régression sans fin<sup>762</sup>.

Cette régression sans fin caractérise aussi le modèle kelsénien. De façon très schématique<sup>763</sup>, si une norme trouve son fondement de légitimité dans la soumission à une autre norme, qui trouve à son tour son fondement dans une autre norme, il est facile de tomber dans une spirale sans fin de fondements. Pour remédier à cette spirale, la théorie normativiste a recours à la *norme fondamentale hypothétique* qui donne son fondement à la première constitution historique, norme suprême d'un ordre juridique donné. Mais ce recours n'est qu'une fiction pour maintenir la pureté de la théorie<sup>764</sup>. Le formalisme légaliste finit par

---

<sup>762</sup> D. BEETHAM, « Max Weber et la légitimité politique », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 101, 1995, p. 15-16.

<sup>763</sup> L'explication de la *Grundnorm* comme une fiction apparaît surtout dans la *Théorie générale des normes* au chapitre 59 : « la norme fondamentale d'un ordre moral n'est pas une norme positive, mais une norme simplement pensée, c'est-à-dire une norme fictive, la signification d'un acte de volonté non pas réel mais fictif » (H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, [Trad. de O. BEAUD et F. MALKANI], Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1996, p. 334).

<sup>764</sup> En effet, la norme fondamentale, tout d'abord présentée comme une présupposition transcendantale au sens kantien puis comme une fiction, est une façon d'éviter une référence au caractère contingent des pratiques sociales qui se trouvent au fondement de l'ordre juridique. Ainsi l'explique le prof. A. MARMOR : « Without presupposing such a norm [the *Grundnorm*], the normativity of the entire legal order remains unexplained. But of course, the problem is that not much is explained by Kelsen's idea of a presupposition, either. Instead of telling us something about the foundations of the basic norm, Kelsen simply invite us to stop asking » (A. MARMOR, « The Conventional Foundations of Law », in S. BERTEA, G. PAVLAKOS (ed.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011, p.146).

devoir recourir aux fictions qu'il prétendait lui-même surpasser en instaurant un critère rationnel de légitimité.

La prise en compte des éléments extra-juridiques pour établir la légitimité du pouvoir et des règles mises en place par ce pouvoir est donc incontournable. Pour analyser la prétention du droit à être obéi, il faut donc s'intéresser aux éléments empiriques (qui ne peuvent pas se réduire à l'efficacité ou effectivité de la norme comme le prétendent certains courants) et aux idéaux métajuridiques, des principes et des valeurs. Certes, la légalité formelle est un indice ou une présomption de la légitimité<sup>765</sup>, mais elle n'est qu'une condition nécessaire et non suffisante pour son établissement. La légitimité devient une notion composite qui n'est étrangère « ni à la validité formelle d'un ordre juridique, ni aux phénomènes culturels (coutumes, croyances normatives, convictions morales, opinions, histoire), ni aux idéaux que visent les voies prescriptives du droit »<sup>766</sup>.

## (II) La nécessité de s'interroger sur la légitimité et les mécanismes de légitimation de la norme fondamentale

Les théories qui visent à réduire la légitimité à la validité ou à l'effectivité mettent en place de critères de normativité axiologiquement neutres. Néanmoins, elles ne permettent pas de donner une réponse satisfaisante à la question pourquoi faut-il obéir au droit ? Ainsi, si ces théories peuvent expliquer, dans certaines circonstances, la prétention à l'obligatorité d'une norme particulière à l'intérieur du système, elles ne permettent pas de trouver un fondement à la légitimité du système lui-même. En effet, arrivées au sommet de tout système nous nous retrouvons en même temps avec la problématique de la légitimité du pouvoir fondement de tout pouvoir (la *summa potestas*) et de celle de la norme fondement de toutes les normes (la *norme fondamentale*)<sup>767</sup>.

Il est donc nécessaire d'inverser les prémisses. Ce n'est plus le jugement de validité qui détermine le caractère obligatoire de la norme, mais celui de la légitimité. Toutefois, il ne

---

<sup>765</sup> P. BASTID, « L'idée de légitimité », *op. cit.*, p. 10.

<sup>766</sup> S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », *op. cit.*, p. 933.

<sup>767</sup> Ainsi l'explique N. BOBBIO : « En allant de bas en haut, la légalité renvoie à la validité, la validité à la légitimité, la légitimité à la justice. En allant, au contraire, du haut en bas, on trouve que la justice fonde la légitimité, la légitimité fonde la validité, la validité fonde la légalité » (N. BOBBIO, « Contribution à l'étude de la légitimité dans ses rapports avec la légalité », *op. cit.*, p. 52).

s'agit pas retomber sur les mêmes erreurs des théories réductionnistes, si la légitimité est la condition première de la normativité, elle n'est pas pour autant une condition suffisante (A). Les jugements de légitimité portent alors non seulement sur la norme elle-même, mais sur le système dans son ensemble. Ils impliquent une relation entre les émetteurs des normes qui prétendent à cette légitimité et les récepteurs des normes qui adhèrent ou non à cette prétention. Ainsi, la légitimité peut prendre des formes diverses car il existe de nombreux mécanismes qui peuvent être mobilisés afin de convaincre du bien fondé du pouvoir et du système mis en place (B).

*(A) La légitimité, condition première de la normativité du système constitutionnel*

Comme nous l'avons souligné, le jugement de légitimité, porte non seulement sur les normes, mais aussi sur le système dans son ensemble et sur le pouvoir qui met en place ce système. La légitimité implique alors un critère de « justifiabilité » (*justifiability*), c'est à dire que le pouvoir et les règles imposées trouvent des justifications dans les croyances partagées par les citoyens<sup>768</sup>. Pour prétendre être obéies, les lois doivent non seulement être considérées comme légitimes en elles-mêmes, mais doivent aussi venir d'une autorité considérée comme légitime.

En effet, aucun pouvoir politique organisé ne peut compter que sur la seule force pour assurer la mise en place d'un système normatif. Ainsi, « il doit toujours rechercher la légitimité, c'est-à-dire, d'inclure ses sujets dans une communauté de volonté et valeurs qui honore sa prétention au pouvoir. Il doit aussi tenter de justifier sa prétention à gouverner en donnant un contenu idéal à la législation et il doit accepter le devoir normatif d'induire une véritable reconnaissance de la part des sujets de cette prétention »<sup>769</sup>. La prétention à la légitimité du pouvoir est donc une condition première pour la mise en place d'un système juridique. Aucun pouvoir de fait ne peut devenir pouvoir de droit et prétendre durer sans que les décisions de ses autorités ne soient observées au moins par une partie déterminante des sujets soumis à cette puissance et sans que ces sujets trouvent dans les décisions de cette

---

<sup>768</sup> D. BEETHAM, *The legitimation of power. Issues in Political Theory*, Londres : Palgrave Macmillan, 1991, 358 p.

<sup>769</sup> [Zur Sicherung ihrer Macht und Ordnung kann sich eine Herrschaftsorganisation bloß auf ihre Zwangsapparatur verlassen. Immer muß se nach Legitimierung, d.h. danach streben, die Beherrschten in eine Willensund Wertgemeinschaft einzubeziehen, die ihren Herrschaftsanspruch durch ideelle Gehalte zu rechtfertige und als normative Pflicht bei den Beherrschten zur inneren Anerkennung zu bringen] (H. HELLER, « Staatslehre » (1934) in *Gesammelte Schriften*, tome III, Leiden : Sijthoff, 1971, p. 181-182 [trad. O. JOUANJAN]).

puissance, en dehors des motifs personnels comme l'habitude ou l'intérêt, des modèles de conduite valides et obligatoires<sup>770</sup>. Rudolf SMEND, dans sa théorie de la Constitution, résume cette condition : « sans légitimité, c'est-à-dire sans un fondement valide qui justifie l'existence de l'État, fondée sur des valeurs historiquement valides et qui transcendent l'État lui-même et son ordre juridique, il n'y a pas de validité de l'ordre constitutionnel et de l'ordre juridique »<sup>771</sup>.

La mise en place du système juridique, en tant que phénomène social, implique un fort recours à l'argumentation<sup>772</sup> et notamment à la justification du pouvoir mis en place et de la Constitution qui structure ce pouvoir. Certes, cette justification est souvent produite *a posteriori*, une fois le pouvoir acquis. Cependant, une fois cette étape franchie, pour prétendre à sa systématisation et son obéissance il doit se justifier, il doit argumenter son bien-fondé afin de garantir la reconnaissance des règles qu'il met en place. C'est ainsi que la légitimation du pouvoir et de la Constitution mise en place est une condition première de la normativité du reste des règles du système ainsi créé. Ainsi « une constitution est légitime – c'est-à-dire reconnue non seulement comme état de fait, mais encore comme ordre de droit- lorsque le pouvoir et l'autorité du pouvoir constituant dont la décision fonde cette constitution sont reconnus »<sup>773</sup>. La légitimation du pouvoir constituant, au sens large, est donc une relation réflexive, rétrospective. Il est considéré comme légitime, au delà du respect des procédures décrites par les constitutions antérieures que si « les individus s'identifient eux-mêmes de façon rétroactive comme étant les membres d'une entité politique en construction exerçant les pouvoirs conférés par le constituant »<sup>774</sup>.

Dans le cadre du droit positif posé, somme toute, l'étalon de la légitimité serait la Constitution. C'est justement dans la Constitution, dernière norme positive dans la chaîne des jugements de normativité, qu'il est possible de trouver des traces de l'appel à ce fondement ultime de pouvoir et de la normativité, et c'est à ce niveau que les autorités vont expliciter les mécanismes de légitimation.

---

<sup>770</sup> *Ibid.* p. 393

<sup>771</sup> [Ohne Legitimität, d.h. ohne Geltungsbegründung in geschichtlich geltenden, dem Staat und seinem Recht transzendenten Werten gibt es keine Geltung der positiven Verfassungs – und Rechtsordnung selbst] (R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich et Leipzig : Von Duncker & Humblot Éd., 1928, p. 107).

<sup>772</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit* (1986) [trad. d'E. SOUBRENIE], Paris : PUF, Coll. Recherches politiques, 1994, p. 13-14.

<sup>773</sup> C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* [Trad. L. DEROCHE], Paris : PUF, Coll. Leviathan, 1993, p. 225.

<sup>774</sup> [individuals retroactively identify themselves as the members of a polity in constituent action by exercising the powers granted to them by a constituent] (H. LINDAHL, « Constituent Power and Reflexive Identity : Towards an Ontology of Collective Selfhood » in M. LOUGHLIN et N. WALKER (éd.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 9).



## (B) *Les diverses formes de légitimation du système constitutionnel*

La dynamique de la légitimité implique la mise en place de mécanismes de légitimation, c'est à dire des mécanismes pour susciter et maintenir l'adhésion des citoyens au pouvoir mis en place<sup>775</sup>. Ces mécanismes sont divers, car il existe une grande variété de moyens justificatifs et rhétoriques afin de convaincre les citoyens du bien fondé du pouvoir mis en place<sup>776</sup>. Toutefois, étant donné que la légitimité est souvent considérée comme ne relevant pas de l'étude juridique, la doctrine ne s'est pas intéressée à une systématisation des mécanismes de légitimation. En effet, en partant du présupposé que la légitimité ne se réduit ni à la légalité ni à l'effectivité et que le système juridique ne peut pas trouver son fondement en lui-même, il est donc nécessaire d'avoir recours à des éléments extra-juridiques pour garantir cette légitimation. HELLER soulignait ainsi que « seulement les principes éthiques et politiques, enracinés dans les pratiques sociales et culturelles, peuvent servir de fondement. Cette fondation ne sera certes pas une fondation stable, elle change et évolue avec les pratiques dans lesquelles elle se ressource »<sup>777</sup>.

Les mécanismes de légitimation varient aussi en fonction de la période historique. Le problème de la légitimité est un problème relativement récent, lié à la pensée politique *moderne*<sup>778</sup>. Il n'est apparu qu'au moment où une distance s'est mise en place entre le *gouvernant* et les *gouvernés* : si le pouvoir n'est plus exercé par les gouvernés eux-mêmes, qu'il s'agisse d'une démocratie directe ou d'une tyrannie où le tyran subsume l'ensemble du peuple, il est nécessaire de prouver le titre qui confère la justification à cette distance et au pouvoir du gouvernant. Dans un premier temps, cette obéissance au pouvoir s'imposait sans faire appel au consentement des sujets<sup>779</sup> en invoquant, par exemple, une puissance supérieure, d'origine divine : il faut obéir au pouvoir car telle est la volonté des dieux. Le

---

<sup>775</sup> S. CASTIGNONE, « Légitimation » in J-A. ARNAUD et. al. (dir), *op. cit.*, p. 342.

<sup>776</sup> V. F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 453 et ss.

<sup>777</sup> Cité par D. DYZNHAUS, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford : Clarendon press, 1997, p. 166.

<sup>778</sup> Ce ne fut qu'à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle que l'adjectif *légitime* fut utilisé pour désigner ce qui est conforme à la loi, quant au substantif *légitimité*, il ne fut utilisé dans la langue française qu'à partir du XVI<sup>e</sup> siècle en s'appliquant spécifiquement au droit de la Couronne. (S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in P. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris : Lamy-Puf, Coll. Quadrige, 2003, p. 389).

<sup>779</sup> J. GAUDEMET s'interroge alors : « « D'où vient alors ce droit qui s'impose sans que les hommes aient cru, ou voulu le créer ? L'histoire offre trois réponses : le droit vient des dieux ; il est révélé par les poètes et les sages ; il est l'œuvre du temps » (J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris : Montchrestien, Collection Domat droit public, 4<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 1). On peut néanmoins s'opposer à l'idée de considérer les sages et les poètes comme autorités créatrices de droit. Certes, la loi a eu une place éminente dans la réflexion de nombreux philosophes antiques mais, il s'agit avant tout d'une réflexion sur le droit et non une création du droit. Platon réfléchissait sur la loi de la cité, mais il n'était pas un législateur.

pouvoir et le droit étaient présentés comme un octroi divin qui permettait au législateur de surpasser l'arbitraire de ses pratiques pour les placer sous la garantie de la volonté de Dieu<sup>780</sup>. Par exemple, dans le code d'Hammourabi, les lois étaient représentées comme un cadeau du dieu-soleil Samas ou dans le Décalogue, la loi fut donnée par Yahvé au peuple juif<sup>781</sup>. En effet, comme l'explique C. PERELMAN, selon le droit juif « c'est Dieu, incarnation de la justice et de la miséricorde qui a révélé la Tora, la loi à Moïse sur le mont Sinaï. Dieu apparaît comme l'unique source du droit et Moïse est le seul prophète législateur »<sup>782</sup>.

La justification de l'ordre mis en place devient plus problématique avec la sécularisation du pouvoir qui prive ce dernier de la justification précédemment fournie par un ordre transcendant<sup>783</sup>. Le consentement des sujets devient alors nécessaire à la justification du pouvoir en place et du droit qu'en émane. Dans le Livre III de son *Traité sur la nature humaine*, HUME analyse les origines de tout gouvernement. Pour lui, les hommes sont en grande partie gouvernés par l'intérêt. S'ils peuvent servir leur intérêt de manière efficace par eux mêmes, ils n'éprouvent pas la nécessité de donner une organisation au pouvoir. La mise en place d'un gouvernement n'est pas une nécessité consubstantielle de toute société, et résulte d'une convention volontaire des hommes. Le fondement du pouvoir repose d'abord sur une promesse des sujets, par laquelle ils s'obligent à l'obéissance, les assujettit à une personne particulière et fait d'elle l'objet de leur allégeance. Mais cette promesse ne peut pas servir de fondement éternellement, il faut renouveler cette allégeance en fonction de l'avantage qui peut en être tirée. HUME s'intéresse ainsi aux fondements de l'allégeance, aux facteurs qui font accepter un gouvernement. Il retrace cinq principes qui peuvent justifier l'autorité des gouvernements, des fondements de légitimité ou, dans les termes de HUME, « des sources de l'autorité ». Le premier principe est la *longue possession*. HUME constate que

---

<sup>780</sup> S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity. An essay in Genealogy*, Oxford and Portland : Hart publishing, 2006, p. IX.

<sup>781</sup> Exode (Chapitre XIX versets 16-24) ; Deutéronome (Chapitre V versets 2-5). Mais l'exégèse de ce passage biblique peut être ouvert à des interprétations très diverses, comme le constate le Professeur DE BÉCHILLON « certaines relectures de l'épisode du Sinaï permettent notamment de redécouvrir le problème de la confection des Tables de la Loi sous un jour assez nouveau et déroutant. De quoi s'agit-il ? En substance et pour simplifier beaucoup, de considérer que la confection du Décalogue ne procède pas d'une pure dictée autoritaire et unilatérale de la Loi, mais bien, dans une certaine mesure d'un processus de négociation entre Dieu, Moïse et le peuple d'Israël » (D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, n°43, p. 10). Sur ce point, voir aussi l'explication détaillée du chapitre consacré à « Le Sinaï ou la loi négociée » in F. OST, *Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris : Odile Jacob, 2004, p. 59-82.

<sup>782</sup> C. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *Archives de Philosophie du droit : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 24.

<sup>783</sup> J-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris : Gallimard, 2011, p. 160. Sur ce point v. aussi E. W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Paris : LGDJ, 2000, p. 116.

rare sont les gouvernements qui ne sont pas primitivement fondés sur l'usurpation ou la rébellion, ainsi « le temps seul donne de la solidité à leur droit et, opérant par degrés sur les esprits des hommes, il les réconcilie avec n'importe quelle autorité qui leur semble alors juste et raisonnable »<sup>784</sup>. Le pouvoir est ainsi justifié par la tradition. Le deuxième principe est la *possession présente*, principe lié au droit du plus fort qui, selon HUME « dans les affaires publiques doit être reçu comme légitime et comme autorisé par la morale quand il ne s'oppose pas à un autre titre »<sup>785</sup>. HUME présente comme troisième principe le *droit de conquête*, lui aussi lié au droit du plus fort, mais qui, par rapport au second critère, rajoute les notions de gloire et d'honneur. Le quatrième principe est le *droit de succession* propre à une monarchie instaurée et qui met en place des règles de transmission du pouvoir. Ce dernier se transmet de génération en génération, depuis des temps présentés comme immémoriaux. La dernière source de légitimité pour HUME sont les *lois positives*, ce qui montre, déjà, un lien entre la légitimité et la légalité. Le concours de ces cinq titres forme le plus solide des titres de légitimité. HUME remarque néanmoins que « quand ces titres sont mélangés et opposés à différents degrés, ils rendent souvent perplexes et sont moins capables de trouver une solution par les arguments des juristes et des philosophes que par les épées des soldats »<sup>786</sup>.

Le processus d'autoréférentialité caractéristique de la consolidation du pouvoir séculaire<sup>787</sup>, le rejet de l'incorporation de considérations axiologiques dans la théorie du droit ainsi que la prégnance de la classification des processus de légitimation mise en place par WEBER, éloignèrent la réflexion sur les mécanismes de légitimation des traités de droit constitutionnel et de théorie du droit. Il faut donc se tourner vers les philosophes afin de trouver des tentatives de classification. R. POLIN, par exemple, avança l'idée que le fondement du pouvoir relève de la combinaison, en proportions diverses, de quatre valeurs fondamentales : la nature (à l'intérieur de cette valeur se trouvent non seulement les valeurs propres au droit naturel, mais aussi l'appel au divin comme fondement), la raison, la coutume (et par conséquent l'appel à l'histoire et plus généralement au passé) ou la valeur considérée en tant que valeur<sup>788</sup>. De son côté, G. FERRERO alla plus loin et affirma que les fondements de la légitimité ne peuvent pas être totalement rationnels, en les qualifiant de « génies invisibles de la Cité dont la tâche principale est de combattre et d'enchaîner l'esprit révolutionnaire qui

---

<sup>784</sup> D. HUME, *Traité de la nature humaine III : La morale (1739)*, Paris : Flammarion, 1993, p. 171-176.

<sup>785</sup> *Ibid*, p. 172.

<sup>786</sup> *Ibid*, p. 177-178.

<sup>787</sup> J-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op.cit.*, p. 160.

<sup>788</sup> R. POLIN, « Analyse philosophique de l'idée de légitimité », *op. cit.*, p. 25.

tantôt protestait »<sup>789</sup>. Ces valeurs, ces génies invisibles, ne peuvent pas être déterminés *a priori* et sont difficilement appréhendables par la raison.

En Allemagne, R. SMEND s'intéressa, dans son ouvrage consacré à la Constitution et au droit constitutionnel, aux facteurs ou mécanismes de légitimation du pouvoir. Il considérait en effet que ces mécanismes étaient, en même temps, des éléments d'intégration. Ainsi, pour SMEND, l'État et l'ordre juridico-politique qu'il implique, n'étaient pas des faits naturels mais un phénomène culturel qui nécessite non seulement d'être constaté mais aussi d'être construit, développé, renouvelé. Il considéra que des facteurs d'intégration étaient donc nécessaires au développement de tout ordre juridico-politique qui devait être constamment remis en question et assimilé par ses membres<sup>790</sup>. Parmi les facteurs de légitimation, il distinguait notamment des facteurs matériels dont la mention dans la majorité des constitutions est qualifiée de « moments » par l'auteur. Il s'agit notamment de la définition des principes fondamentaux, du préambule, de la définition du territoire, de l'organisation politique, des symboles nationaux. Ces éléments configuraient l'essence et la réalité de l'État et de l'ordre juridique<sup>791</sup>. L'appel au passé, dans une perspective prospective, pouvait faire partie, selon SMEND, de ces facteurs de légitimation et d'intégration, en effet « l'histoire et l'ouverture vers le futur sont inclus comme des moments dialectiques dans la réalité de signification que constitue le présent, et les deux tendances agissent comme des forces à grand potentiel d'intégration »<sup>792</sup>. C'est donc dans le texte constitutionnel qu'il est possible de trouver des traces de ces mécanismes qui sont mis en l'œuvre afin de trouver un fondement au pouvoir et au système constitutionnel.

---

<sup>789</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>790</sup> [Sie [das Staat] ist nicht eine natürliche Tatsache, die hinzunehmen ist, sondern eine Kulturerrungenschaft, die wie alle Realitäten des geistigen Lebens selbst fließendes Leben, also steter Erneuerung und Weiterführung bedürftig, eben deshalb aber auch stets in Frage gestellt ist] (R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 16-17).

<sup>791</sup> *Ibid.*, p. 109. Toutefois l'auteur souligne que la seule mention dans la Constitution ne convertit pas automatiquement ces moments en des facteurs de légitimation, une certaine correspondance avec la réalité et le contexte est nécessaire pour qu'ils puissent accomplir cette fonction : « Die intendierte legitimierende und integrierende Wirkung ist nicht ohne weiteres mit Verfassungsparagraphem schon gegeben. Es gibt Grundrechte, die so selbstverständlich oder nichtssagend oder problematisch sind, daß sie keinen Zuwachs für den normativen Ideengehalt bedeuten, der ein Volk einig macht. Es gibt Nationalflaggen, die nicht das Symbol überwältigender Wertgemeinschaft sind und deren sinngemäße Integrationsfunktion deshalb ausbleibt » (*Ibid.*, p. 109-110).

<sup>792</sup> [Geschichte und Zukunftstendenz sind als dialektische Moment in der Sinnwirklichkeit der Gegenwart enthalten, und deshalb wirken sie als stärkste integrierende Kräfte] (*Ibid.*, p. 53).

## **§ 2. *L'explicitation des mécanismes de légitimation de l'ordre constitutionnel***

Dans une perspective formelle, la Constitution est, avant tout, la norme de base de toute règle positive de l'ordre juridique. Le problème du fondement de la légitimité de la Constitution est *in fine* le problème du fondement de l'ordre juridique en général. Mais la Constitution, d'un point de vue matériel, est aussi la norme qui organise le pouvoir au sein de l'État. Le fondement de légitimité de la Constitution matérielle est donc aussi le fondement de la légitimité du pouvoir dans un ordre juridique donné. S'intéresser à la question de l'obéissance à la Constitution, permet donc d'aborder à la fois le problème de la légitimité de la règle juridique et de la légitimité du pouvoir.

Or, comme nous venons de le voir, les théories qui réduisent la légitimité à la légalité et qui affirment que le système trouve son fondement en lui-même sont trop réductrices et ne permettent pas d'expliquer comment la Constitution, en tant que norme fondamentale du système, ancre sa prétention à l'autorité. Il est donc nécessaire de faire appel à des mécanismes de légitimation extérieurs au système lui-même pour expliquer l'obligatorité de la Constitution.

Si ces mécanismes sont extérieurs, des traces peuvent être toutefois retrouvées dans les textes constitutionnels. Soucieux d'ancrer leur légitimité et de justifier la prétention à l'autorité du système mis en place, les rédacteurs d'une Constitution peuvent mettre en évidence les fondements de la légitimité qu'ils mobilisent. C'est notamment dans les préambules constitutionnels que des traces de ces mécanismes de légitimation peuvent être retrouvées. Si ces textes ne sont pas présents dans toutes les constitutions, ils répondent à une tradition qui remonte à l'Antiquité où PLATON démontrait l'utilité des préambules pour expliquer les fondements de la normativité d'une prescription (I). Parmi les fondements de légitimité qui peuvent être mobilisés, l'évocation du passé est un des plus fréquemment mobilisés par les préambules constitutionnels. Rejoignant son sens étymologique de ce « qui marche devant, qui précède », le préambule constitutionnel est souvent le cadre pour un dispositif rhétorique de mise en scène des origines, de la naissance du système

constitutionnel<sup>793</sup> qui permet aussi d'asseoir la légitimité du pouvoir constituant et des pouvoirs institués par cette Constitution (II).

### (I) Du rôle et de l'utilité des préambules

La pratique d'accompagner un texte normatif par une introduction remonte à l'Antiquité. Déjà le code d'Hammourabi, qui régissait le royaume de Babylone vers 1750 av. J-C., comportait un prologue qui décrivait la « vocation divine et originelle de Hammourabi de faire luire le droit sur Babylone et sur les régions vassales »<sup>794</sup>. Le constitutionalisme moderne reprit cette pratique et une grande partie des constitutions qui émergent à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle comportent un texte introductif, qui peut recevoir le titre générique de « préambule »<sup>795</sup>, d' « avant-propos »<sup>796</sup> ou plus spécifique de « fondements historiques »<sup>797</sup>. Si sa normativité a pu être mise en question, son intérêt pédagogique et justificatif, en général, a été démontré depuis l'Antiquité (A). L'examen des différents énoncés que peuvent contenir les préambules constitutionnels, démontre leur utilité à expliciter les fondements de la légitimité du système constitutionnel dans le cadre de leur fonction expressive (B).

#### (A) *L'utilité pédagogique et justificative des préambules*

Dans les constitutions modernes, les préambules font partie intégrante des textes normatifs auxquels ils servent d'introduction. Deux arguments peuvent prouver cette affirmation. Premièrement les préambules sont rédigés et suivent la même procédure d'approbation que le reste des articles de la Constitution : par exemple, le droit d'amendement peut s'appliquer à des dispositions du préambule qui peuvent faire l'objet d'intenses débats parlementaires<sup>798</sup>. Deuxièmement, les préambules font partie intégrante du texte de la

---

<sup>793</sup> L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome I : Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, Coll. Traités, 2012, p. 282.

<sup>794</sup> P. CRUVEILHIER, *Commentaire du code d'Hammourabi*, Paris : Librairie Ernest Leroux, 1938, p. 3.

<sup>795</sup> C'est le cas le plus commun, comme en témoignent les Constitutions françaises de 1946 et 1958. Toutefois, certaines constitutions peuvent être accompagnées d'un texte introductif qui ne reçoit pas de titre précis, comme c'est le cas de nombreuses constitutions latino-américaines comme celle du Costa Rica ou du Nicaragua. Pour une perspective pratique comparée voir la section 2 de ce chapitre.

<sup>796</sup> C'est le cas notamment de la Constitution du Bahreïn (2002).

<sup>797</sup> C'est le cas de la Constitution croate (1990).

<sup>798</sup> V. par exemple les débats sur la rédaction du Préambule de la Constitution de 1946, notamment ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, Séance du 28 août 1946, *Journal Officiel*, n°84, 29 août 1946, p. 3360-3363

Constitution, puisqu'ils se situent après la formule de promulgation<sup>799</sup>. Néanmoins, l'absence de préambules dans certaines constitutions, ainsi que le contenu déclaratif et programmatique des dispositions introductives dans celles qui en ont un, donnent lieu à une interrogation sur le rôle et le caractère normatif de ce type de dispositions.

Le débat sur l'utilité des préambules remonte à PLATON. En effet, dans son œuvre *Les lois*, il soulignait l'importance pour le législateur de justifier et d'expliquer les raisons de la prescription qu'il cherche à imposer. Pour démontrer cet argument, il prenait l'exemple de la pratique médicale. Il comparait ainsi la pratique libérale du médecin qui expliquait les raisons de son traitement au patient, à la pratique du médecin esclave, qui ne faisait qu'imiter l'art de son maître en administrant le même traitement, mais sans expliquer son bien-fondé. Pour PLATON, la pratique du médecin libéral, fondée sur le dialogue, était plus efficace que celle du médecin esclave, malgré le fait que le traitement était le même. Il transposait cette nécessité du dialogue au champ de la législation. En effet, si le dialogue « procure une efficacité thérapeutique supérieure, dans une situation où la contrainte, pour le plus grand bien d'autrui, serait pourtant fort aisée à admettre et à justifier, l'effort didactique sera d'autant plus exigible, comme garant d'une meilleure réussite, lorsque l'injonction ne saurait, sous peine de trahir sa propre finalité, se présenter comme un ordre brutal, c'est-à-dire en matière de normes juridiques »<sup>800</sup>. Pour PLATON, le législateur pouvait emprunter deux chemins : une méthode simple où il se borne à énoncer une prescription, une intimation, et une méthode double, où il explique les motifs pour essayer de persuader le destinataire de la prescription. Il s'interroge ainsi « Notre législateur ne mettra-t-il point quelque préambule semblable à la tête de chaque loi, ou se bornera-t-il à marquer ce qu'on doit faire ou éviter, et après avoir menacé d'une peine les contrevenants, passera-t-il tout de suite à une autre loi, sans ajouter aucun motif propre à persuader ses concitoyens, et à leur adoucir le joug de l'obéissance ? »<sup>801</sup>.

Suivant cette conception de la légistique, la loi avait donc une vocation pédagogique qui s'appuyait sur un discours rhétorique persuasif. Le magistrat devait ainsi convaincre les citoyens que l'assujettissement de leurs conduites aux prescriptions était nécessaire pour atteindre la vertu, considérée comme la fin de toute cité heureuse. C'est à cette fin de

---

<sup>799</sup> J. TAJADURA TEJADA, « Estudio preliminar: valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales », in A. TORRES DEL MORAL et J. TAJADURA TEJADA (dir.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid : Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 14.

<sup>800</sup> A. TEISSIER-ENSMINGER, *L'enchantement du droit. Légistique platonicienne*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002, p. 181-182.

<sup>801</sup> PLATON, *Les lois* [trad. J-N. GROU], Paris : Charpentier, 1852, p. 115.

persuasion que PLATON concevait un instrument législatif inédit, le préambule<sup>802</sup>. En effet, « le but du législateur dans ce préambule, où il essaye de persuader, est de disposer celui auquel la loi s'adresse à recevoir avec bienveillance et avec docilité l'intimation, qui est la loi »<sup>803</sup>. Le préambule, dans la légistique platonicienne, non seulement avait une utilité indéniable, mais, en plus, était doté de la même force que la prescription : « Il faut aussi que le législateur qui légifère véritablement ne se borne pas à rédiger des lois par écrit, mais que, en plus de ces lois, il mette par écrit, entrelacé avec elles, tout ce qui lui paraît être beau ou ne pas l'être ; et il faut que ces avis lient le citoyen éminent aussi strictement que les peines dont se servent les lois pour donner force à leurs prescriptions »<sup>804</sup>. Le préambule avait donc une fonction exhortative. Il visait à « persuader tout citoyen que la conduite que la loi favorise est bonne quand celle qu'elle interdit est au contraire mauvaise, et d'ajouter ainsi la persuasion à la contrainte »<sup>805</sup>. Laissant de côté le débat sur la place qu'occupe la raison dans cette persuasion (idée d'une *persuasion rationnelle*) ou si elle se fonde uniquement sur des processus rhétoriques ou mythologiques<sup>806</sup>, cette fonction de persuasion s'inscrit dans une démarche de justification, de légitimation de contenu et de la prétention à l'autorité de la norme introduite par ce préambule. C'est donc dans cette partie de la norme qu'il est donc possible de trouver des indices des mécanismes de légitimation.

La légistique platonicienne et, en particulier, l'utilité des préambules fut l'objet d'intenses débats au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>807</sup>. Si ROUSSEAU adhère à l'idée que la puissance des lois « dépend encore plus de leur propre sagesse que de la sévérité de leurs ministres, et la volonté publique tire son plus grand poids de la raison qui l'a dictée », soulignant ainsi « que Platon regarde comme une précaution très importante de mettre toujours à la tête des édits un préambule raisonné qui en montre la justice et l'utilité »<sup>808</sup>, MONTESQUIEU, de son côté, dans le chapitre XVI du livre XXIX de *L'esprit des lois*, consacré aux « choses à observer dans la composition des lois », considérait que le style des lois devait être simple, qu'il ne fallait point avoir

<sup>802</sup> J-L. BRISSON et J-F. PRADEAU, *Les Lois de Platon*, Paris : PUF, Coll. Quadrige Manuels, 2007, p. 86.

<sup>803</sup> PLATON, *op. cit.*, p. 119.

<sup>804</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>805</sup> J-L. BRISSON et J-F. PRADEAU, *op. cit.*, p. 88.

<sup>806</sup> Sur ce point, v. les points de vue opposés exprimés par C. BOBONICH, « Persuasion, complusion and freedom in Plato's Laws », *Classical quarterly*, n° 2, Vol. 41, 1991, p. 365-388 - qui défend la possibilité d'une persuasion rationnelle - et de J. L. BRISSON, *Lectures de Platon*, Paris : Vrin Coll. Histoire de la philosophie, 2000, 270 p (principalement p. 234- 248), pour qui la persuasion rationnelle dans la pensée platonicienne la plus aboutie serait un oxymore ; et de manière plus classique la critique exposée par K. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis* (1945), Vol.1. Paris: Seuil, 1979, 256 p., pour qui les préambules platoniciens ne seraient qu'une propagande mensongère.

<sup>807</sup> Ce débat est expliqué par J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris : LGDJ, 2001, 10<sup>e</sup> éd., p. 165.

<sup>808</sup> J-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique* (1755), Paris : Flammarion, 1990, p. 67.



recours à des considérations logiques ou rationnelles : « Les lois ne doivent point être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement : elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille »<sup>809</sup>. Il soulignait l'inutilité de la mention des raisons pour l'obéissance à une loi, car cela comportait le risque de donner des raisons qui n'étaient pas dignes d'elle.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, BENTHAM se prononça aussi en faveur d'une promulgation des lois accompagnée d'éléments explicatifs. Pour cela, il prit comme fondement une observation empirique : « Nous pouvons observer que, en général, si les lois étaient accompagnées de façon constante d'un commentaire des raisons, elles assureraient un meilleur accomplissement du dessein du législateur sous tous les aspects : elles seraient étudiées avec plus d'aisance, elles seraient plus facilement identifiées, plus constamment retenues et plus cordialement approuvées »<sup>810</sup>. Cette exposition des raisons qui ont motivé le législateur permettait ainsi une meilleure compréhension de la loi et, par conséquent, une meilleure application de la même. En effet, la connaissance des raisons qui ont motivé le législateur permet d'obtenir l'obéissance aux lois sur le fondement de la raison, et non plus seulement sur le fondement de la peur et la coercition<sup>811</sup>. L'exposition des raisons ou des motifs est d'autant plus nécessaire au niveau constitutionnel, en effet, pour BENTHAM « une innovation nécessite toujours une justification : une innovation qui s'étend au système juridique entier, nécessite des plus fortes raisons pour sa justification »<sup>812</sup>.

Au XX<sup>e</sup> siècle, la légistique de PLATON sert d'inspiration aux arguments avancés pour justifier non pas l'utilité des préambules, mais leur caractère normatif. PLATON défendait une conception non violente du droit : « si la finalité des lois n'est sûrement pas la guerre, c'est qu'elles répugnent essentiellement à la violence. Voilà pourquoi, pour les écrire avec pertinence, il importerait de mettre au point une technique originale, qui, remplaçant leur caractère sanctionnateur dans la perspective de leurs soubassements pacifiques, en éclairerait

---

<sup>809</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748) [intro. V. GOLDSCHMIDT], Tomes II, Paris : GF- Flammarion, 1979, Livre XXXIX, Chapitre XVI, p. 305.

<sup>810</sup> [We may observe, then, in general, that if the laws were constantly accompanied with a *commentary of* reasons, they would better fulfill the design of the legislator in all respects: they would be more pleasantly studied, more easily known, more constantly retained, and more cordially approved] (J. BENTHAM, « Essay on the promulgation of laws and the reasons thereof with specimen of a penal code » in J. BOWRING (éd.), *The works of Jeremy Bentham*, vol. 1, Edinburgh : Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 160).

<sup>811</sup> [But the greatest advantage in that which results from conciliating the approbation of all minds, by satisfying the public judgment, and obtaining obedience to the laws; not from a passive principle of blind fear alone, but with the concurrence of the will also] (*Ibid.*, p. 161).

<sup>812</sup> [An innovation always requires to be justified: an innovation which extends to the entire system of laws, requires the strongest reasons for its justification] (*Ibid.*, p. 160).

et en faciliterait à la fois le fonctionnement irénique, hors des transgressions et contentieux »<sup>813</sup>. Pour lui, la loi ne pouvait pas se réduire à la sanction et à la prescription. Cette idée conduit vers une réflexion sur les fonctions du langage normatif, terrain d'étude privilégié de nombreuses théories contemporaines du droit. Ainsi, pour N. BOBBIO, le langage peut avoir trois fonctions : descriptive, expressive et prescriptive auxquelles correspondent le langage scientifique, le langage poétique et le langage normatif<sup>814</sup>. Mais cette correspondance n'est pas parfaite. En effet, si le langage normatif fait avant tout usage de la fonction prescriptive du langage, il peut aussi recourir à des propositions descriptives et même expressives<sup>815</sup>. Ainsi, il est possible que

« une prescription soit accompagnée de propositions de différents types. Pour que la personne à laquelle nous dirigeons la prescription se décide à agir, il n'est souvent pas suffisant qu'elle saisisse le message du mandat pur et simple, car il est parfois nécessaire qu'il connaisse certains faits et désire certaines conséquences. Pour qu'elle puisse connaître les effets qui vont l'induire à agir, il est nécessaire de lui donner des informations, pour qu'il désire certains effets, il est nécessaire de susciter en lui un état d'âme déterminé »<sup>816</sup>.

Par conséquent, des dispositions déclaratives peuvent être considérées comme faisant partie du langage normatif, au sens où elles contribuent à motiver l'individu à respecter le droit.

Les préambules constitutionnels, même s'ils ne sont pas forcément une source directe de règles juridiques<sup>817</sup>, ont un intérêt juridique certain. En effet, ils visent à agir sur un paramètre crucial qui est celui de la prétention à l'autorité. Ainsi l'explique le professeur L. HEUSCHLING : « Pour se faire obéir, un texte constitutionnel a besoin que son autorité [...] soit reconnue. C'est à l'établissement d'un tel rapport de légitimité que contribue le

---

<sup>813</sup> A. TEISSIER-ENSMINGER, *L'enchantement du droit. Légistique platonicienne*, op. cit., p. 191.

<sup>814</sup> Ce qui fait écho aux trois discours socio-moteurs dégagés par PLATON dans *Les lois* : ceux du politique, du poète et du législateur.

<sup>815</sup> Il est possible de trouver ici aussi un écho aux idées de PLATON, pour qui le législateur, par le biais du préambule, pouvait faire objet du langage propre du poète à des fins persuasives pour appuyer le caractère prescriptif de la loi. Toutefois, nous n'irons pas jusqu'à considérer, comme le fait PLATON, que le langage poétique a vocation à supplanter le langage du législateur, dans un système où la persuasion pourrait remplacer totalement la prescription et la sanction.

<sup>816</sup> [Che una prescrizione si trovi accompagnata da proposizioni d'altro tipo, non è difficile spiegare. Perché l'altro a cui rivolgiamo la prescrizione si risolva ad agire, non sempre è sufficiente che ascolti la pronuncia del comando puro e semplice : è necessario talora che conosca certi fatti e desideri certe conseguenze. Affinché venga a conoscenza di quei fatti che lo inducano ad agire, occorre dargli delle informazioni ; affinché desideri certe conseguenze, bisogna suscitare in lui un certo stato d'animo ; affinché venga a conga a conoscenza di certi fatti e desideri certe conseguenze, è necessario informarlo e suscitare in lui un determinate stato d'animo] (N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Turin : G. Giappichelli Editore, 1993, p. 54).

<sup>817</sup> Pour le cas français, après des multiples débats, la jurisprudence constitutionnelle a finalement tranché en consacrant explicitement le rôle du préambule en tant que source directe de normes de référence du contrôle de constitutionnalité (CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29 - JO du 18 juillet 1971, p. 7114).

préambule en développant [...] un discours d'autojustification »<sup>818</sup>. Ils influent aussi sur l'effectivité des normes, en effet « en étant une source d'inspiration et de motivation pour le peuple, le préambule peut aider à faire en sorte que le reste du texte constitutionnel soit plus efficace qu'il ne le serait autrement »<sup>819</sup>. Si, suivant la légistique platonicienne, les préambules permettent d'expliquer les raisons pour lesquelles il faut obéir au droit, leur vocation à expliciter les fondements de la légitimité du droit devient évidente.

### (B) *La fonction expressive des préambules constitutionnels*

Au delà de sa place dans le texte constitutionnel, un préambule se définit aussi en termes substantifs, en fonction d'un contenu spécifique. Ainsi, il peut être défini comme un :

« Texte introductif qui précède les articles numérotés d'une Constitution, et qui, dans la présentation de cette dernière, expose les raisons pour lesquelles le pouvoir constitutionnel agit, ainsi que les objectifs et les fins poursuivis par son action. Les préambules constitutionnels se configurent alors comme des éléments qui manifestent la continuité des différentes structures étatiques, en connectant le passé – la situation de départ qui motive le recours au pouvoir constituant- avec le futur – l'exposition des fins à atteindre »<sup>820</sup>

En fonction du *contenu*, la doctrine a donc élaboré une typologie des énoncés des préambules, le professeur L. ORGAD, distingue cinq catégories<sup>821</sup>. La première catégorie concerne la *souveraineté* : la majorité des préambules spécifient la source de la souveraineté, souvent condensée dans la formule rendue célèbre par le préambule des États-Unis d'Amérique « Nous, le peuple ». De même, les préambules incluent typiquement des récits historiques de la nation ou des peuples qui conforment cet État. Troisièmement, les préambules énoncent les buts fondamentaux de la société qui donnent un objectif au vouloir vivre ensemble. Les préambules contiennent aussi usuellement des déclarations sur l'identité nationale, qu'il s'agisse d'une réalité qui préexiste à cette Constitution ou d'un des buts de cette même constitution. Finalement, les préambules peuvent inclure des références à Dieu ou à la religion. Reliquat des conceptions propres au droit naturel, la référence à Dieu ou à la

---

<sup>818</sup> L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *op. cit.*, p. 289.

<sup>819</sup> [By inspiring and motivating the people, preamble may help to ensure that the rest of the constitutional text is more efficacious than it would otherwise be] (T. GINSBURG, N. FOTI et D. ROCKMORE, « “We the Peoples” : the Global Origins of Constitutional Preambles », *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n°447, University of Chicago, 2013, p. 105).

<sup>820</sup> [Texto introductorio que precede al articulado de una Constitución y que, presentándolo, expone las razones por las cuales actúa el poder constituyente, así como los objetivos o fines que su actuación persigue. Los preámbulos constitucionales se configuran así como elementos que ponen de manifiesto la continuidad de las distintas estructuras estatales al conectar el pasado – la situación de partida que motiva la apertura del proceso constituyente- con el futuro – la exposición de los fines a alcanzar] (J. TAJADURA TEJADA, «Estudio preliminar : valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales», in A. TORRES DEL MORAL et J. TAJADURA TEJADA (dir.), *op. cit.*, p. 13).

<sup>821</sup> L. ORGAD, « The preamble in constitutional interpretation », *I-Con*, n° 4, Vol. 8, 2010, p. 716-718.

religion comme source d'autorité peut être encore présente dans des constitutions encore en vigueur.

De son côté, le professeur L. HEUSCHLING distribue les énoncés des préambules dans une typologie comportant six catégories<sup>822</sup> qui recourent en grande partie celles du professeur ORGAD. Ainsi, le premier type de discours présent dans les préambules est la mise en exergue de l'auteur, du sujet politique qu'est le pouvoir constituant. Le constituant dans le préambule peut aussi invoquer des fondements de validité autres que le sujet, par exemple la légalité constitutionnelle antérieure ou le droit international. De même, il peut faire une évocation du contexte historique dans lequel s'inscrit la Constitution et des principes ou vœux pour l'avenir de la communauté politique régie par cette Constitution. Un autre élément des énoncés des préambules est l'auto-qualification de la norme en tant que Constitution ou norme fondamentale. À cette qualification peut s'ajouter aussi, une mention explicite au caractère obligatoire de cette Constitution, même si cette idée est souvent présente de façon implicite.

De ces divers contenus, il est possible de déduire que les préambules participent de la fonction *expressive* de la Constitution. En effet, il peut être soutenu qu'en plus de leur fonction constituante, les lois fondamentales ont une fonction concomitante : elles expriment en même temps qu'elles fondent l'identité du peuple et de l'État qu'elles régissent. Chaque Constitution émerge alors de l'histoire particulière de chaque nation et exprime ainsi ses caractères distinctifs<sup>823</sup>. Comme l'expliquait HEGEL : « Comme l'esprit n'est réel que dans ce qu'il a conscience d'être ; comme l'État en tant qu'esprit d'un peuple est une loi qui pénètre toute la vie de ce peuple, les coutumes et la conscience des individus, la Constitution d'un peuple déterminé dépend de la nature et de la culture de la conscience de ce peuple »<sup>824</sup>. Un mouvement dialectique s'installe : le contexte historique et social influe sur le contenu du préambule de la Constitution, et en même temps, en prenant en compte ce contexte, le constituant s'assure d'une meilleure effectivité de sa prétention à l'obligatorité. Le passé, le contexte historique est donc mobilisé comme facteur de légitimation du texte.

Toutefois, il est nécessaire de se demander comment l'idée d'une acceptation ou une identification du peuple avec le contenu expressif de sa Constitution, véhiculé par son

---

<sup>822</sup> L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle », *op. cit.*, p. 282-285.

<sup>823</sup> M. TUSHNET, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », *Yale Law Journal*, n°6, Vol. 108, p. 1270.

<sup>824</sup> G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821) [Trad. A. KAAAN, préface J. HYPPOLITE], Paris : Gallimard, Coll. NRF, 1940, § 274, p. 306.

préambule, peut être possible si cette dernière n'est pas le fruit d'une délibération interne. C'est le cas des constitutions imposées, notamment par des forces d'occupation, d'anciennes puissances coloniales ou même par des organisations internationales<sup>825</sup>. Néanmoins, il faut souligner que, même dans les cas les plus extrêmes, ces constitutions ont quand même pris en compte les caractéristiques du pays et des contributions venues de l'intérieur. En effet, « il semblerait que plus les constitutions cherchent à transformer les conceptions antérieures et des normes non écrites sans la participation des nationaux, moins elles sont susceptibles de générer une forte légitimité locale et une meilleur applicabilité »<sup>826</sup>. De même, des mécanismes peuvent être mis en place pour que cette Constitution soit acceptée générant ainsi une légitimité *post facto* pouvant effacer le stigmate d'une paternité constitutionnelle étrangère<sup>827</sup>. La Constitution, même imposée, doit être comprise, interprétée, considérée comme produite localement pour acquérir sa légitimité<sup>828</sup>

## (II) La légitimation par le passé dans les préambules constitutionnels

Si les préambules ont, en général, vocation à expliquer les raisons pour lesquelles il faut obéir à la norme qu'ils introduisent, les préambules constitutionnels permettent d'exposer les fondements de légitimité non seulement de la norme *Constitution*, mais aussi de l'autorité qui met en place l'ensemble des normes dérivées de cette Constitution, et du régime ainsi conformé. Le préambule constitutionnel permet alors de faire une synthèse de ce que C. SCHMITT appelait la « décision politique fondamentale »<sup>829</sup> qui est la base de toute

---

<sup>825</sup> Le cas le plus emblématique est peut être celui du Japon, dont la Constitution est souvent présentée comme le cas le plus réussi de constitutionnalisme imposé. Après le suicide du Prince Konoé, qui avait été chargé par le Commandant suprême des forcés alliées (SCAP pour ses sigles en anglais) d'élaborer un premier brouillon pour la future constitution japonaise, et malgré la nomination d'un nouveau cabinet (le Cabinet Shidehara) chargé de rédiger un nouveau projet, le SCAP dirigé par le Général Mac Arthur, élaborera en secret une nouvelle Constitution qui fut présentée à la Diète pour son approbation. Toutefois, il est curieux de noter que malgré ce caractère imposé, la Constitution du Japon n'a jamais fait l'objet d'amendements et qu'elle constitue donc une des constitutions les plus stables (V. F. SCHAUER, « On the Migration of Constitutional Ideas », *Connecticut Law Review*, n° 2, Vol. 37, 2005, p. 908).

<sup>826</sup> [The more that constitutions seek to transform earlier understandings and unwritten norms without domestic involvement, it seems, the less likely they are to generate strong local legitimacy and enforceability] Z. ELKINS, T. GINSBURG et J. MELTON, « Baghdad, Tokyo, Kabul : Constitution Making in Occupied States », *William & Mary Law Review*, Vol. 49, n° 4, 2008, p. 1147.

<sup>827</sup> D. S. LAW, « The Myth of the Imposed Constitution », in D. J. GALLIGAN, M. VERSTEEG (ed.), *Social and Political Foundations of Constitution*, New York : Cambridge University Press, Coll. Comparative Constitutional Law and Policy, 2013, p. 908.

<sup>828</sup> N. FELDMAN, « Imposed Constitutionalism », *Connecticut Law Review*, n° 2, Vol. 37, 2005, p. 882.

Constitution dans une conception non formaliste. Pour P. LUCAS VERDÚ, le préambule peut expliciter les fondements de la « formule politique », choisie par le constituant. Cette expression, qui peut être définie comme « l'expression idéologique juridiquement organisée dans une structure sociale »<sup>830</sup>, permet de regrouper plusieurs composantes : l'idéologie du régime, l'organisation juridico-politique (l'ensemble des normes qui structurent le régime), la structure sociale<sup>831</sup>. Le préambule peut alors exposer les éléments d'explication (et donc les fondements de la prétention à la légitimité) les différents choix faits par le constituant, qu'il s'agisse du régime mis en place, de l'idéologie qui inspire ce régime et de l'ensemble de normes qui vont le régir.

Les fondements de légitimité que peut expliciter le préambule sont variés. Ainsi, pour le philosophe S. COTTA, un préambule peut faire appel à des arguments (qu'il appela des *idéologies*) de légitimité rationnelle qui découlent de la croyance en la capacité d'un régime d'assurer le bien commun de la communauté, des arguments de légitimité historique qui se fondent soit sur la tradition, soit sur le sens et la direction de l'histoire « la foi en la direction future des événements dont l'histoire donnerait une préfiguration sûre et univoque », ou des arguments de légitimation existentielle qui dérivent de la pleine reconnaissance de la liberté humaine et de la garantie des droits fondamentaux<sup>832</sup>.

Les constitutions contemporaines font plutôt appel à des arguments du dernier type pour justifier leur prétention à la légitimité. En effet, dans des sociétés pluralistes, il est difficile de trouver des fondements de légitimité qui soient acceptables par tous les groupes représentés. Plus une société est hétérogène plus il est difficile pour une Constitution de fournir des critères objectifs pour assurer la prétention au respect (*respect-worthiness*) capables de transcender les désaccords<sup>833</sup>. En effet, si le préambule de la Constitution ne reflète que le récit historique, les traditions ou les principes et valeurs du groupe dominant elle ne devient plus un facteur d'intégration mais un facteur de désagrégation<sup>834</sup>. La tendance actuellement

---

<sup>829</sup> C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>830</sup> [La expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social] (P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho político*, Madrid : Tecnos, 1974, Vol. II, p. 421).

<sup>831</sup> *Ibid.*, p. 422.

<sup>832</sup> S. COTTA, « Phénoménologie de la légitimité », *op. cit.*, p. 83-84.

<sup>833</sup> [Facts of reasonable pluralism, I have argued, dampen hopes that any possible constitution can provide a publicly objective standard for system-level appraisals of government respect-worthiness, capable of sealing such appraisals off from the very kinds of morally freighted disagreements over policy that make political legitimacy the devilishly elusive aim that it is for a modern, plural, secular-liberal society] (MICHELMAN Frank I., «Is the Constitution a Contract for Legitimacy? », *Review of Constitutional Studies*, n° 2, Vol. 8, 2003, p. 125).

<sup>834</sup> L. ORGAD, « The preamble in constitutional interpretation », *op. cit.*, p. 731.

dominante est de considérer que la légitimité de la Constitution et, par conséquent, de l'ordre qu'elle met en place et de l'organe qui la met en place, dépend avant tout de son contenu et, notamment, de la garantie des droits fondamentaux et de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité<sup>835</sup>, des critères plus consensuels pour des sociétés pluralistes.

Néanmoins, le recours à l'histoire est un instrument encore utilisé par les préambules en tant que mécanisme de légitimation du pouvoir et de la norme tant pour justifier l'obéissance au droit par des méthodes de persuasion que pour résumer la décision politique fondamentale, ce qui explique la présence de rappels d'épisodes historiques dans les préambules constitutionnels. En effet :

« La laïcisation du monde et la sécularisation du droit amorcées dès la modernité n'ont pas vraiment affaibli ce lien structurel de la mémoire au sacré fondateur. Il n'est en effet aucun État moderne qui puisse se passer d'un roman institutionnel des origines, dont les commémorations des événements fondateurs fournissent, à intervalles réguliers, non pas le simple rappel sur le mode de la « remémoration », mais une véritable revitalisation sur le mode de la « régénération » : comme si la virulence même du passé mythique était appelée à irradier à nouveau dans le présent»<sup>836</sup>.

Mais cette remémoration du passé semble aller à l'encontre de la vocation générale de l'appel au pouvoir constituant. Une Constitution se présente, en général, comme un acte qui établit un nouvel ordre, comme un moment de fondation, une sorte d' « année zéro » d'une nouvelle ère. Sous cette optique, l'appel au passé ne semble pas correspondre à cette volonté de table rase. Néanmoins, si les constituants cherchent à fonder une nouvelle ère, l'appel à l'histoire peut servir aux fins de fondation. Qu'il s'agisse de lier le nouvel ordre à un passé glorieux ou, au contraire, de rompre avec un passé récent traumatique, le rappel de faits historiques permet au constituant d'asseoir sa légitimité et celle de l'ordre juridique qu'il met en place. La Constitution se place alors dans une sorte de futur antérieur, expliqué par le professeur F. OST comme une « antériorité par rapport à un fait à venir, ou futur d'une situation passée, c'est assurément dans le va-et-vient énigmatique entre ces deux pôles du temps que se produit l'effet de légitimité qu'apporte au droit l'évocation de son assise fondatrice »<sup>837</sup>.

---

<sup>835</sup> C'est notamment l'idée d'une « démocratie par le droit » (V. notamment sur cette idée D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées* [en ligne], 2008, [[http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919\\_drousseau.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf)]. Pour une critique sur cette idée v. J-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur la démocratie par le droit », *Ius Politicum* [en ligne], n° 1, décembre 2008, [<http://juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>]).

<sup>836</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 51. Ici nous nous concentrerons sur ces appels au passé comme fondement, les commémorations comme rappel de ce passé fondateur seront analysées dans le premier Chapitre du Titre II de cette Partie de notre thèse.

<sup>837</sup> OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 57.

Cette idée est développée par le professeur J. BALKIN, à partir de l'exemple du préambule de la Constitution des États Unis<sup>838</sup>. Pour lui, la légitimité du système constitutionnel dépend non seulement du succès de la Constitution en tant que norme fondamentale et hiérarchiquement supérieure, mais aussi de sa perception comme « notre loi ». La Constitution doit être vue comme « notre réalisation et le produit de nos efforts comme un peuple, ce qui implique une identification collective avec ceux qui sont venus avant nous et ceux qui viendront après »<sup>839</sup>. C'est l'idée d'un *living originalism*, titre d'un de ces principaux ouvrages, selon laquelle « nous comprenons notre situation présente et les possibilités et besoins du futur à travers la trajectoire de notre interprétation de la signification du passé, à la fois des principes que nous nous sommes engagés à atteindre et les maux que nous avons promis de ne pas permettre à nouveau »<sup>840</sup>. Il considère ainsi que « la légitimité n'est pas un jugement sur le contenu des lois ou sur l'état des faits à un moment particulier, mais un jugement sur le système constitutionnel qui regarde vers le passé et vers l'avenir »<sup>841</sup>. Toutefois, il ne s'agit pas d'une simple transposition ou d'un récit de faits historiques, il s'agit plutôt d'une interprétation du passé à la lumière du temps présent, à travers les principes et les aspirations contemporaines<sup>842</sup>.

---

<sup>838</sup> Si le professeur BALKIN travaille avant tout à partir de l'exemple américain et qu'il prévient du danger des généralisations (V. J.M. BALKIN, « The American Constitution as “Our Law” », *Yale Journal of Law & the Humanities*, n° 1, Vol. 25, 2013, p. 114-115 ), ses arguments peuvent être appliqués et généralisés au moins dans le cadre des pays à tradition constitutionnelle écrite qui ont été fortement inspirés par les modèles de la Constitution américaine de 1787 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française de 1789 (v. par exemple l'application au cas indien dans S. CHOUDHRY, « “Our Law” and Comparative Constitutional Law », *Yale Journal of Law & the Humanities*, n° 1, Vol. 25, 2013, p. 1-22 ).

<sup>839</sup> [as our achievement and the product of our efforts as a people, which involves a collective identification with those who came before us and with those who will come after us] (J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge : Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 20). Cette idée est aussi développée dans J.M. BALKIN, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Cambridge : Harvard University Press, 2011, p. 239.

<sup>840</sup> [we understand our present situation and the possibilities and needs of the future through the trajectory of our interpretation of the meaning of the past—both the principles we committed ourselves to achieving and the evils we promised we would not permit again] (J.M. BALKIN, *Living Originalism*, *op. cit.*, p. 63).

<sup>841</sup> [Legitimacy is not a judgment about the content of the laws or about the way things are at a particular point in time, but a judgment about the constitutional/legal system that looks backward to the past and forward to the future] (J.M. BALKIN, « Respect-worthy: Frank Michelman and the legitimate Constitution », *Tulsa Law Review*, n°3, Vol. 39, 2004, p. 493).

<sup>842</sup> « Le passé (et notre reconstruction imaginaire de celui-ci) est la meilleure boîte à outils intellectuels pour conférer une légitimité ou illégitimité au présent et nous donner un sens de ce que la légitimité peut signifier à l'avenir » [The past (and our imagined reconstruction of it) is the great intellectual toolkit for bestowing legitimacy or illegitimacy on the present, and giving a sense of what legitimacy might mean in the future] (*Ibid.*, p. 502).



## **Section 2. L'appel au passé dans les textes constitutionnels : une étude comparée**

L'appel au passé jouait un rôle central dans les régimes traditionnels qui fondaient leur prétention à la légitimité sur le principe dynastique. Il était aussi utilisé par les régimes dictatoriaux pour justifier leur prétention au pouvoir. La Révolution Française et, postérieurement, la fin progressive des dictatures ont marqué le passage d'un système qui fondait la légitimité sur la tradition à un système qui fonde sa légitimité sur les principes démocratiques, ainsi « selon le principe de légitimité démocratique, l'approbation populaire du pouvoir politique est la condition de l'attribution de la légitimité et la norme selon laquelle s'opère l'évaluation de ce pouvoir »<sup>843</sup>. Néanmoins, les régimes démocratiques modernes peuvent aussi faire appel au passé pour donner des arguments supplémentaires pour répondre à la question *pourquoi faut-il obéir aux lois ?* Le passé devient un fondement possible de la prétention à la légitimité du pouvoir.

Le recours au droit comparé et aux approches globales du droit nous permettent de constater que, en dépit de leur particularisme et des différences dans le contexte de leur élaboration et application, les constitutions des différents pays du monde présentent des similitudes quant à leur forme et à leur contenu. L'étude des préambules des constitutions en vigueur permet alors de constater la fréquence du recours au passé, historique ou mythique, dans les préambules comme mécanisme pour asseoir la légitimité de la norme fondamentale. Un essai de typologie a été alors appliquée à un échantillon de plus d'une centaine de préambules constitutionnels, dégagant quatre grandes modalités d'appel à l'histoire nationale ou, plus généralement, au passé du peuple ou de la Nation : l'appel à un passé source d'unité ou de fierté, la rupture avec un passé jugé douloureux ou traumatique, le recours à un récit des origines fortement mythifié ou l'utilisation du passé pour se projeter prospectivement vers le futur (§1).

Après cette approche comparative externe, il est possible de vérifier la fréquence du recours au passé dans une perspective chronologique interne à la France. La place et le rôle des déclarations liminaires et des préambules constitutionnels ont fait l'objet d'intenses

---

<sup>843</sup> E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, p. 128.

discussions politiques, judiciaires et doctrinales depuis la rédaction de la Déclaration de 1789. De plus, la fréquence des changements constitutionnels qu'a connue la France depuis la Révolution offre un échantillon de textes constitutionnels qui couvrent non seulement une période de plus de deux cents ans, mais aussi une variété des régimes allant de la monarchie à la république parlementaire. Ici aussi l'appel à l'histoire nationale, suivant les différentes modalités dégagées dans le I, est utilisé de façon récurrente comme mécanisme de légitimation d'un pouvoir et d'un système en quête de stabilité (§2).

### ***§ 1. Les références historiques dans les constitutions du monde : une comparaison externe***<sup>844</sup>

Si l'ancrage dans le passé est un des fondements possibles de la légitimité, du régime et, en général du système juridique, sa mention ne se fait pas de manière homogène dans tous les préambules constitutionnels. Elle dépend souvent du contexte géographique et chronologique de leur rédaction. Toutefois, les constitutions font l'objet des tendances propres à la globalisation du droit<sup>845</sup>. Si le *constitutionnalisme global* s'est surtout intéressé à l'influence de la jurisprudence étrangère et supra nationale dans le raisonnement du juge constitutionnel<sup>846</sup> ou à l'émergence de structures et principes constitutionnels dans le droit international<sup>847</sup>, il est possible de constater un développement de l'étude comparative des

---

<sup>844</sup> Sauf mention contraire, les textes des préambules étudiés sont ceux qui étaient en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2014. Le travail de compilation a été effectué, notamment, à partir des textes des Constitutions disponibles sur le site *Constitute*, développé par le *Comparative Constitutions Project* sous la direction des professeurs Z. ELKINS (Université du Texas) ; T. GINSBURG (Université de Chicago) et J. MELTON (University College à Londres) en collaboration avec Google, [<https://www.constituteproject.org>]. Leur traduction en français est reprise de la *Digithèque des matériaux juridiques et politiques* [en ligne], Université de Perpignan, [<http://mjp.univ-perp.fr/mjp.htm>]. Si la traduction en français n'était pas disponible, la traduction a été réalisée à partir du texte dans sa langue d'origine (pour le cas des constitutions en espagnol, italien, portugais ou anglais) ou à partir de sa traduction officielle en anglais. Dans ces deux cas, la traduction partielle en français a été faite par nos soins, et le texte en langue d'origine ou en anglais apparaît en note de bas de page.

<sup>845</sup> « Ce processus est celui par lequel les sociétés non occidentales ont été sommées d'adopter règles, procédures, institutions, catégories et mode de raisonnement juridiques, jusqu'à reconfigurer à des degrés divers leur identité individuelle et collective dans le lexique et les termes du juridisme occidental, dans l'une ou l'autre de ses diverses versions » (M. XIFARAS, « Après la Théorie Générale de l'État : le Droit Global ? », *Ius Politicum* [en ligne], n°8, 2012, [<http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8-Xifaras.pdf>]).

<sup>846</sup> À titre d'exemple, parmi une dense littérature, E. POSNER et C. SUNSTEIN, « The Law of Other States », *Sanford Law Review*, n°1, Vol. 59, 2006, p. 131-179 ou la doctrine française en matière de « dialogue de juges ».

<sup>847</sup> Par exemple, A. PETERS, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Studies*, n°2, Vol. 16, 2009, p. 397-411.

constitutions qui tente de révéler l'existence de « tendances constitutionnelles »<sup>848</sup> parmi les constitutions du monde, malgré la diversité des contextes et d'époques d'adoption.

On constate alors que la mise en place de structures globales et la densification des relations internationales ont conduit à un certain isomorphisme juridique présent même dans les textes constitutionnels. Ainsi, si le contenu des constitutions est variable et contextuel, sa forme et la présence de certains éléments, peuvent faire l'objet d'une modélisation à partir d'une certaine « convergence constitutionnelle »<sup>849</sup>, favorisée par des facteurs intrinsèques et extrinsèques<sup>850</sup>. La généralisation du recours à des préambules en tête des Constitutions est une de ces tendances<sup>851</sup>. La mention du fondement de la légitimité de l'autorité, du régime et, en général, du système juridique à l'intérieur de ces préambules est une autre tendance qui peut être empiriquement constatée. À l'intérieur de ces mentions, le recours à un certain fondement peut faire aussi l'objet d'influences et d'emprunts, les constitutions issues d'un même contexte historique présentant ainsi des similitudes. En particulier, un grand nombre des préambules font appel à un récit des origines ou à la description du contexte historique plus ou moins lointain dans lequel le constituant s'inscrit pour ancrer la légitimité de sa prétention à l'autorité.

Sur le fondement de ces prémisses une étude a été réalisée à partir du texte des lois fondamentales en vigueur au 1<sup>er</sup> décembre 2013<sup>852</sup> de 192 pays<sup>853</sup>. Parmi cet échantillon, 36

---

<sup>848</sup> D. LAW, M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, n°5, Vol. 99, 2011, p. 1163-1257. Ces deux auteurs ont ainsi mené un travail comparatif sur un corpus de plus de 700 textes constitutionnels approuvés depuis la Seconde Guerre mondiale par 188 pays afin de mesurer empiriquement ces convergences (v. notamment, D. LAW, M. VERSTEEG, « The Declining Influence of The United States Constitution », *New York University Law Review*, Vol. 87, n°6, 2012, p. 762-858).

<sup>849</sup> M. TUSHNET, « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Virginia Journal of International Law*, n°1, Vol. 50, 2009, p. 985-1006.

<sup>850</sup> R. DIXON et E. POSNER relèvent quatre facteurs qui peuvent expliquer les convergences constitutionnelles : le premier facteur est extrinsèque et lié à la superstructure, c'est à dire des convergences historiques, démographiques, économiques, technologiques qui influencent les relations entre les États. Les trois autres facteurs sont intrinsèques et dépendent de la volonté des acteurs du système. Le premier est l'influence entre acteurs juridiques et politiques, l'influence que des théories ou des politiques venant d'autres pays peuvent avoir sur le législateur ou le juge (dont le célèbre *dialogue de juges* est un exemple). Le second est l'existence d'éléments de coercition, notamment par le biais de conditions demandées aux États pour pouvoir faire partie d'organisations supranationales qui peuvent influencer la forme et le contenu des Constitutions et qui facilitent alors une homogénéisation entre les États membres de ces organisations. Le troisième facteur est la concurrence, ou le fait que des États veuillent aligner leur Constitution à un idéal-type afin d'attirer du capital, des migrants ou même pour soigner leur image à l'international (R. DIXON, E. POSNER, « The Limits of Constitutional Convergence », *Chicago Journal of International Law*, n°2, vol. 11, 2011, p. 399-423). Toutefois ces deux auteurs soulignent le caractère limité et contingent de ces convergences.

<sup>851</sup> Ainsi, le professeur L. HEUSCHLING qualifie la présence de préambules de « standard constitutionnel mondial » (L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle », *op. cit.*, p. 280).

<sup>852</sup> À l'exception de la nouvelle Constitution Tunisienne de 2014, qui a été prise en compte dans l'analyse malgré son entrée en vigueur postérieure à cette date limite.

textes constitutionnels étaient dépourvus de préambule. C'est le cas, notamment, de constitutions rédigées avant la Seconde Guerre mondiale et encore en vigueur qui se concentrent, avant tout, sur l'organisation des pouvoirs<sup>854</sup>. Des 156 Constitutions dotées d'un Préambule, seulement 48 ne font aucune référence au passé<sup>855</sup>, ce qui laisse un échantillon de 108 préambules. Si toutes ces constitutions ont été approuvées après la Seconde Guerre mondiale (à l'exception de la Constitution irlandaise de 1937), elles couvrent néanmoins une période significative de l'histoire contemporaine allant de la reconstruction après la guerre jusqu'au printemps arabe, en passant par la décolonisation et la chute du bloc communiste.

Des différentes invocations au passé présentes dans cet échantillon, il est possible d'élaborer une typologie en fonction de quatre grands modèles. En premier lieu, le passé de la Nation ou du peuple la conformant, peut être mobilisé de façon plus ou moins précise sous un angle positif pour ancrer la cohésion, l'union du peuple ou du territoire que ce système est censé régir (I). En second lieu, pour les pays qui ont connu des périodes traumatiques comme des conflits armés ou la commission sur leur territoire de génocides ou de crimes contre l'humanité, l'appel à ce passé douloureux implique une utilisation de l'histoire comme fondement négatif. Le rappel de ses expériences et la volonté de rupture dans une logique de « plus jamais ça » servent ainsi de fondement de légitimité au régime (II). Les préambules peuvent être aussi le scénario de discours plus longs, avec une grande portée rhétorique. Le

---

<sup>853</sup> Des 197 états reconnus par l'ONU ont été exclus de notre étude, le Royaume-Uni, le Nouvelle Zélande ainsi que ses deux États associés, les Îles Cook et Niue, qui ne possèdent pas de Constitution écrite ; les îles Fidji qui sont, depuis 2009, en attente d'adoption d'une nouvelle Constitution après l'abrogation de la Constitution de 1997 et la Palestine, dont sa loi fondamentale de 2003 a une vocation temporaire. A été rajoutée à la liste la Constitution du Taïwan, malgré la non reconnaissance de cet État par une grande partie de la communauté internationale.

<sup>854</sup> C'est le cas de la Constitution de l'Australie (1901), Autriche (1920), Belgique (1831), Luxembourg (1868), Pays-Bas (1815) et Saint Marin (1600). Les autres textes constitutionnels qui ne présentent pas de préambules sont les Constitutions d'Arabie Saoudite (1992), Bhoutan (2008), Botswana (1966), Chili (1980), Chypre (1960), Danemark (1953), El Salvador (1983), Finlande (1999), Islande (1944), Israël (1958), Italie (1947), Jamaïque (1962), Liban (1926), Lesotho (1993), Malaisie (1957), Maldives (2008), Malte (1964), Maurice (1968), Mexique (1917), Monaco (1962), Norvège (1814), Oman (1996), Qatar (2003), Roumanie (1991), Sierra Leone (1991), Singapour (1959), Somalie (2012), Suède (1974), Uruguay (1966), le Vatican (2001) et Yémen (1991).

<sup>855</sup> Il s'agit notamment des Constitutions dont le préambule ne contient que la formule de promulgation comme pour celles du Cap-Vert (1980), Costa Rica (1949), Grèce (1975), Jordanie (1952), Lettonie (1922), Liechtenstein (1921) ; des préambules très courts qui suivent le modèle du Préambule de la Constitution des États-Unis d'Amérique (1787) qui se limitent à identifier l'auteur de la Constitution et les principaux objectifs comme pour le cas d'Argentine (1853), Brésil (1988), Bulgarie (1991), Canada (1867), Colombie (1991), Djibouti (1992), Honduras (1982), Malawi (1994), Nauru (1968), Nigeria (1999), Panama (1972), Paraguay (1992), Philippines (1987), Saint-Christophe-et-Niévès (1983), Saint-Vincent-et-les-Grenadines (1979), Suisse (1999), Tanzanie (1977), Tonga (1875) ; ainsi que de préambules plus longs mais qui se limitent à une vision prospective, énumérant le processus constitutionnel, les buts et les principes fondateurs comme pour Antigua et Barbuda (1981), Belize (1981), Bosnie-Herzégovine (1995), Brunei (1959), Cameroun (1972), Comores (2001), Dominique (1978), Emirats Arabes Unis (1971), Espagne (1978), Ghana (1992), Grenade (1973), Haïti (2012), Inde (1949), Kosovo (2008), Kuwait (1962), Monténégro (2007), Sainte Lucie (1978), Samoa (1962), Sénégal (2001), Sri Lanka (1978), Swaziland (2005), Trinidad et Tobago (1976) et Zambie (1991).

constituant peut ainsi asseoir la légitimité du système qu'il met en place par la reconstruction de l'histoire, du roman national. Des éléments idéologiques peuvent ainsi se mêler au récit historique qui prend des allures de mythe (III). Finalement, comme une Constitution est toujours un projet qui tourne son regard vers le futur, l'appel au passé peut aussi avoir une vocation prospective (IV).

### (I) L'appel au passé comme fondement positif

La mention du passé comme source d'inspiration est la plus usitée dans les textes des préambules. Presque les trois quarts des préambules étudiés font référence à leur histoire dans une perspective positive comme un fondement pour la cohésion, voire même pour la fierté nationale. La précision des éléments historiques mobilisés et la place qu'occupe ce type de fondement positif dans la structure générale du préambule sont néanmoins variables. Certains textes introductifs se limitent à faire une mention générale des éléments de son passé ou à un fait particulier de son histoire (A). De mentions plus précises et plus élaborées peuvent être retrouvées dans les préambules des constitutions de pays qui ont connu un processus d'indépendance. Même si des décennies se sont écoulées depuis cet événement fondateur, certains préambules y font référence pour asseoir leur légitimité ou pour inscrire un nouveau régime dans la continuité de cette lutte pour l'indépendance (B). De même, la référence à la préexistence d'une Nation indépendante avant l'annexion au bloc communiste est un moyen privilégié d'asseoir la légitimité de ses États qui retrouvent leur indépendance après l'effondrement de l'URSS (C). Il est donc possible de constater comment certains événements historiques communs à des blocs de pays influent, à leur tour, sur le contenu des préambules constitutionnels et l'utilisation de l'histoire comme fondement du système.

#### *(A) Les références générales au passé du peuple et aux traditions*

Les références au passé contenues dans les préambules constitutionnels sont souvent vagues. En effet, leur rôle n'est pas de décrire des faits historiques mais d'utiliser ce passé comme un modèle, comme un terreau pour l'ancrage de l'autorité de la Constitution. La référence à un passé lointain qui démontre l'unité du peuple et de la Nation à travers les époques ou qui sert à revendiquer la permanence dans un territoire qui peut faire l'objet de

disputes actuelles, est ainsi favorisée. C'est le cas de la constitution éthiopienne qui, dans un contexte de transition démocratique après la chute du régime du Derg, et face à la pluralité ethnique, culturelle et aux conséquences de la sécession de l'Érythrée, réaffirme « Convaincus que dans la coexistence continue de nos riches et fiers héritages culturels dans des territoires que nous avons longtemps habité, nous avons, par l'interaction continue entre différents niveaux et formes de vie, construit un intérêt commun et contribué aussi à l'émergence d'un futur commun »<sup>856</sup>, faisant ainsi référence au statut de berceau de l'humanité. D'autres préambules font simplement référence à l'histoire, sans une autre précision, comme facteur d'unité. Le constituant de la République démocratique du Congo débute ainsi le préambule par la phrase « Nous, Peuple congolais, Uni par le destin et par l'histoire autour de nobles idéaux de liberté, de fraternité, de solidarité, de justice, de paix et de travail »<sup>857</sup>. L'histoire, ou plus généralement l'héritage, peuvent aussi être présentés comme une source d'inspiration. C'est le cas de la constitution tunisienne, selon laquelle les représentants se sont « inspirés par notre héritage culturel accumulé tout au long de notre histoire ».

Les préambules peuvent aussi faire une mention générale aux coutumes et aux traditions. Dans les pays où le droit coutumier a une prégnance particulièrement importante ou dans les sociétés traditionnelles où le droit écrit ne s'est pas complètement implanté, la mention de ces sources normatives dans la norme fondamentale est une façon de reconnaître, du moins symboliquement, la coexistence de différentes légitimités. C'est le cas, notamment, de la Constitution burkinabaise qui reconnaît, dans son préambule, « la chefferie coutumière et traditionnelle en tant qu'autorité morale dépositaire des coutumes et des traditions dans notre société »<sup>858</sup>. De même, le constituant peut souligner la coexistence de différentes traditions dans un même territoire, ainsi, le préambule du Royaume de Bahreïn considère qu'« il est essentiel d'écouter et de regarder l'ensemble du patrimoine humain à la fois à l'Est et à l'Ouest ».

La mention des traditions peut aussi être un moyen de reconnaître les particularités nationales dans le cadre de constitutions élaborées avec l'ancienne puissance coloniale, voire

---

<sup>856</sup> [Further convinced that by continuing to live with our rich and proud cultural legacies in territories we have long inhabited, have, through continuous interaction on various levels and forms of life, built up common interests and have also contributed to the emergence of a common outlook].  
Un exemple similaire peut être trouvé dans la Constitution marocaine qui fait référence aux composantes du peuple marocain à travers l'histoire pour souligner l'unité malgré la diversité.

<sup>857</sup> Des exemples similaires peuvent être trouvés dans la Constitution du Kazakhstan ou d'Albanie

<sup>858</sup> En pratique, la coexistence de ces deux sources d'autorité ne s'est pas fait de manière harmonieuse comme le démontrent les discussions autour de la mise en place d'un Sénat où la chefferie coutumière serait représentée.

même, imposées par elle. L'Office colonial britannique imposa ainsi des standards constitutionnels à plusieurs de ses anciennes colonies au moment de leur indépendance. De même, les consultants américains imposèrent un modèle constitutionnel pour les lois fondamentales de nombreuses îles de l'Océan Pacifique<sup>859</sup>. Toutefois, malgré le recours à des préambules en général courts (suivant le modèle américain), ces constitutions laissent une place importante à la reconnaissance des coutumes et des traditions pour démontrer que le nouveau modèle, même s'il est implanté, est respectueux des structures d'autorité déjà présentes. Par exemple, le dernier alinéa du préambule de la Constitution du Kiribati déclare « nous allons continuer à chérir et à respecter les coutumes et les traditions du Kiribati »<sup>860</sup>.

L'ancrage historique du préambule peut aussi être réalisé par le biais de références à des principes traditionnels qui orientent l'organisation juridique et politique. Par exemple, le préambule de la Constitution malgache de 2010 fait appel aux valeurs du « *fihavanna* » (lien social, sens de la famille), « *firaisan-kina* » (unité, solidarité) et « *fiara-monina* » (vivre ensemble). De même, le préambule de la Constitution d'Andorre fait référence à la « locution “*virtus, unita, fortior*” qui a présidé au cheminement pacifique de l'Andorre pendant plus de sept cents ans d'histoire ». Cette mention permet donc d'ancrer cette Constitution dans une continuité de plus de sept siècles d'histoire.

La référence générale à un passé lointain ou aux traditions peut être aussi un moyen pour éviter de faire référence à une histoire nationale source de division internes. C'est le cas du préambule de la Constitution du Guatemala de 1986. Adopté dans le cadre d'un processus de transition démocratique, le préambule ne fait pas référence aux événements du passé proche qui ont motivé l'adoption de cette nouvelle Constitution mais, au contraire, il préfère une référence générale aux traditions et à l'héritage des ancêtres<sup>861</sup>.

### (B) *L'affirmation de l'indépendance*

Le rappel des événements liés à leur indépendance sert de fondement positif pour légitimer de nombreux régimes issus de la décolonisation. Dans le cadre des constitutions rédigées durant le processus d'indépendance, la référence à la lutte pour celle-ci (souvent en

---

<sup>859</sup> V. D. GALLIGAN, M. VERSTEEG, « Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions » in *Social and Political Foundations of Constitutions*, op. cit., p. 13.

<sup>860</sup> [we shall continue to cherish and uphold the customs and traditions of Kiribati]. Des formules similaires peuvent être retrouvées dans les constitutions des Îles Salomon, de Palau ou de Papouasie Nouvelle-Guinée.

<sup>861</sup> « Nous, les représentants du peuple du Guatemala [...] inspirés par les idéaux de nos aïeux et recueillant nos traditions et notre héritage culturel » [Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala [...] inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural].

relation avec le droit d'auto-détermination des peuples<sup>862</sup>) et l'hommage rendu aux héros de cette geste, permet de légitimer le nouveau régime et l'organisation juridique mise en place d'un point de vue externe et interne. L'Erythrée, par exemple, qui a acquis son indépendance en 1993 après des années d'affrontement avec l'Éthiopie, souligne dans le préambule de sa Constitution l'unité du peuple d'Érythrée fondée sur « la lutte commune pour [ses] droits et son destin commun » et réaffirme leurs fondements issus « la base solide de l'unité et justice transmise par nos martyrs et combattants » et confirme sa gratitude envers « les milliers des martyres qui sacrifièrent leur vie pour la défense de leurs droits et de l'indépendance, durant le long et héroïque combat révolutionnaire pour la libération »<sup>863</sup>. La Barbade, qui acquit son indépendance de la Grande Bretagne en 1966, rappelle dans le préambule de sa Constitution la tradition d'autonomie de l'île, qui avait déclaré son indépendance du Commonwealth dès 1651, mais qui fut contrainte de signer une charte de reddition avec le Commonwealth en 1652. Ce rappel historique ancre la nouvelle Constitution, issue du processus d'indépendance entamé en 1966, dans la lignée d'une lutte vieille de plus de trois siècles.

Le rappel de la lutte pour l'indépendance nationale, dans le cadre de constitutions postérieures à la déclaration d'indépendance, permet de réaffirmer la souveraineté nationale, d'inscrire la nouvelle Constitution dans le cadre de la préservation de cette indépendance<sup>864</sup> ou de justifier le régime dans le sillage de la légitimité charismatique des héros de l'indépendance, ou des pères fondateurs de l'État. Par exemple, le préambule de la constitution de la République Centrafricaine de 2004, qui met en place la VI<sup>e</sup> République

---

<sup>862</sup> Par exemple, la Constitution éthiopienne fait référence explicite à ce droit dans son préambule : « Fortement engagés, dans le plein et libre exercice de notre droit à l'auto-détermination, à construire une communauté politique fondée dans l'état de droit et capable d'assurer une paix durable qui garantisse un ordre démocratique [...] » [Strongly committed, in full and free exercise of our right to self-determination, to building a political community founded on the rule of law and capable of ensuring a lasting peace, guaranteeing a democratic order [...]], c'est aussi le cas du préambule de la Constitution indonésienne de 1945 qui proclame « l'indépendance étant le droit naturel de chaque nation ».

<sup>863</sup> [We the people of Eritrea, united in a common struggle for our rights and common destiny, standing on the solid ground of unity and justice bequeathed by our martyrs and combatants: With Eternal Gratitude to the scores of thousands of our martyrs who sacrificed their lives for the causes of our rights and independence, during the long and heroic revolutionary struggle for liberation, and to the courage and steadfastness of our Eritrean patriots]. Des formules similaires peuvent être retrouvées dans le préambule de la Constitution du Bangladesh, rédigée au moment de son indépendance du Pakistan.

<sup>864</sup> L'accent est alors mis dans la continuité historique, dans le maintien de l'indépendance. C'est le cas du préambule de la Constitution de Mozambique de 2004 qui fait le lien entre cette nouvelle Constitution, la déclaration d'indépendance du 25 juin 1975 et la Constitution démocratique de 1990. C'est aussi le cas du préambule de la Constitution de la Corée du Sud de 1987, du Laos de 1991, de la République du Congo de 2002, ou de la Birmanie (Myanmar) , dont le Constitution de 2008, dans un effort de mise en place d'un système pluripartidiste, fait référence aux différentes étapes de l'indépendance depuis les luttes anti-coloniales à la fin du XIX<sup>e</sup>, jusqu'aux processus de transition démocratique menés à partir de 1993. D'autres constitutions font des références moins développées, comme celle du Kenya qui se contente d'« honorer ceux qui ont lutté héroïquement pour apporter la paix et la justice à notre patrie » [Honouring those who heroically struggled to bring freedom and justice to our land].



depuis l'indépendance, fait référence au « principe de “zo kwe zo” énoncé par le Père fondateur de la République Centrafricaine, Barthélemy BOGANDA ». La Constitution et l'ensemble des règles de droit trouvent ainsi un fondement de légitimité dans une valeur : le « zo kwe zo », une référence au principe d'égalité, qui peut se traduire par « un homme en vaut un autre », renforcée par la légitimité charismatique et historique de BOGANDA. Les préambules de certaines constitutions latino-américaines font aussi appel à la figure charismatique des « pères fondateurs » comme « guides » pour ancrer la légitimité du régime. Le préambule de la constitution de la République Dominicaine expose que les représentants du peuple sont guidés par « les idées des pères de notre Patrie, Juan Pablo DUARTE, Matías RAMÓN MELLA y Francisco DEL ROSARIO, et des notables de la Restauration »<sup>865</sup>. De même le préambule de la constitution du Nicaragua fait appel aux héros de l'indépendance et de la révolution sandiniste pour inscrire cette dernière dans le courant des luttes indépendantistes<sup>866</sup>. En Asie, la Constitution pakistanaise de 1973 fait référence dans son préambule à Mohammad Ali JINNAH, qualifié de « fondateur du Pakistan » et de grand leader « Quaid-i-Azam », pour légitimer une Constitution qui cherche à « être fidèle à [sa] déclaration selon laquelle le Pakistan sera un État démocratique fondé sur les principes Islamiques de justice sociale »<sup>867</sup>. En Europe, le préambule de la Constitution irlandaise reconnaît les obligations du peuple d'Irlande « envers notre seigneur, Jésus Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuves, se souvenant avec gratitude de leur lutte héroïque et implacable pour rétablir l'indépendance à laquelle notre Nation avait droit ».

De même, le rappel de l'indépendance peut servir de fondement de légitimation dans le cadre d'un coup d'État. Les auteurs du coup d'État relient leur cause à celle de la lutte pour l'indépendance. C'est le cas de la Guinée-Bissau où le Constitution adoptée après le coup d'état de VIEIRA en 1980 justifia cette rupture politique et constitutionnelle par une référence à l'action de son parti dans la lutte pour l'indépendance du Portugal : « La glorieuse lutte

<sup>865</sup> [Nosotros, representantes del pueblo dominicano, libre y democráticamente elegidos, reunidos en Asamblea Nacional Revisora; invocando el nombre de Dios; guiados por el ideal de nuestros Padres de la Patria, Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez, y de los próceres de la Restauración de establecer una República libre, independiente, soberana y democrática].

<sup>866</sup> Ce préambule présente une évocation où « la figure principale n'est pas Dieu, mais les héros nationaux, sous deux aspects : unité centre-américaine et tradition combative. Reflète une lutte anti-interventionniste et anti-impérialiste » [Una evocación donde la figura en primer lugar no es Dios, sino héroes nacionales, bajo dos aspectos : unidad centroamericana y tradición combativa. Refleja una lucha anti-intervencionista y anti-imperialista] (R.M. ZELAYA VELÁSQUEZ, « Le préambule de la Constitution du Nicaragua » in A. TORRES DEL MORAL et J. TAJADURA TEJADA (dir.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, op. cit., p. 298).

<sup>867</sup> [Faithful to the declaration made by the Founder of Pakistan, Quaid-i-Azam Mohammad Ali Jinnah, that Pakistan would be a democratic State based on Islamic principles of social justice]. Cette même idée est reprise par la Constitution du Taiwan qui puise sa légitimité dans « les enseignements par le Dr. Sun Yat—sen lorsqu'il fonda la république de Chine ».

politique et armée pour la libération nationale, organisée et conduite victorieusement par le Parti Africain de l'Indépendance de Guinée et du Cap-Vert (PAIGC) sera inscrite dans l'histoire comme une des pages les plus belles de la résistance des peuples africains contre la domination étrangère ». Des mécanismes de légitimation similaires sont utilisés par la Constitution du Niger, adoptée à la suite du coup d'État du 18 février 2010.

Le passé colonial peut, dans certains cas, servir de fondement positif même après l'indépendance, surtout si cette indépendance fut le fruit de négociations ou d'un processus de transition plus que de luttes de libération, comme c'est le cas d'anciennes colonies britanniques qui font encore partie du Commonwealth. La Constitution des Seychelles proclame ainsi les principes généraux qui guident l'ordre juridique en se « souvenant de notre histoire coloniale qui a précédé l'indépendance ». De même, la Constitution des Îles Marshall reconnaît l'œuvre des ancêtres « qui se sont courageusement aventurés dans les vastes eaux de l'Océan Pacifique, il y a plusieurs siècles, relevant le défi constant de maintenir une existence austère dans ces petites îles, dans leur noble quête pour la construction de leur propre société »<sup>868</sup>.

### (C) *L'inscription dans la continuité de l'État*

Après la dislocation de l'URSS et du bloc communiste au début des années 1990, les républiques nouvellement indépendantes se dotèrent de constitutions. Pour affirmer la légitimité de ces nouveaux États et de leur indépendance, les constituants firent souvent référence à l'antériorité de l'existence de l'État ou de la Nation. La nouvelle Constitution renoue ainsi avec la continuité de l'État, dont l'appartenance à l'URSS ne fut qu'une parenthèse. Par exemple, le préambule de la Constitution géorgienne proclame qu'elle repose « sur une tradition séculaire et sur les principes fondamentaux de la Constitution de 1921 »<sup>869</sup>. D'autres préambules des républiques ex-soviétiques soulignent plus généralement « leur histoire séculaire de développement de l'État biélorusse »<sup>870</sup> ou la fondation de l'État « il y a

---

<sup>868</sup> [We have reason to be proud of our forefathers who boldly ventured across the unknown waters of the vast Pacific Ocean many centuries ago, ably responding to the constant challenges of maintaining a bare existence on these tiny islands in their noble quest to build their own distinctive society]. Une formule similaire est utilisée par le préambule de la Constitution de Micronésie ou par celle de Fidji, qui complète cette référence par un exposé détaillé de leur « histoire constitutionnelle unique ».

<sup>869</sup> Le préambule de la Constitution d'Estonie utilise une formule similaire, puisqu'il proclame que l'État « a été proclamé le 24 février 1918 »..

<sup>870</sup> [Supported by the centuries-long history of development of Belarusian statehood ]. Une formule similaire est utilisé dans les préambules Ouzbek, Ukrainien ou Arménien.

de nombreux siècles »<sup>871</sup>. Les constitutions des républiques qui avaient constitué la Fédération yougoslave font aussi référence à cette continuité. Le cas de la Macédoine est assez emblématique, puisque son préambule constitutionnel souligne :

« Partant de l'héritage historique, culturel, spirituel et étatique du peuple macédonien, de sa lutte séculaire pour la liberté nationale et sociale et pour la création de son État, et tout particulièrement des traditions étatiques et juridiques de la République de Krushevo et des décisions historiques de l'ASNOM (Assemblée antifasciste de la libération nationale de Macédoine) et de la continuité constitutionnelle et juridique de l'État macédonien en tant que République souveraine en Yougoslavie fédérative, de la volonté exprimée librement par les citoyens de la République de Macédoine au référendum du 8 septembre 1991, ainsi que du fait historique que la Macédoine est constituée en tant que État national du peuple macédonien qui assure une égalité complète des droits civiques et une cohabitation durable du peuple macédonien avec les Albanais, Turcs, Valaques, Roms et autres nationalités qui habitent dans la République de Macédoine, et afin de :

- constituer la République de Macédoine en tant qu'État souverain et indépendant et en tant qu'État civique et démocratique »<sup>872</sup>.

Pour les nouveaux pays qui ne peuvent pas se réclamer d'une préexistence en tant qu'État avant la dislocation de l'URSS, les références historiques se concentrent sur des origines encore plus lointaines fondées sur l'unité du peuple, ainsi la Constitution du Kazakhstan fait référence au peuple « uni par un destin historique commun, créant un État dans la terre des indigènes Kazakh »<sup>873</sup>. Les références au passé soulignent donc la permanence d'au moins un des éléments constitutifs traditionnels d'un État. À défaut de pouvoir justifier la permanence d'une organisation politique, le constituant fait donc appel soit à la permanence de l'unité territoriale ou l'unité de la population à travers des siècles.

Pour la Russie qui est, en droit, le successeur de l'URSS et qui conserva des populations très diverses au sein d'une Fédération, il n'était pas possible de faire référence à une unité de la population. Son le préambule fait référence alors, de manière plus générale, à l'unité de l'État « forgée au fil de l'histoire ». Il fait aussi référence à une « restauration de la formation étatique souveraine de la Russie », pour réaffirmer l'unité malgré l'éclatement de l'URSS et la permanence de l'État russe malgré la disparition de l'Union soviétique.

---

<sup>871</sup> Préambule de la Constitution de Lituanie de 1992.

<sup>872</sup> Des dispositions similaires peuvent être retrouvées dans le préambule de la Constitution moldave de 1994, celui de la Constitution Slovène ou dans celui des constitutions de la République tchèque et de la Slovaquie, après la dislocation de la Tchécoslovaquie après la révolution de velours.

<sup>873</sup> [We, the people of Kazakhstan, united by a common historic fate, creating a state on the indigenous Kazakh land].

## (II) L'appel au passé comme fondement négatif

L'histoire nationale peut être aussi mobilisée non pas comme un modèle, mais plutôt comme un repoussoir, comme un élément à surmonter. Ce dessein de rupture, permet d'ancrer la légitimité du régime mis en place en négatif, en opposition à cette période traumatique du passé national (A). L'appel aux événements traumatiques, qu'il s'agisse de conflits armés ou de crimes contre l'humanité commis sur le territoire, peut aussi se manifester comme une reconnaissance des souffrances communes qui peut se doubler d'une volonté d'assumer la responsabilité afin de bâtir le nouveau régime sur les bases de la réconciliation (B).

### (A) *Rupture avec le régime précédent*

Dans le cadre de constitutions mises en place après un coup d'état, le constituant peut faire référence à l'histoire récente dans le but de délégitimer le régime renversé, et, en même temps, asseoir la légitimité du nouveau régime comme une réaction aux abus du passé. La Constitution de Gambie de 1996 cherche ainsi par son préambule à justifier le coup d'État de 1994 :

« Nos espoirs et aspirations comme peuple sont reflétés dans l'enthousiasme et la ferveur avec lesquels nous nous sommes donnés à la tâche de la construction de la nation après l'obtention de l'indépendance. Néanmoins, dans le passé récent, le gouvernement auto-perpétué a rapidement donné lieu à des abus de pouvoir et autres vices qui empêchaient le bien-être du peuple gambien. Le peuple souverain de Gambie, approuva alors le changement de gouvernement le 22 juillet 1994 pour rectifier ces maux »<sup>874</sup>.

Le processus de dé-légitimation du régime antérieur pour asseoir « en négatif » la légitimation du nouveau régime est aussi visible dans les constitutions issues de processus d'indépendance. Des références au passé colonial sont ainsi faites dans le préambule pour marquer une rupture. C'est le cas notamment de la Namibie qui, après avoir acquis son indépendance de l'Afrique du Sud, fonde, en partie, la légitimité de sa Constitution dans une rupture avec le passé colonial en général et, plus précisément, avec sa soumission au régime de l'apartheid de l'Afrique du Sud. Le préambule de sa Constitution évoque ainsi : « les droits qui ont longtemps été niés au peuple de la Namibie par le colonialisme, le racisme et l'apartheid » et qui sont maintenant garantis par la nouvelle loi fondamentale. Cette rupture

---

<sup>874</sup> [Our hopes and aspirations as a people were reflected in the enthusiasm and zeal with which we embarked on the task of nation building on the attainment of independence. The self-perpetuating rule of the recent past, however, soon gave rise to the abuse of office and related vices, which negated the total welfare of the Gambian people. The sovereign people of The Gambia therefore endorsed the change of government on 22nd July 1994 to rectify such evil].

peut s'accompagner d'un fondement positif par une référence à l'importance des luttes pour l'indépendance ou au pères fondateurs, mêlant ainsi fondement positif et négatif.

De même, à la suite d'une période dictatoriale, il est possible de trouver des références à ces périodes troubles pour fonder, en opposition à cette dictature, le nouveau régime. Par exemple, après l'intervention américaine et la chute du régime de Saddam HUSSEIN, la Constitution irakienne de 2004 souligne dans son préambule le caractère tyrannique du régime antérieur et fonde la légitimité du nouveau régime en opposition à la dictature : « Le peuple irakien, luttant pour réclamer sa liberté qui fut usurpée par le régime tyrannique antérieur, en rejetant la violence et la coercition sous toutes ses formes, et particulièrement quand elle est utilisée comme un instrument pour gouverner, a déterminé qu'il restera à jamais un peuple libéré gouverné par un État de droit »<sup>875</sup>. Dans le même temps, le préambule essaie de renouer avec un passé antérieur à la période traumatique (dans ce cas la dictature) pour asseoir sa légitimité dans le cadre international, ainsi, les constituants font référence au fait que l'Irak a fait partie des fondateurs des Nations Unies et qu'ils « travaillent pour réclamer leur place légitime entre les nations »<sup>876</sup>.

### (B) *La reconnaissance d'un passé douloureux*

Le nouveau régime peut symboliquement accepter une certaine responsabilité (ce qui n'implique pas forcément la mise en œuvre d'une responsabilité juridique) pour les faits constitutifs d'une période traumatique, dans une logique de repentance ou de reconnaissance d'un « passé douloureux »<sup>877</sup> afin de surpasser cet événement et de guérir les plaies du passé. Les cas les plus emblématiques sont ceux des préambules des Constitutions rédigées après la Seconde Guerre mondiale dans les pays vaincus. Ainsi, la Loi fondamentale allemande débute par un préambule qui souligne sa responsabilité « devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir

---

<sup>875</sup> [The people of Iraq, striving to reclaim their freedom, which was usurped by the previous tyrannical regime, rejecting violence and coercion in all their forms, and particularly when used as instruments of governance, have determined that they shall hereafter remain a free people governed under the rule of law].

<sup>876</sup> [These people, affirming today their respect for international law, especially having been amongst the founders of the United Nations, working to reclaim their legitimate place among nations [...] ].

<sup>877</sup> Expression empruntée à G. MINK et L. NEUMAYER (dir.), *L'Europe et ses passés douloureux*, Paris : La découverte, 2007, 268 p. Ils exposent ainsi que l'essence de la mémoire européenne est condensée dans le rejet d'un passé douloureux, celui de la Seconde Guerre mondiale, ainsi « l' "hitlérocentrisme" [devient] notre "boussole ontologique", qui désignait métaphoriquement le "nord", c'est-à-dire la direction du mal absolu, un référent principal [...] » (*Ibid.*, p. 12). Ce propos pourrait être généralisable à d'autres régions qui centreraient leur mémoire nationale sur le rejet d'un fait historique particulièrement traumatisant – génocide, guerre, luttes pour l'indépendance, dictatures -.

constituant ». La chute du mur de Berlin remet en avant ce « mythe fondateur négatif »<sup>878</sup>, comme fondement de légitimité de l'Allemagne réunifiée qui reprit la Loi fondamentale de la RFA de 1949.

Cette reconnaissance du passé douloureux et de sa responsabilité par rapport à ce passé, permet de légitimer une certaine conception de la Constitution et du régime mis en place, dans le cadre d'une *démocratie militante (streitbare Demokratie)*. Cette conception prend comme fondement le constat que la démocratie repose d'abord sur une Constitution qu'il faut protéger de ses ennemis par des mécanismes de défense constitutionnelle. Elle reflète une prise de conscience du fait que la dégradation de la démocratie durant les années 1930, induite par les failles internes du système constitutionnel lui-même – en particulier son absence de *densité*-, permit la montée du nazisme. Cette conception est ainsi « le produit d'une certaine 'métabolisation' de l'échec de Weimar, d'une certaine interprétation des possibles constitutionnels qui s'offraient en 1930-1933, et d'une certaine mise en forme polémique du passé »<sup>879</sup>. Elle se matérialise concrètement par l'introduction de la *clause d'éternité (Ewigkeitsklausel)* qui limite le pouvoir de révision de la Constitution (article 79 alinéa 3) et par l'adoption des articles 18, 9 et 21 de la loi fondamentale qui prévoient, respectivement, la déchéance des droits fondamentaux de quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions et, pour les articles 9 et 21, l'interdiction d'associations et partis politiques qui « tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne ».

Le préambule de la Constitution du Japon de 1946 met l'accent plus explicitement sur la repentance et sur la rupture avec le régime antérieur, responsable des horreurs de la guerre<sup>880</sup>, dans une logique du « plus jamais ça »<sup>881</sup>.

---

<sup>878</sup> « Plus que jamais, la thèse de la responsabilité allemande dans le nazisme, de la monstruosité criminelle du III<sup>e</sup> Reich et de la singularité inexpiable de la Shoah en tant que "rupture de civilisation" fait l'objet d'un consensus unanime. Véritable "mythe fondateur négatif" de l'Allemagne réunifiée, elle est inlassablement rappelée et démultipliée, tant dans le discours politique que dans l'enseignement, les médias et les mémoriaux » (E. FRANÇOIS, « Un mythe fondateur négatif », *Le nouvel observateur : L'Histoire en procès*, Hors-Série, novembre-décembre 2008, p. 62).

<sup>879</sup> A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en RFA », *Ius politicum* [en ligne], n°1, décembre 2008, [<http://www.juspoliticum.com/L-echec-de-la-Constitution-de-29.html>].

<sup>880</sup> La rédaction de ces deux textes constitutionnels a été certes inspirée et influencée par la présence des forces alliées, ce qui pourrait aussi expliquer la référence à la repentance et à la responsabilité.

<sup>881</sup> « Nous, le peuple japonais, agissant par l'intermédiaire de nos représentants dûment élus à la Diète nationale, résolu à nous assurer, à nous et à nos descendants, les bienfaits de la coopération pacifique avec toutes les nations et les fruits de la liberté dans tout ce pays, décidés à ne jamais plus être les témoins des horreurs de la guerre du fait de l'action du gouvernement, proclamons que le pouvoir souverain appartient au peuple et établissons fermement cette Constitution [...] ».

D'autres pays qui ont été le terrain de violentes guerres civiles, de génocides et d'autres crimes contre l'humanité, comme par exemple l'Afrique du Sud<sup>882</sup>, font aussi référence à leur passé douloureux comme fondement négatif de la légitimité du nouveau régime. Après la fin de l'apartheid et prenant acte du travail des commissions de vérité et réconciliation, le préambule de la Constitution de 1996 reconnaît « les injustices de notre passé » et assigne à la Constitution le but de « guérir les divisions du passé et établir une société fondée sur des valeurs démocratiques, la justice sociale et les droits de l'Homme »<sup>883</sup>.

A la suite de la guerre civile entre les Hutus et les Tutsis, culminant dans le génocide d'une grande partie de cette dernière population, la Constitution du Rwanda de 2003 reconnaît dans son préambule le « génocide planifié et supervisé par des dirigeants indignes et autres auteurs, et qui a décimé plus d'un million de filles et fils du Rwanda » et place la nouvelle Constitution sous le signe du combat contre « l'idéologie du génocide et toutes ses manifestations ainsi qu'à éradiquer les divisions ethniques et régionales et toutes autres formes de divisions ».

Cette reconnaissance peut être assumée de manière implicite, par l'emploi d'une formule générale comme celle du préambule de la Constitution de Guinée de 2010 par laquelle le Peuple de Guinée « tirant les leçons de son passé et des changements politiques intervenus depuis lors » proclame une nouvelle loi fondamentale<sup>884</sup>. L'idée de tirer des leçons d'un passé

---

Nous, le peuple japonais, désirons la paix éternelle et sommes profondément empreints des idéaux élevés présidant aux relations humaines ; nous sommes résolus à préserver notre sécurité et notre existence, confiants en la justice et en la foi des peuples du monde épris de paix. Nous désirons occuper une place d'honneur dans une société internationale luttant pour le maintien de la paix et l'élimination de la face de la terre, sans espoir de retour, de la tyrannie et de l'esclavage, de l'oppression et de l'intolérance. Nous reconnaissons à tous les peuples du monde le droit de vivre en paix, à l'abri de la peur et du besoin ».

<sup>882</sup> Les commissions vérité et réconciliation ont été des véritables mécanismes de légitimation du constituant et des institutions mises en place après l'apartheid. En effet « du nombre limité de mécanismes pour faire face aux injustes historiques et préparer le chemin pour un avenir plus sûr et démocratique, les commissions de vérité se distinguent comme un des principaux choix des états hantés par leur propres histoires » [Indeed, out of the limited list of mechanisms for dealing with historical injustices and preparing a pathway toward a more secure and democratic future, truth commissions stand out as a very common choice of states haunted by their own histories] (J.L. GIBSON, « On legitimacy theory and the Effectiveness of Truth Commissions », *Law and Contemporary Problems*, n° 2, Vol. 72, 2009, p. 123). Ces commissions ont permis l'élaboration commune, par des mécanismes de dialogue, d'un récit du passé qui pouvait être accepté par la majorité de la population et servir de point de départ pour la reconstruction de l'unité nationale.

<sup>883</sup> [We, the people of South Africa,

Recognize the injustices of our past; [...]

We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to -

Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights].

<sup>884</sup> L'emploi d'une formule vague et générale s'explique par le contexte politique d'adoption de la nouvelle Constitution, dans une période de transition après le décès du président Lansana CONTÉ et la suspension de la

douloureux est aussi reprise par Préambule de la Constitution du Libéria, qui proclame « Se rendant compte grâce aux nombreuses expériences vécues au cours de notre existence nationale qui culminèrent dans la Révolution du 12 avril, 1980, quand notre Constitution du 26 juillet 1847 fut suspendue, que tous nos peuples, indépendamment de leur histoire, traditions, croyances ou antécédents ethniques forment un corps politique commun »<sup>885</sup>.

La reconnaissance d'un passé douloureux peut, finalement, s'accompagner d'un rejet de la responsabilité du régime actuel sur cette période traumatique, renvoyant la responsabilité vers un élément externe (les ennemis idéologiques, une puissance occupante, l'ancienne métropole colonisatrice). C'est le cas du préambule de la Constitution afghane de 2004, qui souligne les « injustices et défauts du passé, et les nombreux troubles imposés à notre pays »<sup>886</sup>.

À mi chemin entre le fondement négatif et le fondement positif, le préambule constitutionnel peut aussi faire référence à une période ou un événement traumatique pour souligner les efforts qui ont été déployés pour permettre la fin d'une dictature ou la réconciliation nationale. Le nouveau régime et la nouvelle constitution trouvent ainsi leur légitimité non pas dans la repentance, mais dans les initiatives mises en place pour mettre fin à l'événement ou à la période historique qui sont considérés comme traumatiques, dans le cadre notamment d'une transition démocratique après le renversement d'une dictature. C'est le cas de la Constitution portugaise de 1976 rédigée après la révolution des œillets qui mit fin à la dictature salazariste. Le préambule souligne l'importance de cette révolution et fonde la légitimité du nouveau régime dans la libération du pays de la dictature<sup>887</sup>.

---

Constitution de 1990. Une formule similaire est utilisée par le préambule de la Constitution de l'Ouganda « rappelant que notre histoire a été caractérisée par l'instabilité politique et constitutionnelle, reconnaissant nos luttes contre les forces de la tyrannie, l'oppression et l'exploitation » [Recalling our history which has been characterized by political and constitutional instability; / Recognizing our struggles against the forces of tyranny, oppression and exploitation].

<sup>885</sup> [Realizing from many experiences during the course of our national existence which culminated in the Revolution of April 12, 1980, when our Constitution of July 26, 1847 was suspended, that all of our people, irrespective of history, tradition, creed, or ethnic background are of one common body politic].

Un exemple similaire est celui du préambule de la Constitution d'Ouganda, qui proclame la nouvelle loi fondamentale en « Rappelant notre histoire, caractérisée par une instabilité politique et constitutionnelle, Reconnaisant nos luttes contre les forces de la tyrannie, l'oppression et l'exploitation » [Recalling our history which has been characterized by political and constitutional instability; / Recognizing our struggles against the forces of tyranny, oppression and exploitation].

<sup>886</sup> [We the people of Afghanistan: 1. With firm faith in God Almighty and relying on His lawful mercy, and Believing in the Sacred religion of Islam, / 2. Realizing the injustice and shortcoming of the past, and the numerous troubles imposed on our country, [...]].

<sup>887</sup> « Le 25 Avril 1974, couronnant la longue résistance du peuple portugais et exprimant ses sentiments profonds, le Mouvement des forces armées renversa le régime fasciste. La libération du Portugal de la dictature, de l'oppression et de la colonisation a constitué une transformation révolutionnaire et a marqué le début d'un



Les constitutions africaines issues de la *troisième vague* de démocratisation<sup>888</sup> font appel à la rupture avec la dictature, en mettant en avant les procédures mises en place pour permettre la transition, pour légitimer le nouveau régime. Un des premiers exemples<sup>889</sup> est le préambule de la Constitution de 1990 du Bénin, où le constituant prend acte de « l'évolution constitutionnelle et politique mouvementée depuis son accession à l'indépendance », ce qui permet de faire une référence, certes implicite, à la dictature communiste (1974-1990) et souligne les efforts mis en place pour permettre la transition démocratique : « Ainsi, la Conférence des Forces Vives de la Nation, tenue à Cotonou, du 19 au 28 février 1990, en redonnant confiance au peuple, a permis la réconciliation nationale et l'avènement d'une ère de Renouveau Démocratique ». Le nouveau régime puise alors sa légitimité de ces efforts pour mener à bien la transition et pour surpasser la dictature.

### (III) Le fondement mythique

Le préambule de la Constitution peut faire un véritable récit de l'histoire nationale. Le but n'est pas la retranscription scientifique des événements qui ont marqué la formation de la Nation, mais la construction, souvent teintée d'idéologie, de ce que pourrait être qualifié de *roman national*<sup>890</sup>, de reconstruction mythique du passé. En effet, une des fonctions

---

tournant historique pour la société portugaise. La Révolution a restitué aux Portugais les droits fondamentaux et les libertés essentielles. Exerçant ces droits et usant de ces libertés, les représentants légitimes du peuple se réunissent pour élaborer une Constitution qui réponde aux aspirations du pays [...] ».

<sup>888</sup> Sur le concept de *troisième vague* de démocratisation v. S. HUNTINGTON, *The third wave : Democratization in the Late 20th Century*, Oklahoma City : University of Oklahoma Press, 1993, 384 p.

<sup>889</sup> Après leur indépendance, de nombreux pays africains mirent en place des régimes autoritaires qui se transformèrent en dictatures, « en résumé, le constitutionalisme en Afrique durant les premières décennies qui suivirent l'indépendance, dut faire face à un déficit massif de légitimité. Les dirigeants de l'Afrique post-coloniale choisirent de créer de sources de légitimité non dans les constitutions ou les élections démocratiques, mais dans des projets providentiels supra constitutionnels (et supra démocratiques) en relation avec les besoins matériels pressants du peuple. » [In a nutshell, constitutionalism in Africa in the early decades following the end of colonialism faced a massive deficit of legitimacy. Africa's postcolonial rulers chose to create sources of legitimacy not in constitutions or democratic elections but in supraconstitutional (and suprademocratic) welfarist projects tied to the pressing material concerns of the people] (H. KWASI PEMPETH, « Africa's "constitutionalism revival": False start or new dawn? », *I-Con*, n° 3, Vol. 5, 2007, p. 469-506). Éventuellement, les résultats décevants de ce modèle, donnèrent lieu à une nouvelle crise de légitimité et un renouveau démocratique. Le Bénin, fut un des premiers pays d'Afrique francophone à renverser la dictature communiste et à mettre en place une assemblée constituante sur le modèle des assemblées révolutionnaires françaises. Son processus de transition démocratique fut imité par d'autres pays africains. C'est le cas notamment du Mali ou du Tchad.

<sup>890</sup> L'expression *roman national* est avant tout liée à une certaine lecture de l'histoire nationale très idéalisée véhiculée par les manuels scolaires d'histoire sous la III<sup>e</sup> République, notamment le *Petit Lavisse* qui mettait en avant une histoire patriotique faite par des grands hommes. Elle est utilisée ici dans un sens plus large pour faire référence à une reconstruction non scientifique de l'histoire nationale dans un but politique ou idéologique, mettant en avant les épisodes glorieux ou qui soulignent l'unité nationale.

principales du mythe est de « rendre le passé intelligible et lui donner sens par sélection d'un petit nombre d'éléments, sur lesquels on concentrait l'attention, si bien qu'ils acquéraient permanence, pertinence et signification universelle »<sup>891</sup>. Le constituant choisit ainsi des passages clés de l'histoire nationale et les présente de façon à créer un *continuum* qui effacerait toute période de division, pour donner un sens aux différents événements de l'histoire nationale et ancrer l'unité nationale qui servirait de fondement de légitimité aux institutions et à l'ordre juridique. Cette construction donne une grande part à l'oubli, notamment à l'oubli des périodes de lutte et de division. De même, soulignant la fonction *expressive* de toute Constitution, ces préambules ont souvent recours à des éléments de rhétorique, voire même des envolées lyriques qui les rapprochent souvent du discours politique. De même, notamment dans des régimes autoritaires, la reconstruction du passé peut se distancier de la réalité historique pour se rapprocher de la manipulation historique à des fins de propagande.

Le préambule de la Constitution algérienne de 1996 est un clair exemple de reconstruction historique. Long de quinze paragraphes, il reprend et enchaîne des moments clés de l'histoire de l'Algérie depuis le Royaume numide (202 av. J-C – 46 av. J-C), jusqu'à l'indépendance « payée du sacrifice des meilleurs de ses enfants » et met l'accent sur le 1<sup>er</sup> novembre 1954, date du premier appel du Front de libération nationale pour l'indépendance, qui est qualifié comme l' « aboutissement d'une longue résistance aux agressions menées contre sa culture, ses valeurs et les composantes fondamentales de son identité que sont l'Islam, l'Arabité et l'Amazighité, le 1<sup>er</sup> novembre aura solidement ancré les luttes présentes dans le passé glorieux de la Nation ».

La Constitution de la Croatie de 1990, de son côté, consacre son titre premier à retracer les fondements historiques de la nation croate. Cette Constitution, rédigée après l'éclatement de la Fédération Yougoslave, cherche à souligner « l'identité millénaire de la nation croate et la continuité de son existence politique, confirmées par le cours de son histoire à travers différentes formes d'organisation et par la permanence et le développement de l'idée d'État national, fondées sur le droit historique de la nation croate à la pleine souveraineté ». Elle souligne alors la permanence de la nation croate par delà les différentes formes d'organisation politique, de la formation des principautés croates au VII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la « Guerre patriotique » de 1991-1995. Le but est ainsi de souligner la permanence de la nation croate

---

<sup>891</sup> M. I. FINLEY, *Mythe, mémoire et histoire. Les usages du passé*, Paris : Flammarion, Coll. Nouvelle Bibliothèque scientifique, 1981, p. 12.

pour justifier son indépendance et son existence en tant qu'État souverain, après les longues luttes armées contre la Yougoslavie et la Serbie. Ce titre premier réaffirme l'importance majeure accordée au concept de nationalité dans la définition de l'État et il a servi de fondement à la Cour constitutionnelle croate dans le règlement de la question épineuse des droits des minorités. Dans une décision du 2 février 1995, rendue à l'occasion d'un recours du gouvernement contre le statut du comté d'Istrie, la Cour considéra « eu égard aux fondements historiques de la Constitution, la République de Croatie est l'Etat National du peuple croate ainsi que l'état d'autres peuples et minorités dont les membres sont ses citoyens : serbes, musulmans, slovènes, tchèques, slovaques, italiens, hongrois, juif ... Dès lors que l'article [litigieux] du statut [du comté d'Istrie] tend à la reconnaissance spécifique de "l'Istrianité" comme expression de l'identité d'une minorité régionale, il est en contradiction avec la Constitution de la République Croate »<sup>892</sup>.

Le cas de la « Profession de foi nationale » placée en début de la Loi fondamentale hongroise, adoptée le 25 avril 2011 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012, illustre aussi la volonté du constituant de reconstruire, voire de manipuler le roman national dans une perspective idéologique. L'élaboration de cette nouvelle Constitution fut présentée comme un processus révolutionnaire, d'après la Proclamation parlementaire votée préalablement et affichée dans tous les bâtiments publics. Cette proclamation résumait l'histoire récente de la Hongrie considérant les quarante-six dernières années comme des années « d'occupation, dictatures et deux confuses décennies de transition », et qualifiant le printemps de 2010 comme une « révolution réussie », mettant en place un régime « coopération nationale »<sup>893</sup>. Ce processus « révolutionnaire » s'est achevé par la proclamation de la nouvelle loi fondamentale, très controversée et qui fait même l'objet d'une mise en cause par l'Union Européenne<sup>894</sup>. La nouvelle constitution s'accompagne d'une « Profession de foi nationale » [*Nemzeti hitvallás*] qui, en vertu de l'alinéa 3 de l'article R doit servir à l'interprétation des dispositions de la loi fondamentale<sup>895</sup>, elle a donc une portée normative<sup>896</sup>.

---

<sup>892</sup> Cour constitutionnelle de la République de Croatie, Décision No.: U-II-433/1994, 2 février 1995, citée et traduite par M. AMELLER, N. LENOIR, « La Cour constitutionnelle de Croatie », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°4, 1998, p. 112.

<sup>893</sup> Proclamation du Parlement Hongrois, 1/2010. (VI. 16.) *OGY politikai nyilatkozata*.

<sup>894</sup> V. sur ce point A. LEVADE, « La nouvelle constitution hongroise mise en cause par l'Union européenne », *Constitutions*, 2012, p. 68.

<sup>895</sup> « Les dispositions de la loi fondamentale doivent être interprétées conformément à leurs fins, à la profession de foi nationale et aux acquis de notre Constitution historique ».

<sup>896</sup> Sur ce point v. K. KOVÁCS et G.A. TÓTH, « Hungary's constitutional transformation », *European Constitutional Law Review*, n°7, 2011, p. 199. Cette portée normative a aussi été soulignée par la Commission de Venise dans son avis sur cette nouvelle Constitution, où elle critiqua la portée donnée à un texte aussi vague en

Ce long préambule contient des nombreuses références historiques et culturelles qui visent à ancrer la nouvelle Constitution dans une continuité historique qui peut être retracée à la fondation de « l'État hongrois » par le roi Saint-Etienne, continuité historique incarnée par la Sainte Couronne<sup>897</sup>. La profession de foi insiste aussi sur le rôle majeur de la religion chrétienne dans la formation de l'État, ainsi les membres de la nation hongroise reconnaissent « le rôle que le christianisme a joué dans la préservation de notre nation ». La référence à la « Constitution historique » est assez problématique, comme le relève la Commission de Venise : « la référence à la Constitution historique est assez vague, sachant que la Hongrie est passée par plusieurs étapes de développement au cours de son histoire ; il n'existe donc pas de claire acception consensuelle du terme de « Constitution historique »<sup>898</sup>. Néanmoins, cette notion vague permet de reconstituer une unité historique et constitutionnelle qui s'oppose à la Constitution communiste de 1949 et qui est proclamée par le propre préambule comme « nulle et non avenue ». En effet, la reconstruction mythique opérée par la profession de foi repose, en même temps, sur la proclamation d'une unité et d'un fondement positif, la « Constitution historique », et sur le rejet du passé communiste, considéré comme un régime tyrannique. La profession de foi va jusqu'à fixer, rétroactivement, la date du début du nouvel ordre constitutionnel, ainsi l'alinéa 22 proclame : « Nous fixons la date de la restauration de l'auto-détermination de notre État, perdue le 19 mars 1944, au 2 mai 1990, lorsque la première représentation populaire librement élue fut formée. Nous considérons cette date comme le début de la nouvelle démocratie et du nouvel ordre constitutionnel dans notre pays ».

De l'autre côté du spectre idéologique, la montée de la gauche populiste et des discours « nativistes » en Amérique latine<sup>899</sup> ont donné lieu à des appels à l'histoire, en particulier à

---

considérant « le Préambule contient un certain nombre d'affirmations et de termes pouvant susciter des inquiétudes. Avec l'approche qui les sous-tend, ces affirmations et termes sont d'autant plus problématiques que l'article R, paragraphe 3, de la Constitution prévoit que le Préambule doit guider d'une manière significative l'interprétation de l'ensemble du texte, et qu'il semblerait avoir valeur juridique. Même si les préambules sont d'ordinaire considérés comme un outil parmi d'autres d'interprétation d'une constitution, la référence de l'article R, paragraphe 3, peut soulever des difficultés, car le Préambule de la nouvelle Constitution hongroise ne présente pas la précision indispensable à un texte juridique, et il contient un certain nombre d'affirmations qui pourraient donner lieu à controverse » (COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie*, n° 2011-621, adopté lors de sa 87<sup>e</sup> session plénière, Venise 17-18 juin 2011, 30 p.).

<sup>897</sup> « Nous respectons les acquis de notre Constitution historique et nous honorons la Sainte-Couronne, qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité de la nation ; »

<sup>898</sup> COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *op. cit.*, p. 8.

<sup>899</sup> Il est difficile de parler d'un seul bloc de gauche en Amérique Latine. Nous distinguons, comme le fait Marc SAINT-UPÉRY, entre les différents courants de gauche qui sont arrivés au pouvoir depuis l'élection de Hugo Chavez au Venezuela en 1998, entre des gauches populistes idéologiques comme celle de Chavez, un socialisme plus pragmatique comme celui de Lula au Brésil, le néo-péronisme de Kirchner, et la gauche « nativiste » qui se réclame de « l'indianité » d'Evo Morales en Bolivie, de Rafael Correa en Equateur ou de Ollanta Humala au

l'histoire de l'indépendance ou l'histoire précoloniale, pour légitimer la mise en place de nouveaux régimes et de nouvelles Constitutions. L'antécédent et la référence pour ces nouveaux courants politiques est la révolution cubaine. En effet, la Constitution de Cuba de 1976, qui consacra la prise de pouvoir de F. CASTRO et la mise en place d'un régime inspiré par le marxisme-léninisme, laisse une grande place à l'évocation du passé dans son long préambule. Il unit ainsi les luttes d'indépendance contre l'Espagne et « l'impérialisme yankee », à la révolution de 1959, et se réclame l'héritier de la pensée de MARTI, MARX, ENGELS et LÉNINE. Il inscrit le nouvel ordre politique et juridique dans le cadre d'une lutte constante pour la consolidation de la Révolution populaire. Ce modèle fut adopté par la Constitution du Venezuela de 1999, qui marqua le lancement de la « révolution bolivarienne » d'H. CHÁVEZ et qui résume dans le paragraphe premier de son préambule « Le peuple du Venezuela, dans l'exercice des pouvoirs de création et invoquant la protection de Dieu, l'exemple historique de notre libérateur Simon BOLIVAR et l'héroïsme et sacrifice de nos ancêtres aborigènes et des précurseurs et forgers d'une patrie libre et souveraine [...] promulgue la présente Constitution »<sup>900</sup>. La figure du libérateur S. BOLIVAR fut un élément récurrent de la rhétorique chaviste et permit de faire un lien entre les luttes contre les « nouveaux colonialismes », notamment l'influence des États-Unis et les luttes pour l'indépendance. Cette mention au *libertador* joue alors un double rôle, il permet de légitimer les actions et le pouvoir du président et permet aussi de délégitimer ses adversaires<sup>901</sup>.

La Constitution de Bolivie adoptée en 2009 par référendum populaire s'inscrit dans le courant « nativiste », et laisse une large place à l'évocation du passé précolonial, qualifié d'immémorial, dans son préambule<sup>902</sup>. Ce dernier retrace l'origine du peuple bolivien, renoue

---

Pérou (M. SAINT-UPÉRY, *Le rêve de Bolivar, le défi des gauches sud-américaines*, Paris : La Découverte, 2007, 330 p.)

<sup>900</sup> [El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana] Ce préambule, qui porte le titre officiel d'« exposition de motifs », fut fortement critiqué et elle le fruit d'une procédure constitutionnelle assez contestable, puisqu'il a été rédigé après que le projet de Constitution fut soumis au référendum populaire, et ne fut qu'adossé au texte original au moment de sa publication au journal officiel (v. sur ce point A. CANOVA GONZÁLEZ, « El preámbulo de la Constitución de Venezuela de 1999 », in A. TORRES DEL MORAL et J. TAJADURA TEJADA (dir.), *op. cit.*, p. 429-431).

<sup>901</sup> V. I. CHUMACEIRO ARREANZA, « El discurso de Hugo Chávez : Bolívar como estrategia para dividir a los Venezolanos », *Boletín de lingüística*, n° 20, Vol. 15, 2003, p. 22-42.

<sup>902</sup> Ce procédé est commun à d'autres pays qui peuvent retracer leur histoire nationale à travers plusieurs siècles, voir millénaires et se présenter comme les héritiers des grandes civilisations ou des grands empires du passé, le constituant peut faire un rappel de cet ancrage ancestral pour légitimer le régime et l'organisation actuelle. C'est le cas notamment de la Constitution égyptienne de 2012 dont le préambule débute un passage à fort contenu rhétorique et lyrique : « Ayant restauré l'esprit de notre grande civilisation, le parfum de notre histoire fleurie, qui a bâti sur les rives du Nil éternel l'État le plus ancien, lequel a connu le sens de la citoyenneté, de l'égalité et

avec les traditions amérindiennes et condamne l'époque coloniale<sup>903</sup>. Le nouvel État et la nouvelle Constitution trouvent alors leur fondement dans la reconnaissance de la diversité culturelle (en particulier la reconnaissance des populations amérindiennes) et dans les luttes contre les colonialismes qui sont présentées comme une continuité historique qui unit la colonisation espagnole aux dernières luttes contre les privatisations : « Le peuple bolivien, de composition plurielle, depuis la profondeur de l'histoire, inspiré par les luttes du passé, par la soulèvement indigène anticolonial, par l'indépendance, par les luttes populaires de libération, par les manifestations indigènes, sociales et syndicales, par les Guerres de l'eau et d'octobre, par les luttes pour la terre et le territoire, avec la mémoire de nos martyres, nous construisons un nouvel État »<sup>904</sup>.

La récit du passé proposé par le préambule peut aller encore plus loin pour arriver à la création d'un mythe qui déforme et manipule des faits historiques afin d'asseoir la légitimité de régimes dictatoriaux et de l'ordre juridique imposé par eux. C'est le cas de la Corée du Nord, de la Chine ou de l'Iran. Les constitutions de ces trois pays débutent par des longs préambules qui retracent certains épisodes de l'histoire nationale. Le préambule de la constitution chinoise de 1982, qui a fait l'objet de quatre amendements, commence par une mention de l'ancienneté du pays « La Chine est l'un des plus anciens pays du monde », puis retrace l'histoire des « glorieuses traditions révolutionnaires », à partir de 1840 et menant à la fondation de la République populaire de Chine. Elle met ainsi l'accent sur les acquis du

---

de la non-discrimination, donné au monde le premier alphabet, ouvert la voie au monothéisme et à la connaissance du Créateur, accueilli les prophètes de Dieu et Ses révélations, et qui a garni les pages de l'histoire humaine par des cortèges de créations ».

<sup>903</sup> « Dans des temps immémoriaux des montagnes se sont érigées, les rivières se sont déplacées, des lacs se sont formés. Notre Amazonie, notre chaco, notre haut-plateau, nos plaines et nos vallées se sont couverts de verdure et de fleurs. Nous avons peuplé cette Terre Mère sacrée avec nos différents visages, et nous avons compris depuis lors la pluralité en vigueur de toutes les choses et notre diversité en tant qu'êtres et cultures. C'est ainsi que nous conformons nos peuples, et nous n'avons jamais compris le racisme jusqu'au temps funestes de la colonisation » [En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia].

<sup>904</sup> [El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado]. Les « guerres de l'eau » font référence à une série de manifestations qui ont eu lieu à Cochamba, troisième ville de Bolivie, face à la décision de privatiser les services de l'eau. Les guerres d'octobre, aussi appelées populairement « guerres du gaz » font référence à une série d'affrontements en 2003 autour du contrôle du deuxième plus grand gisement de gaz en Amérique du Sud.

communisme et l'œuvre de Mao ZEDONG<sup>905</sup>. Le préambule de la Constitution de 1998 de la République populaire démocratique de Corée (Corée du Nord), réécrit l'histoire nationale pour mettre au cœur du récit l'œuvre de Kim Il Sung, soulignant ainsi son rôle dans la fondation du régime<sup>906</sup>. Le caractère mythique de ce récit contribue à la mise en place d'une légitimité charismatique autour de la figure du Juche qui est « le Soleil de la nation et le symbole de la réunification du pays ». Finalement, le préambule de la Constitution iranienne de 1979 retrace en détail l'histoire de la mise en place du régime islamique depuis 1962. Le rappel historique justifie l'implantation d'un islamisme traditionnel comme fondement de l'organisation politique et juridique, face à l'échec des mouvements anti-despotiques et anticoloniaux antérieurs<sup>907</sup>.

---

<sup>905</sup> « Après la fondation de la République populaire de Chine, notre société est passée progressivement de la démocratie nouvelle au socialisme. La transformation socialiste de la propriété privée des moyens de production a été réalisée, le système de l'exploitation de l'homme par l'homme aboli et le régime socialiste définitivement instauré. La dictature démocratique populaire, dirigée par la classe ouvrière et fondée sur l'alliance des ouvriers et des paysans, qui, par essence, est une dictature du prolétariat, s'est consolidée et développée. Le peuple chinois et l'Armée populaire de Libération de Chine, en faisant échec à l'agression, aux sabotages et aux provocations armées de l'impérialisme et de l'hégémonisme, ont sauvé l'indépendance et la sécurité du pays et renforcé sa défense nationale. Grâce aux importants succès obtenus dans l'édification économique, un système industriel socialiste indépendant et relativement complet a été, pour l'essentiel, établi, et la production agricole s'est sensiblement accrue. L'éducation, la science et la culture notamment se sont considérablement développées, l'éducation idéologique socialiste a enregistré des succès notables et les conditions de vie de la grande masse du peuple ont été nettement améliorées.

La victoire de la révolution de démocratie nouvelle en Chine et les réalisations obtenues dans l'œuvre du socialisme sont toutes dues au fait que les différentes nationalités de Chine, dirigées par le Parti communiste chinois et guidées par le marxisme-léninisme et la pensée de Mao Zedong, ont su vaincre d'innombrables difficultés et obstacles, en défendant fermement la vérité et en corrigeant les erreurs».

<sup>906</sup> « Le Président Kim Il Sung, grand Leader, est le fondateur de la République populaire démocratique de Corée et de la Corée socialiste.

Le Président Kim Il Sung a créé les idées immortelles du Juche et entrepris sous leur drapeau la Lutte révolutionnaire antijaponaise, instaurant ainsi de glorieuses traditions révolutionnaires et faisant triompher la cause historique de la libération du pays. Il a posé de solides assises à l'édification d'un État indépendant dans les domaines politique, économique, culturel et militaire, avant de fonder la République populaire démocratique de Corée ».

<sup>907</sup> « La Nation musulmane de l'Iran, après avoir traversé le mouvement constitutionnel anti-despotique et le mouvement anti-colonial de la nationalisation du pétrole, a acquis cette lourde expérience que la raison fondamentale et caractérisée de l'absence de réussite de ces mouvements, était l'absence d'idéologie dans ces luttes ».

#### (IV) Le fondement prospectif

L'appel à l'histoire dans les préambules peut se manifester non pas par un rappel des faits passés, mais par une référence à l'histoire qui va être écrite. Ce fondement peut être qualifié de « prospectif », dans le sens où le nouveau régime trouve un fondement de légitimité dans sa vocation à perdurer dans le temps.

Ce type de fondement est particulièrement présent dans certaines constitutions de nations africaines, où l'héritage des frontières coloniales, souvent tracées sans prendre en compte les affiliations culturelles, religieuses ou ethniques et le souvenir de guerres civiles et de divisions internes, rendent difficile la référence à un passé commun<sup>908</sup>. Les préambules font alors référence de façon générale à la « responsabilité devant l'histoire » du peuple en question et se concentrent sur l'énumération des engagements en faveur du respect de la diversité, comme l'adhésion à des instruments de protection de droits de l'homme.

Cette formule est commune aux constitutions d'anciennes colonies françaises. Par exemple, le préambule de la Constitution du Gabon de 1991 débute par les alinéas suivants :

« Le peuple gabonais, conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant l'Histoire, animé de la volonté d'assurer son indépendance et son unité nationale, d'organiser la vie commune d'après les principes de la souveraineté nationale, de la démocratie pluraliste, de la justice sociale et de la légalité républicaine.

Affirme solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, consacrés par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et par la Charte nationale des libertés de 1990 »<sup>909</sup>.

La même formulation peut être retrouvée dans le préambule de la Constitution ivoirienne de 2000. Par un phénomène de diffusion de standards constitutionnels, la même structure peut se retrouver dans des pays voisins qui ont adopté des constitutions à la même époque, comme c'est le cas de la Guinée Équatoriale ou du Burundi.

---

<sup>908</sup> « Le projet colonial en Afrique consistait souvent dans un amalgame forcé, à l'intérieur de frontières artificiellement tracées, de communautés ethno-linguistiques et nationalités disparates, certaines d'entre elles ayant une longue histoire précoloniale d'antagonisme mutuel » [Rather, the colonial project in Africa often consisted in forcibly collecting within artificially drawn borders disparate ethnolinguistic communities and nationalities, some with long precolonial histories of mutual antagonism] (H. KWASI PEMPETH, « Africa's "constitutionalism revival": False start or new dawn? », *op. cit.*, p. 474.

<sup>909</sup> Il est intéressant de souligner la référence à la Déclaration de 1789, texte national mais qui se voulait, dès le départ à portée universelle (v. *infra*).



Cette utilisation prospective du passé permet de souligner la relation particulière que les constitutions entretiennent avec le temps. Instrument fondateur, elles se présentent comme un point de départ, une origine. Néanmoins, cette origine nécessite une contextualisation qui contribue à la mise en place de sa légitimité, d'où le rapport au passé. Cependant, tout comme Janus, la Constitution a aussi un visage tourné vers le futur, car elle a vocation à durer. Son ancrage dans le passé, réel ou mythique, lui apporte une substance qui lui permet de prétendre à une certaine permanence. Comme le résume le préambule de la Constitution du Tadjikistan, le constituant doit prendre en compte « la dette et la responsabilité envers les générations passées, présentes et futures ».

## ***§ 2. Les préambules et articles liminaires des Constitutions françaises : une comparaison historique interne***

Seulement trois constitutions françaises contiennent formellement un : celle du 4 novembre 1848 (II<sup>e</sup> République), celle du 27 octobre 1946 (IV<sup>e</sup> République) et celle du 4 octobre 1958 (V<sup>e</sup> République). Certains textes fondateurs commençaient sèchement par l'article premier de la Constitution, c'est le cas des Constitutions de l'an VIII, des sénatus-consultes de l'an X et l'an XII, et de lois constitutionnelles des 24-25 février et 16 juillet 1875. Les premières constitutions révolutionnaires s'accompagnaient d'une déclaration de droits placée « en tête de la Constitution », et dont la relation avec le reste du texte fut souvent l'objet de discussion, notamment pour le cas de la déclaration de 1789 par rapport à la Constitution de 1791<sup>910</sup>. Les Chartes de 1814 et 1830, ainsi que l'Acte additionnel de 1815 et la Constitution de 1852 s'accompagnent de textes introductifs plus ou moins étendus.

Le professeur P. ROLLAND établit ainsi une classification de ces différents textes en deux catégories : ceux à caractère *légitimant* ou justificatif qui contiennent des « références historiques dont le but est d'établir la légitimité politique du régime qui proclame sa nouvelle

---

<sup>910</sup> Le problème se pose, en particulier, pour ces deux textes du fait de la valeur « autonome » qu'a pris la déclaration de 1789. Les termes du débat, avant que les Préambules de 1946 et 1958 reprennent ce texte à leur compte, étaient résumés par R. CARRÉ DE MALBERG : « Il n'est pas possible d'admettre concurremment que la Déclaration de 1789 était située en dehors de la Constitution de 1791 et, cependant, qu'elle possède, aujourd'hui encore, la force de loi constitutionnelle et continue à former un élément de la Constitution française. De deux choses l'une : ou bien elle faisait partie intégrante de la Constitution de 1791, et, en ce cas, elle a disparu avec cette Constitution. Ou, au contraire, elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791, et elle ne faisait qu'énoncer les idées essentielles et fondamentales qui devaient servir de base à la Constitution future » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État* (1920-1922) [préf. E. MAULIN], Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 580).

constitution », et ceux qui s'attachent à la garantie des droits<sup>911</sup>. Naturellement, les textes appartenant à la première catégorie (à savoir les textes préliminaires de la Charte de 1814, de l'Acte additionnel de 1815, de la Constitution de 1852, 1946 et 1958) seront privilégiés dans cette étude. Néanmoins les autres textes constitutionnels, même ceux qui ne possèdent pas de textes préliminaires, présentent aussi un intérêt et des références historiques implicites et explicites qui permettent de les relier à une utilisation du passé comme source de légitimation.

Les textes seront présentés suivant un ordre majoritairement chronologique pour ainsi permettre de souligner les corrélations entre les contenus des constitutions et leur contexte historique. De même, cette présentation chronologique permet aussi d'analyser le legs des différentes constitutions tant quant à leur contenu que par rapport à leur forme. En effet, les constitutions deviennent elles-mêmes des éléments historiques qui sont mobilisés implicitement ou explicitement par des textes postérieurs pour asseoir, à leur tour, leur légitimité. Une classification qui croise ce critère chronologique avec le régime mis en place par cette Constitution permet de souligner la volonté de rupture avec le passé et les traditions dans les constitutions révolutionnaires (I), le projet contradictoire d'allier acquis révolutionnaire et tradition héréditaire dans les constitutions napoléoniennes (II) et monarchiques (III), ainsi que la volonté de reconstruire une continuité malgré l'instabilité constitutionnelle dans les lois fondamentales et les projets de constitutions républicaines (IV).

## (I) Les premières Constitutions révolutionnaires

La mise en place d'une monarchie constitutionnelle, puis la déclaration de la République, entraîna la fin de la souveraineté royale<sup>912</sup> et, avec elle, celle du fondement de légitimité traditionnel qui, malgré tous les abus, avait réussi à être une puissante force d'unification pendant l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant devait donc trouver une source de légitimité qui non seulement pouvait remplir le vide laissé par la mort du Roi, mais qui servirait aussi de symbole de rupture avec le régime antérieur. La volonté de mettre fin à la légitimité

---

<sup>911</sup> P. ROLLAND, « De l'art du préambule » in J. BART et. al. (éd.), *La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une république démocratique*, Dijon : Publications de l'Université de Bourgogne, 2000, p. 144-145.

<sup>912</sup> En effet, même si la Constitution de 1791 gardait la figure du « Roi », les constituants ne considéraient pas que le Roi était le souverain, comme l'explique le professeur M. MORABITO : « En attribuant au roi la qualité de représentant, les constituants n'entendent en effet nullement établir une co-souveraineté entre lui et l'Assemblée. [...] Le roi n'est représentant qu'en sa qualité d'organe partiel de la fonction législative. Il est en revanche –voici ce qui est déterminant- exclu du pouvoir constituant » (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Paris : Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2006, p. 59).

traditionnelle allait donc entraîner un rapport particulier avec le temps et avec l'Histoire, comme l'explique le professeur M. OZOUF :

« À la légitimité historique de la figure royale et à sa formidable puissance d'unification, les hommes de la révolution doivent donc opposer une légitimité équivalente, nécessité qui traduit une quête obsédante d'unité [...] Leur préoccupation est rigoureusement inverse : se reconnaître liés par un héritage, soit récent, serait remettre en cause ce qui est pour eux l'essentiel : l'affirmation de la prodigieuse, de la radicale nouveauté de l'expérience. Qu'ils s'appuient sur une vision très particulière du temps. Leur crédo central est que la Révolution n'a pas d'âge ; que chaque génération peut se dire à bon droit la première »<sup>913</sup>.

Cette volonté de s'inscrire dans un hors-temps révolutionnaire fondé sur la raison et la reconnaissance des droits, implique, néanmoins, une relation avec l'histoire, comme l'exprimait RABAUT-SAINT-ETIENNE « on s'appuie de l'histoire ; mais notre histoire n'est pas notre code »<sup>914</sup>. Les constituants révolutionnaires cherchaient alors la création d'un nouveau mythe fondateur. Ce mythe s'appuyait premièrement sur un rejet de l'Ancien Régime (fondement historique négatif), puis sur une gestion particulière des grandes dates de la Révolution, gestion qui variait, entre autres facteurs, en fonction des orientations politiques de la majorité qui contrôlait le pouvoir constituant à l'époque. C'est avant tout la rupture avec le passé qui marqua la relation au temps des constitutions révolutionnaires<sup>915</sup>.

### (A) Constitution du 3 septembre 1791

La Constitution de 1791 fut la première Constitution écrite de la France<sup>916</sup>. Elle fut aussi un des premiers exemples de Constitution écrite moderne dans le monde. Un texte introductif, qui ne portait pas le titre de « préambule », ouvrait le texte de 1791 et établissait une relation de rupture avec l'histoire récente.

---

<sup>913</sup> M. OZOUF, « L'idée républicaine et l'interprétation du passé national », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°6, novembre-décembre 1998, p. 1076-1077.

<sup>914</sup> RABAUT SAINT-ETIENNE, « Considérations sur les intérêts du tiers état », in *Œuvres*, Paris : Laisné Frères (ed.), 1826, t. II, p. 245.

<sup>915</sup> « La seule mémoire que s'autorise le projet républicain est la reprise du geste qui a aboli le passé. La rupture avec la tradition est son unique tradition » (*Ibid.*, p. 1078).

<sup>916</sup> La monarchie s'était certes donnée des lois fondamentales, notamment avec la Déclaration du Parlement de Paris du 3 mai 1788, qui déclarait que « la France est une monarchie, gouvernée par le Roi, suivant les lois » et qui énumérait une série de lois qui vont être considérées comme fondamentales. Mais comme l'expliquait MOUNIER, membre de la Constituante, « dès lors que les lois fondamentales ne reposaient pas sur une forme déterminée et complète de gouvernement, dès lors qu'aucune véritable limite n'était tracée, que tous les pouvoirs étaient confondus, il ne s'agissait que d'une 'prétendue constitution' » (cité par R. DEBBASCH, « L'écriture de la Constitution » in J. BART et al. (éd.), *1791 La première constitution française*, Paris : Economica, Collection Droit public positif, 1993, p. 114). Le même raisonnement est suivi par Mme DE STAËL qu'intitulait le chapitre XI de son ouvrage consacré à la Révolution « Y avait-il une constitution en France avant la Révolution ? » et qui répondait « La France a été gouvernée par des coutumes, souvent par des caprices, et jamais par des lois. » (A-L. DE STAËL, *Considérations sur la Révolution française* (1816), Paris : Charpentier Éditeur, Éd. de 1862, p. 116). Contre cette idée et en faveur de l'existence d'une constitution avant 1791, certes de nature non écrite, mais qui bornait la volonté du Monarque, v. J. BARBEY, F. BLUCHE et S. RIALS, *Lois fondamentales et succession de France*, Paris : Cahiers D.U.C, n°3, 1984, p. 5-6.

Constitution révolutionnaire, son introduction visait à rompre avec l’Ancien Régime et ses privilèges et s’inscrivait donc dans une logique de table rase<sup>917</sup>. Les révolutionnaires voulaient rompre non seulement avec l’Ancien Régime, mais aussi avec la tradition constitutionnelle coutumière liée à cet Ancien Régime :

« L'Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits ». L'idée véhiculée est que l'ancienne monarchie « a détruit elle-même non seulement sa tradition constitutionnelle, mais l'idée de recourir à cette tradition. Car la volonté d'échapper à l'histoire, de la part des révolutionnaires de 1789, est encore un produit de l'histoire »<sup>918</sup>.

Le texte faisait donc référence à la fin des privilèges, l’hérédité des offices publics, les corporations et en général tout engagement « qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution », ce qui permettait d’inscrire dans la Constitution l’abolition des privilèges et du régime féodal, proclamée dans la nuit du 4 août 1789 et mise en œuvre par une série de décrets. Nonobstant, dans le corps de la Constitution, la rupture n’était pas totale, puisque certains droits historiques étaient conservés (notamment la conservation de la loi salique pour déterminer la succession au trône)<sup>919</sup>.

Le travail de négation de l’héritage de l’Ancien Régime, dont ce texte préliminaire est un exemple flagrant, tend néanmoins à occulter le fait que la Révolution et les constituants de 1789-1791 étaient redevables des institutions et de la culture politique qui se développa durant les dernières décennies de l’Ancien Régime. En effet la France d’avant 1789 connaissait déjà une forme d’État déterminée et des organes de gouvernement réglés, ainsi que des limites à la souveraineté. Il tend donc à masquer tout ce que l’idée révolutionnaire de constitution devait à la culture politique du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>920</sup>.

Cette volonté de rompre avec le passé obligea les constituants de 1791 à trouver des nouveaux fondements pour la légitimité du pouvoir et d’avoir recours, notamment, au droit

---

<sup>917</sup> Cette idée est un des points essentiels de la pensée révolutionnaire, comme l’explique J-J. CHEVALLIER « Table rase ; secouer tous les jougs, voilà deux termes essentiels, deux axes sur lesquels roule l’esprit du XVIII<sup>e</sup> siècle. Il faut faire table rase de tous les préjugés pour construire de toutes pièces, comme font les géomètres et les mécaniciens, une société raisonnable et sensible, marchant au *progrès* indéfini à peu près automatiquement, et régie par une morale « indépendante », coupée de racines religieuses » (J-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris : Armand Colin, 9<sup>e</sup> éd., 2001, p. 11).

<sup>918</sup> F. FURET, R. HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris : Fayard, Collection Histoire des Constitutions de la France, 1996, p. 9-10.

<sup>919</sup> Article premier de la Section première du Chapitre II du Titre III de la Constitution de 1791.

<sup>920</sup> F. FURET et R. HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, *op. cit.*, p. 28.

naturel<sup>921</sup>. Le droit naturel était une référence assez pratique, car elle permettait d'inscrire le nouveau projet constitutionnel dans une continuité temporelle, renouant avec un passé mythique plus qu'historique. Comme l'explique le professeur P. WACHSMANN : « c'est donc d'un camouflage de l'audace de l'œuvre constituante et constitutive des droits qu'il s'agit : les fonder en nature reviendrait à les justifier absolument et à dénier leur nouveauté »<sup>922</sup>. Mais ce recours au droit naturel pouvait aussi être interprété comme une tentative de renouer avec le passé, un passé antérieur à la monarchie absolutiste, à ce « vieux fond de nature que la monarchie française est accusée d'avoir laissé se perdre et qu'il s'agit de retrouver »<sup>923</sup>.

Les constituants de 1789-1791 eurent ainsi recours au mythe pour essayer d'asseoir la légitimité du pouvoir, non pas dans la tradition comme dans l'Ancien Régime, mais dans une vision idéalisée de la société inspirée par la philosophie des Lumières. Nous sommes donc face à une « mythologie de remplacement »<sup>924</sup> : au pouvoir absolu d'origine divine ou traditionnelle, seraient opposés trois grands mythes constitutionnels : la souveraineté du peuple comme origine de tout pouvoir<sup>925</sup>, la consécration des droits de l'homme et la séparation des pouvoirs<sup>926</sup>. Il est aussi possible de répertorier des mythes négatifs, qui rejoignent l'idée de fonder le nouvel ordre constitutionnel en rupture avec l'ordre précédent, ainsi « pour garantir la liberté et l'égalité des droits, on nie tous les monstres qui peuvent leur nuire. La noblesse, la pairie, les distinctions héréditaires et tout cela constituent le grand thème mythique de l'Ennemi à abattre »<sup>927</sup>.

---

<sup>921</sup> Ceci est exemplifié par la dernière phrase de ce texte introductif, ainsi que par l'article 5 du Titre II de la Constitution de 1791 qui met en place le nouveau serment civique. Le serment n'est plus prêté devant Dieu ou le roi, mais devant la « Nation » : « Le serment civique est : *Je jure d'être fidèle à la nation, à la loi et au roi et de maintenir de tout mon pouvoir la Constitution du royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante aux années 1789, 1790 et 1791* ». Sur ce point v. J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris : GF Flammarion, éd. mise à jour, 2006, p. 29.

<sup>922</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>923</sup> P. WACHSMANN, « Déclaration ou constitution des droits » in M. TROPER, L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution. Actes du colloque de Paris, 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris et Bruxelles : LGDJ-Bruylant, 1994, p. 52.

<sup>924</sup> Nous reprenons ici les développements de P. FERREIRA DA CUNHA, « Constitution, mythes et utopie » in J. BART et al. (ed.) *1791 La première constitution française. Actes du colloque de Dijon du 26 et 27 septembre 1991*, op. cit., p.135-142.

<sup>925</sup> V. en particulier la formule de l'Abbé Sieyès dans le Chapitre 5 de son pamphlet *Qu'est-ce que le tiers état ?* : « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres l'organisation et les fonctions des différents corps actifs ».

<sup>926</sup> V. sur ce point l'article XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, placée au début de la Constitution de 1791 et qui établit que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

<sup>927</sup> P. FERREIRA DA CUNHA, « Constitution, mythes et utopie », op. cit., p. 139.

La Constitution de 1791 était accompagnée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, votée et publiée dès le 26 août 1789. Cette déclaration fut placée en tête du texte constitutionnel une fois celui-ci voté en 1791<sup>928</sup>. Elle s'ouvrait aussi par un préambule. Mais cette déclaration avait une vocation universelle et intemporelle, c'est ainsi qu'elle n'avait ni un ancrage ni des références historiques. Néanmoins, dans le corps de la Déclaration, il est possible de retrouver des références en négatif à l'Ancien Régime, une condamnation, certes implicite, des abus du régime précédent, et certains auteurs considèrent même qu'elle représente « l'acte de décès de l'Ancien Régime »<sup>929</sup>. Par exemple, l'article 7 peut être lu comme une réaction à la pratique abusive des lettres de cachet sous l'Ancien Régime. Vu son importance, cette déclaration allait postérieurement devenir lui-même une référence historique et un fondement repris par d'autres constitutions françaises et dans le reste du monde<sup>930</sup>.

### (B) *Constitution de 1793 ou de l'an I*

La Constitution de 1791 eut une très courte vie. Les événements de 1791-1792 entraînèrent la fin de la monarchie constitutionnelle. La Royauté fut abolie le 21 septembre 1792 et le 22 septembre la Convention décréta que « tous les actes publics sont désormais datés à partir de l'an I de la République », mettant en place le calendrier républicain, symbole de rupture avec le régime antérieur, qu'il s'agisse de l'Ancien Régime ou de la monarchie constitutionnelle. Il marque aussi une rupture avec la tradition religieuse, les fêtes religieuses et, plus profondément encore, il « récuse la tradition comme élément de légitimation de l'autorité »<sup>931</sup>. La Convention désigna aussi une commission pour rédiger une Constitution pour cette nouvelle République. Si la rédaction du texte fut placée sous le signe d'une volonté de rupture avec le passé, cette Constitution avait aussi vocation à devenir un modèle, un « code politique de tous les peuples »<sup>932</sup>. Cette tendance universaliste était démontrée par l'appel fait par RABAUT-POMMIER pour que le projet fût examiné par des hommes instruits et libres de France et de l'Europe. Cette consultation fut effectivement mise en place, et le Comité reçut plus de trois cent mémoires<sup>933</sup>.

---

<sup>928</sup> Le débat sur l'articulation entre la Déclaration de 1789 et le texte constitutionnel de 1791, n'est pas l'objet de ce paragraphe. Pour une synthèse, v. J-P. DUBOIS, « Déclaration des droits et dispositions fondamentales », in J. BART et al. (ed.), *1791 La première constitution française. Actes du colloque de Dijon du 26 et 27 septembre 1991*, op. cit., p. 43-55.

<sup>929</sup> J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 27.

<sup>930</sup> V. par exemple les constitutions du Gabon et du Sénégal dont leurs préambules réaffirment leur adhésion à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

<sup>931</sup> M. OZOUF, « Entretien avec Henri PEYRONIE et Alain VERGNIoux », *Le Télémaque*, n° 28, 2005, p. 35.

<sup>932</sup> A. MATHIEZ, « La Constitution de 1793 », *Annales historiques de la révolution française*, 1928, p. 498.

<sup>933</sup> *Loc. cit.*

Un premier projet, dit « girondin »<sup>934</sup>, fut déposé le 15 février 1793. Malgré sa longueur, il ne comportait pas de préambule, et dans ses plus de quatre cent articles, il n'y avait pas de références à l'histoire ou, plus généralement, au passé. La volonté universaliste et de refondation qui avait animé ses rédacteurs pourrait être un facteur pour expliquer le non ancrage de ce projet constitutionnel dans des références au passé.

Finalement, ce projet ne fut pas adopté, et l'insurrection des sans-culottes à Paris imposa l'arrestation des députés girondins. Les Montagnards, qui avaient repris le contrôle de la Convention, rédigèrent un nouveau projet qui fut adopté le 24 juin 1793. Cette Constitution ne comportait pas de préambule. Comme les précédentes, elle était accompagnée d'une déclaration de droits dont le préambule ne faisait pas de référence au passé, si ce n'est qu'implicitement en condamnant l'oppression et la tyrannie<sup>935</sup>. À l'instar du projet girondin, cette Constitution s'inscrivait dans une volonté de refondation, ce qui explique l'absence de références historiques. Ceci se refléta aussi dans le symbolisme qui entourait les célébrations qui marquèrent l'adoption de la Constitution et qui eurent recours à une symbolique de renouveau. La Constitution de 1793 était plus une Constitution tournée vers l'avenir, qu'ancrée dans le passé.

Le legs de la Constitution de 1793 est difficile à établir. Dans une première période, à cause de son association avec la période de la Terreur et de sa prétendue inapplicabilité du fait de son caractère utopique, la Constitution de 1793 ne fut pas considérée comme un modèle, et elle faisait triste figure face au prestige de la Déclaration de 1789 et de la Constitution 1791. Comme l'expliquait A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE : « Quant aux théoriciens du droit public, la plupart n'ont d'yeux que pour la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1791, les autres textes constitutionnels de l'époque de la Révolution et notamment la Constitution de 1793 sont relégués par eux à l'arrière-plan »<sup>936</sup>.

---

<sup>934</sup> Cette appellation s'explique du fait de la majorité de députés de cette région dans la composition de la Commission.

<sup>935</sup> « Le peuple français, convaincu que l'oubli et le mépris des droits naturels de l'homme sont les seules causes des malheurs du monde, a résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, ces droits sacrés et inaliénables, afin que tous les citoyens, pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociale, ne se laissent jamais opprimer et avilir par la tyrannie ; afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de sa liberté et de son bonheur, le magistrat la règle de ses devoirs, le législateur l'objet de sa mission.

En conséquence, il proclame, en présence de l'Être suprême, la déclaration suivante des droits de l'homme et du citoyen »

<sup>936</sup> Cet auteur considérait même que « La France n'a jamais eu qu'une bonne Constitution : celle du 24 juin 1793, qui malheureusement n'a jamais été appliquée » (A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, « La Constitution française de 1793 » in *Mélanges A. Décencièrre-Ferrandière*, Paris : Éd. A. Pedone, 1940, p. 47.)

C'est en partie grâce à un plaidoyer de CARRÉ DE MALBERG que la Constitution de 1793 fut réhabilitée à partir des années 1930. Dans un article paru dans la Revue de droit public de 1931, il considérait que l' « échec de la Constitution de 1793 lui a valu, par la suite, d'être traitée avec dédain. Il y a pourtant une justice à lui rendre : c'est que, seule, elle s'est tenue en accord avec les prémisses sur lesquelles elle était édiflée »<sup>937</sup>. Par ses idées sociales, elle serait aussi reprise par le mouvement ouvrier<sup>938</sup>, et serait même source d'inspiration pour d'autres projets constitutionnels. Si cette Constitution n'eut pas recours à la mythification du passé pour ancrer sa légitimité, elle alimenterait, à son tour, un mythe repris par des textes constitutionnels postérieurs<sup>939</sup>.

### (C) *La Constitution de l'an III (1795)*

Après la chute de Robespierre et la fin du gouvernement provisoire révolutionnaire en 1794, la question de la continuité constitutionnelle se posa à la Convention. Les Jacobins, revenus au pouvoir, étaient hostiles à l'idée de mettre en vigueur la Constitution montagnarde. La Convention nomma alors une commission pour rédiger des lois organiques dont le but était de neutraliser les principales dispositions de la Constitution de 1793 qui heurtaient les idées jacobines, notamment les dispositions sur les droits sociaux. Cette voie permettait, d'une part, de sauvegarder la fiction de la continuité constitutionnelle républicaine car, juridiquement, la Constitution de 1793 était encore en vigueur et, d'autre part, de présenter la période de la Terreur comme une simple parenthèse.

A l'initiative de BOISSY D'ANGLAS, cette commission décida non pas de proposer des lois organiques mais de préparer une nouvelle Constitution<sup>940</sup> qui deviendrait la Constitution de

---

<sup>937</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 236, cité par P. AVRIL, « La Constitution du 24 juin dans la doctrine constitutionnelle classique », in J. BART et. al. (éd.), *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français*, Dijon : Éd. Universitaires de Dijon, 1997, p. 415-422.

<sup>938</sup> V. sur ce point J. BART, « 1793, de l'utopie au mythe », in J. BART et. al. (éd.), *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français, op. cit.*, p. 355-363.

<sup>939</sup> Pour le professeur G. CONAC, cette constitution reste dans la mythologie républicaine, la « *Magna Carta* de la démocratie ». Ce caractère mythique fut souligné par le fait que le texte, une fois approuvé, fut placé dans une arche de cèdre et « mis en réserve de la République » (G. CONAC, « La convention thermidorienne : épisode réactionnaire ou transition novatrice ? » in G. CONAC et J-P. MACHELON (dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris : PUF, collection Politique d'aujourd'hui, 1999, p. 213).

<sup>940</sup> Les débats à la Convention nationale mettaient en avant cette ambiguïté entre la volonté de préserver la continuité républicaine et celle de remplacer une Constitution souvent considérée comme l'origine de la Terreur. Par exemple, lors de la séance du 5 messidor an III (23 juin 1795), dans son discours préliminaire, BOISSY-D'ANGLAS présentait ainsi le travail de la commission des Onze : « C'est dans cet esprit, représentants du peuple, que d'après vos ordres nous avons examiné la constitution de 1793, et que nous avons cherché avec soin à en conserver tout ce qui pouvait être utile, à modifier ou à changer tout ce qui pouvait être contraire à votre



l'an III promulguée le 22 août 1795 (5 fructidor an III). La tâche des constituants était particulièrement délicate, puisqu'il s'agissait « d'installer la République sur des fondements solides et de la protéger contre le retour de son propre passé, de la Terreur »<sup>941</sup>.

Malgré l'opposition de certains membres de la Convention, cette Constitution, comme celles de 1791 et 1793, s'ouvrait par une déclaration des droits qui ne comportait pas de préambule, elle était introduite seulement par la phrase « Le peuple français proclame, en présence de l'Être suprême, la déclaration suivante des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen ». Mais, à la différence des textes de 1791 et 1793, cette déclaration s'accompagnait d'une déclaration de devoirs<sup>942</sup>. Si elle ne faisait pas une référence explicite à l'histoire, elle traduisait bien l'esprit de son temps : « des trois Déclarations, celle de l'an III est la plus modeste et la plus réaliste. Elle prétend moins à l'universalité et à l'éternité. Elle correspond bien à la situation sociale et à l'esprit du temps »<sup>943</sup>.

La Constitution, dans son dernier titre dédié à des dispositions générales, comportait un article qui peut être relié à la réflexion sur les fondements de la légitimité de la Constitution et du régime en général. Il s'agit de l'article 372 qui dispose que « L'ère française commence au 22 septembre 1792, jour de la fondation de la République ». Se retrouve ainsi la logique de rupture avec le passé de l'Ancien Régime, mais, en même temps, la volonté de renouer avec l'héritage révolutionnaire républicain. Si la fiction de la continuité avait été rompue avec l'adoption d'une nouvelle Constitution qui remplaçait celle de l'an I jamais appliquée<sup>944</sup>, elle était remise en place symboliquement par cette disposition qui plaçait le début de la nouvelle ère en 1792, et non pas lors de l'abolition de la Terreur<sup>945</sup>.

---

unique but, le salut, la liberté et la gloire du peuple français ; mais il est de notre devoir de vous déclarer que cette constitution, méditée par des ambitieux, rédigée par des intrigants, dictée par la tyrannie, et acceptée par la terreur, n'est que la conservation formelle de tous les éléments du désordre, l'instrument préparé pour servir l'avidité des hommes cupides, l'intérêt des hommes remuants, l'orgueil des ignorants et l'ambition des usurpateurs » (*Moniteur*, 1795 p. 1135 cité par M. TROPER, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris : Fayard, 2006, p. 277).

<sup>941</sup> M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, op.cit., p. 109.

<sup>942</sup> Mais l'idée de « devoir » n'était pas étrangère aux déclarations de 1789 et 1793. Seulement, elles ne comportaient pas une liste séparée, les devoirs étaient alors présentés comme des corollaires des droits déclarés ou étaient insérés dans les articles de la Constitution.

<sup>943</sup> G. BRAIBANT, « La Déclaration des droits de l'an III », in G. CONAC et J-P. MACHELON (dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, op. cit., p. 42.

<sup>944</sup> Cette rupture constitutionnelle n'est, par ailleurs, totale. De nombreux principes ont été repris de la Constitution de 1793, ainsi « la question de savoir si la Constitution s'inscrit dans la continuité ou en rupture avec les précédentes pourrait recevoir une première réponse nuancée : rupture dans le contenu, continuité dans les principes. » (M. TROPER, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, op. cit., p. 16),

<sup>945</sup> Cet article est aussi un exemple de comment le législateur (dans ce cas le constituant) peut se prononcer sur l'Histoire, ainsi cette disposition sera analysée plus en profondeur dans la Chapitre II du Titre Premier de la Seconde partie de cette thèse.

Toutefois, l'image que la Constitution de l'an III véhiculait était avant tout celle d'une constitution réactionnaire, une Constitution « avant tout élaborée pour éviter les erreurs du passé en réaménageant deux des principes issus de la révolution : une séparation des pouvoirs à mi chemin entre la balance et le principe de spécialisation, et une conception de la souveraineté qui tente de concilier les principes de souveraineté nationale et souveraineté populaire »<sup>946</sup>. Mais, au delà de cette interprétation, si la Constitution de l'an III avait un ton plus conservateur que celles qui l'ont précédée, elle cherchait cependant à s'inscrire dans la continuité de l'œuvre constitutionnelle et, plus encore, elle cherchait à achever cette œuvre, à mettre fin à la Révolution, non pas pour la remettre en cause, mais pour stabiliser ses acquis.

Cette volonté de renouer avec la continuité révolutionnaire était présente à l'article 301 : « 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 les lois ». Le constituant de 1795 voulait marquer ainsi son attachement à l'héritage révolutionnaire.

L'accent était donc mis sur l'avenir plus que sur la volonté de faire oublier l'Ancien Régime. Après les troubles de la Révolution, l'idée était plutôt de reconstruire la Nation, d'essayer de trouver une unité malgré les incessantes divisions, de retrouver un compromis entre les différents courants issus de six années d'essais, en bref de finir la Révolution<sup>947</sup>. Ainsi, l'objectif n'était pas « d'achever et de "faire le travail de l'oubli" sur les événements antérieurs mais de tirer les leçons de six années qui ont représenté autant de siècles d'expériences politiques, de relier en quelque sorte le passé et l'avenir, le despotisme de la monarchie et les chimères d'anarchie de la démocratie »<sup>948</sup>. À la fin de la période révolutionnaire, l'idée n'était plus de rompre avec le passé de l'Ancien Régime mais de préserver les acquis de l'histoire récente.

---

<sup>946</sup> D. MAUS, « L'image de la Constitution de l'an III dans les manuels de droit constitutionnel » in J. BART et. al. (ed.), *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon : Éd. Universitaires de Dijon, 1998, p. 418.

<sup>947</sup> L'objectif de terminer la Révolution était explicitement cité par la commission des Onze, chargée de rédiger la nouvelle Constitution. Elle accompagnait cette nouvelle loi fondamentale d'une série de décrets pour mettre fin au gouvernement révolutionnaire et permettre la mise en place graduelle des institutions prévues par cette constitution. Ainsi Baudin présenterait un « rapport sur les moyens de terminer la révolution » (rapport reproduit par M. TROPER, *op. cit.*, p. 623-234).

<sup>948</sup> F. FORTUNET, « Des droits et des devoirs » in J. BART et. al. (ed.), *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, *op. cit.*, p. 18.

## (II) Les constitutions napoléoniennes

L'échec des différentes constitutions révolutionnaires pour stabiliser la vie politique et institutionnelle dans un contexte de guerre et d'insurrection contribua à la mise en place d'un nouveau régime fondé sur une légitimité charismatique. Comme l'explique M. WEBER, « le charisme est la grande puissance révolutionnaire des époques liées à la tradition »<sup>949</sup>. NAPOLÉON essaya de mener à bien une partie du projet révolutionnaire : rompre à la fois avec l'Ancien Régime et la période d'instabilité, en instaurant une nouvelle forme de légitimité fondée sur son charisme, une vision mythique du passé impérial de la France et une réappropriation de certains acquis de 1789<sup>950</sup>, projet qui fut repris par son neveu au moment de la restauration de l'Empire. Le *bonapartisme*<sup>951</sup> essayait alors de concilier « les principes contraires de la démocratie et de l'hérédité »<sup>952</sup>, la légitimité démocratique (rationnelle) et la légitimité héréditaire (traditionnelle), en s'appuyant sur le charisme de l'Empereur et en proposant un traitement particulier du passé.

### (A) *Les Constitutions de l'an VIII, X et XII : du Consulat à l'Empire*

Le coup d'État du 18 brumaire an VIII signifia la fin de la Constitution de l'an III. Une Constitution provisoire fut mise en place par la loi du 19 brumaire, et la Constitution mettant en place le Consulat fut adoptée le 22 frimaire (13 décembre 1799). Ce texte ne contenait ni préambule, ni déclaration de droits. Néanmoins, elle était accompagnée d'une Proclamation des Consuls de la République du 24 frimaire an VIII (15 décembre 1799), qui présentait la Constitution au peuple français.

La dernière phrase de cette proclamation « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie » caractérisait la relation au passé de la première période

---

<sup>949</sup> M. WEBER, *Economie et société* /1. *Les catégories de la sociologie*, op. cit., p. 325.

<sup>950</sup> La légitimité fondée exclusivement sur le charisme ne peut être qu'extraordinaire, et si elle ne veut pas être éphémère elle doit subir un processus de routinisation et de traditionalisation (*Ibid.*, p. 326-327). Pour permettre sa pérennisation elle doit alors s'appuyer sur d'autres moyens. Le recours à l'Histoire et notamment à une mythification d'un passé lointain facilement manipulable permet d'asseoir cette légitimité sur un fondement qui survivra à son fondateur charismatique.

<sup>951</sup> Malgré l'hostilité traditionnelle des historiens des idées politiques de considérer le *bonapartisme* comme une doctrine déterminée, nous considérons, en nous appuyant sur l'étude de F. BLUCHE, que l'expérience du Consulat et des deux Empires donna naissance à un courant politique qui se prolongea dans l'histoire constitutionnelle française (F. BLUCHE, *Le bonapartisme. Aux origines de la droite autoritaire (1800-1850)*, Paris : Nouvelles éd. latines, 1980, p. 10-12).

<sup>952</sup> *Ibid.*, p. 10.

napoléonienne : la volonté de s'inscrire dans l'héritage de 1789 tout en se distinguant des périodes de trouble. La Révolution était finie, une nouvelle ère pouvait commencer. Le constituant décrétait ainsi la fin de la période révolutionnaire tout en cristallisant les acquis de 1789, puisque cette révolution « est fixée aux principes qui l'ont commencée ». Cette Constitution s'inscrivait donc dans une logique de rupture avec le passé immédiat, sans pour autant faire une table rase, du moins d'un point de vue symbolique<sup>953</sup>. Pour preuve, le calendrier républicain fut maintenu, ce qui marquait une continuité avec l'œuvre des constituants de 1791.

Deux autres textes complétaient l'œuvre constitutionnelle napoléonienne : les sénatus-consultes de l'an X (qui mettaient en place, entre autre, le Consulat à vie<sup>954</sup>), et celui de l'an XII (fondation de l'Empire), qui marquaient le passage de la République à une monarchie impériale. Ces différents textes ne comportaient ni de déclaration de droits, ni de préambule. Le retour au pouvoir héréditaire n'impliquait pas pour autant une référence directe au passé monarchique ou à l'Ancien Régime. Un exemple de rupture avec la tradition monarchique peut se retrouver dans les règles sur l'hérédité. En effet, même si les principaux traits de la loi salique étaient préservés, pour éviter toute éventuelle vacance si NAPOLÉON n'avait pas d'héritiers, l'empereur se voyait conférer une nouvelle prérogative : celle d'adopter son futur héritier<sup>955</sup>. NAPOLÉON renouait avec le pouvoir héréditaire en fondant un Empire avec une princesse de la famille des Habsbourg, mais, comme l'explique F. FURET, « le seul fondement de son pouvoir reste la victoire et la conquête, comme si ce souvenir sans prédécesseur devait sans cesse repayer, par compensation, le prix de son avènement »<sup>956</sup>.

Les rares références historiques se réclamaient d'un passé plus lointain : l'Empire romain et le Saint-Empire romain germanique. Se reflétait ainsi une volonté d'ancrer l'Empire dans

---

<sup>953</sup> Cette affirmation des Consuls, à la lumière des événements et du régime qui allait être mis en place paraissait bien téméraire : « Affirmer, au lendemain d'un coup d'État dirigé par un général contre des Assemblées délibérantes, que la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée, c'était assez de cynisme ». Si symboliquement on cherchait à préserver les acquis révolutionnaires, le texte et la pratique constitutionnelle ne vont pas respecter la propre définition de la Constitution donnée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». (A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, « La Constitution du 22 frimaire de l'an VIII » in *Mélanges A. Décencièrre-Ferrandière, op. cit.*, p. 63-64.)

<sup>954</sup> Ce qui est souvent connu sous le nom de « Constitution de l'an X » n'est en réalité qu'un sénatus-consulte organique visant à modifier la Constitution de l'an VIII. Avec l'arrêté des consuls du 10 mai 1802 et le sénatus-consulte du 2 août 1802, ils permettent le passage du consulat au consulat à vie.

<sup>955</sup> Titre II de la Constitution. Sur ce point v. J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789, op. cit.*, p. 180. Nous pouvons trouver ici un exemple de traditionalisation de la légitimité charismatique (cf. M. WEBER, *Economie et société I. Les catégories de la sociologie, op. cit.*, p. 330).

<sup>956</sup> F. FURET, « Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 8.

un passé glorieux mythifié, dans le renouement avec l'âge d'or de l'empire de Charlemagne. La référence la plus évidente se trouvait dans l'article premier qui donnait à Napoléon le titre d'Empereur<sup>957</sup>, et la reprise, tout au long de la Constitution, du terme « empire » pour qualifier l'organisation de l'État français. Un autre lien avec l'Empire romain germanique se retrouvait à l'article 9 de la Constitution, qui fut modifié par le sénatus-consulte organique du 17 février 1810. Au départ, le prince héritier recevait le titre de « prince impérial ». Nonobstant, après l'annexion de l'État de Rome à l'empire français, l'article 7 du sénatus-consulte organique désignait le prince héritier comme « Roi de Rome »<sup>958</sup>, renouant avec le titre porté par les héritiers désignés du Saint-Empire romain germanique. Le titre V faisait aussi une référence directe à la tradition du Saint-Empire : les grandes dignités de l'Empire (grand électeur, l'archichancelier, le grand-connétable, le grand amiral, l'architrésorier) étaient calquées sur celles qui existaient sous le Saint-Empire<sup>959</sup>.

### (B) *L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815*

Les constitutions impériales, remplacées par la charte de 1814, firent un retour en 1815, une fois Napoléon revenu de son exil. Pour permettre son retour au pouvoir, l'Empereur avait promis la rédaction d'une nouvelle Constitution, œuvre qu'il confia à Benjamin CONSTANT. Nonobstant, pour marquer le lien avec l'empire aboli par la Restauration et la légitimité de la continuité de son pouvoir, il décida, à l'encontre de l'avis de CONSTANT, d'intituler cette nouvelle constitution « Acte additionnel aux constitutions de l'Empire » et de la présenter comme une modification à l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII et les sénatus-consultes des 14 et 16 thermidor an X et du 28 floréal an XII (article premier de la Constitution). En effet, il regardait les Constitutions impériales comme « les titres de propriété de sa couronne et il tenait essentiellement à ne pas les annuler, à ne pas opérer une sorte de novation qui lui donnerait l'air de recommencer un nouveau règne »<sup>960</sup>.

---

<sup>957</sup> Pour renforcer le symbolisme de cet ancrage dans un passé glorieux de la France, Napoléon se fit sacrer, à l'image de Charlemagne, le 2 décembre 1804. Néanmoins, dans cette cérémonie de sacre, nous pouvons retrouver un élément de rupture avec le passé : s'il fut sacré en présence du Pape Pie VII, il ne fut pas couronné par le Pape, mais il se couronna lui-même, et ce sacre eut lieu à la Cathédrale de Notre Dame, et non pas à celle de Reims, comme le voulait la tradition.

<sup>958</sup> L. GOLDSMITH, *Recueil de décrets, ordonnances, traités de paix, manifestes, proclamations, discours de Napoléon Bonaparte et des membres du gouvernement français*, Vol. 4, Londres : Imprimerie R. Juigné, 1813, p. 232.

<sup>959</sup> J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 181.

<sup>960</sup> L. RADIGUET, *L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Caen, 1911, p. 106.

NAPOLÉON « devait choisir entre l'affirmation de la continuité et l'acceptation de la rupture avec le passé »<sup>961</sup>. Ce choix était présent dans le préambule de l'Acte additionnel<sup>962</sup> qui marquait ainsi la volonté du constituant de renouer avec l'Empire, remis en question par la restauration. Il s'inscrivait donc dans une logique d'ancrage dans un passé récent, considéré comme glorieux, comme une étape de stabilité en contraste avec la restauration. Néanmoins, cette Constitution ne s'appliqua que pendant quelques semaines car les défaites militaires de Napoléon conduisirent à une nouvelle abdication et à la remise en vigueur de la Charte de 1814.

### (C) *La Constitution de 1852 et le Second Empire*

En 1848, le neveu de NAPOLÉON I<sup>er</sup>, Louis NAPOLÉON BONAPARTE fut élu le premier président de la II<sup>e</sup> République. Mais, très rapidement, il fut clair que son souhait n'était pas de se maintenir dans un cadre républicain mais de rétablir l'Empire. La tentative d'effectuer ce changement par le biais de la révision constitutionnelle échoua, ce qui conduisit au coup d'État du 2 décembre 1851. La date en soi de ce coup d'État était déjà riche en symboles, car elle marquait l'anniversaire du sacre de NAPOLÉON. Le nouveau régime s'inscrivait alors dans la continuité avec l'empire napoléonien. Louis NAPOLÉON organisa un référendum pour demander au peuple de lui déléguer les pouvoirs nécessaires pour établir une Constitution. Fort d'un résultat positif lors de ce référendum, Louis NAPOLÉON confia la rédaction de cette nouvelle Constitution à une commission.

---

<sup>961</sup> S. RIALS, « La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 3, 1986, p. 174.

<sup>962</sup> « Depuis que nous avons été appelé, il y a quinze années, par le vœu de la France, au gouvernement de l'État, nous avons cherché à perfectionner, à diverses époques, les formes constitutionnelles, suivant les besoins et les désirs de la nation, et en profitant des leçons de l'expérience. Les constitutions de l'Empire se sont ainsi formées d'une série d'actes qui ont été revêtus de l'acceptation du peuple. Nous avons alors pour but d'organiser un grand système fédératif européen, que nous avons, adopté comme conforme à l'esprit du siècle, et favorable aux progrès de la civilisation. Pour parvenir à le compléter et à lui donner toute l'étendue et toute la stabilité dont il était susceptible, nous avons ajourné l'établissement de plusieurs institutions intérieures, plus spécialement destinées à protéger la liberté des citoyens. Notre but n'est plus désormais que d'accroître la prospérité de la France par l'affermissement de la liberté publique. De là résulte la nécessité de plusieurs modifications importantes dans les constitutions, sénatus-consultes et autres actes qui régissent cet empire.

À ces causes, voulant, d'un côté, conserver du passé ce qu'il y a de bon et de salutaire, et, de l'autre, rendre les constitutions de notre empire conformes en tout aux vœux et aux besoins nationaux, ainsi qu'à l'état de paix que nous désirons maintenir avec l'Europe, nous avons résolu de proposer au peuple une suite de dispositions tendant à modifier et perfectionner ses actes constitutionnels, à entourer les droits des citoyens de toutes leurs garanties, à donner au système représentatif toute son extension, à investir les corps intermédiaires de la considération et du pouvoir désirables ; en un mot, à combiner le plus haut point de liberté politique et de sûreté individuelle avec la force et la centralisation nécessaires pour faire respecter par l'étranger l'indépendance du peuple français et la dignité de notre couronne. En conséquence les articles suivants, formant un acte supplémentaire aux constitutions de l'Empire, seront soumis à l'acceptation libre et solennelle de tous les citoyens, dans toute l'étendue de la France ».

La Constitution du 14 janvier 1852 fut publiée accompagnée d'une longue proclamation au peuple français et signée par Louis NAPOLÉON sous son titre de « Président de la République ». Cette proclamation expliquait les principales sources d'inspiration de la nouvelle Constitution et proposait une interprétation de l'histoire récente pour justifier le retour aux institutions impériales. En effet, la proclamation commençait par énoncer la volonté de chercher dans le passé des modèles pour l'organisation du pays, ainsi Louis NAPOLÉON considérait qu'il fallait chercher « quels étaient dans le passé les exemples les meilleurs à suivre, quels hommes les avaient donnés, et quel bien en était résulté ». Il considérait que des trois modèles qu'avait connus la France depuis la Révolution (la République révolutionnaire, l'Empire et la Monarchie constitutionnelle), seul l'Empire avait permis une certaine stabilité, c'étaient donc les institutions impériales qui allaient lui servir de modèle : « J'ai 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 ». Il insistait sur l'héritage de l'Empire, dont de nombreuses institutions perduraient malgré les changements de régime : l'organisation préfectorale, la Banque de France, la Cour de comptes, le code Napoléon, le concordat, l'Institut, la Légion d'Honneur, étaient énumérées parmi d'autres grands acquis de l'époque du Consulat et de l'Empire.

Néanmoins, le texte original de la Constitution de 1852 ne faisait pas de référence directe au passé impérial. La seule référence historique était faite par l'article premier qui consacrait que « La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français ». La Constitution de 1852 se réclamait explicitement comme héritière de la seule Révolution.

C'est par le sénatus-consulte du 7 novembre 1852, déclaré loi de l'État par le Décret impérial du 2 décembre 1852 après un plébiscite, que la dignité impériale fut rétablie, transformant le Président Louis NAPOLÉON BONAPARTE en NAPOLÉON III, Empereur des Français. Entre 1852 et 1870, plusieurs sénatus-consultes ont complété la transformation de la République en Empire. Le 21 mai 1870, après une nouvelle consultation populaire, un sénatus-consulte codifia les différents sénatus-consultes qui avaient modifié la Constitution de 1852 et fixa la Constitution de l'Empire.

Ces modifications de la Constitution s'inscrivaient dans la volonté de renouer avec le passé impérial. L'Empire fut « rétabli »<sup>963</sup> et non pas fondé, et les règles de succession impériales du Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII allaient être respectées<sup>964</sup>. En effet, à la fin des Cent-Jours, NAPOLÉON I abdiqua en faveur de son fils, Napoléon François Charles Joseph Bonaparte qui devint, NAPOLÉON II, Empereur des français. Bien qu'il n'exerça jamais le pouvoir, NAPOLÉON II fut légalement l'Empereur des français durant une courte période<sup>965</sup>, avant le retour sur le trône de Louis XVIII. Avec le rétablissement de l'Empire, Louis-NAPOLÉON BONAPARTE s'inscrivit donc dans cette succession en prenant le nom de Napoléon III, comme l'explique M. PRÉLOT :

« Louis-Napoléon Bonaparte monte sur le trône en tant que fils de Louis et d'Hortense, neveu survivant et héritier légitime de Napoléon 1<sup>er</sup>. Le numératif souligne cette succession. L'Empire est le second, mais l'empereur s'appelle Napoléon III, ne voulant pas passer sous silence le titre régulier, quoique éphémère, du fils du chef de sa famille que les Chambres proclamèrent dans le dernier élan du patriotisme vaincu. Il y a donc un sorte de droit divin napoléonien »<sup>966</sup>.

Nonobstant, la légitimité de NAPOLÉON II comme Empereur, et de la restauration de l'Empire en général, ne se fondait pas uniquement sur l'appel au passé impérial et aux principes de l'hérédité. NAPOLÉON III soumit son accession au trône à un plébiscite. C'était donc le peuple français directement qui accepta le rétablissement de l'Empire et de l'hérédité. Un pont entre la tradition héréditaire et le respect, du moins symbolique, d'une logique représentative issue de la Révolution était ainsi construit.

### (III) Les Chartes monarchiques

Les nombreuses défaites militaires que subit l'armée impériale à partir de 1813 provoquèrent la chute et finalement la déchéance de NAPOLÉON en avril 1814<sup>967</sup>. La fin du Premier Empire marqua une nouvelle crise dans les fondements de la légitimité du régime. Les constitutions suivantes cherchaient à faire « une synthèse entre le principe d'autorité,

---

<sup>963</sup> L'article premier du Sénatus-consulte du 7 novembre 1852 portant modification à la Constitution, disposait que « La dignité impériale est rétablie. Louis Napoléon Bonaparte est Empereur des Français, sous le nom de Napoléon III ».

<sup>964</sup> L'article 5 établissait en effet : « À défaut d'héritier naturel et légitime, ou d'héritier adoptif de Napoléon Bonaparte, la dignité impériale est déférée à *Joseph Bonaparte* et à ses descendants naturels et légitimes, par ordre de progéniture, et de mâle en mâle, à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance ».

<sup>965</sup> La période entre la seconde abdication de Napoléon (22 juin 1815) où il proclama explicitement son fils empereur des Français et l'entrée à Paris de Louis XVIII (7 juillet 1815).

<sup>966</sup> M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 1948, p. 186-187.



hérité de l'Ancien Régime, et la liberté, légué par la Révolutions. [Trois textes constitutionnels] attestent toutefois que la question de la légitimité est loin d'être encore réglée »<sup>968</sup>. Il s'agissait donc de rétablir une certaine légitimité traditionnelle qui, toutefois, retiendrait des éléments de la légitimité rationnelle révolutionnaire. Un double rapport au passé royal et révolutionnaire fut ainsi développé.

#### (A) *Le projet de Constitution sénatoriale du 6 avril 1814*

À la suite de la déchéance de NAPOLÉON, le Sénat impérial fut chargé par les puissances alliées de rédiger un projet de Constitution, projet qui fut publié le 6 avril 1814. Il ne comportait pas de préambule et ne se composait que de 29 articles. Il s'inscrivait dans une volonté de remettre en place la monarchie (l'article premier déclarait ainsi que « Le gouvernement français est monarchique et héréditaire de mâle en mâle, par ordre de primogéniture »), sans pour autant revenir à la légitimité traditionnelle absolutiste, ce qui était confirmé par l'article 2 où il était convenu que le peuple appelait librement au trône Louis-Stanislas-Xavier de France<sup>969</sup> et par l'article 29 qui soumettait la Constitution à l'approbation populaire et l'accès au trône au serment constitutionnel. Le défi pour les Bourbons, revenus au pouvoir, était donc de légitimer leur retour au trône tout en rompant avec l'Ancien Régime, en réinventant une histoire qui ne soit ni celle de l'Ancien Régime, ni celle de la Révolution<sup>970</sup>, mais qui reprenait des éléments de ces deux périodes.

Ce texte fut néanmoins rejeté par Louis XVIII, et les raisons du refus sont résumées par le professeur S. RIALS : « [Les constituants] prétendaient instaurer – et non restaurer – la monarchie traditionnelle, extraordinaire paradoxe dans les termes. Ils se refusaient à la reconnaître ou à la déclarer ; ils voulaient la constituer. C'est ce que Louis XVIII, roi de droit selon le principe de légitimité, depuis près de vingt ans, ne pouvait accepter »<sup>971</sup>. L'idée d'une

---

<sup>967</sup> La déchéance devança l'abdication de l'Empereur, ainsi l'acte d'abdication date du 11-13 avril 1814 tandis que par un décret du 3-4 avril 1814 du sénat conservateur il fut établi que « Napoléon Bonaparte est déchu du trône, et que le droit d'hérédité, établi dans sa famille, est aboli ; cet acte fut confirmé par le corps législatif (4-9 avril 1814).

<sup>968</sup> M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>969</sup> « Quatre mots ou expressions, dans cette phrase pourtant brève, s'acharnent à écarter la notion de légitimité : le 'peuple' est placé au fondement du pouvoir ; il choisit 'librement' son prince ; celui-ci n'était rien avant cet appel et est dit en conséquence Louis-Stanislas-Xavier et non Louis XVIII ; certes il a un lien avec la dynastie anciennement régnante mais ce lien n'a rien à voir avec la loi de succession traditionnelle – Louis XVIII est dit en effet frère et non pas oncle du dernier roi ; Louis XVII, fils du roi déposé, est censé n'avoir jamais existé, n'avoir jamais eu de droits à la succession » (S. RIALS, « La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *op. cit.*, p. 181)

<sup>970</sup> F. FURET, « Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, p. 9.

<sup>971</sup> S. RIALS, « La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *op. cit.*, p. 171.

monarchie instaurée compatible avec une certaine conception de la souveraineté nationale fut néanmoins reprise lors de la rédaction de la Charte de 1830.

### (B) *La Charte constitutionnelle de 1814*

Une nouvelle constitution vit le jour le 1<sup>er</sup> juin 1814, sous le titre de « Charte constitutionnelle ». La question de la promulgation de la Charte était au cœur du problème de la légitimité du régime et de sa relation au passé. D'un côté, une éventuelle soumission du Roi à une Constitution délibérée par les Chambres, impliquait de renouer avec les principes de 1791, mais cette expérience de monarchie constitutionnelle inspirait des mauvais souvenirs et ne permettait pas la mise en place d'un exécutif fort. D'un autre côté, l'octroi d'une Charte par le Roi mettait ce dernier en position de pouvoir, mais faisait aussi un lien direct avec l'Ancien Régime. Une solution de compromis devait être trouvée autour d'une Charte octroyée mais qui fut présentée aux Chambres de représentants. Comme l'expliqua BEUGNOT dans un rapport au roi sur la promulgation de la Charte :

« Le plan proposé par M. le Chancelier a ce rare et très rare mérite d'absorber la Révolution dans la monarchie ; tout ce qu'on oppose à ce plan et qui tiendrait à faire délibérer le Sénat, ou le Corps législatif, ou les collèges électoraux, ou les assemblées primaires, tend au contraire à absorber la monarchie dans la Révolution. Ce mode de publication que Votre Majesté a paru approuver en ma présence n'est susceptible ni de modification ni d'altération, parce qu'il est la rigoureuse conséquence d'un principe rigoureux lui-même. Le roi veut être roi de France, c'est-à-dire successeur de Saint-Louis, d'Henri IV et de Louis XIV : il ne veut pas être roi de la Révolution, c'est-à-dire venir après des hommes que je n'ose plus nommer »<sup>972</sup>.

De plus, le texte reçut le nom de Charte et non pas de Constitution. En effet, « dans l'esprit du monarque et de ses proches, le terme de Charte constitutionnelle s'opposait clairement à l'esprit révolutionnaire. Derrière le vocable de Constitution, c'est en effet le pouvoir constituant de la nation, tel qu'il avait été affirmé par SIEYÈS, qui se profilait. C'est bien à cette idéologie que l'on voulait tourner le dos en 1814 »<sup>973</sup>. Le titre du texte démontrait déjà une volonté de rupture avec certains aspects de la Révolution.

Le texte comportait un long préambule qui démontrait son attachement à la tradition monarchique et le retour à la légitimité issue de la tradition et du droit divin. Le roi était ainsi qualifié par ce préambule de roi de France et de Navarre « par la grâce de Dieu ». Ce retour à la légitimité « consacrée par le temps, considérée comme un facteur de stabilité et d'ordre

---

<sup>972</sup> Cité par P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*, Paris : Fayard, Coll. Les Constitutions françaises, 1994, p. 46-47.

<sup>973</sup> *Ibid.*, p. 50.

[...] est la grande idée qui prévaut sous la Restauration. En dehors d'elle, il n'y a que le chaos révolutionnaire »<sup>974</sup>.

Cette Charte s'inscrivait donc dans une volonté de rupture avec le passé immédiat, la Révolution et l'Empire, afin de renouer avec la tradition monarchique des Bourbon. Comme l'explique Jacques GODECHOT : « Le préambule, rédigé par Beugnot est la partie du texte qui porte le plus le cachet de la 'restauration'. Les royalistes voulurent y montrer qu'ils rejetaient la Révolution et se plaçaient dans la filiation des anciennes institutions monarchiques. C'est pourquoi ils firent rejeter les titres de 'constitution' ou 'd'acte constitutionnel' qui sentaient trop la révolution »<sup>975</sup>.

Plusieurs points de ce texte, en particulier de son préambule, illustraient cette idée de rupture avec la Révolution. Premièrement, l'abandon du calendrier républicain : la Charte était datée « le 4 juin, l'an de grâce 1814 et de notre règne le dix-neuvième »<sup>976</sup>. Plus explicite encore était le cinquième paragraphe du préambule qui établissait que « nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence ». Faute de pouvoir réécrire l'histoire, le Roi voulait effacer du roman national, de la mémoire collective la période révolutionnaire, qui était considérée comme une période de violences, de troubles, comme un « souvenir amer ». Le premier geste était le remplacement des assemblées révolutionnaires par une chambre de députés. Néanmoins le Sénat, créé sous l'Empire, fut maintenu. La rupture était explicite par rapport à la période révolutionnaire, plus nuancée par rapport à l'Empire.

Cette rupture s'accompagnait d'une volonté de renouer « la chaîne des temps » et d'asseoir la légitimité constitutionnelle dans les « monuments vénérables des siècles passés », notamment dans la monarchie héréditaire (« le renouvellement de la pairie »). Pour accroître cette légitimité, le préambule procédait à une réhabilitation de la monarchie en faisant référence à l'œuvre libérale des anciens monarques : de l'affranchissement des communes par Louis le Gros à l'organisation administrative publique engagée par Louis XIV.

Néanmoins, la Charte de 1814 ne cherchait pas à se légitimer comme une héritière directe de la monarchie absolue abolie en 1789. Des éléments marquaient ainsi une distance avec

---

<sup>974</sup> P. BASTID, « L'idée de légitimité », *op. cit.*, p. 5.

<sup>975</sup> J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>976</sup> Louis XVIII fit commencer son règne au moment de la mort de son neveu, Louis XVII, le fils de Louis XVI, le 8 juin 1795. Il s'inscrivait alors dans le plus strict respect des règles dynastiques.

l'Ancien Régime et une reconnaissance de certains acquis révolutionnaires. La position de Louis XVIII restait sur ce point assez ambiguë, la Charte de 1814 pouvait être interprétée de façon plus ou moins conservatrice, en fonction de son commentateur, ainsi si « Louis XVIII rompt avec la lecture 'archaïque' de la tradition, il n'en définit pas pour autant l'interprétation 'moderne' qui pourrait lui être opposée »<sup>977</sup>.

### (C) *La Charte de 1830*

Après le bref intervalle de 1815, la Charte constitutionnelle de 1814 s'appliqua jusqu'en 1830. Cette année-là, Charles X - successeur de Louis XVIII - face à la montée au pouvoir de libéraux, prit une série d'ordonnances afin de rendre le pouvoir à ses partisans conservateurs, les « ultras ». Ces mesures provoquèrent une grande révolte qui amena au pouvoir Louis Philippe, duc d'Orléans, plus favorable aux mesures libérales. Une nouvelle charte fut votée le 14 août 1830. Cette Charte comportait le texte liminaire suivant : « Louis-Philippe, roi des Français, à tous présents et à venir, Salut. Nous avons ordonné et ordonnons que la Charte constitutionnelle de 1814, telle qu'elle a été amendée par les deux Chambres le 7 août et acceptée par nous le 9, sera de nouveau publiée dans les termes suivants : [...] »

Si cette brève introduction ne comportait pas une référence explicite au passé, certains éléments permettent de placer ce texte, du point de vue de son rapport à l'histoire, comme source de légitimation, dans une perspective de continuité institutionnelle tout en affirmant une séparation avec certains éléments du passé récent. L'enjeu pour Louis-Philippe était en effet d'assurer sa légitimité au trône tout en respectant la volonté de changement revendiquée par les libéraux qui avaient permis son accession au pouvoir. En d'autres termes, comment continuer à concilier le principe monarchique avec les acquis de la Révolution tout en justifiant le changement de la branche aînée des Bourbons vers la branche cadette. Cette question allait diviser la classe politique et la doctrine de l'époque, ainsi « la question de la légitimité annonçait, au sein de l'opinion libérale, une fracture durable entre la Résistance, soucieuse, sous l'égide de Guizot, de figer l'histoire dans un état terminal stable – considérant 1830 comme un aboutissement – et le Mouvement, hostile à toute personnalisation du pouvoir, poussant aux réformes – envisageant 1830 comme un simple point de départ »<sup>978</sup>.

---

<sup>977</sup> P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*, op. cit., p. 58.

<sup>978</sup> M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, op. cit., p. 200.

Pour marquer la continuité, la Charte de 1830 était présentée comme un amendement de la Charte constitutionnelle de 1814<sup>979</sup>. La monarchie fut conservée, malgré le changement de branche. Mais, parallèlement, une volonté de rupture s'affirmait dès le texte liminaire: le Roi se présentait comme Roi *des Français* et non pas Roi *de France*, et ne prit pas le nom de Philippe VII<sup>980</sup>. Le texte marqua un retour à la « Royauté révolutionnaire »<sup>981</sup> de 1791.

Le préambule de la Charte de 1814 ne fut pas repris par la Charte de 1830, ce qui permettait d'éliminer les liens symboliques directs avec l'Ancien Régime. Encore plus marquant dans cette volonté de rupture, l'article 67 de la Charte de 1830 proclamait que « La France reprend ses couleurs. À l'avenir, il ne sera plus porté d'autre cocarde que la cocarde tricolore ». La Charte, malgré le fait de maintenir la restauration monarchique, renouait avec l'esprit de la Révolution en gardant un de ses symboles : le drapeau tricolore. De même, les lois de succession au trône ne faisaient plus partie de la Constitution, signe que la souveraineté ne reposait plus sur la restitution de la pairie, mais sur les citoyens, comme le proclamait l'article 66 : « La présente Charte et tous les droits qu'elle consacre demeurent confiés au patriotisme et au courage des gardes nationales, et de tous les citoyens français ». La Charte de 1830 marque certes une restauration, mais elle se fit sans pour autant nier certains acquis de la révolution, pour ainsi tenter de garantir l'adhésion des certaines fractions politiques dans une quête de stabilisation du pouvoir et de l'autorité.

---

<sup>979</sup> L'interprétation peut être poussée encore plus loin pour considérer que la nouvelle charte était en réalité un retour aux principes originels de la Charte de 1814, dénaturés par les réformes entreprises par Charles X. C'est l'interprétation qui ressortait à l'issue de la révolution des Trois Glorieuses, dont le cri de ralliement était « Vive la Charte ». La Charte octroyée en 1814 était alors présentée comme une conquête révolutionnaire. Les rapports entre les deux textes seraient alors interprétés en fonction des sensibilités politiques qui s'opposaient à l'époque : pour les conservateurs, la Charte de 1830 était simplement la restauration de celle de 1814, tandis que pour les libéraux plus radicaux, il y avait une rupture entre les deux textes. (P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*, op. cit., p. 138-145).

<sup>980</sup> D'après la loi fondamentale de succession (abusivement appelée *loi salique*), le trône revient au fils aîné du Roi. Si le Roi n'a pas d'héritier mâle, c'est au frère survivant du Roi qui revient la succession. Si le Roi n'a plus de frères survivants, le Couronne est dévolue à l'aîné de la branche collatérale aînée (v. J. BARBEY, F. BLUCHE et S. RIALS, *Lois fondamentales et succession de France*, op. cit., p. 15). Louis Philippe, faisait partie de la branche des Orléans, issue de Philippe d'Orléans, frère de Louis XIV. S'il voulait s'inscrire dans la continuité de la loi de succession, il aurait du prendre le nom de Philippe VII, puisque le dernier Roi portant comme prénom Philippe fut Philippe VI, qui régna de 1328 à 1350. Mais, dans une volonté de rupture, il préféra de se faire appeler Louis-Philippe I<sup>er</sup>. Néanmoins, après l'avènement de la République, les successeurs de Louis-Philippe allaient reprendre le nom de Philippe VII pour souligner leur ancrage dans la tradition monarchique et réaffirmer leur prétention à la succession de la Maison de France.

<sup>981</sup> M. PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 157. La doctrine et les discours politiques sous la Monarchie de Juillet allaient multiplier les références à différents textes révolutionnaires, en fonction des orientations politiques. Si les conservateurs se réclamaient plus de l'héritage de 1791 et 1814, les libéraux et les radicaux avançaient 1789 et 1793 comme source d'inspiration et de légitimité du régime.

#### (IV) Les constitutions républicaines et les projets constitutionnels de la Résistance et de l'État français

Les premières expériences républicaines de la France furent marquées par les troubles des périodes révolutionnaires et conduisirent vers des régimes autoritaires. Il fallut attendre 1875 pour voir, contre toute attente, surgir une République stable et durable. Cette période républicaine se prolonge jusqu'à nos jours, exception faite de la période de l'État français. Il a été choisi, néanmoins, de regrouper les projets de Constitution de l'État français avec l'étude des constitutions républicaines. Ce rapprochement, qui ne se veut en aucun cas idéologique, permet de voir l'influence de ces projets, ainsi que des projets élaborés dans le cadre de la résistance et de la France libre, dans les constitutions postérieures.

##### (A) *La Constitution du 4 novembre 1848*

À la suite des révoltes de 1848 à Paris, Louis-Philippe fut contraint d'abdiquer et la République fut proclamée le 25 février. Un gouvernement provisoire s'installa dans un climat de révolution populaire qui s'inspirait de la mythologie liée à 1793 et à la première République. Dans une ambiance qui regroupait les *républicains de la veille* avec les *républicains du lendemain* (légitimistes, catholiques, orléanistes déçus qui se concentraient plus sur la défaite de Louis-Philippe que sur l'avènement de la République), qualifié par certains auteurs « d'illusion lyrique »<sup>982</sup>, le régime fut imprégné des principes révolutionnaires à la fois de 1793 et de la Révolution de 1830. En effet, depuis la Révolution de juillet 1830, l'étude de l'histoire révolutionnaire était devenue un moyen de lutter contre l'esprit conservateur ou passéiste de la monarchie restaurée<sup>983</sup>. Un parallèle fut tracé entre 1789 et 1830, et par conséquent entre 1792 et 1848. La monarchie constitutionnelle était alors présentée comme le prélude de la République<sup>984</sup>.

---

<sup>982</sup> L'expression est de P. VIGIER, dans son ouvrage *La Seconde République*, Paris : PUF, coll. Que sais-je, 2001, notamment p. 5-25. Cette expression désigne « la croyance en une ère nouvelle de bonheur et de fraternité entre les classes et les peuples, qui caractérisa les révolutionnaires et les républicains de 1848 » (J. LALOUETTE, *Les mots de 1848*, Toulouse : Presses universitaires du Mirail, 2007, p. 78).

<sup>983</sup> M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République*, Paris : Éd. Du Seuil, Points Coll. Nouvelle histoire de la France contemporaine, 2002, p. 10-11.

<sup>984</sup> « De même qu'il y avait eu 1792 après 1789, l'Histoire menait vers 1848 après avoir préparé 1830, et le régime de Juillet allait périr par l'Histoire après être apparu d'abord comme l'œuvre de l'âge d'or des historiens. Et c'est ainsi que la République, inconnue ou honnie trente ans plus tôt, peut avoir à la veille de 1848, un passé honorable, des partisans, une audience de presse, d'opinion, de tribune, bref une crédibilité. » (*Ibid.*, p. 11-12).

Mais cette vision de continuité révolutionnaire entre la monarchie de Juillet et la République était, avant tout, un discours officiel qui visait à parer les révoltes populaires. Le peuple soulevé dans les barricades n'adhérait pas à cette vision mythifiée des Trois glorieuses et de la monarchie de juillet, comme le montra l'épisode du drapeau rouge, réclamé par le peuple devant l'Hôtel de Ville. En effet, « le drapeau tricolore était bien celui de la première République, mais il a été compromis et souillé par Louis-Philippe ; sous ses plis s'est cachée la fourberie bourgeoise, et pour preuve que tout est changé, la foule demande au gouvernement d'adopter pour la France un pavillon pur »<sup>985</sup>.

L'influence de 1793 ne doit pourtant pas être exagérée, le souvenir de la Terreur qui suivit la Première République était aussi présent dans les esprits, en particulier dans un contexte de révolte populaire. C'est ainsi que le gouvernement provisoire prit des mesures qui visaient à dissocier l'image de la République de celle de la Terreur, notamment par l'abolition de la peine de mort en matière politique<sup>986</sup>, mettant en place l'image de « la République sans guillotine »<sup>987</sup>. De même, lors de la rédaction de la Constitution, le droit de résistance à l'oppression ne fut pas repris dans le préambule de la déclaration des droits de la Constitution de 1848. Le constituant s'inspirait des principes de l'an I, mais il voulait éviter les excès des années de la Terreur<sup>988</sup>.

Les constituants de 1848 ne réussirent pas à s'accorder sur une Déclaration des droits qui serait placée en tête de la nouvelle Constitution. Le préambule était alors une solution de compromis face au manque d'accord sur une déclaration de droits jugée chimérique<sup>989</sup> et dangereuse dans une période de révoltes populaires. Ce préambule définissait les principes généraux de la République nouvellement proclamée. Par rapport à sa relation au passé, le préambule de la Constitution de 1848 s'inscrivait dans une logique de renouement avec un

---

<sup>985</sup> H. GUILLEMIN, *La première résurrection de la République*, Paris : Gallimard, 1967, p. 143.

<sup>986</sup> Par une déclaration provisoire du 26 février 1848, le gouvernement provisoire décréta que « dans sa pensée la peine de mort est abolie en matière politique, et qu'il présentera ce vœu à la ratification définitive de l'Assemblée nationale ».

<sup>987</sup> H. GUILLEMIN, *op. cit.*, p. 156.

<sup>988</sup> « La constitution de la première République, sous sa forme mythique, conserve certes une valeur exemplaire aux yeux de ceux qui sont montés sur les barricades, mais, rapidement, pour la plupart des membres de l'Assemblée constituante, le précédent apparaît dangereux » (J. BART, « Rouvrons 93... » ? in J. BART et. al. (ed.), *La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une république démocratique*, *op. cit.*, p. 18 et 26.

<sup>989</sup> O. BARROT considérait qu'une discussion sur des droits équivalait à se « jeter dans les chimères » (Cité par P. ROLLAND, « De l'art du préambule », *op. cit.*, p. 149). La discussion sur l'opportunité d'une déclaration de droits reprenait des arguments déjà exposés lors de la discussion sur l'opportunité d'une déclaration de droits en 1789 (v. les comptes rendus des débats reproduits par A. BAECQUE Antoine (de), W. SCHMALE et M. VOVELLE, *L'an I des droits de l'homme*, Paris : Presses du CNRS, 1988, 359 p.)

passé considéré comme glorieux, celui de la Révolution française<sup>990</sup>. Cet ancrage révolutionnaire ressortait particulièrement du point IV, qui reprenait la devise révolutionnaire « Liberté, Égalité, Fraternité » comme principe de la République, et de l'article VIII qui renouait avec les « traditions des grandes assemblées qui ont inauguré la Révolution française ». Dans le corps même de la Constitution, des échos étaient faits aux textes révolutionnaires, ainsi l'article 10, voté sans discussion, reprenait mot à mot l'article 6 de la déclaration de 1789<sup>991</sup>.

Si le préambule de la Constitution de 1848 s'inscrivait dans une volonté de renouer avec le passé révolutionnaire, c'était aussi pour marquer une rupture avec les régimes héréditaires qui l'avaient précédé. Comme l'explique P. ROLLAND « [le préambule] marque la rupture politique avec l'Empire et la Monarchie qui n'eurent pas de déclaration car celle-ci est l'institution par excellence qui signifie la République ; et il souligne, par là, la nouveauté et la spécificité de ce régime, garantir effectivement les droits et libertés de l'homme »<sup>992</sup>.

Néanmoins, à la différence de ses devancières, cette rupture avec la monarchie et l'Empire ne se traduisit pas par une condamnation explicite de ce passé récent dans le texte du préambule ou de la Constitution dans son ensemble. Si la République fut proclamée et défendue par les *quarante-huitards*, qui donnaient une vision mythifiée de ce nouveau régime, dans la pratique, les principaux acteurs politiques de la II<sup>e</sup> République étaient plutôt conservateurs, ainsi « la République a fonctionné sans gouvernants républicains, avec des hommes pour qui le régime, non voulu mais subi, était un expédient provisoire, en attendant que les circonstances permettent une restauration monarchique »<sup>993</sup>. Ce réalisme pourrait expliquer l'absence de condamnation ou de rupture expresse avec le passé monarchique et impérial et, *in fine*, le retour du bonapartisme qui scella la fin de la forme républicaine.

### (B) *Lois constitutionnelles de 1875*

Des défaites militaires, en particulier la défaite de Sedan, maquèrent une fois de plus la fin de l'Empire. Mais, contrairement à 1814, et contre les attentes des royalistes, la chute de l'Empire ne donna pas lieu à une restauration, mais à la proclamation de la République à l'Hôtel de Ville, le 4 septembre 1870. Un Gouvernement de la Défense nationale fut formé

---

<sup>990</sup>I. MURAT, *La II<sup>e</sup> République*, Paris : Fayard, 1987, p. 316.

<sup>991</sup>Pour un compte rendu des discussions lors de l'assemblée constituante sur le préambule v. F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris : Fayard, Coll. Histoire des Constitutions de la France, p. 53-62.

<sup>992</sup>P. ROLLAND, « De l'art du préambule », *op. cit.*, p. 152.

<sup>993</sup>M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République*, *op. cit.*, p. 249-250.



mais, face à une révolte populaire et au besoin de négocier un armistice avec les Prussiens, la mise en place d'une nouvelle Constitution devint une question presque secondaire. Une fois l'armistice signé, des élections furent convoquées, et une assemblée à majorité conservatrice, dans laquelle les monarchistes occupaient environ 400 sièges des 675 à pourvoir, fut élue. En effet, le souvenir mitigé qu'avaient laissé les deux premières expériences républicaines ne militait pas en faveur de l'idéal républicain<sup>994</sup>. Les divisions au sein des monarchistes entre les orléanistes qui soutenaient le comte de Paris et les légitimistes partisans de la restauration au trône du comte de Chambord empêchèrent un retour de la monarchie<sup>995</sup>. En 1871, la République se présentait alors comme un « régime d'attente, une solution provisoire appelée à se perpétuer »<sup>996</sup>.

C'est donc dans le cadre d'une assemblée à majorité monarchiste<sup>997</sup>, autour d'une forme républicaine gardée « par défaut » que la Constitution fut discutée. Quatre ans furent nécessaires à l'élaboration du texte fondamental du nouveau régime. Lors de la discussion au sein de l'Assemblée nationale, toute référence à la qualification du régime fut soigneusement écartée des projets et ce n'est que par un amendement, le célèbre amendement Wallon, que la forme républicaine fut abordée : par une référence au mode d'élection du Président de la République, le mot *République* entra dans le texte constitutionnel<sup>998</sup>. Les lois constitutionnelles de 1875 furent alors présentées comme un compromis minimal en faveur de la forme républicaine. La référence républicaine fut neutralisée, séparée de toute référence révolutionnaire pour permettre l'acceptation par les monarchistes et les conservateurs. Ce qui

---

<sup>994</sup> M. DE ROUX, *Origines et fondation de la troisième République*, Paris : Éd. Bernard Grasset, 7<sup>e</sup> éd., 1933, p. 4.

<sup>995</sup> Finalement, toute tentative de restauration échoua à cause d'un symbole : le drapeau. En effet, le duc de Chambord, par une lettre à un journal royaliste, jura sa fidélité au drapeau blanc, car « accepter le drapeau tricolore, c'était pour lui accepter la Révolution française, la souveraineté nationale, le régime parlementaire » ce que empêchait tout ralliement des républicains, même des plus modérés (J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, op. cit., p. 301).

<sup>996</sup> M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, op. cit., p. 289.

<sup>997</sup> Il faut cependant nuancer cette affirmation. En effet, lors des élections partielles tenues le 2 juillet 1871 pour pourvoir 114 sièges vacants, les républicains remportèrent 99 sièges. Dans les élections subséquentes on assisterait à une remontée du bonapartisme et des républicains conservateurs au détriment des monarchistes (pour l'analyse de ces élections et de l'évolution électorale qui permit la consolidation républicaine v. J. GOUAULT, *Comment la France est devenue républicaine. Les élections générales et partielles à l'Assemblée nationale 1870-1875*, Paris : A. Colin, 1954, 241 p.)

<sup>998</sup> Le député WALLON, lors de la défense de son amendement, nuança sa portée : « Messieurs, je ne proclame rien...; je ne proclame rien, je prends ce qui est. J'appelle les choses par leur nom ; je les prends sous le nom que vous avez accepté, que vous acceptez encore... et je veux faire que ce Gouvernement qui est, dure tant que vous ne trouverez pas quelque chose de mieux à faire. Mais, dira-t-on, vous n'en faites pas moins la République ! A cela je réponds tout simplement : Si la République ne convient pas à la France, la plus sûre manière d'en finir avec elle, c'est de la faire. A l'heure qu'il est, la République prend pour elle toutes les bonnes valeurs; et s'il y a quelque mauvais billet, c'est le parti monarchique qui l'endosse : si l'emprunt réussit d'une manière si prodigieuse, c'est que nous sommes en République » (ASSEMBLÉE NATIONALE, Compte rendu de la séance du 30 janvier 1875).

explique, en partie, l'absence de références historiques et symboliques dans les textes constitutionnels qui furent votés en 1875.

Une première rupture avec la tradition constitutionnelle se manifestait par la forme. La loi fondamentale de la III<sup>e</sup> République n'était pas un texte unitaire, mais se présentait sous la forme de trois lois constitutionnelles votées séparément : la loi du 24 février sur l'organisation du Sénat, celle du 25 février sur l'organisation des pouvoirs publics, et celle du 16 juillet sur les rapports entre pouvoirs publics. Même si certains députés s'efforçaient de présenter ces lois dans la continuité d'une tradition républicaine<sup>999</sup>, aucune mention explicite à l'histoire ou à la tradition n'était faite dans ces lois qui traitaient exclusivement d'aspects institutionnels.

Au fur et à mesure que le régime s'implanta, la question de son ancrage historique et symbolique fut abordé, uni à la préoccupation du maintien de la forme républicaine du gouvernement. Par l'article 2 de la loi du 14 août 1884, portant révision partielle des lois constitutionnelles, le §3 de l'article 8 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics fut complétée par la disposition suivante « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet de révision. – Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République ». Une disposition similaire avait été proposée par A. THOURET lors de la discussion de la Constitution de 1848, mais son amendement fut rejeté<sup>1000</sup>. Cette disposition visait à perpétuer la forme républicaine, entrée par la petite porte en 1875, mais qui ne cessait pas de s'enraciner dans la vie politique et institutionnelle. D'ailleurs cette disposition allait être reprise par les Constitutions des IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> Républiques (articles 95 et 89 alinéa 5 respectivement).

---

<sup>999</sup> « DUFAURE le dit expressément à propos de la loi du 16 juillet 1875 : « Chacune des dispositions que nous proposons a ses antécédents dans quelques-unes des dispositions si variées qui depuis plus d'un siècle ont régi notre pays ». Et le rapporteur LABOULAYE constate lui aussi : « La plupart des articles que nous vous proposons de voter sont empruntés à nos constitutions antérieures. Ce sont des règles qui depuis longtemps nous sont connues et qui forment, en quelque sorte, le droit commun des peuples libres. » (M. PRELOT, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 216.)

<sup>1000</sup> « Mon amendement, dit ce républicain, a tout simplement pour but de déclarer la plus grave des incompatibilités, celle de la monarchie et de la république. Je ne veux pas placer dans les premières fonctions de la république ceux qui font valoir leurs prétendus droits ; en un mot, je crois qu'il est impossible que la république place à sa tête des hommes dont les familles ont été ses plus violentes ennemis. » Mais cet amendement fut vivement repoussé « La commission, dit alors le citoyen Coquerel, a pensé qu'une loi contre un homme n'est pas digne de nous. Avec un peuple comme le peuple français, une exclusion est une désignation ; un défi serait une imprudence que nous ne voulons pas commettre » (L. GALLOIS, *Histoire de la Révolution de 1848*, Tome IV, Paris : Naud et Gorju éditeurs, 1850, p. 221-223).

Les chambres décidèrent aussi de prendre certaines mesures pour donner un ancrage symbolique à la République et pour renouer avec la tradition révolutionnaire<sup>1001</sup> : l'adoption de la *Marseillaise* comme hymne national par la loi du 14 février 1879, le retour du siège des chambres à Paris en 1879, et la fixation de la fête nationale le 14 juillet en commémoration de la fin de l'Ancien Régime par la loi du 6 juillet 1881. Néanmoins, les débats pour l'adoption de ces mesures symboliques reflétaient le difficile compromis entre monarchistes et républicains autour de la légitimation historique du régime et sa relation avec les régimes antérieurs. Le débat engagé lors de la séance du 14 février 1879, à la Chambre des députés, est un exemple de la difficulté de concilier les différents legs du passé :

« M. de LA ROCHEFOUCAULD, duc de Bisaccia. Nos pères ont été guillotins à ce chant-là.  
M. BARODET. Nous n'avons guillotiné personne.  
M. LOUIS LE PROVOST DE LAUNAY. On a fait la Commune avec ce chant-là.  
M. BARODET. On a sauvé la patrie avec ce chant-là.  
M. le président, après quelques observations, conclut en demandant à la Chambre de cesser des interpellations qui sont « un véritable anachronisme dans les deux sens » (Approbation sur un grand nombre de bancs).  
M. DE TILLANCOURT. L'empire a fait chanter La Marseillaise par les troupes en 1870.  
M. LOUIS LE PROVOST DE LAUNAY. On refera la Commune au chant de La Marseillaise ! »

Plusieurs projets de résolution furent aussi présentés au Parlement dans le but de compléter les lois constitutionnelles par une déclaration de droits. Ces différentes résolutions impliquaient une référence plus ou moins directe aux déclarations de droits révolutionnaires, en particulier à celle de 1789. Par un projet présenté lors de la séance du 28 janvier 1903, un groupe de députés proposa de modifier l'article 1<sup>er</sup> de la loi constitutionnelle relative à l'organisation des pouvoirs publics en y insérant comme premier paragraphe la disposition suivante : « Les droits de l'homme et du citoyen, proclamés dans la Déclaration des droits de la Constitution du 14 septembre 1791, sont la base du droit public des Français et sont garantis par la Constitution. Le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice de ses droits »<sup>1002</sup>. Mais ces différents projets, comme le démontraient leur exposé de motifs, cherchaient plutôt à donner un contenu en droits et libertés aux lois constitutionnelles de 1875 et à permettre un contrôle de constitutionnalité<sup>1003</sup>, fortement inspiré du modèle américain, plus qu'à rappeler l'ancrage des lois constitutionnelles dans la tradition révolutionnaire. Néanmoins, d'autres exposés de motifs justifiaient l'inscription d'une déclaration des droits ou d'une référence à la Déclaration de 1789,

---

<sup>1001</sup> J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 328.

<sup>1002</sup> CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Documents parlementaires*, annexe n° 711, 1903, p. 99.

<sup>1003</sup> CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Documents parlementaires*, annexe n° 712, 1903, p. 99-102.

qualifiée de « premier monument de notre droit politique moderne »<sup>1004</sup>, au nom de « la tradition de notre droit constitutionnel français »<sup>1005</sup>.

Face à la difficulté de trouver un passé commun pour donner une légitimité historique à la III<sup>e</sup> République, une mythologie fut créée autour de la notion de *République*, afin de donner au régime son propre héritage. La pérennisation de la République, conçue au départ comme une solution temporelle, s'enracina et devint le principal apport de cette période. Comme l'explique F. FURET : « Ainsi la politique française a-t-elle finalement permis en 1875 un bricolage presque burkéen, par où la Révolution s'installe dans la durée [...] Circonstanciels, ces textes ne réglaient rien ou presque des problèmes proprement constitutionnels légués par la tradition révolutionnaire : on le verra au siècle suivant, le nôtre. Mais ils permettaient à la République de rentrer dans son héritage, pacifié par le suffrage universel, et bientôt magnifié par l'école »<sup>1006</sup>. En masquant l'héritage révolutionnaire pour permettre un compromis avec les monarchistes, une nouvelle référence prit sa place : celle de l'idéal républicain, qui fut repris par les régimes suivants, notamment grâce à la figure des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>1007</sup>.

### (C) *Projets de constitution de Vichy*

Après la défaite militaire de la France à la fin du printemps de 1940, une Assemblée Nationale privée de quorum par l'absence de plus 300 représentants vota, le 10 juillet 1940, par 569 contre 80, une loi constitutionnelle qui donnait les pleins pouvoirs au maréchal PÉTAIN, « à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle Constitution de l'État français. Cette Constitution devra garantir les droits du Travail, de la Famille et de la Patrie. / Elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées ».

Cette Constitution ne fut jamais promulguée mais, durant la période de l'État français, plusieurs projets constitutionnels virent le jour<sup>1008</sup>. Deux projets furent rédigés dès 1941 : un

---

<sup>1004</sup> CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Documents parlementaires*, annexe n° 2940, 1909, p. 253. Ce projet fut repris à l'identique et présenté en séance le 12 janvier 1911 (CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Documents parlementaires*, annexe n° 667, 1911, p. 46-48), puis lors de la 2<sup>e</sup> séance du 17 mars 1917 (CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Documents parlementaires*, annexe n° 1498, 1925, p. 442-446).

<sup>1005</sup> *Loc. cit.*

<sup>1006</sup> F. FURET, « Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, p. 13.

<sup>1007</sup> « L'idéal républicain débordait de toutes parts le simple idéal constitutionnel. Sans cesse il était question de légalité républicaine, de défense républicaine, de libertés républicaines, etc., comme si la référence explicite à la loi fondamentale était privée de charge affective et se trouvait réservée principalement aux acteurs de la partie politique » (G. LE BUEGUEC, « Les Français et leurs Constitutions », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 117).

<sup>1008</sup> Nous prenons comme base pour notre étude la compilation faite par la thèse de E. LE FLOCH, *Les projets de constitution de Vichy (1940-1944)*, Thèse de doctorat : Droit : Université Panthéon Assas (Paris II), 749 p, ainsi

projet rédigé par le garde des Sceaux Joseph BARTHÉLÉMY et un autre par une commission spéciale du Conseil d'État. À partir de la fin 1942 la commission de la Constitution du Conseil national s'attaqua à la rédaction d'un projet qui connut plusieurs versions (désignés *tirages*). Une version assez aboutie allait même être présentée à la Nation par le Maréchal PÉTAIN le 12 novembre 1943, mais l'occupant allemand s'opposa à cette présentation. Ces différents projets avaient en commun la volonté de traduire en termes constitutionnels la Révolution nationale préconisée par PÉTAIN et de marquer une rupture avec la III<sup>e</sup> République, dont les déficiences institutionnelles étaient souvent pointées du doigt comme responsables de la débâcle française.

Des différents projets, seul celui de BARTHÉLÉMY comportait un préambule. Celui-ci faisait référence à la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 comme fondement de la continuité constitutionnelle et ne faisait qu'une mention assez vague au contexte historique en proclamant « Après avoir mesuré les malheurs de la patrie, considéré ses besoins, et pour en assurer, dans la paix internationale et la concorde intérieure, le relèvement nécessaire. / Promulguons la constitution ci-dessous, qui sera la grande charte des temps de dure épreuve et de forte espérance ».

Les autres projets, s'ils s'inscrivaient dans une démarche réactionnaire, ils ne revendiquaient pas, comme source de légitimation du nouveau régime, un passé qui pourrait correspondre à une période ou un fait historique précis mais faisaient plutôt des références vagues à des concepts ou des idées considérées comme exemplaires. Ces références se retrouvaient avant tout dans les premières versions du projet constitutionnel de la Commission, ainsi que dans celui du Garde des sceaux, et elles se rattachaient à une conception assez particulière de la *patrie*. En effet, « les rédacteurs ont ici mélangé les deux notions, en transformant la nation révolutionnaire de 1789 en une nouvelle entité plus proche des canons de la Révolution nationale par incorporation de la patrie »<sup>1009</sup>. Par exemple, l'article 9 du projet de BARTHÉLÉMY disposait « La Patrie est la nation unie à sa terre, avec son passé de gloires ou de deuils éprouvés en commun et, pour son avenir, exigeant de tous amour, dévouement, sacrifice ». Mais ces dispositions ne furent pas reprises par la dernière version du projet, qui, dans son titre préliminaire, ne reprit que des dispositions relatives aux droits et devoirs des citoyens et de la puissance publique.

---

que la dernière version du projet constitutionnel qui allait être présenté par Pétain en novembre 1943 retranscrit par J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789, op. cit.*, p. 343-355.

<sup>1009</sup> *Ibid.*, p. 113.

L'ancrage dans le passé restait très vague, et il était complété par le recours à un fondement sur les principes de la Révolution nationale<sup>1010</sup>. La loi constitutionnelle de 1940 faisait, certes, une référence directe à la devise de cette Révolution « Travail, Famille, Patrie », mais elle n'était pas reprise dans les textes des projets qui ne mentionnaient même pas le terme de *Révolution nationale*<sup>1011</sup>. De plus, aucune mention n'était faite au caractère charismatique de celui qui était présenté, à l'époque, comme le « sauveur » de la France : le maréchal PÉTAÏN. À la différence des régimes autoritaires contemporains, Vichy n'instaura pas, dans le texte constitutionnel, un culte de la personnalité de son chef.

Les différents projets traduisaient, néanmoins, une volonté de rupture avec les régimes antérieurs et avec certaines valeurs véhiculées par les constitutions précédentes. Le maréchal PÉTAÏN, lors d'une adresse au groupe de travail de la Commission pour la réforme de la Constitution, affirma ainsi :

« Je vous ai rappelé que les malheurs de la patrie sont venus avant tout d'un individualisme excessif, d'une fausse conception de la liberté d'un fléchissement de la conscience nationale remplaçant trop souvent le respect du devoir par la revendication des droits [...] Je vous ai indiqué que tirant les leçons du passé, la constitution doit avant tout restaurer, dans tous les domaines l'autorité et la hiérarchie. Elle doit d'autre part réagir contre l'individualisme, en s'attachant à organiser et articuler les éléments sociaux composant la nation sous le triple signe de la famille, du travail et de la patrie »<sup>1012</sup>.

Les différents projets traduisaient premièrement une rupture avec la III<sup>e</sup> République<sup>1013</sup>, marquée par l'abandon du régime parlementaire au profit d'un régime autoritaire sans séparation de pouvoirs (mais avec un système de spécialisation de fonctions). Puis, ils marquaient aussi une rupture avec certains principes révolutionnaires, notamment avec la prééminence des libertés individuelles. Ainsi, dans des nombreux projets, l'idée d'une déclaration de droits n'était pas reprise et, dans ceux qui comportaient un texte de ce type, dont le projet du Conseil d'État, les devoirs étaient placés en amont. Les libertés individuelles avaient une place subsidiaire par rapport aux principes collectifs et corporatifs. Les différents projets soulignaient, de même, une rupture avec l'idéologie communiste, symbolisée par la disposition V du Titre Préliminaire du 6<sup>e</sup> tirage du Projet de la Commission qui proclamait «

---

<sup>1010</sup> Comme le résume J. BOUGRAB dans sa thèse : « le rôle du Conseil d'État [en en général des différents rédacteurs de projets constitutionnels] était donc de mettre en forme dans un texte normatif des principes assez vagues reflétant la prétendue pensée constitutionnelle du maréchal Pétain » (J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 167.)

<sup>1011</sup> Ceci pourrait s'expliquer, en partie, par l'absence de systématisation des fondements idéologiques de cette Révolution nationale.

<sup>1012</sup> Archives nationales, 2AG 645. Cité par J. BOUGRAB, *op. cit.*, p. 172.

<sup>1013</sup> Comme l'explique l'historien R. PAXTON « la III<sup>e</sup> République a perdu sa légitimité. Aucun régime moderne n'a survécu en France à une défaite militaire, et même l'Ancien Régime fut mortellement blessé par les revers de la guerre de Sept ans » (R. PAXTON, *La France de Vichy*, Paris : Seuil, collection Points Histoire, 1997, p. 63).

La lutte de classes est incompatible avec un État organisé. Employeurs et salariés doivent se sentir solidaires d'un œuvre commune ». Les projets de Vichy, sans faire des mentions directes au passé, traduisaient une volonté de rompre avec certains acquis de l'histoire récente tout en renouant avec une tradition ancrée sur une vision idéalisée de la France pétainiste et de sa maxime de *travail, famille, patrie*.

#### (D) *Projets de la Résistance et de la France libre*

La réflexion sur la modernisation des institutions de la III<sup>e</sup> République et sur la réforme constitutionnelle en général ne fut pas l'apanage du gouvernement de Vichy durant la période de l'Occupation<sup>1014</sup>. En zone sud, à Londres, à Alger ou dans la clandestinité, de nombreux membres de la Résistance se consacrèrent à préparer les institutions de l'après-guerre et à prolonger les réflexions sur la réforme de l'État menées à partir des années 1930. Si ces projets n'entrèrent jamais en vigueur, ils influencèrent la rédaction des constitutions de 1946 et 1958, et ils furent expérimentés dans le cadre de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger et du Gouvernement provisoire de la République française<sup>1015</sup>.

Malgré le fait de constituer un ensemble épars et non systématisé<sup>1016</sup>, certaines idées communes peuvent être repérées dans les projets de la Résistance, notamment sur le positionnement par rapport à l'histoire et sur la nécessité ou non d'établir une déclaration des droits, ainsi, en suivant D. GROS, il est possible de constater que :

« Malgré la diversité des projets, une préoccupation commune se fait jour parmi les résistants : il faut restaurer la tradition républicaine de 1793-1848-1875. La date fondatrice de 1789 est souvent invoquée, comme si la vertu républicaine avait absorbé, rétroactivement les années ultimes de la monarchie, à compter de la Déclaration des Droits de l'Homme. Quoi qu'il en soit, la référence unanime recouvre trois positions politiques, qui peuvent se combiner dans les projets, mais qui demeurent bien distinctes : socialistes et communistes se réfèrent plus volontiers à 93, les uns pour la déclaration des droits, les autres pour le régime conventionnel. Le M.R.P. et les républicains modérés songent plutôt à 1848 ; les mêmes songent également à 1875 pour le bicamérisme et les mécanismes parlementaires ; les radicaux ne songent qu'à 1875, mais ne négligent pas – pour leur plaidoyer – les accents montagnards »<sup>1017</sup>.

---

<sup>1014</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>1015</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1016</sup> Prenant en compte le contexte de rédaction de ses projets, nombreux d'entre eux mêlaient projet politique et appel à la résistance ou à la révolte contre l'occupant, comme l'explique H. MICHEL « Il n'est pas sûr que toutes les idées politiques de la Résistance aient eu une très grande importance pour les Résistants, y compris ceux qui les ont exprimées ; pas plus qu'un chef dont le but est avant tout de maintenir le moral de ses troupes n'accorde foi entièrement aux slogans rassurants qu'il a mis en circulation » (H. MICHEL, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH (éd.), *Les idées politiques et sociales de la Résistance : documents clandestins*, Paris : PUF, 1954., p. 11).

<sup>1017</sup> D. GROS, « L'influence de la Constitution de l'an I sur la rédaction du projet de Constitution du 19 avril 1946 » in J. BART, et. al. (éd.), *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français*, op. cit., p. 380.

Tous les projets de la Résistance ne se présentaient pas sous la forme stricte d'un projet de Constitution structuré et numéroté, certains n'étaient que l'exposé de la pensée constitutionnelle de son auteur, des principaux traits du régime à venir ou des institutions à mettre en place<sup>1018</sup>. D'autres projets ne présentaient que les dispositions numérotées, sans préambule ou déclarations de droits en introduction, c'est le cas du premier projet de constitution d'A. PHILIP présenté à Londres en 1942. Ce dernier compléta néanmoins sa réflexion à la Libération, dans un article publié dans *Les Cahiers politiques* en août-septembre 1945 sous le titre « Thèses pour servir à la discussion sur la future Constitution », où il insista sur la nécessité d'une Déclaration de droits qui « ne doit pas être une simple reproduction de celle de 1789. Elle doit ajouter aux libertés politiques des libertés économiques telles qu'elles ont été définies par les Constitutions modernes, en particulier dans la Constitution soviétique »<sup>1019</sup>.

En revanche, le projet du Comité général d'études de 1943, publié dans *Les Cahiers Politiques* en octobre 1945, était un projet de constitution complet et structuré. Il s'ouvrait par un titre premier qui consacrait les droits des citoyens. Il s'agissait d'une énumération de droits et des libertés intégrée directement au corps de la Constitution, ce qui présentait l'avantage de trancher le débat sur sa valeur juridique. Ce titre premier s'inspirait fortement de la Déclaration de 1789, s'inscrivant ainsi dans une logique d'ancrage dans l'héritage révolutionnaire. Par exemple, l'article premier<sup>1020</sup> reprenait les articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789, l'article 2<sup>1021</sup> reprenait l'article 10, l'article 9<sup>1022</sup> faisait écho au sixième article de 1789. Curieusement, ce titre premier commençait par un article relatif à la présomption d'innocence et au principe de légalité en matière pénale, ce qui pourrait s'expliquer par le contexte de l'occupation nazie et ses détentions arbitraires.

---

<sup>1018</sup> C'est le cas notamment du projet de M. DEBRÉ publié dans *Les Cahiers politiques* en avril 1944, du projet de Jules MOCH remis au Général de Galle en avril 1944, de celui de J. JEANNENEY rédigé en 1943 et publié dans *Les Cahiers politiques* en janvier et avril 1946 ou du projet de F. GOUIN rédigé en marge de son travail dans la section de la réforme de l'État.

<sup>1019</sup> Cité par J-E. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, Paris : La documentation française, 1998, p. 233.

<sup>1020</sup> « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

<sup>1021</sup> « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions politiques ou religieuses, pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public ».

<sup>1022</sup> « La loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Les citoyens sont donc tous égaux en droits. Ils sont également admissibles à tous les emplois publics sans autre motif de préférence que leur mérite, et suivant les conditions qui seront fixées par les lois ».



Le projet du groupe Défense de la France, association résistante formée principalement d'étudiants, fut publié clandestinement en 1944. Il s'agissait aussi d'un projet complet et structuré de Constitution qui s'ouvrait par une Déclaration des droits largement inspirée de la Déclaration de 1793 et une Déclaration de devoirs qui faisait écho à sa devancière de 1795. L'influence de 1793 se manifestait d'abord par la longueur de la déclaration : 40 articles (contre 35 articles en 1793). Une grande partie des articles du projet reprenaient en essence la rédaction et la structure de 1793, tout en la modernisant. Ainsi l'article premier<sup>1023</sup> reprenait son homologue de 1793, sauf qu'en 1944 le but de la société n'était plus le bonheur commun mais l'amélioration de la condition humaine. L'article 2<sup>1024</sup> reprenait l'idée d'énoncer les droits inaliénables, auxquels sont rajoutés, par rapport à 1793, l'égalité, la liberté, la sûreté et la propriété, l'instruction, le travail, les loisirs, l'assistance et la résistance à l'oppression. De son côté, la Déclaration des devoirs reprenait plusieurs éléments de celle de la Constitution de l'an III. En particulier, l'introduction<sup>1025</sup> de cette déclaration transcrivait presque mot à mot l'article premier de 1795, mais en 1944 le « législateur » fut remplacé par le « gouvernant ». Néanmoins, les autres devoirs du projet de 1944 étaient plus en lien avec le contexte historique. Ils traduisaient une approche plus sociale des droits et ne reprenaient pas le ton moralisateur de 1795.

Le projet de l'Organisation civile et militaire publié dans les *Cahiers* de l'organisation entre 1942 et 1943 ne se présentait pas comme un projet structuré mais plutôt comme une réflexion sur les fondements de la Constitution. Dans cet exposé, la volonté de s'inscrire dans l'héritage révolutionnaire apparaissait à plusieurs reprises. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 était considérée comme posant les principes de tout gouvernement démocratique moderne, et le projet prétendait la garder comme « la base et l'inspiratrice de la nouvelle Constitution »<sup>1026</sup>. Néanmoins ce projet ne se réclamait pas héritier de la mythique Constitution de 1793, puisqu'il considérait que « La Constitution de 1793, malgré son aspect de révolution totale avait perpétué certaines erreurs de l'ancien régime »<sup>1027</sup>.

---

<sup>1023</sup> « Le but de la société est l'amélioration de la condition humaine. Le gouvernement est institué pour assurer à l'homme la jouissance de ses droits d'être libre et pour lui permettre de vivre en paix avec ses semblables. »

<sup>1024</sup> « Les droits de l'homme vivant en société sont la liberté, la sûreté, la propriété, l'instruction, le travail, les loisirs, l'assistance et la résistance à l'oppression. »

<sup>1025</sup> « La Déclaration des droits contient les obligations des gouvernants. Le maintien de la société demande que ceux qui la composent, connaissent et remplissent leurs devoirs. »

<sup>1026</sup> Texte reproduit par J-E. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, op. cit., p. 88

<sup>1027</sup> *Ibid.*, p. 82.

Le projet de charte politique de V. AURIOL, écrit et communiqué à Londres en 1942 mais qui ne fut publié qu'après la Libération, faisait référence à l'histoire constitutionnelle de la France pour tirer les leçons des erreurs du passé. Par exemple, à propos de l'organisation du pouvoir exécutif, il considérait que « Nos grands conventionnels avaient prévu l'élection de l'exécutif par le peuple lui-même. Leurs Constitutions de 1793 ne furent jamais appliquées : la girondine disparut dans les triomphes sanglants de la Terreur ; celle du Comité de salut public s'écroula avec ROBESPIERRE. Le fâcheux précédent de 1848 et les espoirs des royalistes en une monarchie constitutionnelle aboutirent en 1875 à la création du Président fantôme »<sup>1028</sup>.

Le projet de P. BASTID, rédigé entre 1942-1943 et publié en août 1945 dans *Les Cahiers politiques*, comportait un court Préambule qui reprenait la devise révolutionnaire « Liberté, Égalité, Fraternité », et déclarait que « les grands principes proclamés en 1789 dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dominant sa Constitution et ses lois ». Il s'inscrivait ainsi de façon classique dans l'héritage révolutionnaire de 1789. Au contraire, A. HAURIUO, exposait dans son ouvrage *Le socialisme humaniste de la Résistance* publié à Alger en 1944, un projet de Constitution où il exposait la nécessité d'une déclaration de droits qui se démarquerait des modèles historiques de la Révolution et du XIX<sup>e</sup> siècle pour prendre en compte les défis contemporains : « c'est pour cette raison que nous ne pensons pas qu'il soit possible de reprendre la Déclaration de 1789 ou celle de 1848, malgré leur valeur humaine »<sup>1029</sup>. Il proposait une déclaration qui laissait une grande place aux droits sociaux, en contraste avec les modèles historiques plus centrés sur les droits et libertés individuels et politiques.

La section de réforme de l'État du gouvernement de la France libre à Londres fut chargée de débattre sur la question des droits de l'homme. Elle proposa le 3 mai 1943 un projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui reprenait des nombreux articles de la Déclaration de 1789 ainsi que son préambule<sup>1030</sup> mais qui la complétait avec des droits

---

<sup>1028</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>1029</sup> Cité par J-E. CALLON, *op. cit.*, p. 180.

<sup>1030</sup> Le préambule du projet de Déclaration établissait, reprenant en grande partie celui de 1789 : « Le peuple français, convaincu que le mépris et l'oubli des droits de l'homme sont les pires causes des malheurs du monde, a résolu exposer dans une déclaration solennelle ces droits inaliénables et sacrés, afin que tous les citoyens, pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de tout institution sociale, ne se laissent jamais opprimer et avilir par la tyrannie, et que les progrès de la raison et de la science ne soient pas utilisés pour l'asservissement et la destruction de l'individu, mais qu'ils aient pour effet de délivrer l'homme de la misère et de la souffrance évitable. [Cette dernière phrase ne correspond pas au préambule de 1789 et répond plus au

sociaux et des références au contexte historique de la Seconde Guerre mondiale, notamment avec la condamnation de l'utilisation de la raison et de la science pour « l'asservissement et la destruction de l'individu » dans le préambule de la Déclaration.

Pour compléter la réflexion constitutionnelle, le gouvernement de la France libre créa, en janvier 1944 à Alger, une Commission d'études de la réforme de la Constitution. Un rapport fut remis au général de Gaulle en avril 1944. Ce rapport insistait sur la nécessité d'une Déclaration des droits pour rompre avec les années d'occupation : « La France vient en effet de vivre des années de servitude où ses croyances fondamentales ont été bafouées, ses libertés foulées aux pieds. Il est nécessaire que sa renaissance soit marquée par une affirmation solennelle des principes qui définissent sa démocratie et que chaque Français accepte comme commune mesure par-delà toutes les divergences politiques »<sup>1031</sup>. Comme pour la majorité des projets de la Résistance, le modèle pour cette Déclaration fut celle de 1789, complétée par des droits économiques et sociaux.

### (E) *Projet de Constitution du 19 avril 1946*

Une fois la France libérée de l'occupant allemand, l'épineuse question du rétablissement de la légalité républicaine et de la continuité constitutionnelle devait être résolue. Deux options s'offraient au gouvernement provisoire : considérer que les lois constitutionnelles de 1875 étaient encore en vigueur et qu'il fallait donc mettre en place un gouvernement suivant les prescriptions de ces lois ou bien convoquer une assemblée constituante pour rédiger une nouvelle Constitution. Le gouvernement provisoire opta pour donner ce choix au peuple français qui fut consulté par référendum sur deux questions :

« Voulez-vous que l'Assemblée élue ce jour soit Constituante ? »

« Si le corps électoral a répondu oui à la première question, approuvez-vous que les pouvoirs publics soient, jusqu'à la mise en vigueur de la nouvelle constitution, organisés conformément au projet de loi ci-contre ? »<sup>1032</sup>

Les français votèrent « oui » aux deux questions, ce qui impliquait le rejet des lois constitutionnelles de 1875 et la rédaction d'une nouvelle Constitution. L'Assemblée constituante s'était mise d'accord sur le principe de faire précéder la future constitution d'une

---

contexte historique de la Seconde Guerre mondiale] En conséquence, il proclame la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

<sup>1031</sup> Cité par J-E. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, op. cit., p. 207.

<sup>1032</sup> Ordonnance n° 45-1836 du 17 août 1945, instituant une consultation du peuple français par voie de référendum et fixant le terme des pouvoirs de l'Assemblée consultative provisoire.

déclaration de droits introduite par un Préambule<sup>1033</sup>, reprenant ainsi la tradition révolutionnaire des déclarations de droits. Néanmoins, les constituants avaient aussi pris la décision de compléter les principes révolutionnaires par des droits économiques et sociaux, reprenant l'idée des projets rédigés par les différents groupes de la Résistance. Le projet était ainsi de « rompre avec un passé proche sans rien renier de l'histoire »<sup>1034</sup>. Le retour des références au passé marque aussi le retour à la tradition du « pacte constitutionnel » en rompant avec la conception purement institutionnelle des lois constitutionnelles de 1875. Il est donc possible de retrouver un « souci de l'enracinement de la loi fondamentale et de la réconciliation du peuple avec ses institutions [...] Une page, celle du pur empirisme institutionnel, est tournée »<sup>1035</sup>. Face à la tâche de la reconstruction après la guerre et l'Occupation, la Constitution se devait d'avoir un contenu axiologique et ne pas se limiter à être un texte technique, pour ainsi pouvoir prétendre à un rétablissement de la légitimité républicaine.

Lors de la discussion en séance plénière, la question de savoir s'il fallait reprendre intégralement la déclaration de 1789 démontrait l'importance du rapport au passé dans la mise en place des fondements du nouveau régime. Pour certains constituants, notamment les députés communistes, il fallait rompre avec le passé pour mettre l'accent sur « l'originalité de la période et son caractère proprement sans précédent »<sup>1036</sup> et sur la nécessité de proclamer des nouveaux droits<sup>1037</sup>. Pour une autre partie, dont É. HERRIOT, il fallait maintenir le texte de la déclaration de 1789 :

« La commission a largement rempli son devoir. Tout en maintenant les idées de 1789 elle a voulu y ajouter les idées empruntées au temps nouveaux. Mais pour réaliser cette œuvre, deux méthodes s'offraient. [...] La première méthode consistait à abolir la déclaration de 1789 et celle de 1793. C'est la méthode que la commission a choisie.

---

<sup>1033</sup> Le principe d'une déclaration des droits est adoptée dès le 10 janvier 1946 (*Séances de la Commission de la Constitution*, p. 167 et ss cité par G. GUGLIEMI, « Débattre d'un... et écrire le... Préambule » in CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : Presses Universitaires de France, 1996, p. 57).

<sup>1034</sup> J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux ? », in CURAPP *op. cit.*, p. 132.

<sup>1035</sup> G. LE BUEGUEC, « Les Français et leurs Constitutions », *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>1036</sup> S. WOLIKOW, « Les communistes et 1793 : de la culture politique à la prospective constitutionnelle en 1945-1946 », in J. BART et al. (éd.), *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français*, *op. cit.*, p. 375.

<sup>1037</sup> Le caractère novateur des droits qui allaient être repris par la Déclaration du projet d'avril fut contesté par des constituants, qui ne voyaient dans ces nouveaux droits que des applications des droits et libertés déjà proclamés dans les différentes déclarations révolutionnaires (v. l'intervention au débat du député A. MARIE, ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, 2<sup>e</sup> Séance du 12 mars 1946, *Journal Officiel*, n°23, 13 mars 1946, p. 672).

L'autre méthode, celle que je défends, celle pour laquelle j'interviens à cette tribune, consiste à maintenir les textes de 1789 en les complétant.

C'est en effet, je crois – je vais tenter de le démontrer- une grande imprudence et, si j'ose dire, une certaine présomption de vouloir mettre à terre un monument aussi important et aussi respectable que la déclaration de 1789 »<sup>1038</sup>.

Il y avait donc une opposition entre deux conceptions de la Déclaration de 1789, entre deux façons d'analyser sa portée, « l'une "absolutiste", l'érigeant en socle durable et permanent des droits de l'homme, l'autre "relativiste", y voyant plutôt le reflet d'une époque et préconisant son dépassement »<sup>1039</sup>. Si la Déclaration de 1789 ne fut pas reprise purement et simplement par le projet qui fut finalement soumis au référendum<sup>1040</sup>, la nouvelle Déclaration commençait par une référence non seulement à la déclaration de 1789, considérée comme la « charte de sa libération », mais aussi aux déclarations de 1793, 1795 et 1848<sup>1041</sup>. Les constituants posaient solennellement ces quatre dates comme actes fondateurs, mais, en même temps, ils marquaient une rupture avec la tradition de 1789 qui ne correspondait plus à la réalité de 1946 où « il était nécessaire de consacrer les droits des travailleurs après que 1789 eût proclamé les droits de la bourgeoisie »<sup>1042</sup>.

Les membres de la première assemblée constituante de 1946 se considéraient, d'une certaine façon, comme des révolutionnaires qui voulaient rompre avec le régime antérieur jugé illégitime. Pour accomplir cette révolution il fallait, en même temps, rompre avec le passé et trouver une nouvelle référence pour fonder le régime. Cette nouvelle référence serait l'appel à l'*esprit* révolutionnaire (à défaut de reprendre les *principes* révolutionnaires jugés

---

<sup>1038</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, Séance du 8 mars 1946, *Journal Officiel*, n°22, 9 mars 1946, p. 636. Une troisième voie était aussi possible, c'était celle de « respecter les textes historiques et à y ajouter, dans une sorte d'annexe ou de complément », c'est cette méthode qui fut suivie par Herriot et d'autres députés du Parti républicain, radical et radical-socialiste qui présentèrent un contre-projet de préambule qui débutait par « Les droits de l'homme 'droits naturels, inaliénables et sacrés' ont été inscrits dans la Déclaration de 1789/ Les principes en ont été confirmés et étendus dans le projet de Robespierre adopté par les Jacobines en avril 1793, et par la seconde Déclaration de droits, votée par la Convention nationale le 29 mai 1793. » (ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, 2<sup>e</sup> Séance du 12 mars 1946, *JO* du 13 mars 1946, p. 670 et 673).

<sup>1039</sup> J. CHEVALLIER, « Essai d'une analyse structurale du préambule » in CURAPP, *op.cit.*, p. 14

<sup>1040</sup> Même après le rejet du principe de reprise du texte de la Déclaration de 1789, certains constituants allaient tenter de faire entrer des articles de la Déclaration de 1789 de façon textuelle dans la nouvelle déclaration. C'était l'objet de l'amendement présenté par René Capitant lors de la 2<sup>e</sup> séance du 12 mars qui visait à remplacer les 4 premiers articles de la nouvelle déclaration par les 6 premiers articles de celle de 1789 (ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, 2<sup>e</sup> Séance du 12 mars 1946, *Journal Officiel*, n°23, 13 mars 1946, p. 681).

<sup>1041</sup> « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine et viennent d'ensanglanter le monde entier, le peuple français, fidèle aux principes de 1789 - charte de sa libération - proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de sa Constitution ».

<sup>1042</sup> B. MERCUZOT, « Le préambule de 1946 entre Républiques et révolutions » in CURAPP, *op. cit.*, p. 40.

trop datés et bourgeois)<sup>1043</sup> complété par des nouveaux principes sociaux qui reprendraient les idéologies communistes et socialistes.

Ce premier projet fut rejeté par 53% des votants au référendum du 5 mai 1946, ce qui entraîna l'élection d'une nouvelle assemblée constituante.

### (F) *La Constitution de la IV<sup>e</sup> République*

Lors des élections du 3 juin 1946, les partis qui avaient soutenu le « non » au référendum sur le projet du 19 avril 1946 obtinrent la majorité à l'Assemblée constituante. Une nouvelle commission s'attaqua à l'élaboration de la Constitution. Cette commission renonça à écrire une nouvelle déclaration de droits et s'accorda sur la rédaction d'un simple préambule. Fruit d'un compromis politique, ce nouveau préambule reprit la référence à la Déclaration de 1789 (proposition du MPR) tout en la complétant par l'énoncé de « principes particulièrement nécessaires à notre temps », qui ne faisaient que reprendre les principaux droits économiques et sociaux énoncés par le projet de déclaration d'avril<sup>1044</sup>. Le préambule de 1946 présentait donc une double dimension par rapport au passé : une reconnaissance de l'héritage révolutionnaire et républicain et une volonté de refondation en rupture avec le régime antérieur par la mise en place de nouveaux principes. De cette manière « il se réfère au passé, il envisage le présent et se tourne résolument vers l'avenir »<sup>1045</sup>. Mais, à la différence du texte d'avril, l'accent était mis ici sur la continuité plus que sur la rupture<sup>1046</sup>. Ainsi le résumait P. COSTE-FLORET dans son rapport introductif :

« Nous avons pensé qu'il était difficile de tenter aujourd'hui une parodie de travail de grands ancêtres et de leur formule au profil de médailles et qu'il fallait se contenter des droits qu'ils avaient proclamés ; c'est pourquoi la commission a décidé de substituer à l'unanimité au projet de Déclaration des droits qui figurait dans la Constitution d'avril, un simple Préambule constitutionnel.

---

<sup>1043</sup> Sur cette différence entre l'*esprit* et les *principes* révolutionnaires voir *Ibid*, pp. 44-45.

<sup>1044</sup> Au cours de la discussion en séance plénière un contre-projet fut présenté par Jacques BARDOUX visant à reprendre, en la complétant, la déclaration du projet d'avril. Néanmoins, les constituants jugeaient nécessaire de prendre acte du refus traduit par le non au référendum, c'est ainsi que l'idée de reprendre une Déclaration fut rejetée (ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, Séance du 28 août 1946, *Journal Officiel*, n°84, 29 août 1946, p. 3360-3363).

<sup>1045</sup> R. PELLOUX, « Le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 364.

<sup>1046</sup> Les membres de la deuxième assemblée constituante voulaient aussi marquer une rupture par rapport au projet d'avril, tout en soulignant l'attachement avec les valeurs de 1789. Cette rupture serait même reprise comme un argument pour l'interprétation du Préambule et des normes auxquelles il fait référence par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision sur les lois de nationalisations considéra que « le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités. » (CC, 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18).

Ce Préambule affirme d'abord les principes de 1789. Il est marqué par la filiation de la Constitution actuelle. Il s'agit de prolonger l'œuvre des grands Républicains de la Révolution française. Il s'agit, aujourd'hui, de faire un pas en avant sur la voie de la république démocratique, dans l'ordre politique, dans l'ordre économique et dans l'ordre social. Fidélité à la tradition républicaine de la France, désir d'aller plus avant dans le progrès démocratique, tels sont les deux principes que s'efforce de traduire le préambule constitutionnel»<sup>1047</sup>.

Le premier point était donc l'ancrage dans le passé révolutionnaire. La question qui se posait aux constituants était de savoir de quel passé révolutionnaire ils voulaient se reconnaître comme héritiers. Si le projet d'avril avait fait référence à 1789, 1793, 1795 et 1848, la seconde commission décida de ne pérenniser que l'héritage de 1789<sup>1048</sup>. En effet, seule la déclaration de 1789 comportait une valeur symbolique qui pouvait dépasser les clivages partisans, car les autres déclarations comportaient des dispositions ou des symboles qui n'étaient pas compatibles soit avec les idées des socialistes et des communistes, comme par exemple la liberté d'enseignement consacrée par le préambule de 1848, soit avec les idées de la droite, du fait de la filiation entre la symbolique de 1793 et le communisme.

Nonobstant, si le nouveau préambule ne faisait pas une référence explicite aux déclarations de 1793, 1795 et 1848, certains droits qui étaient qualifiés de « particulièrement nécessaires à notre temps », reprenaient des droits déjà proclamés par les déclarations révolutionnaires, renouant, de façon implicite, avec la tradition républicaine et révolutionnaire. C'est notamment le cas de l'alinéa 11 sur la protection sociale qui reprenait, en partie, l'article 21 de la déclaration de 1793 et l'article VIII du préambule de la Constitution de 1848.

Le deuxième point à régler par rapport aux fondements historiques était celui de la continuité et l'héritage républicains. Les constituants de 1946 voulaient non seulement reconnaître l'œuvre révolutionnaire, mais aussi se placer dans la continuité des Républiques antérieures. Le préambule faisait donc référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », formule introduite par un amendement déposé par Lionel de TINGUY DE POUET et défendu par Maurice GUÉRIN, députés MPR, et qui fut justifié ainsi :

---

<sup>1047</sup> Rapport de P. COSTE-FLORET, rapporteur général de la commission de la Constitution, ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, Séance du 20 août 1946, *Journal Officiel*, n°80, 21 août 1946, p. 3184.

<sup>1048</sup> Pendant la discussion en séance plénière, le représentant Jacques BARDOUX demanda néanmoins de substituer au Préambule une Déclaration comprenant l'ensemble des droits consacrés en 1789, 1793 et 1795, proposition qui ne fut pas approuvée (cité par G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », in G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 17).

« En déposant notre amendement nous avons voulu vous rappeler et vous demander de rappeler au pays et à l'étranger que nous ne faisons pas une espèce de saut brusque de 1789 à 1946, qu'il y avait toute une tradition républicaine, politique, économique et sociale qui, pendant cent-cinquante ans, à travers les difficultés et les drames dont nous avons vécu ensemble des épisodes glorieux et douloureux à la fois [...] s'est maintenue et affirmée jusqu'à la libération que nous voulons aujourd'hui consolider »<sup>1049</sup>.

Le préambule de 1946 recomposait une continuité symbolique entre 1789, les Républiques antérieures et le régime qu'allait être mis en place. Cette recombinaison permettait l'émergence d'une vision mythique du passé, qui ne prenait en compte que les « grandes » périodes de l'histoire française, reléguant les périodes autoritaires au rang de parenthèses dans une continuité républicaine. L'idée de continuité et de lien avec le passé était aussi présente dans les mentions à la *tradition* dans l'énoncé des « principes particulièrement nécessaires à notre temps ». Si ces principes étaient présentés comme une nouveauté, ils s'inscrivaient quand même dans une tradition républicaine. C'est le cas de l'alinéa 14 où « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international » et de l'alinéa 18 où la France reconnaît le droit de libre autodétermination de ces anciennes colonies « fidèle à sa mission traditionnelle ».

Cette reconstruction symbolique permettait non seulement de fonder la nouvelle Constitution sur un passé glorieux, dans une continuité républicaine, mais aussi, de façon corollaire, de souligner la rupture, voire même la négation, du passé récent représenté par Vichy et l'Occupation. En effet, comme l'explique le professeur E. CARTIER : « Fruits de l'histoire et œuvre du législateur républicain, [les lois de la République] constituent une sorte de fonds permanent de principes positifs contre lesquels le gouvernement de Vichy s'est constitué »<sup>1050</sup>. Comme le régime de Vichy avait ouvertement nié ce corpus et cet héritage, il pouvait être qualifié d'illégitime et être considéré comme une parenthèse dans une continuité républicaine recomposée<sup>1051</sup>.

La volonté de rupture avec le passé récent était ainsi présente dès la première phrase du préambule : « 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

---

<sup>1049</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, Séance du 28 août 1946, *op. cit.*, p. 3364.

De nombreux députés de gauche dénoncèrent cet amendement, considérant qu'il s'agissait d'une manœuvre pour essayer d'introduire la liberté d'enseignement dans le corpus constitutionnel. P. HERVÉ dénonçait « qu'il s'agissait sous le couvert de formules vagues rappelant toutes les Déclarations, toutes les Constitutions précédentes ou, comme l'on dit ici, les lois fondamentales de la République, d'introduire 'par la bande', indirectement, la liberté d'enseignement dans la Constitution » (*Ibid.*).

<sup>1050</sup> E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.* p. 144.

<sup>1051</sup> *Ibid* p. 145-148.



nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». L'expression « peuples libres » permettait de faire un lien avec l'œuvre de la Résistance, et le caractère indéfini de l'expression « régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine » permettait de rompre non seulement avec les régimes fascistes, mais aussi de « signaler le danger de la tyrannie, des risques de turbulences de la démocratie dans l'espace intérieur de la République »<sup>1052</sup>. D'autres articles du préambule renvoyaient, de façon indirecte, à cette idée de rupture avec le régime de Vichy. C'est le cas notamment de l'alinéa 3 qui consacrait l'égalité entre l'homme et la femme ou l'alinéa 6 qui consacrait la liberté syndicale. Ces droits se présentaient comme une réponse aux principes conservateurs et corporatistes de la Révolution nationale impulsée par le régime de Vichy<sup>1053</sup>.

Le caractère composite et ambigu de ce préambule, qui alliait des principes procédant de philosophies très différentes, souvent critiqué par ses commentateurs<sup>1054</sup>, fut mis en exergue par la récupération et l'inclusion de ce texte dans un nouveau préambule, celui de la Constitution de la V<sup>e</sup> République.

### (G) *La Constitution de la V<sup>e</sup> République*

L'instabilité gouvernementale et les « événements »<sup>1055</sup> d'Algérie mettaient en avant le besoin de transformer l'organisation du régime et notamment de réviser la Constitution, comme le soulignait l'exposé de motifs du projet de révision de l'article 90 de la Constitution de 1946 : « La crise que traverse le pays, et qui risque à tout instant d'aboutir à la guerre civile, est due au fait que des problèmes d'une extraordinaire importance se posent à un État en proie à la confusion et, par suite, à la carence des pouvoirs. Il est d'une extrême urgence de réformer la Constitution pour mettre la République à même d'assurer l'ordre dans l'État et le salut de la nation »<sup>1056</sup>. Ce fut, en effet, par une réforme totale de la Constitution de 1946 que le nouveau régime fut mis en place. Par une habile utilisation d'une procédure de révision constitutionnelle en cours, le Parlement réussit à modifier l'article 90 de la Constitution encore en vigueur et qui mettait en place un mécanisme très contraignant de révision constitutionnelle. La nouvelle Constitution se présentait alors, juridiquement, comme une

---

<sup>1052</sup> G. KOUBI, « Éclipse de la résistance... ou occultation de la résistance à l'oppression » in CURAPP, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1053</sup> B. MERCUZOT, « Le préambule de 1946 entre Républiques et révolutions », *op. cit.*, p. 46.

<sup>1054</sup> V. X. PRÉTOT, « Alinéa 1 » in G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TABOUL (dir), *op. cit.*, p. 47-48.

révision de la Constitution de 1946. Néanmoins, cette nouvelle Constitution était considérée comme la Constitution d'un nouveau régime : la *V<sup>e</sup> République*<sup>1057</sup>.

Cette qualification, très vite adoptée par la doctrine<sup>1058</sup>, n'apparaît pourtant pas dans les textes ou discours officiels et pourrait faire l'objet d'une critique. En effet, en 1958, à la différence de 1793 et de 1848 (passage de la monarchie à la République), de 1875 (passage de l'Empire à la République) et de 1946 (fin d'un régime qui fut qualifié de « gouvernement de fait »), la nouvelle Constitution ne s'érigait pas en opposition au système politique antérieur. Par rapport à sa devancière, la forme républicaine demeurait. Si juridiquement on était dans le cadre du pouvoir de révision et que le système républicain n'était pas remis en cause, quelle était la justification de ce changement de dénomination ? Pour C. CHABROT, « La qualification de "V<sup>e</sup>" République en 1958 est donc une erreur historique, un leurre fondateur destiné à renforcer le mythe du changement de Constitution. Nous sommes toujours en droit dans la seconde constitution de la IV<sup>e</sup> République »<sup>1059</sup>.

L'appellation *V<sup>e</sup> République* était donc une manière de rompre avec le passé récent, avec cette IV<sup>e</sup> République si critiquée qui n'avait pas pu donner à la France un gouvernement stable et une issue au problème algérien. La nouvelle Constitution devait donc rompre avec sa devancière. Pour cela, deux méthodes étaient possibles : un ancrage dans un passé qui surpasserait la IV<sup>e</sup> République ou le système de la table rase. Si certains cherchaient à ancrer cette nouvelle Constitution dans une tradition orléaniste, d'autres mettaient en avant son originalité. Ainsi l'expliquait N. WAHL :

« Durant l'été de 1958 la campagne pour le referendum fut marquée par de nombreux efforts pour démontrer que la nouvelle Constitution était copiée sur des modèles présidentiels sinon monarchiques — comme Louis-Napoléon et Louis-Philippe. Il se peut que cette discussion ait

---

<sup>1055</sup> La qualification de « guerre » ne sera donnée que très tardivement aux opérations menées en Algérie avant son indépendance. Sur ce point nous vous référons à la Deuxième Partie de cette thèse.

<sup>1056</sup> Exposé de motifs du Projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 90 de la Constitution, 31 mai 1958, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. I, Paris : La Documentation française, 1987, p. 101.

<sup>1057</sup> « En France, on parle habituellement de la "V<sup>e</sup> République" pour désigner le système juridique et politique issu de la 'Constitution du 4 octobre 1958' et le fait d'opposer cette 'cinquième' à une 'quatrième' République induit l'idée qu'il existerait une nette rupture entre les deux. Juridiquement, il n'en est rien, car la Constitution du 4 octobre 1958 n'est qu'une révision de la Constitution de 1946 selon les termes de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 révisant les dispositions concernant la procédure de révision » (L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Droit Public Science Politique, 15<sup>e</sup> éd., 2013, p. 99.)

<sup>1058</sup> Ceci se reflète notamment dans la bibliographie qui accompagne le numéro consacré à la Constitution de la Revue française de science politique : N. RICHARD, C. JOURDAN (coord.), « Éléments de bibliographie sur la Constitution de 1958 », *Revue française de science politique*, n°1, 1959. p. 212-228.

<sup>1059</sup> C. CHABROT, « La transition constitutionnelle en France » in A. VIALA (coord.), *La Constitution et le temps*, Lyon : L'Hermès, 2003, p. 100.

été un exercice d'école justifié, mais historiquement, de même que les événements de mai 1958 ne représentaient en termes constitutionnels qu'un retour à la table rase de 1945-1946 — car personne après tout ne proposait un retour aux lois de 1875 ou à la « Constitution » de 1943 du maréchal Pétain — la nouvelle Constitution représentait également le retour au grand jour des idées de ce groupe de technocrates, de hauts fonctionnaires et de professeurs de la Résistance qui s'opposèrent aux principes constitutionnels de 1945-1946 »<sup>1060</sup>.

Malgré le « poids de l'histoire »<sup>1061</sup> qui se manifesta au moment de sa discussion par des références constantes au souvenir de 1940 et aux échecs des Républiques antérieures<sup>1062</sup>, le texte final de la Constitution de 1958 présente peu de références au passé. Sa légitimité, au moment de sa rédaction et de son approbation populaire par le référendum du 28 septembre 1958, était plutôt liée à la figure et au charisme du général DE GAULLE.

Cette légitimité charismatique était expressément assumée par DE GAULLE, qui n'avait pas hésité à se considérer comme l'incarnation de la légitimité nationale<sup>1063</sup>. Dans ses discours, il est possible de retrouver une certaine conception de la relation au passé que le nouveau régime cherchait à mettre en place. Il s'agissait avant tout de renouer avec le 18 juin 1940, date fondatrice de la mythologie gaullienne<sup>1064</sup>, la résistance et la République en exil, laissant de côté non seulement la période de Vichy, mais aussi la IV<sup>e</sup> République, cette République qui n'avait pas pris en compte les idées du Général exprimées dans son discours de Bayeux. DE GAULLE s'inscrivait ainsi dans une temporalité reconstruite « qui reliait, en un arc d'un seul tenant, le discours de Bayeux, la déclaration de décembre 1946 et celle du 15 mai 1958 annonçant le discours constituant du 4 septembre 1958, prononcé Place de la République, en attendant l'annonce de la réforme du mode d'élection du Président de la République, afin qu'élu enfin au suffrage universel, il pût relier les profondeurs du peuple

---

<sup>1060</sup> N. WAHL, « Aux origines de la nouvelle Constitution », *RFSP*, n° 1, 1959, p. 42-43.

<sup>1061</sup> J-P. COINTET, « L'écriture de la Constitution de 1958 : le poids de l'histoire » in D. MAUS, L. FAVOREU et J-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Aix-en-Provence : Economica, 1992, p. 37-48.

<sup>1062</sup> Comme l'explique J-P. COINTET : « Ainsi, tout à la fois, se trouvaient sanctionnées d'un côté la volonté de réagir contre un proche passé marqué par les excès d'un régime d'assemblée et de jeter les bases d'un parlementarisme équilibré jamais atteint depuis 1875, d'un autre côté l'acceptation d'un pouvoir présidentiel garant tout autant du fonctionnement harmonieux du régime parlementaire réinventé que du maintien du vaisseau national par gros temps » (*Ibid*, p. 45).

<sup>1063</sup> « En vertu du mandat que le peuple m'a donné et de la légitimité nationale que j'incarne depuis 20 ans, je demande à tous et à toutes de me soutenir quoi qu'il arrive. », C. DE GAULLE, *Allocution du 29 janvier 1960*, [<http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaule00049/discours-du-29-janvier-1960.html>].

<sup>1064</sup> « Le projet, 'la constitution de Bayeux', en ses dispositions juridiques, tire sa justification des événements mais ceux-ci tirent la leur date fondatrice : le 18 juin, identifié au général de Gaulle, incarnation de l'instinct national. En somme, de Gaulle se présente comme le Préambule vivant de la 'vraie' constitution qu'il propose à la France qui n'a survécu qu'à partir de sa parole génésiaque. » (R. DRAÏ, « Le préambule de la constitution de 1946 face au discours de Bayeux. Fondation juridique et répétition politique », in CURAPP, *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, op. cit., p. 76-77.) Le 18 juin est alors non seulement l'acte fondateur de la Résistance, mais aussi l'acte fondateur d'un régime qui naîtra presque 20 ans plus tard.

français et les sommets de son Histoire »<sup>1065</sup>. La Constitution de 1958 était présentée comme le point d'orgue de l'œuvre commencée dix-huit ans auparavant par l'appel du 18 juin 1940 et, même si DE GAULLE voulait marquer une rupture par rapport à la IV<sup>e</sup>, il n'en demeurait pas moins attaché à maintenir la continuité constitutionnelle et républicaine, comme le démontrait son attachement à la transmission de pouvoirs dans la légalité et le recours à la révision constitutionnelle en 1958<sup>1066</sup>.

Malgré l'ancrage de la légitimité du régime dans la figure charismatique et la mythologie gaullienne, la Constitution de 1958 et le régime qu'elle avait mis en place a survécu à son père fondateur. Cette pérennité, au-delà de DE GAULLE, fut assurée par son préambule, à travers sa reconstruction de la continuité républicaine<sup>1067</sup> et son rôle dans la garantie des droits fondamentaux, grâce à l'impulsion donnée par le Conseil constitutionnel.

Le préambule de la Constitution de 1958 a une forme composite, similaire à celle du Préambule de 1946 auquel il fait directement référence. Si la forme gouvernementale mise en place par la Constitution de 1946 était fortement critiquée, l'héritage en matière de reconnaissance de droits et libertés n'était pas remis en cause<sup>1068</sup>. De même, les dispositions relatives aux symboles de la République furent reprises textuellement du texte de la Constitution de 1946, ce qui permet encore une fois de souligner la continuité républicaine.

---

<sup>1065</sup> R. DRAÏ, *op. cit.*, p. 79. En effet, lors du discours du 4 septembre 1958, le Président de Gaulle donnait son interprétation de la continuité républicaine : « Mais quand le 18 juin commença le combat pour la libération de la France, il fut aussitôt proclamé que la république à refaire serait une république nouvelle. La résistance toute entière ne cessa pas de l'affirmer. On ne sait que trop ce qu'il advint de ces espoirs. On sait, on ne sait que trop, qu'une fois le péril passé, tout fut livré et confondu à la discrétion des partis. On sait, on ne sait que trop quelles en furent les conséquences. A force d'inconsistance et d'instabilité, quelles que fussent les intentions et souvent la valeur des hommes, Le régime se trouva privé de l'autorité intérieure et de l'assurance extérieure sans lesquelles il ne pouvait agir. Il était inévitable que la paralysie de l'État entraînaît une grave crise nationale, et qu'aussitôt la république fut menacée d'effondrement. » (C. DE GAULLE, *Discours à l'occasion du jour anniversaire de la proclamation de la République en 1870 à la Place de la République*, Paris : 4 septembre 1958.)

<sup>1066</sup> S. ARNÉ, « L'esprit de la V<sup>e</sup> République. Réflexions sur l'exercice du pouvoir », *RDP*, 1971, p. 647.

<sup>1067</sup> En reprenant la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, la V<sup>e</sup> République « loin de déroger aux républiques précédentes, s'imbrique formellement avec elles. S'agissant du peuple français et de la fraternité républicaine, ce n'est plus la Constitution de 1958 et de la V<sup>e</sup> République qu'il faut parler, mais du droit républicain et de la République » (M-H. FABRE, *Principes Républicains de Droit Constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1967, p. 401).

<sup>1068</sup> Nonobstant, dans l'avant-projet rédigé par M. DEBRÉ, aucune mention n'était faite directement à la IV<sup>e</sup> République, ainsi dans cette version « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et au principe de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789 et confirmés au lendemain de la Libération », ce qui marquait encore une fois la volonté de renouer avec l'œuvre du général (« la libération ») en mettant la IV<sup>e</sup> République entre parenthèses (Avant-projet de Constitution préparé par Michel DEBRÉ aux alentours du 10 juillet 1958, COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. I, *op. cit.*, p. 415, repris par l'Avant projet de Constitution du 15 juillet 1958, dit « Projet de la Celle-Saint-Cloud », *Ibid.*, p. 429).

Mais, contrairement aux constituants de 1946, le comité d'experts chargé de la rédaction de la Constitution en 1958 ne compléta pas ces textes historiques par une nouvelle déclaration de droits, similaire à la liste de principes particulièrement nécessaires à notre temps contenue dans le préambule de 1946. Ceci s'explique par la modalité assez particulière qu'avait pris le pouvoir constituant en 1958. La Constitution de 1958 n'est pas l'œuvre d'une assemblée, mais l'œuvre du gouvernement, selon les termes de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, et, comme il fut exposé lors des travaux préparatoires : « Il n'est pas conforme à la tradition politique et juridique française de faire rédiger une déclaration des droits par le Gouvernement »<sup>1069</sup>. Mais, comme il était nécessaire de doter la nouvelle Constitution d'un contenu en droits et libertés, il fut décidé de rédiger un « préambule de références »<sup>1070</sup>, de « maintenir en vigueur les libertés essentielles, mais à droit constant, c'est-à-dire sans les actualiser ni les compléter »<sup>1071</sup>. Certains membres du Comité consultatif firent des propositions pour compléter l'ensemble formé par les droits proclamés en 1789 et 1946<sup>1072</sup> ou pour rajouter d'autres textes aux références comme la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948<sup>1073</sup>, mais le projet final ne comporta pas de nouveaux droits. Il fut complété par un deuxième paragraphe qui intègre le droit à la libre détermination des peuples proposé aux territoires d'outre-mer, paragraphe qui répondait directement au contexte de la décolonisation dans lequel se situait la rédaction de la Constitution en 1958.

---

<sup>1069</sup> Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 12 juin 1958, *Ibid.*, p. 243, argument repris par le Commissaire du gouvernement JANNOT lors de la 5<sup>e</sup> séance du Comité consultatif du 31 juillet 1958, COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. II, Paris : La Documentation française, 1988, p. 95.

<sup>1070</sup> Intervention de P. COSTE-FLORET lors de la 15<sup>e</sup> séance du Comité consultatif constitutionnel du 13 août 1958, *Ibid.*, p. 448.

<sup>1071</sup> F. HAMON, « Préambule » in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française. Analyse et commentaires*, Paris : Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2009, p. 104.

<sup>1072</sup> C'est le cas notamment de la proposition de M. VAN GRAEFSCHPE et M. MAMERT lors de la 15<sup>e</sup> séance du Comité consultatif constitutionnel, qui visait à compléter le Préambule avec les alinéas suivants :

« L'activité économique de la nation et l'action de l'état dans le domaine économique ne peuvent tendre qu'à l'épanouissement de l'homme et ne peuvent en aucun cas instaurer la servitude et l'oppression pour quelque motif que ce soit.

La propriété personnelle, la liberté d'entreprise, la liberté du choix de métier, la liberté des contrats sont reconnues comme base fondamentale du régime économique et social de la France.

L'État ne peut en aucun cas les abolir ni en droit ni en fait.

Il ne peut y porter atteinte par mesure particulière et de portée limitée que pour des motifs impérieux, lorsque le bien commun l'exige. Le rôle premier de l'État est d'assurer une juste répartition des richesses entre les différentes catégories qui participent à leur production. » (COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. II, *op. cit.*, p. 448).

<sup>1073</sup> Proposition de P. COSTE FLORET de faire une référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 lors de la 15<sup>e</sup> séance du Comité consultatif constitutionnel (*Ibid.*, p. 450),

Le préambule était conçu, au départ, comme n'ayant qu'une valeur symbolique. Ainsi, le commissaire du gouvernement JANNOT, répondant à la question relative au caractère normatif du préambule, estima : « Je vous demande si vous estimez que les règles normatives qui ont été édictées en 1789 peuvent devenir normatives au siècle où nous sommes, au XX<sup>e</sup> siècle ? Croyez-vous que la structure de la société moderne est comparable à celle du XVIII<sup>e</sup> siècle ? »<sup>1074</sup> Ce n'est que par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que ce préambule et les normes auxquelles il se réfère, vit son caractère normatif et sa valeur constitutionnelle pleinement reconnue. La jurisprudence est suffisamment connue pour qu'il soit nécessaire d'y revenir dans le cadre de ce chapitre. Il suffit de souligner que, par cette reconnaissance le Conseil constitutionnel, donna un nouveau fondement de légitimité à la Constitution de 1958, fondé non seulement dans la continuité historique à laquelle l'ensemble composite du préambule fait référence (1789- III République avec les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République – 1946), mais dans le principe même de la garantie de droits. C'est ce changement dans le fondement de la légitimité opéré par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir de la décision fondamentale de 1971 *Liberté d'association*<sup>1075</sup>, qui marque, pour certains auteurs, la véritable rupture entre la IV<sup>e</sup> et la V<sup>e</sup> République<sup>1076</sup>.

---

<sup>1074</sup> Compte rendu de la 9<sup>e</sup> séance du Comité consultatif constitutionnel, 7 août 1958, COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. II, *op. cit.*, p. 254. Dans cette même séance il ferait allusion à la valeur législative (et non pas constitutionnelle) du Préambule « Le préambule a une valeur juridique, mais n'a pas de valeur constitutionnelle » (*Ibid.*, p. 256).

<sup>1075</sup> CC, 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29.

<sup>1076</sup> Notamment L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 99 et ss.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

Élément troublant de la théorie du droit, l'étude de la légitimité permet de faire un lien entre la conception du droit comme un système logique d'enchevêtrement de normes et celle qui le considère comme un phénomène social et comme un type particulier de discours. En effet, avec la validité et l'effectivité, la légitimité est l'un des trois pôles qui composent la normativité. Malgré la volonté d'occultation du phénomène de la part de nombreuses théories contemporaines, le rôle du pôle « légitimité » dans la définition de la normativité est fondamental. La légitimité est ainsi la condition première du droit. Sans prétention à la légitimité, le pouvoir juridique est insoutenable. Si le droit doit nous lier, nous imposer certaines conduites, il doit pouvoir réclamer pour lui même une forme de nécessité plus forte que celle des préférences contingentes de celui qui se trouve être l'auteur de la norme<sup>1077</sup>.

C'est ainsi qu'il est nécessaire, dans un système donné, de mettre en place des mécanismes de légitimation qui permettent de justifier, d'un côté, les prétentions des normes à être obligatoires et, de l'autre côté, les prétentions à l'autorité des pouvoirs législateurs. Ces mécanismes mobilisent des arguments extra-juridiques. En effet, partant du constat qu'un système formel comme le droit ne peut pas trouver son propre fondement en lui-même, il faut faire appel à des systèmes plus englobants afin de donner un fondement de légitimité.

Parmi ces mécanismes, l'appel au passé joue un rôle important comme mécanisme de légitimation. Ce recours à l'histoire et aux traditions est particulièrement présent dans les préambules constitutionnels, au point de devenir un standard de leur rédaction. Du fait de leur rôle évocateur et pédagogique, les préambules constitutionnels permettent de justifier l'origine du pouvoir constituant et le bien-fondé du régime mis en place. En faisant appel à une histoire commune, en retraçant le roman national, souvent par un récit aux accents mythiques, le Constituant vise non seulement à légitimer sa prétention au pouvoir, mais aussi le système constitutionnel dans son ensemble.

Une fois fixé dans une loi fondamentale positive, le fondement de la légitimité du système se transmet aux normes qui seront prises dans son cadre. Ainsi, il n'est pas nécessaire de rechercher et d'explicitier à chaque fois le fondement de légitimité d'une norme

---

<sup>1077</sup> S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity. An essay in Genealogy*, op. cit., p. 129.

particulière<sup>1078</sup>. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée. Pour certaines normes, qui n'émanent pas directement du pouvoir législateur légitimé dans la norme fondamentale, il est nécessaire de rappeler leur fondement de légitimité. Là encore, l'ancrage dans le passé ou dans la tradition sert de mécanisme de légitimation pour des règles et des principes dont le caractère normatif peut être remis en cause.

---

<sup>1078</sup> *Ibid.*, p. 157.





## CHAPITRE II. LE PASSÉ COMME SOURCE DE NORMES JURIDIQUES

La constatation d'un ancrage dans le passé est parfois nécessaire pour la définition de la norme, en particulier pour les normes d'origine coutumière. L'existence de ce type de normes dans les systèmes de droit civil ou continental, en opposition aux systèmes anglo-saxons de *common law*, a été longuement débattue. Pourtant, il est indéniable que la coutume est historiquement la première source du droit, « le point de départ de l'évolution juridique »<sup>1079</sup>. Toutefois, sous l'influence du mouvement de codification et de la conception positiviste du droit, se développa l'idée que le droit se réduit aux règles valides et que ces dernières sont uniquement celles posées par le souverain. En effet, il est difficile de faire passer les règles d'origine coutumière, qui adoptent en général une forme non écrite, au test de « pedigree »<sup>1080</sup> nécessaire pour déterminer leur validité. Elles sont ainsi considérées comme la survivance d'un âge révolu<sup>1081</sup>, des indices d'un droit primitif voué à disparaître et à être remplacé par des règles écrites et codifiées.

Néanmoins, la référence au passé peut aussi être nécessaire pour la définition de règles ayant un support écrit. Des textes peuvent ainsi faire un renvoi à la pratique ou à la tradition afin de déterminer certains aspects de la règle. C'est le cas notamment du renvoi aux usages fait par des articles de plusieurs codes. Cette concession faite au droit non écrit, malgré la volonté de codification, est un indice de la prégnance de règles ancrées dans la tradition, dans l'esprit du peuple, pour reprendre la terminologie propre à l'École historique du droit.

Toutes ces normes, écrites ou non, qui font appel au passé comme élément de leur définition, posent le problème de l'existence d'un droit en dehors des règles posées par le souverain et de la possibilité d'élargir le catalogue des sources du droit. Le droit ne se réduit plus à la norme écrite, au droit positif, il inclut aussi d'autres sources<sup>1082</sup> que la doctrine

---

<sup>1079</sup> [Custom is the starting point of legal evolution ] (A. ROSS, *On Law and Justice*, London : Stevens & Sons Limtd., 1958, p. 92).

<sup>1080</sup> Expression empruntée à R. DWORKIN. *Le test de pedigree* sert à identifier la validité d'une norme. D'après les conceptions positivistes, celle-ci se mesure par rapport à la manière dont les normes ont été adoptées, à leur forme et non à leur contenu. Pour une explication détaillée de ce test v. R. DWORKIN, « Le positivisme », *Droit et société*, n°1, 1985, p. 36. Cet article est un extrait du livre *Taking rights seriously*, traduit par M. TROPER.

<sup>1081</sup> P. AVRIL, « Une "survivance" : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3.

<sup>1082</sup> Comme l'explique Simone GOYARD-FABRE, le droit se compose du construit et du donné. Le construit correspond à la technique juridique, à l'ensemble de procédés opératoires qui permettent la production

qualifie souvent de sources *réelles* ou *matérielles*. Parmi ces sources, le passé peut jouer une influence certaine dans la formation du droit et dans le travail d'interprétation de ce dernier accompli par le juge. L'acceptation de cette influence du temps sur le droit n'est pas aisée. En effet, les conceptions majoritaires du droit se fondent sur une conception extra-temporelle, sur l'idée que le droit, en tant que produit d'une volonté non seulement échappe au temps, mais *doit* aussi lui échapper<sup>1083</sup>.

Il est donc nécessaire de s'intéresser à cette alchimie qui est capable de transformer des faits en règles de droit non pas dans la recherche générale du fondement du système, mais dans la détermination précise des règles à l'intérieur de ce système. Dans les sillages de l'école historique, une partie de la doctrine s'intéresse ainsi à l'émergence d'un droit qui se crée par sédimentation<sup>1084</sup>, en dehors de la délibération parlementaire ou administrative. Il s'agit de règles qui tirent leur force non pas de la volonté, mais de la durée et de la répétition ou, de façon plus générale, du passé. L'ancrage dans la pratique, dans un passé réel ou fictif, remplace alors la source textuelle ou le recours à la volonté du souverain. Le passé est ainsi utilisé comme source de définition et de légitimation pour le droit coutumier<sup>1085</sup>. Cependant, accusé de promouvoir une vision conservatrice du droit, le recours au droit coutumier fait l'objet de critiques, au point de se voir remplacé par une conception anhistorique du droit.

Toutefois, l'utilisation de plus en plus fréquente de *principes*, qu'il s'agisse des principes généraux du droit ou des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), marque un renouveau de l'importance d'un droit qui trouve sa source et son fondement en dehors du droit écrit ou de la délibération parlementaire. Pour identifier, ainsi que pour ancrer la légitimité de ces normes dégagées par le juge au fil de sa jurisprudence, une référence au passé commun et, plus précisément, aux traditions est aussi mobilisée.

Après avoir étudié la possibilité que le recours au passé serve de fondement au système juridique dans son ensemble, ce chapitre explore comment cette référence peut aussi être

---

normative. Le donné correspond à la racine du droit, il est en même temps « *un donné réel, formé par l'ensemble de conditions de fait qui regroupent des éléments physiques, psychologiques et sociaux de l'existence humaine ; il est, ensuite, un donné historique, à travers lequel se sont fondues, au point d'y devenir indiscernables, des règles et des institutions véhiculées au fil du temps ; il est, enfin, un donné intellectuel et idéal, fait des aspirations, des espérances et des exigences spirituelles de l'homme* » (*Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, Coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 172).

<sup>1083</sup> D. BARANGER, « Le temps du droit », *RA* n° 1, 2000, p. 33.

<sup>1084</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2002, 477 p.

<sup>1085</sup> Le terme « droit coutumier » est utilisé au sens large, pour faire référence non seulement aux coutumes non écrites, mais aussi aux renvois à la tradition, aux usages qui peuvent être faits par des règles ayant un support écrit.

mobilisée dans la définition même des normes de ce système, confortant ainsi le rôle du passé comme élément de légitimation juridique. En effet, si les mécanismes de légitimation de la Constitution permettent de donner un fondement au système dans son ensemble, la prétention à l'autorité de certaines normes nécessite un rappel de la justification de leur caractère non optionnel, et le recours au passé peut servir à cette fin.

Toutefois, par cette référence au passé, l'interprète ne se livre pas à une enquête historique rigoureuse. Ce qui est recherché n'est pas l'établissement de la vérité historique de la genèse ou l'origine de la règle ou du principe, mais l'assurance de la certitude du raisonnement par un argument d'autorité fondé dans un passé immémorial<sup>1086</sup>, dans les traditions communes à la société que ces règles et principes cherchent à régir. Cette fonction de définition et de légitimation par la référence au passé se retrouve tant dans les règles d'origine coutumière (Section 1) que dans les principes<sup>1087</sup> (Section 2).

---

<sup>1086</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 85.

<sup>1087</sup> Nous reprenons ici, comme point de départ, la distinction entre règles et principes telle qu'expliquée par le professeur R. ALEXY. Il considère, en effet, que les règles et principes sont deux espèces du genre « normes ». La différence entre ces types de normes réside dans les exigences qu'elles entraînent. Les *principes* sont ainsi des normes qui exigent que quelque chose soit réalisée dans la plus large mesure, prenant en compte les possibilités légales et factuelles. En revanche, les *règles* sont des normes qui sont toujours réalisées ou non, elles ne peuvent pas être satisfaites à différents degrés, comme pour les principes (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 47-48). Toutefois, nous tentons de démontrer qu'une autre dimension se rajoute aux principes, notamment aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et les principes généraux, qui réside dans leur caractère général et fondamental. Ainsi, les principes servent à exprimer un système de valeurs, une tradition, voire même une idéologie qui sert, in fine, de fondement au système de référence.

## **Section 1. Le passé comme source de règles juridiques : coutumes, usages et traditions**

Le droit coutumier plonge le juge dans une situation délicate dans laquelle, en plus d'appliquer la règle, il doit préalablement l'identifier et la définir. Toutefois, le juge procède à cette opération de façon récurrente, qu'il s'agisse de la détermination et de l'application de règles coutumières à partir des pratiques répétées qui s'inscrivent dans une durée, ou de l'identification d'usages auxquels des règles écrites peuvent faire référence comme élément de leur définition.

L'utilisation des termes *usage*, *tradition* et *coutume* n'est pas pour autant uniforme, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Un certain accord semble avoir été trouvé, à partir des travaux du doyen GÉNY, autour de l'équation qui assimile la tradition à l'usage, tous deux faisant référence à l'élément matériel de la coutume<sup>1088</sup>, seul des trois termes à pouvoir prétendre au rang de norme juridique. Mais cet accord n'est qu'une apparence et l'utilisation de ces notions par les juges et les commentateurs révèle des nuances, voire même des confusions. Si la *coutume* semble être la seule notion bénéficiant d'un statut juridique identifié et d'une normativité reconnue, le recours à des *usages* ou des *traditions* est beaucoup plus ambigu.

Toutefois, leur permanence dans les discours juridiques et juridictionnels met en évidence la nécessité pour les opérateurs juridiques de prendre en compte des éléments de fait, même dans le cadre d'un droit profondément attaché à la loi élaborée par un législateur censé représenter la volonté générale. Un élément est, par conséquent, commun à ces trois notions : l'application de règles coutumières (§1), les renvois aux usages locaux (§2) ou la prise en compte des traditions (§3) obligent tantôt la doctrine dans la conceptualisation de ces notions, tantôt le juge dans la concrétisation de ces règles, à puiser dans le contexte historique et, plus généralement, dans le passé, pour dégager des pratiques qui sont la source médiate ou immédiate de la norme à appliquer.

---

<sup>1088</sup> Ainsi, le professeur P. TIFINE résume : « En effet, le terme de tradition est généralement employé comme un synonyme du terme d'usage, qui ne constitue que l'élément matériel de la coutume » (P. TIFINE, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi (la notion de "tradition locale ininterrompue" dans les textes et la jurisprudence consacrée aux *corridas*) », *RFDA*, 2002, p. 497).

## § 1. Une survivance du passé : les règles d'origine coutumière

La coutume est traditionnellement définie comme une « règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité a fait sienne par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*) »<sup>1089</sup>. Source particulièrement importante dans les systèmes traditionnels, elle a été réduite à une place secondaire au fur et à mesure du développement de la codification du droit. En particulier, face au légicentrisme qui domine le droit public interne, sa place comme source a été remise en question tant par la doctrine que par la pratique (I). Un des principaux problèmes de l'utilisation de la coutume comme source normative est celui de sa définition et des conditions qui permettent le passage d'une pratique factuelle à une règle juridique. En particulier, la détermination de l'ancienneté nécessite un regard tourné vers le passé et la prise en compte de considérations historiques (II). Malgré ces difficultés, il est possible de retrouver certaines références explicites à la coutume dans la jurisprudence interne française, notamment administrative, où le juge la mobilise en tant que source complémentaire à la loi (III).

### (I) La difficile affirmation de la coutume comme source en droit public interne

La coutume est une manifestation du lien complexe qui noue le droit à l'histoire de la société qu'il est censé régir<sup>1090</sup>. Toutefois, l'acceptation de l'existence d'une source normative qui ne dérive pas de la volonté du souverain s'avère problématique et dépend tant de la perspective théorique dans laquelle on se place (A) que de la branche du droit à laquelle on a affaire (B). Le droit public, centré sur le principe de légalité et organisé, en France, autour de l'idée d'une Constitution écrite et rigide n'est donc pas un terrain fertile pour le développement de la coutume.

---

<sup>1089</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, Coll. Quadrige Dicos Poche, 8<sup>e</sup> éd., 2007, p. 251.

<sup>1090</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutume et usage » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-Puf, Coll. Quadrige, 2003, p. 317.

### (A) *L'acceptation de la coutume comme source du droit*

La place, le rôle donné à la coutume ainsi que l'acceptation de son caractère de source juridique dépendent de la conception que l'on se fait du droit lui-même. Source par excellence pour les tenants de l'École historique du droit, elle est difficilement acceptée comme telle par certaines positions positivistes normativistes. Pour les tenants de la première école, l'origine et le fondement du droit sont la commune conviction du peuple (*gemeinsame Überzeugung des Volkes*), la conscience populaire (*Bewusstsein des Volkes*) ou, selon la formule de PUCHTA l'esprit du peuple, le *Volkgeist*<sup>1091</sup>. Ainsi, elle donne une place privilégiée à la coutume comme source normative.

Pour SAVIGNY : « tout droit naît sur le mode de ce que l'usage courant de la langue désigne sous l'expression quelque peu inadéquate de droit coutumier ; c'est dire qu'il est d'abord engendré par les mœurs et les croyances, puis par la jurisprudence, donc, en tout état de cause, par des forces internes, agissant silencieusement, et non par la volonté arbitraire d'un législateur »<sup>1092</sup>. En revanche, suivant un discours normativiste, d'après lequel toute norme tire sa validité d'une autre norme supérieure, la coutume ne pourrait pas être valable par elle-même, elle ne peut tirer sa validité ni d'un fait (l'usage, l'habitude), ni de la seule opinion d'un groupe social (l'*opinio iuris*). Soit elle doit être reconnue comme source de droit par une norme juridique<sup>1093</sup> – et par conséquent la source formelle n'est plus la coutume mais

---

<sup>1091</sup> A. DUFOUR, « La théorie des sources du Droit dans l'École du Droit historique », *APD : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 97.

<sup>1092</sup> F. C. SAVIGNY (VON), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814) [trad., intro. et notes A. DUFOUR], Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2006, p. 14.

<sup>1093</sup> Cette norme qui communique sa validité à un énoncé normatif ayant pris corps dans un usage au sein d'un groupe social peut être une norme d'habilitation écrite ou une norme d'habilitation implicite, elle-même d'origine coutumière. Cette idée est exposée par KELSEN qui considère que « Si un ordre juridique a une constitution écrite qui n'institue pas la coutume comme mode de création du droit, et s'il se compose néanmoins de droit écrit et de droit coutumier, alors outre les normes de la constitution écrite il doit exister des normes constitutionnelles non-écrites, une norme créée par la coutume selon laquelle les normes générales qui lient les organes d'application du droit peuvent être créées par la coutume. Tout comme le droit écrit, le droit coutumier règle sa propre création » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945) [trad. B. LAROCHE et V. FAURE, intro. S. PAULSON], Paris : Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. 181). De même, pour HART, la norme d'habilitation fait partie des normes secondaires ou *rules of recognition* qui permettent de déterminer les sources du droit dans un système juridique. Ces normes peuvent identifier des critères de reconnaissance de règles primaires d'obligation très variés : la référence à un texte faisant autorité, à un acte du pouvoir législatif à la jurisprudence, à une pratique coutumière (H.L.A. HART, *Le concept de droit* (1961) [trad. M. VAN DE KERCHOVE], Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 119). Mais ces règles secondaires ne sont pas de pures présuppositions théoriques, mais des règles sociales, qui ont un fondement dans les pratiques sociales. Ces normes peuvent donc être, elles-mêmes, des normes sociales coutumières [*rules of recognition as customary social rules*] qui sont acceptées par la population dans un système juridique donné (Sur ce point v. A. MARMOR, « The Conventional Foundations of law » in S. BERTEA, G. PAVLAKOS (ed.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011, p. 143).

cette norme<sup>1094</sup> - soit, dans une conception réaliste, c'est le juge qui crée la norme juridique et la validité de la coutume vient de son application par ce dernier<sup>1095</sup>.

Certes, entre ces deux écoles, de nombreuses conceptions sur la nature du droit se sont développées, le rôle de la coutume variant par rapport à la place donnée aux éléments factuels dans la détermination de la norme juridique. Car la question de la coutume touche à l'une des problématiques les plus fondamentales de la théorie du droit : la relation entre le droit et les faits, entre le devoir être et l'être. Toutefois, sous l'influence des courants sociologiques, d'autres processus de création du droit, prenant en compte le substrat social, sont de plus en plus acceptés<sup>1096</sup>. Outre le mode de formulation volontariste du droit par une norme écrite produite selon une procédure prédéfinie par un organe déterminé, il existe des processus qui ne sont plus instantanés et prédéterminés, mais historiques et progressifs<sup>1097</sup>.

Indépendamment de sa conception théorique, le rôle de la coutume dans la jurisprudence varie en fonction des systèmes normatifs et, à l'intérieur d'un même système, son importance et sa présence varient en fonction du domaine, de la branche du droit considérée.

---

<sup>1094</sup> Par exemple, la Constitution de la V<sup>e</sup> République fait un renvoi à des règles coutumières pour l'organisation de certaines de ses collectivités territoriale ultra-marines. De manière implicite, l'article 75, en prévoyant que les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun peuvent garder leur statut personnel, reconnaît la possibilité qu'une partie de la population puisse posséder un statut personnel résultant de coutumes locales. De même, l'article 77 relatif à la Nouvelle Calédonie prévoit que la loi organique relative à cette collectivité détermine « les règles relatives [...] au statut civil coutumier ».

<sup>1095</sup> « [...] interpréter c'est créer une norme. Ainsi, tout organe habilité à donner l'interprétation authentique de la loi détermine sa signification objective au regard de l'ordre juridique. C'est lui qui décide que tel ou tel acte signifie qu'une prescription a été énoncée, quelle est la conduite prescrite – et qui, de cette manière, détermine la norme législative. Il en va de même pour la coutume : une pratique a eu lieu ; le juge peut attribuer à ce fait la signification qu'on doit se conduire conformément à cette pratique. La règle coutumière est donc créée non pas par suite de quelque mystérieuse transformation du fait en droit, mais simplement par l'opération du juge qui a interprété le fait » (M. TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, 1986, p. 21).

<sup>1096</sup> Ainsi, le fondateur du mouvement de la *sociological jurisprudence*, R. POUND, considère que tout système juridique se compose de deux types d'éléments : les éléments promulgués ou impératifs [*enacted or imperative elements*], qui proviennent de la volonté du législateur, et des éléments traditionnels ou habituels. Ces éléments proviennent de l'histoire, de la tradition (R. POUND, « Theories of Law », *Yale Law Journal*, n° 2, 1912, p. 114). Toutefois, il considère, que dans les systèmes plus modernes et formés, le premier type d'éléments est prédominant.

<sup>1097</sup> V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits*, 1986, p. 93.



## (B) *La place variable de la coutume selon le système et les branches du droit*

Dans un système fondé sur des lois écrites et codifiées, à la différence des systèmes de *common law*<sup>1098</sup>, la coutume est souvent considérée comme une norme marginale par rapport à la loi. Elle est assimilée à une règle juridique propre à des périodes historiques dépassées, notamment liée au droit féodal<sup>1099</sup>, à des populations n'ayant pas atteint la maturité nécessaire pour avoir un État organisé et central<sup>1100</sup> ou, au sein d'une même population, aux règles régissant les classes marginalisées<sup>1101</sup>.

La place de la coutume varie aussi en fonction des différentes branches du droit. Si elle est reconnue comme une source du droit à part entière en droit international public<sup>1102</sup>, sa place en droit interne français est assez débattue, notamment après la codification. En effet, la *loi du 30 Ventôse An XII contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de code civil des Français*, prévoyait dans son article 7 : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code », mettant ainsi fin à la transition entre l'ancien droit et le droit codifié.

---

<sup>1098</sup> Toutefois, la qualification du système constitutionnel britannique comme un système coutumier est remis en question par la doctrine contemporaine. En effet, comme le synthétise le professeur D. BARANGER, « Certes le terme coutume est largement rejeté par les juristes contemporains. Il serait plus juste de dire, pour résumer leur pensée, que la constitution britannique est désormais une constitution non écrite à caractère démocratique » (D. BARANGER, « La fin de la morale constitutionnelle (de la constitution coutumière aux conventions de la Constitution) », *Droits*, 2000, p. 68).

<sup>1099</sup> C'est pour cela que la coutume est souvent qualifiée de « droit pré-étatique ». V. J-M. CARBASSE, « Coutumes françaises » in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 326.

<sup>1100</sup> Le Ministre de l'Intérieur se référait ainsi à la nécessité d'un code rural pour éradiquer « les restes de ces temps grossiers qui régissent encore divers points de la République » (*Observations sur la rédaction d'un code rural*, Circulaire du Ministère de l'Intérieur, Vendémiaire An XI).

<sup>1101</sup> En effet, MARX soutenait « que le droit coutumier par sa nature ne peut être que le droit de cette masse placée tout au bas de l'échelle, de cette masse élémentaire qui ne possède rien » (K. MARX, « Les débats sur la loi relative aux vols de bois », *Gazette rhénane*, 25, 27, 30 octobre, 1<sup>er</sup> et 3 novembre 1842 in *Œuvres complètes*, t. III, p. 242 cité par M. BARBIER, *La pensée politique de Karl Marx*, Paris : l'Harmattan, 1992, p. 28). Pour MARX, le droit légal (en opposition au droit coutumier) est le droit bourgeois, mais il n'absorbe pas pour autant l'ensemble de la raison juridique. À côté de ce droit écrit, subsiste le droit coutumier, qui est le droit non reconnu par la bourgeoisie dominante et qui correspond aux classes subalternes (cf. H. ZANDER, « "Ultima ratio" ou "Double pouvoir". Le discours marxiste sur la politique criminelle et ses débuts dans l'œuvre philosophique de Karl Marx », in *Marx et les sciences humaines. Actes du colloque de Neuchâtel*, Lausanne : Éd. L'âge d'homme, Coll. Raison dialectique, 1987, p. 114).

<sup>1102</sup> L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice prévoit que : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige. b. La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ; [...] ».

De même, au sein du droit interne, l'importance donnée aux règles coutumières est diverse. Si le droit privé s'accommode d'un recours à la coutume comme source normative, le droit public, et plus précisément le droit administratif ne s'est pas développé en France dans un climat favorable à l'émergence de la coutume comme source autonome formelle : la soumission de l'Administration au principe de légalité, principe cardinal du droit administratif français, laisse peu de place à un droit d'origine non étatique. La doctrine est ainsi partagée par rapport à la place de la coutume parmi les sources de la légalité administrative. Pour A. DE LAUBADÈRE la coutume pouvait être analysée comme une source de droit en droit administratif comme dans les autres branches du droit. En particulier, il considérait que l'utilisation de principes non écrits par la jurisprudence du Conseil d'État pouvait être assimilée à l'acceptation de l'application de règles d'origine coutumière<sup>1103</sup>. À cette affirmation était traditionnellement opposée la position de J-M. AUBY et R. DRAGO qui considéraient, dans leur *Traité de contentieux administratif*, « que la violation de la coutume ne constitue pas, en tant que telle, un cas de violation de la règle de droit au titre de recours pour excès de pouvoir »<sup>1104</sup>. Il est toutefois nécessaire de nuancer cette opposition. En effet, l'idée avancée par les deux professeurs était que la coutume ne pouvait pas être assimilée à une règle de droit pour les effets du recours pour excès de pouvoir. Néanmoins ils reconnaissaient que des éléments de droit coutumier pouvaient avoir leur place dans la réflexion du juge administratif, même si celui-ci « répugne d'ailleurs à l'emploi de terme “coutume” »<sup>1105</sup>.

Certains auteurs reconnaissent même que le droit coutumier, au sens large, peut trouver sa place dans l'étude de la jurisprudence et des circulaires administratives comme sources du droit<sup>1106</sup>. Toutefois, la majorité des manuels de droit administratif soulignent que la coutume, *stricto sensu*, n'occupe qu'une place mineure dans cette branche du droit, contrairement aux renvois aux usages locaux, beaucoup plus commun en la matière<sup>1107</sup>. C'est notamment le

---

<sup>1103</sup> A. LAUBADÈRE (DE), Y. GAUDEMET et al., *Traité de droit administratif*, Tome 1 : Droit administratif général, Paris : LGDJ, 16<sup>e</sup> éd., 2001, n° 1197, p. 563. Sur le rôle des principes, v. *infra*.

<sup>1104</sup> J-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Tome II, Paris : LGDJ, 1984, 3<sup>e</sup> éd., n° 1242, p. 354. Cette opposition doctrinale est reprise par de nombreux autres auteurs dont F. COLIN, « Les usages locaux, source du droit administratif », *RFDA*, n° 3, 2007, p. 466.

<sup>1105</sup> J-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, n° 1242, p. 355.

<sup>1106</sup> Sur ce point v. P. AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, p. 1471-1508.

<sup>1107</sup> G. DUPUIS, M-J. GUÉDON et P. CHRÉTIEN, *Droit administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Sirey Université, 12<sup>e</sup> éd., 2011, pp. 157-158. R. CHAPUS, de son côté, considère dans son manuel que « quant à la coutume, au sens juridique et strict du terme (association d'un usage et de la conviction qu'il traduit l'existence d'une règle de droit), rien *a priori* n'exclut l'existence en matière administrative de cette source de droit. Mais, dans les faits, si en cette matière, l'existence d'usages n'est pas douteuse, celle de coutumes est problématique » (R. CHAPUS.

travail de G. TEBOUL qui a mis en avant la réflexion sur les règles coutumières en droit administratif français et qui a retracé le recours discret à cette source par le juge administratif<sup>1108</sup>. En revanche, en droit constitutionnel, l'existence même de coutumes constitutionnelles a fait l'objet d'intenses débats doctrinaux, même si son invocation dans la jurisprudence constitutionnelle s'avère très rare.

Le rôle de la coutume dans un système de constitution écrite est fortement contesté, et ce d'autant plus si cette Constitution est qualifiée de rigide. Toutefois, la brièveté des lois constitutionnelles de 1875 invitait la doctrine du début du XX<sup>e</sup> siècle à s'interroger sur l'existence de règles constitutionnelles en dehors du texte écrit. CARRÉ DE MALBERG fut catégorique dans son refus d'admettre que les règles constitutionnelles puissent se trouver ailleurs que dans le texte constitutionnel, il considérait ainsi que « la coutume [...] est impuissante à créer du droit ayant valeur constitutionnelle »<sup>1109</sup>. C'est l'impossibilité de réviser la Constitution rigide par des moyens autres que ceux prévus par la Constitution elle-même qui entraîne le rejet de la coutume comme source du droit constitutionnel : « l'idée de coutume constitutionnelle, au sens propre du mot, c'est-à-dire d'une règle non écrite mais juridiquement obligatoire, qui ne s'applique pas seulement à une question d'ordre constitutionnel, mais qui posséderait force et valeur constitutionnelles, est en réalité incompatible avec la notion de constitution écrite rigide »<sup>1110</sup>.

Malgré cette opposition de la doctrine majoritaire au début du XX<sup>e</sup> siècle, certains auteurs, dans le sillage des théories sociologiques du droit, s'élevaient pour revendiquer la place de la coutume comme source de règles constitutionnelles<sup>1111</sup>. C'est le cas notamment de

---

*Droit administratif général*, Tome I, Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit public, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 28). P-L. FRIER et J. PETIT soulignent que « bien que la France soit un pays de tradition écrite, les sources "non écrites" du droit y jouent un rôle essentiel. La coutume n'occupe, cependant, qu'une place mineure en droit administratif, contrairement au droit international par exemple, même si certains arrêts se réfèrent à des coutumes ou des usages pour encadrer l'action administrative » (P-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit public, 8<sup>e</sup> éd., 2013, p. 105, § 147).

<sup>1108</sup> V. notamment sa thèse G. TEBOUL, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1988, 331 p., et ses articles G. TEBOUL, « La coutume, source formelle de droit en droit administratif », *Droits*, 1986, p. 97-110 ; G. TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP*, 1998, p. 691-713.

<sup>1109</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris : Economica, Coll. Classiques, 1984, p. 107.

<sup>1110</sup> J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 24.

<sup>1111</sup> Admettaient aussi l'existence de la coutume constitutionnelle sous la III<sup>e</sup> République principalement L. DUGUIT (*Traité de droit constitutionnel*, Paris : Fontemoing et Cie., 2<sup>e</sup> éd., 1925, t. IV, p. 764) et M. HAURIU (*Précis de droit constitutionnel*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 263) ; mais aussi : Y. GOUET (*La coutume en droit constitutionnel interne et en droit international*, Paris : Ed. A. Pedone, 1932, p. 27-28) ; M. LEROY (« La coutume constitutionnelle », in *Les tendances du pouvoir et de la liberté en France au XX<sup>e</sup> siècle*, Librairie du recueil Sirey, 1937, p. 15-76) ; M. REGLADE (*La coutume en droit public interne*, Thèse de doctorat :

R. CAPITANT dans son discours prononcé en décembre 1929 lors de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Revendiquant une analyse qui se centrait sur l'idée selon laquelle le droit appliqué ne se réduit pas au droit posé par un législateur<sup>1112</sup>, il soulignait la place éminente de la coutume considérant que « notre droit, tout écrit qu'il soit, a pourtant toujours sa source et son fondement dans la coutume, car la notion de constitution est tout imprégnée de la notion de coutume »<sup>1113</sup>. Au-delà du rôle fondateur, les règles coutumières jouaient, pour R. CAPITANT, un rôle certain dans le fonctionnement des organes politiques<sup>1114</sup>.

Sous la V<sup>e</sup> République, la réflexion sur la place la coutume en droit constitutionnel se renouvela autour de la querelle sur les *referenda* de 1962 et 1969<sup>1115</sup>. L'attention de la doctrine se tourna vers le rôle de la pratique en droit constitutionnel, et sur la possibilité de considérer ces pratiques des acteurs politiques comme des véritables règles coutumières. Le parallèle avec les conventions de la Constitution britanniques fut alors évoqué. Néanmoins, ces conventions, définies par DICEY comme les « règles ayant pour but de régler l'exercice ou l'ensemble des pouvoirs discrétionnaires qui subsistent encore au profit de la Couronne »<sup>1116</sup> ne sont pas considérées par une partie de la doctrine comme du droit coutumier au sens strict, n'ayant pas une force normative et obligatoire. En effet, très influencé par le positivisme et le courant volontariste, DICEY considérait que les conventions de la constitution relevaient plus

---

Droit : Université de Bordeaux, 1919, p. 149) ; L. ROLLAND (« Le projet du 17 janvier et la question des décrets-lois », *RDP*, 1924, p. 49).

<sup>1112</sup> R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 2.

<sup>1113</sup> R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », Discours prononcé à l'ouverture des travaux de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (1929), réédition *RDP*, 1979, p. 961.

<sup>1114</sup> Il souligne ainsi l'importance de trois règles qui, sous la III<sup>e</sup> République, n'étaient pas contenues dans les lois constitutionnelles mais qui étaient essentielles au fonctionnement du régime : le rôle des ministres dans la conduite des affaires, la nécessité qu'ils jouissent de la confiance des deux Chambres, et le rôle du Président de la République (*Ibid.*, p. 963).

<sup>1115</sup> Dans un article publié dans *Le Monde* en 1968, G. VEDEL affirmait que par le vote populaire positif au référendum et à la postérieure élection présidentielle au suffrage universel, ainsi que par une campagne électorale où les différents partis acceptèrent de participer à cette élection mise en place par le premier référendum, une coutume constitutionnelle s'était formée qui rendait régulier dans son principe le recours à l'article 11 pour modifier la Constitution (G. VEDEL, « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968). Cet article donna lieu à de nombreuses réponses, notamment un article de M. PRÉLOT, « Sur une interprétation "coutumière" de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969 et un autre d'A. HAURIUO, « Contre le viol des constitutions », *Le Monde*, 9-10 mars 1969, qui réfutaient l'interprétation de VEDEL.

<sup>1116</sup> A.V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel* [trad. A. BATUT et G. JEZE], Paris : V. Giard & E. Brière Éd., Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 1902, p. 329. L'idée d'appliquer cette notion aux pratiques constitutionnelles françaises a surtout été développée par le professeur P. AVRIL dans son ouvrage *Les conventions de la Constitution : normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1997, 202 p. Toutefois, pour cet auteur, ces conventions ne sont pas assimilables à la notion de coutume juridique (P. AVRIL, « Application de la notion de conventions de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels français » in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De la Faculté de droit de l'ULB, 1992, p. 284)

de la science politique que du droit, en effet « la sphère des conventions de la constitution est celle d'une activité politique qui, aussi nécessaire soit-elle, ne tient pas d'elle-même sa légitimité. Il lui faut l'adoubement du droit »<sup>1117</sup> et cet adoubement ne peut venir que par le droit produit par les cours de justice.

Au-delà des conventions de la Constitution, peut-on alors considérer la possibilité d'avoir, à côté d'une Constitution écrite, des règles juridiques qui trouvent leur source dans la coutume ? Prenant en compte les particularités du droit constitutionnel, droit éminemment politique, et affirmant l'existence d'une Constitution réelle qui transcende la Constitution formelle<sup>1118</sup>, il est possible de définir les coutumes constitutionnelles de la façon suivante :

« De règles de droit, en général non écrites, qui prêtent un caractère juridique contraignant, reconnu par l'ensemble des acteurs politiques eux-mêmes avec l'approbation de la communauté de juristes à des pratiques, constantes et répétées qui sont, d'une part, soit nécessairement impliquées, soit permises par les règles écrites et les principes constitutionnels et, d'autre part, exigées par le fonctionnement harmonieux des institutions, compte tenu du contexte sociopolitique tel qu'il se présente à un moment donné à la suite d'une histoire politique déterminée »<sup>1119</sup>.

Cette définition permet de retrouver les éléments propres à toute règle coutumière, avec les adaptations nécessaires aux particularités du droit constitutionnel. En effet, l'élément psychologique se présente ici, non pas entre tous les sujets de droit, mais seulement entre acteurs politiques, le droit constitutionnel non écrit ayant vocation à s'appliquer dans les relations entre les pouvoirs et dans l'organisation de ces pouvoirs<sup>1120</sup>. L'*opinio juris* se trouve confortée par l'approbation de la doctrine, qui permet de mesurer un accord qui peut se présenter de façon implicite<sup>1121</sup>. Elle s'explique par la nécessité de considérer certaines pratiques permettant le bon fonctionnement des institutions, car une Constitution écrite ne

---

<sup>1117</sup> D. BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite. Introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2008, p. 174.

<sup>1118</sup> Sur ce point v. O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel » in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 262-265.

<sup>1119</sup> H. DUMONT, « Coutumes constitutionnelles, conventions de la constitution et para-légalité », in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles : Ed. Larcier, 2007, p. 297.

<sup>1120</sup> « Le champ propre des coutumes de droit constitutionnel est ainsi circonscrit à ces rapports [entre organes constitutionnels], particulièrement, il ne comprend pas les sujets privés de droit que ces rapports ne peuvent intéresser qu'indirectement » (C. GIROLA, « Les coutumes constitutionnelles » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, op. cit., p. 17). Toutefois, pour une partie de la doctrine, l'expression « coutume constitutionnelle » ne peut être employée que quand il y a une contribution réelle du peuple à l'apparition d'un nouvel usage. Là où l'intervention des pouvoirs publics est seule présente, il ne s'agit que des conventions de la Constitution (F. LEMAIRE, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC*, 1998, p. 470-471).

<sup>1121</sup> « Tout le problème de l'efficacité de la coutume comme source de droit constitutionnel se réduit à cette constatation que les impératifs juridiques adressés aux organes constitutionnels ne requièrent pas une forme expresse, mais que l'on peut déduire leur existence d'une manière implicite, c'est-à-dire en fonction de la manière d'agir des organes » (C. GIROLA, op. cit., p. 23).

peut pas régler tous les aspects de ce fonctionnement. C'est donc par une approche systémique que la pratique acquiert son caractère contraignant<sup>1122</sup>. La définition proposée insiste aussi sur le critère temporel, considérant que les pratiques, pour pouvoir être au fondement d'une règle coutumière, doivent être constantes et répétées<sup>1123</sup>. Elles doivent aussi s'inscrire dans un contexte précis qui prend en compte l'histoire politique du système considéré. C'est le cas notamment, sous la III<sup>e</sup> République, de l'effacement du Président de la République dans les relations entre les différents pouvoirs. Topique de cette pratique est le renoncement à la dissolution parlementaire, prérogative présidentielle pourtant prévue dans le texte de la Constitution. Cette pratique ne fut jamais remise en question pendant la durée du régime et s'accompagnait d'une croyance en son caractère obligatoire, ce qui explique sa dénomination comme la « Constitution Grévy ». Si elle est considérée comme une coutume constitutionnelle, c'est aussi parce qu'elle s'insère dans un système politique et dans un contexte historique donné : la montée en puissance du parlementarisme et la méfiance, par rapport aux expériences passées, envers la concentration du pouvoir entre les mains d'un Président<sup>1124</sup>.

Par rapport à leur rôle, les règles coutumières semblent être cantonnées, de nos jours, à une place résiduelle<sup>1125</sup>, où la coutume ne jouerait qu'un rôle *praeter legem* ou interprétatif. Dans cette configuration, la limite entre l'édiction d'une règle de droit et son interprétation devient de plus en plus diffuse<sup>1126</sup>. Si, de plus, est pris en compte le fait que les juridictions se

---

<sup>1122</sup> Ce système doit être pris dans le sens de « système politique ou constitutionnel », sur ce point v. M. TROPER « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle » in *Services public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 315.

<sup>1123</sup> Toutefois, une partie de la doctrine soutient qu'en droit constitutionnel, les éléments de définition de la coutume ne seraient pas les mêmes et, en particulier, que l'ancrage dans le passé ne se mesure pas par les mêmes paramètres. Un seul comportement pourrait être à l'origine d'une coutume en droit constitutionnel. C'est notamment le cas de la « théorie » de la coutume instantanée développée face à la querelle de l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution (v. notamment G. VEDEL, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde*, 27 juillet 1968 ; contre cette interprétation S. RIALS, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Le revue administrative*, 1979, p. 266 et p. 272 et J-C. MAESTRE, « À propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : de l'utilité des Constitutions », *RDP*, 1973, p. 1281, qui défend l'idée qu'en droit constitutionnel il n'existe pas de coutumes mais seulement des pratiques). L'élément personnel serait alors déterminant. Par exemple, un seul comportement du Parlement peut être considéré comme une coutume constitutionnelle. Toutefois, l'emploi du terme « coutume » semble ici abusif, il faudrait plutôt parler de précédent ou de convention que de règle coutumière (sur ce point v. notamment N. BOBBIO, « Consuetudine (teoria generale) » in *Enciclopedia del diritto*, Tome IV, Milan : Giuffré, 1961, p. 428).

<sup>1124</sup> Sur ce point v. les développements de J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1382, même si cet auteur considère qu'il n'existe pas, à proprement parler, de coutumes dans un système régit par une constitution écrite rigide.

<sup>1125</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris : LGDJ, coll. Manuels, 2011, pp. 399-400.

<sup>1126</sup> C'est ainsi que J. LAFERRIÈRE, par exemple, préfère parler de « tradition » plus que de coutume, pour prendre en compte les différentes influences dans l'interprétation de la lettre de la Constitution : « Pour procéder à cette interprétation qui fera produire leur plein effet aux dispositions de la constitution, il est légitime et même

considèrent incompétentes pour connaître des relations entre les différents pouvoirs constitutionnels, l'invocation jurisprudentielle de ce type de règles n'est pas très fréquente<sup>1127</sup>. La coutume est ainsi quasiment absente de la jurisprudence constitutionnelle.

## (II) Le critère d'ancienneté parmi les éléments définissant une coutume

La détermination des éléments qui permettent le passage de la coutume comme pratique, à la coutume comme norme juridique, fait aussi l'objet de discussions. Dans la définition opérative donnée au début de ce paragraphe, deux éléments sont soulignés comme nécessaires à la détermination d'une norme coutumière : l'habitude de la pratique et la conviction du groupe social de son caractère obligatoire (*l'usus* et *l'opinio nececessitatis*). Certains ajoutent d'autres critères comme la matière régulée. Pour qu'une coutume devienne une règle juridique coutumière, il faudrait ainsi que l'usage vienne régler une matière ou une sphère de la vie qui ressort normalement de la régulation juridique<sup>1128</sup>.

Les éléments de définition, la place et le rôle dans l'ordre juridique ainsi que les conditions de validité de la coutume peuvent être, dans certains ordres juridiques, déterminés explicitement par une norme écrite. Un détour par le droit comparé permet de le constater. Par exemple, le code civil espagnol énumère, dans son article 1<sup>er</sup>, les sources de l'ordre juridique espagnol : la loi, la coutume et les principes généraux du droit. Toutefois, l'alinéa suivant précise que la coutume a seulement un rôle supplétif par rapport à la loi écrite, et que, en tout état de cause, elle ne peut pas être contraire à la morale ou à l'ordre public. Le code civil du

---

nécessaire de tenir en compte des usages, des pratiques, de la tradition, en un mot de la coutume (au sens large du mot) qui avaient pu s'établir en France avant le vote de la Constitution de 1875, relativement à telles institutions ou règles qu'elle a admises » (J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *op. cit.*, p. 43) ; sur ce point v. nos développements dans le § 2.

<sup>1127</sup> Comme l'explique D. LEVY, « Les caractères du droit constitutionnel, et en particulier du droit constitutionnel classique, font que l'intervention du pouvoir juridictionnel y est limitée. Cette intervention est, en effet, difficile et moins nécessaire, en raison du caractère politique et public de cette branche du droit » (D. LEVY, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Ed. Cujas, 1975, p. 87).

<sup>1128</sup> « Nous devons chercher l'explication de la coutume comme source du droit conformément à notre vision de l'histoire et de l'évolution de la loi [...]. Une coutume juridique est tout simplement une coutume qui règle une sphère de la vie qui est (ou qui devient) objet de régulation juridique ». [We must look for the explanation of custom as the source of law in accordance with our outline of the history of the evolution of the law. [...] A legal custom is simply a custom on a sphere of living which is (or which becomes) subject to regulation by law ] (A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 93-94).

Costa Rica, fortement inspiré du code espagnol, précise encore plus le rôle de la coutume : à côté des usages et des principes généraux, elle ne sert qu'à interpréter, délimiter et intégrer les « bonnes sources écrites » de l'ordre juridique (article 1<sup>er</sup>). Les deux codes précisent aussi que la coutume doit être prouvée ; néanmoins, ils n'établissent pas les critères pour établir cette preuve.

D'autres normes d'habilitation de la coutume peuvent prévoir ces critères de preuve devant les tribunaux. En remontant dans le droit antique, nous pouvons trouver l'exemple de la Constitution des empereurs Leo et Zénon, codifiée dans le *Codex Iustinianus* et qui prévoyait, qu'en cas de doute sur l'ancienneté d'une coutume invoquée devant un magistrat, ce dernier devait demander à l'empereur de trancher la question<sup>1129</sup>. Un autre exemple, plus moderne, est le cas du projet de code civil rédigé par A. BELLO au Chili, code qui a servi de modèle à de nombreux pays d'Amérique latine et qui prévoyait un article 2 selon lequel la coutume, pour avoir force de loi, devait être prouvée par l'un des deux moyens suivants « 1. Par trois décisions judiciaires conformes, ayant l'autorité de chose jugée, prononcées durant les dix dernières années. 2. Par les déclarations conformes de cinq personnes intelligentes en la matière, nommées par le juge d'office ou à la demande de la partie intéressée »<sup>1130</sup>. Toutefois, ces dispositions ne furent pas reprises dans la version finale.

Au Royaume-Uni, en raison de l'importance de la coutume dans un système de *common law*, le juge a construit un ensemble de principes qui déterminent son travail d'examen d'une coutume invoquée. Suivant les analyses classiques de BLACKSTONE, COKE et LITTLETON, C.K. ALLEN recense six conditions nécessaires pour prouver l'existence d'une coutume dans un tribunal : son ancienneté, sa continuité, l'exercice paisible et *nec clam, nec vi, nec precario*<sup>1131</sup>, la conviction de son caractère obligatoire (*l'opinio necessitatis*), la certitude de son existence et son caractère raisonnable<sup>1132</sup>.

À l'égard du critère d'ancienneté, il est nécessaire, pour la partie qui invoque la coutume, de prouver qu'elle existe depuis un « temps immémorial ». Face à la relativité de cette notion, les juges ont essayé de fixer des points de repères précis pour déterminer l'ancienneté d'une coutume. Le Statut de Westminster de 1275 décrétait que les délais de prescription devaient

---

<sup>1129</sup> « Imperatores Leo, Zen. Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio iudicantis quam sententiae principalis auctoritas » (*Corpus Iuris Civilis*, Vol. II, Liber I, 14.11).

<sup>1130</sup> A. BELLO, *Obras completas*, Tome XIV, Caracas : 1981, 2<sup>e</sup> éd., p. 27.

<sup>1131</sup> Sans violence, sans clandestinité, sans précarité.

<sup>1132</sup> C. K. ALLEN, *Law in the making*, Oxford : Clarendon Press, 7<sup>e</sup> éd., 1964, p. 133-146.



se mesurer par rapport à la date du 3 septembre 1189, date de l'ascension de Richard I Cœur-de-Lion au trône. Les juges ont ainsi, par analogie, considéré que toute coutume qui pouvait être retracée à cette date était réputée comme existant depuis un temps immémorial. Au fil du temps, cette date devenant de plus en plus éloignée, la nécessité de redéfinir le « temps immémorial » se fit ressentir. En 1832, une loi sur la prescription définit cette notion, non pas en fonction d'une date, mais en fonction d'une appréciation du temps au-delà de la mémoire humaine<sup>1133</sup>. Depuis, l'idée de déterminer un repère fixe pour la détermination du caractère immémorial a été abandonnée.

À l'inverse, dans le cas de la France, aucune règle ni pratique ne prévoit de méthode pour prouver l'existence et l'ancienneté d'une coutume devant les tribunaux. Pour les canonistes du Moyen Âge, l'ancienneté se mesurait par rapport à la permanence de l'usage qui servait de fondement à la coutume examinée. Néanmoins, l'échelle permettant de mesurer le temps de la coutume ne fut jamais définie, même si certains glossateurs ont essayé d'établir un lien avec le délai de prescription. Ainsi, tout usage qui surpassait le délai de prescription en la matière pouvait être érigé en coutume<sup>1134</sup>. Le code civil français, ne reconnaissant pas la coutume comme une source autonome, n'avait pas vocation à définir les critères pour une utilisation par les juges. Du côté de la doctrine, certains auteurs remettent en cause la pertinence de la condition d'ancienneté considérant que, dans les systèmes actuels, l'ancienneté ne doit être prise en compte que si elle est nécessaire à confirmer les caractères de la règle : généralité, permanence, stabilité et connaissance<sup>1135</sup>.

Néanmoins, l'ancienneté joue encore un rôle important dans les éléments pris en compte par le juge français pour déterminer, interpréter et appliquer une règle coutumière. Cette ancienneté permet de donner un ancrage à une règle qui, à cause de son caractère non écrit, peine à trouver sa place dans un système légicentriste. Le rattachement d'une règle non écrite au passé ou à l'ancienneté, même si ce passé n'est que mythique, aussi lointain qu'indéfini<sup>1136</sup>, permet de justifier et de légitimer le recours par le juge à une norme qui n'est pas le produit

---

<sup>1133</sup> « Time whereof the Memory of Man runneth not to the contrary » (*Prescription Act*, 1832, Preamble).

<sup>1134</sup> J-M. CARBASSE, « Coutume, temps, interprétation », *Droits*, 2000, p. 20.

<sup>1135</sup> Pour le professeur P. DEUMIER : « L'ancienneté ne peut en effet être exigée que si elle est nécessaire à l'apparition des caractères de la règle que sont la généralité, la permanence, la stabilité, la connaissance. Parfaitement légitime en un temps où la tradition orale était un mode courant de communication à travers le groupe, dans les sociétés sans mémoire, nécessitant de nombreuses répétitions les lenteurs de la coutume exaspèrent » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 126). En droit international public, l'ancienneté n'est pas une condition déterminantes. La Cour internationale de justice a ainsi considéré que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier » (CIJ, 20 février 1969, *Aff. Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. CIJ p. 44).

<sup>1136</sup> Sur ce point v. J-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 15.

du Parlement. La preuve de ce rattachement au passé n'est pourtant pas présentée de façon explicite dans la décision qui applique cette règle. Pour mesurer son importance dans le raisonnement du juge, il faut donc faire appel à l'« environnement jurisprudentiel », aux conclusions et commentaires de la doctrine.

### (III) La référence discrète aux coutumes dans la jurisprudence

Malgré les nombreuses pages de doctrine consacrées au débat sur l'existence ou non de coutumes en droit constitutionnel, la notion semble absente de la jurisprudence constitutionnelle. Le champ d'application éventuelle des coutumes constitutionnelles, la relation entre les pouvoirs, échappe en général à la compétence du juge, ce qui pourrait expliquer cette absence (A). En droit administratif, des exemples épars mais couvrant des matières très variées, allant de l'application de coutumes internationales à la modification de noms de commune, démontrent l'intérêt du recours à des normes qui mettent en évidence la nécessité d'un ancrage du droit dans le passé (B).

#### (A) *L'absence du recours à la coutume dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

La seule mention explicite de la coutume dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel se trouve dans la décision 59-5 DC, dans le cadre du contrôle obligatoire d'une modification du règlement de l'Assemblée nationale. La résolution examinée par le Conseil visait à permettre la mise en place de la procédure du vote bloqué prévue par l'article 44 de la Constitution. Le Conseil, comparant cette procédure avec la pratique parlementaire suivie sous la IV<sup>e</sup> République, considère que le vote bloqué de l'article 44 permet d'obtenir, « par une procédure ne mettant pas en jeu sa [la responsabilité] politique [du gouvernement], un résultat analogue à celui qui ne pouvait être atteint sous le régime de la Constitution de 1946 et **en vertu de la coutume parlementaire**, que par la pratique de la question de confiance »<sup>1137</sup>.

---

<sup>1137</sup> CC, n° 59-5 DC du 15 janvier 1960, *Résolution modifiant les articles 95 et 96 du Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec., p. 15, JO du 27 janvier 1960, p. 940 [souligné par nous].

Le Conseil n'a pas recours à la coutume comme source normative, ni même comme un critère pour l'interprétation de la norme constitutionnelle qui lui sert de norme de référence. Cette référence est seulement, comme l'explique le professeur P. AVRIL, « une comparaison en quelque sorte pédagogique destinée à expliquer la signification du vote bloqué »<sup>1138</sup>. Plus encore, dans le *corpus* des décisions sur les règlements des Assemblées, le Conseil écarte la coutume et la pratique parlementaire comme sources normatives, considérant que le Parlement ne tire sa compétence que de la lettre de la Constitution, interdisant la mise en place de procédures non autorisées explicitement, malgré leur rattachement à la tradition parlementaire, comme ce fut le cas avec les résolutions lors de l'examen du règlement de l'Assemblée nationale en 1959<sup>1139</sup>.

*(B) Les invocations variées mais éparses de règles coutumières dans la jurisprudence administrative*

De son côté, la coutume, en droit administratif, peut se présenter sous un double jour : les coutumes confirmées par la loi et les coutumes qui complètent la loi. Les premières sont le signe « qu'en passant du droit coutumier de la société d'Ancien Régime au droit écrit, on ne pouvait pas gommer l'histoire : pour ne pas troubler les habitudes locales, enracinées dans une épaisseur humaine et historique, il était parfois nécessaire de procéder à une confirmation légale des anciennes coutumes »<sup>1140</sup>. Toutefois, il n'est pas du ressort de cette étude d'essayer de retrouver, dans l'ensemble des règles applicables en droit administratif, celles qui pourraient puiser leur source d'inspiration dans une coutume de l'Ancien Régime. L'étude se centre alors sur l'utilisation que fait le juge des coutumes qui viennent compléter les normes écrites, soit par renvoi explicite, soit de façon autonome.

Il est vrai que, pour le juge administratif, la violation de la coutume ne constitue pas, en tant que telle, un cas de violation de la règle de droit, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir<sup>1141</sup> et que les règles de droit coutumier ne peuvent pas être invoquées si elles sont

---

<sup>1138</sup> P. AVRIL, « Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution » in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*. Tome I, Paris : Dalloz, Coll. Traités, 2012, p. 390.

<sup>1139</sup> CC, n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec., p. 58, JO du 3 juillet 1959, p. 6642.

<sup>1140</sup> G. TEBoul, « La coutume, source formelle de droit en droit administratif », *op. cit.*, p. 103.

<sup>1141</sup> CE, 3 décembre 1920, *Duquesnoy et autres*, n° 65940, *Leb.*, p. 1034. V. sur ce point J-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 1142, pp. 354-355.

contraires à des dispositions législatives en la matière<sup>1142</sup>. Le juge préfère aussi recourir à des notions apparentées à la coutume comme celles de « tradition républicaine ou constitutionnelle » ou de « principe traditionnel »<sup>1143</sup>, pour essayer de voiler, dans un environnement dominé par le légicentrisme, le recours à des sources coutumières. De plus, les références à la coutume sont souvent implicites<sup>1144</sup>. Néanmoins, il est possible de retrouver certaines mentions explicites qui permettent de déterminer dans quelle mesure le juge prend en compte l'ancrage dans le passé comme un des éléments de définition de la norme.

Le juge administratif, compétent pour contrôler la compatibilité des lois et des actes administratifs avec le droit international, peut être amené à prendre en compte la coutume internationale comme norme de référence. Contrairement au juge judiciaire<sup>1145</sup>, il se montra, dans un premier temps, assez réticent à l'application de ces règles coutumières. Ainsi, la coutume internationale, contrairement au droit conventionnel écrit, n'est pas considérée comme ayant une valeur supérieure à la loi<sup>1146</sup>, mais peut être utilisée par le juge, notamment comme critère d'interprétation des conventions internationales<sup>1147</sup>. De plus, certaines règles du droit international coutumier peuvent être mobilisées directement par le juge administratif, par exemple, la règle coutumière concernant l'immunité juridictionnelle des États étrangers<sup>1148</sup>.

---

<sup>1142</sup> CAA de Douai, 18 février 2010, *Commune de Cappelle la Grande*, n° 08DA01062, *inédit* où la Cour a considéré que la commune ne pouvait se prévaloir d'une règle de droit coutumier qui serait contraire aux dispositions législatives pour contester la tenue d'un conseil municipal présidé par son doyen d'âge.

<sup>1143</sup> Par exemple, sous la IV<sup>e</sup> République, les prérogatives d'un gouvernement démissionnaire, non prévues par le texte constitutionnel, furent définies par le Conseil d'État en vertu « d'un principe traditionnel de droit public » (CE, 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, n° 86015, *Leb.*, p. 210). Sur le recours à la tradition voir *infra*.

<sup>1144</sup> Pour une partie de la doctrine, l'interprétation extensive de l'article 3 de la Constitution de 1875 qui sert de fondement à la théorie des circonstances exceptionnelles est une conséquence de « la coutume constitutionnelle [qui] a toujours accordé à l'exécutif le pouvoir d'assurer par tous les moyens la bonne marche des services publics » (F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1966, p. 145 à propos de l'arrêt CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, *Leb.*, p. 651). Cette même coutume permettrait au chef de Gouvernement de prendre des règlements autonomes sans habilitation législative (CE, 8 août 1919, *Labonne*, n° 56377, *Leb.*, p. 737).

<sup>1145</sup> Déjà en 1826, la Cour de cassation définissait le régime juridique de l'occupation d'un pays par une puissance étrangère par référence à « une coutume aussi ancienne qu'universelle chez les peuples civilisés devenue une maxime incontestable du droit des gens ». À remarquer la qualification de l'ancienneté de la coutume (Cass. Ch. Req., 6 avril 1826, *Viturbi et Totti*, S. 1825-1827.1.312).

<sup>1146</sup> CE, 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, *Leb.*, p. 206.

<sup>1147</sup> « Dans le cas de concours de plusieurs engagements internationaux, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales » (CE, 21 avril 2000, *M. Zaïdi*, n° 206902, *Leb.*, p. 159).

<sup>1148</sup> Cette règle a été reconnue par la Cour de cassation dès 1849 (Cass., 22 janvier 1849, *Gouvernement espagnol c. Lambège et Pujol*, S. 1849.1.81). Récemment, elle a été appliquée par le Conseil d'État dans une affaire concernant la responsabilité sans faute de l'État du fait de l'application de cette règle coutumière qui empêcha trois salariées de l'ambassade du Koweït à Paris de percevoir les indemnités auxquelles elles avaient droit, à la suite d'une décision des prudhommes confirmée en appel (CE sect., 14 octobre 2011, *Mme Om Hashem Saleh et autres*, n° 329788 et autres, *Leb.*, p. 473).

En général, s'agissant de coutumes largement reconnues et souvent balisées par la jurisprudence internationale et interne, le juge administratif ne se prononce pas sur les éléments de sa définition. Néanmoins, il est possible de trouver certaines références à l'ancrage dans le passé, notamment dans les conclusions des commissaires du Gouvernement et rapporteurs publics. Ainsi, dans un arrêt de 1958 concernant l'angarie, le commissaire HEUMANN a considéré que ce droit qu'il qualifie de « séculaire » était consacré par la coutume internationale<sup>1149</sup>.

En droit interne, il est possible de retrouver une mention plus explicite au caractère ancien des règles coutumières mobilisées dans le cadre du contentieux concernant la délimitation et la dénomination de l'espace communal. Le pouvoir de décision relatif au changement de limites communales appartient au préfet qui possède une large marge d'appréciation dans le choix des moyens pris en compte pour le tracé des limites. Des aspects historiques peuvent ainsi entrer en considération, surtout si les repères naturels ou les constructions qui servaient de limites ont disparu. Le préfet et, le cas échéant, le juge qui examine la décision du préfet, peuvent donc se référer aux usages et coutumes pour arrêter le tracé<sup>1150</sup>. Par exemple, dans la détermination des territoires respectifs des communes de Saint-Christophe-en-Oisans et de Mont-de-Lans, la Cour « a estimé qu'eu égard à la disparition de certains des repères naturels retenus dans ledit procès-verbal, due notamment à l'important recul des glaciers, le préfet et les premiers juges avaient à bon droit fait prévaloir les usages et coutumes résultant de la référence constante et conjointe de part et d'autre aux limites reportées sur les documents cadastraux depuis 1829, quand bien même ceux-ci auraient-ils été initialement erronés »<sup>1151</sup>. Le passage du temps et l'ancienneté de la pratique respectée pendant plus de cent-soixante ans contribuent donc, en l'espèce, à effacer une erreur initiale dans le cadastre.

Une source importante de droit coutumier est le droit applicable dans certaines collectivités territoriales ultra-marines. En effet, l'article 75 de la Constitution prévoit la

---

<sup>1149</sup> « L'angarie est un droit séculaire exercé par les États souverains, consacré par la doctrine, par la coutume internationale, par certains traités ainsi que par des décisions de justice, et qui permet la réquisition sans aucune formalité des navires de commerce étrangers, dans le cas de nécessité impérieuse, survenant en temps de guerre, et même, selon certains auteurs en temps de paix ». Il précise ainsi que dans le cas d'espèce « il nous apparaît que le Tasis a été angarié en vertu d'un droit que l'autorité française tenait de la coutume internationale ». Le CE conclut alors à son incompétence eu égard à ce que les faits étaient relatifs à l'exercice par le Gouvernement du pouvoir qu'il lui appartient de prendre en temps de guerre, et constituent donc des actes de gouvernement (C. HEUMANN, « Conclusions sur CE, 22 novembre 1957, *Myrtoon Steamships Company* », *D.* 1958, p. 10 ).

<sup>1150</sup> CE, 16 novembre 1984, *Commune de Pont-Marly*, n° 42705, *Leb.*, T., p. 514.

<sup>1151</sup> CE, 11 juillet 2001, *Commune de Saint-Christophe-en-Oisans*, n° 202837, *Leb.*, p. 347 ; *RFDA* 2002 p. 952 note VERPEAUX, qui confirme la décision de la CAA de Lyon, 15 octobre 1998, n° 95LY00029, *Leb.*, T., p. 766.

possibilité de la survivance de statuts personnels, qui peuvent avoir une origine coutumière ; quant à l'article 77, relatif à la Nouvelle Calédonie, il prévoit que la loi organique organise les règles relatives au statut civil coutumier. Les particularités historiques de certaines de ces collectivités impliquent aussi la prise en compte de règles coutumières dans l'organisation administrative et territoriale<sup>1152</sup>. Par exemple, pour la désignation des membres du conseil consultatif coutumier (remplacé depuis la loi organique de 1999 par le Sénat coutumier) en Nouvelle Calédonie, il était nécessaire de prendre en compte « les usages reconnus par la coutume » respectant les aires coutumières de la Nouvelle Calédonie<sup>1153</sup>.

La preuve de la coutume, en général, doit être apportée par la partie qui l'invoque. Sur le plan procédural, la règle coutumière, bien qu'elle soit une norme, est ainsi assimilée à un fait dont la preuve peut être rapportée par tous les moyens<sup>1154</sup>, ce qui s'applique aussi pour la coutume calédonienne. Par conséquent, la violation d'une règle coutumière dans la désignation d'un membre du Sénat coutumier peut être invoquée devant le juge de l'excès de pouvoir, toutefois il appartient au demandeur de prouver le contenu de cette coutume. Le Tribunal administratif de Nouvelle Calédonie a d'ailleurs considéré dans un arrêt de 2005 :

« Que si M. Ignace Païta soutient que la désignation de M. Gabriel Païta n'a pas "emprunté le chemin de la parole", que la désignation doit être préalablement soumise aux instances coutumières telles que le conseil de famille, le conseil de clan, le conseil des chefs de clan et le conseil de district avant d'être soumis au conseil de l'aire, il ne justifie pas du contenu de la règle coutumière invoquée et ne permet ainsi au juge d'apprécier la régularité de la procédure suivie ni la légalité au fond de la décision contestée »<sup>1155</sup>.

La loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, relative aux actes coutumiers, a désormais codifié les moyens de preuve des coutumes en Nouvelle Calédonie, par le biais des palabres, ce qui évite au juge de devoir se prononcer sur l'existence et les éléments de définition de cette coutume<sup>1156</sup>.

---

<sup>1152</sup> V. sur ce point F. GARDE, « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p.1-13.

<sup>1153</sup> « Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, avant de prendre l'arrêté litigieux, portant nomination - qui devait être opérée selon les usages reconnus par la coutume - des membres de l'institution dont il s'agit, il appartenait au délégué du gouvernement de se rapprocher des autorités coutumières du territoire, elles-mêmes désignées selon les usages reconnus par la coutume, conformément aux dispositions de la délibération susvisée de l'Assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, en date du 6 août 1985, en vue de recueillir leurs propositions ; qu'il devait ensuite se borner à constater les désignations qui lui auraient ainsi été proposées » (TA de Nouméa, 19 septembre 1991, *Attiti*, cité par F. GARDE *op. cit.*, p. 2)

<sup>1154</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, Paris : Flammarion, Coll. Champs université, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 109.

<sup>1155</sup> TA de Nouméa, 10 novembre 2005, n° 05290, *AJDA*, 2006 p. 1561.

<sup>1156</sup> V. J-P. VOGEL et T. ZOYAME, « Le juge administratif face à la coutume kanake », *AJDA*, 2006, p. 1561-1563.

Le recours direct à des règles coutumières est ainsi assez limité dans la jurisprudence, le juge préférant faire appel soit à des principes généraux qui reprennent le contenu de règles coutumières, soit aux notions d'usages et de traditions, telles que prévues dans les textes. Cette référence aux usages et traditions permet donc de prendre en compte des phénomènes coutumiers, au sens large, sans devoir leur donner forcément le statut de normes juridiques à part entière, respectant ainsi la prééminence du droit écrit propre au système français contemporain.

## ***§ 2. Une référence aux pratiques passées : le recours aux usages***

Dans le langage commun, les usages sont souvent utilisés comme synonyme des coutumes. Néanmoins, les deux notions doivent être distinguées. Au sein de la doctrine, c'est F. GÉNY qui énonça la distinction traditionnelle entre ces deux notions, considérant que l'usage serait plutôt un fait et que seule la coutume peut être considérée, sous certaines conditions, comme une règle de droit positif<sup>1157</sup>. Le *Vocabulaire juridique* de CORNU définit les usages de la façon suivante : « plutôt qu'une véritable règle de droit, [l'usage] désigne souvent une pratique particulière à une profession (usages professionnels), à une région (usages régionaux) ou à une localité (usages locaux) et dont la force obligatoire est variable »<sup>1158</sup>. L'usage est donc une pratique, mais, pour être porteuse d'une certaine force normative, il est nécessaire que d'autres éléments s'ajoutent à cette pratique. L'usage, au sens juridique, désigne alors une « situation de fait habituelle, résultant d'une pratique ancienne et constante, qui acquiert valeur juridique coutumière lorsqu'il est consacré par le temps et la présomption de consentement général »<sup>1159</sup>. L'ancienneté joue, encore une fois, un rôle important dans la détermination de cette notion.

La reconnaissance juridique des usages peut se faire par deux voies : soit le juge les constate et les applique à une situation précise, soit le jurislatureur y fait une référence en renvoyant aux usages le soin de régler certaines matières (I). Ici encore, le juge possède un rôle déterminant car, d'habitude, le législateur et le pouvoir réglementaire en renvoyant aux usages n'en définissent pas les éléments constitutifs. C'est donc au juge que revient la tâche

---

<sup>1157</sup> F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome I, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919, p. 422-424.

<sup>1158</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 946.

<sup>1159</sup> F. COLIN, « Les usages locaux, source du droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 467.

d'identifier et d'appliquer ces usages en déterminant leurs éléments de définition, parmi lesquels, l'ancrage de la pratique dans le passé (II).

### (I) Le renvoi aux usages locaux par une norme écrite

Certains usages, du fait de leur utilisation fréquente, peuvent faire l'objet d'une codification. C'est notamment le cas de la codification des usages à caractère agricole, entreprise dès le XIX<sup>e</sup> siècle par l'administration des départements, actuellement régie par l'article L. 511-3 du code rural et de la pêche maritime<sup>1160</sup>. L'usage, même codifié, a une position originale par rapport au temps. Si sa constatation ou sa codification est contemporaine, cette opération n'est qu'une actualisation d'un phénomène qui préexiste. Ainsi « avant même ce geste de rationalisation par lequel une habitude sera nommée usage ou coutume, la relation en cause est déjà, en substance, un usage ou une coutume »<sup>1161</sup>.

En droit public, le juge est plutôt confronté aux usages *locaux*, dont le lien avec le passé est particulièrement étroit, certains auteurs les qualifiant même de « vestige historique, intermédiaire culturel, catalyseur de nouveauté, l' "usage local" est la mémoire du droit moderne, le témoin de la difficile et contradictoire construction des règles communes et, [...] le prodigieux indicateur de l'opaque enracinement de la norme dans le fait »<sup>1162</sup>. En effet, l'usage local détient une sorte de présomption générale d'ancienneté qui, unie à sa capacité à prendre en compte des pratiques sociales profondément enracinées, lui donne une légitimité pour prétendre être à l'origine d'une règle de droit<sup>1163</sup>.

Le législateur et le pouvoir réglementaire peuvent faire appel à des usages locaux dans des matières très diverses du droit. Le code civil, première grande œuvre de codification, malgré sa volonté positiviste de remplacer le droit non écrit par des règles écrites et codifiées,

---

<sup>1160</sup> En vertu de cet article, qui trouve son origine à l'article 24 de la loi organique du 3 janvier 1924 créatrice des chambres d'agriculture, les chambres départementales d'agriculture sont appelées par l'autorité administrative à grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires. Ces recueils et usages locaux sont régulièrement tenus à jour.

<sup>1161</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation » in *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIX<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris : Éd. du CNRS, 1990, p. 188.

<sup>1162</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Introduction » in *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIX<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles)*, op. cit., p.13.

<sup>1163</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation », op. cit., p. 195.



fait une place importante aux usages<sup>1164</sup>. En effet, les renvois du code civil aux usages locaux sont le signe de la survivance d'un droit qui ne pouvait pas être complètement assimilé au droit écrit et codifié ; il « signale la présence d'un ordre légitimé par l'histoire inassimilable par ces 'nouveaux principes' dans leur absolutisme abstrait »<sup>1165</sup>. Le recours aux usages permet de trouver une voie médiane entre la codification et le maintien des pratiques locales, surtout dans certains pans d'activité où ces pratiques jouissent d'un profond ancrage. Par exemple, la majorité des dispositions renvoyant aux usages locaux sont contenues aujourd'hui dans le code rural<sup>1166</sup> et concernent, notamment, des institutions dont leur origine remonte au Moyen Âge. C'est le cas des baux à colonat partiaire ou métayage<sup>1167</sup> ou des dispositions organisant la vaine pâture<sup>1168</sup>. De même, pour les appellations d'origine, le législateur fait recours aux « usages locaux, loyaux et constants »<sup>1169</sup>. En effet, une appellation d'origine n'est « que la consécration de pratiques anciennes et répétées »<sup>1170</sup>, d'où le recours aux usages, qui est même repris dans la législation de l'Union européenne en la matière<sup>1171</sup>.

---

<sup>1164</sup> Par exemple, l'article 1736 établit que « si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux ». D'autres exemples peuvent être trouvés aux articles 590, 591, 593, 608, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1587, 1745, 1748, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759, 1762, 1774 et 1777. Pour une étude plus complète v. P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, p. 400 et ss.

<sup>1165</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Introduction », *op. cit.*, p. 9.

<sup>1166</sup> L'absence d'un véritable code rural pendant presque deux siècles explique la survivance des renvois aux usages locaux, comme l'explique L. ASSIER-ANDRIEU : « L'absence, logique, d'un vrai code rural, lui a confié la lourde mission d'être, pour les campagnes, aussi bien la voie juridique d'expression des habitudes admises que le véhicule privilégié de la modernisation économique et sociale » (*Ibid.*, p. 8).

<sup>1167</sup> Par exemple, l'article L. 462-8 code rural et de la pêche maritime, établit, pour les baux à colonat partiaire ou métayage que « La part du preneur et celle du bailleur sont déterminées dans le contrat, en tenant compte des usages locaux et de la contribution de chaque partie, la part du preneur ne pouvant en aucun cas être inférieure aux trois quarts des fruits et produits provenant des terres non affectées à son usage personnel ».

<sup>1168</sup> Article L. 651-2 du code rural et de la pêche maritime : « La vaine pâture s'exerce soit par troupeau séparé, soit au moyen du troupeau en commun, conformément aux usages locaux sans qu'il puisse être dérogé aux dispositions des articles 647 et 648 du code civil et à celles du présent chapitre ».

<sup>1169</sup> Article L. 644-7 du code rural et de la pêche maritime : « Tout vin bénéficiant d'une appellation d'origine peut être commercialisé sous l'appellation la plus générale à laquelle il peut prétendre d'après les **usages locaux**, loyaux et constants, sous réserve que cette appellation soit inscrite dans les registres vitivinicoles au sens de la réglementation communautaire en vigueur » [souligné par nous] et article L. 115-2 du code de la consommation : « A défaut de décision judiciaire définitive rendue sur le fond en application des articles L. 115-8 à L. 115-15, un décret en Conseil d'État peut délimiter l'aire géographique de production et déterminer les qualités ou caractères d'un produit portant une appellation d'origine en se fondant sur des **usages locaux**, loyaux et constants » [souligné par nous]. Néanmoins, les usages locaux doivent être pris en compte uniquement pour la détermination de l'aire géographique de production et les qualités ou caractéristiques d'un produit portant une appellation, mais non pas pour la reconnaissance en soi d'une appellation d'origine (CE, 9 février 2012, *Société coopérative vinicole Les Vignerons de Latour de France c. Inao*, n° 335041, *Leb. T.*, p. 572). De même, la consécration d'un usage local par l'Administration demeure une question de légalité seulement dans le cadre des appellations d'origine « simples », et pas pour les AOC (v. sur ce point S. BIAGINI-GIRARD, « L'AOC permet-elle réellement la prise en compte des pratiques et des "savoirs locaux" ? », *Revue de droit rural*, 2012, p. 54).

<sup>1170</sup> M-C. PIATTI, « L'appellation d'origine. Essai de qualification », *RTD Com.*, 1999, p. 560.

<sup>1171</sup> Ainsi, le règlement n° 479/2008 du Conseil du 29 avril 2008 portant organisation du marché vitivinicole, fait référence à son article 42, en matière d'appellation d'origine, que « Lors de l'enregistrement d'une dénomination homonyme ou partiellement homonyme d'une dénomination déjà enregistrée conformément au présent

Leur mention est aussi assez répandue en droit de l'urbanisme, qu'il s'agisse des frais de construction des trottoirs<sup>1172</sup> ou en matière de régulation des clôtures pour permettre la libre circulation des piétons, avant la réforme de 2005<sup>1173</sup>. Les usages locaux peuvent même avoir une place dans une matière aussi liée à la loi écrite que le droit fiscal. Ainsi ils peuvent intervenir pour la détermination des règles de calcul des bénéfices d'une exploitation agricole pour la comptabilité de l'impôt sur le revenu<sup>1174</sup>.

Si, avec la codification, de nombreuses mentions aux usages locaux ont été abrogées, certaines dispositions récentes peuvent également y avoir recours. C'est le cas du très controversé « décret anti-cagoule », qui a introduit un article R. 645-14 au code pénal selon lequel est puni d'une amende celui qui, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, dissimule volontairement son visage afin de ne pas être identifié. Des exceptions ont été prévues à l'alinéa 3 qui rendent inapplicable ces dispositions « aux manifestations conformes aux usages locaux ». Le renvoi aux usages est aussi présent en droit des collectivités d'outre-mer, notamment pour prendre en compte leurs caractéristiques et contraintes particulières, en vertu de l'article 73 de la Constitution. Par exemple, l'article L. 222-1 du code de travail applicable à Mayotte prévoit la liste des fêtes légales qui sont désignées comme des jours fériés. À la liste reprennant les jours fériés en métropole, cet article rajoute la possibilité de prendre en compte les « usages qui prévoiraient des jours fériés supplémentaires, notamment les fêtes de Miradji, Idi-el-Fitri, Idi-el-Kabir et Maoulid ».

Le renvoi aux usages par une règle écrite peut donc se faire dans des matières très variées et pour l'identification de différents aspects de cette norme. Les usages locaux peuvent ainsi servir à déterminer le champ d'application de la norme, les obligations en découlant pour ses destinataires et même la portée des exceptions à l'application de cette norme.

---

règlement, il est dûment tenu compte **des usages locaux et traditionnels** et des risques de confusion » [souligné par nous].

<sup>1172</sup> Article L. 2333-61 CGCT : « Il n'est pas dérogé aux usages locaux en vertu desquels les frais de construction des trottoirs sont, soit en totalité, soit dans une proportion supérieure à la moitié de la dépense totale, à la charge des propriétaires riverains ».

<sup>1173</sup> Article L. 441-3 du code de l'urbanisme (avant sa modification par l'ordonnance n° 2005-1527) : « L'autorité compétente en matière de permis de construire peut faire opposition à l'édification d'une clôture lorsque celle-ci fait obstacle à la libre circulation des piétons admise par les usages locaux ».

<sup>1174</sup> Article 77 code général des impôts : « Dans le cas de bail à portion de fruits, le bailleur et le métayer sont personnellement imposés pour la part de revenu imposable revenant à chacun d'eux proportionnellement à leur participation dans les bénéfices ou dans les produits, suivant décision de la commission départementale prévue à l'article 1651 compétente qui, en tout état de cause, se conforme aux usages locaux ».

## (II) L'examen du critère d'ancienneté et de constance d'un usage par le juge

Les usages, pour prétendre à une force normative, doivent répondre à plusieurs conditions : l'ancienneté, la constance et la reconnaissance. Dans le cas des usages locaux, à ces conditions s'ajoute la délimitation géographique<sup>1175</sup>. Néanmoins, cette analyse se centre sur la délimitation des conditions d'ancienneté et de constance. Ce sont elles, en effet, qui obligent le juge à mobiliser des éléments du passé pour la détermination de l'usage. Le juge de fond examine en principe ces conditions qui laissent aux parties une grande marge de manœuvre pour apporter la preuve de l'usage en question. Des attestations, des témoignages des habitants ou même la description de cet usage local dans d'autres textes, juridiques ou non, peuvent avoir un caractère probant<sup>1176</sup>. Toutefois, le contrôle réalisé par le juge se limite souvent au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, et il n'entre pas dans les détails de l'application de ces usages<sup>1177</sup>.

La détermination de l'ancienneté d'une pratique, pour qu'elle puisse être considérée comme un usage, ne fait pas l'objet d'une science exacte du juge<sup>1178</sup>. En effet, ce dernier, dans le cas d'espèce, se contente de faire une mention vague au fait que cet usage est « ancien »<sup>1179</sup>, « de longue date »<sup>1180</sup> ou de faire référence à une pratique « ancestrale »<sup>1181</sup>. Néanmoins,

---

<sup>1175</sup> Pour une analyse plus détaillée de la place des usages dans la jurisprudence constitutionnelle v. la thèse de G. TEBOUL, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, op. cit., 331 p.

<sup>1176</sup> F. COLIN, « Les usages locaux, source du droit administratif », op. cit., p. 475.

<sup>1177</sup> Par exemple, sur les dispositions régulant l'appellation « monoï de Tahiti », le Conseil d'État considère « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le décret soit entaché d'erreur manifeste d'appréciation au regard des usages locaux en ce qu'il prévoit que le "monoï de Tahiti" est obtenu par macération d'au moins dix fleurs de tiaré par litre d'huile raffinée et que le produit fini doit être composé d'au moins 90 % masse sur masse d'huile de coprah » (CE, 19 juin 2002, *M. Jacques X.*, n° 216737, inédit). De même il a considéré par rapport à l'appellation « Coco de Paimpol » que « si le requérant soutient que le décret qu'il conteste serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation au regard des usages locaux en tant qu'il accorde l'appellation contestée aux seules espèces de haricots "tardives à très tardives" et de grain "gros à très gros", il ne ressort pas des pièces du dossier que des variétés différentes, présentant d'autres caractéristiques, seraient traditionnellement cultivées sous la dénomination "Coco de Paimpol" » (CE Sect., 30 décembre 1998, *M. Le Jan*, n° 195625, *Leb. T.*, p. 733).

<sup>1178</sup> La jurisprudence judiciaire, de son côté, permet de considérer que l'usage constant est « celui qui révèle un emploi sinon immémorial, du moins ancien, persistant et ininterrompu de la dénomination réclamée » (M.-C. PIATTI, op. cit., p. 557).

<sup>1179</sup> Par exemple, la Cour EDH, analysant le statut des membres du Conseil d'État français considéra que « L'inamovibilité des membres du Conseil d'État n'est pas prévue par les textes mais se trouve garantie en pratique tout comme est assurée leur indépendance par des **usages anciens** tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'État, sans ingérences extérieures, (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice à la différence des magistrats du parquet) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'État elles-mêmes » [souligné par nous] (Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor c. France*, req. n° 65411/01, § 65).

<sup>1180</sup> En application de l'ancien article L. 441-3 du code de l'urbanisme, qui a donné lieu à un important contentieux pour pouvoir déterminer si une clôture fait obstacle à la libre circulation des piétons admise par les

certaines précisions peuvent être données. Par exemple, examinant une demande pour permettre à deux communes d'être incluses dans la liste de celles pouvant bénéficier de l'appellation d'origine « Bourgogne », le Conseil a rappelé que : « si l'Institut national des appellations d'origine ne retient en principe pour la délimitation des communes bénéficiant du droit à l'appellation contrôlée que des sols reposant sur un substrat plus ancien peut faire exception à l'application d'un tel critère quand il existe des usages locaux, loyaux et constants, la commune de Demigny dans laquelle les replantations de cépages fins ne datent que des années 1970, ne peut argumenter l'existence de tels usages »<sup>1182</sup>. Une pratique d'à peine quelques dizaines d'années n'est donc pas suffisamment ancienne pour être considérée comme un usage local.

Dans une autre décision, une date butoir a été dégagée par le Conseil d'État pour mesurer l'ancienneté d'un usage local. En l'espèce était en cause l'application des articles L. 233-56 et L. 233-57 du code des communes, devenus articles L. 2333-62 et L. 2333-63 CGCT, en vertu desquels dans les villes où, conformément aux usages locaux, le pavage des rues est à la charge des propriétaires riverains, l'obligation qui en résulte pour les frais de premier établissement ou d'entretien peut, en vertu d'une délibération du conseil municipal et sur un tarif voté par cette assemblée, être convertie en une taxe recouvrée comme en matière d'impôts directs. Le Conseil d'État a considéré, depuis un avis du 25 mars 1807, qu'il fallait que les usages mentionnés soient antérieurs à la loi du 11 frimaire an VII qui a mis les frais de pavage à la charge des communes<sup>1183</sup>. Ce cas reste néanmoins isolé.

L'ancienneté n'est pas toujours une condition suffisante, il faut ainsi que la pratique de longue date qui sert de base à l'usage soit maintenue et prouvée<sup>1184</sup>. La preuve de l'usage local est cependant assez facile à produire puisque le Conseil d'État a considéré, par exemple, que

---

usages locaux, le juge administratif examine au cas par cas cet usage par les piétons, mais, par rapport à l'élément de l'ancienneté, il se limite à étudier si le passage a « été emprunté de manière fréquente et de longue date par des personnes circulant à travers la parcelle » (CAA de Lyon, 14 février 1995, *M. Seibert*, n° 93LY01342, *Leb. T.*, p. 1093 ; dans le même sens CE Sect., 10 mai 1995, *Melin*, n° 136596, *Leb. T.*, p. 1093).

<sup>1181</sup> C'est le cas des « quéreux », petite place à travers laquelle l'usage local autorise le libre passage de piétons, usage qui est qualifié d'« ancestral » parle juge (CE Sect., 2 mars 1994, *Commune de Sainte-Marie-de-Ré c/ Epoux Le Boulicaut*, n° 136577, *Leb. T.*, p. 1267).

<sup>1182</sup> CE, 9 novembre 1998, *M. Baruet et autres*, n° 141239, *inédit*.

<sup>1183</sup> Repris par CE, 14 février 1996, *Commune de Nontron*, n° 139509, *inédit*.

<sup>1184</sup> En matière d'urbanisme, le Conseil d'État a considéré : « qu'en se bornant à invoquer l'existence, au début du siècle d'une "régale", propriété indivise des habitants de la commune, en bordure de leurs parcelles, les requérants n'établissent ni que cette "régale" aurait permis la circulation générale des piétons, ni qu'elle existerait encore, et ne démontrent ainsi ni que la clôture envisagée serait établie en violation des dispositions précitées [article L. 441-3 du code de l'urbanisme avant modification] ni que le dossier constitué par Mme Y... à l'appui de sa déclaration serait entaché de fraude » (CE, 2 mars 1994, *M. Sardou*, n° 136573, *inédit*).

des attestations de plusieurs habitants affirmant l'ancienneté et la constance de l'usage avaient un caractère probant<sup>1185</sup>.

Un domaine de renvoi aux usages locaux particulièrement fécond est celui de l'utilisation des cloches des églises. Cette jurisprudence s'est surtout développée dans un contexte historique précis : celui de la lutte anti-cléricale suivant l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, mais elle trouve encore des applications de nos jours<sup>1186</sup>. L'alinéa 2 de l'article 27 de la loi de séparation prévoit que « Les sonneries des cloches seront réglées par arrêté municipal, et, en cas de désaccord entre le maire et le président ou directeur de l'association cultuelle, par arrêté préfectoral ». Le décret d'application de cette loi, datant du 16 mars 1906, fait un renvoi aux usages locaux en établissant que :

« Les cloches des édifices servant à l'exercice public du culte peuvent être employées aux sonneries civiles dans les cas de péril commun qui exigent un prompt secours. Si elles sont placées dans un édifice appartenant à l'Etat, au département ou à la commune ou attribué à l'association cultuelle en vertu des articles 4, 8 et 9 de la loi du 9 décembre 1905, elles peuvent, en outre, être utilisées dans les circonstances où cet emploi est prescrit par les dispositions des lois ou règlements, **ou autorisé par les usages locaux** »<sup>1187</sup>.

Par conséquent, quand les cloches sont placées dans une église appartenant à la commune, elles ne peuvent être affectées à des sonneries civiles que dans des cas déterminés, lorsque cet emploi est prescrit par des lois ou règlements, ou autorisé par les usages locaux<sup>1188</sup>. Le renvoi aux usages locaux permet ainsi de prendre en compte des pratiques ancrées dans les communes, auxquelles les habitants peuvent être particulièrement attachés.

Dans la régulation des sonneries, ce qui doit primer est la recherche d'un équilibre entre, d'un côté, le maintien de l'ordre et la tranquillité publics, et, de l'autre côté, l'exercice du culte et le respect des traditions locales<sup>1189</sup>. Le juge a donc comme mission d'examiner si le maire, dans son arrêté régulant l'utilisation des cloches, a veillé à l'équilibre entre ces différents intérêts. L'évaluation de cette conciliation remplace donc l'examen, dans beaucoup

---

<sup>1185</sup> CE, 25 avril 1990, *Gomel*, n° 87705, *inédit*.

<sup>1186</sup> Par exemple, CAA de Douai, 26 mai 2005, *Commune de Férin*, n° 04DA00251, *inédit* sur l'emploi des cloches à des fins civiles. Néanmoins, les principaux arguments contre la sonnerie des cloches sont développés plutôt autour des nuisances sonores plus que sur le respect ou non des usages locaux (v. N. WOLFF, « Querelle de clocher au XXI<sup>e</sup> siècle », *AJDA*, 2004, p. 778-780).

<sup>1187</sup> [Souligné par nous]

<sup>1188</sup> A. SAINT PAUL, « Conclusions sous CE, 5 août 1908, *Morel et autres* », *Leb.*, p. 860.

<sup>1189</sup> *Loc. cit.*. V. aussi CE, 12 février 1909, *Abbé Rimbaud*, n° 28662, *Leb.*, p. 157 dans lequel le Conseil considère explicitement qu'il appartient au maire de « régler l'usage des cloches des églises dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publique, il est tenu de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le libre exercice des cultes » dans le même sens CE, 30 janvier 1914, *Abbé Boillot*, n° 49120, *Leb.*, p. 108.

d'espèces, de l'existence de traditions ou d'usages locaux en matière de sonneries. Toutefois, dans le cas où un maire décide d'autoriser par arrêté l'utilisation civile des cloches à de nouvelles fins, l'examen des usages locaux peut prendre une place importante dans le raisonnement du juge administratif. Ainsi, analysant l'arrêté pris par le maire de Vendevre qui prescrivait que les cloches pouvaient être employées pour les enterrements et les mariages civils, le Conseil d'État considéra : « qu'aucune disposition de loi ou de règlement ne prescrit l'emploi des cloches des édifices servant à l'exercice public du culte pour les enterrements ou les mariages civils ; qu'il résulte, d'autre part, de l'instruction que cet emploi n'est autorisé dans la commune de Vendevre-sur-Baise par aucun usage local »<sup>1190</sup>. De même, analysant l'arrêté pris par le maire de Parizot où il permettait de faire sonner les cloches des églises pour annoncer les heures des repas et celle de la reprise des travaux des champs, la réunion du conseil municipal, l'heure d'ouverture et de clôture du scrutin les jours des élections, entre autres, le Conseil d'État donna une borne temporelle aux usages précisant que dans le cas d'espèce « il n'est justifié d'aucun usage local **antérieur à la loi du 9 décembre 1905** autorisant lesdites sonneries »<sup>1191</sup>. Dans certains cas, la jurisprudence peut aussi faire mention des usages locaux à l'appui d'une annulation d'un arrêté qui porterait atteinte au libre exercice des cultes, considérant qu'une limitation de l'utilisation à deux sonneries pour les enterrements, et à une durée de cinq minutes pour l'unique sonnerie permise pour chaque cérémonie religieuse est « en contradiction avec les usages locaux et non justifiée par la nécessité d'ordre public »<sup>1192</sup>.

Aujourd'hui, c'est surtout sous l'angle des nuisances sonores que la réglementation des cloches est analysée, même si le juge peut encore faire appel aux usages locaux pour admettre l'utilisation civile de certaines sonneries. En ce qui concerne le critère d'ancienneté, dans la jurisprudence plus récente, les critères de définition de l'usage se sont assouplis davantage. Ainsi, le juge n'exige plus que cet usage soit antérieur à la loi de 1905 et accepte comme

---

<sup>1190</sup> CE, 5 août 1908, *Morel et autres*, précité ; dans le même sens CE, 29 juillet 1910, *Miniac, Renault et Mulot*, n° 33653, *Leb.*, p. 648.

<sup>1191</sup> CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand curé de Parizot*, n° 35943, *Leb.*, p. 620 [souligné par nous]. Dans le même sens CE, 12 janvier 1912, *Abbé Hugot*, n° 41327, *Leb.*, p. 32 ; CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue*, n° 41913, *Leb.*, p. 250 ; CE, 22 novembre 1912, *Abbé Dupuy*, n° 47361, *Leb.*, p. 1074 ; CE, 9 mai 1913, *Abbé Grenier*, n° 49339, *Leb.*, p. 522 ; CE, 6 mars 1914, *Abbé Desvals*, n° 47805, *Leb.*, p. 307 ; CE, 29 octobre 1931, *Abbé Pelletier*, n° 2482 et 4632, *Leb.*, p. 917.

<sup>1192</sup> CE, 17 mars 1911, *Abbés Glatard et Thévenon*, n° 39703, *Leb.*, p. 341.

preuve la simple constance dans le temps et l'assentiment des différents acteurs de la vie locale<sup>1193</sup>.

Le second élément qui implique un regard du juge vers le passé est l'évaluation de la constance de l'usage. Cependant, cet élément est souvent associé, dans la jurisprudence, au caractère traditionnel, au point de confondre usage local et tradition locale.

### § 3. *Une continuité avec le passé : la mention de la tradition*

La notion de *tradition* peut faire l'objet de définitions variées, plus ou moins précises. À côté de la définition technique de la tradition, héritée du droit romain, qui fait référence au transfert de la possession d'un bien mobilier, il est possible d'associer un sens beaucoup plus large, selon lequel la tradition serait une « pratique héritée du passé qui peut être élément d'un usage ou d'une coutume »<sup>1194</sup>. La *tradition* semble alors n'être qu'un élément des autres notions antérieurement étudiées.

Néanmoins, il est possible de retrouver, tantôt dans les discours politiques, tantôt dans les discours juridiques, une invocation de la *tradition* indépendante de la mention d'*usage* et de *coutume*. Il est possible de se demander s'il existe une *notion* indépendante de *tradition* avec ses propres caractéristiques. Si la doctrine et les différentes utilisations juridiques semblent donner certaines pistes, le contenu de la notion reste cependant assez flou.

En effet, ce qui caractériserait une *tradition* serait un rapport particulier au passé, réel ou imaginaire, auquel elle renvoie (I). En dépit de ce manque de clarté, la notion est aussi reprise par le juge, en particulier administratif, dans sa jurisprudence, où il essaie de dégager, de façon plus ou moins explicite, les éléments de cette *tradition* à laquelle des textes normatifs font référence, notamment son ancrage et sa permanence (II). Le recours à un type particulier de *tradition*, qualifiée de *républicaine*, permet aussi de s'interroger sur l'importance de l'ancrage dans un passé plus spécifique : l'histoire institutionnelle et constitutionnelle de la France (III).

---

<sup>1193</sup> P. TURK, « Les sonneries de cloches entre police des cultes et police générale », *Dr. adm.*, n° 8, 2005, p. 33 à propos de la décision de la CAA de Douai relative à la Commune de Ferin précitée.

<sup>1194</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 926.

## (I) La tradition : une notion floue invoquée par des textes normatifs

La notion de *tradition* peut faire l'objet de définitions variées, plus ou moins précises. Dans une conception large elle peut faire référence à « l'ensemble des solutions juridiques transmises à une époque par les époques précédentes »<sup>1195</sup>. La tradition serait alors assimilée à l'histoire particulière d'un système juridique<sup>1196</sup>. F. GÉNY qualifiait la *tradition* d'*autorité*, catégorie dans laquelle il rangeait aussi la doctrine et la jurisprudence. La tradition était alors pour le Doyen, une autorité « revêtue d'un cachet d'antiquité, qui lui donne, à la fois, le prestige et la caducité d'un grand âge »<sup>1197</sup>. Le lien entre cette conception de la tradition et l'histoire est, ici aussi, particulièrement proche, puisque la tradition serait « la part d'influence que les faits historiques ont conservé »<sup>1198</sup>. Néanmoins, cette conception de la tradition est bien trop large pour être utilisée explicitement par le juge dans son application du droit. S'il peut être influencé dans son raisonnement par des traditions juridiques telles qu'elles viennent d'être décrites – notamment par des adages ou des règles héritées du droit romain – c'est avant tout le renvoi plus précis à une tradition particulière, comme source d'obligations ou comme critère d'interprétation d'une norme juridique, qui est ici analysé.

Il est donc possible de dégager une *notion* plus précise de la *tradition*. Trois éléments peuvent alors définir la *tradition* dans un sens plus étroit<sup>1199</sup>. Le premier élément, commun avec les notions de *coutume* et d'*usage*, est son caractère passé. Le contenu de toute tradition trouve son origine, supposée ou réelle, dans le passé. Le second élément de la *tradition*, commun avec la *coutume* et qui marque sa capacité à être porteuse d'une force normative, est sa prétention à l'autorité. Si elle dérive d'un passé, réel ou imaginé, elle est considérée comme ayant une signification pour le présent, elle joue un rôle de régulation des activités des participants présents. En troisième lieu, la tradition n'est pas seulement du passé conjugué au présent. Elle nécessite d'une transmission à travers les générations. Il ne s'agit pas

---

<sup>1195</sup> P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles : Falk, 1906, p. 182.

<sup>1196</sup> Ainsi précise le même auteur « La tradition est intimement liée à l'histoire ; celle-ci enregistre les faits ; celle-là est la part d'influence que les faits historiques ont conservée. Ainsi les éléments historiques qui ont concouru à la formation du Droit moderne sont également les éléments de tradition que l'on peut invoquer. Le Droit romain, le Droit canon, le Droit coutumier, les anciennes Ordonnances, les arrêts des Parlements, l'opinion des grands Jurisconsultes de l'ancien régime, la Législation révolutionnaire : voilà les sources historiques ou traditionnelles de notre législation civile » (*Loc. cit.*).

<sup>1197</sup> F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, *op. cit.*, Vol. II, p. 2.

<sup>1198</sup> P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>1199</sup> Sont reprises ici la définition et la caractérisation de la tradition dégagées par M. KRYGIER dans son article « Law as tradition », *Law and Philosophy*, n° 2, Vol. 5, 1986, p. 237-262.



simplement de découvrir un fait ou une pratique pour les transposer au présent. La *tradition* insiste alors sur la permanence et sur la méthode de transmission<sup>1200</sup>. Elle implique alors un ancrage plus profond dans le passé que la coutume. Il serait impossible d'admettre, comme il est considéré pour certaines coutumes, le caractère instantané ou la non nécessité d'une permanence et d'une transmission dans le passé, pour les cas d'une tradition.

Toutefois, dans les systèmes juridiques codifiés, la tradition n'est généralement invoquée que si une norme écrite, générique ou particulière, permet son application<sup>1201</sup>. Elle n'est pas considérée comme une source normative à part entière<sup>1202</sup>, et se rapproche plus de la notion d'*usage*. Malgré ces points communs, ce qui distingue les deux notions, est encore une fois l'ancrage particulier au passé auquel la tradition renvoie. Il semble, ici aussi, qu'une continuité plus marquée, un attachement plus profond au passé, distingue la *tradition* de l'*usage*.

L'invocation de la tradition par des textes est, par conséquent, moins fréquente que le renvoi aux usages locaux. Il est toutefois possible de la retrouver dans des matières très diverses et pour répondre à différentes fonctions. Le code pénal fait ainsi plusieurs références à *la tradition locale ininterrompue* pour justifier des exceptions au délit d'actes de cruauté et aux contraventions en cas de mise à mort ou mauvais traitements envers des animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité<sup>1203</sup>, dans le cadre des courses de taureaux et des combats de coqs. Le Code de l'éducation, de son côté, fait appel aux « traditions

---

<sup>1200</sup> « Les traditions dépendent de continuités, réelles ou imaginaires, entre le passé et le présent. Ces continuités peuvent être institutionnalisées, comme elles le sont dans les institutions juridiques ou religieuses, mais ce n'est pas forcément nécessaire » [Traditions depend on real or imagined continuities between past and present. These continuities may be formalized and institutionalized as they are in the institutions of law and religion, though they need not be] (*Ibid.*, p. 250).

<sup>1201</sup> Toutefois, dans certains systèmes la tradition peut avoir un sens un peu plus restreint et être considérée comme une source du droit à part entière. C'est le cas notamment du droit privé belge, où le *tradition* entendue comme la référence faite aux autorités antérieures à la loi (fragments du droit romain, maximes de droit, coutumes anciennes, jurisprudence des parlements, pratiques immémoriales et autorités doctrinales antérieures au code civil) peut servir de base pour aller même à l'encontre d'une loi écrite (v. P-A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition » in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 48-66).

<sup>1202</sup> Elle peut être considérée comme une source normative si elle passe par des « relais », notamment par le biais de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (v. *infra*).

<sup>1203</sup> L'exception commune au délit et aux contraventions prévoit que « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie » (articles L. 521-1, R. 654-1 et R. 665-1 du code pénal).

universitaires » pour justifier une éventuelle limitation de la liberté des enseignants chercheurs<sup>1204</sup>.

La tradition peut être aussi une source supplétive, notamment en droit de l'urbanisme. Par exemple, dans les communes dans lesquelles il n'existe pas de plan local d'urbanisme, en application de la règle de la constructibilité limitée, peuvent être autorisés les travaux qui respectent les « traditions architecturales locales »<sup>1205</sup>. La tradition peut aussi jouer comme critère dans la détermination des conditions d'attribution d'un signe d'identification de la qualité ou de l'origine des produits agricoles, de la mer, forestiers ou alimentaires. L'article L. 640-2 du Code rural et de la pêche maritime prévoit ainsi, parmi d'autres exemples, « l'appellation d'origine, l'indication géographique et la spécialité traditionnelle garantie, attestant la qualité liée à l'origine ou à la tradition ».

Certains renvois font intervenir le pouvoir réglementaire ou législatif, pour préciser le contenu de cette tradition. C'est le cas, par exemple, de la chasse au gibier d'eau la nuit. Le Code de l'environnement renvoyait, dans un premier temps, à un décret en Conseil d'État, le soin d'établir une liste des cantons dans lesquels cette chasse était considérée comme une tradition et, par conséquent, où elle était autorisée<sup>1206</sup>. De même le Code rural et de la pêche maritime renvoie au représentant de l'État dans le département, le soin d'établir la liste des manifestations sportives, folkloriques et locales traditionnelles pour lesquelles l'interdiction de l'attribution en lot d'animaux vivants n'est pas proscrite<sup>1207</sup>.

Certaines références à la tradition dans les dispositions normatives ont une faible portée impérative ; par exemple, l'article L. 113-1 du Code rural et de la pêche maritime qui prévoit ainsi que le Gouvernement s'attache à « encourager des types de développement adaptés à la montagne notamment en consentant un effort particulier de recherche approprié aux potentialités, aux contraintes et aux **traditions de la montagne** et en diffusant les connaissances acquises »<sup>1208</sup>. De même l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne, modifiée par la loi n° 2005-157

---

<sup>1204</sup> Article L. 952-2 du code de l'éducation qui prévoit que « Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, **conformément aux traditions universitaires** et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité » [souligné par nous].

<sup>1205</sup> Article L. 111-1-2 du code de l'urbanisme.

<sup>1206</sup> Article L. 424-5 du code de l'environnement dans ses versions antérieures et postérieures à la loi n° 2003-698 du 30 juillet 2003 relative à la chasse.

<sup>1207</sup> Article L. 214-4 du code rural et de la pêche maritime.

<sup>1208</sup> [souligné par nous].

du 23 février 2005, qui s'apparente plus à un exposé de motifs qu'à une disposition impérative, prévoit *in fine*, que la République « doit permettre également à la société montagnarde d'évoluer sans rupture brutale avec son passé et ses traditions en conservant et en renouvelant sa culture et son identité ». La prise en compte des traditions montagnardes doit donc précéder et guider l'adoption de dispositions spécifiques à ces ensembles de territoires. En raison du caractère programmatique de ces dispositions fait que ces mentions à la tradition ne sont pas toujours applicables par le juge.

## (II) Une invocation circonstanciée et limitée de la tradition par la jurisprudence

Le recours à la notion de *tradition* est assez rare en jurisprudence. Si le Conseil constitutionnel a considéré que le renvoi à une tradition est, en soi, constitutionnel dans la seule décision où il a examiné explicitement cette notion, elle a laissé le soin de préciser son contenu au juge de fond (A). Du côté du juge administratif, si la tradition est évoquée par la jurisprudence, il n'est pas aisé de dégager plus de précisions par rapport à cette notion (B).

### (A) *L'examen limité de la tradition devant le juge constitutionnel*

La notion de *tradition* peut intéresser l'office du juge constitutionnel de deux manières : soit le renvoi législatif à une tradition peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, soit la tradition en elle-même peut être utilisée comme norme de référence ou, du moins, comme un élément pour l'interprétation constitutionnelle. Sur cette dernière possibilité, les seuls renvois qu'a faits le Conseil constitutionnel à la tradition comme norme de référence font appel à la notion, plus particulière, de *tradition républicaine*, qui fait l'objet de développements postérieurs dans ce chapitre.

Par rapport au contrôle de constitutionnalité de normes législatives qui font renvoi à une tradition, la tauromachie livre le seul exemple dans la jurisprudence du Conseil. Le juge constitutionnel fut saisi par deux associations de défense de droits des animaux<sup>1209</sup> d'une QPC sur l'alinéa 7 de l'article 521-1 du Code pénal qui prévoit l'exception au délit de cruauté contre des animaux pour les courses de taureaux « lorsqu'une tradition locale ininterrompue

---

<sup>1209</sup> Les associations Comité radicalement anti-corrída et Droits des animaux.

peut être invoquée ». Le représentant des associations requérantes, dans ses observations présentées lors de l'audience publique<sup>1210</sup>, considérait, en effet, qu'une spécificité géoculturelle ne pouvait justifier une rupture au principe d'égalité<sup>1211</sup> et que, de plus, de nombreux indices démontraient que cette tradition locale n'existait plus<sup>1212</sup>. Le représentant des intervenants en faveur de la constitutionnalité de la disposition examinée, l'Observatoire national des cultures taurines et l'Union des villes taurines de France, considérait, de son côté, que les courses de taureaux s'inscrivaient dans des traditions locales, anciennes et dignes d'intérêt et qu'elles faisaient partie de l'héritage français, ce qui avait motivé leur inscription au patrimoine immatériel par le Ministère de la culture en janvier 2011<sup>1213</sup>. De cette façon, les différentes parties invitaient le Conseil à se prononcer sur le contenu de cette tradition locale.

Le Conseil contrôla que la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature, accomplis dans des zones géographiques différentes, en raison de l'existence ou non d'une tradition locale ininterrompue en matière de courses de taureaux, était en rapport direct avec l'objet de la loi et ne portait atteinte à aucun droit garanti par la Constitution. Par rapport au principe de légalité des délits et des peines, il a souligné son incompetence pour apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, leur examen revenant aux juridictions du fond. Il a donc examiné uniquement la tradition en tant que renvoi, pour considérer que la notion ne revêtait pas, en elle-même, un caractère équivoque et qu'elle était suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire. Il a donc considéré :

« que l'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition ; que, par suite, la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi

---

<sup>1210</sup> L'enregistrement de l'audience, réalisée le 11 septembre 2012, est disponible sur [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2012/septembre/affaire-n-2012-271-qpc.115524.html>].

<sup>1211</sup> Dans une décision antérieure le Conseil constitutionnel avait pourtant admis la possibilité qu'un renvoi à des traditions puisse justifier une dérogation au principe d'égalité. Par rapport à l'exception à l'interdiction de la publicité pour l'alcool prévue par le code des débits de boissons et de mesures contre l'alcoolisme qui s'applique lors des « fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales », Conseil a considéré que cette exception, au regard de l'objectif poursuivi par la loi, était justifiée et ne constituait pas une atteinte inconstitutionnelle au principe d'égalité. Toutefois, il s'est prononcé de façon générale sur l'exception sans s'attarder sur le contenu de cette exception (CC n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec., p. 11, *JO* du 10 janvier 1991, p. 524, consid. 35).

<sup>1212</sup> Entre les nombreux éléments de faits présentés dans sa plaidoirie, M<sup>e</sup> VERRIÈLE soulignait le nombre croissant d'arènes détruites ou désaffectées, la baisse sensible dans la fréquentation des corridas et l'évolution du public qui assiste à ces spectacles, composé plus de touristes que d'habitants de la région.

<sup>1213</sup> C'est justement cette décision du Ministère de la culture qui était contestée dans le litige à l'origine de la décision de renvoi de la QPC par le Conseil d'État (CE, 20 juin 2012, *Association comité radicalement anti-corrida europe et autre*, n° 357798, inédit).

qui l'établit ; qu'en outre, s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire »<sup>1214</sup>.

Malgré son caractère flou et son manque de définition, la notion de *tradition*, en soi, est considérée par le Conseil comme ne revêtant pas un caractère équivoque et suffisamment précise pour répondre aux exigences constitutionnelles. Il renvoie au juge de fond le soin de préciser le contenu de cette tradition.

*(B) La tradition dans la jurisprudence administrative :  
entre courses de taureaux et processions religieuses*

La jurisprudence administrative peut recourir à la tradition soit en application d'un renvoi fait par une norme écrite, soit de manière autonome. Dans le premier cas, c'est avant tout le renvoi fait par l'article 521-1 du Code pénal qui a donné lieu à une jurisprudence importante en matière de courses de taureaux. Dans le second cas, la jurisprudence du Conseil d'État s'est surtout intéressé au renvoi à la tradition pour permettre des exceptions à une application stricte du principe de séparation de l'Église et de l'État, notamment dans le cadre de manifestations à caractère religieux sur la voie publique. La tradition, dans ce cas-là, joue un rôle similaire à celui des *usages locaux*.

Dans le domaine controversé de la tauromachie, l'article 521-1 du Code pénal et l'exception qu'elle met en place a donné lieu à une jurisprudence abondante. Cette exception à la pénalisation de la cruauté contre les animaux est issue de la loi n° 51-461 du 24 avril 1951 complétant la loi du 2 juillet 1850 relative aux mauvais traitements exercés envers les animaux domestiques (cette dernière connue sous le nom de « loi Grammont »), complétée par des modifications postérieures. Ce nouvel alinéa cherchait à mettre fin à un conflit qui opposait, d'un côté, les juges du fond qui, par des subterfuges interprétatifs, refusaient l'application de la loi Grammont aux courses de taureaux popularisées dans le sud de la France dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, et, de l'autre côté, la Cour de cassation qui faisait une application stricte de la loi, condamnant non seulement les organisateurs de ce type de spectacle mais aussi les toreros<sup>1215</sup>. Le législateur a voulu trouver un compromis en

---

<sup>1214</sup> CC n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association radicalement anti corrida Europe et autre*, Rec., p. 483, JO du 22 septembre 2012, p. 15023, consid. 5.

<sup>1215</sup> Crim., 23 mars 1937, Gaz. Pal., 1937, 1, p. 908 cité par P. TIFINE, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi (la notion de "tradition locale ininterrompue" dans les textes et la jurisprudence consacrée aux corridas) », *op. cit.*, p. 496.

renvoyant au juge de fond<sup>1216</sup> le soin de déterminer l'existence d'une tradition locale ininterrompue pour justifier une exception à l'application territoriale de la loi pénale<sup>1217</sup>. Néanmoins, ce renvoi posait le problème des éléments à prendre en compte pour la détermination de cette tradition locale ininterrompue. S'agissant d'une disposition pénale, c'est avant tout au juge judiciaire de faire cette appréciation<sup>1218</sup> ; toutefois, le juge administratif doit aussi avoir recours à cette notion dans l'examen des autorisations de ce genre de spectacles<sup>1219</sup>, dans le cadre d'éventuels recours pour excès de pouvoir.

Face à une *tradition locale ininterrompue*, il semblerait que les principaux éléments à prendre en compte sont l'ancrage temporel (*ratione temporis*) et local (*ratione loci*) d'une pratique taumachique. Lors des débats parlementaires, certains intervenants considéraient que ce renvoi ne pouvait être interprété que restrictivement, et que le seul élément de preuve que devait mobiliser le juge était l'existence d'arènes dans lesquelles se pratiquaient actuellement des courses<sup>1220</sup>. Néanmoins, l'interprétation du juge est plus nuancée. Sur le caractère local, rajouté postérieurement<sup>1221</sup>, la Cour de cassation a précisé que « dans le texte précité l'expression "locale" a le sens "d'ensemble démographique" » et n'est pas forcément lié à une commune déterminée<sup>1222</sup>.

La jurisprudence s'est donc surtout centrée sur l'examen de la condition temporelle<sup>1223</sup> et plus précisément sur le qualificatif *d'ininterrompue* et c'est sous cet angle que des éléments

---

<sup>1216</sup> Lors des débats parlementaires à propos de la loi du 24 avril 1951, le parlementaire BIATRANA a souligné que « se serait le juge qui devrait : 1° définir la tradition ; 2° se prononcer sur les causes ou les raisons d'une interruption » (*JO* du 13 avril 1951, *Débats Parlementaires du Conseil de la République*, p. 1072 cité par L. LESPINE, *Les courses de taureaux et la loi du 24 avril 1951*, Nîmes/Paris : Éd. du Conseil Zoophile de France, 1951, p. 12).

<sup>1217</sup> Il est intéressant de signaler que la loi du 24 avril 1951 prévoyait aussi une exception à la pénalisation pour les combats de coqs, dans les localités où une tradition ininterrompue pouvait être établie ; néanmoins, cette exception n'a pas fait l'objet d'un aussi large débat que le cas des courses de taureaux.

<sup>1218</sup> Sur ce point v. la jurisprudence compilée par l'article de P. DEUMIER, « La tradition taumachique, source sentimentale du droit (ou l'importance d'être constant) », *RTD Civ.*, 2007, p. 57-61.

<sup>1219</sup> Les courses de taureaux font partie des spectacles qui, par leur nature, sont soumis à une autorisation du maire ou du préfet. Toutefois, le juge administratif a considéré que le représentant de l'État ne pouvait pas interdire de façon générale les courses de taureaux dans l'ensemble du territoire d'un département sur le fondement de l'article 453 du code pénal (actuel article 521-1) s'il n'existe pas de nécessités résultant de l'ordre public (TA Bordeaux, 10 mars 1987, *Club taurin Goya, Leb.*, p. 470).

<sup>1220</sup> *JO* du 13 avril 1951, *Débats parlementaires du Conseil de la République*, p. 1072 cité par L. LESPINE, « Les courses de taureaux et la loi du 24 avril 1951 », *op. cit.*, p. 12.

<sup>1221</sup> Cette mention a été rajoutée par le décret n° 59-1051 du 7 septembre 1959 réprimant les mauvais traitements exercés envers les animaux.

<sup>1222</sup> *Crim.*, 27 mai 1972, n° 72-90.875, *Bull.*, p. 435.

<sup>1223</sup> Les débats dans le Conseil de la République firent écho de la difficulté de déterminer les bornes temporelles d'une tradition, L. LESPINE rapporte ainsi « La tradition évoque une idée de durée. Quelle doit être l'importance de cette durée ? Le sénateur MARCILHACY a parlé, au Conseil de la République, de vingt ans. Mais cela ne correspond à aucune réalité. Une tradition ne peut être basée que sur un "long usage" [...].

de l'histoire de la pratique sont rapportés au débat. Il est ainsi possible de retrouver la mise en exergue de l'élément de continuité qui caractérise la notion de *tradition* par rapport à d'autres notions voisines. Une interprétation littérale et stricte de cette condition conduit, en théorie, à écarter les communes où les manifestations liées aux courses de taureaux ont connu une interruption. Toutefois, les juges prônent une conception plus ou moins extensive de la condition d'ininterromption pour permettre certaines discontinuités, notamment liées à la force majeure. Par exemple, par un arrêt portant sur les décisions du préfet de l'Allier qui autorisait le déroulement de courses de taureaux dans la ville de Vichy, le Conseil d'État examina la permanence de la tradition dans cette ville, en retraçant sommairement l'histoire de cette pratique dans la ville en considérant:

« qu'il résulte de l'instruction que des courses de taureaux avec mise à mort de l'animal avaient été organisées à Vichy depuis 1892 jusqu'à la date des décisions préfectorales attaquées, sans autres interruptions que celles correspondant, d'une part, aux périodes du temps de guerre, d'autre part aux années au cours desquelles les organisateurs de ces courses n'ont pu, à la suite de l'expropriation des arènes pour cause d'utilité publique, disposer des installations nécessaires à l'organisation de ces manifestations ; que ces circonstances ne constituent pas des interruptions de la tradition au sens des dispositions législatives susmentionnées »<sup>1224</sup>.

L'absence de l'organisation actuelle de courses de taureaux est examinée, en revanche, comme un motif d'interruption, à supposer même qu'une tradition locale existait dans la localité de référence<sup>1225</sup>.

La jurisprudence judiciaire, plus abondante, est aussi plus confuse par rapport à l'examen du critère temporel de la tradition. Plus qu'un ancrage dans un passé qui ne peut pas remonter très loin dans l'histoire, étant donné que la tradition de la tauromachie ne s'est implantée en

---

M. MARCILHACY pense-t-il sérieusement qu'en vingt ans, un usage y ait pu acquérir la patine véritable du temps qu'exige la tradition et qu'en remontant de vingt ans en arrière, on rencontre le "passé" dont parle Lacordaire. Quatre-vingt ans, même, n'y suffisent pas de l'avis de M. de MONTHERLANT [...] puisqu'il estime que cette durée ne crée pas une "ancienneté ni une solidité bien imposantes" et ne donnent pas à la corrida des racines profondes. On nous dira qu'ainsi nous sommes en plein arbitraire. Eh, mon Dieu ! Ce n'est pas nous qui avons fait la loi. Quant à M. BIATARANA, il se borne à dire ou à peu près "Que les juges s'arrangent !" » (L. LESPINE, *op. cit.*, p. 12-13).

<sup>1224</sup> CE, 4 novembre 1959, *Sieur Duranton de Magny et Fédération nationale des Sociétés Protectrices des animaux en France et de l'Union française*, n° 36055, *Leb.*, p. 579.

<sup>1225</sup> À propos d'une requête contre une décision du Préfet des Pyrénées Orientales qui a refusé d'autoriser des courses de taureaux à Canet Plage, le Conseil d'État a considéré : « qu'il résulte des pièces versées au dossier qu'aucune course de taureaux, avec mise à mort, n'a été organisée à Canet-plage avant 1951 et que, depuis cette date, il n'a été donné de spectacles de cette nature qu'en 1952 et en 1959 ; qu'à supposer même qu'en l'espèce l'existence d'une tradition locale dût être recherchée dans l'ensemble des communes groupées entre Perpignan et Canet-plage, il est établi qu'à la date de la décision attaquée du préfet des Pyrénées-Orientales et depuis 1953, des courses de taureaux n'avaient eu lieu à Perpignan qu'en une seule occasion ; que, dans ces conditions, en l'absence de toute tradition locale ininterrompue qui pût être constatée, le préfet ne pouvait légalement autoriser l'organisation de spectacles qui étaient contraires aux dispositions sus rappelées du code pénal » (CE, 10 février 1967, *Sieur Muñoz*, n° 68450, *Leb.*, p. 69).

France qu'à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1226</sup>, le juge prend en compte l'enracinement des courses de taureaux dans les mœurs de la population locale. Ceci démontre un certain glissement de la notion de tradition vers celle de coutume, la prééminence du critère temporel serait ainsi remplacée par celle de l'*opinio juris*<sup>1227</sup>. Le juge examine alors l'ancrage dans les mentalités des habitants d'un ensemble démographique, ce qui est aussi une notion à géométrie variable<sup>1228</sup>. C'est donc un élément psychologique – le fait de *vivre* dans un ensemble de traditions, de *croire* que ces traditions existent – qui est pris en compte par le juge, au-delà des éléments *ratione tempore* et *ratione loci*, pourtant nécessaires à la définition de la tradition locale elle-même<sup>1229</sup>.

Le juge administratif peut aussi recourir à la tradition sans l'intermédiaire d'une norme écrite, notamment pour moduler le pouvoir de police de cultes<sup>1230</sup>. En effet, si les croyances relèvent de la sphère privée, les manifestations cultuelles se font en général dans l'espace public, ce qui nécessite une intervention, ou du moins une vigilance, de la part des pouvoirs publics<sup>1231</sup>. Cela s'applique surtout aux processions et autres manifestations extérieures d'un

---

<sup>1226</sup> Le juge se réfère ainsi de façon générale, par exemple, à « une tradition tauromachique ancienne et constante » (CA Toulouse, 30 janvier 1973, D. 1973, p. 37). Néanmoins, le juge n'est pas à l'abri d'anachronismes et son examen des données historiques peut s'avérer assez superficiel. Ainsi, dans un arrêt de 1958, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait référence à une tradition tauromachique remontant au moins jusqu'à 1850 dans le pays basque (Crim., 14 mai 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 1, p. 75). Or, comme le précise le professeur P. TIFINE, « les corridas avec mise à mort ont subi, dans cette région, une interruption d'une quinzaine d'années au début des années 1860, et ce n'est qu'au début des années 1890 que ces spectacles se sont déroulés sans interruption jusqu'à nos jours » (P. TIFINE, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi (la notion de "tradition locale ininterrompue" dans les textes et la jurisprudence consacrée aux corridas) », *op. cit.*, p. 496).

<sup>1227</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>1228</sup> Par exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence où, pour justifier la relaxe d'organiseurs de *corridas* à Tarascon, a considéré que cette localité se situait « dans un ensemble démographique où existe une tradition taurine très ancienne [...] une zone géographique où la population vit en suivant un ensemble de traditions et coutumes locales, particulières et persistantes, dont celle d'organiser, de participer ou assister à des corridas dites espagnoles ». Elle a ainsi confirmé la relaxe malgré le fait qu'aucune corrida avec mise à mort de taureau n'avait eu lieu dans cette ville précise depuis 1954 (Crim., 8 juin 1994, n° 93-82459, *Bull.*, n° 225, p. 548). De même, la chambre civile constata la permanence et la pertinence de la tradition dans la région toulousaine puis déduit de « l'intérêt que lui portait un nombre suffisant de personnes », selon l'appréciation souveraine des tribunaux (Civ. 7 févr. 2006, n° 03-12.804, *Bull.*, I, n° 50).

<sup>1229</sup> P. DEUMIER, « La tradition tauromachique, source sentimentale du droit (ou l'importance d'être constant) », *op. cit.*, p. 57.

<sup>1230</sup> Ce pouvoir fut attribué aux maires par la loi du 5 avril 1884 qui prévoyait, dans son article 97, que la police municipale avait pour objet d'assurer, entre autres, le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, dont les églises, et le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières. Actuellement ces dispositions sont codifiées par les articles L. 2212-2 et L. 2213-9 du CGCT.

<sup>1231</sup> E. PECHILLON, « Les pouvoirs de police du maire face au fait religieux », *AJCT*, 2012, p. 291.



culte<sup>1232</sup>. Comme nous l'avons vu *supra* pour la réglementation des sonneries de cloches, le contexte historique, particulièrement marqué par l'affrontement entre les partisans d'une lecture stricte du principe de laïcité et les membres du clergé, donna lieu à une jurisprudence abondante. Sur l'esprit de cette loi, le Conseil d'État rappela que l'intention manifeste du législateur était « de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre public »<sup>1233</sup>. Le juge doit donc opérer une conciliation entre les impératifs de la neutralité de l'État en matière religieuse, et le respect des traditions locales. Le recours ici à la notion de *tradition* et non pas d'*usage* comme dans les sonneries de cloche, relève aussi de la matière réglementée. En effet, la notion de *tradition* semble plus appropriée pour faire référence à des activités dont la charge symbolique et l'ancrage dans le passé sont plus prononcés.

Examinant un arrêté du maire qui interdisait des processions religieuses, le commissaire du gouvernement CORNEILLE invitait le Conseil d'État à prendre en compte les traditions locales :

« Pour les processions, vous vous contentez de constater qu'en les interdisant, le maire n'a fait qu'user des pouvoirs de police qui lui sont conférés dans l'intérêt de l'ordre public ; pour le surplus des manifestations extérieures du culte, vous déclarez qu'il vous appartient de rechercher, d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi ; et vous ajoutez qu'il y a lieu de respecter, autant que possible, les habitudes et les traditions locales, et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre »<sup>1234</sup>.

Le Conseil d'État considéra ainsi qu'une interdiction générale de toute manifestation extérieure du culte, qui ne se justifie par aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique, était une prohibition « contraire aux traditions locales » et, par conséquent, entraînait un excès de pouvoir<sup>1235</sup>.

---

<sup>1232</sup> L'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation de l'Église et de l'État prévoit ainsi que ces manifestations sont réglées en conformité avec l'article 97 du code de l'administration communale (devenu l'article L. 2212 CGCT) et, par conséquent, sont soumises au contrôle de la police municipale.

<sup>1233</sup> CE, 15 février 1909, *Abbé Olivier et autres c. maire de Sens*, n° 27355, *Leb.*, p. 188. Dans le même sens : CE, 21 mai 1909, *Abbé Garcin, sieurs Boude et Imbert*, n° 31760, *Leb.*, p. 512 ; CE, 19 novembre 1909, *Georget et Héroux*, n° 31395, *Leb.*, p. 887 ; CE, 15 avril 1910, *Abbé Sellenet*, n° 35559, *Leb.*, p. 308 ; CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme*, n° 36911, *Leb.*, p. 464 .

<sup>1234</sup> Conclusions du commissaire du Gouvernement L. F. CORNEILLE, « Conclusions sous CE, 8 avril 1911, *Sieur Gaston David* », *Leb.*, p. 462. Conclusions confirmées et reprises dans une abondante jurisprudence postérieure, dont CE, 19 février 1931, *Sieur Davis*, n° 19780, *Leb.*, p. 198.

<sup>1235</sup> CE, 20 janvier 1911, *Sieurs Nicolle, Vaperau et autres*, n° 36956, *Leb.*, p. 52. Dans le même sens : CE, 27 janvier 1911, *Abbé Norroy, Chalmaudron et autres*, n° 36372, *Leb.*, p. 98 ; CE, 10 novembre 1911, *Sieurs Sancet, de Saint-Loup et Larrat*, n° 42077, *Leb.*, p. 999.

<sup>1235</sup> CE, 19 mars 1909, *Deguiolle*, n° 24039, *Leb.*, p. 311 ; CE, 9 février 1911, *Abbé Petit*, n° 40250, *Leb.*, p. 186 ; CE, 6 février 1914, *Abbé Rodrigues*, n° 51334, *Leb.*, p. 156.

En général, il est possible de constater par les exemples exposés que, quand le Conseil fait un renvoi à la tradition, il ne la qualifie pas et se réfère rarement aux éléments qui la composent<sup>1236</sup>. Toutefois, dans certains cas, il développe dans sa motivation le contenu de ces traditions locales. Par exemple, par rapport à l'arrêté d'un maire qui interdisait toutes les processions religieuses dans sa commune, le Conseil d'État considéra qu'« aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre public ne pouvait être invoqué pour légitimer la prohibition de cérémonies telles que les visites processionnelles au cimetière, qui, sous la conduite du prêtre revêtu de ses habits sacerdotaux ont lieu à Arnay-le-Duc, les 1<sup>er</sup> et 2 novembre et constituent dans cette commune une cérémonie traditionnelle se rattachant au culte des morts »<sup>1237</sup>.

Les considérations plus détaillées sur les traditions locales, dans le cadre de l'examen des pouvoirs de police du maire, peuvent être trouvées dans les conclusions du commissaire du gouvernement. Saisi d'un arrêté qui interdisait les convois funéraires, le commissaire expliqua :

« Nous vous rappelons quels étaient les usages à Sens avant l'arrêté qui vous a été déféré. Le clergé se rendait à la maison mortuaire à pied, revêtu de ses ornements sacerdotaux, précédé de la croix, du suisse, des enfants de chœur. Il prenait la tête du convoi jusqu'à l'église, et le service une fois terminé, il reprenait sa place devant le corbillard qu'il précédait jusqu'au cimetière avec le même cérémonial. Voilà quelles étaient les traditions locales »<sup>1238</sup>.

Toutefois, s'il peut y avoir une mention au *contenu* de la tradition, ni le juge ni les commissaires du gouvernement font une référence systématique aux caractéristiques de la tradition, notamment à leur ancienneté ou aux sources qui permettent d'identifier leur permanence dans les pratiques. Des exemples isolés peuvent être répertoriés, notamment dans le cadre du contentieux pour le changement de nom d'une commune<sup>1239</sup>. En ce qui concerne les décisions de changement de nom, la loi reconnaît un pouvoir discrétionnaire à l'autorité<sup>1240</sup>, ainsi le juge ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation. Néanmoins, en pratique, notamment en cas de refus de changement, le contrôle peut s'étendre jusqu'aux motifs d'une telle décision. Lors de la procédure de changement de nom de la Commune de Chatelguyon, la Cour administrative d'appel de Lyon considéra :

---

<sup>1236</sup> « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la réglementation édictée par l'arrêté susvisé du maire de Tourmont est de nature à entraver la célébration de cérémonies consacrées par les habitudes et les traditions locales » (CE, 10 juin 1931, *Abbé Cretin*, n° 19626, *Leb.*, p. 606).

<sup>1237</sup> CE, 1<sup>er</sup> mai 1914, *Abbé Didier*, n° 49842, *Leb.*, p. 515.

<sup>1238</sup> M. CHARDENET, « Conclusions sous CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres* », *S.* 1909 III, p. 34.

<sup>1239</sup> Régie par les articles L. 2111-1 et R. 2111-1 du CGCT.

<sup>1240</sup> Le CGCT prévoit qu'un tel changement est décidé par décret en Conseil d'État, sur demande du conseil municipal, après une consultation du conseil général.

« qu'il résulte des pièces du dossier, et notamment des études et divers documents d'archives produits par les parties, que le nom de la commune appelante a, tout au long de l'histoire, été orthographié alternativement en un seul ou en deux mots, et que cette double pratique s'est poursuivie même après que l'orthographe en un seul mot eut été retenue dans la nomenclature officielle du nom des communes, telle qu'elle a été fixée par circulaire du 12 décembre 1877 ; qu'en refusant de reconnaître l'existence d'une tradition historique allant dans le sens de la demande de la commune, le ministre a également entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation »<sup>1241</sup>.

La tradition historique, prouvée grâce à des documents d'archive, devait donc être prise en compte par le ministre dans l'examen de la demande du changement d'orthographe de la commune concernée. Toutefois ce type d'exemples reste isolé. En général, il semblerait que la seule invocation de la *tradition* par le juge implique par elle-même l'existence de ces éléments, sans avoir besoin de les prouver.

### (III) Les particularités de la « tradition républicaine »

A côté des *traditions* auxquelles les opérateurs juridiques peuvent avoir recours, une notion plus spécifique est particulièrement utilisée en droit public : il s'agit des *traditions républicaines*. Son invocation peut être d'abord repérée dans le cadre des discours politiques, notamment parlementaires, à partir de la III<sup>e</sup> République. En l'absence d'une définition précise, la notion est plutôt mobilisée par sa fonction expressive, comme un argument de rhétorique, plus que par sa fonction référentielle (A). Malgré son caractère problématique, l'expression trouve un écho dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative où à côté d'une fonction juridique semblable à celle d'autres normes non écrites elle semble aussi jouer un rôle important de légitimation de la norme par le recours à une certaine reconstruction du passé républicain (B).

#### (A) *La « tradition républicaine » : une invocation récurrente d'une notion problématique*

L'apparition dans le vocabulaire politico-juridique de l'expression *tradition républicaine* remonte aux débats parlementaires de la III<sup>e</sup> République. O. RUDELLE avançait que la première invocation de l'expression était attribuable à P. WALDECK-ROUSSEAU, dans le cadre d'une discussion autour de la politique générale de son gouvernement lors de la séance du 11 avril 1900 de la Chambre des Députés. En effet, le député COCHIN interpellait le Président du

---

<sup>1241</sup> CAA de Lyon, 19 juillet 2007, *Commune de Chatelguyon*, n° 04 LY00581, *inédit*.

Conseil de l'époque sur les tendances de son gouvernement<sup>1242</sup>, notamment par rapport aux différents projets des lois qu'il considérait contraires aux intérêts républicains. Le Président WALDECK-ROUSSEAU répondit « nous [le gouvernement] restons fidèles, en ce point, comme en tous les autres, à la *tradition républicaine* que nous avons reprise »<sup>1243</sup>. Toutefois, et grâce à la recherche de C. VIMBERT, il est possible de retracer des invocations de cette expression avant cette date, durant toute la III<sup>e</sup> République et même lors des débats sur le projet constitutionnel en 1875<sup>1244</sup>.

L'invocation de cette expression dans les discours politiques du XIX<sup>e</sup> siècle a de quoi surprendre. En effet, l'idée de *République* s'est construite, après la Révolution de 1789, en opposition avec la tradition, souvent liée aux royalistes. Ainsi, s'il a fallu attendre 1792 pour voir la fin de la monarchie et la mise en place d'un régime républicain, la Révolution pris très vite le parti de faire table rase du passé et de rompre avec la *tradition* monarchique<sup>1245</sup>. De cette façon, dans les discours politiques, les deux termes de *tradition* et de *République* étaient plutôt considérés comme antinomiques. Par exemple, lors des débats de l'Assemblée constituante de la II<sup>e</sup> République, le député DUVERGIER DE HAURANNE reconnaissait qu'« on dit que la tradition est non seulement un mot, mais une chose monarchique ; que parler à une République de traditions, c'est l'enchaîner au passé, l'éloigner du progrès, en un mot, la faire manquer à son origine »<sup>1246</sup>. L'idée de République était ainsi liée à la modernité, à l'avenir ; elle représentait la rupture avec le passé de l'Ancien Régime et se définissait dans une vision prospective et non pas rétrospective. L'idée d'antinomie est reprise par le professeur E. PICARD qui souligne :

« s'ils prenaient un peu conscience de ce qu'est la République et de ce qu'est la tradition, ceux qui l'invoquent en toute bonne foi républicaine n'associeraient sans doute pas aussi légèrement les deux mots : la République s'est proclamée à l'encontre de la tradition ; et pas seulement de la tradition particulière qu'a renversée la Révolution, celle de l'Ancien Régime,

---

<sup>1242</sup> Il est curieux de noter, au passage, que le Président de la Chambre a eu recours à la notion de *tradition* pour justifier la possibilité de faire une discussion sur la politique générale du gouvernement alors que l'ordre du jour appelait à l'examen du budget. Il a ainsi rappelé qu'« il est de tradition qu'à propos de la discussion générale du budget on puisse apporter à la tribune des observations sur la politique générale » (CHAMBRE DES DÉPUTÉS, séance du 11 avril 1900, *JO Débats* p. 1213).

<sup>1243</sup> *Ibid.*, p. 1216 [souligné par nous].

<sup>1244</sup> Ainsi, en 1875, le rapporteur E. LABOULAYE employa l'expression « abandon de la tradition républicaine » pour expliquer la mesure consistant en la mise en place d'une séance unique pour l'Assemblée nationale de 5 mois (Rapport n° 3073, annexe à la séance du 7 juin 1875, *JO* du 10 juin 1875, p. 4160 cité par C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1992, p. 89 et p. 211).

<sup>1245</sup> Par exemple, la Constitution du 3 septembre 1791, tout en gardant un régime monarchique, abolit la noblesse, la prairie et les différents privilèges liés à la tradition de l'Ancien régime.

<sup>1246</sup> Assemblée nationale constituante, séance du 25 septembre 1848, *Moniteur Universel*, 26 septembre 1848, p. 2595.

mais de la tradition en général en tant que source de légitimité et de pouvoir, en tant que fondement du droit et des institutions »<sup>1247</sup>.

Toutefois, avec la stabilisation relative du régime<sup>1248</sup>, l'idée de « République » se dotait de son propre héritage en faisant référence à l'acquis révolutionnaire et à l'expérience de la II<sup>e</sup> République. Elle n'était plus un concept en creux qui se définissait en opposition à la monarchie, mais elle pouvait revendiquer un contenu propre, une tradition forgée à partir des expériences passées, réelles ou fabriquées<sup>1249</sup>. Elle pouvait ainsi prétendre à accéder au statut de mythe fondateur à côté de la Révolution<sup>1250</sup>. La stabilité et la permanence de la forme républicaine durant cette III<sup>e</sup> République, après la crise de 1877, permit aussi, aux régimes postérieurs, de trouver dans cette période le substrat pour le développement d'une histoire et d'une pratique républicaine qui pouvaient servir de fondement pour l'émergence d'une tradition. Par conséquent, dans des nombreux cas, derrière l'invocation de la tradition républicaine, il est fait référence à des pratiques ou des principes qui se sont développés durant cette période<sup>1251</sup>.

Il est possible de constater que l'invocation de la tradition républicaine dans les discours politiques se développe, surtout, durant les périodes de crises ou de changements institutionnels. Ce n'est pas un hasard qu'une des invocations les plus commentées, celle du Président du Conseil WALDECK-ROUSSEAU, eut lieu dans le contexte de pacification après la crise provoquée par l'affaire DREYFUS<sup>1252</sup>. La notion de *tradition républicaine* fut aussi mobilisée dans les discours juridiques et juridictionnels dans le contexte du rétablissement de la légalité républicaine après la Seconde Guerre mondiale afin de renouer avec le régime

---

<sup>1247</sup> E. PICARD, « Préface » in C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français, op. cit.*, p. 13.

<sup>1248</sup> Notamment à partir de la loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles qui, entre autres, compléta le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, relative à l'organisation des pouvoirs publics par les alinéas suivants : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision » et « Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la Présidence de la République ».

<sup>1249</sup> Le travail d'historiens et d'une partie de la doctrine de l'époque permet aussi de souligner le lien génétique entre la République et les valeurs révolutionnaires. C'est notamment le cas de l'œuvre d'A. AULARD et A. ESMEIN. V. sur ce point la thèse du professeur G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France*, Paris : Presses de Sciences Po., Coll. Sciences Po Droit, 2011, 578 p.

<sup>1250</sup> Se développa ainsi toute une symbolique républicaine avec son drapeau, ses commémorations. Si cette symbolique trouve son origine pendant la période révolutionnaire, elle peut maintenant prétendre avoir sa propre profondeur historique. Elle n'est plus simplement construite, elle s'enracine dans un passé républicain.

<sup>1251</sup> C'est notamment le cas de la tradition républicaine qui sert de matrice à de nombreux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (v. le § 2 de la section 2 de ce chapitre).

<sup>1252</sup> O. RUDELLE commente l'intervention de P. WALDECK-ROUSSEAU et, en général de son ministère, soulignant qu'il : « sut se saisir de l'émotion causée par l'Affaire Dreyfus non seulement pour donner à la République l'assise d'un long passé libéral mais aussi pour ouvrir des perspectives sociales d'avenir » (O. RUDELLE, « La tradition constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 42, 1987, p. 34).

républicain et mettre entre parenthèses le régime de Vichy<sup>1253</sup>. Plus récemment, lors de l'adoption du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, qui provoqua un débat passionnel au sein de la société française, nombreux furent ceux qui mobilisèrent la tradition républicaine afin de défendre une conception moralement traditionnelle du mariage et une certaine interprétation du Code civil<sup>1254</sup>.

Invoquée dans ces cadres, la tradition républicaine joue avant tout une fonction rhétorique. C'est une notion politiquement et émotionnellement chargée<sup>1255</sup> qui est mobilisée comme un élément de langage, presque comme une incantation, sans qui lui soit assigné un contenu précis et concret<sup>1256</sup>. Elle ne fait pas référence, dans la majorité des cas, à une pratique historiquement identifiable. Elle est plus un argument d'autorité destiné à asseoir la légitimité du propos avancé<sup>1257</sup>. Elle est un fondement de légitimation à double titre : étant qualifiée de *tradition* elle a le poids et l'autorité du passé, de la permanence ; étant *républicaine* elle renvoie à une série de principes et de valeurs associés au seul régime qui est considéré, dans les mentalités françaises, comme véritablement démocratique<sup>1258</sup>.

---

<sup>1253</sup> Comme l'explique, à nouveau, O. RUDELLE « le retour aux sources de traditions dont on pense qu'elles ont fait leurs preuves, devient alors un havre de fraîcheur, une façon de retrouver des points de repère éprouvés qui se transforment alors en préalables autour desquels la pensée prospective peut recommencer à tisser sa toile d'avenir » (*Ibid.*, p. 31).

<sup>1254</sup> La tradition républicaine fut ainsi mentionnée à quatre reprises dans le débat parlementaire (1<sup>re</sup> séance du 1<sup>er</sup> février 2013, *JO AN* p. 724 ; 1<sup>re</sup> séance du 6 février 2013, *ibid.* p. 1281 ; 2<sup>e</sup> séance du 7 février 2013, *ibid.* p. 1428 ; 2<sup>e</sup> séance du 8 février 2013, *ibid.* p. 1532). De même elle fut mobilisée par les députés et les sénateurs qui saisirent le Conseil constitutionnel, car un des principaux arguments à l'encontre du texte était que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe serait contraire au « principe selon lequel le mariage désigne l'union d'un homme et d'une femme est un principe constamment "reconnu" depuis 1792 par les lois de la République et donc intégré à notre "tradition républicaine" » (texte de la saisine disponible à l'adresse [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis1959/2013/2013-669-dc/saisine-par-60-deputes.138536.html>]).

<sup>1255</sup> C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>1256</sup> La référence à la République devient alors un substitut à la référence divine au fondement du pouvoir royal durant la Monarchie absolue : « La République emprunte au sacré, voir au divin, ses mots, et peut-être plus que ses mots » (C. NICOLET, *L'idée républicaine en France : Essai d'histoire critique (1789-1924)*, Paris : Tel-Gallimard, 1995, p. 498).

<sup>1257</sup> Toujours dans le cadre du débat sur la loi dite « pour le mariage pour tous », il est possible de citer comme exemple d'utilisation rhétorique de l'expression « tradition républicaine » l'intervention de la député E. BAREIGTS qui lors de la discussion en première lecture à l'Assemblée nationale a considéré que : « Cet article 1<sup>er</sup> s'inscrit dans une longue tradition républicaine d'avancée des droits civiques, sous le triple étendard de la liberté, de l'égalité et de la fraternité. Oui, ce projet de loi peut apparaître à certains révolutionnaires, comme l'a été en son temps chacun des grands textes que cette assemblée a eu l'honneur de voter et qui sont entrés dans les livres d'histoire » (1<sup>re</sup> séance du 1<sup>er</sup> février 2013, *JO AN* p. 724). Ici l'expression est utilisée pour essayer d'asseoir la légitimité d'un projet qui divisait profondément la société et les familles politiques, sans pour autant correspondre à un contenu concret, sans faire référence à aucune pratique ni norme précise du passé républicain.

<sup>1258</sup> Déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, l'historien A. AULARD, mettait en avant cette idée dans son histoire de la Révolution française où il soulignait la continuité entre la Révolution et la tradition républicaine. Il considérait ainsi que la Révolution française contenait déjà, en germe, les semences du régime républicain : « Les premiers événements de la Révolution, n'amenèrent pas tout de suite à la formation d'un parti républicain ou d'un parti démocratique. Mais à l'insu des Français d'alors et contre leur volonté, ces premiers événements engagèrent la France dans une

Toutefois, il est possible d'identifier d'autres fonctions plus précises à l'invocation de la tradition républicaine. Elle est ainsi mobilisée pour faire référence à certaines règles non écrites, notamment en matière d'organisation des pouvoirs. Sont ainsi qualifiés de *tradition républicaine*, par exemple, le fait « que les nominations aux plus hautes fonctions doivent revenir aux plus hautes autorités de notre pays »<sup>1259</sup> ou le caractère non communicable des avis émis par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction de conseiller du gouvernement<sup>1260</sup>. Le recours à la tradition républicaine est aussi courant pour faire allusion aux règles et pratiques qui organisent les travaux parlementaires. Par exemple, lors de la dernière législature, la pratique qui voudrait que le ministre et le rapporteur « soient attentifs à ce que soient adoptés des amendements venant de différents groupes »<sup>1261</sup> fut qualifiée de tradition républicaine. Le fait de qualifier ces règles ou ces pratiques de *tradition républicaine* et non seulement de *coutumes* ou de *règle non écrite* permet d'asseoir leur légitimité. Face à un système caractérisé par le culte de la loi écrite, l'ancrage républicain, donne un fondement plus stable et prestigieux à la légitimité de la règle invoquée.

La diversité des contextes et des fonctions de l'invocation de la *tradition républicaine* ne permet pas de distinguer un contenu commun qui pourrait servir de définition à la notion. Au moment de l'émergence de la notion durant la III<sup>e</sup> République, il était encore possible de l'associer avec un contenu qu'O. RUDELLE résumait en quatre piliers : le libéralisme laïc et parlementaire, le patriotisme militaire et colonial, la confiance majoritaire du suffrage universel et le progrès économique et social<sup>1262</sup>. De manière plus générale, dans les discours politiques des premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle, la tradition républicaine était, avant tout, assimilée à la souveraineté du Parlement en opposition à la mise en place d'un Exécutif fort, ainsi « c'est tout à la fois la volonté d'une suprématie de l'Assemblée représentative, et la crainte du pouvoir d'un seul »<sup>1263</sup>.

---

voie qui menait à la démocratie et à la République » (A. AULARD, *Histoire politique de la Révolution française : origines et développement de la démocratie et de la république 1789-1804*, Paris : A. Colin, 1901, p. 19).

<sup>1259</sup> Intervention du député G. FENECH lors discussion du projet de loi sur la Réforme du Conseil supérieur de la magistrature (2<sup>e</sup> séance du 28 avril 2013, *JO AN* p. 5809).

<sup>1260</sup> Intervention du député A. VIDALLES lors de la discussion du projet de loi sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (2<sup>e</sup> séance du 8 février 2013, *JO AN* p. 1522).

<sup>1261</sup> Intervention du député A. CHASSAIGNE lors de la discussion du projet de loi relative à la consommation (2<sup>e</sup> séance du 27 juin 2013, *JO AN* p. 7209).

<sup>1262</sup> O. RUDELLE, « La tradition constitutionnelle », *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>1263</sup> S. PINON, « Révision constitutionnelle contre "tradition républicaine" sous la III<sup>e</sup> République », *RFDC*, 1999, p. 272. En effet, l'argument de la *tradition républicaine* est souvent avancé pour défendre une certaine conception de la République : la souveraineté parlementaire. Toute tentative de mettre en place un exécutif fort devait affronter les souvenirs des dérives personalistes du XIX<sup>e</sup> siècle avec le bonapartisme, ainsi « la

Toutefois, avec les dérives du régime du parlementarisme absolu et la banalisation du recours à l'expression « tradition républicaine », son contenu se dilue. Elle peut faire référence à la fois à des grands principes qui sont considérés comme essentiels à la forme républicaine, à des textes normatifs auxquels on veut donner une légitimité accrue, à des pratiques institutionnelles en quête de juridisation. La doctrine n'offre que des définitions larges, ainsi elle pourrait être définie comme un « ensemble de valeurs et de pratiques républicaines, implicites ou traduites dans des textes républicains, et qui, au-delà et à travers les changements de gouvernement et de régime, incarnent la pérennité de la République et de ses valeurs »<sup>1264</sup>. C'est plus sa fonction d'incarner la permanence et la continuité de certains principes qui sont associés avec l'idée de République malgré les changements institutionnels et constitutionnels qui caractérise la notion de tradition républicaine, que la correspondance avec un contenu précis. L'ancrage dans un passé mythique, idéalisé, construit en dehors de précisions historiques remplace ici la référence à un passé qui n'atteste pas la continuité nécessaire à la mise en place d'une tradition *stricto sensu*.

L'utilisation de la notion s'avère alors problématique. En effet, face à l'histoire constitutionnelle mouvementée de la France, est-il possible de parler d'une *tradition* qui plus est *républicaine* ? Les deux éléments constitutifs peuvent ainsi être remis en question. D'une part, l'alternance entre régimes héréditaires et républicains durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle et la longue parenthèse de Vichy, ne permettent pas, comme il a été déjà dit, de considérer l'existence d'une continuité nécessaire à la notion de tradition<sup>1265</sup>. D'autre part, la définition du caractère républicain se prête aussi à la discussion. Faut-il le considérer comme une période historique ou plutôt comme un ensemble de valeurs qui transcendent cette période ? La République à laquelle cette tradition fait appel semble correspondre à la fois à un régime politique, une idée philosophique et un ensemble de valeurs.

En dépit de la contradiction dans les termes et malgré les multiples usages politiques et son manque de définition précise, le juge administratif et constitutionnel, surtout à partir des années 1990, font appel à l'expression *tradition républicaine* dans leur jurisprudence. Si le

---

“Tradition républicaine“ révèle une histoire constitutionnelle française, façonnée au prix d'affrontements dialectiques fratricides entre parlementarisme et césarisme » (*Loc.cit.*).

<sup>1264</sup> C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1265</sup> Ainsi le résume le Président B. STIRN qui s'interroge « dans un pays qui a connu une grande instabilité constitutionnelle, où la République est relativement récente, où surtout il y a eu plusieurs Républiques et où l'on n'arrête pas de corriger la République, se forme-t-il vraiment une tradition républicaine ? » (B. STIRN, « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'État » in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, Paris : Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 211).



Conseil constitutionnel semble réserver cette expression à une utilisation très précise, le Conseil d'État et certaines décisions isolées du juge constitutionnel utilisent la notion pour diverses fins et dans diverses fonctions, contribuant ainsi à l'imprécision de la notion.

*(B) L'invocation de la « tradition républicaine » dans la jurisprudence*

Jusqu'aux années 1990 l'invocation directe de l'expression « tradition républicaine » dans la jurisprudence était assez rare. Le caractère flou et politiquement chargé de la notion pourrait expliquer l'absence d'invocation dans les jurisprudences malgré sa popularité dans les discours politiques. Outre son rôle rhétorique, il est possible de se demander si la tradition républicaine pouvait être utilisée à des fins juridiques, et être considérée comme une règle de droit, comme le laissaient entrevoir certaines invocations dans les discours parlementaires<sup>1266</sup>. Le recours à la notion de tradition républicaine dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle, surtout à partir de la fin des années 1980, permet ainsi d'avoir de nouvelles pistes sur la fonction, la portée et le contenu de cette notion.

Dans le cadre de l'invocation juridictionnelle, il semble que la principale fonction de la tradition républicaine est celle de servir de matrice commune à des principes, notamment aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). En effet, dès sa décision 88-244 DC sur la loi portant amnistie, le Conseil constitutionnel affirma que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »<sup>1267</sup>, ainsi, en principe, la seule fonction de la tradition républicaine, selon le juge du Montpensier, est de servir de source matérielle aux PFRLR.

De la même manière, le Conseil d'État considère que la tradition républicaine est une des sources du principe de dignité de la personne humaine. En effet, saisi d'une demande d'avis par le Tribunal administratif de Paris sur les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État peut être engagée du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites durant la Seconde Guerre mondiale et sur le régime de réparation des dommages qui en ont résulté, le Conseil d'État considéra que les persécutions antisémites commises par

---

<sup>1266</sup> Il est donc possible de s'interroger sur une « juridicité potentielle » de la tradition républicaine (v. C. VIMBERT, *La jurisprudence française et la « tradition républicain »*, Paris : L'Harmattan, 2014, p. 164 et ss.).

<sup>1267</sup> CC n° 88-244 DC du 20 juillet 1998, *Loi portant amnistie*, Rec., p. 119, JO du 21 juillet 1998, p. 9448, consid. 11.

l'autorité de fait se disant gouvernement de l'État français étaient « en rupture absolue avec les valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et **par la tradition républicaine** »<sup>1268</sup>. Cette liaison matricielle entre dignité humaine et tradition républicaine fut reprise par les tribunaux administratifs et les Cours d'appel qu'eurent à traiter les différents dossiers qui motivèrent la demande d'avis contentieux<sup>1269</sup>. De même, dans la très médiatique affaire *Dieudonné*, le Conseil d'État, dans sa fonction de juge de référés, en réponse à un recours à l'encontre de la décision du Tribunal administratif de Nantes qui avait suspendu l'exécution de l'arrêté du préfet portant interdiction de la représentation du spectacle « Le Mur », a considéré que le spectacle comportait un « risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen **et par la tradition républicaine** »<sup>1270</sup>.

Toutefois, il est possible de retrouver des utilisations de la notion en dehors de la consécration de ces principes, notamment dans l'encadrement de la pratique institutionnelle et des relations entre les pouvoirs. La première mention explicite à la tradition républicaine par le Conseil d'État se trouve dans un avis de 1953 sur la détermination des compétences respectives du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire. À la suite d'une question posée par le ministre d'État sur la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue à l'article 13 de la Constitution de 1946, selon laquelle l'Assemblée nationale ne pouvait déléguer le droit de voter seule la loi, le Conseil d'État considéra que « certaines matières sont réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, [soit] **par la tradition constitutionnelle républicaine** résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule ; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire »<sup>1271</sup>. Il existait alors, même en absence de disposition constitutionnelle

---

<sup>1268</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, n° 315499, Rec., p. 43 [souligné par nous].

<sup>1269</sup> CAA Paris, 26 avril 2011, n° 10PA1793 à 10PA1800, 10PA2664 et 10 PA2665, *inédits* ; ainsi que CAA Lyon, 7 avril 2011, n° 10LY00280, *inédit*, qui reprennent la même formulation utilisée par le Conseil d'État dans son avis contentieux.

<sup>1270</sup> CE réf., 9 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume et M. D.*, n° 374508, D. 2014 p. 86 [souligné par nous]. Toutefois, dans deux ordonnances postérieures prononcées sur des recours posés par la société de production à l'encontre des décisions des tribunaux administratifs interdisant le spectacle à Tours et à Orléans, le juge des référés a certes gardé la référence à la dignité humaine, mais sans préciser les sources de ce principe (CE réf., 10 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume et M. D.*, n° 374528 et CE réf., 11 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume et M. D.*, n° 374552).

<sup>1271</sup> CE, avis, 6 février 1953, n° 60497, RDP 1953, p. 170, *Bulletin quotidien de la Documentation française*, 27 février 1953, n° 2412.

expresse, un domaine réservé à la loi délimité par la *tradition constitutionnelle républicaine*. De cette manière, les principes véhiculés par le Préambule et la Déclaration de 1789 qui, en 1946, n'étaient pas considérés comme ayant la même force normative que le reste de la Constitution, furent utilisés par le Conseil d'État comme un indice de la tradition républicaine. En reprenant à la fois les principes révolutionnaires, certains acquis de la III<sup>e</sup> République et de nouveaux principes, ces textes étaient une sorte de rappel des fondements communs de l'histoire constitutionnelle française<sup>1272</sup>, ce qui permit au Conseil d'État de les utiliser comme une source textuelle pour dégager cette tradition constitutionnelle républicaine<sup>1273</sup>. Dans ce cas, la tradition constitutionnelle républicaine n'est plus la source, mais la règle dégagée de ces différentes sources historiques<sup>1274</sup>.

L'invocation de la tradition républicaine dans le cadre de l'examen du rôle du Président de la République est moins précise. Saisi d'une demande d'annulation d'une recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui prévoyait, en vue du référendum du 29 mai 2005 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, que les propos du Président de la République n'étaient rattachés à aucune organisation politique ou parti dans la comptabilisation du temps des paroles dans les médias<sup>1275</sup>, il a considéré « qu'en raison de la place qui, **conformément à la tradition républicaine** est celle du chef de l'État dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics » le Président ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique<sup>1276</sup>. Il a repris ce même considérant de principe dans un arrêt 2009 à la suite d'une demande de F. HOLLANDE et D. MATHUS pour l'annulation de la délibération du 8 février 2000 du CSA relative aux modalités d'évaluation du respect du

---

<sup>1272</sup> V. *supra* les développements du Chapitre 1 de ce Titre I.

<sup>1273</sup> Ce critère de répartition de compétences entre le domaine réglementaire et le domaine législatif fut même repris par le législateur, quand il entendait autoriser le pouvoir exécutif à prendre des mesures d'application. Ainsi, l'article unique de la loi du 14 août 1954, autorisant le gouvernement à mettre en œuvre un programme d'équilibre financier d'expansion économique et de progrès social, habilite ce dernier à prendre des mesures « sans qu'il puisse être porté atteinte aux matières réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine dont les principes ont été réaffirmés dans le Préambule de la Constitution [...] ».

<sup>1274</sup> Déjà sous la III<sup>e</sup> République, le Conseil avait développé une jurisprudence dans laquelle il examinait, certes sans la qualifier de telle, la tradition républicaine pour déterminer le domaine de la loi et du règlement (v. B. STIRN, « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 216). Dans ses conclusions sur l'arrêt *Babin* de 1906, le commissaire du gouvernement ROMIEU soulignait « qu'il n'existe pas de règles de droit écrit en ce qui concerne cette délimitation de pouvoir, si importante au point de vue constitutionnel : c'est la jurisprudence qui les fixe, en les faisant découler des conditions dans lesquelles s'est manifesté jusqu'ici l'intervention du législateur dans les diverses matières » (J. ROMIEU, « Conclusions sur CE, 4 mai 1906, n° 16026, *Sieur Babin* », *Leb.*, p. 363). Le Conseil d'État analysait alors l'étendue du domaine du législateur dans l'histoire constitutionnelle, pour considérer si une matière faisait donc partie, traditionnellement, du domaine réservé au législateur.

<sup>1275</sup> Recommandation n° 2005-3 du 22 mars 2005 du CSA à l'ensemble des services de télévision et de radio en vue du référendum du 29 mai 2005.

<sup>1276</sup> CE, 13 mai 2005, *Hoffer*, n° 279259, *Leb.*, p. 200 [souligné par nous].

pluralisme politique dans les médias<sup>1277</sup>. Il semblerait que la tradition républicaine fait ici référence à une pratique, un usage qui détermine un des éléments que doit prendre en compte le juge. Cependant, dans aucun des arrêts il ne donne des précisions sur les éléments qui conformeraient cette tradition républicaine qui détermine la place institutionnelle du Président de la République. De plus la référence à une tradition pour se référer à la place du Président de la République dans le cadre de la V<sup>e</sup> République est problématique. En effet la lettre et, surtout, la pratique constitutionnelle sous la V<sup>e</sup> font du Président la clef de voûte des institutions, ce qui rompt avec la pratique mise en place depuis l'avènement de la « Constitution Grévy » sous la III<sup>e</sup> et IV<sup>ème</sup> Républiques<sup>1278</sup>. L'existence d'une véritable tradition républicaine autour du rôle du Président de la République paraît compromise.

Malgré son considérant de principe sur l'invocation de la tradition républicaine, le Conseil constitutionnel peut recourir à cette notion en dehors de l'analyse des PFRLR. Il peut ainsi faire référence à un usage pour le qualifier de « tradition républicaine » et ainsi justifier son intégration dans une norme écrite. C'est notamment le cas de l'obligation d'accompagner les projets de loi d'un exposé de motifs. Cette obligation était considérée comme un usage parlementaire et gouvernemental<sup>1279</sup>, repris par les principaux guides de légistique et, notamment, dans le Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires<sup>1280</sup>.

Néanmoins, la pratique d'accompagner la loi d'un exposé de motifs peut être retracée jusqu'à la période révolutionnaire. Ainsi, l'article 56 de la Constitution de 1793 disposait que « les projets de loi sont précédés d'un rapport » et l'article 3 de la loi du 19 nivôse an VII concernant les opérations et communications respectives des autorités chargées par la Constitution de concourir à la formation de la loi prévoyait qu' « après qu'un orateur du Conseil d'État a lu au corps législatif le projet de loi, et en a exposé les motifs, l'on dépose

---

<sup>1277</sup> CE, 8 avril 2009, *MM. Mathus et Hollande*, n° 311136, *Leb.*, p. 140.

<sup>1278</sup> V. sur ce point le commentaire des professeurs A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD sur l'arrêt *Mathus et Hollande* dans leur « Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2009, p. 588-591.

<sup>1279</sup> La majorité des lois en France provenant d'une initiative gouvernementale, l'usage vient plutôt des instances gouvernementales qui préparent les textes des projets de loi, notamment le SGG.

<sup>1280</sup> Ce guide, élaboré conjointement par des membres du Conseil d'État et du Secrétariat général du Gouvernement (SGG) est accessible sur le site de Légifrance à l'adresse <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique> [dernière mise à jour le 22/02/2013]. Certes, il s'agit plus d'un manuel à l'usage des juristes, d'un guide, comme son nom l'indique, que d'un ensemble de règles prescriptives régulant la procédure d'édiction normative. Le point 3.1.1 de ce guide prévoit que « les projets de loi sont toujours précédés d'un exposé des motifs destiné à éclairer le Parlement sur le sens et la portée des dispositions qui lui sont soumises ».

sur le bureau trois expéditions »<sup>1281</sup>. Sous la III<sup>e</sup> République, ce projet était publié au *Journal officiel* en même temps que la loi votée<sup>1282</sup>. Sous la V<sup>e</sup> République, cette pratique fut reprise par des circulaires du Premier ministre concernant l'élaboration des textes normatifs<sup>1283</sup>. L'exposé des motifs est ainsi considéré comme une « pratique constante du Gouvernement »<sup>1284</sup>. Cet usage fut repris par l'article 7 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 dont une nouvelle rédaction fut introduite par la révision constitutionnelle de 2008. Cet article, complétant l'article 39 de la Constitution sur la procédure à suivre pour les projets de loi devant le Parlement, disposait alors : « Les projets de loi sont précédés de l'exposé de leurs motifs ». S'agissant d'une loi organique, elle fut transmise au Conseil constitutionnel pour son examen obligatoire. Sur cet article, le Conseil considéra qu'il « consacre ainsi une tradition républicaine qui a pour objet de présenter les principales caractéristiques de ce projet et de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption »<sup>1285</sup>, pour conclure à sa constitutionnalité. Le Conseil utilisa ici la *tradition* non pas comme une norme de référence directe du contrôle de constitutionnalité, mais comme un élément à prendre en compte pour justifier un choix opéré par le législateur. Toutefois, si le Conseil ne fait pas un contrôle de l'opportunité législative, il est curieux de voir qu'il justifie la constitutionnalité de cette mesure en soulignant que le choix du législateur s'appuyait sur une tradition républicaine. C'est avant tout pour expliquer l'addition d'une condition supplémentaire à la présentation des projets de loi, non prévue par la lettre de l'article 39 de la Constitution, que le Conseil fait appel à cette tradition républicaine, dont les origines sont retracées dans le commentaire accompagnant la décision.

La référence à la tradition républicaine d'accompagner un projet de son exposé de motifs fut aussi mobilisée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle qu'il effectue pour

---

<sup>1281</sup> J.-J. HYEST (rapporteur), Rapport sur le projet de loi organique (n° 1314) relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, Sénat, Commission des lois constitutionnelles, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, n° 196, 4 février 2009, p. 42.

<sup>1282</sup> Commentaire de la décision n° 2005-33 REF, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 47, considérations repris à l'identique par le commentaire de la décision n° 2005-35 REF, *Ibid.*, p. 50. En effet, les requêtes qui sont à l'origine de ces décisions contestaient l'adjonction d'un exposé de motifs au projet de loi qui soumettait au référendum le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Dans ces commentaires, le commentateur autorisé retrace alors l'historique de la pratique d'accompagner les projets de loi d'un exposé de motifs.

<sup>1283</sup> Il s'agit des circulaires dites « rouges », diffusées par le SGG au sein de l'administration. V. J. MAÏA, « La légistique au Secrétariat général du Gouvernement », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, juin 2008, p. 23.

<sup>1284</sup> J.-L. WARSMANN (rapporteur), *Rapport sur le projet de loi organique (n° 1314) relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Assemblée nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, n° 1375, 7 janvier 2009, p. 90.

<sup>1285</sup> CC n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Rec., p. 84, *JO* du 16 avril 2009, p. 6530.

la régularité des opérations référendaires en vertu de l'article 60 de la Constitution. Saisi par deux particuliers de la régularité de l'envoi de l'exposé des motifs accompagnant le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, soumis à référendum par le décret n° 2005-218 du 9 mars 2005, le Conseil considéra « que l'exposé des motifs, qui, conformément à la tradition républicaine, accompagne un projet de loi et présente les motifs pour lesquels son adoption est proposée, est inséparable de ce projet »<sup>1286</sup> pour conclure à la régularité de la communication du document. En effet, la communication au corps électoral du projet de loi, y compris son exposé des motifs, met en œuvre l'article 11 de la Constitution et satisfait aux exigences de clarté et de loyauté de la consultation. Dans une décision concernant la même opération référendaire, il reprit ce considérant pour rejeter le grief selon lequel l'exposé de motifs accompagnant le Traité ne rendait pas compte de tous les effets de la ratification, faussant la sincérité du scrutin. Le Conseil clarifie la portée de l'exposé de motifs et considère alors « que l'exposé des motifs qui, conformément à la tradition républicaine, accompagne un projet de loi, a pour objet non seulement de présenter les principales caractéristiques de ce projet, mais encore de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption ; que, par son contenu, le document critiqué n'outrepasse pas cet objet »<sup>1287</sup>. Ici la *tradition républicaine* est utilisée comme une norme de référence indirecte du contrôle de régularité. Elle s'assimile à une *coutume*, une pratique dont la permanence et la croyance en son caractère obligatoire lui donne une portée normative. Toutefois, elle ne détermine pas à elle seule l'issue du litige, elle contribue à déterminer un des éléments de cette solution : l'adjonction de l'exposé des motifs du projet qui répond à une pratique, à une tradition républicaine, n'influe pas sur la sincérité

---

<sup>1286</sup> CC n° 2005-33 REF du 7 avril 2005, *MM. Villiers et Peltier*, Rec., p. 61, *JO* du 9 avril 2005, p. 6457. Ce même argument est repris par le Conseil d'État lors de l'examen d'un recours pour excès de pouvoir présenté à l'encontre de la décision du Ministre de l'Intérieur d'adresser aux électeurs le Traité accompagné de son exposé de motifs. Citant dans ses visas la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État considère que « que l'envoi par le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, à qui il incombe de prendre les mesures nécessaires à l'organisation du référendum décidé par le Président de la République, de l'exposé des motifs du projet de loi soumis à la consultation référendaire, qui, conformément à la tradition républicaine, accompagne ce projet et en est inséparable, constitue une exacte application des dispositions précitées de l'article 3 du décret du 17 mars 2005 » pour après rejeter les conclusions aux fins d'annulation (CE, 15 avril 2005, *Hoffer*, n° 278920, *Leb.*, p. 895).

<sup>1287</sup> CC n° 2005-35 REF du 19 mai 2005, *MM. Hoffer et Gabarro-Arpa*, Rec., p. 90, *JO* du 21 mai 2005, p. 8849. Cette même considération fut exposée par le Conseil d'État, saisi, dans le cadre des mêmes opérations référendaires, d'une demande d'annulation de la publication par le Ministre de l'Intérieur d'un avis d'appel à la concurrence en vue de la passation d'un marché relatif à l'impression des documents à adresser aux électeurs dans la perspective du référendum sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il a ainsi il a considéré que le ministre n'a pas excédé ses compétences ni pris une décision de nature à altérer la sincérité du scrutin, en incluant dans l'avis d'appel à la concurrence l'exposé des motifs « dès lors que, conformément à la tradition républicaine, l'exposé des motifs est inséparable du projet de loi qu'il accompagne » (CE, 20 mai 2005, n° 277837, *inédit* ; dans le même sens CE, 15 avril 2005, *Hoffer*, *précité*).

de la consultation. C'est une raison supplémentaire qui vise à augmenter la force de conviction de la solution donnée par le Conseil constitutionnel.

La tradition peut aussi être mobilisée implicitement par le Conseil constitutionnel pour renforcer la portée d'une norme dégagée des textes. C'est le cas de l'unicité du peuple français qui sert au Conseil constitutionnel comme norme de référence afin de considérer la consécration juridique de l'existence au sein du peuple français d'un « peuple corse » faite par l'article 1<sup>er</sup> de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse comme contraire à la Constitution. En effet, dans la décision 91-290 DC, le Conseil utilise comme norme de référence les différentes allusions au « peuple français » et à son caractère unitaire qui se dégagent de la Déclaration de 1789, du préambule de 1946 et des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la Constitution. Toutefois, pour souligner la portée de cette norme, il fait référence à son ancrage historique considérant que « la référence faite au “peuple français” figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ; qu'ainsi le concept juridique de “peuple français” a valeur constitutionnelle »<sup>1288</sup>. Cette référence à l'histoire est interprétée comme une référence implicite à la tradition par une partie de la doctrine, ainsi, le professeur M. VERPEAUX considère que « l'allusion à l'histoire vient renforcer l'argument tiré du seul texte de 1958 pour condamner la notion de “peuple corse” et constitue bien une utilisation jurisprudentielle de la tradition »<sup>1289</sup>. Elle souligne l'importance de la *constance* et de la *continuité républicaine* comme éléments pour renforcer la portée d'un texte écrit.

La tradition républicaine, même dans ses invocations juridictionnelles, ne semble pas être considérée comme une norme à part entière et indépendante. Elle est utilisée comme *source* de principes, ou comme un synonyme de pratique ou de coutume. Le fait de préférer la qualification de tradition républicaine à celles, plus précises, de pratique institutionnelle ou de coutume révèle encore une fois la portée rhétorique de cette notion. Qualifier une pratique ou une coutume, voire même une règle écrite déjà existante de *tradition républicaine* donne un fondement de légitimité supplémentaire à la règle. Elle l'ancre dans un passé qui est considéré comme positif, porteur de valeurs.

---

<sup>1288</sup> CC, n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité locale de Corse*, Rec., p. 50, JO du 14 mai 1991 p. 6350, consid. 12.

<sup>1289</sup> M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République » in LORGNIER Jacques (coord.), *Justice et République(s)*, Paris : Ester éd., Coll. l'espace juridique, p.287-288, dans le même sens v. C. VIMBERT, *La jurisprudence française et la “tradition républicaine”*, Paris : L'Harmattan, 2014, p. 137-138.

## **Section 2. Le passé comme fondement des principes non écrits**

La notion de « principe » peut renvoyer vers des idées très diverses. Du latin *principium*, commencement, origine, son pluriel *princeps* indique ce qui occupe la première place. Cette origine étymologique ne semble pas correspondre à l'emploi qui est fait de la notion en droit, où les principes sont, avant tout, présentés comme une conséquence. En effet, ils sont souvent définis d'une façon réductrice, ne voyant en eux qu'une proposition générale induite d'un ensemble de règles particulières<sup>1290</sup>. Toutefois les principes, comme normes juridiques appliquées par les juges, gardent un lien avec leur origine étymologique : ils se présentent souvent comme des règles non écrites qui sont au fondement même de l'ordre juridique<sup>1291</sup>, d'où l'importance de leur ancrage dans le passé. Pour certains principes, considérés comme fondamentaux, cet attachement au passé fait partie même des éléments de leur définition.

De façon corollaire, l'ancienneté, la constance, l'attachement avec les origines de la République donnent aussi une légitimation à des principes juridiques qui sont souvent présentés comme une création du juge. Sans entrer dans la discussion doctrinale sur la valeur et la place dans la hiérarchie des normes de ses principes dégagés par la jurisprudence<sup>1292</sup>, cette section privilégie l'analyse des sources et des fonctions des deux grandes catégories de principes dans la jurisprudence : les principes généraux du droit et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). Pour les premiers, leur émergence dans le contexte historique de l'après-guerre et le rôle qui leur a été donné par le juge administratif, permet de les analyser comme un reflet de la conscience nationale (§1). Les deux qualificatifs qui accompagnent les PFRLR, leur caractère fondamental et leur origine républicaine, met aussi en évidence le lien particulier avec le passé entretenu par ces normes et leur rôle de fondement (§2). L'ancrage dans le passé est alors, pour ces principes, à la fois un élément de leur définition, un fondement de leur légitimité et un élément qui leur permet, à leur tour, de servir de fondement au système dans lequel ils s'insèrent.

---

<sup>1290</sup> P. MORVAN, « Principes » in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1201.

<sup>1291</sup> C'est l'hypothèse de départ de la thèse de C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2010, 413 p.

<sup>1292</sup> Sur ce point v. notamment : P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes » in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 207-221 et l'article classique de R. CHAPUS « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, Chron. p. 99-106.



### ***§ 1. Les principes généraux du droit : un reflet de la conscience nationale***

Face aux éventuelles lacunes, et même dans des matières amplement réglées par la loi écrite, le juge fait souvent appel à des principes généraux pour résoudre les cas d'espèce. Il existerait alors un ensemble de « principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif »<sup>1293</sup>. Inhérents au système, ces principes sont donc dégagés par le juge qui joue un rôle important dans leur création et leur caractérisation. Toutefois, eu égard aux caractéristiques propres à l'office du juge français, les processus qui le mènent à cette création prétorienne sont souvent implicites.

L'utilisation de ces principes nécessite un ancrage dans le passé à un double niveau. Du côté théorique, la justification du recours à ces principes fit l'objet d'une réflexion fortement influencée par le contexte historique de l'après-guerre, la « théorie » des principes est ainsi fortement enracinée dans ce contexte. Dès son origine, le recours à ces principes a permis de symboliser une continuité des valeurs révolutionnaires et républicaines, malgré la discontinuité constitutionnelle et institutionnelle. Ils ont été un outil de la transition constitutionnelle et un élément du discours sur la continuité (I). Du côté pratique, l'utilisation d'une norme dégagée par le juge dans un système légicentriste nécessite d'une justification : l'ancrage dans le passé permet ainsi de légitimer cette création jurisprudentielle. Le principe est alors présenté comme une actualisation d'une norme qui lui préexistait et qui faisait partie de l'acquis républicain, de la tradition républicaine (II).

#### **(I) Une « théorie » ancrée dans un contexte historique particulier**

Le recours aux principes dans la jurisprudence administrative existe de longue date : dans un arrêt du Tribunal des conflits rendu le 8 février 1873, le juge faisait déjà une mention expresse aux principes généraux du droit (PGD). Dans le cadre des agitations à Lyon, à la suite de la Révolution du 4 septembre 1870, l'affaire mettait en cause la responsabilité de l'État du fait de la déclaration d'une propriété privée comme propriété communale. Le

---

<sup>1293</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome I, Paris : Berger-Levrault, 1896, p. XIII.

Tribunal considéra que les règles écrites en matière de responsabilité de l'État devaient être interprétées « en les conciliant avec les principes généraux du droit »<sup>1294</sup>. De même, en 1894, dans les conclusions sur l'affaire *Conseil presbytéral de Saint-Etienne*, le commissaire du gouvernement JAGERSCHMIDT affirmait que « dans le silence de la loi, ce sont les principes généraux du droit administratif envisagés par les auteurs, consacrés par la jurisprudence que nous devons appliquer »<sup>1295</sup>. Mais ce n'est qu'à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale que le recours explicite à ces principes fut systématisé par le Conseil d'État, au point de développer tout un appareil doctrinal et jurisprudentiel autour de cette notion, qui fut désigné sous le nom de « théorie des principes généraux du droit ».

Le contexte de l'émergence de cette *théorie* est une clé pour comprendre le recours à ces normes non écrites. En effet, la période d'or des principes généraux du droit coïncide avec la Libération et leur emploi souligne la volonté du juge administratif de rompre avec les réformes mises en place sous le régime de Vichy et, en même temps, de renouer avec certains idéaux républicains antérieurs mis à mal durant la période de l'Occupation. Ainsi, en choisissant, presque d'instinct, la continuité de la conception libérale de sa jurisprudence, le juge devait trouver une technique pour justifier ce procédé<sup>1296</sup>. Il la trouva dans les principes généraux du droit qui sont ainsi « devenus soudain des pièces essentielles dans les constructions de la jurisprudence »<sup>1297</sup>. Si, sous la III<sup>e</sup> République, le juge faisait déjà appel à des principes, il était inutile de mentionner explicitement « des principes directement inspirés du régime démocratique et liés à celui-ci en un pays où ce régime n'était ni discuté, ni mis en péril par les gouvernants, principes dont l'existence était tellement évidente que le juge n'avait même pas à les constater et pouvait se borner à les appliquer »<sup>1298</sup>. Mais la mise à mal des principes républicains durant la période de l'État français et de la postérieure épuration motiva le juge à mettre en avant une catégorie qui permettait de préserver, au moins symboliquement, la continuité républicaine<sup>1299</sup>.

---

<sup>1294</sup> T. confl., 8 février 1873, *Dugave et Bransiet, Leb.*, 1<sup>er</sup> supplément p. 70. Pour une analyse de cet arrêt v. P. LECOCQ, « Aux sources du droit administratif moderne, le jumeau de l'arrêt Blanco » in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Paris : L'Harmattan, 1999, p. 269-298.

<sup>1295</sup> Cité par F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif : de la Révolution au début des années 1970*, Paris : PUF, 1995, p. 357.

<sup>1296</sup> J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, p. 21.

<sup>1297</sup> *Loc. cit.*

<sup>1298</sup> M. LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, n° 4, 1951, p. 21.

<sup>1299</sup> L'idée est de mettre en avant l'existence et, surtout, la permanence d'une tradition républicaine malgré les aléas de l'histoire et la rupture constitutionnelle. En effet, comme l'explique le professeur E. MAULIN : « La reconnaissance des principes généraux du droit manifeste bien en ce sens une tradition républicaine ancrée dans

L'arrêt *Aramu*, qui s'inscrit dans le cadre des épurations administratives, est alors considéré comme l'arrêt fondateur de cette nouvelle politique jurisprudentielle. En effet, le Conseil d'État considéra dans cet arrêt de manière explicite « qu'il résulte de ces prescriptions [de l'ordonnance du 6 décembre 1943], ainsi d'ailleurs que des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut à ce titre être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense »<sup>1300</sup>.

La référence aux principes généraux du droit fut un moyen pour essayer de justifier, *a posteriori*, la position du Conseil d'État lors de la période de l'occupation allemande. L'application des lois de Vichy et la participation du Conseil d'État, notamment dans sa formation consultative, à l'élaboration de la législation de Vichy y compris les mesures antisémites<sup>1301</sup>, posa un problème de légitimité une fois l'occupation terminée. Pour essayer de contrer ce déficit de légitimité, le Conseil développa alors cette « théorie des principes généraux du droit » qui, selon un discours élaboré par la doctrine institutionnelle, permit subrepticement le maintien de la légalité républicaine pendant l'occupation. Ainsi l'illustre le conseiller d'État T. BOUFFANDEAU :

« le Conseil d'État pouvait ou considérer les lois de Vichy comme instituant un régime nouveau de notre droit public et leur donner alors une large extension, ou les regarder au contraire, comme des mesures apportant des dérogations aux principes demeurés et, dans ce cas, annuler les décisions prises en méconnaissance de ces principes, qui n'étaient pas fondées sur une disposition législative expresse et interpréter restrictivement les lois édictées depuis juillet 1940, à raison de leur caractère d'exception »<sup>1302</sup>.

D'après ce discours justificateur, le recours aux principes généraux du droit, même implicite, permet alors au juge administratif d'éviter une application trop extensive de la législation du régime de Vichy. La réalité est, néanmoins, beaucoup plus nuancée.

---

la révolution française et, plus particulièrement, dans le texte de la Déclaration de 1789, qui inspirera une large partie de la législation républicaine et permettra l'émergence des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comme des principes généraux du droit » (E. MAULIN, « L'invention des principes » in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris : Economica, Coll. Études juridiques, 2008, p. 32).

<sup>1300</sup> CE, 26 octobre 1945, *Sieur Aramu, Leb.*, p. 213.

<sup>1301</sup> D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, Coll. Publications du CURAPP, 1989, p. 283.

<sup>1302</sup> T. BOUFFANDEAU, « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. 1° Le juge de l'excès de pouvoir, jusqu'à la libération du territoire métropolitain », *EDCE*, n°1, 1947, p. 23-24. Cette solution ne fut, néanmoins, appliquée qu'à une seule espèce dans le cadre plus précis de l'application de la législation antisémitaire : l'affaire *Darmon, Siboun et Bensoussan*, mobilisa le principe d'égalité pour considérer « qu'aucune loi ne restreignant l'admission des élèves juif dans les établissements primaires et secondaires, ni ne conférerait aux autorités publiques le pouvoir de limiter ladite admission » (CE, 21 janvier 1944, *Darmon, Siboun et Bensoussan*, n° 72170 et 72711, *Leb.*, p. 22, v. l'analyse faite par P. FABRE, *Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, 2001, p. 141).

La notion de « principes généraux du droit » est donc une construction prétorienne, et même institutionnelle, puisque le Conseil d'État s'efforça de la mettre en avant grâce à la doctrine interne, notamment à travers les articles consacrées à ces principes dans la collection *Études et documents*<sup>1303</sup>, les conclusions des commissaires du gouvernement et les discours prononcés par les membres de cette juridiction. Mais le Conseil d'État n'a jamais donné une définition claire de la notion<sup>1304</sup>, ni affirmé les critères qui pourraient donner une cohérence à une catégorie qui apparaît donc plus comme fonctionnelle que conceptuelle<sup>1305</sup>.

Ancrée dans un contexte historique particulier, la « théorie » des principes généraux du droit se présente à la fois, sous une approche descriptive, par le biais des catalogues des principes élaborés par la doctrine institutionnelle et universitaire<sup>1306</sup>, mais aussi sous une approche doublement prescriptive, cherchant à la fois à légitimer le recours à des principes prétoriens et à justifier l'institution elle-même par le recours à ces règles non écrites. Moins qu'une théorie, les principes généraux du droit sont un instrument à la fois technique et idéologique, créé et utilisé par le juge administratif. Comme le résume de façon critique le professeur P. BRUNET : « au fond cette “théorie” n'en est pas une : elle ne décrit rien mais cherche à justifier la liberté que le juge se reconnaît non seulement de créer des normes mais des normes justes »<sup>1307</sup>. L'enracinement de ces principes dans le passé républicain est une des caractéristiques, certes implicite, qui leur permet de jouer ce double rôle prescriptif et fondateur.

---

<sup>1303</sup> Ainsi, le premier numéro des *Études et documents du Conseil d'État*, dédia toute sa première partie à « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution » (*EDCE*, 1947, n°1, p. 23-47).

<sup>1304</sup> Cela ne semble pas pour autant émouvoir la majorité de la doctrine qui reprend cette catégorie et explique la « théorie » malgré l'absence d'une véritable définition. Cela s'explique peut-être par le caractère jurisprudentiel du droit administratif en France. Ainsi, comme l'explique le professeur P. BRUNET : « l'histoire enseigne que l'on s'est donc très vite habitué à ce que le juge administratif justifie ces décisions à l'aide de catégories juridiques très générales qu'il forgeait lui-même » (P. BRUNET, « À quoi sert la “théorie” des principes généraux du droit ? », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 177).

<sup>1305</sup> P. DE MONTALIVET, « Principes généraux du droit », *JurisClasseur Administratif*, n° 38, 2007, § 86.

<sup>1306</sup> V. notamment le catalogue très complet présenté par B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire contentieux administratif Dalloz*, octobre 2010.

<sup>1307</sup> P. BRUNET, « À quoi sert la “théorie” des principes généraux du droit ? », *op. cit.*, p. 181-182.

## (II) Le passé comme l'une des sources implicites des principes généraux du droit

Les sources des principes généraux du droit sont souvent présentées de façon implicite dans la jurisprudence, il est ainsi nécessaire de faire appel à l'environnement jurisprudentiel et doctrinal pour les clarifier (A). La place de l'appel au passé comme source de ces principes est variable, en fonction du type de principe. S'il est qualifié même d'évident dans le cadre des principes généraux du droit que l'on pourrait appeler de première génération, à forte inspiration libérale (B), le rattachement au passé ne semble plus être une condition nécessaire pour les nouveaux principes dégagés par le juge, à caractère plus spécialisé et pratique. Toutefois, cet ancrage, à degrés variables, peut être encore retracé notamment pour les principes dégagés en relation aux droits de la personne (C). Malgré cette variabilité dans son recours, l'appel au passé reste un moyen d'asseoir la légitimité non seulement du principe en soi, mais aussi du rôle du juge qui les dégage.

### (A) *Une création jurisprudentielle aux sources souvent implicites*

Les principes généraux du droit sont avant tout une création du juge administratif. Si ce dernier s'efforce de les présenter comme une règle objective dont il ne fait que constater l'existence, il n'en demeure pas moins un acteur principal de leur création<sup>1308</sup>. En effet, le juge choisit parmi les différentes sources celles qui lui serviront pour dégager une règle générale. Mais ce travail n'est pas, pour autant, arbitraire : la création ne se fait pas *ex nihilo* : le juge rattache ces principes à des sources juridiques formelles et matérielles pour garantir leur effectivité et leur légitimité. De plus, il ne fait appel à ces règles non écrites qu'en cas de lacune, pour autant que son existence puisse se déduire de l'ordre juridique<sup>1309</sup> et qu'elle

---

<sup>1308</sup> Comme l'explique J. RIVERO : « L'effort du juge pour affirmer l'existence d'un corps de principes indépendants de toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte, la philosophie politique de la Nation, et dont, se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui qui, en leur donnant une sanction, les fait passer dans l'ordre positif » (J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op. cit.*, p. 21).

<sup>1309</sup> Ainsi, le Doyen VEDEL précise : « Les principes généraux sont dans une certaine mesure l'œuvre du juge qui les dégage de la gangue du milieu juridique ; ils ne sont pas une œuvre arbitraire car ils sont extraits du droit positif existant à un moment donné » (G. VEDEL, « Note sous CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie* », *JCP* 1952. II. 7138).

recueille un certain consensus<sup>1310</sup>. Les principes sont ainsi une expression de la double nature de l'acte juridictionnel : en même temps un acte de connaissance et un acte de volonté<sup>1311</sup>.

Il est possible d'identifier différentes procédures d'élaboration des principes à partir de sources formelles et matérielles, chaque procédure impliquant un degré de détachement plus grand par rapport à ces sources<sup>1312</sup>. Le principe peut ainsi être créé à partir de la généralisation d'une règle présente dans un texte juridique. Il peut aussi être dégagé de l'*esprit* du texte ou d'un ensemble de textes : « il ne s'agit plus comme dans le cas précédent de généraliser une solution déjà consacrée par la lettre même de nombreux textes, mais de s'appuyer sur l'esprit d'un texte pour élaborer le principe »<sup>1313</sup>. Il peut aussi se déduire de l'essence, non pas d'un texte mais d'une institution ou, finalement, être le produit des aspirations latentes qui, sous les formes les plus diverses, se partagent la « conscience nationale ». Il est aussi possible de dégager le principe de conventions internationales par la cristallisation de la jurisprudence antérieure<sup>1314</sup>.

Mais ces processus ne sont pas explicités dans les arrêts, le juge administratif n'ayant pas l'habitude d'exposer toutes les déductions qui motivent ses décisions. La recherche des éléments pris en compte pour dégager les principes généraux du droit doit donc faire face à des écueils. En effet, la décision, le plus souvent, ne présente que des arguments apparents qui masquent la représentation qui a effectivement guidé le juge dans son raisonnement<sup>1315</sup>. De plus, la rédaction des décisions répond aussi au principe de l'*imperatoria brevitatis* qui commande un arrêt bref, sans développements explicatifs et sans opinions individuelles ou

---

<sup>1310</sup> J-M. SAUVÉ, N. POLGE, « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », in *L'Union Européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris : Ed. A. Pedone, 2010, p. 732-733.

<sup>1311</sup> *Ibid.*, p. 732. Cette idée est aussi exposée par le professeur D. LOCHAK qui considère que ces principes « reflètent certaines conceptions politiques et sociales, mêlant des éléments objectifs – la réalité politique et sociale – et subjectifs – l'opinion du juge » (D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1972, p 91).

<sup>1312</sup> Est suivie ici la classification classique proposée par B. JEANNEAU, dans sa thèse *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris : Ed. du Recueil Sirey, 1954, p. 123-141.

<sup>1313</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>1314</sup> Ce dernier processus a été rajouté et théorisé par J-M. MAILLOT dans sa thèse *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 381 et ss.

<sup>1315</sup> F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur » in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1978, p. Le juge administratif veille ainsi à présenter sa décision comme un syllogisme, pour ainsi respecter une certaine idée du rôle du juge qui s'est développée à la suite de la Révolution française, dans le cadre du développement du légicentrisme et du mythe, développé par MONTESQUIEU et véhiculée par la Révolution, que « les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (*De l'esprit des lois* (1748) [intro. V. GOLDSCHMIDT], Tome I, Paris : GF- Flammarion, 1979, Livre XI, Chapitre VI, p. 301).

séparées. Cette concision implique la nécessaire analyse de la part de non-dit pour « distinguer la motivation explicite, celle qui tient de fondement à la décision rendue, de la motivation implicite, qui renvoie au cheminement parcouru par le juge dans le processus que constitue l'acte de juger »<sup>1316</sup>. L'analyse de l'environnement jurisprudentiel permet de retrouver, en filigrane, un certain appel au passé parmi les sources mobilisées par le juge pour dégager et consacrer les principes généraux du droit.

### *(B) Le recours au passé dans les principes se rattachant à la philosophie politique*

Le recours au passé est mobilisé par le juge, souvent de façon implicite, comme un élément de définition et de légitimation de ces principes. Il est toutefois difficile d'établir une liste exhaustive de tous les principes généraux du droit et de leurs sources. Certains auteurs ont tenté d'établir une typologie. À la suite du président ODENT, le président GENEVOIS distingue deux grandes catégories des principes : les principes se rattachant à la philosophie politique et ceux qui se bornent à poser des règles de technique juridique destinées à assurer le respect des personnes<sup>1317</sup>. Ce sont, avant tout, les principes appartenant à la première catégorie qui intéressent cette étude, car ce sont eux qui se rattachent le plus à des éléments du passé pour leur définition et leur légitimation.

Chronologiquement, les principes se rattachant à la philosophie politique ont été les premiers à être dégagés par le juge, en faisant référence à la tradition libérale. Il s'agit, surtout, des différentes manifestations du principe d'égalité, des libertés individuelles et des droits de la défense<sup>1318</sup>. Dans le contexte de la Libération, ces principes furent présentés comme trouvant leur origine dans une « conscience nationale »<sup>1319</sup> qui servait de source d'inspiration pour le juge. Cette origine est reprise dans les manuels de droit administratif. Par exemple le manuel de J. PETIT et P.L. FRIER, définit les principes généraux du droit comme « des normes jurisprudentielles créées par le juge – administratif le plus souvent mais aussi le cas échéant par la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel – à partir des **conceptions**

---

<sup>1316</sup> F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2013, p. 47.

<sup>1317</sup> B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, § 110.

<sup>1318</sup> Dans ses conclusions sous l'arrêt *Société du journal « L'Aurore »*, M. LETOURNEUR définit ainsi les principes généraux : « des principes fondamentaux qui, fruits d'une longue évolution, visent à assurer la dignité de la personne, la liberté et l'égalité des citoyens » (M. LETOURNEUR, « Conclusions sur CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »* », *Gaz. Pal.* 1948, 2, p. 7 ).

<sup>1319</sup> B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 136. Ainsi, pour le juge, les déclarations de droit traduisent un certain état de la conscience collective.

**idéologiques de la conscience nationale** et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs »<sup>1320</sup>. G. BRAIBANT et le président B. STIRN situent la source de ces principes plus largement dans la tradition, en les qualifiant de « principes traditionnels de l'idéologie libérale »<sup>1321</sup> suivant ainsi la formule déjà employée par B. JEANNEAU selon laquelle les principes généraux du droit sont « des règles fondamentales non écrites dégagées par le juge **de toute une tradition juridique** et s'imposant aux autorités administratives »<sup>1322</sup>. Le juge aurait alors le rôle de « définir et maintenir une idéologie nationale, et de préserver, en en imposant le respect, les assises éthiques de l'unité de l'État »<sup>1323</sup>. L'ancrage dans une certaine conscience collective permet de justifier leur utilisation en absence ou au lieu de normes produites par le Parlement, seul organe habilité à exprimer la volonté générale dans une conception légicentriste et volontariste. Par ces principes, le juge cristallise alors des éléments latents dans le droit existant<sup>1324</sup>.

En dépit du caractère vague et équivoque de la notion de « conscience nationale », il est possible de trouver des indices qui ont pour fonction de traduire cette conscience nationale, qualifiés par une partie de la doctrine de « monuments philosophiques, politiques ou juridiques »<sup>1325</sup>. L'exemple le plus typique est la Déclaration de 1789 sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques. En effet, à cette époque, malgré le fait que la Constitution de 1946 faisait une mention expresse à ce texte dans son préambule, sa place dans la hiérarchie des normes et son invocabilité directe faisaient l'objet de débats<sup>1326</sup>. La Déclaration servait alors au juge comme source d'inspiration pour dégager des principes généraux. Par exemple, l'égalité des contribuables devant les charges publiques, consacrée par l'article 13 de la Déclaration de

<sup>1320</sup> P-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 108, § 155 [souligné par nous].

<sup>1321</sup> G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Paris : Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Amphi, 7<sup>e</sup> éd., 2005, p. 35.

<sup>1322</sup> B. JEANNEAU, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, n° 33, 1981-1982, p. 46 [souligné par nous].

<sup>1323</sup> J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op. cit.*, p.23.

<sup>1324</sup> S. HUBAC et J-E. SCHOETTL, « Chronique sous CE Ass., 11 juillet 1984, *Subrini* », *AJDA*, 1984, p. 543

<sup>1325</sup> B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 138.

<sup>1326</sup> Même sous la V<sup>e</sup> République, le Conseil d'État a continué à faire mention de PGD qui trouvaient leur source dans les textes repris par le Préambule de la nouvelle Constitution : « Considérant, d'autre part, qu'en ce qui concerne les conditions d'exercice de l'activité professionnelle des viticulteurs dont les franchises ont été supprimés par les dispositions attaquées, celles-ci n'ont apporté à aucun des autres principes généraux du droit garantis notamment par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, une atteinte de nature à entacher d'illégalité les dispositions dont s'agit » (CE, 28 octobre 1960, *De Laboulaye, Leb.*, p. 570 ; dans le même sens CE, 1<sup>er</sup> juin 1962, *Syndicat chrétien de l'Administration pénitentiaire, Leb.*, p. 365). Pour un exemple plus récent : CE Ass., 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail*, n° 105471, *Leb.*, p. 356, dans lequel le Conseil d'État considère « qu'aucun principe général du droit, et notamment le principe de protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 [...] ».



1789, était qualifiée par le commissaire du gouvernement CHENOT dans l'affaire *Guieysse* comme un « de ces principes fondamentaux de notre organisation politique qui, sans être inscrits dans aucun texte, ont pénétré depuis 150 ans toutes nos institutions et ont dominé notre législation »<sup>1327</sup>. À la Déclaration de 1789 s'est uni, à partir de 1946, le préambule de la Constitution comme source médiate de principes<sup>1328</sup>.

Entre ces deux « monuments », un ensemble de règles écrites s'est développé, enrichissant et complétant les acquis révolutionnaires<sup>1329</sup>. Certains principes généraux du droit sont ainsi dérivés des grandes lois libérales de la III<sup>e</sup> République, ce qui les rapproche, dans leur contenu, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>1330</sup>. Malgré le fait que le juge considère que ces principes s'appliquent même en l'absence de texte, il les rattache explicitement à ces grandes lois qui sont alors considérées comme leur source. C'est le cas, notamment, de la liberté d'enseignement, qualifiée de « principe général » et rattachée à la fois à la loi Falloux du 15 mars 1850, à la loi du 12 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur, à la loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement public et à la loi du 25 juillet 1919 sur l'enseignement technique<sup>1331</sup>.

Le rattachement à la conscience nationale peut aussi prendre des formes plus vagues. Certains principes peuvent ainsi trouver leur fondement non pas dans une norme précise de la Déclaration, du préambule ou de l'ensemble des grandes lois libérales de la III<sup>e</sup> République, mais dans le patrimoine constitutionnel, dans le droit public au sens large. Le commissaire BERNARD, dans les conclusions sous l'arrêt *Ville de Strasbourg*, affirmait, par exemple, sur le principe d'égalité au regard de l'accès aux emplois et fonctions publics, qu'« il est superflu de rappeler qu'il est l'un des principes de base de notre droit public »<sup>1332</sup>. De même, le commissaire du gouvernement LABETOULLE soulignait que « l'affirmation d'un nouveau principe général du droit est moins la création ex nihilo d'une règle vraiment nouvelle que la

---

<sup>1327</sup> B. CHENOT, « Conclusions sur CE, 4 février 1944, *Guieysse* », *RDP*, 1944, p. 166. Dans la décision, le Conseil se réfère au « principe de devant l'impôt ».

<sup>1328</sup> Ainsi le souligne le commissaire FOURNIER dans ses conclusions sous l'arrêt du 26 juin 1959, *Syndicat général des Ingénieurs Conseils* : « La plupart de ces principes sont posés par la déclaration des droits de 1789 ou par le Préambule de la Constitution de 1946. Ceux qui n'y sont pas mentionnés expressément, tels la non-rétroactivité ou le droit de contestation, sont la conséquence indispensable des premiers » (*RDP*, p. 1004). Le Conseil d'État considère alors explicitement dans sa jurisprudence : « Que les dispositions critiquées ne violent aucune disposition législative ni les principes généraux du droit tels qu'ils résultent notamment du Préambule de la Constitution » (CE, 25 janvier 1957, *Syndicat général des fonctionnaires malgaches*, n° 14666. *Leb.*, p. 65).

<sup>1329</sup> R. CASSIN, « Introduction », *EDCE*, n°1, 1947, p. 10.

<sup>1330</sup> Sur ce point v. *infra* le § 2 de cette même section.

<sup>1331</sup> CE Ass., 7 janvier 1942, *UNAPEL*, *Leb.*, p. 2.

<sup>1332</sup> M. BERNARD, « Conclusions sur CE, 11 mars 1960, *Ville de Strasbourg* », *Droit Social*, 1960, n° 7-8, p. 416,

reconnaissance et la consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée, mais néanmoins sous-jacente »<sup>1333</sup>. Les principes sont alors implicites ; le juge, par un travail qui laisse une grande marge à la création, les dégage en s'appuyant sur des sources implicites, sur des éléments déjà existants qui reposent sur un large consensus<sup>1334</sup>. Cette importance donnée à la continuité et à la permanence des règles explique aussi le refus de consacrer certains principes qui sont considérés comme étrangers à la tradition juridique française<sup>1335</sup>. C'est notamment le cas du principe de confiance légitime<sup>1336</sup>.

Le fondement lié à des normes sous-jacentes n'est pas pour autant une condition suffisante pour que le juge décide de consacrer un principe. En effet, si l'ancrage dans la tradition législative ou constitutionnelle offre un fondement légitime qui permet un consensus, il faut aussi que ce principe s'insère dans la tradition et la politique jurisprudentielle du juge administratif, et plus précisément du Conseil d'État<sup>1337</sup>. C'est ainsi que le professeur P. DE MONTALIVET considère qu'il existe deux sources principales pour les principes généraux du droit : d'un côté, les déclarations et, en général, les normes auxquelles renvoie le préambule de la Constitution et, de l'autre côté, la jurisprudence<sup>1338</sup>. Cette nécessité d'être en accord avec les tendances de la jurisprudence administrative a été soulignée par le commissaire du gouvernement M. BERNARD dans une affaire qui touchait au problème du reclassement des fonctionnaires de l'Assemblée de l'Union française. Par rapport à l'argument présenté par le syndicat requérant selon lequel le droit à la réintégration était un principe général du droit, le commissaire considéra, dans ses conclusions, qu'il existait une série de textes et de précédents remontant à l'époque révolutionnaire, qu'il jugea « impressionnante »<sup>1339</sup>. Il conclut cependant

---

<sup>1333</sup> D. LABETOULLE, « Conclusions sur CE Sect, 27 octobre 1978, *Debout* », *Leb.*, p. 395.

<sup>1334</sup> B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit, op. cit.*, p. 331.

<sup>1335</sup> P. WACHSMANN, « La jurisprudence administrative » in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome I, Paris : Dalloz, Coll. Traités Dalloz, 2011, p. 581.

<sup>1336</sup> En effet, ce n'est qu'au bout d'une longue évolution que le Conseil d'État décida de consacrer non pas ce principe, mais un équivalent considéré plus proche de la tradition administrative : celui de sécurité juridique (CE Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n° 288460, *Leb.*, p. 154). En effet, cette même année le Conseil dédia son rapport public à l'étude de ce principe qui « a inspiré de nombreuses exigences du Conseil d'État, exprimées tant dans le cadre de ses attributions consultatives que juridictionnelles » (CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE* n° 57, Paris : La Documentation française, 2006, p. 291).

<sup>1337</sup> Par exemple, dans les conclusions sur une série d'arrêts dans le cadre du contentieux de l'épuration, le commissaire du gouvernement ODENT considéra que le Conseil d'État avait « transposé dans le domaine de l'épuration administrative les principes fondamentaux que les efforts conjugués de la loi et de la jurisprudence tant administrative que contentieuse ont dégagés dans le droit disciplinaire de la fonction publique » (R. ODENT, « Conclusions sur CE, 5 avril 1946, *Dupeyroux, Dames Coulon, Brunet et Bianquis* », S. III. P. 1946 ; *EDCE* n°1 1947, p. 56).

<sup>1338</sup> P. De MONTALIVET, « Principes généraux du droit », *op.cit.*, § 35 et ss.

<sup>1339</sup> En effet, le Commissaire souligna l'ancrage dans la tradition constitutionnelle du droit de restitution des fonctionnaires parlementaires : « Malgré les nombreux changements de Constitution qu'a connus notre pays,

qu'« il n' [était] pas sûr qu'il en résulte un principe général obligatoire en l'absence de texte. En tout cas, [la] jurisprudence ne l' [avait] pas admis jusqu'à présent »<sup>1340</sup>. Malgré le fort ancrage dans la législation républicaine, le manque de reconnaissance des composantes du principe par la jurisprudence du Conseil empêcha sa consécration en tant que principe général du droit. Le principe doit donc être en accord avec les tendances générales de la jurisprudence, mais cela n'exclut pas une évolution, tant des principes que de la jurisprudence elle-même.

### *(C) L'ancrage dans le passé des nouveaux principes généraux du droit*

Au fur et à mesure que les références aux principes généraux du droit se sont multipliées, leur domaine d'application ainsi que leurs sources d'inspiration se sont diversifiés. De même, leur rôle a subi des mutations. Le développement d'un contrôle de constitutionnalité, l'affirmation sans équivoque de la portée normative de toutes les dispositions de la Constitution, y compris les éléments auxquels le préambule fait référence, et la consécration de principes de rang constitutionnel par le Conseil constitutionnel auraient pu conduire à un abandon de la « théorie » des principes généraux du droit. Néanmoins, le développement de la justice constitutionnelle et les influences des droits communautaire et conventionnel ont plutôt mené le juge administratif à une réorientation de sa « théorie » vers de nouveaux secteurs<sup>1341</sup>.

De nombreux principes sont alors dégagés à partir de la transposition de normes de droit privé ou sont inspirés par le droit de l'Union européenne ou de la CEDH<sup>1342</sup>. Malgré leur

---

jamais un changement de Constitution n'aurait abouti au licenciement du personnel des Assemblées parlementaires. En l'an VIII, le Tribunat et le Corps législatif ont conservé à leur service le personnel du Conseil des anciens et du Conseil des Cinq Cents. En 1814, le personnel du Sénat et du Corps législatif passa au Service de la Chambre de Paris et de la Chambre des Députés. En 1871, l'Assemblée nationale maintint à son service le « cadre ordinaire » des employés du Corps législatif. En 1942, le personnel des Chambres de la III<sup>e</sup> République a eu le choix entre le classement avec maintien de son statut dans les administrations publiques et l'admission à la retraite. En 1956, les 127 agents du personnel de l'Assemblée algérienne dissoute furent intégrés dans les cadres du Gouvernement général de l'Algérie, à l'exception de cinq d'entre eux maintenus en fonction pour assurer la liquidation de l'Assemblée. Enfin, lorsque la V<sup>e</sup> République a succédé à la IV<sup>e</sup> République et bien que juridiquement il n'y ait pas d'identité ni de continuité entre les assemblées des deux régimes, les personnels de l'Assemblée nationale, du Conseil de la République et du Conseil économique sont restés en fonction. Seul celui de l'Assemblée de l'Union française a été licencié » (M. BERNARD, « Conclusions sur CE Ass., 4 novembre 1960, *Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union française* », *Leb.*, p. 596).

<sup>1340</sup> *Loc. cit.*

<sup>1341</sup> J-M. MAILLOT, « La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité », *op. cit.*, p. 20. V. aussi sur ce point F. MODERNE, « Principes fondamentaux, principes généraux. Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, n° 4, 1998, p. 518.

<sup>1342</sup> C'est le cas notamment du principe de sécurité juridique, consacré par le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée *KPMG* et qui reprend un principe dégagée à la fois par les jurisprudences communautaire,

qualification de *généraux*, la spécialisation et leur caractère de plus en plus technique font de ces principes plus l'expression de règles qui s'inspirent d'un ordre juridique diversifié que le fruit d'une conscience nationale prenant un ancrage dans une tradition républicaine ou libérale. En effet, l'on peut considérer que les principes généraux du droit « expriment l'image que se fait le juge administratif de l'ordre juridique français »<sup>1343</sup>. Or, cet ordre juridique est de plus en plus marqué par la spécialisation et l'internationalisation que par l'affirmation des grands principes républicains<sup>1344</sup>.

Toutefois, il est possible de constater que les nouveaux principes consacrés à partir des années 1970, malgré leur caractère spécialisé, traduisent une conception évolutive et dynamique de la tradition républicaine<sup>1345</sup> en intégrant, par exemple, les acquis sociaux<sup>1346</sup> ou bien encore les droits fondamentaux. C'est le cas notamment du principe de dignité de la personne humaine.

Le juge administratif, dans la série d'arrêts rendus à la suite de l'avis de l'Assemblée du Conseil d'État *Hoffman Glemane*, a considéré que la tradition républicaine est à la source du principe de dignité de la personne humaine<sup>1347</sup>. Dans l'examen du préjudice causé par les actions de l'État français, le Conseil d'État considéra que les actions antisémites menées par l'État français étaient « en rupture absolue avec les valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrée par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et par la tradition républicaine »<sup>1348</sup>. Ce même considérant fut repris dans une abondante jurisprudence des Cours administratives d'appel dans l'application concrète de cet avis<sup>1349</sup>. La

---

conventionnelle et judiciaire, pour l'appliquer au droit administratif (CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, précité).

<sup>1343</sup> P. WACHSMANN, « La jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 580.

<sup>1344</sup> Ainsi le souligne la commissaire du gouvernement MAUGÜÉ dans ses conclusions sous l'arrêt *Union nationale CGT des affaires sociales et autres* : « Sans doute n'est-il pas usuel que vous dégagiez un principe général du droit et l'époque au cours de laquelle ont été dégagés les grands principes qui doivent guider l'action administrative est-elle révolue. Néanmoins la créativité du juge administratif ne s'est pas pour autant éteinte en ce domaine et les principes dégagés depuis quinze ans ont été nombreux. La différence essentielle est que les principes que vous consacrez dorénavant sont plus spécialisés » (C. MAGÜÉ, « Conclusions sur CE, 9 octobre 1996, *Union nationale CGT des affaires sociales et autres* », *RDP* 1997, p. 896).

<sup>1345</sup> B. STIRN, « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 218.

<sup>1346</sup> Par exemple le « principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1<sup>er</sup> du code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf sans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics » (CE Ass., 8 juin 1972, *Dame Peynet*, n° 80232, *Leb.*, p. 407)

<sup>1347</sup> Dans une décision de 1995, le Conseil d'État avait déjà souligné que la dignité humaine était une composante de l'ordre public (CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-orge*, *Leb.*, p. 271).

<sup>1348</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Gleman*, précité [souligné par nous].

<sup>1349</sup> V. par exemple, les arrêts de la CAA de Paris du 26 mai 2011, n° 10PA01793 à 10PA01800, précités.

tradition républicaine est alors une des sources du principe de dignité humaine qui, malgré deux tentatives de réforme, n'apparaît pas expressément dans le texte constitutionnel<sup>1350</sup>.

Cette origine du principe dans la tradition républicaine n'est cependant pas partagée par le Conseil constitutionnel. Consacrant pour la première fois la dignité humaine comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, dans la décision *Lois de bioéthique*, considéra que le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ressort de la première phrase du préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle « 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 »<sup>1351</sup>. Néanmoins, il est possible de faire un lien entre les deux sources dégagées par la jurisprudence comme fondement du principe de dignité. Le Préambule de la Constitution de 1946, repris par le Préambule de la Constitution de 1958, peut être considéré comme faisant partie de la « tradition républicaine », si nous reprenons la définition proposée selon laquelle cette tradition fait référence à l'ensemble de valeurs et pratiques républicaines qui peuvent être implicites ou explicitement consacrées par des textes, mais qui se maintiennent au delà des changements de gouvernement ou de régime<sup>1352</sup> : le Préambule de 1946 est un exemple explicite de maintien d'un texte au-delà du changement de République.

La limite entre les principes généraux du droit, les principes constitutionnels et les normes constitutionnelles est ainsi très floue. Des points de convergence peuvent être trouvés, en particulier, entre les principes généraux du droit consacrés par le juge administratif et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels font référence les Préambules de la Constitution de 1946 et de 1958.

---

<sup>1350</sup> En effet, le Comité Vedel proposait une nouvelle rédaction de l'article 66 de la Constitution rajoutant un second alinéa qui prévoyait que « chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne » (G. VEDEL (prés.), *Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution*, JO du 16 février 1993, p. 2548). Quinze ans plus tard, le Comité Veil proposait de son côté une nouvelle rédaction de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution pour ajouter que la République « reconnaît l'égalité de dignité de chacun » (S. VEIL (prés.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport du Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution*, Paris : La documentation française, Coll. Les rapports officiels, 2008, p. 96).

<sup>1351</sup> CC n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec., p. 100, JO du 29 juillet 1994, p. 11024, consid. 2. Cette considération se maintient dans la jurisprudence postérieure, v., à titre d'exemple, CC n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres*, Rec. p. 478, JO du 1<sup>er</sup> octobre 2011 p. 16527, consid. 4.

<sup>1352</sup> C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, op. cit., p. 21.

## **§ 2. *L'ancrage républicain des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République***

Le préambule de la Constitution de 1946 a introduit une nouvelle catégorie de normes avec le renvoi aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (PFRLR). Fruit d'un compromis délicat lors de la rédaction de la Constitution 1946, cette catégorie est néanmoins considérée comme un hommage à l'œuvre libérale du législateur de la III<sup>e</sup> République. Elle est ainsi présentée comme un trait d'union entre les principes révolutionnaires contenus dans la Déclaration de 1789 et les nouveaux principes dégagés par cette Constitution, une façon de symboliser, encore une fois, la continuité des valeurs républicaines par delà les changements institutionnels (I).

Le contenu de cette catégorie a été défini par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, une fois reconnue la valeur normative du Préambule et des normes auxquelles il fait référence, la catégorie ouverte des PFRLR devenait un outil pour que le Conseil consacre des nouvelles normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité<sup>1353</sup>. Toutefois, cette activité, si elle démontre un certain pouvoir créateur du juge, n'est pas pour autant arbitraire. Le respect de certains critères est nécessaire pour l'utilisation des PFRLR. Ces critères se dégagent, notamment, de la dénomination de la catégorie en elle-même : il s'agit donc de principes, à caractère fondamental et qui ont été reconnus par la législation républicaine. En particulier, la composante « reconnus par les lois de la République » nécessite d'un regard tourné vers le passé, d'une référence à l'histoire républicaine française pour déterminer non seulement si le principe découle d'une source républicaine, mais aussi pour savoir si cette source, en soi, peut être qualifiée de républicaine. Cependant, cet ancrage dans le passé républicain n'est pas systématiquement explicité par la jurisprudence, il faut souvent l'induire, en filigrane, de la décision et de son environnement jurisprudentiel (II). Face à ce flou, il est donc possible de s'interroger sur la possibilité d'élargir les sources de ce passé républicain afin d'introduire de nouveaux principes. Cette réflexion mobilise, encore une fois, des références au passé, afin d'argumenter le caractère républicain de certaines sources potentielles de PFRLR (III).

---

<sup>1353</sup> Cette activité de consécration de nouvelles normes de référence peut être analysée comme une *création* du juge ou comme une *découverte* de principes préexistants, en fonction de la représentation que l'on peut se faire sur l'office du juge, dépendant elle-même de la conception du droit adoptée.

## (I) Genèse et fonction des PFRLR dans le préambule de 1946 : un pont entre les principes révolutionnaires et les idéaux sociaux de l'après-guerre

Après le rejet du projet de Constitution du 19 avril 1946, la nouvelle Assemblée constituante essaya de trouver un compromis entre les différents partis qui la composaient. L'idée d'une nouvelle déclaration des droits fut rejetée au profit d'un simple préambule qui réaffirmerait le lien avec les principes révolutionnaires tout en proclamant de nouveaux droits. En effet, un consensus apparut rapidement sur l'idée de se référer directement, sans la modifier, à la Déclaration de 1789, tout en lui adjoignant les principes nouveaux nécessaires à une époque marquée par le développement du socialisme et du mouvement de pensée de la Résistance. Néanmoins, les constituants souhaitaient aussi rendre hommage aux périodes qui s'étaient écoulées entre la Révolution et le temps présent. C'est ainsi que l'idée de faire référence aux principes dégagés par la législation républicaine apparut.

Le projet de Préambule présenté par le député P. COSTE FLORET réaffirmait, dans un premier alinéa, que le Peuple français « affirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par les lois de la République »<sup>1354</sup>. Cette formule vague fut critiquée lors des discussions, notamment par la difficulté d'identifier quelles seraient les lois constitutionnalisées parmi l'abondante législation léguée par le passé républicain<sup>1355</sup>. Elle fut ainsi rejetée. Lors de la séance du 23 août 1946 de la commission, le député L. DE TINGUY DU POUËT déposa un amendement qui visait à intégrer dans l'introduction du préambule une mention aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Cet amendement fut rejeté en commission. Il fut cependant repris par le groupe MRP en séance plénière. Pour défendre cet amendement face aux critiques qui voyaient dans cette injonction vague un moyen détourné pour le MRP de constitutionnaliser la liberté d'enseignement, qui avait fait l'objet d'âpres débats lors de la première assemblée constituante<sup>1356</sup>, M. GUÉRIN

---

<sup>1354</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, *Séances de la Commission de la constitution : comptes rendus analytiques imprimés en exécution de la résolution votée par l'Assemblée, le 2 octobre 1946*, tome II, p. 285.

<sup>1355</sup> G. CONAC, « Le préambule de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu » in G. CONAC, X. PRÉTOT, et G. TEBOUL (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 16.

<sup>1356</sup> L'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931 dispose *in limine* que « sous réserve du maintien de la liberté d'enseignement qui est un des principes fondamentaux de la République [...] ». L'expression « principe fondamental reconnu par les lois de la République » peut être liée à la formulation employée par le législateur républicain en 1931, et l'emploi de cette expression impliquerait d'admettre la valeur constitutionnelle du

expliqua « qu'en proposant cet amendement le MRP ne cherche à piéger personne. Et après avoir cherché à démontrer que de 1789 à 1946 par-delà les aléas de l'histoire s'était forgée toute une tradition républicaine politique économique et sociale, il invite l'Assemblée nationale à voter l'amendement pour faire œuvre d'unité républicaine »<sup>1357</sup>. Cet amendement fut finalement accepté et la formule « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » apparut dans l'introduction du Préambule constitutionnel. Le caractère vague de la formule finalement adoptée par le constituant était ainsi une condition nécessaire pour arriver à un compromis politique<sup>1358</sup>.

Les PFRLR ont donc été présentés et justifiés par les constituants et par la doctrine comme un pont entre 1789 et 1946, dont la fonction est de « servir d'ossature à la continuité constitutionnelle »<sup>1359</sup>, ce qui est souligné par les références constantes à la « tradition républicaine » et aux « valeurs républicaines » dans la jurisprudence qui consacre ces principes.

Le contenu et les contours de cette catégorie introduite par le Préambule de 1946 ne sont pas aisément identifiables. La doctrine et la jurisprudence doivent donc répondre à la triple question soulevée par J.RIVERO dès 1971 « quelle République ? quelles lois ? quels

---

principe de la liberté d'enseignement. Cette interprétation fut confirmée par le Conseil constitutionnel qui qualifia la liberté d'enseignement de PFRLR en prenant cette loi comme source, dans sa décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec., p. 42, JO du 25 novembre 1977 p. 5530, consid. 2 et 3. Néanmoins, la seule mention par le législateur de l'expression « principe fondamental reconnu par les lois de la République » n'équivaut pas pour autant à la constitutionnalisation du principe ainsi consacré. Par exemple, par loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* (JO du 25 juillet 2006 p. 11047), le législateur modifia l'article L. 411-5 du CESEDA en ajoutant comme cause de refus du regroupement familial que « le demandeur ne se conform[ait] pas aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Selon le Conseil constitutionnel, cette expression n'était pas équivalente à celle utilisée dans le de 1946 : « par ailleurs, qu'il ressort des travaux parlementaires qu'en prévoyant que le regroupement familial pourra être refusé au demandeur qui ne se conforme pas aux " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", le législateur a entendu se référer aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil » (CC n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, Rec., p. 79, JO du 25 juillet 2006 p. 11066, consid. 20).

<sup>1357</sup> *Loc. cit.*

<sup>1358</sup> Comme l'explique le professeur D. ROUSSEAU : « Il fallait donc, pour que l'entente se fasse et tienne, que l'incertitude soit maintenue sur le contenu précis de la catégorie PFRLR et qu'aucun exemple, encore moins une liste, n'accompagne son énoncé » (D. ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *Revue administrative*, n° 296, 1997, p. 161).

<sup>1359</sup> L. FAVOREU, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français, op. cit.*, p. 239.



principes ? »<sup>1360</sup>. L'accent est ici mis sur la première interrogation, car c'est elle qui pose la question du rapport au passé, à l'histoire républicaine française.

Quelle est donc cette République ? Pour J. RIVERO, faisant référence à l'intention des constituants, la réponse semblait relativement aisée : « la République, pour le constituant de 1946, c'est celle qui a immédiatement précédé celle qu'il a mission de fonder, c'est la Troisième ». Toutefois, il s'interrogea sur l'opportunité d'introduire la législation des autres régimes républicains qu'a connu la France. Il serait alors possible d'adopter une définition large de République et de considérer qu'elle se définit négativement comme n'étant ni la monarchie, ni l'empire<sup>1361</sup>. Mais, là encore, la définition n'est pas facile puisque l'histoire constitutionnelle française ne permet pas de cerner facilement le début et la fin des périodes républicaines<sup>1362</sup>. De même, si l'intention des constituants de 1946 était de faire un lien entre les principes de 1789 et ceux nécessaires à notre temps, force est de constater qu'entre ces deux dates de nombreuses périodes non-républicaines ce sont intercalées. C'est donc au juge de déterminer, de façon casuistique, les contours de cette nouvelle catégorie.

La tâche de consacrer les PFRLR a été principalement assumée par le juge constitutionnel qui trouva, dans cette nouvelle catégorie, un outil très efficace pour développer son contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que, dans la décision fondatrice de 1971 *Liberté d'association* dans laquelle le Conseil consacra de façon explicite la valeur du Préambule comme norme de référence de son contrôle, la norme dégagée fut précisément un PFRLR : la liberté d'association. Dans le corps de la décision, le juge constitutionnel ne développa pas pour autant les éléments qui permettraient de considérer la liberté d'association comme un PFRLR. En effet, il se limita à constater « qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la

---

<sup>1360</sup> J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? » in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris et Aix en Provence : Economica / PUAM, Coll. Droit public positif, 1984, p. 144 [reproduction de la chronique publiée au *Recueil Dalloz*, 1972, p. 265].

<sup>1361</sup> M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République ? (1<sup>re</sup> partie) », *LPA*, n° 84, 1993, p. 12.

<sup>1362</sup> Ainsi J. RIVERO continue son explication sur la difficulté de cerner les PFRLR comme catégorie : « N'y a-t-il pas, en France, une continuité républicaine qui, par le relais de 1848, unit 1792 à 1875 ? Et dans ce cas, les lois de la République, ne sont-elles pas celles de la Première, s'il en reste en vigueur, et celles de la Seconde ? La question n'est pas simple jeu. [...] Et l'on peut ergoter encore : car enfin, même si l'on s'en tient à la Troisième, quand commence-t-elle ? Le 4 septembre 1870, au balcon de l'Hôtel de Ville de Paris ? Le jour du vote de l'amendement Wallon ? A l'entrée en vigueur des lois constitutionnelles de 1875 ? Ou seulement lorsque les républicains la conquièrent, après l'effacement de Mac-Mahon ? Les lois votées par l'Assemblée de 1871, monarchiste et catholique sont-elles de vraies « lois de la République », ou bien faut-il réserver cette dignité aux seules lois votées par d'authentiques républicains ? » (J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *op. cit.*, pp. 144-145).

Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association »<sup>1363</sup>. Toutefois, et en suivant la même approche suivie pour la jurisprudence administrative, il est possible de trouver des éléments de définition dans l'environnement jurisprudentiel des décisions. Sur ce plan, l'étude des délibérations, rendues publiques pour les décisions datant de plus de vingt-cinq ans<sup>1364</sup>, permet de retracer le raisonnement suivi par le juge constitutionnel lors de ses premières décisions.

De l'examen de ces délibérations, il est possible de constater que le juge se livre en amont à une recherche dans le passé législatif afin, non seulement de dégager un principe ayant comme source une loi républicaine, mais aussi pour savoir si ce dernier a été maintenu jusqu'à nos jours. En effet, la *continuité républicaine* est considérée par le Conseil comme un élément de la définition d'un PFRLR<sup>1365</sup>. Par exemple, lors de l'examen de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse (IVG), la question des éléments de définition des PFRLR fut discutée par les conseillers. En particulier, ils analysèrent si l'interdiction de l'avortement pouvait être considérée comme un PFRLR, puisqu'une telle interdiction était prévue depuis le Code pénal de 1810. Se posait alors la question de savoir quelles « lois de la République » pouvaient donner naissance à un principe de valeur constitutionnelle. Le rapporteur, F. GOGUEL, soutenait une interprétation stricte, argumentant que la loi qui servait de support au principe devait dater d'une période républicaine<sup>1366</sup>. D'autres conseillers, en revanche, prônaient une lecture plus large pour ainsi inclure « les principes antérieurs que la République a fait sienne »<sup>1367</sup> ou les principes qui pouvaient « s'insérer dans une certaine philosophie de la République »<sup>1368</sup>. Pour eux, ce n'était pas *l'origine* des principes qui devait être républicaine, mais leur permanence et leur application continue. Finalement, le Conseil

---

<sup>1363</sup> CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, JO du 18 juillet 1971, p. 7114, consid. 2.

<sup>1364</sup> Article 1er de la loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 *relative aux archives du Conseil constitutionnel* qui réforme l'article 58 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

<sup>1365</sup> V. M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République » in J. LORNIER (coord.), *Justice et République(s)*, Paris : Ester éd., Coll. l'espace juridique, 1993, p. 287.

<sup>1366</sup> Il considérait ainsi qu' « il n'est pas douteux que la République a, pendant de longues années, conservé une telle interdiction dans les lois qu'elle appliquait. Mais cette interdiction était bien antérieure à l'établissement de la République – elle date du code pénal de 1810 – et je considère pour ma part que les “principes fondamentaux” visés dans le Préambule de 1946 sont ceux des lois établies par la République » (Séance du 14 janvier 1975, Décision n° 74-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse* in B. MATHIEU et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Grandes délibérations, 2009, p. 270).

<sup>1367</sup> Intervention de P. COSTE-FLORET (*Ibid.*, p. 278).

<sup>1368</sup> Intervention de R. BROUILLET (*Ibid.*, p. 279).

décida de ne pas se prononcer explicitement sur le fait de savoir si la protection à la vie était oui ou non un PFRLR<sup>1369</sup>.

Les dangers potentiels du nouvel instrument, qui permettait une ouverture des normes de référence du contrôle constitutionnalité<sup>1370</sup>, motiva la recherche d'une définition plus stricte aux PFRLR pour ainsi éviter tout reproche de subjectivisme. Ce furent notamment les rapports du doyen VEDEL dans les délibérations *Sécurité et Liberté*<sup>1371</sup> et *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*<sup>1372</sup> qui dessinèrent, dans un premier temps, les conditions pour la reconnaissance de ces principes : « Il faut que ces principes soient fondamentaux dans l'ordre politique et social et aient été la base de lois républicaines antérieures à 1946 et [...] d'une part, le Conseil ne doit pas disposer d'autres arguments plus proches des textes constitutionnels [...] d'autre part, il faut que le législateur ait le sentiment que la loi adoptée possède un caractère immuable »<sup>1373</sup>. Ces conditions furent systématisées dans la décision n° 88-244 DC<sup>1374</sup> et reprises par la jurisprudence postérieure et par la doctrine institutionnelle. Pour dégager un PFRLR il faut donc, comme son nom l'indique que le principe soit *fondamental*, qu'il contienne une norme suffisamment importante<sup>1375</sup>, avec un degré considérable de généralité<sup>1376</sup>. Il faut aussi, qu'il trouve un

---

<sup>1369</sup> CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec., p. 19, JO du 16 janvier 1975, p. 671.

<sup>1370</sup> Le rapporteur GOGUEL mettait ainsi en garde contre une utilisation trop laxiste des PFRLR qui, combinée à l'ouverture de la saisine parlementaire intervenue par la révision constitutionnelle de 1974, pouvait donner une arme redoutable aux parlementaires contre une législation progressiste. Ainsi il déclarait « Il sera désormais facile à soixante parlementaires de déférer des lois au Conseil et d'invoquer la contrariété avec un PFRLR ; il faut donc se montrer très prudent dans la définition de ceux-ci au risque de bloquer toute évolution législative » (Séance du 14 janvier 1975, Décision n° 74-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse* in B. MATHIEU et al. (dir.), *op. cit.* p. 278).

<sup>1371</sup> CC n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec., p. 15, JO du 22 janvier 1981, p. 308.

<sup>1372</sup> CC n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec., p. 61, JO du 23 octobre 1982, p. 3210.

<sup>1373</sup> A. DUFFY-MEUNIER, O. LE BOT et X. PHILIPPE, « Présentation de la période 1980-1983 » in B. MATHIEU, et al. (dir.), *op. cit.*, p. 335.

<sup>1374</sup> CC n° 88-244 DC, *précitée*, consid. 11 et 12.

<sup>1375</sup> Le Conseil a considéré que le principe selon lequel, en cas d'égalité de suffrages, la « prime majoritaire » ou le dernier siège devrait bénéficier, respectivement, à la liste ayant la moyenne d'âge la plus élevée ou au plus âgé des candidats susceptibles d'être proclamé élu, « ne revêt pas une importance telle qu'elle puisse être regardée comme figurant au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" mentionnés par le premier alinéa de la Constitution de 1946 » (CC n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec., p. 21, JO du 20 janvier 1999, p. 1028, consid. 8). Le CE précise encore plus cette condition en considérant que pour qu'un principe soit reconnu comme PFRLR il faut qu'il « intéresse un domaine essentiel pour la vie de la Nation ». Il a ainsi refusé de considérer comme PFRLR le principe selon lequel l'imposition foncière doit être établie sur des bases nettes (CE, 30 mai 2012, *GFA Fielouse Cardet*, n° 355287, *Leb. T.* p. 960). Toutefois, l'examen de cette condition a irrémédiablement une part de subjectivité inhérente.

<sup>1376</sup> De cette manière, le Conseil constitutionnel refusa de considérer que la loi du 30 juillet 1880 qui disposait simplement qu'« il ne sera plus construit à l'avenir de ponts à péage sur les routes nationales », ait une

ancrage textuel dans une ou plusieurs lois républicaines antérieures à 1946 et qu'il n'ait jamais été dérogé à ce principe par une autre loi républicaine<sup>1377</sup>. Dans la décision 2013-669 DC sur la *loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, le Conseil compléta cette définition en rajoutant des conditions sur le *contenu* des PFRLR. Il considéra que ces principes doivent intéresser les droits et les libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics<sup>1378</sup>. Cette condition peut être cependant liée au caractère fondamental du principe<sup>1379</sup>, ainsi le Conseil exclut les « questions de société » du champ possible des PFRLR<sup>1380</sup>. De même, elle est en relation avec la valeur constitutionnelle de ces principes. Si ces principes ont valeur constitutionnelle, ils doivent alors porter sur une matière constitutionnelle, d'où la référence aux droits et libertés et à l'organisation institutionnelle<sup>1381</sup>.

---

généralité suffisante pour pouvoir déduire un PFRLR de gratuité de la circulation sur ces voies publiques (CC n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, JO du 13 juillet 1979, p. 1824, consid. 3). De même, il considéra que la règle selon laquelle la naissance en France assortie, le cas échéant, de conditions d'âge et de résidence, doit ouvrir droit à la nationalité de manière automatique avait certes été affirmée par le législateur républicain à plusieurs reprises. Toutefois, le législateur n'aait conféré un caractère absolu à cette règle qu'en 1889, or, cette loi avait été adoptée, selon le Conseil « pour répondre notamment aux exigences de la conscription ». Le caractère circonstanciel de la loi républicaine qui sert de fondement au principe empêche donc de le considérer comme un PFRLR (CC n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code la nationalité*, Rec., p. 196, JO du 23 juillet 1993 p. 10391, consid. 18 ; dans le même sens par rapport à l'attribution des prestations familiales indépendamment de toute condition de ressources, CC n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, Rec., p. 320, JO du 23 décembre 1997 p. 1864, consid. 29).

<sup>1377</sup> C'est pourquoi le Conseil a refusé de dégager l'existence d'un PFRLR selon lequel une loi d'amnistie ne peut s'appliquer à des faits intervenus dans le cadre d'un contrat de travail entre deux personnes privées, considérant que « si dans leur très grande majorité les textes pris en matière d'amnistie dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946 ne comportent pas de dispositions concernant, en dehors des incriminations pénales dont il peut être l'occasion, les rapports nés de contrats de travail de droit privé, il n'en demeure pas moins que la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition » (CC n° 88-244 DC, *précitée*, consid. 12). Ainsi, une seule loi contraire peut empêcher la consécration par le Conseil d'un PFRLR. L'approbation des lois, antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution, allant dans un sens contraire fit aussi obstacle à la qualification de la non-rétroactivité en matière contractuelle (CC n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, Rec., p. 41, JO du 5 juillet 1989 p. 882382, consid. 3) ou à la prohibition des jeux d'argent et de hasard (CC n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec., p. 78, JO du 13 mai 2010, p. 8897, consid. 5 à 8) comme PFRLR.

<sup>1378</sup> CC n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe*, Rec., p. (à paraître), JO du 18 mai 2013 p. 8281, consid. 21. V. sur cette précision A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, n° 5, 2013, p. 945-951. Cette nouvelle condition matérielle fut l'objet de multiples critiques de la part de la doctrine qui considéra qu'elle convertissait les PFRLR en un simple instrument de la stratégie politico-jurisprudentielle du Conseil.

<sup>1379</sup> Sur l'analyse de ce critère à la lumière du débat sur la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe et la possibilité d'ériger l'altérité sexuelle du mariage comme PFRLR V. A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013 [en ligne], <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=3185> et L. SPONCHIADO, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFDC*, 2013, n° 96, p. 959-960.

<sup>1380</sup> Pour une critique de cette position v. P. DELVOLVÉ, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, p. 923-926.

<sup>1381</sup> Toutefois, cela pose le problème de la définition du contenu d'une Constitution.

Cependant, cette rigueur dans la définition des PFRLR n'est pas toujours observée par le juge. Notamment, la référence aux « lois de la République » qui servent de source aux principes consacrés par le juge n'est pas systématique, même si l'absence d'inscription dans une loi républicaine est le principal argument mobilisé par le Conseil lorsqu'il refuse de consacrer un PFRLR demandé par les saisissants ou les parties<sup>1382</sup>.

La mobilisation d'éléments historiques nécessaires à la définition de la norme n'est donc pas forcément explicite. Des éléments peuvent toutefois être retrouvés dans les commentaires doctrinaux<sup>1383</sup>, dans les saisines parlementaires et, à partir de l'entrée en vigueur du mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité, dans les arguments des requérants.

## (II) La source républicaine des PFRLR dans la jurisprudence

Depuis la décision fondatrice *Liberté d'association*, le Conseil constitutionnel a relevé onze PFRLR : le respect des droits de la défense<sup>1384</sup>, la liberté individuelle<sup>1385</sup>, la liberté de conscience<sup>1386</sup>, la liberté d'enseignement<sup>1387</sup>, l'indépendance de la juridiction administrative<sup>1388</sup>, la garantie de l'indépendance des professeurs d'université<sup>1389</sup>, la

---

<sup>1382</sup> Par exemple, le Conseil considéra « qu'aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription ; que, dès lors, le grief tiré de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de prescription des poursuites disciplinaires doit être écarté » (CC n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G. [discipline des vétérinaires]*, Rec., p. 555, JO du 3 décembre 2011, p. 20015, consid. 5).

<sup>1383</sup> Il faut toutefois distinguer entre les motivations et les justifications données pour la consécration d'un PFRLR. En effet, si le Conseil constitutionnel ne présente que très rarement de façon explicite le cheminement de son raisonnement intellectuel, la doctrine n'éclaire pas ce cheminement mais plutôt offre une justification de la motivation donnée par la décision. La doctrine n'intervient ainsi qu'*a posteriori* de la décision, et, à l'exception de certains commentateurs – notamment du commentaire publié par la propre institution – ces derniers n'ont pas accès aux délibérations du Conseil (sur ce point v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris et Aix en Provence : Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit Public Positif, 2001, p. 72).

<sup>1384</sup> CC n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, Rec., p. 39, JO du 7 décembre 1976, p. 7052, consid. 2.

<sup>1385</sup> CC n° 76-75, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec., p. 33, JO du 13 janvier 1977, p. 344, consid. 1.

<sup>1386</sup> CC n° 77-87 DC, *précitée*, consid. 4.

<sup>1387</sup> *Ibid.*, consid. 2 et 3.

<sup>1388</sup> CC n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec., p. 46, JO du 24 juillet 1980, p. 1868, consid. 6.

compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation des actes de puissance publique<sup>1390</sup>, la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière privée<sup>1391</sup>, la recherche du relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées<sup>1392</sup> et le maintien de la législation des départements d'Alsace et Moselle tant qu'elle n'est pas remplacée<sup>1393</sup>. Le Conseil d'État, de son côté, s'il avait déjà fait allusion à cette catégorie dans certaines décisions et avis donnés durant la IV<sup>e</sup> République<sup>1394</sup>, il ne dégagait pour la première fois, par lui-même en tant que juge de la constitutionnalité des actes administratifs, un PFRLR qu'en 1996. Il s'agissait de l'impossibilité d'accorder l'extradition lorsqu'elle était demandée dans un but politique<sup>1395</sup>. Depuis, il en a dégagé deux autres : le principe de laïcité<sup>1396</sup> et le principe selon lequel des règles de prescription doivent être prévues en matière disciplinaire<sup>1397</sup>.

Aux décisions et arrêts consacrant et appliquant un PFRLR, il faut ajouter ceux dans lesquels le juge refuse de donner cette qualification à un principe soulevé par une saisine ou une requête<sup>1398</sup>. En effet, l'examen du principe donne lieu à des développements sur son origine ou non républicaine, ainsi que sur sa continuité, ce qui peut mener le juge constitutionnel à prendre en compte des éléments historiques. La définition même de ce que constitue une « loi de la République » peut même motiver le juge à prendre position sur des questions historiques, notamment sur les bornes temporelles des différentes périodes républicaines et sur le caractère de certaines périodes dont le qualificatif de républicain peut être mis en doute.

Seulement cinq des onze PFRLR consacrés par le Conseil constitutionnel trouvent un fondement textuel explicite dans une loi républicaine d'après la décision qui les dégage : la liberté d'association, l'indépendance de la juridiction administrative, la liberté

---

<sup>1389</sup> CC n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec., p. 30, JO du 21 janvier 1984, p. 365, consid. 20.

<sup>1390</sup> CC n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec., p. 8, JO du 25 janvier 1987 p. 924, consid. 15.

<sup>1391</sup> CC n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, Rec., p. 53, JO du 28 juillet 1989, p. 9501, consid. 23.

<sup>1392</sup> CC n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec., p. 204, JO du 10 septembre 2002, p. 14953, consid. 26.

<sup>1393</sup> CC n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Sté SOMODIA*, Rec., p. 430, JO du 6 août 2011 p. 13476, consid. 4.

<sup>1394</sup> Notamment CE Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° 26638, *Leb.*, p. 317, dans lequel il qualifie la liberté d'association de principe fondamental reconnu par les lois de la République.

<sup>1395</sup> CE Ass., 3 juillet 1996, n° 169219, *Koné*, *Leb.*, p. 255.

<sup>1396</sup> CE, 6 avril 2001, *SNES*, n° 219379, 221699 et 221700, *Leb.*, p. 171.

<sup>1397</sup> CE, 21 septembre 2011, *Gourmelon*, n° 350385, *Leb. T.*, p. 1119.

<sup>1398</sup> V. sur ce point N. MERLEY, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2005, p. 621-639.

d'enseignement, la recherche du relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées et le maintien de la législation des départements d'Alsace et Moselle tant qu'elle n'est pas remplacée. L'examen de ces fondements explicites permet de délimiter c'est qu'une « loi républicaine » pour le Conseil constitutionnel et démontre une utilisation d'éléments historiques pour cette qualification (A). Dans les autres cas, si le Conseil ne rattache pas explicitement les principes qu'il dégage dans sa jurisprudence à des lois républicaines, des éléments peuvent être déduits des décisions et des documents institutionnels qui les accompagnent ainsi que de la doctrine. Ici encore, des éléments historiques sont mobilisés, mais de façon plus diffuse, faisant des PFRLR une catégorie à géométrie variable (B).

### (A) *PFRLR à fondement textuel explicite*

Lors de la première décision consacrant un PFRLR<sup>1399</sup>, le Conseil constitutionnel mentionna explicitement une loi républicaine : la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. Nonobstant, la formulation adoptée par le Conseil prête à confusion. En effet, le Conseil exposa dans son considérant 2 que le principe de liberté d'association « est à la base des dispositions générales de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association ». Il semble donc que c'est le principe qui est la source de la loi républicaine et non l'inverse<sup>1400</sup>. Ceci pourrait conduire à considérer que les PFRLR préexistent et que les lois républicaines ne font que *reconnaître* ces principes, suivant la thèse de l'origine coutumière des PFRLR soutenue par une partie minoritaire de la doctrine<sup>1401</sup>. Cette formulation fut reprise lors de la décision n° 84-176 DC<sup>1402</sup>. Toutefois, dans les décisions postérieures qui mobilisèrent ce PFRLR, le Conseil constitutionnel se limita à considérer que la « liberté d'association est au nombre des

---

<sup>1399</sup> Le Conseil d'État avait dès la IV<sup>e</sup> République utilisé cette catégorie de principes et avait rangé parmi ces derniers la liberté d'association (notamment : CE Ass., 11 juillet 1956, *précité*). Toutefois, dans ces premières décisions, le Conseil d'État n'explique pas cette catégorie ni les raisons qui le font consacrer la liberté d'association comme PFRLR. Il faudra attendre le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour que la catégorie soit plus ou moins définie.

<sup>1400</sup> Le Conseil d'État, en appliquant ce PFRLR, renverse le sens et considère que « le principe de la liberté d'association tel qu'il résulte des dispositions générales de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (CE Ass., 29 avril 1994, *Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, n° 119562, *Leb.*, p. 205).

<sup>1401</sup> Notamment V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, pp. 87- 96.

<sup>1402</sup> CC n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, Rec., p. 55, JO du 28 juillet 1984, p. 2492, consid. 1 à 3.

principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »<sup>1403</sup>, sans faire mention aux textes qui lui servent de source.

La source de la liberté d'enseignement comme PFRLR est aussi mentionnée explicitement par le Conseil : il s'agit de l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931. En effet, la notion même de PFRLR était présente dans cette loi adoptée sous la III<sup>e</sup> République. Dans la décision du Conseil, se retrouve l'idée d'un principe préexistant la loi républicaine, puisque la loi de 1931 ne fait que « rappeler » le principe de la liberté d'enseignement<sup>1404</sup>. Dans une décision postérieure, le Conseil constitutionnel donna la source de ce principe dans le cadre de l'enseignement supérieur : les lois des 12 juillet 1875 et 18 mars 1880 relatives à la liberté de l'enseignement supérieur<sup>1405</sup>. Il convient de souligner que la loi du 12 juillet 1875 est antérieure à la promulgation de la troisième loi constitutionnelle de 1875. Ce détail permet de voir que, pour le Conseil constitutionnel, la III<sup>e</sup> République débute avant l'entrée en vigueur des trois lois constitutionnelles. En effet, dès 1880, lors de la consécration du PFRLR de l'indépendance de la juridiction administrative, il considéra que ce principe existait depuis la loi du 24 mai 1872<sup>1406</sup>. Ainsi, pour le Conseil, déjà en 1872, le régime pouvait être considéré comme républicain, malgré les hésitations et les pressions des monarchistes. La législation adoptée à cette époque peut donc servir de source pour déduire des PFRLR.

À partir des années 2000, le Conseil devient plus prolixe sur les fondements des PFRLR qu'il dégage dans sa jurisprudence. Ainsi, sur le principe de la recherche du relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants par des mesures adaptées, il considéra qu'il a été constamment reconnu « par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité

---

<sup>1403</sup> CC n° 2000-434 DC, *Loi relative à la chasse*, Rec., p. 107, JO du 27 juillet 2000, p. 11550, consid. 38. Dans le même sens CC n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, Rec., p. 97, JO du 29 mai 2010, p. 9730 ; CC n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry*, Rec. p., JO du 18 juin 2011, p. 10460.

<sup>1404</sup> « Considérant que ce principe [la liberté d'enseignement], qui a notamment été rappelé à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle ; » (CC n° 77-87 DC, *précitée*, consid. 3).

<sup>1405</sup> CC n° 99-414 DC du 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, Rec., p. 92, JO du 10 juillet 1999 p. 10266, consid. 6.

<sup>1406</sup> « Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement [...] » (CC n° 80-119, *précitée* consid. 6. Dans le même sens : CC n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, Rec., p. 21, JO du 13 janvier 1990, p. 573, consid. 6 et CC n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finance*, Rec., p. 99, JO du 2 août 2001, p. 12490, consid. 105).



pénale des mineurs [et] la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante »<sup>1407</sup>. Le Conseil fit non seulement référence à des textes adoptés sous la III<sup>e</sup> République pour servir de source à ce nouveau PFRLR, mais il utilisa aussi une ordonnance prise par le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF). La définition des régimes républicains pour le Conseil constitutionnel inclut, de la sorte, les dispositions prises durant cette période de transition. Déjà, dans une décision de 1997, le Conseil avait fait référence à des textes pris à cette époque en citant l'ordonnance du GPRF du 4 octobre 1945, portant organisation de la sécurité sociale, de même que la loi du 22 août 1946, fixant le régime des prestations familiales, adoptée avant l'entrée en vigueur de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République, pour considérer que la législation républicaine ne pouvait pas servir de base à un PFRLR selon lequel l'aide aux familles nombreuses devrait être universelle, puisque ces deux textes avaient mis en place des conditions particulières pour l'attribution de ces allocations et, par conséquent, des exceptions au principe<sup>1408</sup>.

À l'occasion de l'examen de l'article L. 3134-11 du Code du travail qui impose, dans les départements de l'Alsace et en Moselle, l'interdiction du travail le dimanche dans les lieux de vente au public, le Conseil dégagea pour la première fois un PFRLR dans le cadre du contrôle *a posteriori*<sup>1409</sup>. Cet article reprenait des dispositions héritées des ordonnances impériales allemandes maintenues en vigueur après la fin de la Première Guerre mondiale et comportait, selon les requérants, une rupture d'égalité, par rapport aux commerçants situés dans le reste du territoire qui n'étaient pas soumis à cette interdiction totale et générale du travail dominical. Son examen impliquait alors de s'interroger sur le statut du droit local applicable à l'Alsace-Moselle. En effet, contrairement à la spécialité législative applicable dans certaines collectivités d'outre-mer<sup>1410</sup>, le droit local d'Alsace-Moselle n'a pas d'assise constitutionnelle expresse. Le Conseil considéra alors que l'assise constitutionnelle de ce droit local se trouvait dans un PFRLR ancré dans quatre lois expressément visées par la décision : la loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine, les deux lois du 1<sup>er</sup> juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française et portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut Rhin et de la Moselle

---

<sup>1407</sup> CC n° 2002-461 DC, *précitée*, consid. 26, formulation reprise par CC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec., p. 211, JO du 19 mars 2003, p. 4789, consid. 18 et 36 à 38.

<sup>1408</sup> CC n° 97-393 DC, *précitée*, consid. 29.

<sup>1409</sup> CC n° 2011-157 QPC, *précitée*, consid. 4. Le considérant dégagé à cette occasion sera repris par le Conseil dans sa décision CC n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, *Consorts G*, Rec., p. 493, JO du 29 septembre 2012, p. 15373, consid. 6.

<sup>1410</sup> Article 74 de la Constitution.

et, finalement, l'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Le caractère républicain des trois premières lois n'appelle pas de commentaire additionnel, et le fait de considérer l'ordonnance de 1944 comme une loi républicaine reprend le raisonnement déjà suivi par le Conseil constitutionnel dans l'examen d'autres PFRLR<sup>1411</sup>. La qualification du particularisme de l'Alsace-Moselle comme PFRLR, de rang constitutionnel, permet alors de ne pas censurer les différences de traitement entre le droit applicable dans les trois départements et le reste du territoire.

Toutefois, il peut paraître curieux que le Conseil consacre comme un PFRLR l'existence d'un droit qui avait été qualifié, dès son origine, de transitoire<sup>1412</sup>. De plus, si le Conseil a fait référence expresse à l'ancrage républicain, il n'examina pas pour autant les deux autres caractéristiques nécessaires pour dégager un PFRLR : le caractère fondamental et la continuité du principe<sup>1413</sup>. La continuité républicaine pourrait être déduite du fait que le Conseil d'État avait refusé l'abrogation implicite des dispositions législatives du droit local à la suite de l'entrée en vigueur des Constitutions de 1946 et de 1958, malgré les atteintes potentielles aux principes d'unité, de laïcité ou même à la liberté d'association<sup>1414</sup>. En revanche, il devient problématique de dégager un caractère général et fondamental d'un principe qui, justement, permet le maintien d'un particularisme<sup>1415</sup> et d'une législation qui peut avoir comme origine un empire étranger ou une période monarchique. Le caractère *fondamental* de ce principe est aussi discutable, ainsi pour professeur M. VERPEAUX, ce

---

<sup>1411</sup> V. *supra* pour le principe de la recherche du relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants par des mesures adaptées.

<sup>1412</sup> Certains commentateurs s'interrogent sur l'utilité même de consacrer ce PFRLR alors que le Conseil aurait pu simplement admettre l'existence d'une différence de situation pour l'Alsace-Moselle, en s'appuyant sur le particularisme historique, pour admettre une rupture d'égalité (v. le commentaire de C. GUEYDAN dans la chronique « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 89, 2012, p. 161 ou J.-M. WOEHLING, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien mosellan : consécration ou restriction ? Les difficultés d'élaboration d'un cadre constitutionnel pour une territorialisation du droit », *RFDA*, 2012, p. 131-140).

<sup>1413</sup> Déjà durant les années 1990 la doctrine s'interrogeait sur la compatibilité entre le caractère transitoire du droit local et la continuité républicaine (v. J.-F. FLAUSS, « Droit local alsacien-mosellan et constitution », *RDP*, 1992, p. 1674).

<sup>1414</sup> CE Ass., 22 janvier 1988, *Association les Cigognes*, n° 80936, *Leb.*, p. 37 dans lequel le Conseil examine des dispositions de droit local par rapport à un autre PFRLR : la liberté d'association. V. aussi CE, 6 avril 2001, *SNES*, *précité*.

<sup>1415</sup> En effet, dans sa jurisprudence antérieure, le Conseil avait considéré le caractère absolu et général du principe comme une des conditions pour dégager un PFRLR. Ainsi, il a refusé de consacrer l'individualisation des peines comme un PFRLR considérant que « si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale » (CC n° 80-127 DC, *précité*, consid. 16).

principe « possède aussi la particularité de ne pas concerner la protection d'un droit fondamental, sauf celui, hypothétique, de la reconnaissance d'une diversité historique »<sup>1416</sup>. Certes, le Conseil a circonscrit la portée de ce principe en considérant que ce particularisme ne peut être maintenu que dans les matières où il s'applique encore. De même, le principe doit être concilié avec les autres exigences constitutionnelles, mais ces précautions ne permettent pas de régler le problème principal : celui de considérer l'existence d'un droit dérogatoire comme un principe fondamental et général. Le rapport au passé du droit local de l'Alsace-Moselle relève plus d'une relation à une histoire particulière<sup>1417</sup> qui est devenue presque un « symbole des identités alsacienne et mosellane »<sup>1418</sup> et qui justifie le maintien de certaines mesures dérogatoires du droit commun, que d'un rapport au passé républicain propre aux PFRLR. C'est plus par un souci pragmatique que par des considérations dogmatiques que le respect du particularisme alsacien-mosellan est entré dans la catégorie des PFRLR.

De son côté, lorsque le Conseil d'État dégagea par lui-même le PFRLR relatif à l'impossibilité d'accorder une extradition dans un but politique, il fit mention de son ancrage républicain dans les visas de l'arrêt. Ainsi, il considéra que la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers servait de base à la reconnaissance du principe selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique<sup>1419</sup>.

### (B) *PFLR à fondement implicite*

D'autres PFRLR trouvent leur source dans des dispositions qui ne sont pas pour autant précisées dans le texte de la décision. C'est le cas de la garantie d'indépendance des professeurs d'université qui résulte, d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel « des dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques »<sup>1420</sup>, sans plus de précision. Ce rapprochement avec les incompatibilités parlementaires, assez surprenant, fut l'objet d'une explication dans le

<sup>1416</sup> M. VERPEAUX, « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », *JCP-G*, 2011, p. 1290.

<sup>1417</sup> Notamment, les annexions successives à la suite de guerres avec l'Allemagne impériale et le Troisième Reich.

<sup>1418</sup> J-M. WOEHLING, « Perspectives sur le droit local », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Fascicule n° 30, 2012, § 81 et 82. Néanmoins, pour cet auteur, le respect du particularisme peut être considéré comme une « tradition républicaine », puisque, depuis 1918, la République a réaffirmé son engagement solennel de respecter les traditions des populations retournant en France (J-M. WOEHLING, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien mosellan : consécration ou restriction ? Les difficultés d'élaboration d'un cadre constitutionnel pour une territorialisation du droit », *RFDA*, 2012, p. 137).

<sup>1419</sup> CE Ass., 3 juillet 1996, *Koné, précité*. Il est intéressant de noter que le commissaire du gouvernement dans ses conclusions suggérait de dégager l'interdiction d'extradition pour des motifs politiques comme un principe général de droit et non pas comme un PFRLR.

<sup>1420</sup> CC n° 83-165 DC, *précité*, consid. 20.

commentaire institutionnel d'une décision postérieure qui appliquait ce même principe aux enseignants-chercheurs. Ainsi, « c'est bien parce qu'ils exercent leurs fonctions en toute indépendance que les enseignants-chercheurs peuvent être en même temps députés ou sénateurs »<sup>1421</sup>. Les fondements textuels de ce principe ont été toutefois précisés par la doctrine. Ainsi, depuis la loi électorale du 15 mars 1849, par une règle constante reprise par les différents régimes républicains, seuls les professeurs de l'enseignement supérieur peuvent cumuler leur activité avec un mandat parlementaire<sup>1422</sup>. Certains auteurs vont même jusqu'à retracer l'origine de cette règle dans la tradition universitaire médiévale datant du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>1423</sup>. Plus qu'une tradition républicaine, l'indépendance des professeurs d'Université serait alors une tradition de droit public en général, reprise par différents textes républicains. La doctrine a aussi contribué à dégager le fondement textuel du principe sur la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière, dégagé par le Conseil constitutionnel de PFRLR dans une décision de 1989<sup>1424</sup>. Le fondement serait les lois du 8 mars 1810 et du 3 mai 1841 relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le problème est que ces deux lois ne peuvent pas être qualifiées de « républicaines » du fait qu'elles ont été adoptées sous l'Empire, pour la première, ou sous la Monarchie de juillet pour la seconde. Toutefois, les auteurs soulignent que cette législation avait été entérinée par le législateur sous la III<sup>e</sup> République qui à de nombreuses reprises l'a modifiée ou s'y est référé<sup>1425</sup>. Cette affirmation suit alors la thèse selon laquelle le « destin » ou la pratique républicains d'une loi peuvent remédier à son manque d'*origine* républicaine. De cette manière, malgré le fait qu'il n'est pas consacré par aucune loi républicaine, ce principe est « profondément ancré dans la conscience juridique française », faisant ainsi partie de « l'esprit républicain »<sup>1426</sup>.

La source du PFRLR de la compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation des actes de la puissance publique est plus délicate à déterminer. Dans la

---

<sup>1421</sup> Commentaire de la décision CC n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres*, Rec., p. 203, *JO* du 7 août 2010, p. 14615, texte disponible en ligne à l'adresse [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201020\\_21QPCccc\\_20qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201020_21QPCccc_20qpc.pdf).

<sup>1422</sup> Y. GAUDEMET, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire. Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *RDP*, 2008, p. 685-686.

<sup>1423</sup> C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, *op. cit.*, p. 205 ; B. TOULEMONDE, « Les libertés et franchises universitaires en France », *Revue des droits de l'homme*, n°1, 1971, p. 15 et V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, p. 89. Ce dernier retrace l'origine du principe au privilège de juridiction accordé en 1200 par Philippe Auguste aux membres de l'Université de Paris.

<sup>1424</sup> CC n° 89-256 DC, *précitée*, consid. 23.

<sup>1425</sup> B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, p. 481.

<sup>1426</sup> P. BON, « Le statut constitutionnel du droit de propriété », *RFDA*, 1989, p. 1009.

première décision dans laquelle le Conseil constitutionnel dégagait ce principe, il cita comme fondement de ce dernier la « conception française de la séparation des pouvoirs »<sup>1427</sup>, c'est-à-dire une tradition générale non précisée par un texte républicain<sup>1428</sup>. En particulier, il considéra que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790<sup>1429</sup> ainsi que le décret du 16 fructidor An III<sup>1430</sup> qui avaient posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'avaient pas, en eux-mêmes, valeur constitutionnelle et qui ne pouvaient pas servir de source explicite au PFRLR. En effet, la première loi, adoptée par l'Assemblée nationale constituante révolutionnaire, ne pouvait pas être considérée comme une loi *républicaine*. Le second texte était un décret, ce qui excluait son caractère de *loi* de la République. Toutefois, certains commentateurs ont dégagé le fondement de ce principe d'autres lois républicaines, notamment la loi du 24 mai 1872 et la loi organique du 3 mars 1849 sur le Conseil d'État<sup>1431</sup>. Pour d'autres, le fondement de ce principe reposerait non sur des dispositions législatives positives mais sur « l'économie générale d'une législation faisant ressortir ce qui, selon la conviction du législateur, exprimée “en relief” et “en creux”, relève du domaine législatif et du domaine constitutionnel ». Dans ce cas précis, l'économie générale des dispositions républicaines met en place une sorte de « barrière invisible » qui interdirait au législateur de remettre aux tribunaux judiciaires le contentieux relatif à la contestation des actes administratifs<sup>1432</sup>.

---

<sup>1427</sup> CC n° 86-224 DC, *précitée*, consid. 15.

<sup>1428</sup> Ceci est souligné par la saisine faite par 60 députés par rapport à la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France dans laquelle ils allèguent que l'article 10 de la loi qui prévoyait que l'arrêté de reconduite à la frontière prononcé par le préfet pouvait être contesté devant le Tribunal de grande instance et, en appel, devant le premier président de la cour d'appel « est totalement contraire à notre tradition juridique à laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 concernant le Conseil de la concurrence » (Saisine par 60 députés, CC n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec., p. 81, *JO* du 1<sup>er</sup> août 1989 p. 9679, texte disponible en ligne à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1989/89-261-dc/saisine-par-60-deput-es.102995.html>).

<sup>1429</sup> Il s'agit des articles 10 et 13 du Titre II de cette loi selon lesquels « Art. 10. Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. » et « Art. 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

<sup>1430</sup> Décret qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard.

<sup>1431</sup> B. GENEVOIS, « Réforme du droit de la concurrence et respect des règles de valeur constitutionnelle », *RFDA*, n°2, 1987, p. 292 et M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République ? (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, p. 7.

<sup>1432</sup> G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 706-707. Cet auteur considère, en plus, que la mention de la séparation des pouvoirs n'est qu'un *obiter dictum*.

La mention de la conception française de la séparation des pouvoirs n'a pas été reprise dans toutes les décisions postérieures où le Conseil utilise ce PFRLR. En examinant, par le biais d'une QPC, les dispositions du code de la santé publique relatives à l'hospitalisation sans consentement, il n'a pas fait mention de cette source<sup>1433</sup>. Cependant, cette formulation, plus complète, réapparaît lors de l'examen de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité<sup>1434</sup>. Ce PFRLR a été aussi utilisé par le Conseil d'État<sup>1435</sup> et par le Tribunal des conflits. Ce dernier ne reprend que le contenu du principe sans le qualifier de PFRLR ni même lui donner une valeur constitutionnelle. En revanche, à la différence du Conseil constitutionnel, le Tribunal de conflits donne une assise à ce principe par la référence à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et au décret du 16 fructidor an III<sup>1436</sup>, les mêmes dispositions que le Conseil constitutionnel avait considéré comme dénuées de valeur constitutionnelle dans sa décision n° 86-224 DC. De la sorte, les limites entre les notions de PFRLR, principe général et tradition sont parfois difficilement appréhendables, et un même contenu peut être qualifié différemment selon le juge qui l'applique.

Le Conseil d'État a aussi dégagé des PFRLR dont leur fondement n'est pas explicité dans l'arrêt lui-même, mais qui peut être déduit assez facilement. C'est le cas, notamment du principe de laïcité. Ce principe fut qualifié par le Conseil d'État de PFRLR dans un arrêt relatif à l'éducation confessionnelle dans le cadre du droit local applicable en Alsace-Moselle, où il considéra que « les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité »<sup>1437</sup>. Ce principe peut être facilement rattaché à la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État et, plus précisément, en

---

<sup>1433</sup> CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2011, *Mlle Danielle S.*, Rec., p. 343, JO du 27 novembre 2010, p. 21119, consid. 35. De même la conception française de la séparation des pouvoirs n'apparaît pas dans les décisions CC n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Rec., p. 99, JO du 27 juillet 1996, p. 11400, consid. 20 et CC n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec., p. 276, JO du 31 juillet 1998, p. 11710, consid. 29.

<sup>1434</sup> CC n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Rec., p. 252, JO du 17 juin 2011, p. 10306, consid. 65.

<sup>1435</sup> CE, 9 novembre 2011, *Giraud*, n° 351890, *Leb. T.*, 966 et 122. Toutefois le CE ne fait pas référence à la source de ce PFRLR.

<sup>1436</sup> « Considérant qu'en vertu du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, sous réserve des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf dispositions législatives contraires, il n'appartient qu'à la juridiction administrative de connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ; que de même, le juge administratif est en principe seul compétent pour statuer, le cas échéant par voie de question préjudicielle sur toute contestation de la légalité de telles décisions, soulevée à l'occasion d'un litige relevant à titre principal de l'autorité judiciaire » (T. confl., 17 octobre 2011, n° 3828, *SCEA du Chéneau, Leb.*, p. 698).

<sup>1437</sup> CE, 6 avr. 2001, *SNES, précité*.

matière d'enseignement, la doctrine l'a rattaché à plusieurs lois de la III<sup>e</sup> République comme la loi sur les programmes d'enseignement du 28 mars 1882 qui excluait l'instruction religieuse ou la loi du 30 octobre 1886 sur les personnels qui excluait les clercs du personnel enseignant du premier degré<sup>1438</sup>. Déjà, dans un avis de 1989, sans la qualifier de PFRLR, le Conseil d'État souligna la valeur constitutionnelle de la laïcité et répertoria les lois qui exprimaient ce principe en citant la loi du 28 mars 1882, celle du 30 octobre 1886 et celle de 1905 parmi les premières expressions. Il considéra néanmoins que la constitutionnalisation de ce principe avait été opérée plus directement par le Préambule de 1946 « qui fait de "l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés" un devoir de l'État » et par l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui proclame que "la France est une République [...] laïque" et qu' "elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion" »<sup>1439</sup>. Lors de son Rapport annuel pour 2004 dédié au thème « Un siècle de laïcité »<sup>1440</sup>, ainsi que lors de son étude relative aux possibilités juridiques d'interdire le port du voile intégral, il considéra que le principe de laïcité trouvait un fondement constitutionnel solide à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution<sup>1441</sup>, rejoignant ainsi la position du Conseil constitutionnel<sup>1442</sup>.

D'autres PFRLR dont le fondement républicain n'était pas précisé par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence ont été abandonnés ou, plus précisément, remplacés par des normes de référence au contenu semblable mais trouvant leur source directement dans le texte constitutionnel. C'est le cas notamment de la liberté individuelle, qualifiée de PFRLR dans sa décision n° 76-75 DC à propos de la loi autorisant la visite de véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales<sup>1443</sup>. Si le Conseil fait aussi référence dans le corps de cette décision à l'article 66 de la Constitution, ce n'est que pour faire référence à la compétence du juge judiciaire pour protéger cette liberté. La qualification de PFRLR a ensuite été remplacée par une référence soit à l'article 66 de la Constitution<sup>1444</sup> soit aux

<sup>1438</sup> B. TOULEMONDE, « L'enseignement religieux obligatoire en Alsace-Moselle ne méconnaît ni les principes constitutionnels ni la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2002, p. 64.

<sup>1439</sup> CE Ass., avis, 27 novembre 1989, n° 346893, *AJDA* 1990, p. 39.

<sup>1440</sup> CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdire le port du voile intégral*, Rapport adopté par l'Assemblée générale plénière le 25 mars 2010, p. 18.

<sup>1441</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Un siècle de laïcité », *Rapport public 2004*, *EDCE*, n° 55, Paris : La Documentation française, Coll. Études et documents du Conseil d'État, 2004, p. 256.

<sup>1442</sup> CC n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, *JO* du 24 novembre 2004, p. 19885, consid. 18.

<sup>1443</sup> CC n° 76-75, *précitée.*, consid. 1.

<sup>1444</sup> Par exemple : CC n° 80-127 DC, *précitée*, consid. 25.

articles 1, 2 et 4 de la Déclaration de 1789<sup>1445</sup>. Le même destin attendait les principes relatifs aux droits de la défense et la liberté de conscience. Ainsi les droits de la défense ne sont plus considérés comme des *principes*, mais comme des normes dérivées de la Déclaration de 1789<sup>1446</sup>. De même, pour la liberté de conscience, si le Conseil la qualifia de PFRLR, il la lia avec l'article 10 de la Déclaration de 1789 et avec l'alinéa 5 du Préambule de 1946, et ne fit pas référence aux éléments de définition propres aux PFRLR<sup>1447</sup>.

### (III) L'élargissement des sources des PFRLR : vers une conception extensive du passé républicain

Malgré le fait que le Conseil constitutionnel ne mentionne pas systématiquement la loi républicaine qui sert de fondement aux PFRLR qu'il dégage, il est possible de circonscrire le corpus des lois qui *peuvent* servir à cet effet. Il s'agit premièrement des lois adoptées avant l'entrée en vigueur du Préambule de 1946<sup>1448</sup>. Plus précisément, pour respecter le caractère *républicain* de ce corpus, est écartée la législation adoptée sous des régimes non républicains : le Consulat, l'Empire, la Restauration, la Monarchie de juillet, le Second Empire et le régime de Vichy<sup>1449</sup>. La législation prise par le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF), entre le 3 juin 1944 et le 27 octobre 1946, peut aussi servir de base à un PFRLR<sup>1450</sup>. Toutefois, une partie de la doctrine considère que ce corpus pourrait être élargi, soit en prenant en compte la législation postérieure à 1946, soit pour inclure certaines normes dont le

---

<sup>1445</sup> Par exemple : CC n° 94-343/344 DC, *précitée*, consid. 3.

<sup>1446</sup> « Considérant, en deuxième lieu, que, si le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée dans les autres cas de licenciement » (CC n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec., p. 50, *JO* du 2 avril 2008, p. 4964, consid. 24).

<sup>1447</sup> « Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi" ; que le Préambule de la Constitution de 1946 rappelle que "Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ; que la liberté de conscience doit donc être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (CC n° 77-87 DC, *précitée*, consid. 5 ; dans le même sens CC n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec., p. 74, *JO* du 7 juillet 2001, p. 10828, consid. 13). Certains auteurs de la doctrine considèrent néanmoins que l'origine de ce principe se trouve dans une loi républicaine : la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation de l'Église et de l'État.

<sup>1448</sup> À propos de la tradition selon laquelle les règles électorales ne pourraient être modifiées dans l'année qui précède un scrutin, le Conseil a considéré « que le principe invoqué par les requérants ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946 » (CC n° 2008-563 DC, *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général*, Rec., p. 100, *JO* du 27 février 2008 p. 3370, consid. 3).

<sup>1449</sup> L. FAVOREU, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, pp. 234-235.

<sup>1450</sup> CC n° 2002-461 DC, *précitée*.



caractère législatif ou républicain peut être remis en cause, soit en inscrivant des principes qui, ne trouvant pas une origine précise dans une loi républicaine, ont été maintenus par la législation durant les trois républiques.

Dans une optique prospective, certains considèrent que le Conseil doit prendre aussi en compte des principes fondamentaux qui sont apparus postérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de 1946. Ainsi, pour le professeur D. ROUSSEAU, « parce qu'il est, par définition même, contenu dans une loi, un principe fondamental a toujours, à l'origine, une valeur égale au corps qui le pose, c'est-à-dire une valeur législative. Quelle que soit la date de la loi, ce que fait la valeur constitutionnelle d'un principe fondamental n'est pas qu'il ait été édicté avant ou après 1946 mais qu'il ait reçu, par décision des juges constitutionnels, une telle qualification »<sup>1451</sup>. De plus, si le principe n'est, par définition, que « reconnu » par une loi républicaine, cela veut dire que son existence pré-date cette loi, sa reconnaissance peut donc intervenir par une loi républicaine postérieure à 1946.

Certains parlementaires ont ainsi tenté d'avancer l'idée qu'un PFRLR pourrait trouver sa source dans une loi postérieure à 1946. Ce fut le cas pour la clause générale de compétence des collectivités territoriales. Si cette clause pouvait trouver sa source dans des lois républicaines d'avant 1946 pour les départements<sup>1452</sup> et les communes<sup>1453</sup>, ce n'était pas le cas pour les régions, échelon territorial créé sous la V<sup>e</sup> République. Les députés alléguaient alors que : « la Cinquième République a maintenant plus de cinquante ans, et rien ne justifie plus que la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République soit comme figée, cristallisée avant 1946. Les lois adoptées depuis 1958 sont des lois républicaines, au même titre que les lois républicaines antérieures. De ce point de vue, ce qui importe en réalité n'est pas la date d'une loi, mais le principe qu'elle inscrit dans le droit positif »<sup>1454</sup>. Le Conseil constitutionnel ne suivit pas les députés dans leur qualification de la clause générale de compétence comme un PFRLR<sup>1455</sup>.

À cette possibilité d'ouverture du corpus, certains opposent la lettre et la volonté des constituants de 1946 et 1958. Ainsi le président B. GÉNEVOIS souligne que « si l'on a égard à

---

<sup>1451</sup> D. ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *op. cit.*, p. 162.

<sup>1452</sup> Article 48 de la loi du 10 août 1871.

<sup>1453</sup> Article 61 de la loi du 5 avril 1884.

<sup>1454</sup> Saisine par plus de 60 députés de la *Loi de réforme des collectivités territoriales* du 16 décembre 2010, texte disponible en ligne à l'adresse [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/cc2010618dc\\_saisinedeputes.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/cc2010618dc_saisinedeputes.pdf).

<sup>1455</sup> CC n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec., p. 367, JO du 17 décembre 2010, p. 22181, consid. 54.

la lettre, tant du Préambule de 1946 que de celui de l'actuelle Constitution, on constate que la notion s'inscrit dans une perspective nécessairement rétrospective, tournée vers un passé antérieur à la Constitution de 1946 »<sup>1456</sup>. F. LUCHAIRE rappelle également l'argument logique selon lequel « le Préambule de 1946 auquel se réfère celui de 1958 n'a pu donner valeur constitutionnelle qu'aux principes que ses auteurs connaiss[ai]ent, à cette date »<sup>1457</sup>.

D'autres se tournent vers le passé constitutionnel pour trouver des nouveaux fondements possibles aux PFRLR. Ainsi, Louis FAVOREU considérait que les principes issus des constitutions républicaines, notamment la Constitution de l'an III et celle de 1848, qualifiées de « lois de la République »<sup>1458</sup> pouvaient servir de fondement à des PFRLR. Cet argument fut aussi avancé par les parlementaires lors de la saisine sur la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile. Ils considéraient ainsi que l'article 61 de la Constitution de 1793 et l'article 81 de la Constitution de 1848 pouvaient servir de fondement au PFRLR selon lequel les jugements sont rendus « au nom du peuple français »<sup>1459</sup>.

La qualification de certains régimes comme « républicains » peut aussi permettre un élargissement des sources. C'est le cas du Consulat. Fruit d'un coup d'État, son caractère autoritaire est sans équivoque, néanmoins, il est possible de considérer le Consulat comme la dernière étape de la Première République française qui aurait duré jusqu'au 18 mai 1804<sup>1460</sup>, date de la proclamation du Premier Empire. Considérer le Consulat comme faisant partie de la Première République permettrait d'élargir le corpus de lois républicaines considérablement en incluant le Code civil promulgué le 21 mars 1804<sup>1461</sup>. Cependant, saisi par les parlementaires de principes qui pouvaient trouver leur origine dans ce Code, le Conseil ne s'est pas prononcé directement sur son caractère républicain. Ainsi, lors de leur saisine dans le cadre de la loi modifiant la loi n° 89-912 du 6 août 1989 relative aux modalités d'application des

---

<sup>1456</sup> B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, p. 477.

<sup>1457</sup> F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1980, p. 182.

<sup>1458</sup> L. FAVOREU, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, p. 239. Il a notamment proposé de reconnaître la valeur constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile au titre d'un PFRLR tiré de l'article 359 de la Constitution de l'an III et de l'article 3 de la Constitution de 1848.

<sup>1459</sup> Saisine par 60 députés de la *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile* du 11 mai 1998, texte disponible en ligne à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1998/98-399-dc/saisine-par-60-deputes.103447.html>.

<sup>1460</sup> De plus, le sénatus consulte du 18 mai 1804 (28 Floréal an XII) disposait, curieusement, que « le gouvernement de la République est confié à un Empereur » ; la République était, du moins dans les textes, ainsi maintenue (v. J. ROBERT, « Fin de règne ? », *RDP*, 2005, p. 1215).

<sup>1461</sup> B. MATHIEU, « Intervention dans les débats », in MATHIEU et VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, *op. cit.*, p. 260.

privatisations, le groupe des députés saisissants considéraient que cette loi était contraire au principe de non rétroactivité des lois qui, en matière contractuelle, pouvait être qualifié de PFRLR trouvant sa source à l'article 2 du Code civil<sup>1462</sup>. Toutefois, le Conseil fonda son rejet de la qualification de PFRLR non pas sur le caractère républicain ou non du Code civil, mais sur le manque de continuité dans l'application de ce principe.

Plus délicat est le cas de la saisine sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Les requérants soutenaient que cette ouverture était contraire à un PFRLR selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Dans leur saisine, les députés soutenaient que « Le mariage civil français, intrinsèquement lié à la Révolution française, est inscrit dans l'Histoire comme l'union d'un homme et d'une femme. Il doit donc être reconnu comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. A ce titre, le mariage civil républicain est une construction historique originale "à la française", qu'il convient de consacrer comme un pilier de notre ordonnancement juridique ». Ils soutenaient alors, en énumérant les dispositions qui sont succédées depuis 1792 jusqu'à aujourd'hui, que le mariage civil définit comme l'union d'un homme et d'une femme s'inscrivait dans la tradition républicaine et était inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Ils soulignaient, notamment, l'importance du Code civil comme fondement de ce principe. Le Conseil, dans sa décision, ne se prononça pas directement sur l'origine républicaine ni sur la continuité de l'existence de ce principe. Il lui nia la qualification de PFRLR considérant que cette règle n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale ni l'organisation des pouvoirs publics<sup>1463</sup>.

L'origine de certains PFRLR, malgré le fait d'être explicitement rattachés à des lois républicaines, peut être retracée au-delà de ces périodes. Ce sont des principes qui ne sont pas, historiquement, républicains, mais qui ont été repris par des lois votées sous un Parlement républicain. Ainsi, pour certains commentateurs, l'origine du principe de l'indépendance de la juridiction administrative peut être retracée, bien au-delà de la loi du 24 mai 1872, dans l'édit de Saint-Germain de février 1641 qui fut suivi d'autres textes qui confiaient l'essentiel du

---

<sup>1462</sup> Saisine par 60 députés de la Loi modifiant la loi n° 86-254 DC du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, texte disponible en ligne à l'adresse [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1989/89-254-dc/saisine-par-60-deputes.102979.html>].

<sup>1463</sup> CC n° 2013-669 DC, *précité*, consid. 21. Cette partie de la décision fut critiquée par une partie de la doctrine, V. notamment A-M. LE POURHIET, « Le mariage de Mamère et la "Constitution de mon père" (2) », *Constitutions*, n° 3, 2013, p. 381-385.

contentieux administratif aux intendants et au Conseil du Roi<sup>1464</sup>. Le texte républicain n'est alors qu'une confirmation d'une règle antérieure. Les lois de la République ne seraient donc qu'un indice pour identifier une coutume. Cela pourrait expliquer l'absence de fondement textuel explicite pour certains PFRLR. Dans ce cas, le Conseil ne procède pas à un raisonnement déductif à partir de lois de la République, mais plutôt à un raisonnement inductif : il constate l'existence (ou le besoin, dans la pratique) d'un principe, puis, il essaie de chercher les fondements textuels. En leur absence, il ne précise pas les éléments constitutifs du PFRLR dans la décision et se raccroche à une coutume dont l'*opinio juris* est suffisamment importante et répandue pour le considérer comme une norme constitutionnelle non écrite<sup>1465</sup>. Cet ultime élargissement, qui rapprocherait les PFRLR de la coutume se traduit par l'apparition dans la doctrine et dans les saisines de nouveaux concepts comme ceux d'« esprit républicain » ou de « tradition républicaine ». Comme l'explique le professeur V. CHAMPEIL-DESPLATS : « ces notions de substitution manifestent une prise en compte doctrinale de la flexibilité des termes constitutionnels (en l'occurrence ceux de “lois” et “République”) »<sup>1466</sup>. Toutefois, cette ouverture n'est pas sans limite et le Conseil refuse de s'écarter trop des lois républicaines. Ainsi, dans la jurisprudence récente, il s'efforce de montrer explicitement les fondements textuels des principes qu'il dégage pour échapper ainsi à la critique du caractère constructif de sa jurisprudence et au spectre, toujours brandi, du gouvernement des juges.

---

<sup>1464</sup> TOCQUEVILLE considérait ainsi que la justice administrative était une institution de l'Ancien Régime (*L'Ancien Régime et la révolution*, Livre II, Chap. IV cité par V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.*, p. 91).

<sup>1465</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, *op. cit.*, p. 117

<sup>1466</sup> *Ibid.*, p. 94.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les représentants du peuple français, au lendemain de la Révolution, ont considéré dans le préambule de la Déclaration de 1789 que « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements », qualifiant les droits contenus dans cette déclaration d'immémoriaux et sacrés. Quatre ans plus tard, l'article 28 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen qui inaugure la Constitution de 1793 souligne qu' « une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». Depuis ses fondations, l'ordre juridique français se trouve alors confronté à deux tendances antagonistes : la nécessité de faire acte de mémoire, de ne pas oublier le passé et la volonté de faire table rase et de fonder un ordre nouveau. Ces deux tendances se retrouvent au niveau doctrinal, entre une vision historique du droit qui donne une prééminence au droit traditionnel coutumier, et une vision anhistorique du droit selon laquelle le droit ne peut émaner que de la volonté du souverain et que le droit coutumier est un stade antérieur et inférieur du développement juridique.

Si, entre ces deux tendances antagoniques, de nombreuses approches intermédiaires peuvent être retrouvées, il semblerait, néanmoins, que le recours au passé comme source du droit n'a qu'une place marginale dans un contexte qui, au nom du progrès, érige le changement en valeur. L'étude des différentes utilisations du passé en droit public français comme source, via les notions de coutume, d'usages et de traditions semble conforter cette affirmation. Toutefois, même si le recours à ces notions reste marginal, sa permanence est une preuve que le droit coutumier peut encore jouer un rôle dans un système de droit écrit. Le droit, même dans un système profondément codifié, laisse encore une place à la formation de règles en dehors de la volonté du souverain. Le développement, à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, du recours aux principes non écrits, non seulement comme un complément au droit écrit mais aussi comme un norme supérieure à ce droit écrit, conforte cette prégnance du droit non écrit et souligne l'idée qu'une codification, même la plus parfaite, ne peut pas prendre en compte toute l'ampleur de la réalité normative et juridique.

Pour prétendre à l'autorité, ces normes qui n'émanent pas de la volonté du législateur, doivent recourir à d'autres processus de légitimation. Le recours au passé joue ici un rôle fondamental. L'ancienneté, ainsi que la permanence et, plus généralement, le lien avec le

temps de fondations, donnent à ces règles une légitimité. Ce processus est particulièrement illustré par le recours à la *tradition républicaine*, soit comme source directe de normes, soit comme fondement de principes dégagés par le juge. Poser la question de la possibilité de règles et principes ancrés dans la tradition ou dans le passé, c'est ainsi voir « comment une législation républicaine se justifie, s'autorise et se légitime en se découvrant une origine révolutionnaire sédimentée dans les textes et les institutions »<sup>1467</sup>. Le juge, qui dégage ces normes, fait ainsi référence plus ou moins explicite aux sources ancrées dans le passé de ces normes pour justifier leur emploi. Cependant, en recherchant ces sources, le travail du juge ne s'assimile pas au travail de l'historien. Le recours au passé n'est pas mobilisé dans une prétention de mise en place d'une vérité historique. Il s'agit plutôt d'un mécanisme de rhétorique, utilisé dans un but de légitimation par la force d'invocation que possèdent certaines traditions ou de certaines périodes historiques.

A côté de ce rôle de légitimation, l'invocation du passé a ici aussi un rôle instituant, notamment dans le cadre du recours aux principes généraux du droit ou aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces principes, du fait de leur place dans la hiérarchie des normes et de l'importance des matières qu'ils régulent, sont, comme leur nom l'indique, « fondamentaux ». Grâce à leur ancrage dans la tradition républicaine, ils jouissent d'une légitimité accrue. Ils deviennent alors des principes transcendants qui servent eux-mêmes à donner un fondement au système dans son ensemble. Ils sont des relais qui permettent de rappeler le fondement du système au delà des considérations formelles de validité.

---

<sup>1467</sup> E. MAULIN, « L'invention des principes », *op. cit.*, p. 33

## CONCLUSION DU TITRE II

Le droit n'est pas seulement un système logique de normes, il est aussi une pratique sociale qui s'inscrit et qui est influencée par son contexte et, plus particulièrement, par son passé, à la fois le sien et celui de la société qu'il organise. Le droit a ainsi une composante traditionnelle, comme le souligne le professeur M. KRYGIER : « le droit, je continue à soutenir, est une tradition [...]. Cela ne veut pas dire que le droit est *seulement* une tradition, mais cela permet de souligner l'omniprésence et l'importance fondamentale du traditionnalisme en droit »<sup>1468</sup>. Ce caractère traditionnel est explicite dans les systèmes de *common law*. Toutefois, même à l'intérieur de systèmes de droit écrit et codifié, des normes écrites peuvent tirer leur source de leur origine historique. Le passé a une force d'autorité. Sa durée et sa permanence lui donnent un gage de stabilité et d'exemplarité, car « le titre de légitimité d'une solution dont les fondements, éprouvés et contestés, ont su résister au temps, lui viendrait donc également de son ancienneté »<sup>1469</sup>. La densité, l'épaisseur historique du droit comme pratique sociale contribuent à sa normativité en tant qu'elles justifient sa prétention à l'autorité.

Les récits sur le passé sont ainsi mobilisés en invoquant une certaine autorité et une prétention à l'objectivité. Il faut néanmoins souligner que cette prétention est relative pour éviter le risque de tomber dans les dangers du déterminisme historique<sup>1470</sup>. Le passé constitue, toutefois, une référence commune à l'ensemble d'une société qui peut être ainsi une garantie d'unité. De cette façon, l'autorité des origines n'est pas pour autant écartée dans un système fondé sur l'autorité de la volonté du souverain. Elle peut être une source complémentaire d'autorité et de légitimité.

Le recours au passé est donc utilisé, dans un premier temps, comme source ou fondement de la légitimité du système dans son ensemble. La référence à un passé commun, malgré son caractère parfois mythique, sert à ancrer la prétention à l'autorité du système. Si ces mécanismes de légitimation sont souvent implicites, des traces peuvent être retrouvées dans les textes des constitutions, en tant que normes fondamentales du système. Malgré la diversité de contextes, l'étude comparée du point de vue géographique et chronologique démontre la

---

<sup>1468</sup> M. KRYGIER, « The Traditionality of Statutes », *Ratio Juris*, n° 1, 1988, p. 20.

<sup>1469</sup> C. VIMBERT, *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>1470</sup> Le professeur L. KALMAN met ainsi en garde contre le recours excessif aux « leçons du passé ». En effet, le passé peut éclairer le présent, mais il n'a pas pour autant une portée prescriptive sur la vie des contemporains (L. KALMAN, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven : Yale University Press, 1996, p. 180).

fréquence du recours à un récit du passé commun comme mécanisme pour asseoir la légitimité de la norme fondamentale. Le pouvoir constituant fait appel à des récits historiques et mémoriels en insistant sur la continuité et les points communs, soit en faisant référence à un passé considéré comme positif, soit en établissant une rupture ou une négation avec un passé douloureux. Ce dernier fondement s'est surtout développé à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, pour faire face aux événements traumatiques liés aux guerres mondiales et à la montée des totalitarismes.

L'appel au passé est aussi utilisé comme source pour la détermination des normes. Ici, le passé est non seulement une source de légitimité et d'autorité, mais il joue aussi une influence dans le contenu de la norme elle-même. Malgré l'influence du légicentrisme et de la codification, le système juridique français laisse encore une place aux normes non écrites ou coutumières. Si le recours aux usages et aux coutumes se font de plus en plus rares, il est néanmoins possible de constater la montée du recours à des principes et à la tradition pour éclairer les éventuelles insuffisances d'un ordre écrit. La multiplication des mentions à la « tradition républicaine » et aux principes fondamentaux reconnus par la République dont elle leur sert de matrice, démontre que le droit « s'alimente directement, entre autres, de l'Histoire, de la Sociologie ou encore de l'éthique »<sup>1471</sup>, soulignant, encore une fois, que le droit n'est pas un système qui fonctionne en vase clos, mais qui, au contraire, est ouvert au contexte politique, historique et social qui l'entoure.

---

<sup>1471</sup> C. VIMBERT, *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, op. cit., p. 114.





# Conclusion de la Première Partie

Si le droit est considéré actuellement comme un instrument de régulation et de changement, il reste pour autant rattaché à ses origines, à ses sources. En effet, « aussi révolutionnaire et novatrice soit-elle, toute loi présuppose un ensemble de contextes interprétatifs qui lui préexistent, l'entourent et lui survivent sans que ces lois soient en mesure de les affecter radicalement »<sup>1472</sup>. La prise en compte du passé apparaît donc nécessaire pour les différentes opérations juridiques. La fondation du droit par le passé se manifeste alors par différentes fonctions et différents usages juridiques du passé.

L'appel au passé est mobilisé à la fois pour accomplir des fonctions systémiques ou méta-juridiques et pour des fonctions juridiques. Parmi les premières, le passé peut servir de fondement, d'ancrage pour la prétention à l'autorité du système dans son ensemble. En s'inscrivant dans la continuité historique et en faisant appel à un récit du passé commun comme facteur d'unité, le pouvoir constituant légitime la Constitution, l'ordre juridique qu'il met en place et les institutions de cet ordre juridique. Une fois le système mis en place, l'appel au passé joue une fonction herméneutique. La contextualisation de la norme permet aussi une meilleure application de la norme et des faits soumis au juge.

Mais ces différents usages du passé peuvent faire l'objet d'une critique s'ils conduisent vers un conservatisme ou une vision passéiste du droit. En effet, un droit entièrement déterminé par le passé et voué uniquement à la conservation des traditions ou du *Volkgeist*, pourrait condamner la société à la stagnation. Toutefois, le développement de théories syncrétiques d'interprétation comme le *living originalism* aux États Unis, ou la combinaison des méthodes historiques et évolutives suivies par le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme, démontrent que le recours au passé et la prise en compte du contexte ne sont pas incompatibles avec une vision progressiste du droit. Le juge ou le législateur, prenant en compte à la fois l'histoire de la norme, le contexte historique de la communauté qu'elle organise et les besoins sociaux de son époque, doit donc chercher un équilibre, une articulation « non seulement les repères du passé et les sollicitations d'un présent tendu vers l'avenir, mais, plus profondément, plus substantiellement, les changements

---

<sup>1472</sup> F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 80.

et les permanences »<sup>1473</sup>. De même, si les normes qui trouvent leur origine ou leur fondement dans la coutume ou dans la tradition, peuvent jouer un rôle important dans le système actuel, elles restent néanmoins minoritaires. De plus, malgré leur ancrage dans le passé, ces normes, reconnues et même créés par le juge, peuvent être considérées comme des palliatifs de l'éventuelle lenteur des mécanismes de changement ou de modification du droit écrit. Sous couvert d'une tradition ou d'une coutume, une vision progressiste du droit peut ainsi être véhiculée.

Le passé qu'est ainsi utilisé par le droit se manifeste de différentes manières. En effet, pour pouvoir faire l'objet d'un usage juridique, le passé doit être représenté ou reconstruit. L'opérateur juridique peut premièrement faire appel aux récits historiques, c'est notamment le cas dans la contextualisation historique des normes et des faits. Le juge mobilise le discours des historiens, qu'il peut même faire intervenir dans le procès, afin de mieux comprendre les faits de l'affaire ou les enjeux liés à l'application d'une norme. Il peut aussi prendre appui sur les différentes constructions mémorielles élaborées, notamment, par les discours politiques. La conception des principes généraux du droit comme expression de la « conscience nationale » ou les références à « l'esprit républicain » impliquent ainsi une prise en compte de représentations mémorielles enracinées dans le discours public. Toutefois, le juge ou le législateur peuvent aussi construire leur propre représentation du passé. Ce récit n'a toutefois qu'une vocation utilitaire, c'est un instrument mobilisé par le droit afin de légitimer sa propre activité. L'objet principal de l'opération juridique reste la construction du système ou l'application de normes et non la construction en soi de ce récit du passé. Ce dernier n'a pas une prétention à s'ériger en substitut d'une quelconque vérité objective et substantielle, mais seulement à alimenter la prétention à la légitimité du système, de la norme et de son application.

---

<sup>1473</sup> S. GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit*, Paris : Vrin, 2007, p. 78.





UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE  
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT FISCAL

**Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit**

*Histoire, mémoire et droit :  
les usages juridiques du passé*

*Présentée et soutenue publiquement par*

**Ariana MACAYA LIZANO**

*Le 23 septembre 2014*

Sous la direction de

**M. Michel VERPEAUX**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Membres du Jury :**

Mme. Julie BENETTI, Professeur à l'Université de Reims (rapporteur)

M. Jean-Noël JEANNENEY, Professeur émérite des universités à l'Institut d'études politiques de Paris

M. Xavier PHILIPPE, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (rapporteur)

M. Étienne PICARD, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

M. Michel VERPEAUX, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

*Volume II*



## **Seconde Partie : L'organisation du passé par le droit**





Dans l'œil de la tourmente déclenchée par l'adoption de la loi *Mékachéra* et de sa référence au « rôle positif de la présence française outre-mer »<sup>1474</sup>, qui marqua le début du débat sur les lois mémorielles, le président de la République, J. CHIRAC, essaya d'apaiser les tensions en affirmant que : « L'histoire, c'est la clé de la cohésion d'une nation. Mais il suffit de peu de choses pour que l'histoire devienne un ferment de division, que les passions s'exacerbent, que les blessures du passé se rouvrent. Dans la République, il n'y a pas d'histoire officielle. Ce n'est pas à la loi d'écrire l'Histoire. L'écriture de l'histoire c'est l'affaire des historiens »<sup>1475</sup>. En soulignant l'importance de l'histoire pour le maintien de l'unité nationale, tout en insistant sur l'indépendance de la discipline historique, il relevait l'importance mais aussi la difficulté de l'organisation du passé par le droit.

En effet, la construction d'une représentation collective du passé est une des fonctions du droit, qui garantit ainsi la cohésion et l'unité de la société qu'il régit. Le droit, une fois qu'il a acquis sa légitimation, peut faire usage de sa force prescriptive pour imposer son propre récit du passé, donnant lieu à une mémoire publique officielle. L'organisation du passé devient ici le but, l'objet de l'intervention du droit. Cette mémoire joue un rôle instituant, toutefois elle coexiste avec d'autres récits du passé qui l'alimentent et la limitent.

Le droit doit donc chercher des exemples dans le passé afin de créer un récit qui puisse véhiculer des valeurs permettant le vivre-ensemble. La gestion juridique du passé prend alors des formes diverses. Suivant un modèle traditionnel, elle agit grâce à la mise en place de politiques mémorielles qui célèbrent les épisodes glorieux du passé commun. Néanmoins, l'histoire récente, marquée par les guerres et les crimes contre l'humanité, s'accommode mal d'une logique commémorative. D'autres instruments doivent être mobilisés pour faire face aux passés douloureux. Les politiques d'oubli et de réparation de préjudices de l'histoire permettent ainsi de construire un récit visant l'unité non pas par la glorification des actes héroïques, mais par la reconnaissance et, même, par la repentance des épisodes traumatisants de l'histoire (Titre I).

---

<sup>1474</sup> L'article 4 alinéa 2 consacrait, en effet « 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 » (Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, JO du 24 février 2005 p. 3128).

<sup>1475</sup> J. CHIRAC, *Déclaration du Président de la République sur le débat autour de l'histoire de la France outre-mer, notamment sur la loi du 23 février 2005*, Paris : 9 décembre 2005 [<http://discours.vie-publique.fr/notices/057003767.html>]

Toutefois, cette gestion du passé par le droit est une opération particulièrement délicate, qui peut facilement conduire à un *abus* du passé. L'organisation du passé peut se convertir en une manipulation de celui-ci, et la construction d'une mémoire officielle peut être détournée en une imposition d'une vérité officielle qui écarterait l'existence d'autres récits sur le passé. Cette déformation du passé par le droit implique une atteinte potentielle à des libertés fondamentales, telles la liberté d'expression ou la liberté de recherche des historiens. De plus, et de façon paradoxale, le recours de plus en plus fréquent au droit pour essayer de gérer le passé peut conduire à une fragilisation de la prétention à l'autorité et de la normativité du droit que ce même passé a aidé à construire (Titre II).

# TITRE I. LA MISE EN PLACE D'UNE MÉMOIRE PARTAGÉE

« Et celui qui oublie est destiné à s'en souvenir »  
E. VEDDER, *Nothingman* (1994).

L'Épilogue de la Constitution provisoire de l'Afrique du Sud, mise en place en 1993 pour assurer la transition après la fin de l'Apartheid, soulignait que « la recherche de l'unité nationale, le bien-être de tous les citoyens sud-africains et la paix exigent une réconciliation du peuple d'Afrique du Sud et la reconstruction de la société ». Un mécanisme *sui generis* centré autour de la Commission Vérité et Réconciliation fut alors mis en place pour permettre la réconciliation et la reconstruction de la société après un passé douloureux. Plus que régler les comptes avec ce passé, le but était « de comprendre, de faire connaître, de reconnaître, de réparer, de réhumaniser »<sup>1476</sup>. Cet objectif était résumé par le renvoi à une expression commune aux langues bantoues : l'*ubuntu*. Cette notion, généralisée par les discours de l'archevêque D. TUTU<sup>1477</sup>, implique « une éthique interactive ou une orientation ontique selon laquelle notre identité comme êtres humains est toujours modelée par notre interaction avec l'autre »<sup>1478</sup>. L'Épilogue continuait alors en considérant que l'Afrique du Sud pouvait faire face aux divisions et aux luttes du passé « sur la base d'un besoin de compréhension et non de vengeance, d'un besoin de réparation et non de représailles, d'un besoin d'*ubuntu* et non de victimisation ». Ce besoin d'*ubuntu*, s'il s'inscrit dans un contexte historique et philosophique particulier, peut être généralisé à l'ensemble des sociétés pour la gestion de leur passé, notamment par rapport aux passés traumatiques ou douloureux, dans la quête de la cohésion et du vivre ensemble.

---

<sup>1476</sup> X. PHILIPPE, « Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 227.

<sup>1477</sup> L'archevêque et président de la Commission vérité et réconciliation explique ainsi la notion : « *Ubuntu* est un terme très difficile de traduire dans les langues occidentales. Il se réfère à l'essence même de l'être humain. Quand on veut donner des éloges à quelqu'un, nous disons "Yu, u nobuntu ; 'Hey monsieur X. a *ubuntu*". Alors, vous êtes généreux, vous êtes hospitalier, vous êtes amical, attentionné et compatissant. Vous partagez ce que vous avez. C'est-à-dire, "Mon humanité est inextricablement liée à la vôtre", nous appartenons à un faisceau de vies » [Ubuntu is very difficult to render into a Western language. It speaks of the very essence of being human. When we want to give high praise to someone we say, 'Yu, u nobuntu'; 'Hey so-and-so has *ubuntu*.' Then you are generous, you are hospitable, you are friendly and caring and compassionate. You share what you have. It is to say, 'My humanity is inextricably bound up in yours.' We belong in a bundle of life.'] (D. TUTU, *No future Without Forgiveness*, New York : Doubleday, 1999, p. 34.

<sup>1478</sup> [Ubuntu implies an interactive ethic, or an ontic orientation in which who and how we can be as human beings is always being shaped in our interaction with each other]. (D. CORNELL, K. VAN MARLE, « Exploring *Ubuntu* : Tentative reflections », *African Human Rights Law Journal*, n° 5, 2005, p. 205).

Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme reconnut la préservation du « vivre ensemble » comme un objectif légitime de l'action étatique. En effet, examinant l'interdiction du port de la burqa et du niqab qui découle de la loi française n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public<sup>1479</sup>, elle a considéré qu' « il entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité »<sup>1480</sup>. Parmi les éléments permettant ce « vivre ensemble » les références communes au passé jouent un rôle déterminant. C'est ainsi que l'État participe à la construction d'une mémoire partagée comme moyen d'unité nationale.

Toutefois, dans des sociétés pluralistes, cet objectif de maintien de la cohésion et de garantie des conditions du « vivre ensemble » devient de plus en plus difficile à atteindre. En effet, comme le signale le philosophe J. HABERMAS, « ce qui unit les citoyens d'une société pluraliste – des points de vue tant de l'organisation sociale, des choix culturels que des visions du monde – , ce ne sont avant tout que les principes et les processus relevant d'un ordre artificiel, c'est-à-dire d'un ordre républicain fabriqué dans l'espace du droit »<sup>1481</sup>. Se pose alors la question du choix de ces principes, ainsi que des moyens et des acteurs capables de les véhiculer et de les transmettre dans la société.

Le droit participe alors, dans un premier temps, à la construction d'un récit commun sur le passé. En tant que cadre social de la mémoire collective, il organise les mémoires individuelles et collabore à l'élaboration d'une mémoire collective qui peut servir de fondement commun au groupe social. Par le biais de politiques mémorielles, il met en avant des épisodes de l'histoire nationale lui permettant de véhiculer des valeurs communes servant de fondement à la cohésion nationale (**Chapitre I**). Néanmoins, la multiplication d'épisodes douloureux dans l'histoire récente de la majorité des sociétés, ainsi que la difficulté à surmonter leur héritage, modifient le rôle du droit dans la construction de cette mémoire partagée. Plus que la réminiscence commune d'un passé glorieux, le droit doit assurer la gestion de l'héritage des guerres, de régimes totalitaires ou de violations graves de droits de l'homme afin de pouvoir reconstruire les fondements du « vivre ensemble ». Les stratégies

---

<sup>1479</sup> JO du 12 octobre 2010, p. 18344.

<sup>1480</sup> Cour EDH, Grande chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Affaire S.A.S c. France*, req. n° 43835/11, § 141.

<sup>1481</sup> J. HABERMAS, « Réponses aux questions d'une Commission d'enquête du Bundestag », in *De l'usage public des idées. Écrits politiques 1990-2000* [trad. C. BOUCHINDHOMME], Paris : Fayard, 2005, p. 95.

pour cette gestion des « passés qui ne passent pas »<sup>1482</sup> sont multiples et dépendent, en grande partie, des caractéristiques propres à chaque société. Un équilibre entre l'oubli, la réminiscence et la réparation doit être recherché afin de pouvoir prétendre à la mise en place d'une mémoire apaisée (**Chapitre II**).

---

<sup>1482</sup> Cette expression s'est généralisée à la suite de la publication des recherches des historiens E. CONAN et H. ROUSSO sur la période de l'Occupation en France : *Vichy, un passé qui ne passe pas* (Paris : Fayard, Coll. Pour une histoire du XX<sup>e</sup> siècle, 1994, 327 p.). Elle s'inspire d'un article de l'historien allemand E. NOLTE (« Die Vergangenheit, die nicht vergehen will. Eine Rede, die geschrieben, aber nicht gehalten werden konnte », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 juin 1986), qui se réfère notamment au passé du III<sup>e</sup> Reich en Allemagne. Par extension, il est utilisé pour faire référence à des périodes marquées par des tragédies, des dictatures ou de violations massives de droits de l'homme.



## CHAPITRE I. LA CONSTRUCTION D'UN RÉCIT COMMUN SUR LE PASSÉ

Le décret du 9 avril 2014 relatif à la composition du gouvernement VALLS, rebaptisa le poste de secrétaire d'État aux anciens combattants en lui donnant l'intitulé de « secrétaire d'État chargé des Anciens combattants **et de la mémoire** »<sup>1483</sup>. Intervenue au début du cycle des commémorations du centenaire de la Première Guerre mondiale, cette modification fait écho à un autre changement d'intitulé ministériel qui eut lieu en 1988 avec l'introduction du « Ministère de la culture, de la communication, des grands travaux et du Bicentenaire »<sup>1484</sup>, au moment des commémorations des deux cents ans de la Révolution française. Ils révèlent l'importance du rôle de l'État français et, plus symboliquement, de la République, dans les questions mémorielles. L'historien P. NORA souligne ainsi que la République française « fut capable de créer un consensus par la seule force de sa politique commémorative »<sup>1485</sup>.

L'État a traditionnellement joué un rôle dans la construction d'un récit commun sur le passé comme un élément pour assurer la cohésion et l'unité nationales. En effet, comme le soulignait le sénateur J. BAUDOT dans l'introduction du Rapport d'information sénatoriale *Le défi de la mémoire*, sur la politique de la mémoire menée par le ministère des Anciens combattants et victimes de guerre, « La mémoire collective constitue [...] un ciment puissant pour chaque société puisqu'elle véhicule son histoire et transmet ses valeurs d'une génération à l'autre »<sup>1486</sup>. Néanmoins, les réflexions sur le rôle de l'État dans les politiques mémorielles sont souvent chargées d'une connotation *a priori* négative et conflictuelle, empêchant une réflexion apaisée.

Les termes « mémoire officielle » ou « politique de la mémoire » sont souvent associés, dans l'imaginaire collectif contemporain, à la manipulation et la propagande propres aux dictatures et aux régimes totalitaires. En effet, les expériences du nazisme et du stalinisme ont mis en évidence l'existence du danger de la manipulation du passé<sup>1487</sup>. L'exemple du régime soviétique sous STALINE qui, dans le cadre des purges politiques, décida d'éliminer

---

<sup>1483</sup> JO du 10 avril 2014, p. 6560 [souligné par nous].

<sup>1484</sup> Décret n° 88-823 du 18 juillet 1988 relatif aux attributions du Ministre de la Culture, de la communication, des grands travaux et du Bicentenaire, JO du 20 juillet 1988, p. 9392.

<sup>1485</sup> P. NORA, « De la République à la Nation » in *Les lieux de mémoire*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque illustrée des histoires, Vol. I, 1984, p. 654.

<sup>1486</sup> J. BAUDOT (rapporteur), *Le défi de la mémoire. Politique de la mémoire menée par le ministère des Anciens combattants et victimes de guerre*, Sénat, Rapport d'information n° 6, 1997-1998.

<sup>1487</sup> V. T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, Paris : Arléa, 2004, p. 10.



non seulement physiquement mais aussi symboliquement toute trace des anciens collaborateurs devenus « ennemis du peuple », en allant jusqu'à la manipulation des photographies<sup>1488</sup> ou le cas de la propagande nazi où, comme l'écrivait P. LEVI, « l'histoire entière du "Reich millénaire" peut être relue comme une guerre contre la mémoire »<sup>1489</sup>, contribuent à discréditer l'utilisation officielle du passé.

Toutefois, toute utilisation officielle du passé n'implique pas pour autant une manipulation officielle du passé. Afin d'écartier ces malentendus, il est nécessaire de s'interroger sur le sens des expressions « mémoire collective » et « politiques mémorielles ». Apparues assez récemment dans le débat public, elles véhiculent des notions polysémiques qui font l'objet de controverses. Un retour sur leur origine, notamment à travers les travaux de M. HALBWACHS, permet d'éclairer le rôle que peut jouer l'État dans la construction d'un récit commun sur le passé (Section 1).

Une fois ces clarifications faites, il est possible de s'intéresser à l'évolution des politiques mémorielles auxquelles l'État a recours. En effet, dans la quête de la cohésion sociale, l'État mobilise des acteurs et des politiques variés afin d'essayer de construire une représentation commune du passé permettant aux citoyens de s'identifier à cette mémoire collective. Se pose alors la question de savoir quel contenu donner aux politiques mémorielles et quelles valeurs ou idées communes devraient être transmises. L'examen de l'évolution des narrations du passé mises en place par l'État à travers l'étude des politiques de commémorations et de patrimonialisation en France démontre la difficulté de la mise en place de cette mémoire partagée (Section 2).

---

<sup>1488</sup> C'est le cas notamment de L. TROTSKY, une des principales figures de la révolution d'octobre et le fondateur de l'armée rouge qui, après avoir manifesté son opposition au régime de STALINE, fut expulsé du parti, déporté et effacé de tous les livres d'Histoire ainsi que des photographies officielles pour, finalement, être assassiné durant son exil (V. D. KING, *The Commissar Vanishes. The Falsification of Photographs and Art in Stalin's Russia*, New York : Metropolitan Books, 1997, 192 p.). De même, dans *Le livre du rire et de l'oubli*, l'écrivain M. KUNDERA, retrace l'histoire d'une photo du Premier ministre tchèque K. GOTTWALD entouré de ses camarades donnant un discours qui marquerait l'histoire de la Bohême communiste. À côté de lui, se tenait V. CLEMENTIS, un de ses proches collaborateurs. Cette photo fut reproduite à des milliers d'exemplaires à des fins de propagande. Toutefois, quatre ans plus tard, V. CLEMENTIS fut accusé de trahison et pendu et la section de propagande du parti « le fit immédiatement disparaître de l'Histoire et, bien entendu, de toutes les photographies » (M. KUNDERA, *Le livre du rire et de l'oubli* (1978), Paris : Folio, 1985, p. 14).

<sup>1489</sup> P. LEVI, *Les naufragés et les rescapés* [trad. A. MAUGÉ], Paris : Gallimard, 1989, p. 31.

## **Section 1. Le rôle de l'État dans la construction d'une mémoire collective**

L'analyse du rôle de l'État dans la construction mémorielle implique une réflexion sur les modes et sur les buts de cette intervention. Pour pouvoir cerner les modalités de cette intervention, il faut premièrement s'intéresser à la conceptualisation de la mémoire pour, en particulier, démontrer sa dimension sociale et collective. Les travaux du sociologue M. HALBWACHS permettent de dépasser la conception purement individuelle de la mémoire et de mettre en avant l'idée que l'individu ne peut pas se souvenir seul. L'individu a donc besoin de cadres qui lui permettent de localiser ses souvenirs, pour ainsi reconstruire le passé à partir du présent. Ces cadres sont fournis par les différents groupes auxquels il appartient. L'État peut donc encadrer les mémoires individuelles en fournissant des cadres, participant ainsi à la construction d'une mémoire collective (§ 1).

Se pose alors la question des objectifs de cette intervention. En encadrant les mémoires individuelles, l'État participe à la construction d'une mémoire collective qui, eu égard aux particularités de l'action de l'État, sera caractérisée comme une mémoire publique officielle. Toutefois, la portée de cette mémoire publique officielle, dans le cadre d'une société démocratique pluraliste, est forcément limitée (§ 2).

### ***§ 1. La dimension publique et collective de la mémoire***

La mémoire, comme mode de connaissance du passé, assure deux fonctions distinctes : une fonction de restitution et de préservation du passé ainsi qu'une fonction de transmission et d'application au présent<sup>1490</sup>. Ces deux fonctions étaient traditionnellement étudiées du point de vue de l'individu et toute application collective pouvait sembler incongrue, voire même suspecte : « la conscience et la mémoire peuvent seulement être réalisées par un individu qui agit, qui est conscient et se souvient. Tout comme une Nation ne

---

<sup>1490</sup> F. BÉDARIDA, « Mémoire et conscience historique dans la France contemporaine », in M. VERLHAC, *Histoire et mémoire [actes du colloque de janvier 1997]*, Grenoble : Centre régional de documentation pédagogique de l'académie de Grenoble, 1998, p. 89.

peut pas manger ou danser, elle ne peut ni parler ou se souvenir. Se souvenir est un acte mental et, par conséquent, il est absolu et complètement personnel »<sup>1491</sup>.

Cependant, à partir des années 1980, la notion de « mémoire collective » fit irruption dans le débat public. Elle fit preuve d'un vif succès<sup>1492</sup> en permettant de regrouper sous une même étiquette une multitude de manifestations sociales de nature très hétérogène. Souvenirs partagés, commémorations, politiques muséales, interprétations de passages douloureux de l'histoire, sont ainsi considérés comme faisant partie de la « mémoire collective ». L'historien P. NORA, dans l'ouvrage collectif *La nouvelle histoire*, définit alors la mémoire collective comme « 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 sentiment du passé fait partie intégrante »<sup>1493</sup>.

La mémoire collective n'est pourtant pas un néologisme. Le sociologue M. HALBWACHS, durant la période de l'entre-deux guerres, rédigea deux grandes œuvres qui exploraient la dimension sociale et collective de la mémoire<sup>1494</sup>. Pour mieux comprendre cette dimension publique et sociale de la mémoire, si sollicitée dans le débat contemporain, il est donc nécessaire de s'intéresser à l'œuvre et à l'héritage de HALBWACHS en mettant l'accent sur deux de ses principales thèses : le nécessaire encadrement social de la mémoire individuelle (I) et la possibilité de l'émergence d'une mémoire collective ou sociale (II).

### (I) L'encadrement social de la mémoire individuelle

La sociologie de la mémoire de HALBWACHS suit la tradition durkheimienne selon laquelle les idées ne sont accessibles que par leurs manifestations sociales<sup>1495</sup>. La mémoire serait, sous cet angle, un fait social plus qu'un fait individuel, ce qui permet de dépasser la conception individualiste de la mémoire (A). En s'intéressant aux souvenirs des individus à

---

<sup>1491</sup> [Consciousness and memory can only be realized by an individual who acts, is aware, and remembers. Just as a nation cannot eat or dance, neither can it speak or remember. Remembering is a mental act, and therefore it is absolutely and completely personal]. (A. FUNKENSTEIN, « Collective Memory and Historical Consciousness », *History & Memory*, n° 1, 1989, p. 6).

<sup>1492</sup> V. M-C. LAVABRE, « Usages et mésusages de la notion de mémoire », *Critique internationale*, 2000 n° 7, p. 48-57.

<sup>1493</sup> P. NORA, « Mémoire collective », in J. LE GOFF ET AL., *La nouvelle Histoire*, Paris : Retz, 1978, p. 398.

<sup>1494</sup> M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925) [Éd. et Postface G. Namer], Paris : Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 1997, 367 p., et *La mémoire collective* (1950), [Éd. et Postface G. Namer], Paris : Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 1997, 295 p (ce dernier publié de façon posthume).

l'intérieur des différents groupes sociaux, HALBWACHS avança l'hypothèse selon laquelle les individus ont besoin de cadres fournis par ces groupes afin de structurer et de représenter le passé par le biais de la mémoire (B).

(A) *Le dépassement de la conception de la mémoire centrée sur l'individu*

L'intérêt porté sur la mémoire comme faculté de connaissance remonte à l'Antiquité. ARISTOTE s'intéressait ainsi à la différence qui existe entre μνήμη (mneme) et ανάμνηση (anamnesis)<sup>1496</sup>, entre le souvenir passif et l'activité du rappel, de la recollection. La mémoire implique, selon ARISTOTE, une activité qui fait un lien entre le passé et le présent. Elle n'est pas seulement une empreinte du passé conservée dans l'esprit ou dans la pensée. La mémoire est une reconstruction du passé à partir du présent, elle est toujours une activité, un pont entre le passé et le présent.

L'étude de la mémoire est alors fortement liée à l'individu, seule entité capable d'accomplir cette activité qui permet d'évoquer et de représenter ce qui est absent. Toutefois, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la sociologie naissante s'intéressa aux éléments sociaux et collectifs de la mémoire. Dans le sillage des études d'E. DURKHEIM sur la *conscience collective*, HALBWACHS, consacra une grande partie de son œuvre à la réflexion sur la mémoire depuis une perspective sociale ou collective. Cette œuvre s'insérait dans un mouvement culturel qui se développa en Europe au tournant du XX<sup>e</sup> siècle autour de la remise en question de la conception traditionnelle de la mémoire<sup>1497</sup>. Face à l'accélération du temps liée au développement de la modernité et à la difficulté de transition des différentes sociétés européennes d'un modèle rural traditionnel vers un modèle urbain<sup>1498</sup>, philosophes et artistes s'intéressèrent à l'évocation du passé, des souvenirs, dans la littérature, notamment avec la distinction de la mémoire volontaire et involontaire dans l'œuvre de M. PROUST, dans la musique, avec la place éminente des souvenirs d'enfance souvent refoulés dans la musique de G. MAHLER ou dans la psychologie avec les travaux sur l'inconscient de S. FREUD.

La réflexion de HALBWACHS était, avant tout, une réponse et une critique à la phénoménologie de la mémoire développée par son maître, H. BERGSON, notamment dans son

---

<sup>1495</sup> E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris : Félix Alcan Éd., 1895, Chapitre 1, p. 5-19.

<sup>1496</sup> C'est la thématique principale de son *Traité de la mémoire et de la réminiscence*, (in *Opuscles – Parva Naturalia* [trad. J. BARTHÉLEMY SAINT-HILAIRE], Paris : Dumont, 1847, 444 p.).

<sup>1497</sup> G. NAMER, « Postface », in M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, op. cit., p. 300.

<sup>1498</sup> Ce contexte n'est pas sans rappeler le contexte où se renouvela de l'intérêt sur la mémoire collective à partir des années 1980, avec la crise de la postmodernité.

œuvre *Matière et mémoire*. Dans cette œuvre, H. BERGSON développait trois hypothèses majeures : « I. Le passé se survit sous deux formes distinctes : 1° dans des mécanismes moteurs ; 2° dans des souvenirs indépendants. II. La reconnaissance d'un objet présent se fait par des mouvements quand elle procède de l'objet, par des représentations quand elle émane du sujet. III. On passe, par degrés insensibles, des souvenirs disposés le long du temps aux mouvements qui en dessinent l'action naissante ou possible dans l'espace »<sup>1499</sup>. Pour BERGSON, il y avait donc deux types de mémoire : d'un côté, la mémoire souvenir ou mémoire pure qui enregistre le passé dans l'esprit et, de l'autre côté, la mémoire habitude, celle de la répétition. Il symbolisa la mémoire comme un cône inversé dans la pointe est tangent à un plan. Le cône représente la mémoire, c'est-à-dire un réservoir d'images que notre esprit cumule, le plan représente le présent. Entre les deux, la pointe est un filtre qui ne laisse passer au présent que les souvenirs habitudes, le reste des souvenirs purs restant enfouis dans notre esprit. La mémoire pour BERGSON était alors une activité de remémoration des images puisées dans un recevoir contenu dans l'esprit de tout individu.

À cette approche centrée sur l'individu, HALBWACHS répond que la mémoire n'est pas la réactualisation d'une image qui a laissée son empreinte dans l'esprit, mais qu'elle est plutôt une reconstruction rationnelle du passé faite à partir de cadres que l'individu puise dans la conscience du groupe<sup>1500</sup>. Les souvenirs, même les plus personnels, sont non seulement une reconstruction du passé dans le présent mais, aussi, une construction conditionnée par le présent<sup>1501</sup> et, notamment, par les groupes auxquels appartient l'individu. Ainsi « se souvenir ce n'est pas revivre mais c'est reconstruire un passé à partir des cadres sociaux du présent »<sup>1502</sup>. Contre toute une tradition qui remontait jusqu'à l'Antiquité, les travaux de HALBWACHS prouvaient « que la fonction mentale élémentaire qui est généralement réputée comme la plus individuelle et la plus personnelle de toutes, est en réalité toute pénétrée d'influences collectives qui en règlent et déterminent les démarches »<sup>1503</sup>.

<sup>1499</sup> H. BERGSON, *Matière et mémoire* (1896), 7<sup>e</sup> éd. (1939), Paris : PUF, Coll. Quadrige, 1990, p. 81.

<sup>1500</sup> Sur la critique de HALBWACHS à son maître v. G. NAMER, « Postface », *op. cit.*, p. 317.

<sup>1501</sup> Il développa cet aspect dans l'introduction à son œuvre *La topographie légendaire des Évangiles. Étude de mémoire collective*, où il souligna « la mémoire collective est essentiellement une reconstruction du passé, si elle adapte l'image des faits anciens aux croyances et aux besoins spirituels du présent, la connaissance de ce qui était à l'origine est secondaire sinon tout à fait inutile, puisque la réalité du passé n'est plus la » (M. HALBWACHS, *La topographie légendaire des Évangiles. Étude de mémoire collective* [préf. F. DUMONT], Paris : PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1971, p. 7).

<sup>1502</sup> G. NAMER, *op. cit.*, p. 329.

<sup>1503</sup> Cet apport fut ainsi souligné dans la revue critique faite par le philosophe et psychologue C. BLONDEL au moment de la publication des *Cadres* (*Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1926, p. 198).

## (B) *Les cadres sociaux de la mémoire*

Des catégories ou cadres d'origine sociale permettent, selon HALBWACHS, de localiser les souvenirs dans le temps et dans l'espace, de les articuler et de les rendre compréhensibles. Cette idée était déjà présente dans la philosophie de HEGEL, notamment à travers les développements liés à la conscience de soi dans la *Phénoménologie de l'esprit*. La conscience de soi est une des modalités de connaissance les plus problématiques car l'objet et le sujet de la connaissance se trouvent réunis dans une même entité. Pour le philosophe allemand, « la conscience de soi est *en soi* et *pour soi* et parce qu'elle est en soi et pour soi pour une autre conscience de soi ; c'est-à-dire qu'elle n'est qu'en tant qu'être reconnu »<sup>1504</sup>. L'existence de la conscience de soi comme forme de connaissance dépend alors de l'existence de l'autre, de la prise en compte de sa position dans la société, de sa *reconnaissance*. Pour pouvoir se connaître et faire face au paradoxe de son auto-référentialité, la conscience de soi se présente sous une double facette : elle à la fois l'activité de reconnaître la conscience et d'être reconnue comme conscience<sup>1505</sup>.

La réflexion hégélienne peut alors être transposée à un autre mode de connaissance : le souvenir et la mémoire. L'avant-propos des *Cadres sociaux de la mémoire* présente le cas d'une petite fille abandonnée et trouvée dans les bois en 1731. Esclave issue d'un village d'esquimaux, elle avait vécu dans des sociétés diverses mais elle était incapable de se souvenir de son passé sans l'aide d'images qui reconstituaient le groupe auquel elle avait une fois appartenu. Cet exemple permit au sociologue de démontrer à quel point « la mémoire dépend de l'entourage social »<sup>1506</sup>. L'activité mentale, certes individuelle, ne peut pas opérer dans le vide, elle a besoin de références, de repères spatio-temporels qui lui sont fournis par le groupe auquel elle fait partie. Par conséquent, HALBWACHS souligne qu'« on ne peut se souvenir qu'à condition de retrouver, dans les cadres de la mémoire collective, la place des événements passés qui nous intéressent »<sup>1507</sup>. Il définit ainsi ces cadres :

« Par cadre de la mémoire nous entendons, non pas seulement l'ensemble de notions qu'à chaque moment nous pouvons apercevoir, parce qu'elles se trouvent plus ou moins dans le champ de notre conscience, mais toutes celles où l'on parvient en partant de celles-ci, par une opération de l'esprit analogue au simple raisonnement. [...] Les cadres dont nous parlons, et

---

<sup>1504</sup> G. W. F. HEGEL, *La phénoménologie de l'esprit* (1807) [Trad. J. HYPOLITE], Tome I, Paris : Éd. Montaigne, Coll. Philosophie de l'esprit, 1939, p. 155.

<sup>1505</sup> V. sur ce point A. FUNKENSTEIN, « Collective Memory and Historical Consciousness », *op. cit.*, p. 7.

<sup>1506</sup> M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, *op. cit.*, 1997, p. V.

<sup>1507</sup> *Ibid.*, p. 278.

qui nous permettent de reconstruire nos souvenirs après qu'ils ont disparu ne sont pas, nous l'avons dit, purement individuels : ils sont communs aux hommes d'un même groupe »<sup>1508</sup>.

Ces cadres, à partir desquels opère la mémoire de l'individu, ne sont pas des simples moules dans lesquels viendraient se couler une matière déjà présente dans l'esprit de l'individu. En effet « les cadres collectifs de la mémoire ne sont pas [...] de simples formes vides où les souvenirs, venus d'ailleurs, viendraient s'insérer, ils sont au contraire précisément les instruments dont la mémoire collective se sert pour recomposer une image du passé qui s'accorde à chaque époque avec les pensées dominantes de la société »<sup>1509</sup>. Ces cadres sont donc le produit de l'activité du groupe auquel l'individu appartient. HALBWACHS se pencha alors, dans un second temps, sur l'étude des phénomènes de mémoire depuis la perspective de ces groupes, introduisant alors la notion de *mémoire collective*.

## (II) L'émergence d'une mémoire collective et sociale

La paternité de la notion de *mémoire collective* revient donc à HALBWACHS. Toutefois, la caractérisation donnée par le sociologue ne permet pas d'avoir accès à une définition claire et unitaire de la notion, ce qui fut l'objet de nombreuses critiques (A). Malgré cet obstacle, les éléments dégagés par le sociologue offrent des pistes pour étayer une définition opérative de la mémoire collective qui corresponde aux usages contemporains. Cette définition insiste sur l'articulation nécessaire entre les mémoires collectives et individuelles et sur l'importance de la cohésion du groupe porteur de cette mémoire collective (B).

### (A) *Les controverses autour de la notion de mémoire collective*

Après avoir pris l'individu comme point focal de sa réflexion, HALBWACHS se pencha sur l'étude des groupes auxquels cet individu appartient et qui lui fournissent les cadres sociaux pour sa mémoire. Cette transition est résumée par l'auteur au début du chapitre V des *Cadres sociaux de la mémoire* :

« Il a été souvent question, dans les pages précédentes, de la mémoire collective et de ses cadres, sans qu'on l'ait envisagée du point de vue du groupe ou des groupes dont elle serait une des fonctions les plus importantes. Nous nous en sommes tenus jusqu'ici à observer et

---

<sup>1508</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>1509</sup> *Ibid.*, p. VII.

signaler tout ce qu'il entre de social dans les souvenirs individuels, c'est-à-dire dans ceux où chaque homme retrouve son propre passé, et croit souvent ne retrouver rien que cela. À présent que nous avons reconnu à quel point l'individu est, à cet égard comme à tant d'autres, dans la dépendance de la société, il est naturel que nous considérions le groupe lui-même comme capable de se souvenir, et que nous attribuions une mémoire à la famille, par exemple, aussi bien qu'à tout autre ensemble collectif »<sup>1510</sup>.

Il centra alors son étude autour de trois groupes qui structurent la mémoire individuelle : la famille, la religion et la classe sociale. Il introduit ainsi la notion de *mémoire collective*, qu'il développa dans l'œuvre homonyme publiée de façon posthume<sup>1511</sup>. Toutefois, malgré le succès que cette expression allait rencontrer, elle ne fut pas clairement définie par son propre auteur. G. NAMER, faisant référence aux carnets du sociologue, explique que HALBWACHS hésitait même sur l'emploi du terme. Il expose « qu'en 1944, même si l'ensemble du monde a gardé le mot de mémoire collective comme symbole de la destinée des *Cadres sociaux*, dans le for intérieur de sa pensée, Halbwachs parle de "mémoire sociale" »<sup>1512</sup>.

De l'étude des différents groupes abordés par M. HALBWACHS, il ressort cependant que la mémoire collective n'est pas simplement l'addition des mémoires individuelles qui conforment ce groupe et qu'il ne s'agit pas de l'extension d'une notion propre à la psychologie envers une autre discipline<sup>1513</sup>. Les groupes auxquels appartiennent les individus construisent leur propre mémoire à partir des cadres qu'ils fournissent à la mémoire individuelle. La mémoire collective charpente les mémoires individuelles et, en même temps, découle de cet ensemble. Par conséquent, « on peut dire aussi bien que l'individu se souvient en se plaçant au point de vue du groupe, et que la mémoire du groupe se réalise et se manifeste dans les mémoires individuelles »<sup>1514</sup>. Par « mémoire collective », HALBWACHS fait alors référence à deux phénomènes complémentaires : l'encadrement social de mémoires individuelles par les cadres sociaux et les représentations mémorielles collectives<sup>1515</sup>.

---

<sup>1510</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>1511</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, *op. cit.*, 295 p.

<sup>1512</sup> G. NAMER, « Postface » in M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, *op. cit.*, p. 320.

<sup>1513</sup> L'interprétation de la notion de *mémoire collective* dans la pensée de HALBWACHS fait l'objet de discussion dans la doctrine. En particulier, les commentateurs s'interrogent sur l'usage de la notion de *mémoire sociale* et sur l'articulation de la conception de la mémoire développée dans les *Cadres* avec celle exposée dans l'œuvre postérieure. V. sur ce point J. E. CRAIG, « Maurice Halbwachs à Strasbourg », *Revue française de sociologie*, n° 20, 1979, p. 273-292.

<sup>1514</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, *op. cit.*, p. VIII.

<sup>1515</sup> HALBWACHS, suivant la tradition durkheimienne, insiste sur les manifestations sociales de cette mémoire sociale ou collective. Les groupes produisent ainsi des représentations communes du passé, notamment à travers les commémorations ou les traditions (V. J. K. OLICK, « Collective Memory : The Two Cultures », *Sociological Theory*, n° 3, Vol. 17, 1999, p. 336).



L'emploi de cette notion fut alors critiquée, notamment par M. BLOCH qui lui niait toute utilité, considérant que les interactions groupales auxquelles HALBWACHS faisait référence pouvaient s'expliquer en simples termes de transmission : « Libre à nous de prononcer le mot de "mémoire collective", mais il convient de ne pas oublier qu'une partie au moins des phénomènes que nous désignons ainsi sont tout simplement des faits de communication entre individus »<sup>1516</sup>. D'autres critiquaient la valeur conceptuelle de la *mémoire collective*. Pour ces auteurs, ce terme « ne serait qu'une métaphore, une propriété attachée à une entité généralisée comme la société. Il a l'avantage d'être une description vive et illustrative, mais comme un outil d'explication il est inutile et même trompeur »<sup>1517</sup>. La mémoire ne serait qu'individuelle, les cadres ne seraient sociaux par leurs buts et non pas par leur origine. Plus que de mémoire collective il faudrait plutôt parler de mythes ou de stéréotypes. Par conséquent, la mémoire collective ne serait « qu'une version fabriquée de la même mémoire personnelle ajustée à ce que l'esprit considère, de façon correcte ou non, comme approprié à un contexte social donné »<sup>1518</sup>. D'un autre côté, si la théorie de HALBWACHS réussit à démontrer que les groupes sociaux construisent leur propre identité grâce à une version commune du passé, toutefois, elle ne mit pas clairement en évidence les modalités de cette construction et la dynamique du travail de mémoire collective<sup>1519</sup>. En dernier lieu, son œuvre est aussi critiquée par la place trop importante donnée au déterminisme social.

Malgré ces critiques, la notion de mémoire collective fut adoptée par le discours de différentes sciences sociales. En effet, les mécanismes de génération, conservation et transmission de la mémoire collective intéressent plusieurs disciplines : la sociologie, le droit, l'histoire, l'anthropologie. À la suite de travaux de HALBWACHS de nombreux chercheurs s'intéressèrent donc aux liens entre la mémoire individuelle et la mémoire collective. L'objet de la présente étude n'est pas de retracer ces différentes théories, toutefois, certains développements postérieurs à l'œuvre de HALBWACHS permettent de mieux comprendre les

---

<sup>1516</sup> M. BLOCH, « Mémoire collective, tradition et coutume », *Revue de synthèse historique*, n° 12, 1925, p. 79.

<sup>1517</sup> [The only legitimate use of the term "collective memory" is [...] a metaphorical one, namely as some property attached to some generalized entity such as "society". It has the advantage of being a vivid and illustrative description, but as an explanatory tool it is useless and even misleading]. (N. GEDI, Y. ELAM, « Collective Memory. What Is It ? », *History & Memory*, n° 1, Vol. 8, 1996, p. 43).

<sup>1518</sup> [Collective memory is actually a fabricated version of that same personal memory adjusted to what the individual mind considers, rightly or not, as suitable in a social environment]. (*Ibid.*, p. 47).

<sup>1519</sup> B. MISZTAL, *Theories of Social Remembering*, Maidenhead / Philadelphie : Open University Press, Coll. Theorizing Society, 2003, p. 54.

liens entre la mémoire collective et la mémoire individuelle et l'encadrement social de ces phénomènes.

Face aux critiques du déterminisme social dans les phénomènes d'encadrement de la mémoire collective, le sociologue R. BASTIDE mit en avant l'importance de la mémoire individuelle dans la construction d'un récit commun sur le passé. À partir d'une étude sur les communautés religieuses d'origine africaine au Brésil, il insistait sur le fait que la mémoire collective est avant tout composée par les connexions entre les diverses mémoires individuelles, reprenant ici l'idée que cette mémoire s'explique avant tout comme un phénomène de transmission d'information<sup>1520</sup>. Cette composante individuelle doit alors être prise en compte dans l'examen des mécanismes qui encadrent et qui déterminent la mémoire collective.

De même, la théorie structurelle de la mémoire tente d'expliquer les mécanismes de transmission qui caractérisent la mémoire collective en la comparant au langage. Pour illustrer cette comparaison, l'historien A. FUNKENSTEIN fait appel à la distinction introduite par la linguistique entre la *langue* et la *parole*. Pour le linguiste F. DE SAUSSURE la *langue* est « un produit social de la faculté du langage et un ensemble de conventions nécessaires, adoptées par le corps social pour permettre l'exercice de cette faculté chez les individus »<sup>1521</sup>, elle est donc une convention, un système de symboles. La *parole*, de son côté, est le résultat de l'utilisation de la langue, c'est le produit de la communication. Ainsi, « en séparant la langue de la parole, on sépare du même coup : 1° ce qui est social de ce qui est individuel ; 2° ce qui est essentiel de ce qui est accessoire et plus ou moins accidentel ». La mémoire collective est similaire à la *langue* car elle peut être caractérisée comme un système de signes, symboles et pratiques : des dates de commémorations, des noms de lieux, de monuments, des musées et des textes, entre autres<sup>1522</sup>. La mémoire individuelle serait similaire à une *parole*, elle est la réalisation de ses symboles, à partir du point de départ et dans le cadre du système de signes mis en place par la mémoire collective<sup>1523</sup>.

---

<sup>1520</sup> R. BASTIDE, « Mémoire collective et sociologie du bricolage », *L'année sociologique*, Vol. 21, 1970, p. 92.

<sup>1521</sup> F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale* (1916) [éd. de T. DE MAURO, Postface L.-J. CALVET], Paris : Éd. Payot, 1972, p. 25.

<sup>1522</sup> [Collective memory [...] like "language" can be characterized as a system of signs, symbols, and practices : memorial dates, names of places, monuments and victory arches, museums and texts, customs and manners, stereotyped images (incorporated, for instance, in manners of expression), an even language itself]. (A. FUNKENSTEIN, *Perceptions of Jewish History*, Berkeley : University of California Press, 1993, p. 6).

<sup>1523</sup> A. FUNKENSTEIN, « Collective Memory and Historical Consciousness », *op. cit.*, p. 7.

La mémoire collective se situe alors au point de rencontre de l'individuel et du collectif, du psychique et du social. Il n'y a donc pas une opposition entre mémoire individuelle et collective, ni une « réification du concept de mémoire collective »<sup>1524</sup> mais plutôt une articulation entre les deux. La mémoire collective, qui se manifeste alors comme un système de signes, symboles et pratiques, est ainsi plus que la somme des mémoires individuelles, mais elle ne peut pas se comprendre sans une référence aux mémoires individuelles qui la composent.

### (B) *Mémoire collective et identité du groupe*

Ces brèves réflexions autour du concept de mémoire mettent l'accent sur la dimension sociale de ce mode de connaissance du passé et, de façon corollaire, insistent sur l'importance de ces représentations communes du passé dans la constitution même du groupe social. Ceci permet de faire le lien entre les représentations collectives du passé et l'identité, comme l'explique l'historien T. TODOROV : « La représentation du passé est constitutive non seulement de l'identité individuelle – la personne présente est faite de ses propres images d'elle-même – mais aussi de l'identité collective. Or qu'on le veuille ou non, la plupart des être humains ont besoin de ressentir leur appartenance à un groupe »<sup>1525</sup>.

Le groupe, qui fournit les cadres sociaux à la mémoire individuelle, permet à l'individu, en même temps, de se situer à l'intérieur de ce groupe et d'inscrire ses mémoires dans celles du groupe dans son ensemble, c'est-à-dire dans la mémoire collective. Ce processus favorise la cohésion et l'identité. Tout groupe social tire alors son unité des mémoires communes au groupe, mais aussi de l'unité des cadres sociaux qui structurent la mémoire de ses membres. L'existence de cadres sociaux qui organisent les souvenirs individuels renforce donc les ressemblances internes du groupe. Par conséquent, la mise en place de la mémoire collective implique un « travail d'homogénéisation des représentations du passé et de réduction de la diversité des souvenirs »<sup>1526</sup>. Ce travail est la fois cause et conséquence du caractère social et collectif de cette mémoire.

---

<sup>1524</sup> « Contrairement à ce que suggère la réification du concept de mémoire collective, la mémoire est dite collective non pas parce qu'elle est la mémoire du groupe en tant que groupe mais parce que le collectif, le social est l'état dans lequel existent les individus ». (S. GENSBURGER, M-C. LAVABRE, « Entre "devoir de mémoire" et "abus de mémoire" : la sociologie de la mémoire comme tierce position », in B. MÜLLER (dir.), *L'histoire entre mémoire et épistémologie*, Lausanne : Éd. Payot Lausano, Coll. Sciences humaines, 2005, p. 88).

<sup>1525</sup> T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, op. cit., p. 52.

<sup>1526</sup> M-C. LAVABRE, « Usages et mésusages de la notion de mémoire », *Critique internationale*, 2000 n° 7, p. 50

En insistant sur la relation avec l'identité du groupe, il est possible de définir la mémoire collective comme « l'ensemble des manifestations qui non seulement révèlent, donnent à voir, à lire ou à penser la présence du passé [...] mais qui ont pour fonction – ou simplement pour effet- de structurer l'identité du groupe ou de la nation, donc de les définir en tant que tels et de les distinguer d'autres entités comparables »<sup>1527</sup>.

Cette définition reprend ainsi les différents aspects propres à toute mémoire – le fait d'être une reconstruction du passé qui l'actualise dans le présent – et les combine avec le caractère social et collectif. Ce dernier se manifeste particulièrement dans l'objectif ou l'effet de la mémoire collective : structurer l'identité du groupe. Il est important de souligner que cette structuration est considérée comme un but mais aussi comme une simple conséquence, ce qui met en avant une nouvelle caractéristique de la mémoire collective : elle peut se conformer de façon plus ou moins spontanée ou elle peut faire l'objet d'une volonté explicite d'organisation de la part du groupe. La mémoire collective peut donc être le fruit d'une volonté affichée du groupe afin de donner une certaine image du passé.

Cette distinction motiva le développement d'une nouvelle classification à l'intérieur de la notion de mémoire collective. S'intéressant au processus de transmission et de structuration du groupe, l'historien J. ASSMANN développa ainsi les notions de *mémoire communicative* et *mémoire culturelle*. La mémoire communicative est celle formée par les souvenirs des individus et qui est transmise de façon informelle, notamment par le biais de la communication orale quotidienne. La mémoire culturelle, de son côté, « préserve l'inventaire de connaissances à partir duquel un groupe prend conscience de son unité et de sa particularité »<sup>1528</sup>. Cette mémoire est externalisée et se traduit par des manifestations objectives, par une collection de références au passé composée d'images, de monuments, de commémorations, d'écrits et autres structures qui créent une mémoire partagée pour tout un groupe. Cette mémoire sert, à son tour, de fondement pour l'identité de ce groupe. Ces différentes manifestations impliquent alors une logique d'identification qui peut se faire soit de façon positive, en insistant sur les éléments qui composent le groupe – la fête nationale, le souvenir des héros de l'indépendance-, soit de façon négative, en insistant sur des éléments dont leur rejet ou leur condamnation peuvent être un facteur d'unité – la condamnation d'un

---

<sup>1527</sup> H. ROUSSO, « Pour une histoire de la mémoire collective : l'après-Vichy », in D. PESCHANSKI, M. POLLAK, H. ROUSSO (dir.), *Histoire politique et sciences sociales*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Questions au XX<sup>e</sup> S, p. 251.

<sup>1528</sup> J. ASSMANN, « Collective Memory and Cultural Identity », *New German Critique*, Vol. 65, 1995, p. 130.

passé totalitaire, la repentance collective face à un passé douloureux<sup>1529</sup>. La mémoire culturelle implique alors une organisation, une structure où l'État et le droit peuvent jouer un rôle.

## ***§ 2. Les objectifs de l'intervention étatique dans la construction mémorielle***

La réflexion de HALBWACHS sur les cadres sociaux de la mémoire et la mémoire collective s'est centrée sur l'étude des groupes intermédiaires comme l'église ou la famille. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si un groupe plus large ou une communauté de groupes, dans un cadre étatique, peuvent aussi être le support d'une mémoire collective.

L'État a traditionnellement été un des vecteurs de la représentation collective du passé. En effet, s'il fait souvent référence au passé pour asseoir sa légitimité au temps des fondations, il peut utiliser cette légitimation pour produire un récit officiel du passé afin de maintenir la cohésion nationale ainsi que pour donner des repères communs ou des cadres collectifs aux membres qui composent la nation. L'État dispose ainsi d'une légitimation qui lui permet d'exercer un « pouvoir de contrainte mémorielle »<sup>1530</sup> et d'imposer les représentations du passé qu'il produit (I). Toutefois, dans le cadre d'une société ouverte et démocratique, la mémoire publique officielle construite par l'État ne peut pas prétendre à remplacer toutes les mémoires collectives et individuelles qui existent en son sein. Par conséquent, le pouvoir de contrainte mémorielle étatique doit faire l'objet de limitations (II).

### **(I) La configuration d'une mémoire publique officielle**

La cohésion nationale n'est pas une donnée naturelle, elle doit être construite et maintenue grâce à l'action de l'État. Pour accomplir et maintenir cette cohésion, les États élaborent un récit public et collectif du passé afin d'encadrer et d'exercer une influence sur les mémoires individuelles. La mémoire publique officielle peut être ainsi définie comme « une

---

<sup>1529</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>1530</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, Paris : PUF, 2010, p. 5.

tentative consciente des élites au pouvoir de diriger le souvenir public du passé »<sup>1531</sup>. Pour sa construction, l'État mobilise des instruments de droit public afin de produire un récit du passé qui permet aux individus composant cet État d'encadrer leurs propres souvenirs tout en s'intégrant à l'unité nationale. Les gouvernements pratiquent, par conséquent, une sorte « d'ingénierie historique » qui cherche à maintenir le bien-être et la stabilité de la nation par le parrainage d'un point de vue particulier sur le passé<sup>1532</sup>.

Cette mémoire publique officielle peut prendre des formes diverses en fonction de l'État et du contexte historique. Il est néanmoins possible de repérer, à la suite des travaux du professeur B. F. HAVEL, cinq caractéristiques principales des mémoires publiques officielles<sup>1533</sup>. En effet, partant de l'étude des discours publics mémoriels développés en Autriche après la Seconde Guerre mondiale, il constate que ces interprétations publiques et officielles du passé se caractérisent par leur sélectivité, leur caractère construit, la tendance à la mythification, leur incorporation et leur « présentisme ». La mémoire publique officielle est donc, premièrement, très sélective dans le traitement du passé. Tout le passé d'une Nation n'est pas mobilisé par l'État qui, au contraire, réalise un *choix* afin de mettre en avant les moments du passé national les plus propices à promouvoir la cohésion nationale. Les épisodes du passé ainsi sélectionnés sont alors *reconstruits* afin de pouvoir s'adapter aux buts définis par l'État et aux formes de son intervention. Dans la mise en place de cette mémoire, le gouvernement est alors moins préoccupé par la fidélité historique que par la création d'un récit qui puisse simplifier un passé souvent très complexe afin de le rendre opératoire, ce qui conduit souvent à une vision mythique du passé. Toutefois, les distances prises par la mémoire par rapport à la vérité historique ne peuvent pas être trop importantes au risque de se transformer en une déformation de la réalité qui s'assimilerait plus à de la propagande.

Dans des sociétés pluralistes où plusieurs groupes avec des passés différents peuvent converger, la mémoire publique officielle cherche à *incorporer*, voire même, dans certains cas, à neutraliser, les contre-récits mémoriels qui peuvent surgir. La mémoire publique officielle doit donc s'adapter et chercher des moyens afin de prendre en compte les revendications mémorielles des différents groupes qui la composent. Finalement, cette mémoire officielle, comme toute autre mémoire, se caractérise par son « présentisme ».

---

<sup>1531</sup> [Official memory is a conscious attempt by ruling elites to steer a public recollection of the past] (B. F. HAVEL, « In Search of a Theory of a Public Memory : The State, the Individual, and Marcel Proust », *Indiana Law Journal*, n° 3, Vol. 80, 2005, p. 608).

<sup>1532</sup> *Ibid.*, p. 613.

<sup>1533</sup> *Ibid.*, p. 612.

L'historien F. HARTOG a élaboré la notion de « régime d'historicité » comme outil heuristique afin de comprendre comment une société traite son passé, comment elle le vit, le représente et l'articule avec son présent et son futur. Le régime d'historicité qui caractérise les sociétés actuelles est celui du « présentisme », où prédomine le présent sur le futur et le passé<sup>1534</sup>. Toutefois, il faut nuancer cette prédominance du présent. L'historien T. TODOROV considère ainsi que « le recouvrement du passé est indispensable ; cela ne veut pas dire que le passé doit régir le présent, c'est celui-ci, au contraire, qui fait du passé l'usage qu'il veut »<sup>1535</sup>. Dans le cas de la mémoire publique, le « présentisme » implique qu'elle est construite au service des besoins *présents* de la société.

La construction de cette mémoire publique officielle nécessite alors l'adoption de *politiques mémorielles* qui peuvent être définies, à leur tour, comme « l'ensemble des interventions des acteurs publics visant à produire et à imposer une mémoire publique officielle à la société à la faveur du monopole d'instruments d'action publique »<sup>1536</sup>.

Le développement des politiques mémorielles s'est surtout manifesté, en France, à partir du XIX<sup>e</sup> siècle. Durant cette première période, l'État véhiculait et imposait sa version du passé grâce à l'enseignement de l'histoire et au contrôle des programmes scolaires. Le travail de l'historien était alors mis au service de la recherche de la cohésion et de l'unité nationale. C'est le cas du célèbre manuel scolaire de LAVISSE qui forma des nombreuses générations de citoyens. Ainsi, pour l'historien P. NORA, le manuel de LAVISSE représentait « l'effort le plus cohérent pour instaurer une légitimité politique tout en déclarant close l'ère des révolutions. Par une conception militante de l'éducation il a appuyé le culte de la patrie sur celui de la liberté ; une notion très simple sur une notion chargée d'équivoque »<sup>1537</sup>.

Le développement de l'histoire comme science sociale, uni à l'affranchissement de l'historien du pouvoir politique marquèrent une mise à distance entre le récit historique et le récit mémoriel et obligèrent l'État à avoir recours à d'autres « institutions mnémotechniques de la nation »<sup>1538</sup>. Parmi elles, la plus importante est la commémoration. En effet, comme

---

<sup>1534</sup> F. HARTOG, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences de l'histoire*, Paris : Seuil, Coll. Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2003, 257 p.

<sup>1535</sup> T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, op. cit., p. 24.

<sup>1536</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 16.

<sup>1537</sup> P. NORA, « Ernest Lavissee : son rôle dans la formation du sentiment national », *Revue historique*, n° 1, 1962, p. 104.

<sup>1538</sup> Expression employée par l'historien M. FUMAROLI, « Préface » in HAUT COMITÉ DES CÉLÉBRATIONS NATIONALES, *Recueil des célébrations nationales 2012* [en ligne], [<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle/celebrations-nationales/recueil-2012/preface/>].

l'explique G. NAMER, « étudier la commémoration comme une façon d'imposer une mémoire collective, c'est chercher pour la IV<sup>e</sup> République ce qui a remplacé les effets des manuels scolaires de la III<sup>e</sup> République »<sup>1539</sup>. La commémoration d'un fait historique répond à deux logiques complémentaires. D'une part, elle conforte la cohésion nationale autour d'événements qui peuvent refléter des croyances ou des valeurs communes, d'autre part, elle vise à intégrer les mémoires de groupes qui peuvent se sentir exclus en mettant en avant un élément propre à leur histoire tout en le rattachant à la grande histoire nationale.

En général, le rôle de l'État dans la configuration des commémorations nationales est accepté et considéré comme légitime. La Cour européenne des droits de l'homme a même reconnu l'intérêt public des commémorations nationales. À propos des célébrations de la fête nationale grecque, elle considéra que « de telles commémorations d'événements nationaux servent, à leur manière, à la fois des objectifs pacifistes et l'intérêt public »<sup>1540</sup>. En effet, dans l'affaire *Efstratiou c. Grèce*, les requérants étaient des témoins de Jéhovah. Considérant que le pacifisme était un dogme fondamental de leur foi, ils avaient demandé au lycée où étudiait leur fille de la dispenser de participer à toute manifestation contraire à leurs convictions religieuses, y compris la commémoration des fêtes nationales et les défilés publics. Si le lycée accepta que la fille des requérants soit dispensée de participer au cours d'instruction religieuse et à la messe orthodoxe, il ne la dispensa pas de participer aux défilés qui commémoraient la fête nationale le 28 octobre<sup>1541</sup>, et son absence fut sanctionnée par un renvoi scolaire de deux journées. Les requérants considéraient que ces sanctions étaient contraires à l'article 2 du Protocole n° 1 sur le droit d'instruction et méconnaissaient leur liberté de conscience et de religion. Toutefois, la Cour considéra que, malgré la présence de militaires dans certains défilés, il n'y avait rien dans les modalités de la commémoration qui pouvait heurter les convictions pacifistes des requérants et elle écarta les griefs<sup>1542</sup>.

La place centrale donnée à la commémoration implique l'organisation de diverses politiques mémorielles qui visent expressément à mettre en place un récit commun du passé :

---

<sup>1539</sup> G. NAMER, *La commémoration en France de 1945 à nos jours*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1987, p. 57.

<sup>1540</sup> Cour EDH, 18 décembre 1996, *Efstratiou c. Grèce*, req. n° 24095/94, § 32. Dans le même sens et dans les mêmes termes, 18 décembre 1996, *Valsamis c. Grèce*, req. n° 21787/93, § 31.

<sup>1541</sup> La Grèce célèbre deux fêtes nationales, le 28 octobre qui commémore le « Jour du Non » où METAXAS refusa, en 1940, l'ultimatum posé par le gouvernement italien ce qui conduisit à la déclaration de guerre et le 25 mars qui commémore la révolution de 1821 contre la domination de l'empire ottoman. Toutes les deux sont célébrées par des défilés scolaires et militaires.

<sup>1542</sup> La Cour considéra, cependant, que l'absence de voies de recours contre la sanction disciplinaire était contraire à l'article 13 de la Convention.



d'un côté, les commémorations ont une composante cérémonielle qui comprend les célébrations nationales et le culte des grands hommes ou, plus récemment, la reconnaissance des victimes ; de l'autre côté, elles ont une composante patrimoniale avec la mise en place de nécropoles, de construction d'un mémorial et, de façon plus générale, des monuments qui donnent un ancrage physique à la mémoire commune. Ces politiques mémorielles sont au service de la démocratie et, pour cela, il faut qu'elles répondent aux trois critères rappelés lors des travaux de la Mission parlementaire sur les questions mémorielles : « mettre en exergue les valeurs de la République ; lutter contre l'oubli et l'ignorance ; rassembler »<sup>1543</sup>. Toutefois, dans une société composée de groupes de plus en plus divers, elles ne sont pas à l'abri d'abus.

## (II) Les limites de l'intervention mémorielle de l'État dans une société pluraliste

L'importance donnée dans les systèmes totalitaires qui se développèrent durant le XX<sup>e</sup> siècle à la manipulation des récits sur le passé et à la fabrication d'une histoire officielle imposée par l'appareil étatique<sup>1544</sup>, rend suspecte l'utilisation du pouvoir de contrainte propre à l'appareil juridique étatique pour la mise en place d'une mémoire publique officielle. Pour essayer de répondre à ces préoccupations, il est nécessaire de faire quelques précisions et de souligner le fait que cette intervention étatique peut faire l'objet d'un contrôle.

Premièrement, dans une société pluraliste et démocratique, la mémoire collective officielle ne cherche pas à remplacer les autres mémoires collectives qui peuvent exister à l'intérieur d'un même État. Cette idée était déjà présente dans la réflexion de HALBWACHS qui, pour répondre aux critiques qui considéraient sa conceptualisation des cadres sociaux de la mémoire étaient l'expression d'un déterminisme social, insistait sur la pluralité des cadres et la pluralité des groupes auxquels appartient un individu. La circulation entre les différents cadres permet à ces derniers de s'enrichir, de communiquer entre eux<sup>1545</sup>. La mémoire publique officielle est une des nombreuses mémoires collectives à laquelle peut participer un individu. Elle peut être la mémoire dominante, toutefois elle partage l'espace public avec une

---

<sup>1543</sup> Intervention d'É. LUCAS, directeur de la DMPA, lors de la Table ronde « Processus commémoratif » (30 septembre 2008), in B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Assemblée Nationale, Rapport d'information n° 1262, novembre 2008, p. 372.

<sup>1544</sup> Sur ce point v. H. ARENDT, *Le système totalitaire : les origines du totalitarisme* (1972) [trad. J-L. BOURGET, R. DAVREU, P. LÉVY], Paris : 2002, Éd. du Seuil, Coll. Points Essais, p. 92 et ss. et 203-204.

<sup>1545</sup> S. D. BROWN, D. MIDDLETON, « La mémoire et l'espace dans les travaux de Maurice Halbwachs », in A. ARRUDA et al., *Une approche engagée en psychologie sociale : l'œuvre de Denise Joselet*, Ramonville : Erès, 2008, p. 169.

pluralité d'autres mémoires collectives et individuelles<sup>1546</sup>. Si elle vise à encadrer les mémoires individuelles dans un but de cohésion, elle ne prétend pas les éliminer ou les remplacer.

De plus, la mémoire publique officielle ne s'intéresse aux mémoires individuelles que dans leurs interactions avec d'autres mémoires. La politique étatique mémorielle ne peut agir que sur ces interactions. Comme l'explique le politologue J. MICHEL, « la mémoire visée par les interventions des acteurs publics n'est collective qu'à la condition de toujours supposer qu'elle repose sur des mémoires individuelles en interrelation »<sup>1547</sup>. Ces mémoires individuelles peuvent même devenir une forme de résistance face à une éventuelle oppression mémorielle, ainsi « même dans les formes plus extrêmes d'un régime autoritaire, les agents de l'État ne peuvent pas contrôler complètement les mémoires individuelles ou collectives »<sup>1548</sup>.

L'autre limite conceptuelle se situe dans la relation avec l'histoire et sa prétention à la vérité. La mémoire publique officielle, comme n'importe quelle autre mémoire, se différencie de l'histoire « savante » par sa relation à la vérité. Pour le professeur J-N. JEANNENEY, il est nécessaire de souligner qu'« une commémoration collective, ce n'est pas de l'Histoire. C'est un dialogue entre des choix actuels et un moment clé du passé »<sup>1549</sup>. Elle ne prétend pas à accéder à une vérité absolue, mais plutôt à établir un lien de fidélité avec la réalité du fait du passé qu'elle cherche à représenter. En effet, comme l'explique P. RICŒUR, « il peut être affirmé qu'une requête spécifique de vérité est impliquée dans la visée de la "chose" passée, du *quoi* antérieurement vu, entendu, éprouvé, appris. Cette requête de vérité spécifie la mémoire comme grandeur cognitive. [...] Appelons fidélité cette requête de vérité »<sup>1550</sup>.

Sous une optique collective, cette quête de fidélité se manifeste, notamment, dans le lien entre les acteurs mémoriels et les historiens. Une commémoration ne se réfère pas à un événement historique uniquement comme un prétexte. Les recherches historiques ont une influence dans la détermination des politiques mémorielles. Par exemple, dans la résolution parlementaire n° 311 votée par le Sénat le 23 octobre 2012 tendant à la reconnaissance de la répression de la manifestation du 17 octobre 1961 organisée par la Fédération de France du

---

<sup>1546</sup> V. P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid : Alianza éd., 2008, p. 58.

<sup>1547</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 13-14.

<sup>1548</sup> J. M. WINTER, E. SIVAN, « Setting the framework », in *War and Remembrance in the Twentieth Century*, Cambridge : Cambridge University Press, 2000, p. 34.

<sup>1549</sup> J-N. JEANNENEY, « L'affaire Clovis », in *La République a besoin d'histoire. Interventions*, Paris : Éd. du Seuil, 2000, p. 29.

<sup>1550</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris : Éd. du Seuil, 2003, p. 66.

Front de libération nationale (FLN) dans le contexte de la Guerre d'Algérie, le Sénat considéra explicitement « les travaux historiques et scientifiques qui établissent la réalité des violences et meurtres commis à l'encontre de ressortissants algériens à Paris et dans ses environs lors de la manifestation du 17 octobre 1961 » pour exprimer son souhait que la France reconnaisse ces faits et réalise un lieu de souvenir à la mémoire des victimes.

De même, sans pour autant prétendre tenir un discours historique scientifique, la commémoration peut être un point de départ pour une réflexion historique sur son objet. La composition du Haut comité des Commémorations nationales, composé en grande partie d'historiens, démontre l'importance de cette caution scientifique nécessaire pour légitimer la commémoration et la transmission de valeurs qu'elle implique, ainsi « toute occasion de commémorer le passé devient, en conséquence, le moment d'expression et de transmission d'une culture commune dont la légitimité repose aussi sur l'assentiment et l'engagement des historiens »<sup>1551</sup>. La mémoire officielle publique doit donc éviter de tomber dans un double écueil, entre Scylla qui la mènerait à prétendre dire l'histoire, c'est à dire, à imposer un récit du passé qui remplacerait le récit scientifique fait par les historiens et Charybde, qui impliquerait de se séparer complètement de la réalité historique du phénomène qu'elle cherche à représenter.

Le droit lui-même limite les interventions étatiques en matière mémorielle afin de garantir des principes généraux. Les activités déployées par les acteurs publics dans le cadre des politiques mémorielles n'ont pas donné lieu à un contentieux abondant. En effet, certaines de ces actions font partie des « actes de gouvernement » qui échappent au contrôle du juge<sup>1552</sup>. D'autres décisions, sans être qualifiées d'actes de gouvernement, se fondent sur des motifs exclusivement politiques qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle par le juge. Ce fut le cas, notamment, de la décision du Président de la République F. MITTERRAND de faire fleurir la tombe du maréchal Pétain le 11 novembre<sup>1553</sup>. En effet, l'association « Comité tous

---

<sup>1551</sup> M-O. BARUCH, V. DUCLERT, « La justice dans l'affaire Dreyfus, le sens d'une commémoration », *in Justice, politique et République. De l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Histoire du temps présent, 2002, p. 26.

<sup>1552</sup> C'est le cas, par exemple, de la recherche d'une date commune au plan international pour commémorer l'abolition de la traite négrière (CE, 26 octobre 2005, n° 281273, *inédit*).

<sup>1553</sup> Le 11 novembre 1992, le Président de la République avait fait fleurir les tombes des Maréchaux de la guerre 1914 : FAYOLLE, FOCH, FRANCHET D'ESPÉREY, GALLIÉNI, JOFFRE, LYAUTEY, MAUNOURY et PÉTAÏN. Le choix de rendre hommage à ce dernier, en dépit de ses actions postérieures durant l'Occupation, créa une polémique.

frères » avait demandé d'annuler cette décision pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État considéra qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier l'opportunité de cette décision<sup>1554</sup>.

Toutefois, le juge administratif français a eu quelques occasions d'encadrer l'intervention de l'État dans la construction mémorielle au nom du respect des principes de la neutralité du service public et de la sauvegarde de l'ordre public. Par rapport au premier, le Conseil d'État considéra qu'il « s'oppose à ce que soient apposés sur les édifices publics des signes symbolisant la revendication d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques ». Il considéra, en l'espèce, que la décision du conseil municipal de la Commune de Sainte Anne approuvant la pose d'un drapeau rouge, vert, noir sur le fronton de la mairie dans le cadre de commémorations, était contraire au principe de neutralité puisque ce drapeau était « le symbole d'une revendication politique exprimée par certains mouvements présents en Martinique »<sup>1555</sup>, notamment des mouvements indépendantistes.

Dans une autre affaire, l'autorisation donnée par un maire pour ériger un monument funéraire en l'honneur des « combattants tombés pour que vive l'Algérie française » fut annulée par le juge administratif au motif qu'elle pouvait entraîner des troubles à l'ordre public. En effet, la stèle litigieuse comportait, entre autres éléments, des références aux dates d'exécution de membres de l'OAS qui avaient été condamnés pour des « agissements inacceptables même en temps de guerre ». Le fils d'un commissaire de police assassiné par un membre de l'OAS avait alors porté plainte contre la construction de ce monument. Le tribunal administratif de Marseille considéra que la stèle, « par le choix de commémoration effectués, [était] susceptible de manquer de respect aux familles des victimes d'activistes de l'OAS [...], qu'elle a ainsi une connotation qui n'est pas conforme à la neutralité du lieu dans lequel elle a été érigée ; que, comme il l'a été dit, elle est aussi susceptible de porter atteinte aux nécessités de sauvegarde de l'ordre public »<sup>1556</sup>. La Cour administrative d'appel confirma l'annulation soulignant, entre autres, « que la circonstance que des témoins de cette période sont encore en vie et que les événements qui se sont déroulés sont toujours dans leurs mémoires, ne permet pas encore à cette période de garder sa seule dimension historique qui aurait dépassionné

---

<sup>1554</sup> CE, 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*, n° 188431, *Leb.* p. 559. La Cour administrative d'appel avait considéré que la décision du Président n'était pas un acte administratif susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir (CAA Paris, 4 avril 1997, *Comité tous frères*, n° 96PA03091, *Leb.* T. p. 982), toutefois, le Conseil d'État considéra que cette appréciation était une erreur de droit.

<sup>1555</sup> CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne*, n° 259806, *Leb.* p. 347.

<sup>1556</sup> TA Marseille, 7 juillet 2008, *M. François Gavoury*, n° 0504496, *AJDA* 2008 p. 1902.

l'installation de cette stèle »<sup>1557</sup>. De son côté, le Conseil d'État, confirmant lui aussi l'annulation, considéra que « cette stèle ne constituait pas un simple monument commémoratif à la mémoire de personnes défuntées mais manifestait une prise de position politique et procédait à l'apologie de faits criminels »<sup>1558</sup>. La commémoration ne peut donc pas impliquer une apologie d'un crime ou avoir recours à une symbolique qui pourrait aller à l'encontre de la sauvegarde de l'ordre public. L'État, dans l'exécution de ses politiques mémorielles, doit donc respecter des principes généraux et veiller que les autres acteurs mémoriels les respectent aussi<sup>1559</sup>.

---

<sup>1557</sup> CAA Marseille, 23 avril 2010, *Association amicale pour la défense des intérêts moraux et matériels des anciens détenus et exilés politiques de l'Algérie française*, n° 08MA04101, inédit.

<sup>1558</sup> CE, 14 novembre 2011, *Association amicale pour la défense des intérêts moraux et matériels des anciens détenus et exilés politiques de l'Algérie française*, n° 340753, *Leb.* p. 550.

<sup>1559</sup> Le juge administratif a considéré, par exemple, qu'il appartient au maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de police, d'interdire l'apposition, sur le monument aux morts de la commune, d'emblèmes de nature à enlever à ce monument son véritable caractère. Il a donc confirmé l'interdiction faite à une Association qui projetait de déposer une gerbe au monument aux morts de la commune portant l'inscription « Aux trois millions d'enfants tués par avortement », dans le cadre d'une manifestation contre la loi du 17 janvier 1975 (CE, 28 juillet 1993, *Association Laisse-les vivre SOS futures mères*, n° 107990, *Leb.*, p. 235).

## **Section 2. Les évolutions des politiques mémorielles dans la quête de la cohésion nationale**

Un des rôles de l'État est la mise en place des politiques mémorielles visant à produire une mémoire publique officielle. Le but de cette mémoire publique officielle est de réunir les différents groupes qui composent cet État autour d'un récit commun sur le passé pour assurer la cohésion nationale. L'application de ces politiques mémorielles est alors assurée par le relais d'acteurs mémoriels publics. L'exemple français est particulièrement intéressant puisqu'il existe un appareil administratif spécialement dédié à cette construction mémorielle qui s'appuie sur des interventions ponctuelles du législateur (§1).

L'examen de l'évolution de ces politiques mises en place par l'État démontre la difficulté croissante du travail de mémoire, notamment face à un passé marqué par des événements douloureux. De plus, la multiplicité de groupes qui composent les sociétés actuelles entrave la production d'un récit commun (§2). Dans ce cadre, il convient de se demander comment l'État peut assurer la production d'une mémoire publique officielle capable d'assimiler les différentes mémoires collectives et individuelles qui le composent.

### ***§ 1. Les principaux acteurs mémoriels***

La construction d'une mémoire publique officielle par le biais de politiques publiques mémorielles implique la participation de différents acteurs. Le débat sur les questions mémorielles qui s'est développé à la suite des lois dites « mémorielles » a centré l'attention sur le rôle du Parlement dans la mise en place de ces politiques (I). Toutefois, à côté du pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, à travers de nombreuses structures administratives spécialisées, assure l'initiative et la mise en œuvre de politiques mémorielles (II). L'importance et la multiplication de ces politiques obligent alors à prendre en compte de nouveaux acteurs qui cherchent à participer dans la construction d'un récit commun sur le passé (III).

## (I) Une interaction entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif

Les politiques mémorielles sont, dans le cas français, l'œuvre du pouvoir législatif et de l'exécutif. La Constitution actuelle, tout en définissant un domaine propre à la loi et au règlement, reste pourtant muette sur le titulaire de la compétence en matière mémorielle. Dans la mesure où les politiques mémorielles visent la mise en place d'une mémoire collective publique qui assure la cohésion et l'unité de l'État, elles pourraient entrer dans les compétences présidentielles en vertu de l'article 5 de la Constitution qui consacre son rôle comme garant de la continuité et de l'intégrité de l'État<sup>1560</sup>. En effet, le Président de la République est un acteur mémoriel important et il peut être à l'initiative de mesures ayant un impact considérable sur la mémoire collective officielle. Deux exemples permettent d'illustrer cet effet : le 16 juillet 1995, lors des commémorations de la Rafle du Vel d'Hiv', le président J. CHIRAC prononça un discours où il reconnut la responsabilité de l'État français dans la déportation de milliers de juifs<sup>1561</sup>, rompant ainsi avec un discours maintenu depuis la Libération et marquant le point de départ d'une série de politiques mémorielles de réparation et de repentance. Douze ans plus tard, le 16 mai 2007, le président N. SARKOZY annonça dans un discours qu'il allait demander à son futur ministre de l'éducation nationale d'imposer la lecture de la lettre d'adieu à sa famille de Guy MÔQUET au début de l'année scolaire dans les lycées<sup>1562</sup>. Cette initiative engendra une intense polémique qui motiva une réflexion sur le rôle du Président dans la construction de la mémoire collective et l'influence des politiques mémorielles dans l'éducation et la recherche.

Suivant une approche comparatiste, il est possible de constater que les mesures mémorielles et, en particulier, la mise en place des commémorations officielles est, en général, une prérogative du législateur. Par exemple, la Charte constitutionnelle du 18 juillet 2013 de la République centrafricaine prévoit, à son article 58, que la mise en place des jours fériés et des fêtes légales fait partie du domaine de la loi. De même, la Constitution du Kenya

---

<sup>1560</sup> En faveur de cette interprétation v. M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », in F. ROBBE (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 64.

<sup>1561</sup> J. CHIRAC, *Allocution du Président de la République, prononcée lors des cérémonies commémorant la grande rafle des 16 et 17 juillet 1942*, Paris : 15 juillet 1995, [<http://www.jacqueschirac-asso.fr/fr/wp-content/uploads/2011/02/Allocution-Vel-dhiv.pdf>].

<sup>1562</sup> N. SARKOZY, *Allocution du Président de la République, prononcée lors de la cérémonie d'hommage aux martyrs du bois de Boulogne*, Paris : 16 mai 2007, [<http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/20071019.OBS0611/discours-de-sarkozy-pour-les-martyrs-du-bois-de-boulogne.html>].

du 27 août 2010 souligne expressément, à son article 9, que le Parlement est compétent pour décréter des nouvelles commémorations et assurer le respect de ces jours fériés.

La détermination de la fête nationale, point d'orgue du calendrier mémoriel, est souvent une matière réglée par le pouvoir constituant parmi les dispositions sur les symboles du régime. C'est le cas notamment de la Constitution du royaume du Bhoutan qui prévoit, à l'alinéa 7 de son article premier, que la fête nationale est le 17 décembre de chaque année, en souvenir du couronnement de U. WANGCHUCK, premier roi (*Druk gyalpo*) du Bhoutan moderne. L'article 19 de la constitution centrafricaine, qui détermine les attributs de l'État, prévoit un alinéa où la fête nationale est fixée au 1<sup>er</sup> décembre, date de la proclamation de la République. La Constitution du Kenya, de son côté, prévoit à son article 9 trois commémorations annuelles : la fête du *Maraka* qui célèbre le 1<sup>er</sup> juin l'indépendance du Royaume Uni ; la fête du *Mashujaa* qui commémore le 20 octobre les héros de l'indépendance et, finalement, la fête *Jamhuri* le 12 décembre qui rappelle la mise en place de la République. Les constitutions du Laos<sup>1563</sup>, des Maldives<sup>1564</sup>, de la Roumanie<sup>1565</sup>, du Vietnam<sup>1566</sup> et du Sri Lanka<sup>1567</sup>, prévoient aussi la date de la fête nationale parmi les dispositions relatives aux symboles. De façon plus originale, la Constitution suisse détermine sa fête nationale grâce à une disposition régulant les compétences de la confédération en matière de droit du travail. Ainsi, le troisième alinéa de l'article 110 prévoit : « Le 1<sup>er</sup> août est le jour de la fête nationale. Il est assimilé aux dimanches du point de vue droit du travail ; il est rémunéré ». La fête nationale est donc plus considérée comme un jour férié que comme une commémoration.

---

<sup>1563</sup> La Constitution de la République démocratique populaire Lao du 15 août 1991, dans sa version amendée en 2003, consacre son Chapitre X à la « Langue, écriture, emblème national, drapeau national, hymne national, fête nationale, monnaie et capitale ». Son article 93 prévoit ainsi que « La fête nationale de la République démocratique populaire Lao est le jour de la proclamation de la République démocratique populaire Lao, le 2 décembre 1975 ».

<sup>1564</sup> La Constitution des Maldives du 7 août 2008 dédie son chapitre premier à « l'État, la souveraineté et les citoyens », parmi ses dispositions, l'article 15 prévoit que la fête nationale est le 1<sup>er</sup> jour du mois de Rabia al awal. Le recours au calendrier islamique souligne le caractère confessionnel de la République et le lien entre les commémorations civiles et religieuses.

<sup>1565</sup> L'article 12 de la Constitution roumaine du 8 décembre 1991 régule les symboles nationaux. Son deuxième alinéa prévoit que la fête nationale est le 1<sup>er</sup> décembre, en souvenir de l'union de la Transylvanie avec la Roumanie.

<sup>1566</sup> La Constitution du Vietnam du 15 avril 1992 prévoit dans son article 145, placé à l'intérieur du chapitre sur les symboles nationaux (Chapitre XI), que « la date de la Proclamation d'Indépendance, le 2 septembre 1945, est celle de la Fête nationale ».

<sup>1567</sup> La Constitution de la République démocratique socialiste du Sri Lanka du 7 septembre 1978, prévoit à son article 8 que la fête nationale est le 4 juillet, date qui commémore son indépendance.



Les constitutions françaises ne contiennent pas des dispositions en matière mémorielle, à l'exception des constitutions de 1791 et de l'an III. La première constitution révolutionnaire prévoyait, parmi les dispositions fondamentales, « 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 ». L'objectif de construction d'une mémoire collective comme garantie de la cohésion nationale était clairement énoncé par le constituant. De son côté, le constituant de l'an III prévoyait dans des termes similaires à son article 301, « il sera établi des fêtes nationales, pour entretenir la fraternité entre les citoyens et les attacher à la Constitution, à la patrie et aux lois ». Il est intéressant de souligner que, dans cette rédaction, l'objectif de conserver le souvenir de la Révolution disparût. L'accent était mis sur la vocation pédagogique, comme le démontre le fait que cet article 301 était placé à l'intérieur du Titre X, consacré à l'instruction publique.

Suivant cette perspective historique interne, il n'existe pas une délimitation claire entre la compétence de l'exécutif et du législatif pour les politiques mémorielles. Par exemple, les décisions de « panthéonisation » étaient, durant la période révolutionnaire, entre les mains de l'Assemblée constituante. Avec l'Empire, la compétence passa entre les mains de l'Empereur. Sous la III<sup>e</sup> République, c'étaient les députés qui proposaient et décidaient d'admettre un nouveau nom parmi les grands hommes de la République. Cette pratique fut maintenue durant la IV<sup>e</sup> République<sup>1568</sup>. Actuellement la décision revient au Président de la République<sup>1569</sup>. La « panthéonisation » prend alors la forme d'un simple décret qui autorise le transfert de cendres, décret qui, en général, ne nécessite pas de contreseing<sup>1570</sup>.

---

<sup>1568</sup> Par exemple, l'entrée au Panthéon de Louis BRAILLE fut décidée par la loi n° 52-633 du 1<sup>er</sup> juin 1952 (*JO* du 5 juin 1952, p. 5628). Cette loi prévoyait dans un premier article le transfert de cendres, puis, dans un deuxième article, ouvrait une ligne de crédit dans le budget pour le financement de la cérémonie.

<sup>1569</sup> Le recours à cet instrument de politique mémorielle a été utilisé de façon inégale par les Présidents de la V<sup>e</sup> République. DE GAULLE fit entrer au Panthéon une seule figure : Jean MOULIN en 1964. Ces successeurs, G. POMPIDOU et V. GISCARD D'ESTAING n'ont pas eu recours à cette possibilité. F. MITTERRAND reste le président qui a « panthéonisé » le plus grand nombre de personnalités avec six grands hommes (René CASSIN, Nicolas de CONDORCET, l'abbé GRÉGOIRE, Gaspard MONGE, Jean MONNET et Pierre CURIE) et une grande femme (Marie CURIE). Postérieurement, J. CHIRAC décida de faire entrer au panthéon André MALRAUX et Alexandre DUMAS. N. SARKOZY fit entrer le nom d'Aime CÉSAIRE, mais les cendres du poète sont restées en Martinique. F. HOLLANDE annonça la panthéonisation de quatre grands hommes en 2015 : Jean ZAY, Germaine TILLION, Geneviève DE GAULLE-ANTHONIOZ et Pierre BROSSOLETTE.

<sup>1570</sup> Par exemple, le décret du 22 mars 2002 prévoit de façon laconique : « Par décret du Président de la République en date du 26 mars 2002, le transfert des cendres d'Alexandre DUMAS au Panthéon est autorisé » (*JO* du 27 mars 2002, p. 5409). Toutefois, si le décret s'accompagne d'autres mesures commémoratives, il peut être contresigné par les ministres qui auront la responsabilité d'organiser ces commémorations. C'est le cas du décret du 16 mars 2011 décidant d'un hommage de la Nation à Aimé Césaire au Panthéon. Dans ce cas, comme il s'agissait pas d'un transfert de cendres, le décret prévoyait dans son premier article, une inscription à sa mémoire, puis, dans un second article chargeait le Premier ministre, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des

De même, sur les listes des commémorations nationales<sup>1571</sup>, les initiatives législatives côtoient les décisions réglementaires et même un usage<sup>1572</sup>. L'initiative la plus ancienne relève du Parlement qui, par la loi du 6 juillet 1880, adopta comme jour de fête nationale annuelle le 14 juillet. Relèvent aussi de la loi la mise en place de la fête nationale de Jeanne d'Arc et du patriotisme<sup>1573</sup>, la commémoration de l'armistice du 11 novembre 1918<sup>1574</sup>, la journée nationale du souvenir des victimes et héros de la déportation<sup>1575</sup> et la journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux « Justes » de France<sup>1576</sup>. Cette dernière prévoit, néanmoins, au dernier alinéa de son article unique, qu'un décret en Conseil d'État détermine chaque année les cérémonies officielles qui seront organisées aux niveaux national et départemental, confirmant la compétence conjuguée du pouvoir législatif et réglementaire.

Le législateur a aussi pris l'initiative pour fixer d'autres journées nationales en dehors des commémorations officielles, réaffirmant son rôle dans la politique mémorielle. Par la loi n° 96-296 du 9 avril 1996, il a « reconnu » le 20 novembre, jour anniversaire de l'adoption par l'Organisation des Nations unies de la Convention internationale des droits de l'enfant, comme « Journée nationale des droits de l'enfant »<sup>1577</sup>. De même, par l'article 24 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux

---

collectivités territoriales et de l'immigration et le ministre de la culture et de la communication, d'appliquer ce décret en ce qui les concernaient. Il était donc contresigné par les ministres cités (*JO* du 17 mars 2011 p. 4839).

<sup>1571</sup> En matière de politique mémorielle, la terminologie utilisée ne fait pas l'objet d'un usage constant. Se mêlent alors l'utilisation des termes « commémorations », « journées officielles », « journées nationales commémoratives », « cérémonies nationales ». Il n'existe pas un emploi uniforme pour ces différents termes. Les acteurs mémoriels étatiques semblent néanmoins distinguer douze « commémorations officielles », appelées aussi « journées nationales commémoratives » et qui regroupent une sorte de noyau dur commémoratif incluant la fête nationale, la journée nationale du souvenir et du recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc, la journée nationale du souvenir des victimes et des héros de la Déportation, la victoire du 8 mai 1945, la fête de Jeanne d'Arc, l'hommage à Jean Moulin, la journée de la Résistance, l'hommage aux morts pour la France en Indochine, la commémoration de l'appel du général de Gaulle, l'hommage aux harkis, l'armistice de 1918 et la journée nationale d'hommage aux morts de la guerre d'Algérie et des combats du Maroc et de la Tunisie.

<sup>1572</sup> La cérémonie en hommage à Jean MOULIN, qui se déroule au Panthéon le 17 juin, n'est organisée par aucun texte et répond donc plus à un usage.

<sup>1573</sup> Loi du 10 juillet 1920, instituant une fête nationale de Jeanne d'Arc, fête du patriotisme, *JO* du 14 juillet 1920, p. 2810. Elle prévoit que cette fête a lieu le deuxième dimanche de mai, jour anniversaire de la délivrance de Rouen.

<sup>1574</sup> Loi du 24 octobre 1922 fixant au 11 novembre la commémoration de la victoire et de la paix, *JO* du 26 octobre 1922, p. 10542.

<sup>1575</sup> Loi n° 54-415 du 14 avril 1954 consacrant le dernier dimanche d'avril pour la commémoration des héros, victimes de la déportation dans les camps de concentration du III<sup>ème</sup> Reich, *JO* du 15 avril 1954, p. 3642.

<sup>1576</sup> Loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux « Justes » de France qui prévoit que cette commémoration doit avoir lieu soit le 16 juillet, date anniversaire de la rafle du Vélodrome d'hiver à Paris, si ce jour est un dimanche, sinon, elle est reportée au dimanche suivant (*JO* du 11 juillet 2000, p. 10483).

<sup>1577</sup> *JO* du 10 avril 1996, p. 5503.

violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants<sup>1578</sup>, le législateur institua une journée de sensibilisation aux violences faites aux femmes fixée au 25 novembre. Si cette disposition a plus une vocation prospective que mémorielle, elle fut aussi proposée comme un moyen de rendre hommage aux victimes de la violence domestique.

De leur côté, la journée nationale d'hommage aux harkis et aux membres de formations supplétives<sup>1579</sup>, ainsi que la journée nationale d'hommage aux « morts pour la France » en Indochine<sup>1580</sup> et la journée nationale commémorative de l'appel du général de Gaulle du 18 juin 1940<sup>1581</sup> furent instituées par un décret.

D'autres commémorations impliquèrent l'intervention conjointe du législateur et du pouvoir réglementaire. Le chemin pour la fixation du 8 mai comme commémoration nationale fut assez sinueux et nécessita l'intervention tant du législateur tant du pouvoir réglementaire. La loi du 7 mai 1946 instaura la commémoration de la victoire et fixa le dimanche suivant au 8 mai pour sa célébration. Par une loi du 20 mars 1953, sous la pression des anciens combattants, la fête de la victoire fut fixée au 8 mai, jour férié et chômé. Mais, par un décret du 11 avril 1959, le Général DE GAULLE décida de revenir à la situation antérieure. Dans le cadre d'une politique de rapprochement et de réconciliation avec l'Allemagne, le président GISCARD D'ESTAING décida de supprimer le 8 mai et de célébrer à sa place la fête de l'Europe, le 9 mai. Il voulait faire du 11 novembre une journée nationale du souvenir dédiée à tous les anciens combattants, similaire au « *Memorial day* » américain. Cette initiative fut très mal reçue dans l'opinion publique, notamment dans le milieu des anciens combattants. Avec l'arrivée au pouvoir du président MITTERRAND, le 8 mai fut finalement réinstallé comme jour férié et chômé par la loi du 2 octobre 1981<sup>1582</sup>.

La détermination de la journée commémorative de l'abolition de l'esclavage nécessita aussi l'intervention conjointe du législateur et du pouvoir réglementaire. La loi du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité<sup>1583</sup> prévoyait dans son article 4 une modification de l'article unique de la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage. Cet article

---

<sup>1578</sup> *JO* du 10 juillet 2010, p. 12762.

<sup>1579</sup> Décret du 31 mars 2003, *JO* du 2 avril 2003, p. 5788, qui fixe la commémoration au 25 septembre.

<sup>1580</sup> Décret n° 2005-547 du 26 mai 2005, *JO* du 27 mai 2005, p. 9218, qui fixe la commémoration au 8 juin.

<sup>1581</sup> Décret n° 2006-313 du 10 mars 2006, *JO* du 19 mars 2006, p. 4142.

<sup>1582</sup> Sur ce point v. le chapitre dédié aux politiques commémoratives du président GISCARD D'ESTAING in G. NAMER, *La commémoration en France de 1945 à nos jours*, op. cit., p. 196-198.

<sup>1583</sup> Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001, *JO* du 23 mai 2001, p. 8175.

unique prévoyait une commémoration par le biais d'une journée fériée uniquement dans certains départements et collectivités d'outre-mer. Il renvoyait aussi au pouvoir réglementaire le soin de fixer la date et les conditions de cette commémoration. La loi du 21 mai 2001 généralisa cette commémoration au territoire métropolitain. Le pouvoir réglementaire restait compétent pour déterminer la date de cette commémoration, qui devait être fixée, d'après l'article 4 de cette loi, « après la consultation la plus large ». Le décret n° 2006-388 du 31 mars 2006 fixa la date, en France métropolitaine, pour la commémoration de l'abolition de l'esclavage, le 10 mai.

Un cas similaire se présenta pour la fixation de la date de la journée nationale d'hommage aux morts de la guerre d'Algérie et des combats du Maroc et de la Tunisie. Cette commémoration fut tout d'abord fixée au 5 décembre par un décret du 26 septembre 2003<sup>1584</sup>, en référence à la date d'inauguration du mémorial du Quai Branly en 2002. De nombreuses associations considéraient que la commémoration de la guerre d'Algérie devait se situer au moment du cessez-le-feu, opérant un parallèle avec les commémorations des deux Guerres mondiales qui correspondent aux dates de l'armistice et de la victoire. C'est ainsi que des propositions de lois avaient été présentées, pour fixer au 19 mars la journée nationale de recueillement et de souvenir des morts de la guerre d'Algérie. Trois d'entre elles avaient fait l'objet d'un examen conjoint et d'un vote devant l'Assemblée nationale qui les approuva le 22 janvier 2002. Cette proposition conjointe resta en sommeil jusqu'en 2012 où le Sénat décida de la soumettre à l'examen par la commission des Affaires sociales qui proposa un vote sans modification. Le Sénat vota finalement cette proposition le 8 novembre 2012<sup>1585</sup>.

Il n'existe donc pas une répartition claire entre l'exécutif et le Parlement. À cela s'ajoute le constat que le débat sur les lois mémorielles a entaché de soupçon et de méfiance toute initiative parlementaire en matière historique et mémorielle. En effet, outre les mesures de pure reconnaissance d'un fait passé, un des points communs parmi les lois qui composent cet ensemble éparse est la mise en place de mesures de politiques mémorielles. La loi Gayssot prévoyait ainsi, dans son article 2, qu'à l'occasion de la Journée internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Commission nationale

---

<sup>1584</sup> Décret n°2003-925 du 26 septembre 2003 instituant une journée nationale d'hommage aux « morts pour la France » pendant la guerre d'Algérie et les combats du Maroc et de la Tunisie, le 5 décembre de chaque année, *JO* du 28 septembre 2003, p. 16584.

<sup>1585</sup> Cette procédure, peu orthodoxe, fut néanmoins validée par le Conseil constitutionnel par sa décision n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, *Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc*, Rec. p. 616, *JO* du 7 décembre 2012 p. 19162.

consultative des droits de l'homme devait remettre au Gouvernement un rapport sur la lutte contre le racisme. De même, cette loi élargissait les droits des associations qui défendent les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés en leur permettant de se porter comme partie civile dans les procès concernant l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi. La loi Taubira, de son côté, prévoyait, comme il a été précisé *supra*, le cadre pour la fixation de la commémoration de l'abolition de l'esclavage et élargissait les droits prévus par la loi Gayssot aux associations défendant la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants. Finalement, la loi Mékachéra prévoyait la création d'une fondation pour la mémoire de la guerre d'Algérie, des combats du Maroc et de Tunisie.

Face à cette problématique, la mission parlementaire chargée de réfléchir aux questions mémorielles s'intéressa tout particulièrement au rôle du Parlement. La majorité des intervenants auditionnés par la Commission ont défendu la compétence du législateur en matière de commémorations et de politique mémorielle<sup>1586</sup>. Par conséquent, la mission considéra, parmi ses recommandations, « que toute modification significative de notre calendrier commémoratif emprunte la voie législative » et que « les représentants de la Nation soient associés à la définition de la politique de la mémoire combattante »<sup>1587</sup>.

La révision constitutionnelle de 2008 introduit un nouvel article 34-1 qui permet aux assemblées de « voter des résolutions dans les conditions fixées par la loi organique ». Ces résolutions étaient considérées, par la mission d'information, comme un nouvel outil pour la mise en place de politiques mémorielles. En effet, elles sont conçues comme un moyen pour « permettre au Parlement de rendre hommage à des personnages ou à des actions

---

<sup>1586</sup> Par exemple, le directeur du mémorial de Caen, S. GRIMALDI, lors de la table ronde sur « Processus commémoratif », affirma : « Tout le monde, d'abord, s'accordera sur le fait que c'est au législateur qu'il appartient, évidemment, de définir la politique mémorielle française » (B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, *op. cit.*, p. 383). De même l'historien M. FERRO considéra : « En la matière, le Parlement doit pouvoir faire des déclarations au nom de la Nation et doit également gérer le problème des célébrations existantes ou à venir, sans sectarisme. Il ne faut en aucun cas rejeter des groupes sociaux au prétexte qu'ils auraient des points de vue différents » (Audition du 29 avril 2008, *ibid.*, p. 220). Le député M. DIEFENBACHER lors de la table ronde « Le rôle du Parlement dans les questions mémorielles » (14 octobre 2008) souligna, de son côté, que « Le Parlement prend ces décisions non pas sur la seule base d'éléments juridiques ; il le fait aussi en fonction d'une appréciation historique et d'une volonté politique, lesquelles font partie des attributions du Parlement. On ne saurait l'empêcher d'intervenir dans ce domaine : lorsqu'il le fait, il est vraiment dans son rôle » (*ibid.*, p. 403-404). En revanche, le professeur A. M. LE POURHIET se montra très critique à l'égard de toute participation parlementaire aux processus mémoriels exclamant « Que le Parlement reste dans sa fonction qui est de créer des droits et des obligations, et évite de trop gouverner nos esprits ! » (Intervention lors de la table ronde « Le rôle du Parlement dans les questions mémorielles » (14 octobre 2008), *Ibid.*, p. 398).

<sup>1587</sup> Recommandations n° 3 et n° 4, (*Ibid.*, p. 181).

particulières »<sup>1588</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif, cinq résolutions en matière mémorielle ont ainsi été adoptées, deux par le Sénat et trois par l'Assemblée nationale. Ces résolutions portent sur des domaines variés. En matière de commémoration, le Sénat proposa l'institution d'une journée nationale de la laïcité<sup>1589</sup>. Les résolutions ont été aussi utilisées pour rendre hommage à un personnage historique<sup>1590</sup>, pour exprimer la gratitude<sup>1591</sup> ou la repentance<sup>1592</sup> face à un événement historique ou pour demander la reconnaissance d'une période trouble du passé national<sup>1593</sup>. Toutefois, les résolutions parlementaires ne sont pas contraignantes. Elles permettent seulement de « reconnaître sans prescrire, affirmer sans interdire, évaluer sans condamner »<sup>1594</sup>. Leur portée dans la mise en place d'une mémoire officielle est donc beaucoup plus limitée.

Le rôle du Parlement comme acteur mémoriel fut aussi conforté par la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et du recueillement des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc. Les députés requérants considéraient que l'institution d'une journée nationale du souvenir ni chômée ni fériée n'entrait pas dans le domaine de la loi et impliquait la rédaction d'une loi dénuée de toute portée normative. Le Conseil constitutionnel n'accepta pas ces moyens et conclut que la disposition ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle, reconnaissant implicitement la compétence du Parlement pour la mise en place des commémorations<sup>1595</sup>.

---

<sup>1588</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>1589</sup> SÉNAT, résolution n° 127 du 31 mai 2011.

<sup>1590</sup> L'Assemblée nationale vota une résolution en hommage à Aimé Césaire par la résolution TA n° 160 du 24 juin 2013.

<sup>1591</sup> Dans le cadre des commémorations sur le soixante-dixième anniversaire du débarquement des Alliés, l'Assemblée nationale vota la résolution TA n° 334 du 6 mai 2014 exprimant la gratitude et la reconnaissance de cette assemblée pour les actes d'héroïsme et les actions militaires des membres des forces armées alliées ayant pris part au Débarquement en Normandie, en France, le 6 juin 1944, et les félicitant pour leur opiniâtreté et leur courage au cours d'une opération qui a contribué à mettre un terme à la Seconde Guerre mondiale.

<sup>1592</sup> Par la résolution n° 311 du 23 octobre 2012, le Sénat souligna son souhait que l'État reconnaisse la répression de la manifestation du FLN à Paris le 17 octobre 1961.

<sup>1593</sup> L'Assemblée nationale, par la résolution TA n° 300 du 18 février 2014, demanda que la connaissance historique de l'affaire relative aux enfants réunionnais placés en métropole dans les années 1960 et 1970 soit approfondie et diffusée.

<sup>1594</sup> P-Y. GAHDOUN, « L'amélioration de la fabrication des lois. Entre rénovation et révolution », *AJDA*, 2008, p. 1875.

<sup>1595</sup> CC n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, *précitée*.

## (II) Un appareil administratif dédié aux politiques mémorielles

La France est un des seuls pays au monde à posséder un service spécialisé pour la construction d'une mémoire officielle par le biais des célébrations et des commémorations. Le premier Secrétaire perpétuel de l'Académie des inscriptions et belles lettres, J. LECLANT, souligne ainsi la spécificité française en matière de commémorations, considérant que « la reconnaissance officielle qui leur est accordée constitue un sujet d'étonnement – et même d'envie – de la part des autres pays européens »<sup>1596</sup>. En 1974 fut ainsi créée, à l'initiative du ministre de la culture de l'époque M. DRUON, la *Délégation aux célébrations nationales*. Instituée sous la forme d'une association para-administrative<sup>1597</sup> elle fut rattachée, en 1979, à la direction des archives de France. Elle fut remplacée par un *Haut Comité des célébrations nationales* créé par un arrêté du 23 septembre 1998<sup>1598</sup> et placé sous la tutelle de la direction des archives de France, comité qui fut rebaptisé *Haut comité des commémorations nationales* à partir de 2012.

Conformé par douze personnalités, en règle générale des historiens spécialistes de toutes les périodes de l'histoire, son rôle statutaire est de « proposer une liste d'anniversaires susceptibles d'être inscrits au nombre des commémorations officielles, afin de conserver la conscience nationale d'un événement de l'histoire collective ». Sa principale fonction est donc la rédaction annuelle du *Recueil des commémorations nationales*, sorte « d'almanach du patrimoine français »<sup>1599</sup> qui répertorie les cinquantenaires, les centenaires et leurs multiples des événements qui se voient conférer le statut de commémoration nationale. Elle a un rôle aussi dans le pilotage et la coordination des initiatives de commémorations publiques.

D'autres structures administratives ont aussi des compétences dans le cadre des politiques mémorielles. Le décret n° 97-11 du 11 janvier 1997 créa le Haut conseil de la mémoire combattante, placé auprès du Président de la République. Trois missions principales lui sont confiées : susciter et favoriser toute mesure utile au renforcement de la mémoire aussi bien sur le plan éducatif et culturel que sur celui de la recherche historique ; formuler des propositions relatives à la définition du programme des cérémonies commémoratives en vue

---

<sup>1596</sup> « Mémoire, nation, identité : Entretien avec Jean Leclant », *Lettre d'information du Ministère de la culture et de la communication*, 3 mars 1999, p. 8.

<sup>1597</sup> Il s'agissait, en effet, d'une association qui avait comme objectif de fédérer autour de l'État la participation de tiers à la conduite de politiques publiques en matière de commémorations.

<sup>1598</sup> *JO* du 30 septembre 1998, p. 14843

<sup>1599</sup> R. DONNEDIEU DE VABRES, « Avant-propos », in HAUT COMITÉ DES CÉLÉBRATIONS NATIONALES, *Recueil des célébrations nationales* 2006 [en ligne], [<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle/celebrations-nationales/2006/avant-propos/>].

de perpétuer le souvenir des sacrifices consentis et de promouvoir le sens de l'honneur, du dévouement et de la patrie ; veiller, en toutes circonstances, au respect des fondements moraux des valeurs combattantes.

Le Ministère de la défense compte avec un service dédié aux politiques mémorielles : la Direction de la mémoire, du patrimoine et des archives (DMPA). Fruit de la fusion de la Délégation à la mémoire et à l'information historique avec le Service du patrimoine<sup>1600</sup>, elle est actuellement organisée par un arrêté du 31 mai 2010, modifié le 15 mai 2014. Elle joue un rôle très actif dans la définition des politiques mémorielles, notamment en développant des mesures de tourisme de mémoire et de valorisation des hauts lieux de la mémoire combattante.

Pour la protection des lieux de mémoire, d'autres acteurs peuvent intervenir dans la définition des politiques mémorielles de façon plus ou moins directe. Les acteurs de la gestion du patrimoine, coordonnés par la Direction de l'Architecture et du Patrimoine du Ministère de la Culture, en définissant les politiques de protection ou en se prononçant sur le régime de protection d'un monument historique, ont aussi une influence dans la définition de la mémoire officielle publique. Le décret n° 68-1052 du 29 novembre 1968<sup>1601</sup> qui prévoit la réglementation pour l'érection de monuments commémoratifs, fait intervenir plusieurs acteurs pour ces constructions. Ainsi, tout projet doit être soumis à une approbation par le préfet. De même, le décret charge plusieurs ministres de la bonne exécution de ces mesures, dont le ministre de la culture, celui de l'intérieur, des anciens combattants, et celui de l'outre-mer.

### (III) Une multiplication de nouveaux acteurs mémoriels

La « boulimie » ou la « frénésie commémorative »<sup>1602</sup> qui caractérise le débat public contemporain implique aussi une multiplication des acteurs mémoriels. L'État central, acteur privilégié des politiques publiques mémorielles, doit alors gérer et coordonner les interventions de ces nouveaux acteurs en quête de reconnaissance dans la scène publique mémorielle. Le modèle classique qu'érigait l'État central en « grand ordonnateur et officiant »<sup>1603</sup> des politiques mémorielles, laisse place à un système qui intègre des initiatives

---

<sup>1600</sup> Cette fusion témoigne du caractère complémentaire entre les politiques patrimoniales et les autres politiques mémorielles dans la mise en place d'un récit commun sur le passé.

<sup>1601</sup> JO du 30 novembre 1968, p. 11237.



variées. D'après ce modèle, la présence de l'État se fait plus discrète, plus incitative que directrice<sup>1604</sup>.

Traditionnellement, l'État a toujours travaillé de pair avec le monde associatif dans la mise en place des orientations mémorielles. En particulier, pour la préservation de la mémoire combattante, il s'appuie souvent sur les associations d'anciens combattants qui travaillent en amont et en aval des politiques mémorielles. En effet, elles sont les relais des demandes du monde combattant et, à la fois, elles prennent le relais de nombreuses initiatives étatiques en matière de commémoration participant à leur exécution et leur maintien.

L'évolution de la mémoire nationale centrée sur le souvenir des anciens combattants vers une mémoire centrée sur la reconnaissance des victimes implique aussi l'intervention de nombreuses associations dans le débat public mémoriel. Représentant la mémoire de nombreux groupes qui se considèrent des « oubliés » de la mémoire publique officielle, elles mènent souvent des campagnes de lobbying actif auprès des parlementaires<sup>1605</sup>.

Les lois de décentralisation, qui transfèrent ou délèguent de plus en plus d'attributions aux collectivités territoriales<sup>1606</sup>, les font émerger comme des acteurs mémoriels. La multiplication de commémorations à l'échelle régionale, départementale ou communale en est la preuve. De même, l'articulation entre l'échelle locale et nationale s'est profondément modifiée, ainsi « alors que l'exaltation du local participait d'un enracinement dans le national [...], ce qui change, au cours des dernières années, c'est la promotion du local pour lui-même »<sup>1607</sup>. Cette tendance peut s'avérer problématique, puisqu'elle pourrait conduire à diluer le caractère *national* de la commémoration et à favoriser l'émergence de politiques

---

<sup>1602</sup> Expressions de l'historien P. NORA, « L'ère des commémorations » in *Les lieux de mémoire*, Vol. III, Tome 3 : Les France [De l'archive à l'emblème], 1992, Paris : Gallimard, Coll. Quattro, p. 4687 et 4692.

<sup>1603</sup> *Ibid.*, p. 984.

<sup>1604</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1605</sup> La Fédération nationale des anciens combattants en Algérie mena ainsi une campagne afin de faire du 19 mars, date anniversaire du cessez-le-feu de la guerre d'Algérie, une journée officielle de commémoration.

<sup>1606</sup> La loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014, de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (*JO* du 28 janvier 2014 p. 1562), dite loi MAPAM, prévoit, en effet, la possibilité pour l'État de déléguer à une collectivité territoriale ou à un établissement public de coopération intercommunale l'exercice de certaines compétences y compris dans le domaine culturel. Vu le lien étroit entre la commémoration et le domaine culturel, cela peut se traduire aussi par un rôle accru des collectivités et de ses groupements en la matière.

<sup>1607</sup> P. GARCIA, C. M. BOSSÉNO, « Introduction », in M. CRIVELLO, P. GARCIA, N. OFFENSTADT, *Concurrence des passés. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence : Publications de l'Université de Provence, Coll. Le temps de l'histoire, 2006, p. 10. Cette publication réunit les actes d'un colloque qui s'intéressa à l'émergence de nouvelles échelles concurrentes du national dans la gestion de la politique du passé.

mémorielles discordantes entre le niveau local et le niveau national, contribuant ainsi au flou qui règne déjà dans la matière.

Pour mieux délimiter les compétences de l'État central et des collectivités territoriales dans une autre composante des politiques mémorielles : la gestion des monuments historiques, le ministre de la culture J. AILLAGON confia, en 2003, au président de la Fondation nationale des sciences politiques R. RÉMOND, une mission afin de « réfléchir aux critères permettant de distinguer, parmi les quatre cent monuments historiques appartenant à l'État et affectés au ministère de la culture et de la communication, ceux qui devraient rester propriété de l'État de ceux qui pourraient être transférés, en pleine propriété, aux collectivités territoriales »<sup>1608</sup>. Le premier élément qui fut souligné par la Commission pour effectuer le partage était la participation du monument à la construction de la mémoire nationale. Il considéra ainsi que les monuments qui « restent associés dans la mémoire à des événements ou à des actes qui dessinent la trame de notre histoire nationale » devaient rester dans le domaine de l'État central. Le comité élaborait donc une liste des monuments les classant dans trois catégories : les monuments qui devaient rester dans le giron de l'État, ceux dont le transfert était possible et ceux dans le transfert était souhaitable. Le transfert des monuments a été réalisé, pour l'instant, suivant une logique de volontariat de la part des collectivités. Toutefois, le bilan des transferts reste assez faible.

L'État participe aussi à des organisations internationales et supranationales qui conduisent leur propre politique mémorielle. Par exemple, le système des Nations Unies a mis en place une longue liste de journées internationales ou mondiales - les premières étant le résultat d'une initiative des États membres, tandis que les secondes sont initiées par les institutions spécialisées de l'ONU – qui regroupe cent vingt et une journées et sept semaines internationales, aux sujets variés allant de la prévention de la maladie<sup>1609</sup>, aux arts<sup>1610</sup> en passant par le souvenir des victimes<sup>1611</sup>. À ce calendrier mémoriel, qui est plus ou moins suivi à l'échelle nationale, il faut rajouter les anniversaires et les déclarations d'années internationales. Par exemple, 2014 est l'année internationale de l'agriculture familiale, de la cristallographie, des petits États insulaires en développement et de la solidarité avec le peuple

---

<sup>1608</sup> J. J. AILLAGON, « Lettre de mission à M. René Rémond », 17 novembre 2003 reproduite in R. RÉMOND (prés.), *Rapport sur la répartition, entre l'État et les collectivités territoriales, des monuments historiques affectés au ministère de la culture*, Paris : novembre 2003, p. I.

<sup>1609</sup> Par exemple, la journée mondiale de la tuberculose qui a lieu le 24 mars,

<sup>1610</sup> Journée internationale du jazz, qui se célèbre le 30 avril.

<sup>1611</sup> Journée des victimes de disparition forcée, le 30 août.

palestinien. Les organes des Nations Unies peuvent aussi être à l'origine d'actions mémorielles qui sont coordonnées entre différents États. Par exemple, en 1994, considérant que « l'ignorance ou l'occultation d'événements historiques majeurs constitue un obstacle à la compréhension mutuelle, à la réconciliation et à la coopération entre les peuples »<sup>1612</sup>, l'UNESCO lança à Ouidah, au Bénin, le projet « La Route de l'esclave », qui cherchait à contribuer à une meilleure compréhension de l'esclavage dans le monde en proposant diverses mesures, dont notamment des commémorations, des initiatives en matière de préservation de lieux de mémoire et de recherche scientifique.

Les institutions européennes jouent aussi un rôle dans les politiques mémorielles. Dans ce cadre, les différences et les antagonismes passés dans une région qui a été divisée par de nombreux conflits au cours du XX<sup>e</sup> siècle empêchent la mise en place d'une véritable mémoire européenne. Les controverses suscitées lors de la rédaction du préambule du Traité établissant une constitution pour l'Europe sur la mention de l'héritage chrétien<sup>1613</sup>, démontrent les difficultés à trouver une lecture consensuelle du passé du continent. En effet, « la notion de mémoire européenne constitue un projet politique et non une réalité sociologique »<sup>1614</sup>. Néanmoins, certaines initiatives mémorielles ont pu faire l'objet d'un consensus. Par exemple, la mise en place de la journée de l'Europe le 9 mai, jour de la signature de la déclaration Schuman, texte fondateur de la construction européenne, fut consensuelle. Le Parlement européen fut aussi à l'origine, le 23 septembre 2008, de la création d'une journée européenne de commémoration des victimes du stalinisme et du nazisme, fixée au 23 août (date de la signature du pacte Molotov-Ribbentrop)<sup>1615</sup>. Le choix de commémorer, sur un pied d'égalité, les victimes du stalinisme et du nazisme, reflète la volonté de l'Union de créer un récit commun qui prenne en compte non seulement les souffrances des victimes de la Seconde Guerre mondiale, mais aussi celles des populations qui, ayant rejoint l'Union après un processus de démocratisation, ont été victimes du stalinisme.

Le rapprochement entre les nations grâce à la construction européenne influe aussi sur le contenu et les représentations des commémorations locales. L'exemple de la présence des chefs de l'État des anciennes puissances ennemies aux cérémonies qui commémorent la fin

---

<sup>1612</sup> UNESCO, *Programme de « La Route de l'esclave »* [en ligne] [<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/dialogue/the-slave-route>].

<sup>1613</sup> V. G. BOSSUAT, « Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution européenne », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 68-82.

<sup>1614</sup> V. ROSOUX, « Mémoire(s) européenne(s). Forces et limites de l'intervention politique dans la mise en scène de l'histoire », *Politiques et société*, n° 2, 2003, p. 19.

<sup>1615</sup> *JOUE* L 378 du 27 décembre 2006, p. 32.

des conflits ou les visites conjointes dans les lieux commémorant des massacres<sup>1616</sup> témoignent de l'influence de la construction européenne dans les politiques mémorielles.

Les politiques mémorielles n'échappent pas au recours de plus en plus fréquent à l'expertise multidisciplinaire. Par exemple, pour déterminer la date de la commémoration de l'abolition de l'esclavage, la loi Taubira prévoyait dans son article 4 la mise en place d'un comité de personnalités qualifiées qui réunissait des experts et des représentants d'associations défendant la mémoire des esclaves. Ce comité pour la mémoire et l'histoire de l'esclavage, mis en place par le décret n° 2009-506 du 6 mai 2009<sup>1617</sup>, mêlait alors la participation des associations à celle des historiens. De même, pour les commémorations particulièrement marquantes, sont souvent prévues des structures *ad hoc* qui réunissent représentants de l'État, de la société civile et des historiens. Par exemple, pour le centenaire de la Première Guerre mondiale, fut créée la « Mission du centenaire ». Groupement d'intérêt public, elle travaille sous l'autorité du secrétaire d'État aux Anciens combattants<sup>1618</sup>. Sa structure est très élaborée<sup>1619</sup> et son objectif est d'organiser les temps forts du programme commémoratif du centenaire de la Grande guerre et de piloter les différentes initiatives locales publiques et privées en proposant notamment un « label mission centenaire ». L'État cherche alors à motiver des initiatives qui viennent non seulement des acteurs mémoriels officiels mais aussi des associations, des historiens, de la société civile et même de l'entreprise privée.

Le recours aux experts se manifeste aussi par la mise en place de missions d'information ou de réflexion. Face au débat sur la « boulimie mémorielle », deux missions furent instituées à la fin des années 2000. Le Secrétaire d'État à la Défense et aux Anciens combattants chargea, en 2007, l'historien A. KASPI de présider une commission chargée de réfléchir au sens et au contenu des commémorations publiques, dont le rapport fut rendu en

---

<sup>1616</sup> Par exemple, la visite conjointe du président français F. HOLLANDE et allemand J. GAUCK au village d'Oradour-sur-Glane où, le 10 juin 1944, la division Das Reich des SS massacre plusieurs dizaines de personnes.

<sup>1617</sup> *JO* du 7 mai 2009, p. 7676. Outre son rôle dans la détermination des commémorations, ce comité a des compétences pour formuler des propositions et de recommandations concernant l'identification des lieux de mémoire, la mise en place d'actions de sensibilisation et de diffusion d'information ainsi que pour favoriser les recherches sur la traite et l'esclavage.

<sup>1618</sup> Arrêté du 5 avril 2012 portant approbation du groupement d'intérêt public « Mission du centenaire de la Première Guerre mondiale », *JO* du 11 avril 2012, p. 6500.

<sup>1619</sup> Elle comporte un conseil d'administration composée de représentants de sept ministères (Affaires étrangères, Défense, Culture, Intérieur, Enseignement supérieur, Éducation nationale et Tourisme), six établissements publics (BNF, Institut français, musée de l'Armée, Établissement de communication et de production audiovisuelle de la défense, Centre national de documentation pédagogique et l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre), deux associations nationales (l'Association des maires de France et Souvenir français) ainsi qu'une mutuelle.

novembre 2008<sup>1620</sup>. De même, face à la querelle sur les lois mémorielles, l'Assemblée nationale créa une mission d'information sur les questions mémorielles sous la présidence de B. ACCOYER dont un des axes de réflexion était de donner un nouvel élan à la politique des commémorations<sup>1621</sup>.

La coordination avec ces nouveaux acteurs mémoriels vise à donner aux politiques nationales un caractère plus consensuel. Le recours à des experts et à des instances supranationales légitime les politiques mémorielles en leur donnant une caution scientifique. Grâce à ces initiatives, « les pouvoirs publics espèrent ainsi limiter les risques, les incertitudes, et les coûts politiques de politiques mémorielles pilotées par une autorité centrale toujours suspectée de partialité »<sup>1622</sup>.

## § 2. *Les évolutions des politiques mémorielles*

Les contenus des politiques mémorielles sont aussi variés que leurs acteurs. De nombreuses initiatives au contenu très divers peuvent contribuer plus ou moins directement à la construction par l'État d'un récit commun sur le passé. Les politiques sur les accès aux archives, la mise en place de musées ou les décisions sur le contenu des manuels scolaires peuvent ainsi influencer le contenu du récit commun du passé national.

Toutefois, il a été choisi d'étudier principalement deux politiques mémorielles qui impliquent directement la construction d'une représentation commune du passé : la politique commémorative de l'État (I) et la gestion des sites du patrimoine mémoriel (II).

### (I) Les transformations des commémorations officielles

Le mot *commémoration* a une origine religieuse. Étymologiquement, il désigne la cérémonie destinée à rappeler le souvenir d'une personne décédée. La commémoration est ainsi liée à l'*anamnèse*, moment de la liturgie chrétienne où sont rappelées les paroles du Christ lors du dernier souper, « Faites ceci en mémoire de moi ». La commémoration

---

<sup>1620</sup> A. KASPI (prés.), *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, novembre 2008, 47 p.

<sup>1621</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, op. cit., 480 p.

<sup>1622</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 178.

implique alors le souvenir de ceux qui ne sont plus là. Avec le développement de son usage laïc, la commémoration fait référence à toute cérémonie visant au rappel d'une personne ou d'un événement. La présente recherche se centre sur les commémorations officielles nationales, c'est à dire celles qui sont instituées par l'État en souvenir d'un événement, de ses acteurs ou de ses victimes et qui sont observées dans tout le territoire. À ces commémorations officielles nationales, au nombre actuel de douze pour le cas français, il faut rajouter la liste d'anniversaires auxquels le ministère de la Culture, conseillé par le Haut comité des Commémorations nationales, confère annuellement le statut de « commémoration nationale ».

Les commémorations assurent un rôle fédérateur, contribuant ainsi à la mise en place et à la mise en scène d'un récit commun du passé (A). Toutefois, pour assurer ce rôle fédérateur, les commémorations doivent évoluer afin de refléter les changements dans ces valeurs communes. Il est donc possible de retracer une évolution des commémorations nationales tant dans ses formes que dans leur contenu (B). Cette évolution se traduit actuellement en une inflation du nombre de commémorations qui pourrait mettre en cause leur rôle fédérateur (C).

### *(A) Le rôle et les caractéristiques des commémorations nationales*

Les commémorations permettent non seulement d'inscrire certains événements dans la mémoire officielle, mais encore de donner une signification présente à ces événements<sup>1623</sup>. Dans la tradition judéo-chrétienne les premières formes de commémorations étaient les fêtes religieuses. Le livre du Deutéronome contient le récit des derniers discours de Moïse, dont les dix commandements et la codification des lois qui devaient régir la vie des croyants. Dans son chapitre 5, il institua le septième jour de la semaine comme jour de repos en souvenir « que tu as été esclave au pays d'Égypte, et que l'Éternel, ton Dieu, t'en a fait sortir à main forte et à bras étendu »<sup>1624</sup>. De même, au chapitre 16, d'autres fêtes religieuses annuelles furent mises en place afin de rappeler l'œuvre divine et de réunir la communauté religieuse. La première d'entre elles est la fête de Pâques, durant le mois des épis « car c'est dans le mois des épis que l'Éternel, ton Dieu, t'a fait sortir d'Égypte, pendant la nuit »<sup>1625</sup>. Deux autres fêtes sont aussi instaurées : la fête des tabernacles et la fête des semaines. Postérieurement, avec

---

<sup>1623</sup> Cf. M. GABORIT, « Memoria histórica : revertir la historia desde las víctimas », in F. GÓMEZ-ISA (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao : Giza Eskubideak. Derechos Humanos, 2006, p. 195-222.

<sup>1624</sup> Deutéronome, 5, 15.

<sup>1625</sup> *Ibid.*, 16, 1.

l'institutionnalisation de la religion, d'autres fêtes furent rajoutées au calendrier liturgique, fêtes qui continuent à être célébrées et à servir de vecteur de cohésion de la communauté religieuse.

Avec la sécularisation des sociétés, ce rôle fédérateur des fêtes religieuses trouve un relais avec les fêtes et commémorations nationales. Elles structurent la mémoire collective autour de valeurs communes ou imposées par l'État, tout en contribuant au sentiment d'appartenance commune<sup>1626</sup>. Les commémorations nationales ont donc un double objectif : d'un côté elles visent à *affirmer* l'existence d'une unité politique autour des valeurs communes, de l'autre, elles visent aussi à *maintenir* cette unité par le rappel cyclique du fait commémoré. En effet « l'identité proclamée, dont on a reconstruit l'histoire à travers les dates symboliques choisies, doit être effectivement inscrite dans le corps social par une stratégie de la mémoire qui tend à donner à cette identité la continuité temporelle »<sup>1627</sup>.

L'historienne M. OZOUF résume ainsi les « ingrédients essentiels » de toute commémoration : « la recherche de la cohésion du groupe autour de l'événement ou de l'homme commémoré ; le sentiment d'une trame temporelle homogène où le passé a quelque chose à dire au présent et aura quelque chose à dire à l'avenir »<sup>1628</sup>. La commémoration implique alors trois éléments : la sélection d'un événement à commémorer, la mise en scène de cet événement pour mettre en évidence les valeurs communes qui veulent être véhiculées et la répétition cyclique afin de garantir sa permanence.

Le choix de l'événement ou de la personne à commémorer dépend du contexte et du but assigné à la construction du récit commun du passé. Suivant un objectif de cohésion, la commémoration doit se fonder sur un événement ou un personnage consensuel. Les célébrations nationales renvoient alors « une image très partielle, pacifiée, irénique, de la mémoire de la France et imposent un modèle frivole de commémoration où la tension et les enjeux sont par définition absents »<sup>1629</sup>.

---

<sup>1626</sup> J-M. BOCKEL, « Avant propos », in A. KASPI (prés.), *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, op. cit., p. 5.

<sup>1627</sup> P. RAYNAUD, « La commémoration : illusion ou artifice ? », *Le Débat*, n° 78, 1994, p. 107.

<sup>1628</sup> M. OZOUF, « L'hier et l'aujourd'hui », in F. BÉDARIDA (dir.), *La mémoire des Français : quarante ans de commémorations de la Seconde Guerre mondiale*, Paris : Éd. du CNRS, 1986, p. 19.

<sup>1629</sup> T. GASNIER, « La France commémorante. Les célébrations nationales (1986-1993) », *Le Débat*, n° 78, 1994, p. 93.

Le rapport entre le choix et l'objectif de la commémoration peut être décrit grâce à trois grands modèles qui peuvent se succéder ou se combiner dans une société donnée<sup>1630</sup>. Le premier implique que la détermination des commémorations est imposée sous la forme d'un modèle conflictuel où l'État, dans sa quête pour consolider le pouvoir et l'unité nationale, met en place les commémorations comme une sorte de dispositif de contrôle destiné à assurer l'engagement des individus à la nation<sup>1631</sup>. Le choix de la commémoration peut être aussi négocié entre l'État et les citoyens, notamment par la participation de la société civile et des associations. De même, l'État peut choisir de donner une onction officielle à une commémoration qui trouvait son ancrage dans la tradition sociale. Un dernier modèle surgit dans les sociétés modernes. Il s'agit du modèle « abortif » ou neutre, où la commémoration a perdu son lien avec un événement précis et ne subsiste que comme simple tradition, il s'agit de commémorations « qui se réfèrent au passé, mais sans l'instruire ni chercher à être source d'inspiration ». C'est le cas notamment du *President's day* américain. À l'origine il commémorait l'anniversaire de G. WASHINGTON. Néanmoins, au fur et à mesure de législations qui changèrent la date de la commémoration et qui cherchèrent à unir plusieurs anniversaires dans une même fête, la commémoration s'est vidée de son contenu et de son lien avec un événement historique, subsistant comme un simple rappel d'une des caractéristiques du système américain : son régime présidentiel. Ce modèle insiste donc sur le troisième élément propre à toute commémoration : sa constance et sa répétition cyclique.

La répétition implique alors une mise en scène presque théâtrale, un cérémoniel structuré qui vise à placer la commémoration dans une sorte de « hors temps » et qui permet de réunir dans un même espace l'évocation du passé, les besoins du présent et l'aspiration vers le futur.

---

<sup>1630</sup> Cette modélisation fut décrite par le sociologue B. SCHWARTZ. V., en particulier son article « Collective Memory and Abortive Commemoration : President's Day and the American Holiday Calendar », *Social Research*, n° 1, Vol. 75, 2008, p. 76-77, qui distingue entre le *conflict model*, *commitment model* and *abortive model*.

<sup>1631</sup> Ce modèle s'avère toutefois de moins en moins efficace, obligeant l'État dépasser le modèle du passé imposé vers des mécanismes plus participatifs et consensuels (v. C. ANDRIEU, « Le pouvoir central en France et ses usages du passé de 1970 à nos jours », in C. ANDRIEU, M-C. LAVABRE, D. TARTAKOWSKI, *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, op. cit., p. 19-20).



## (B) De la fête révolutionnaire à la commémoration des victimes : les évolutions des commémorations publiques nationales

L'État est un des cadres sociaux de la mémoire collective, mais cette dernière se nourrit aussi du discours des historiens et des mémoires individuelles. Par conséquent, les politiques en matière de commémoration suivent des évolutions en fonction non seulement du but recherché par l'État et des caractéristiques des sociétés mais aussi de l'avancement de la recherche historique et de la perception des événements ou des personnages objet de commémoration. Des éléments qui étaient considérés comme consensuels peuvent alors devenir source de controverse. C'est le cas de la figure de COLOMB, longtemps célébrée dans tout le continent américain mais qui, face aux développements d'une historiographie centrée sur les souffrances des populations indigènes durant la *Conquista*, fait l'objet d'une certaine contestation<sup>1632</sup>. Plusieurs pays ont ainsi décidé de rebaptiser la célébration du 12 octobre, et ont opté pour des dénominations plus neutres comme le « jour des cultures »<sup>1633</sup> ou, par en renversement de perspective de la commémoration, ont mis en place le « jour de la résistance indigène »<sup>1634</sup>. En France, la figure de NAPOLÉON fait aussi l'objet de controverses. Par exemple, face à une remise en cause de l'héritage napoléonien, le bicentenaire de la bataille d'Austerlitz ne fut pas l'objet d'une commémoration officielle, ce motiva de critiques de la part des historiens<sup>1635</sup>.

De même, la politique des commémorations varie, surtout, en fonction des époques. Il est donc possible d'essayer de retracer une évolution chronologique, allant de la célébration révolutionnaire, vers la commémoration des grandes guerres avant d'aboutir dans une logique de repentance des épisodes peu glorieux de l'histoire nationale.

La tradition commémorative française remonte à la Révolution où furent mises en place des véritables liturgies républicaines qui « particip[aient] à l'éducation à la citoyenneté et de la construction du nouvel espace politique qui est celui de la France révolutionnée »<sup>1636</sup>.

---

<sup>1632</sup> B. SCHWARTZ, H. SCHUMANN, « History, Commemoration and Belief : Abraham Lincoln in American Memory », *American Sociological Review*, n° 2, Vol. 70, 2005, p. 199. Ces deux auteurs soulignent, toutefois, que l'ampleur de cette contestation aux États Unis ne doit pas être exagérée, puisque la figure de Colomb reste globalement positive dans l'imaginaire collectif.

<sup>1633</sup> C'est le cas du Costa Rica qui a changé le titre de la commémoration par la loi n° 7426-94 du 23 août 1994.

<sup>1634</sup> Ce changement fut opéré par le président du Venezuela, H. CHAVEZ, par le décret n° 2018 du 11 octobre 2002.

<sup>1635</sup> V. P. NORA, « Plaidoyer pour les indigènes d'Austerlitz », *Le Monde*, 12 décembre 2005.

<sup>1636</sup> P. GARCÍA, « Exercices de mémoire ? Les pratiques commémoratives dans la France contemporaine », *Les Cahiers français*, n° 303, 2001, p. 33.

Dès la chute de l’Ancien Régime, les assemblées révolutionnaires mirent en place des fêtes révolutionnaires qui visaient non seulement à célébrer la révolution elle-même, mais aussi à combler le vide laissé par les célébrations religieuses dans un régime qui mettait en avant sa laïcité. Les révolutionnaires cherchaient à « substituer au culte catholique un culte neuf capable d’offrir à ses spectateurs des satisfactions de remplacement »<sup>1637</sup>. Les fêtes révolutionnaires étaient alors des « rituels d’autoconsécration du peuple et d’autocélébration du moment fondateur »<sup>1638</sup>. Leur objectif était résumé par l’article 301 de la Constitution de l’an III précitée qui proclamait « Il sera établi des fêtes nationales, pour entretenir la fraternité entre les citoyens et les attacher à la Constitution, à la patrie et aux lois ».

Plus liées à la célébration d’une idée qu’à la commémoration d’une date, elles fêtaient la Fédération, la déesse raison ou le culte de l’Être de suprême, entre autres. C’est l’élément fédérateur qui était mis en avant plus que la référence à un événement historique précis. Pour éviter de rappeler des événements proches qui faisaient l’objet de controverses, les fêtes révolutionnaires s’appuyaient sur un cérémoniel qui empruntait tantôt à la fête populaire tantôt à une symbolique néo-classique faisant appel à un passé mythique<sup>1639</sup>. La fête de l’Unité et de l’indivisibilité organisée le 10 août 1793 fut un exemple de cette symbolique : « La fête dont David traça le plan et que présida le bel Hérault de Séchelles sur les ruines de la Bastille fut une des plus grandioses de celles que célébra la Révolution. Elle fut toute païenne dans son symbolisme. Une statue de la Nature en style égyptien versait de ses mamelles une eau lustrale qu’Hérault but le premier dans une coupe d’onyx et successivement les délégués des 85 départements burent après lui à la coupe de la Régénération »<sup>1640</sup>.

Le modèle traditionnel de la commémoration se développa, avant tout, durant la III<sup>e</sup> République. D’inspiration civique, « il célébrait l’unité d’une épopée aux grands acteurs incontestés. Il supposait un ordre et une hiérarchie qui descendaient des sommets de l’État jusqu’aux écoliers rassemblés autour des monuments et sur les places publiques. Manifestations rares et puissamment sélectives, solennelles et, aux deux sens du mot,

---

<sup>1637</sup> M. OZOUF, « La fête sous la révolution française », in J. LE GOFF, P. NORA (dir.), *Faire l’histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio histoire, 1974, p. 274.

<sup>1638</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 31.

<sup>1639</sup> V. M. OZOUF, *La Fête révolutionnaire (1789-1799)*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 1976, p. 78.

<sup>1640</sup> A. MATHIEZ, « La Constitution de 1793 », *Annales historiques de la révolution française*, 1928, p. 518.

concentrées »<sup>1641</sup>. Faible nombre de commémorations, une célébration fortement ritualisée autour de dates ou de personnages qui incarnaient les valeurs républicaines, caractérisaient alors les commémorations selon ce modèle traditionnel. Toutefois, le contenu de cette mémoire officielle ne fut pas facilement déterminé. Si la Révolution était considérée globalement comme un événement fondateur, le choix d'une date ou d'un personnage ne fut pas aisée<sup>1642</sup>. Le choix de l'événement à commémorer au moment de la fête nationale fixée au 14 juillet démontre cette absence de consensus. En effet, lors des débats parlementaires, certains députés s'opposaient à la commémoration du 14 juillet 1789, journée sanglante qui ne pouvait pas être acceptée par de nombreux monarchistes. Il fut alors proposé de prendre appui non pas sur le 14 juillet 1789, mais sur la fête de la Fédération qui avait eu lieu un an après. Sur ce point, le rapport du Sénat est assez révélateur :

« Le 14 juillet, c'est la Révolution tout entière. C'est bien plus que le 4 août, qui est l'abolition des privilèges féodaux ; c'est bien plus que le 21 septembre, qui est l'abolition du privilège royal, de la monarchie héréditaire. C'est la victoire décisive de l'ère nouvelle sur l'ancien régime. Les premières conquêtes qu'avait values à nos pères le serment du Jeu de Paume étaient menacées ; un effort suprême se préparait pour étouffer la Révolution dans son berceau ; une armée en grande partie étrangère, se concentrait autour de Paris. Paris se leva, et, en prenant la vieille citadelle du despotisme, il sauva l'Assemblée nationale et l'avenir.

Il y eut du sang versé le 14 juillet : les grandes transformations des sociétés humaines, - et celle-ci a été la plus grande de toutes, - ont toujours jusqu'ici coûté bien des douleurs et bien du sang. Nous espérons fermement que, dans notre chère patrie, au progrès par les Révolutions, succède, enfin ! le progrès par les réformes pacifiques.

Mais, à ceux de nos collègues que des souvenirs tragiques feraient hésiter, rappelons que le 14 juillet 1789, ce 14 juillet qui vit prendre la Bastille, fut suivi d'un autre 14 juillet, celui de 1790, qui consacra le premier par l'adhésion de la France entière, d'après l'initiative de Bordeaux et de la Bretagne. Cette seconde journée du 14 juillet, qui n'a coûté ni une goutte de sang ni une larme, cette journée de la Grande Fédération, nous espérons qu'aucun de vous ne refusera de se joindre à nous pour la renouveler et la perpétuer, comme le symbole de l'union fraternelle de toutes les parties de la France et de tous les citoyens français dans la liberté et l'égalité. Le 14 juillet 1790 est le plus beau jour de l'histoire de France, et peut-être de toute l'histoire »<sup>1643</sup>.

Finalement, la loi du 6 juillet 1881 ne précisa pas l'année de référence et établissait seulement que « La République adopte le 14 juillet comme jour de fête nationale annuelle ». Au fur et à mesure que le régime républicain s'enracinait, la politique de commémoration se centra sur

---

<sup>1641</sup> P. NORA, « Métamorphose de la commémoration », in HAUT COMITÉ DES CÉLÉBRATIONS NATIONALES, *Recueil des célébrations nationales 2000* [en ligne], [<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle/celebrations-nationales/recueil-2000/metamorphose-de-la-commemoration/>].

<sup>1642</sup> V. S. HAZAREESINGH, « Conflicts of Memory. Republicanism and the Commemoration of the Past in Modern France », *French History*, n° 2, Vol. 23, 2009, p. 197.

<sup>1643</sup> H. MARTIN (rapporteur), *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi, adopté par la Chambre des députés, ayant pour objet l'établissement d'un jour de fête nationale annuelle*, Sénat, 29 juin 1880.

une autocélébration d'une tradition républicaine qui ne cessait de se renouveler avec la consolidation du régime.

L'avènement des deux Guerres mondiales impliqua un changement dans le modèle de la commémoration. Ces deux événements allaient monopoliser les politiques mémorielles jusqu'aux années 1970<sup>1644</sup>. Ils impliquaient un changement dans le cérémoniel public qui se centrait, dorénavant, sur le souvenir des morts pour la patrie. S'il est vrai que la guerre de 1870-1871 avait donné lieu à des commémorations<sup>1645</sup>, elles n'eurent ni l'ampleur ni bénéficièrent d'une telle implication des pouvoirs publics. Les commémorations, suivant ce régime mémoriel, se caractérisaient par une démocratisation de la commémoration. En effet, R. KOSELLECK constata une volonté d'inclure tous les groupes et classes sociales dans le souvenir de la guerre, « sur les plaques et les monuments se retrouvent individuellement inscrits les noms de tous les morts, ou du moins de leur nombre, afin de ne laisser personne, à l'avenir, sombrer dans le passé »<sup>1646</sup>. Tous les morts pour la patrie sont commémorés, sans distinction de leur grade ou de leur origine. Ces commémorations se caractérisent aussi par le rapprochement temporel à l'événement qu'elles commémoraient et par une participation active des associations, ainsi elles étaient souvent cogérées avec le monde combattant<sup>1647</sup>.

À partir des années 1970 les politiques de la commémoration tendirent vers une « néopatrimonialisation »<sup>1648</sup> c'est-à-dire vers une volonté de s'inscrire dans une mémoire nationale plus vaste. Avec la stabilisation du modèle républicain et l'essoufflement des mémoires combattantes, les politiques mémorielles devaient rechercher des nouvelles valeurs communes. Elles puisaient dans le passé lointain, en se détachant de la mémoire républicaine pour s'inspirer de la mémoire nationale et tracer des parallélismes avec l'histoire de la longue durée. Sont alors commémorés, par exemple, le millénaire capétien en 1987 ou la bataille de Bouvines au même titre que le Bicentenaire de la Révolution ou la Bataille de Verdun<sup>1649</sup>. Ce type de commémorations se caractérise alors par un regain de l'importance des aspects culturels. De cette manière, « commémorer devient une activité majeure de l'État culturel,

---

<sup>1644</sup> V. J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 43.

<sup>1645</sup> Par exemple, la loi du 4 avril 1873, qui avait pour but la conservation des tombes des soldats français et allemands inhumés en France.

<sup>1646</sup> R. KOSELLECK, « Les monuments aux morts comme fondateurs de l'identité des survivants », *Revue Métaphysique et de Morale*, n° 1, 1998, p. 40.

<sup>1647</sup> S. BARCELLINI, « L'État républicain, acteur de mémoire : des morts pour la France aux morts à cause de la France » in P. BLANCHARD, I. VEYRAT-MASSON (dir.), *Les guerres de mémoires. La France et son histoire*, Paris : La Découverte, 2008, p. 211.

<sup>1648</sup> Expression de J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 53.

<sup>1649</sup> *Ibid.*, p. 56.

précisément parce que c'est de la culture qu'on attend désormais le liant capable de réduire le sentiment de délitement »<sup>1650</sup>.

Les années 1980 marquèrent l'installation d'un nouveau régime mémoriel centré sur le souvenir des victimes. C'est le passage de commémorations des « morts pour la France » à celles des « morts à cause de la France »<sup>1651</sup>. Ce mouvement fut annoncé dès 1954 avec la loi n° 54-415 consacrant le dernier dimanche d'avril au souvenir des victimes de la déportation et morts dans les camps de concentration du III<sup>e</sup> Reich et qui prévoyait, à son article 2, que « des cérémonies officielles évoqueront le souvenir des souffrances et des tortures subies par les déportés dans les camps de concentration ». Toutefois, à cette optique centrée sur la victime s'unissait encore une volonté de célébrer des héros, puis que la journée commémorative faisait aussi référence aux « héros » et cherchait à « rendre hommage au courage et à l'héroïsme de ceux et de celles qui en furent les victimes ». Des douze commémorations nationales actuellement observées en France, un quart est dédié à la mémoire des victimes : la journée nationale du souvenir des victimes et héros de la déportation, la journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux « Justes » de la France et la journée commémorative de l'abolition de l'esclavage.

La reconnaissance officielle des victimes de la Shoah servit de matrice pour la reconnaissance d'autres catégories de victimes qui réclamaient aussi une commémoration officielle : victimes de la colonisation, de l'esclavage. En effet, la fin de la décolonisation et l'importance de l'immigration impliquèrent aussi des changements dans la composition de la société française. Ne pouvant pas s'identifier ni avec le récit d'un passé national glorieux ni avec les souffrances des victimes de la Shoah, ces nouveaux groupes réclamaient leur place dans la mémoire officielle et s'attaquent au « mythe civilisateur de l'unification nationale »<sup>1652</sup> qui s'était développé sous la III<sup>e</sup> République et qui insistait sur les bienfaits de la colonisation et le rôle civilisateur de la France. Des associations regroupant les descendants des colonisés et des esclaves demandaient alors que l'État français accepte sa responsabilité dans la traite négrière et dans la colonisation. Le récit sur le passé se trouve alors éclaté en différents récits en fonction de groupes qui réclament leur statut de victime des crimes de l'État. La mémoire

---

<sup>1650</sup> P. GARCIA « Exercices de mémoire ? Les pratiques commémoratives dans la France contemporaine », *op. cit.*, p.34.

<sup>1651</sup> S. BARCELLINI, « L'État républicain, acteur de mémoire : des morts pour la France aux morts à cause de la France », *op. cit.* p. 219.

<sup>1652</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Politiques mémorielles en France*, *op. cit.* p. 119.

collective officielle devient une « mémoire désunie », pour reprendre l'expression de l'historien O. WIEVIORKA<sup>1653</sup>.

Ce nouveau régime mémoriel implique aussi une relecture de certains épisodes de l'histoire en dehors de la logique binaire allié/ennemi qu'imposait la mémoire combattante. S'inscrivent dans ce cadre les initiatives qui tendent à la réhabilitation et à la commémoration des mutins de 1917 ou des fusillés pour l'exemple<sup>1654</sup>. De même, face à l'impossibilité de déterminer les vainqueurs ou les camps alliés ou ennemis lors des derniers conflits auxquels la France a participé, notamment lors de la guerre d'Indochine et d'Algérie, les combattants deviennent à leur tour aussi des victimes<sup>1655</sup>.

Cette tendance n'est pas exclusivement française. Des mouvements de contre-mémoires visant à faire reconnaître le souvenir des victimes « oubliées » de la mémoire officielle ou de celles qui, appartenant au camp « ennemi », n'avaient pas fait l'objet d'une reconnaissance, se développent dans différents pays. Parmi les victimes « oubliées », les populations indigènes de pays comme le Canada, les États-Unis ou l'Australie réclament non seulement leur place dans la mémoire officielle mais aussi leur statut de victimes de nombreuses politiques discriminatoires. Pour faire face à ces demandes, l'État peut transformer des commémorations en excuses officielles pour les torts causés dans le passé, suivant une logique de repentance. Par exemple, lors de la commémoration du cent soixante quinzième anniversaire du Bureau des affaires indiennes (*Bureau of Indian Affairs*), le gouvernement américain présenta des excuses officielles pour la conduite historique de cette agence<sup>1656</sup>.

Par rapport aux repères qui sont véhiculés, ce régime de commémorations ne se centre plus sur la célébration de valeurs communes. Il cherche néanmoins une unité à partir de l'idée de la reconnaissance d'une faute collective. La cohésion se fait par un sentiment de rejet et de

---

<sup>1653</sup> O. WIEVIORKA, *La mémoire désunie. Le souvenir politique des années sombres, de la Libération à nos jours*, Paris : Éd. Du Seuil, 2010, 304 p.

<sup>1654</sup> Le Premier ministre L. JOSPIN, dans un discours prononcé sur le plateau de la Craonne a ainsi exprimé son souhait que les « fusillés pour l'exemple [...] réintègrent pleinement notre mémoire collective » (L. JOSPIN, *Discours du Premier ministre lors de l'Inauguration d'un monument de M. Haïm Kern commémorant l'offensive du Chemin des dames*, Craonne : 5 novembre 1998, [<http://histoire-socialiste.over-blog.fr/article-jospin-discours-de-craonne-60755642.html>]).

<sup>1655</sup> C. ANDRIEU, « La commémoration des dernières guerres françaises : l'élaboration de politiques symboliques, 1945-2003 », in C. ANDRIEU, M-C. LAVABRE, D. TARTAKOWSKI, *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence : Publications de l'Université de Provence, 2006, p. 45.

<sup>1656</sup> R. TSOSIE, « The BIA's Apology to the Native Americans : An Essay on Collective Memory and Collective Conscience », in E. BARKAN, A. KARN, *Taking Wrongs Seriously. Apologies and Reconciliation*, Stanford : Stanford University Press, 2006, p. 185-212.

réprobation d'un acte qui est considéré comme répréhensible de manière unanime. Ce changement de régime commémoratif implique aussi un changement des acteurs et des moyens qui sont mobilisés, ainsi qu'« un décentrement de l'État, le rôle croissant d'acteurs étatiques dans la fabrication des politiques mémorielles, et le recours à des instruments d'action publique moins dirigistes »<sup>1657</sup>.

L'étude des différentes dates auxquelles est conféré le statut de « commémoration nationale », en dehors des commémorations publiques nationales, à travers la lecture des différents *Recueils* publiés par le Haut-Comité aux Commémorations nationales, reflète aussi les mutations que la commémoration nationale comme instrument de construction d'une mémoire nationale a subies. Premièrement, il est important de noter le changement dans le nom même de ce Haut Comité. Au moment de sa création, il fut baptisé « Haut-Comité aux célébrations nationales », faisant écho à une conception plus traditionnelle de la mémoire nationale centrée sur les événements glorieux de l'histoire nationale. Le professeur J-N. JEANNENEY, membre du Haut Comité, expliquait alors dans la brochure de 2005 :

« Sans nous interdire de saluer tel ou tel événement d'origine étrangère dont l'écho a concerné la France, nous accordons l'essentiel de notre attention aux dates qui ont scandé directement l'histoire nationale. Sans refuser de commémorer tel lourd moment douloureux du passé, nous nous préoccupons au premier chef de célébrations, comme y invite l'intitulé de notre instance, c'est-à-dire de rappeler des épisodes qui ont contribué à l'unité, au rayonnement et à la grandeur de la Nation à travers les âges, puis à l'enracinement de la République, depuis le temps des Lumières, en accompagnant et en servant ses combats pour la défense et l'illustration des valeurs qu'elle incarne »<sup>1658</sup>.

Toutefois, la mise en place du régime mémoriel centré sur les victimes, eut aussi un impact sur la mise en place des dates à retenir par le Haut Comité. C'est ainsi qu'en 2012, le ministre de la culture F. MITTERRAND changea le terme *célébrations* par le terme *commémorations* dans le nom du Haut comité. Il justifia cette décision par la quête d'une approche plus neutre de la mémoire et expliqua que :

« Commémorer, et non pas célébrer. Si j'ai tenu à cette inflexion sémantique, c'est parce qu'elle nous permet de suspendre les jugements de valeur, afin de préserver la réflexion critique sur ce qui est constitutif de notre mémoire collective. Il y a six siècles, Jeanne d'Arc naissait à Domrémy, où je me rendrai avec le président de la République ce vendredi. Il y a cinquante ans, la guerre Algérie s'achevait. Faire cohabiter, dans un même recueil, ces deux points mémoriels majeurs de notre histoire, c'est précisément rappeler que commémorer, ce n'est pas convoquer des vignettes du repli sur soi, mais des fragments d'universel où les

---

<sup>1657</sup> J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 194.

<sup>1658</sup> J-N. JEANNENEY, « Préface », in HAUT COMITÉ DES CÉLÉBRATIONS NATIONALES, *Recueil des célébrations nationales 2008* [en ligne], [<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle/celebrations-nationales/2008/preface/>].

blesures et les mythologies doivent s'effacer devant l'exigence et le temps de la compréhension »<sup>1659</sup>.

Aux changements sur le contenu et les objectifs des politiques mémorielles en matière de commémoration s'ajoute le problème de l'inflation commémorative. En effet, si les commémorations sont des éléments qui cherchent à fédérer la population, leur surenchère et leur variété entravent la fonction de construction d'une représentation commune du passé.

### (C) *La problématique de l'inflation commémorative*

Ironisant sur la « maniaquerie commémorative », l'essayiste J-C. GUILLEBAUD, souligna « le fait est que depuis dix ou quinze ans en France, on commémore comme on respire »<sup>1660</sup>. Des douze dates qui font l'objet d'une commémoration nationale officielle, six d'entre elles ont été mises en place dans un espace de sept ans entre 1999 et 2006. De même, le nombre d'anniversaires et célébrations qui se voient attribuer la catégorie de « commémoration nationale » n'a cessé d'augmenter et de se diversifier. L'inflation commémorative révèle alors un double problème : les commémorations seraient à la fois trop nombreuses, trop variées mais, en même temps, inopérantes.

Le contenu du *Recueil des commémorations nationales*<sup>1661</sup> reflète l'éclatement de la notion de commémoration. Dans les premiers recueils, les différents anniversaires à commémorer étaient regroupés autour de quatre grandes catégories qui, dès le départ, montraient une certaine hétérogénéité dans le choix des commémorations : « Histoire et institutions », devenue « Vie politique et institutions » à partir du recueil de 2000, sans doute pour souligner la différence épistémologique entre la pratique mémorielle et la pratique historique ; « Littérature » qui, à partir de 2000, fut élargie à « Littérature et sciences humaines » ; « Arts » devenue « Beaux arts, musique et cinéma » en 2009, mais revenue au titre plus neutre d'« Arts » à partir de 2013 et « Sciences et Techniques ». En 2009 fut rajoutée une cinquième catégorie « Société et économie » qui regroupe des commémorations aussi diverses que la création du Crédit industriel et commercial en 2009 ou le deux cent cinquantième anniversaire de la mort de la marquise de Pompadour en 2014. Le type

---

<sup>1659</sup> F. MITTERRAND, *Discours lors du lancement du recueil des Commémorations nationales 2012, prononcé le 4 janvier 2012*, Ministère de la Culture, [<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Ministere/Histoire-du-ministere/Ressources-documentaires/Discours/Discours-de-ministres-depuis-1999/Frederic-Mitterrand-2009-2012/Discours-2009-2012/Lancement-du-recueil-des-Commémorations-nationales-2012>].

<sup>1660</sup> J-C. GUILLEBAUD, « Entre mémoire et projet », in A. HOUZIAUX (dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Paris : Éd. de l'atelier, 2006, p. 49.

<sup>1661</sup> Les seize dernières éditions du *Recueil des Commémorations nationales* sont disponibles sur le site internet des Archives de France : HAUT COMITÉ DES CÉLÉBRATIONS NATIONALES, *Recueil des célébrations nationales 1999-2014* [en ligne], [<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle/celebrations-nationales/>].



d'événement qui peut faire l'objet d'une commémoration est aussi très varié. Il peut s'agir de la commémoration d'un événement politique<sup>1662</sup>, de la mort ou de la naissance d'un personnage<sup>1663</sup>, de la mise en place d'une institution<sup>1664</sup>, de la publication d'une œuvre<sup>1665</sup>, de la naissance d'un courant artistique ou une école de pensée<sup>1666</sup>, d'un exploit ou une découverte<sup>1667</sup> ou même de la commémoration de tout un régime politique comme fut le cas des commémorations du bicentenaire de l'Empire en 2004.

Pour faire face au problème d'inflation commémorative, le Secrétaire d'État à la Défense et aux Anciens combattants mit en place en 2007 une commission chargée de « réfléchir au sens et au contenu des commémorations »<sup>1668</sup>. Cette commission souligna que le nombre de commémorations publiques est trop important. Cette inflation mémorielle entraîne un risque de « désaffection et une incompréhension de la part d'une très grande majorité de la population, un affaiblissement de la mémoire collective, des particularismes qui vont à l'encontre de l'unité nationale »<sup>1669</sup>.

Elle proposa alors de réduire le nombre de commémorations nationales en ne gardant que trois dates principales : « le 11 novembre pour commémorer les morts du passé et du présent, le 8 mai pour rappeler la victoire sur le nazisme et la barbarie, le 14 juillet qui exalte les valeurs de la Révolution française ». Toutefois, la Commission précisa que, malgré cette volonté de faire du 11 novembre une commémoration « des morts du passé et du présent », cela n'impliquait pas de faire un « *Memorial day* » à la française. En effet, les États-Unis ont choisi un modèle de commémorations qui est moins lié à une date historique. C'est ainsi que le dernier lundi de mai est consacré au *Memorial Day* qui rend hommage à tous ceux qui ont donné leur vie pour la Patrie dans les différents conflits armés auxquels ont participé les États Unis. Toutefois cette logique n'est pas compatible avec la tradition française qui reste attachée à une chronologie précise. L'opposition à la mise en place d'un *Memorial Day* se

---

<sup>1662</sup> Par exemple, la promulgation de l'édit de Clotaire II de 614, commémorée en 2014.

<sup>1663</sup> Certains personnages ont même droit à une double commémoration, au moment de leur mort et de leur naissance. Ce fut le cas de l'écrivain J. GUÉHENNO dont sa mort a été commémorée en 1988 et sa naissance en 1990 (v. T. GASNIER, « La France commémorante. Les célébrations nationales (1986-1993) », *op. cit.*, p. 85).

<sup>1664</sup> Par exemple, la commémoration du bicentenaire du Conseil d'État et du Sénat en 1999.

<sup>1665</sup> Il peut s'agir même de la sortie d'un film, comme les Parapluies de Cherbourg, dont le cinquantenaire est célébré en 2014.

<sup>1666</sup> Par exemple, en 1999, le centenaire de l'École de Nancy, qui popularisa l'art nouveau.

<sup>1667</sup> Par exemple la commémoration de la mesure de la vitesse de la lumière par Léon Foucault, célébrée en 2012 à l'occasion de son centenaire.

<sup>1668</sup> La lettre de mission fut envoyée le 28 novembre 2007. La commission fut mise en place par un arrêté du 12 décembre 2007, *JO* du 15 décembre 2007, texte n° 31, sous la présidence de l'historien A. KASPI.

<sup>1669</sup> A. KASPI (prés.), *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, *op. cit.*, p. 9.

retrouve notamment dans le nombre important de questions parlementaires posées au Ministre de la Défense et des anciens combattants après la publication du Rapport KASPI. Par exemple, le député A. BOCQUET, dans sa question écrite n° 32936 de la XII<sup>e</sup> législature, transmet l'inquiétude du « monde combattant » à propos de « l'hypothèse, inacceptable, d'un alignement sur les us et coutumes des États-Unis – Memorial Day- et revendique le respect et la fidélité à notre Histoire nationale et aux générations dont les sacrifices doivent continuer d'être rappelés et honorés aux dates qui correspondent à ces engagements »<sup>1670</sup>.

Mais le problème de la « manie commémorative » n'est pas seulement lié au nombre de commémorations. Il concerne aussi le rituel qui entoure ces commémorations. En effet, il est possible de constater une tendance à l'assimilation entre commémoration et jour férié. Cette tendance peut être accrue par des mesures législatives organisant les commémorations. Par exemple, aux États Unis, la *Uniform Holiday Bill* approuvée en 1968, changea la date de trois commémorations, afin que leur célébration eût lieu un lundi. Il s'agissait de l'anniversaire de G. WASHINGTON, le *Mémorial day* et le jour des vétérans. Dans son discours lors de la signature de cette loi, le président L. JOHNSON justifia cette mesure pour des raisons principalement économiques. La multiplication de longs weekends permettait une meilleure organisation du temps de travail et pouvait inciter le développement du tourisme interne<sup>1671</sup>. La commémoration était alors assimilée à une période de vacances. Or, comme l'explique B. SCHWARTZ, « les vacances incarnent la liberté individuelle, elles permettent d'échapper, d'avoir du temps libre. Les jours fériés liés à des commémorations, sont destinés à être observés collectivement à certains moments et endroits, selon certaines modalités, afin d'évoquer un sens partagé et solennel de ce qui est célébré »<sup>1672</sup>. Cette assimilation dissout le contenu des commémorations et ne leur permet pas d'assurer leur rôle de transmission d'un récit commun sur le passé.

Ce phénomène se retrouve aussi en France, avec la tendance de « faire le pont » afin de transformer un jour férié commémoratif en une période de vacances. Ce phénomène

---

<sup>1670</sup> JO du 21 octobre 2008 p. 8935. Des interrogations similaires furent posées durant la XIII<sup>e</sup> législature par les députés E. RAOULT (question écrite n° 36502, JO du 2 décembre 2008, p. 10328) ; A. WOJCIECHOWSKI (question écrite n° 36503, JO du 2 décembre 2008, p. 10328) ; D. BOUSQUET (question écrite n° 39436, JO du 13 janvier 2009 p. 184) ; M-J. ROIG (question écrite n° 51324, JO du 9 juin 2009 p. 5492) ; D. QUENTIN (question n° 52732, JO du 23 juin 2009) ; E. ABOUD (question écrite n° 60382, JO du 13 octobre 2009, p. 9598) ; F. VANNON (question écrite n° 109732, JO du 31 mai 2011 p. 5648).

<sup>1671</sup> L. JOHNSON, *Discours donné à l'occasion de la signature de la Uniform Holiday Bill*, Washington D.C. : 28 juin 1968, [<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=28963>].

<sup>1672</sup> B. SCHWARTZ, « Collective Memory and Abortive Commemoration : President's Day and the American Holiday Calendar », *op. cit.*, p. 86.

implique une moindre participation de la société aux célébrations officielles. La rapport KASPI propose alors la mise en place de nouvelles formes de commémoration qui permettent de mieux accomplir les deux versants de la commémoration : la remémoration et la transmission de la mémoire. Elle préconise, notamment, de séparer ces deux fonctions. La commission propose alors de garder la fonction de remémoration associée à une cérémonie traditionnelle mais de mettre en place de nouvelles formes de transmission notamment par le biais des médias. Toutefois, le risque est de convertir ces commémorations en une sorte de parodies d'elles-mêmes. En effet, l'historien H. ROUSSO dénonce le fait qu'avec la pression des médias, les commémorations sont « devenues des formes de divertissement à grande échelle, avec le poids croissant de la télévision, le cortège de “merchandising” qui les accompagne, et qui s'adressent du coup aux consommateurs »<sup>1673</sup>.

## (II) La mise en valeur du patrimoine mémoriel

Les politiques mémorielles de l'État peuvent aussi avoir pour objet la protection de certains sites ou monuments. En se fondant sur la relation entre l'espace et la mémoire collective (A), l'État cherche donc à protéger (B) et à construire (C) des lieux de mémoire afin de donner un ancrage spatial à la mémoire collective officielle.

### (A) *L'ancrage physique de la mémoire collective officielle*

L'inscription dans un espace donné est un préalable nécessaire à la mémoire. Pour HALBWACHS, « notre entourage matériel porte à la fois notre marque et celle des autres »<sup>1674</sup>. L'espace encadre alors la mémoire et se voit imprégné de ses souvenirs. La mémoire collective est alors *localisée* dans l'espace, et cette relation entre l'espace et le contenu de la mémoire implique que « la mémoire collective n'est seulement possible que quand les relations sociales sont ralenties et cristallisées autour d'objets »<sup>1675</sup>. La mémoire collective *territorialise l'espace*, en l'utilisant comme cadre et l'imprègne d'un sens particulier qui vise à se transmettre aux autres membres du groupe. Dans *La topographie légendaire des Évangiles en Terre Sainte : étude de mémoire collective*, HALBWACHS examina l'élaboration de la mémoire collective chrétienne à travers l'évolution des significations qui sont données

---

<sup>1673</sup> H. ROUSSO, « Réflexions sur l'émergence de la notion de mémoire », in M. VERLHAC, *Histoire et mémoire*, *op. cit.*, p. 79-80.

<sup>1674</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>1675</sup> S. D. BROWN, D. MIDDLETON, « La mémoire et l'espace dans les travaux de Maurice Halbwachs », *op. cit.*, p. 165.

aux sites en Terre sainte mentionnés dans les évangiles. Cet exemple permet de comprendre la relation entre les lieux d'un événement ou d'une tradition et la mémoire collective de cet événement ou de cette tradition. Pour le sociologue, « les lieux participent de la stabilité des choses matérielles et c'est en se fixant sur eux, en s'enfermant dans leurs limites et en pliant son attitude à leur disposition, que la pensée collective du groupe des croyants a le plus de chance de s'immobiliser et de durer : telle est bien la condition de la mémoire »<sup>1676</sup>.

L'action sur l'espace implique alors une influence sur le contenu de la mémoire collective. L'État, par sa politique de gestion du patrimoine, peut alors contribuer à l'encadrement de cette mémoire collective de deux manières : il peut protéger les « lieux de mémoire », mais aussi il peut contribuer à la « mémorialisation de l'espace »<sup>1677</sup>. C'est-à-dire, par le biais de politiques mémorielles, il peut donner une protection aux lieux ou espaces qui servent déjà comme point de repère pour une mémoire collective, mais il peut aussi fabriquer des nouveaux points de repère en mettant en scène les lieux où se sont déroulés des événements marquants pour la mémoire du groupe. L'État peut donc contribuer à l'élaboration d'un récit commun du passé en le localisant et en protégeant les lieux de mémoire qui servent déjà de cadre pour ce récit.

Une précision terminologique doit être faite par rapport à l'utilisation du terme « lieux de mémoire ». Introduite par l'historien P. NORA dans son imposante étude qui porte le même nom, cette expression cherchait à désigner l'étude des phénomènes mémoriels à travers l'angle de l'histoire scientifique. Toutefois, cette expression désigne actuellement, et par extension, une « unité significative d'ordre matériel ou idéal dont la volonté des hommes ou le travail du temps a fait un élément symbolique d'une quelconque communauté »<sup>1678</sup>. Comme pour la « mémoire collective », le succès de cette notion modifia son sens d'origine et l'utilisation qui est faite actuellement dans le langage courant ne correspond plus à la définition d'origine donnée par son auteur. Ce phénomène fut constaté par P. NORA lui-même qui, dans la dernière contribution du dernier volume de son œuvre *Les lieux de mémoire*, s'étonna de « l'étrange destinée » de la notion. Il constate ainsi qu' « aussitôt lancée l'expression “lieu de mémoire” outil forgé pour la mise en lumière de la distance critique est

---

<sup>1676</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, op. cit., p. 232.

<sup>1677</sup> V. G. TRUC, « Memory of places and place of memory: for a Halbwachsian socio-ethnography of collective memory », *International Social Science Journal*, n° 203-204, 2011, p. 155.

<sup>1678</sup> *Le Grand Robert de la langue française*, éd. 1998 cité par P. NORA, « L'ère des commémorations », op. cit., p. 1004.

devenu l'instrument par excellence de la commémoration »<sup>1679</sup>. Pour la présente étude sur l'ancrage physique de la mémoire collective, le sens large des « lieux de mémoire » s'avère le plus indiqué.

### (B) *La politique patrimoniale mémorielle de l'État*

La préservation du patrimoine est considérée comme un objectif d'intérêt public. Ceci a été souligné par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la constitutionnalité du régime de l'inscription au titre des monuments historiques. Le Conseil considéra en effet que : « l'inscription au titre des monuments historiques vise la préservation du patrimoine historique et artistique ; qu'ainsi, elle répond à un motif d'intérêt général »<sup>1680</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a aussi affirmé que la protection du patrimoine historique fait partie des objectifs légitimes d'utilité publique<sup>1681</sup>. Ce rattachement à l'intérêt général souligne le rôle de la politique de préservation du patrimoine dans la construction de la mémoire collective et justifie l'intervention de l'État en la matière.

La politique la plus traditionnelle est celle de la protection des monuments historiques. L'historien P. NORA explique, « comme la commémoration classique sur la cérémonie, le patrimoine s'était cristallisé, depuis un siècle et demi, sur le “monument historique”. Témoignage irrécusable d'un passé révolu et menacé que la collectivité nationale reconnaissait et désignait ainsi comme représentatif de son identité »<sup>1682</sup>. Mais cette politique a connu une évolution pour s'ouvrir et prendre en compte différentes traces matérielles qui ne se limitent plus aux monuments historiques.

Notion plus large que celle de monument historique, le patrimoine culturel peut être défini comme « l'ensemble des traces des activités humaines qu'une société considère comme essentielles, pour son identité et sa mémoire collective et qu'elle souhaite préserver afin de les transmettre aux générations futures »<sup>1683</sup>. C'est une notion évolutive qui s'enrichit avec les transformations des mentalités et des politiques publiques, en intégrant de nouvelles composantes. Si, au départ, la notion de patrimoine était plutôt associée aux grandes œuvres architecturales monumentales, comme les châteaux et les cathédrales, la notion a évolué pour

---

<sup>1679</sup> *Ibid.*, p. 977

<sup>1680</sup> CC n° 2011-207 QPC du 16 décembre 2011, *Société Grande Brasserie Patrie Schutzenberger*, *Rec.*, p. 596, *JO* du 17 décembre 2011 p. 21370, consid. 7.

<sup>1681</sup> Cour EDH, 19 mars 2009, *Kozacioglu c. Turquie*, req. n° 2334/03, § 64.

<sup>1682</sup> *Ibid.*, p. 1002.

<sup>1683</sup> P-L. FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 1997, p. 13.

prendre en compte le patrimoine mobilier, le patrimoine immatériel, le patrimoine industriel et scientifique et technique, mais aussi pour couvrir des créations humaines datant des périodes de plus en plus proches à notre époque<sup>1684</sup>. L'article L. 1 du code du patrimoine définit donc largement le patrimoine comme « l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ».

La première loi sur la protection d'une des composantes de ce que, postérieurement, allait être appelé patrimoine culturel, fut la loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques et des objets d'art<sup>1685</sup>. La protection des sites et des monuments naturels s'opéra grâce à la loi du 21 avril 1906<sup>1686</sup>. La loi du 31 décembre 1913, qui est au fondement du régime actuel de protection, compléta et améliora le dispositif créé en 1887. Cette loi fut l'objet de nombreuses modifications qui impliquèrent un élargissement de la notion et de la protection du patrimoine. Par exemple, la loi n° 62-90, dite « Loi Malraux », du 4 août 1962 permit la création de secteurs sauvegardés pour ainsi protéger des ensembles urbains historiques, et non pas simplement des immeubles isolés<sup>1687</sup> et l'ordonnance du 8 septembre 2005 modifiant le code du patrimoine élargit la procédure d'inscription aux biens meubles des personnes privées.

L'évolution de la protection se poursuit aussi grâce à la ratification par la France d'instruments internationaux, comme la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, approuvée par la loi n° 2006-791<sup>1688</sup>, ou régionaux, comme la Convention-cadre sur la valorisation du patrimoine culturel pour la société (Convention de Faro), signée au sein du Conseil de l'Europe en 2005. Le rôle de l'Union Européenne dans la matière est, en revanche, assez limité, eu égard au principe du subsidiarité.

---

<sup>1684</sup> À titre d'exemple peut être mentionné l'affaire de la Villa Savoye de Le Corbusier, qui fut menacée de destruction. Face à une forte mobilisation du milieu des arts, et grâce aux efforts du ministre de la culture de l'époque, A. MALRAUX, elle fut rachetée par l'État du vivant de l'architecte et classée au lendemain de sa mort par l'arrêté du 16 décembre 1965 ou la création, en 1999, du Label du patrimoine du XX<sup>e</sup> siècle (Circulaire n° 2001/006 du 1<sup>er</sup> mars 2001).

<sup>1685</sup> Il faut toutefois souligner que la protection des monuments historiques peut être retracée à la Monarchie de Juillet notamment grâce à l'action du ministre François GUIZOT.

<sup>1686</sup> Elle fut postérieurement réformée par la loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque.

<sup>1687</sup> La loi du 25 février 1943 portant modification de la loi du 31 décembre 1912 sur les monuments historiques instituait déjà une servitude d'abord au profit des monuments historiques.

<sup>1688</sup> *JO* du 6 juillet 2006, p. 10116.

Le patrimoine culturel intègre alors non seulement les immeubles monumentaux, mais aussi le patrimoine naturel, archéologique, industriel, scientifique, technique et même ethnologique, comme le démontre la récente inscription du repas gastronomique des Français sur la liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité de l'UNESCO<sup>1689</sup>. Un pas supplémentaire dans l'évolution de la définition du patrimoine culturel fut donné par la Convention de Faro précitée qui, dans son article 2, considère que le patrimoine culturel « constitue un ensemble de ressources héritées du passé que des personnes considèrent, par-delà le régime de propriété des biens, comme un reflet et une expression de leurs valeurs, croyances, savoirs et traditions en continuelle évolution. Cela inclut tous les aspects de l'environnement résultant de l'interaction dans le temps entre les personnes et les lieux ».

L'intervention de l'État dans la protection du patrimoine culturel se traduit concrètement, pour le patrimoine matériel, par la mise en place d'un régime de protection des biens par le biais de procédures de classement ou d'inscription au titre des Monuments historiques. Ces deux procédures sont actuellement régies par les articles L. 621-1<sup>1690</sup> et L. 621-25<sup>1691</sup> du code du patrimoine. Pour pouvoir faire l'objet de protection, les biens doivent donc présenter un intérêt d'histoire ou d'art. Toutefois, en pratique, l'intérêt historique prime par rapport au critère d'intérêt artistique. En effet, « bien que les lois soient plus larges, la pratique montre que le critère historique ou de témoignage est celui retenu dans l'identification des objets patrimoniaux »<sup>1692</sup>.

L'examen des critères caractérisant le patrimoine subit aussi une évolution. Sa définition, avant centrée sur des critères objectifs comme l'intérêt d'histoire, prend de plus en plus en compte des aspects subjectifs. L'accent est ainsi mis sur l'attachement des populations au bien hérité du passé pour décider de le déclarer ou non comme monument historique et le

---

<sup>1689</sup> Décision 5.COM 6.14 de 2010.

<sup>1690</sup> « Les immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public sont classés comme monuments historiques en totalité ou en partie par les soins de l'autorité administrative.

Sont notamment compris parmi les immeubles susceptibles d'être classés au titre des monuments historiques :

a) Les monuments mégalithiques, les terrains qui renferment des stations ou gisements préhistoriques ;  
b) Les immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager, assainir ou mettre en valeur un immeuble classé au titre des monuments historiques. ».

<sup>1691</sup> « Les immeubles ou parties d'immeubles publics ou privés qui, sans justifier une demande de classement immédiat au titre des monuments historiques, présentent un intérêt d'histoire ou d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation peuvent, à toute époque, être inscrits, par décision de l'autorité administrative, au titre des monuments historiques.

Peut être également inscrit dans les mêmes conditions tout immeuble nu ou bâti situé dans le champ de visibilité d'un immeuble déjà classé ou inscrit au titre des monuments historiques ».

<sup>1692</sup> L. TOUZEAU, *La protection du patrimoine architectural contemporain : recherche sur l'intérêt public et la propriété en droit de la culture*, Paris : L'Harmattan, Coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 2010, p. 90.

faire bénéficier du régime de protection qui s'attache à cette déclaration. La définition du patrimoine culturel se rapproche donc de la notion large de *lieux de mémoire*. Par conséquent, c'est le fait pour une collectivité d'investir de leur affect des lieux, des objets, des traditions, qui détermine leur considération comme éléments du patrimoine culturel.

Cette évolution dans la conception du patrimoine implique, par conséquent, un passage d'une protection centrée sur le « monument forme », c'est à dire celui qui correspond à l'image traditionnelle du monument historique défini comme « un fait architectural, civil ou religieux, ancien ou contemporain, qui s'impose par ses qualités intrinsèques, d'ordre esthétique ou décoratif, indépendamment de ses fonctions utilitaires »<sup>1693</sup> vers la valorisation de plus en plus importante du « monument-message » qui se rapporte à un événement passé, réel ou mythique et a pour but de transmettre à la postérité la mémoire de quelque personne illustre ou de certains faits historiques<sup>1694</sup>.

La politique de protection du patrimoine s'est donc diversifiée pour prendre en compte, dans une définition large du monument historique, des lieux témoins des événements historiques : c'est le cas par exemple du Mur des Fédérés dans l'enceinte du cimetière du Père-Lachaise<sup>1695</sup>, devant lequel furent fusillés cent-quarante sept combattants de la commune ou le village D'Oradour-sur-Glane<sup>1696</sup>, lieu où furent massacrés des centaines des personnes aux mains des SS en 1944 et qui fut conservé en l'état comme témoignage de la barbarie nazie. Toutefois, cette inflation tout azimuts de la notion de patrimoine peut être problématique car elle peut conduire à une banalisation de ce qui devait être, à l'origine, de l'ordre de l'exceptionnel. À force de vouloir préserver toutes les traces du passé plus ou moins lointain, la notion même de patrimoine perd de son importance. Comme pour les commémorations, l'inflation monumentale est aussi critiquée. Le philosophe R. DEBRAY, lors des Entretiens du Patrimoine de 1998, parlait alors d'un « abus monumental »<sup>1697</sup>, une multiplication qualitative et quantitative des composantes du patrimoine, qui contribue à une banalisation de ces derniers.

---

<sup>1693</sup> R. DEBRAY, « Trace, forme ou message », *Les cahiers de médiologie : La confusion des monuments*, n° 7, 1999, p. 32. L'auteur exclut aussi la fonction de témoignage du monument-forme, toutefois nous considérons que tout monument, par définition, a une fonction de témoignage.

<sup>1694</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>1695</sup> Classé monument historique par arrêté du 14 novembre 1983.

<sup>1696</sup> Classé monument historique par arrêté du 5 octobre 1946.

<sup>1697</sup> V. R. DEBRAY (dir.), *L'abus monumental ? - Actes des entretiens du patrimoine*, Paris : Fayard, 1999, 439 p. Pour une critique de cette position v. J-M. LENIAUD, « L'abus monumental », in M. PRIEUR et D. AUDRERIE (dir.), *Les monuments historiques, un nouvel enjeu ?*, Vol. II, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 205-213.



### (C) *La construction de monuments commémoratifs comme élément de représentation du passé commun*

L'ancrage spatial de la mémoire s'effectue non seulement par la préservation de lieux qui sont considérés comme porteurs d'une signification historique, comme témoins physiques du récit commun du passé, mais aussi par la construction même de monuments ou autres représentations physiques de la mémoire afin de contribuer directement à la mise en scène de ce passé commun. Traditionnellement, les monuments étaient érigés par les détenteurs du pouvoir en souvenir de batailles ou des héros de la nation. Ils cherchaient à représenter le récit commun du passé en mettant en avant des épisodes glorieux de l'histoire. Les arcs de triomphe ou les statues équestres des empereurs et rois sont des exemples de cette conception classique des monuments. Ils étaient, en général, associés aux commémorations comme expressions de la mémoire collective culturelle. Par exemple, la loi instituant une fête nationale de Jeanne d'Arc prévoyait non seulement la mise en place de la commémoration, mais aussi, à son article 3, prévoyait qu' « il sera élevé en l'honneur de Jeanne d'Arc, sur la place de Rouen, où elle a été brûlée vive, un monument avec cette inscription : À Jeanne d'Arc, le peuple français reconnaissant »<sup>1698</sup>.

La politique de construction de monuments et de mémoriaux a aussi connu une évolution. Le premier grand bouleversement suivit les deux Guerres mondiale avec la généralisation de la construction des monuments aux morts<sup>1699</sup>. « Hauts lieux de la mémoire républicaine »<sup>1700</sup>, des milliers des monuments aux morts furent construits sous l'impulsion de l'État en application de la loi du 25 octobre 1919 sur la « commémoration et la glorification des morts pour la France au cours de la grande guerre »<sup>1701</sup>, reprenant la qualification qui avait été introduite par la loi du 2 juillet 1915 de « Mort pour la France »<sup>1702</sup>. Il faut toutefois souligner qu'il n'existait aucune obligation pour les communes de construire de tels monuments, et que l'État subventionnait uniquement de façon partielle les ouvrages. La seule obligation, en vertu de la loi du 1<sup>er</sup> octobre 1919<sup>1703</sup>, était de mettre en place un registre, appelé « Mémorial de la grande guerre 1914-1918 » et qui consignait dans chaque commune les

---

<sup>1698</sup> Loi du 10 juillet 1920, *JO* du 14 juillet 1920, p. 2810.

<sup>1699</sup> Cette pratique peut être retracée aux guerres du XIX<sup>e</sup> siècle, en particulier au conflit franco-prussien de 1870-1871, toutefois elle s'est généralisée après la Première Guerre mondiale. Pour une évolution de ces pratiques v. A. BECKER, *Les Monuments aux morts : patrimoine et mémoires de la grande guerre*, Paris : Éd. Errance, 1988, 158 p.

<sup>1700</sup> A. PROST, « Les monuments aux morts » in P. NORA (dir), *Les lieux de mémoire*, Vol. I, Tome 1 : La République, *op. cit.*, p. 196.

<sup>1701</sup> *JO* du 26 octobre 1919, p. 11910.

<sup>1702</sup> *JO* du 9 juillet 1915, p. 4653.

<sup>1703</sup> *JO* du 3 octobre 1919, p. 10838.

noms des militaires des armées de terre et de mer de la commune ayant pris part aux opérations de la campagne de 1914-1918. Malgré cette absence de contrainte et de financement, de nombreuses communes ont choisi d'honorer leurs morts par la construction de stèles ou par l'apposition de plaques commémoratives, ancrant spatialement le souvenir de la Grande guerre. Si les communes jouaient un rôle important dans la construction des monuments, cette activité était fortement encadrée par l'État central qui gardait un droit de regard sur les différentes initiatives en matière de construction de monuments<sup>1704</sup>. Le but de ces monuments aux morts était double : d'un côté, ils cherchaient à faciliter le deuil des familles des survivants notamment par l'héroïsation du sacrifice<sup>1705</sup>, d'un autre côté, dans une perspective pédagogique, ils visaient à montrer un récit glorieux malgré l'ampleur des pertes, à exalter un sentiment nationaliste.

Les caractéristiques du second conflit mondial obligèrent aussi à modifier les politiques étatiques en matière de monuments aux morts. Deux tendances se dessinaient dans la politique monumentale liée à la Seconde Guerre mondiale. D'un côté, les monuments aux morts de la Première Guerre mondiale furent souvent sollicités. Les noms des morts de ce second conflit s'ajoutaient aux héros de la Première Guerre, soulignant ainsi une continuité dans le sacrifice héroïque malgré la défaite de 1940. De l'autre, le nombre important de victimes civiles motiva la construction de nouveaux monuments et autres lieux de mémoire, spécifiques à ce conflit. Il est donc possible de constater une évolution similaire à celle suivie par les politiques des commémorations : l'accent fut mis premièrement sur la reconnaissance de l'œuvre de la Résistance, puis, des victimes de la déportation. En effet, face à la défaite de 1940, il n'était pas possible de retracer un récit d'union et de glorification des exploits militaires. Le point commun était alors l'union face à l'horreur des crimes commis par l'Occupant et l'hommage aux victimes.

Des monuments spécifiques allaient donc être érigés, dans un premier temps dans une logique de reconnaissance des souffrances aux victimes, puis, avec la progressive

---

<sup>1704</sup> D'autres mesures permettaient une participation de l'État même dans le choix pour l'architecture et le décor des monuments aux morts. Par exemple, par le décret du 16 mai 1919, le Président de la République autorisa la remise gratuite aux collectivités territoriales de trophées de guerre, afin qu'ils puissent être utilisés dans les monuments aux morts. (*JO* du 1<sup>er</sup> mai 1920, p. 6545). De même, par une circulaire du 10 mai 1920, fut créé dans chaque département une commission d'examen de projets de monuments aux morts, dépendant du ministère de l'Intérieur. En particulier, en vertu de la loi de séparation des Églises et de l'État, ce dernier était soucieux de faire respecter le principe de laïcité dans la conception et édification des monuments aux morts.

<sup>1705</sup> Pour une analyse détaillée de la portée de ces monuments V. M. BEAUHAIRE, *L'Histoire, la mémoire et la pierre. Les monuments aux morts de la Première Guerre mondiale dans le département de l'Essonne*, Mémoire de Master 2 recherche : Histoire contemporaine : Université d'Evry-Val-d'Essonne, 2007, 258 p.

reconnaissance du rôle des autorités françaises, dans une logique de repentance. Par exemple, un monument situé sur l'ancien emplacement du Vel d'Hiv fut inauguré le 17 juillet 1994 pour commémorer la plus grande arrestation massive de Juifs par la police française. Le monument comporte la mention « la République française en hommage aux victimes des persécutions racistes et antisémites et des crimes contre l'humanité commis sous l'autorité de fait dite "Gouvernement de l'État français" ». Il reconnaît ainsi le rôle des autorités françaises sans pour autant les assimiler à l'État français. Il a fallu attendre le discours de l'année suivante du président J. CHIRAC pour que la reconnaissance de la responsabilité de l'État dans ces crimes soit assumée.

Cette logique de repentance se développa aussi autour d'autres événements du passé national, ce qui motiva la construction de monuments reconnaissant, de façon plus ou moins implicite, le rôle de la France dans des événements douloureux du passé. C'est notamment le cas du Mémorial de l'abolition de l'esclavage inauguré à Nantes en mars 2012. S'il cherche à commémorer l'abolition, il laisse une grande part au souvenir de la traite négrière et au passé de Nantes comme le premier port négrier français. Malgré cette logique de repentance, le souvenir du passé esclavagiste est présenté de façon à faire appel à la mémoire collective afin d'éviter la répétition de ces crimes. Ainsi, la présentation officielle du Mémorial expose qu'« il ne s'agit pas d'un nouvel acte de contrition, mais bel et bien d'un appel à se souvenir des combats passés pour se projeter dans l'avenir, lutter contre toutes les formes d'esclavage moderne et d'aliénation des droits de l'Homme afin de construire un monde plus solidaire »<sup>1706</sup>.

Toutefois, certains passés peuvent s'avérer particulièrement controversés pour pouvoir servir de fondement à un récit commun symbolisé par la construction de monuments traditionnels. La notion de *contre-monument* peut être utile pour répondre à cette problématique. Elle fut introduite par l'historien J. YOUNG pour expliquer la difficile construction mémorielle du III<sup>e</sup> Reich en Allemagne. L'ampleur de la défaite et le souvenir du génocide nazi rendaient particulièrement délicat le traitement de la mémoire du passé récent en Allemagne. J. YOUNG posait alors la question « comment une nation d'anciens persécuteurs peut faire le deuil de ses victimes ? Comment une nation comme l'Allemagne peut se reconstruire comme un nouvel État juste en ayant comme fondement la mémoire de

---

<sup>1706</sup> « Le mémorial. Une volonté politique », *Présentation du Mémorial de l'abolition de l'esclavage* [en ligne] [<http://memorial.nantes.fr/le-memorial/une-volonte-politique/>].

ses crimes ? »<sup>1707</sup>. La rhétorique propre au recueillement autour des morts pour la patrie et le récit construit autour de l'idée de l'héroïsme ne pouvait pas être reproduit dans le cadre d'une nation vaincue et qui avait été à l'origine de multiples crimes contre l'humanité. De plus, le recours aux monuments comme facteur de construction de la mémoire collective avaient été un des instruments de la propagande nazie. J. YOUNG le résume ainsi:

« Compte tenu de la fonction traditionnelle du monument parrainée par l'État en tant que lieu d'autocélébration de la mémoire nationale, l'ambiguïté essentielle, presque paralysante de la mémoire allemande n'est pas une surprise. Après tout, si les vainqueurs de l'histoire ont toujours érigé des monuments en souvenir de leurs triomphes, et les victimes ont construit des monuments commémoratifs afin de rappeler leur martyre, une nation prend rarement l'initiative de se souvenir des victimes des crimes qu'elle a elle-même commis »<sup>1708</sup>.

Des nouvelles formes de représentation devaient alors être trouvées et la notion de contre-monument permettait alors de représenter une mémoire culturelle collective en se distinguant des monuments traditionnels utilisés par le régime nazi, capable à la fois de reconnaître les atrocités propres à ce régime, tout en permettant à la nation de se reconstruire autour de la condamnation de ces atrocités. L'exemple proposé par YOUNG pour illustrer cette notion est celui du *Gegendenkmal* imaginé par les artistes Jochen et Esther GETZ à Hambourg. « Monument contre le Fascisme, la Guerre et la Violence », il se présentait comme un contre-monument et même contre un anti-monument. Le projet se composait d'un pilier creux de douze mètres de haut fait en aluminium et recouvert de plomb. Une inscription, traduite en sept langues, invitait les citoyens de Hambourg à écrire leur nom comme signe qu'ils resteraient vigilants face au fascisme, la guerre et la violence. Au fur et à mesure que la surface de la colonne était recouverte de signatures, elle était abaissée, jusqu'à disparaître complètement dans le sol. Une fois la colonne disparue, l'inscription lançait l'avertissement qu'« il ne restera plus que nous mêmes pour nous élever contre l'injustice »<sup>1709</sup>.

Face à des passés controversés qui ne peuvent pas servir de fondement à un récit commun sur le passé, ce type de contre-monuments invite à utiliser le passé comme contre-

---

<sup>1707</sup> [How does a nation of former persecutors mourn its victims? How does a nation like Germany rebuild itself as a new and just state on the bedrock memory of its crimes?]. (J. E. YOUNG, *The texture of Memory: Holocaust Memorials and Meaning*, New Haven / London: Yale University Press, 1993, p. 27).

<sup>1708</sup> [Giving the state-sponsored monument's traditional function as self-aggrandizing locus for national memory, the essential, nearly paralyzing ambiguity of German memory comes as no surprise. After all, while the victors of history have long erected monuments to remember their triumphs, and victims have built memorials to recall their martyrdom, only rarely does a nation call on itself to remember the victims of crimes it has perpetrated]. (J. E. YOUNG, « The Counter-Monument : Memory against itself in Germany Today », *Critical Inquiry*, n° 2, Vol. 18, 1992, p. 270).

<sup>1709</sup> *Ibid.* p. 274-277.

exemple, comme fondement négatif d'une communauté qui trouverait son identité non pas dans un passé vécu en commun, mais dans sa volonté de ne pas le répéter.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

Pour assurer la construction d'une mémoire publique officielle, l'État déploie une variété de politiques mémorielles qui impliquent la participation d'acteurs mémoriels variés. Par un programme de commémorations nationales et de valorisation du patrimoine mémoriel, l'État cherche à composer et à illustrer un récit de passé qui reflète et transmet des valeurs communes capables d'assurer la cohésion des différents groupes humains qui la composent. Si cette tâche était relativement facile dans le cadre des régimes mémoriels traditionnels qui s'ancraient sur des groupes humains plus ou moins homogènes, la diversification de ces groupes dans des sociétés pluralistes rend plus délicat le choix de points de repères consensuels. De même, la multiplication d'épisodes douloureux dans le passé récent, rend le souvenir de ces périodes particulièrement délicat. En effet comme le constate l'historien P. NORA « plus un seul événement, depuis la guerre n'est intégrable de plein droit à une mémoire nationale unitaire »<sup>1710</sup>.

Le rôle de l'État s'avère alors périlleux. Dans la quête de la cohésion nationale, il doit essayer d'intégrer ces nouvelles mémoires collectives au récit de la mémoire officielle en évitant deux écueils : d'un côté la tentation d'user de son pouvoir coercitif mémoriel pour imposer un récit unique qui viendrait effacer les mémoires concurrentes ; de l'autre, la cumulation d'initiatives mémorielles visant à intégrer le maximum de mémoires concurrentes mais qui finirait par la dilution de la mémoire publique officielle en l'absence de véritables points de rencontre et d'articulation. Une mémoire officielle collective qui intègre sans détruire mais qui évite de se diluer en une multitude de mémoires groupales, une mémoire officielle qui, de plus, assume des épisodes douloureux du passé national, tel est le défi pour la construction d'une véritable mémoire partagée.

---

<sup>1710</sup> P. NORA, « L'ère de la commémoration », *op. cit.*, p. 985.



## CHAPITRE II. LA GESTION DE LA RECONCILIATION : ENTRE OUBLI ET RÉPARATIONS

Le 23 novembre 1971, le président G. POMPIDOU signait un décret qui graciait P. TOUVIER, un des chefs de la Milice à Lyon pendant l'Occupation, condamné à mort par contumace en 1947. Lors d'une conférence de presse donnée en 1972, le président de la République expliqua les raisons de sa décision en considérant : « Je me sens en droit de dire : allons-nous éternellement entretenir saignantes les plaies de nos désaccords nationaux ? Le moment n'est-il pas venu de jeter le voile, d'oublier ces temps où les Français ne s'aimaient pas, s'entre-déchiraient et même s'entre-tuaient, et je ne dis pas cela, même s'il y a des esprits forts, par calcul politique, je le dis par respect de la France »<sup>1711</sup>.

Héritière de trois « drames nationaux »<sup>1712</sup> l'Occupation, la guerre d'Indochine et la guerre d'Algérie, la société française se retrouvait à cette époque profondément divisée. Avec l'essoufflement du mythe gaullien du « résistencialisme »<sup>1713</sup>, les différents acteurs mémoriels étaient dans l'incapacité de trouver, dans l'histoire récente, un point de repère leur permettant de renouveler le récit collectif du passé. Se posait alors la question de comment construire une mémoire partagée à partir d'un passé source de divisions et de controverses.

Cette interrogation n'est pas propre à la France. Elle se pose à toute société qui doit se reconstruire à la suite d'un conflit interne, d'une guerre civile ou de la chute d'une dictature. La gestion d'un passé qui ne peut être célébré est donc un point commun pour de nombreux pays dans les sillages d'un XX<sup>e</sup> siècle marqué par des profondes mutations géopolitiques.

Face aux divisions héritées de l'histoire, une première voie vers la réconciliation serait l'*oubli*. En effet, l'oubli se présente comme une condition nécessaire pour tout travail de mémoire. Il est une composante dans la construction tant des mémoires individuelles que des

---

<sup>1711</sup> G. POMPIDOU, *Entretiens et discours, 1968-1974*, Paris : Flammarion, 1984, p. 157-58 cité par J-M. REY, *L'oubli dans les temps troublés*, Paris : Éd. de l'Olivier, Coll. Penser / rêver, 2010, p. 14.

<sup>1712</sup> En effet, l'intervention du président de la République commença par le rappel de l'histoire récente : « Notre pays, depuis un peu plus de trente ans, a été de drame national en drame national. Ce fut la guerre, la défaite et ses humiliations, l'Occupation et ses horreurs, la Libération, par contrecoup, l'épuration et ses excès – reconnaissons-le ; et puis la guerre d'Indochine, et puis l'affreux conflit d'Algérie et des horreurs... » (*loc. cit.*).

<sup>1713</sup> Ce néologisme fut introduit par l'historien H. ROUSSO pour faire référence à la vision de la Résistance entretenue en tant que mémoire officielle par les gaullistes et les communistes pendant la période qui suivit la Libération (H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Paris : Seuil, coll. Points Histoire, 1987, p. 19).



mémoires collectives. L'État peut donc avoir recours à la table rase<sup>1714</sup> du passé conflictuel afin de rétablir la cohésion après des périodes de crise. Cette mise en place de mesures d'oubli décrétées remonte à la tradition antique. En effet, pour les Grecs, l'oubli était un des fondements de la vie en cité<sup>1715</sup>, c'est pourquoi ils élevèrent dans l'Érechthéion de l'Acropole un autel à Léthé, déesse de l'oubli.

Parmi les mesures d'institutionnalisation de l'oubli qui pourraient être identifiées, la plus répandue est l'*amnistie*. Longtemps perçue comme une pratique de clémence, elle était considérée comme répondant à un intérêt public supérieur : la pacification et la quête de l'unité nationale. Ainsi « la générosité, la magnanimité, l'humanité, autant de qualités fondatrices du processus de civilisation étaient associées à cette pratique qui avait pour effet d'inclure à nouveau dans la cité ceux qui n'avaient pas respecté les règles, les lois »<sup>1716</sup>. Toutefois, cette pratique est de plus en plus remise en cause. Souvent associées à une pratique abusive propre aux régimes dictatoriaux, les politiques d'amnistie ne semblent plus pouvoir jouer le rôle d'instrument de construction d'une mémoire apaisée. S'opposant à l'oubli décrété, la société réclame de plus en plus un droit à la vérité et une lutte contre l'impunité (Section 1).

Face à cette remise en cause du modèle traditionnel de l'oubli institutionnalisé, il est donc nécessaire de trouver de nouveaux moyens permettant de gérer les épisodes douloureux de l'histoire récente d'un pays. Un nouveau modèle semble alors se développer autour des notions de réparation et de repentance. Afin de réconcilier une société avec son histoire, l'État ne doit plus chercher à cacher les épisodes peu glorieux du passé, mais doit, au contraire, les affronter par des mesures visant à établir la responsabilité et, en même temps, réparer les préjudices nés de ce passé (Section 2).

---

<sup>1714</sup> L'image de la *tabula rasa* vient de l'Antiquité et peut être retrouvée notamment dans l'œuvre de PLATON et d'ARISTOTE. Elle se réfère à un objet très commun dans l'Antiquité et qui est souvent utilisé en tant que métaphore pour illustrer les mécanismes d'oubli et de mémoire : la *tablette de cire*. Cette tablette permettait de prendre des notes informelles qui s'effaçaient lorsque le scribe retournait son stylet pour lisser la surface de cire (v. H. WEINRICH, *Léthé. Art et critique de l'oubli* [trad. D. MEUR], Paris : Fayard, 1999, p. 17).

<sup>1715</sup> N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », in *Usages de l'oubli*, Paris : Seuil, 1988, p. 31.

<sup>1716</sup> S. WAHNICH, « Introduction », in *Une histoire politique de l'amnistie. Études d'histoire, d'anthropologie et de droit*, Paris : PUF, Coll. Droit et Justice, 2007, p. 15.

## **Section 1. La gestion de l'oubli comme condition d'une mémoire apaisée**

Dans la mythologie grecque, Léthé, déesse de l'oubli, est souvent opposée à Mnémosyne, déesse de la mémoire et mère des muses. La théogonie précise que Léthé est la fille d'Eris, la discorde. Cette ascendance permet de symboliser la place qu'est traditionnellement donnée à l'oubli : souvent associé à une pathologie, il est considéré, en effet, comme « l'inquiétante menace qui se profile à l'arrière-plan de la phénoménologie de la mémoire et de l'épistémologie de l'histoire »<sup>1717</sup>. Fille de la discorde, elle est souvent appelée après les combats et les conflits.

Mais Léthé est aussi, dans la mythologie grecque, le nom d'un fleuve qui coule dans les enfers et dont l'eau est donnée aux âmes des trépassés afin qu'ils oublient leur vie antérieure et soient prêts à des nouvelles réincarnations. Dans cette métaphore, explique le linguiste H. WEINRICH, « l'oubli se confond purement et simplement avec l'élément liquide et fluide qu'est l'eau. Un sens symbolique très profond peut être dégagé de cette affinité, car, dans la douceur de l'écoulement perpétuel, ce sont les raides et durs contours de la réalité qui sont liquidés »<sup>1718</sup>. L'oubli permettrait donc de faire face à la raideur de la réalité, à dissoudre les obstacles et à oublier une vie antérieure. De même, dans la topographie des enfers, Léthé coule de façon adjacente à une autre source : celle de la fontaine de Mnémosyne<sup>1719</sup>. La mythologie révèle alors un parallèle et une complémentarité entre la mémoire et l'oubli, où Léthé n'est pas forcément l'ennemi de la mère des muses.

L'oubli peut alors jouer un rôle dans le travail de mémoire. Face à l'impossibilité de tout remémorer, il permet une classification des souvenirs et devient une soupape de sûreté face au trop plein de mémoire. Il peut même être revendiqué comme un droit. D'un point de vue collectif, l'oubli peut être aussi un outil pour faire face à un passé difficile. La technique de la table rase, de l'oubli des confrontations passées, est souvent revendiquée après une guerre ou une dictature afin de permettre la reconstruction d'une société profondément divisée. Se pose alors la question du rôle de l'oubli dans les processus mémoriels et de son usage juridique dans la construction d'un mémoire collective officielle (§1).

---

<sup>1717</sup> P. RICEUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, Paris : Seuil, Coll. Points histoire, 2000, p. 536.

<sup>1718</sup> H. WEINRICH, *Léthé. Art et critique de l'oubli*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1719</sup> A. NADAUD, « Les sources du Léthé et de Mnémosyne », in *Aux portes des Enfers. Enquête géographique littéraire et historique*, Arles : Actes Sud, Coll. Aventure, 2004, p. 47-72.

Parmi les différentes institutions juridiques de l'oubli, l'amnistie a souvent été mobilisée comme technique pour faire face aux processus de transition démocratique ou pour la gestion des passés douloureux. Les conséquences politiques de l'amnistie influencent profondément la construction du récit officiel sur des périodes difficiles du passé récent de la nation, ce qui justifie son analyse approfondie. Si, dans un premier temps, elle a été défendue comme un instrument de pacification sociale, elle est de plus en plus remise en cause par des sociétés qui revendiquent la quête de la vérité au nom d'un « devoir de mémoire » (§2).

### **§ 1. *Le rôle de l'oubli dans la construction de la mémoire collective officielle***

Dans sa définition des composantes de la Nation, E. RENAN soulignait, à côté de la construction d'un récit commun, l'importance de l'oubli. Il considérait ainsi que « l'essence d'une nation est que tous les individus aient beaucoup de choses en commun, et aussi que tous aient oublié bien des choses. Aucun citoyen français ne sait s'il est Burgonde, Alain, Taïfale, Visigoth ; tout citoyen français doit avoir oublié la Saint-Barthélemy, les massacres du Midi au XIII<sup>e</sup> siècle »<sup>1720</sup>. La mémoire collective se bâtit aussi grâce à l'oubli qui est un préalable et un complément nécessaire de tout travail de mémoire. (I). L'oubli peut prendre un caractère social et, même, collectif quand il est imposé par l'État. Cet « oubli institutionnel »<sup>1721</sup> prend des formes diverses qui impliquent différents moyens d'intervention juridique. De plus, à côté de cet oubli imposé par l'État se développe de plus en plus la revendication d'un « droit à l'oubli », notion floue qui semble faire référence à la mise en place de différents moyens afin de contrôler les aspects sociaux de la mémoire individuelle (II).

#### **(I) L'oubli comme corollaire nécessaire du travail de mémoire**

L'oubli a mauvaise réputation. Dans la tradition judéo-chrétienne, l'oubli, présenté comme revers de la mémoire, est toujours considéré de façon négative. Il implique, en effet, la désobéissance au « Souviens toi ! » prononcé par Moïse et codifié dans le *Deutéronome*<sup>1722</sup>.

---

<sup>1720</sup> E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une Nation*, Paris : Pocket, Coll. Agora Les Classiques, 1992, p. 11.

<sup>1721</sup> Expression de P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, op. cit., p. 586.

<sup>1722</sup> V. sur ce point F. DOSSE, « Travail et devoir de mémoire chez Paul Ricœur » in A. HOUZIAUX (dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Paris : Éd. de l'Atelier, Coll. Questions de vie, 2006, p. 89.

De même, le Préambule de la Déclaration de 1789 considère que l'oubli est une des causes des malheurs publics en proclamant : « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements ». Toutefois, l'absence d'oubli peut se révéler tout autant problématique.

Dans *L'orateur*, CICÉRON met ainsi en scène la rencontre entre SIMONIDE et THÉMISTOCLE, le stratège athénien connu pour son énorme capacité de mémoire. SIMONIDE voulait, en effet, lui demander de lui enseigner l'art de la mémoire (*ars memoriae*). Mais, face à un trop plein de mémoire, CICÉRON précisait que THÉMISTOCLE préférerait « l'art de l'oubli à celui de la mémoire »<sup>1723</sup>. De même, l'écrivain argentin J-L. BORGES, décrit le poids d'une mémoire tout puissante qui finalement ne sert plus à rien à son pauvre Funes qui, depuis un accident de cheval acquit la possibilité de souvenir de tout et qui s'exclamait « Ma mémoire, monsieur, est comme un tas d'ordures »<sup>1724</sup>. S'il est donc nécessaire de conserver une mémoire afin de garantir l'identité tant au niveau individuel qu'au niveau collectif, un trop plein de mémoire peut s'avérer contreproductif et peut même devenir pathologique.

Dans sa deuxième *Considération inactuelle*, dédiée à l'examen de l'utilité de l'histoire dans la vie de l'homme, F. NIETZCHE insistait aussi sur l'importance de l'oubli pour l'équilibre de toute vie organique. Il multipliait alors les comparaisons biologiques en assimilant l'oubli au sommeil ou au processus digestif, fonctions qui permettent au corps d'évacuer, d'éliminer le surplus pour le purifier et laisser place à la création<sup>1725</sup>. Ainsi, il considérait que « toute action exige l'oubli, de même que toute vie organique exige non seulement la lumière, mais aussi l'obscurité. Un homme qui voudrait sentir les choses de façon absolument et exclusivement historique ressemblerait à quelqu'un qu'on aurait contraint à se priver de sommeil ou à un animal qui ne devrait vivre que de ruminer continuellement les mêmes aliments »<sup>1726</sup>.

---

<sup>1723</sup> CICÉRON, « L'orateur » in *Œuvres complètes* [trad. M. ANDRIEUX], Livre II, LXXXVI, Paris : CLF Panckouke, 1830, p. 527.

<sup>1724</sup> J-L. BORGES, « Funes ou la mémoire », in *Œuvres complètes I*, Paris : Gallimard, 1993, p. 514.

<sup>1725</sup> J. LE RIDER, expliquant ce passage, considère que, pour NIETZCHE, « la connaissance du passé autant que le mépris du passé sont indispensables à la vitalité des peuples. Et cet élément non historique est le plus important des deux, car sans lui aucune réalisation créatrice ne peut aboutir ». (J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *Revue germanique internationale*, n° 11, 1999, p. 214).

<sup>1726</sup> F. NIETZCHE, « De l'utilité et des inconvénients de l'histoire pour la vie », *Considérations inactuelles* (II) (1874) [Éd. G. COLLI, M. MONTINARI ; Trad. P. RUSCH], Paris : Gallimard, 1990, p. 97.

L'oubli peut même avoir des vertus thérapeutiques. Face à des épisodes douloureux, il peut être un moyen pour surmonter le traumatisme. Analysant le souvenir de la guerre civile espagnole, l'historienne M. GONZÁLEZ MARTÍN considère que : « Le fait pour les personnes de revivre des événements traumatiques peut impliquer la capacité de générer non seulement de la douleur, mais aussi une culpabilité qui empêcherait de s'adapter au présent. Grâce à la psychologie sociale, nous savons qu'il est plus facile de faire face au présent quand le souvenir est plus faible et quand il y a une moindre connaissance du passé. Par conséquent, l'oubli n'est pas toujours l'échec de la mémoire »<sup>1727</sup>. De nombreuses victimes et leurs familles préfèrent alors oublier l'événement traumatique afin de pouvoir reconstruire leur vie.

Si l'oubli n'est pas forcément l'ennemi de la mémoire, se pose alors la question de l'articulation de ces deux modes d'appréhension du passé. Ainsi P. RICŒUR, dans sa dernière œuvre, mit l'oubli au même rang que l'histoire et la mémoire<sup>1728</sup>. Il s'intéressait donc à la phénoménologie de l'oubli et constate, dans une première approche, que l'oubli est en effet ressenti comme une faiblesse. Dans la perspective des neurosciences, l'oubli le plus radical est l'oubli par l'effacement des traces corticales, qui élimine toute empreinte des souvenirs dans notre cerveau. Cet oubli, en tant qu'il élimine toute trace du souvenir, peut être considéré comme l'opposé de la mémoire. Toutefois, cette forme radicale n'est pas la seule manifestation de l'oubli. La forme la plus courante d'oubli est l'oubli par indisponibilité, phénomène qui est à la base de toute activité mnémonique.

La mémoire est sélective. Contrairement à Funes, il est impossible pour l'individu de se souvenir de tout, au même moment. Le travail de mémoire révèle alors qu'il est possible de retrouver des souvenirs que l'on croyait perdus. En effet, la réminiscence implique, par définition, un oubli préalable : il ne peut avoir un rappel que des choses oubliées, si elles n'ont pas été oubliées il ne s'agit pas d'un véritable rappel. Faisant référence à l'anamnèse platonicienne, RICŒUR explique « il faut avoir oublié ce qu'on a une fois appris et su, pour qu'on vienne à s'en souvenir, pour qu'on le reconnaisse, pour qu'on en fasse mémoire,

---

<sup>1727</sup> [Los acontecimientos traumáticos revividos por las personas tienen la capacidad de generar no solo dolor, sino sentimientos de culpa que impiden la acomodación al presente. A través de la psicología social sabemos que se encara mejor el presente cuando el recuerdo es menor y menor el conocimiento del pasado. Luego no siempre el olvido es fracaso de la memoria]. (M. GONZÁLEZ-MARTÍN, « Apuntes para un método de análisis mnemónico intergeneracional sobre la Guerra Civil », *Hispania nova* [en ligne], n° 6, 2006, p. 377 [<http://hispanianova.rediris.es/6/HISPANIANOVA-2006.pdf>]).

<sup>1728</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, op. cit., p. 536 et ss.

anamnèse »<sup>1729</sup>. Par conséquent, l'oubli serait, d'une certaine manière, une fonction de la mémoire<sup>1730</sup>, il est même une de ses conditions ou son préalable nécessaire.

L'oubli peut être aussi abordé d'un point de vue social. Dans cette perspective, l'oubli se manifeste, avant tout comme une rupture dans la chaîne de la transmission. Il ne s'agit pas, à proprement parler d'un défaut de mémoire, d'une perte de traces, mais d'un refus ou d'un échec dans la transmission de la mémoire collective. Pour Y. YERUSHALMI, l'oubli collectif n'est concevable, en fait, que s'il y a déjà eu transmission d'une tradition : « un peuple ne peut jamais oublier ce qu'il n'a pas d'abord reçu »<sup>1731</sup>. Cette rupture dans la chaîne de la transmission peut être brusque ou intervenir sur plusieurs générations. Elle peut être volontaire, c'est-à-dire, venir d'une décision consciente, ou bien, être le résultat soit d'un processus d'érosion soit d'une catastrophe historique<sup>1732</sup>.

De manière plus concrète, toute construction d'une mémoire publique officielle implique une sélection parmi les différents épisodes de l'histoire nationale. En choisissant certains passages de l'histoire nationale, les acteurs mémoriels relèguent à l'oubli d'autres épisodes qui ne répondent pas aux valeurs qu'ils souhaitent véhiculer. En effet, « Du passé ne sont transmis que les épisodes que l'on juge exemplaires ou édifiants pour la *halakhah*<sup>1733</sup> d'un peuple telle qu'elle est vécue au présent. Le reste de "l'histoire" – risquons l'image- bascule dans le fossé »<sup>1734</sup>. Il s'agit d'une sorte d'oubli passif de la part de la société. Mais ce processus de sélection peut aussi s'accompagner d'une volonté active d'oublier ou d'occulter certains passages de l'histoire nationale, d'éliminer le souvenir d'une personne ou d'un événement pour permettre au groupe de se libérer d'une mémoire douloureuse<sup>1735</sup>.

Cette volonté active d'oublier peut obéir à différents modèles. Le philosophe E. KATTAN distingue quatre mécanismes d'imposition de l'oubli pour la reconstruction d'un passé<sup>1736</sup>. Premièrement il peut s'agir d'une négation. L'exemple le plus connu serait la négation du

---

<sup>1729</sup> P. RICŒUR, « Esquisse d'un parcours de l'oubli » in T. FERENCZI (dir.), *Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?*, Bruxelles : Éd. Complexe, 2002, p. 24.

<sup>1730</sup> H-C. ASKANI, « L'oubli fondamental comme don. À propos du livre de P. Ricœur : *La mémoire, l'histoire et l'oubli* » in O. ABEL (éd.), *La juste mémoire : lectures autour de Paul Ricœur*, Genève : Labor et Fides, Coll. Champ éthique, 2006, p. 185.

<sup>1731</sup> Y. H. YERUSHALMI, « Réflexions sur l'oubli » in *Usages de l'oubli*, Paris : Seuil, 1988, p. 11.

<sup>1732</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>1733</sup> Dans un premier temps, le terme faisait référence au chemin qu'il faut suivre. Postérieurement il fut utilisé pour faire référence au système de lois et pratiques qui régissent le peuple juif.

<sup>1734</sup> Y. H. YERUSHALMI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>1735</sup> E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, Paris : PUF, Coll. Questions d'éthique, 2002, p. 85.

<sup>1736</sup> *Ibid.*, p. 94-96.

génocide arménien de 1915 par l'État turc. Il peut s'agir aussi d'un oubli-occultation, où l'événement controversé ou douloureux est minimisé ou passé sous silence sans pour autant faire l'objet d'une négation officielle. L'exemple donné par l'auteur est celui de la guerre d'Algérie. Le troisième mécanisme est l'oubli-déplacement qui se manifeste « dans la réorientation du souvenir problématique vers un événement plus inoffensif que celui auquel était attaché à l'origine »<sup>1737</sup>. Le souvenir de la Terreur répond à ce modèle. En effet, les années sombres de la Révolution française sont en général occultées dans un récit plus global qui insiste sur les conquêtes révolutionnaires, créant une illusion de continuité. Finalement, l'oubli pourrait prendre la forme d'un récit de substitution. L'exemple de la mémoire de l'Occupation durant la période gaullienne répond à ce modèle. Pour occulter l'ampleur de la collaboration, les acteurs mémoriels décidèrent de mettre l'accent sur l'œuvre de la Résistance, créant ainsi le mythe résistentieliste afin de faciliter la reconstruction économique, sociale et politique de l'après-guerre. Ces différents modèles font appel à des institutions juridiques afin de pouvoir gérer ces passés dont leur oubli est jugé nécessaire et salutaire. Toutefois, face aux atrocités et crimes portant atteinte à la dignité humaine qui ont caractérisé l'histoire récente, est-il encore possible de justifier le recours à un oubli juridiquement imposé ?

## (II) Les institutions juridiques de l'oubli

Le terme « institution d'oubli » regroupe « des dispositions juridiques connues telles que la prescription, l'amnistie, et, de façon plus marginale, le droit de grâce, appelé aussi grâce amnistiante »<sup>1738</sup>. Ces manifestations de l'oubli commandé impliquent une action volontariste de l'État afin d'empêcher le rappel de certains événements ou de certains personnages (A). Mais le droit peut aussi être mobilisé afin de protéger un prétendu « droit à l'oubli » individuel. Notion ambiguë, elle se présente avant tout comme une prétention subjective à faire oublier certaines informations personnelles. Son développement, malgré les controverses qui l'entourent, démontre l'importance de l'oubli dans la construction de la mémoire individuelle comme composante de la mémoire collective (B).

---

<sup>1737</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>1738</sup> P. RICŒUR, « Esquisse d'un parcours de l'oubli », *op. cit.*, p. 26.

### (A) *Les diverses manifestations juridiques de l'oubli*

L'oubli commandé juridiquement peut prendre des formes diverses et ses manifestations remontent à l'Antiquité. Par exemple, en 494 av. J-C. lors du soulèvement de l'Ionie, les perses, pour essayer de contenir la révolte, détruisirent la ville de Milet, brûlèrent ses sanctuaires et obligèrent les survivants à trouver refuge dans d'autres villes. Cet épisode était au centre de la tragédie de PHRYNIKOS, *La prise de Milet*. HÉRODOTE, racontait que l'assemblée du peuple athénien, face à l'émoi suscité par cette représentation, décida d'interdire toute représentation de cette tragédie et infligea à son auteur une amende de mille drachmes. Le souvenir de cet épisode était jugé trop douloureux pour être rappelé, et sa représentation portait atteinte à l'esprit civique de la cité. Ce décret athénien met en évidence « les dangers de la remémoration, lorsque l'objet en est source de deuil pour le soi civique »<sup>1739</sup> et révèle l'ancienneté des préoccupations sur l'oubli collectif.

À Rome, le décret de *damnatio memoriae* prévoyait la possibilité de détruire toute trace physique du souvenir d'un personnage historique tombé en disgrâce. Quand un empereur était renversé, de nombreuses sanctions posthumes étaient disponibles, non seulement pour marquer la réprobation de ses actions même après sa mort, mais pour aussi supprimer tout souvenir public de ce personnage. De cette manière « la *damnatio memoriae* entraîne, au delà de la mort de la personne, l'effacement de son existence, l'oubli de sa personne »<sup>1740</sup>. Les noms et les titres pouvaient alors être expurgés des listes officielles et des commémorations, les masques de cire de l'empereur déchu n'étaient plus affichés durant les funérailles officielles, les livres écrits par les condamnés étaient confisqués et détruits, leurs biens pouvaient faire l'objet d'expropriation, leurs statues étaient détruites, leur visage effacé des fresques. Cette condamnation du souvenir était susceptible de frapper même ses héritiers puisque la *damnatio memoriae* pouvait prévoir l'annulation des testaments ou l'interdiction de l'utilisation du patronyme pour les futures générations. Si son nom indique une volonté d'oubli, la *damnatio memoriae* traduisait pourtant une volonté de vengeance et plus qu'effacer tout souvenir de la personne condamnée elle pouvait chercher à instaurer le souvenir de sa

---

<sup>1739</sup> N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », *op. cit.*, p. 25.

<sup>1740</sup> M. BATS, « La *damnatio memoriae* a-t-elle des origines républicaines ? », in S. BENOITS (éd.), *Mémoire et Histoire. Les procédures de condamnation dans l'Antiquité romaine*, Metz : Centre régional universitaire lorrain d'histoire, 2007, p. 33.



déchéance, notamment, en célébrant sa mort par des festivals publics ou en décrétant son anniversaire comme un *dies nefasti*, jour de mauvais augure<sup>1741</sup>.

Cette pratique antique trouve des échos à notre époque dans les mesures prises après la chute d'un régime dictatorial afin d'éliminer les symboles et monuments de la dictature. La transition vers un régime démocratique passe alors par la volonté de tourner la page. Cette volonté se manifeste très concrètement par la destruction des manifestations monumentales du régime antérieur. Par exemple, en mai 2011, une cour administrative égyptienne ordonna que toutes les images du président déchu H. MOUBARAK et de sa femme furent enlevés de tous les lieux publics. Les écoles, rues et stations de transport public qui portaient leur nom furent rebaptisés, prenant notamment le nom des martyrs de la révolution<sup>1742</sup>. Ce fut aussi le cas, en Espagne, avec la Loi pour que soient reconnus et étendus les droits et que soient établis des moyens en faveur de ceux qui ont souffert de persécution ou de violence durant la Guerre civile et la Dictature<sup>1743</sup>, aussi connue sous le nom de « Loi sur la mémoire historique ». Conformément à son article 15, les administrations publiques devaient prendre les mesures nécessaires pour retirer les « blasons, insignes, plaques et autres objets commémoratifs qui exaltent, de façon personnelle ou collective, l'insurrection militaire, la Guerre Civile ou la répression de la dictature »<sup>1744</sup>.

En France, les deux chartes monarchiques du XIX<sup>e</sup> siècle prévoyaient des dispositions faisant appel à l'oubli. En effet, les chartes de 1814 et 1830 prescrivait, de façon identique que, « Toutes recherches des opinions et votes émis jusqu'à la restauration sont interdites. Le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens » (articles 11 et 10 respectivement). Ces dispositions s'expliquent par le contexte de la Restauration et par la volonté de la monarchie restaurée de gérer le passé de la Révolution et, notamment, le souvenir du régicide. La Charte de 1814 a été présentée à la Chambre comme l'héritière du testament de Louis XVI. Ce texte, daté du 25 décembre 1792, était « un monument d'ambiguïté politique. Le roi-martyr réussit le tour de force de pardonner à tous ses ennemis, y compris ceux de son propre

---

<sup>1741</sup> E. R. VARNER, « Portraits, Plots and Politics : *Damnatio Memoriae* and the Images of Imperial Women », *Memoirs of the American Academy in Rome*, Vol. 46, 2001, p. 41-93.

<sup>1742</sup> S. E. BOND, « Erasing the face of History », *New York Times*, 14 mai 2011.

<sup>1743</sup> Loi n°52/2007 du 26 décembre 2007, *BOE*, n°310 du 27 décembre 2007, p. 53410.

<sup>1744</sup> [Artículo 15 : Símbolos y monumentos públicos. 1. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas]. Sur ces mesures v. J-M. ABAD LICERAS, *Ley de memoria histórica. La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*, Madrid : Dykinson, 2009, 274 p.

camp sans les désigner pour autant, tout en rappelant la nécessité absolue d'un retour au principe d'une autorité monarchique ferme »<sup>1745</sup>. Les chartes des deux restaurations voulaient donc reprendre cette idée du pardon, d'oubli des excès de la Révolution, comme le souligne le préambule de la Charte de 1814 qui disposait : « Nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire, tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence ». Ce pardon, accordé en vertu des articles 11 et 10 des Chartes de 1814 et 1830, respectivement, se traduisait politiquement par la possibilité de réintégrer les conventionnels régicides<sup>1746</sup> dans une logique de cohésion.

En dehors de ces mesures, plus ponctuelles ou symboliques, l'oubli décrété se manifeste, avant tout, par trois figures qu'il convient de distinguer : la prescription, la grâce et l'amnistie. Il s'agit de trois institutions propres au droit pénal mais qui, par leur impact sur la mise en place d'un récit commun sur le passé, entrent parmi les outils que les acteurs mémoriels peuvent déployer afin de modifier ce récit. Le degré d'influence sur la mémoire collective de ces oublis décrétés est néanmoins variable.

#### (a) *La prescription*

La prescription est un dispositif hérité du droit romain et qui prend, de nos jours, trois formes : la première est la prescription en droit civil qui se définit comme le mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit résultant de l'écoulement du temps (article 2219 du code civil) ; les deux autres relèvent du domaine du droit pénal, il s'agit de la prescription de l'action et de la prescription de la peine. La prescription de la peine est régie par les articles 133-2 à 133-4 du code pénal qui prévoient des délais différents en fonction de ce qui a motivé la peine. Le délai de prescription est ainsi de vingt ans pour les crimes, cinq ans pour les délits et trois ans pour les contraventions. Ces délais ne s'appliquent pas, bien entendu, aux crimes considérés comme imprescriptibles (article 213-5 du code pénal). La prescription de la peine est une mesure très peu usitée, les cas de condamnés échappant à l'exécution de leur peine restant assez rares. La prescription de l'action publique, en revanche, est plus courante et plus controversée. Les dispositions qui la régissent, les articles 6 à 9 du code pénal, ont fait l'objet de nombreuses révisions. À l'origine, la prescription de l'action suivait la « règle du 1-3-10 »<sup>1747</sup>, c'est à dire un délai d'un an pour les contraventions, trois ans pour les délits et dix

---

<sup>1745</sup> E. FUREIX, « Regards sur le(s) régicide(s), 1814-1830. Restauration et recharge contre-révolutionnaire », *Siècles*, n° 23, 2006, p. 33.

<sup>1746</sup> *Loc. cit.*

ans pour les crimes. Toutefois cette règle fait l'objet de nombreuses exceptions qui empêchent la conceptualisation d'un régime unitaire de la prescription.

Traditionnellement, la doctrine fondait la prescription de la peine et de l'action à la fois sur une constatation et sur un besoin d'oubli. Dans le premier cas, l'idée sous-jacente est que, passé un certain délai, l'opinion publique ne réclame plus une action de la justice, ici « la prescription serait une mesure d'économie de la justice pénale qui n'a pas à faire de zèle lorsque son action n'est ni attendue ni réclamée par ce que l'oubli est passé par là »<sup>1748</sup>. Dans le second cas, il s'agit plutôt d'une mesure d'ordre social. Il n'est plus jugé utile pour la société de rappeler des infractions anciennes qui pourraient rouvrir des vieilles blessures. Ici, la prescription est « une bonne manière de gérer le trouble à l'ordre public que l'infraction a généré »<sup>1749</sup>.

La prescription est une conséquence juridique prédéterminée légalement qui s'applique directement à toute une catégorie d'actions. Si elle est ainsi justifiée par un constat ou un besoin d'oubli, il faut néanmoins constater qu'elle n'est pas pour autant un déni de mémoire, ainsi elle « ne jette aucun interdit sur la mémoire : elle permet simplement l'extinction du droit sous l'empire du temps »<sup>1750</sup>. Autrement dit, elle permet l'oubli, sans le décréter.

#### (b) *La grâce*

L'amnistie et la grâce sont des mesures plus spécifiques, à caractère exceptionnel concernant soit un événement particulier, soit une personne spécifique. À la différence de la prescription qui n'implique que « la suspension d'une conséquence pénale ou juridique de l'acte commis », l'amnistie et la grâce cherchent « à effacer les traces psychologiques et sociales “comme rien ne s'était passé” »<sup>1751</sup> dans un but d'apaisement social. Toutefois, il convient de distinguer ces deux figures. Dans une première approche, le droit de grâce est un droit régalien qui permet au souverain de supprimer ou de réduire la sanction pénale d'un individu. Étant une prérogative régaliennne, son régime juridique est faiblement codifié.

---

<sup>1747</sup> Sur les évolutions de la législation sur la prescription v. M. HERZOG-EVANS et al., *Prescription, amnistie et grâce en France*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 87 et ss.

<sup>1748</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>1749</sup> *Loc. cit.*

<sup>1750</sup> P. RAYNAUD, « La mémoire et le droit, Réflexions sur l'amnistie et la prescription », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 272.

<sup>1751</sup> [Amnesty seeks to efface psycho-social traces “as if nothing had happened,” while prescription, in the French legal sense, is only the suspension of any legal or penal consequences of the act committed]. (P. KRAPP, « Amnesty : Between an Ethics of Forgiveness and the Politic of Forgetting », *German Law Journal*, n° 1, 2005, p. 191-192).

Le droit de grâce fit l'objet de discussions durant la Révolution avant d'être supprimée par le Code pénal de 1791. Toutefois, elle fut rétablie en l'an X<sup>1752</sup> et confiée au Premier consul. Actuellement elle est prévue par l'article 17 de la Constitution. Jusqu'en 2008, il existait deux types de grâce : la grâce individuelle et la grâce collective. Cette dernière était une mesure décidée par le président, en général à l'occasion d'une fête comme le 14 juillet, où il accordait une remise de quelques jours d'incarcération à un ensemble de détenus. Cette pratique détournait l'objectif de la mesure et faisait de cette institution un simple instrument démagogique ou, tout au plus, un moyen de gestion de la population carcérale. Pour éviter ces détournements, lors de la révision constitutionnelle de 2008, l'article 17 fut complété pour préciser que la grâce ne peut être accordée qu'à titre individuel<sup>1753</sup>.

Par la grâce individuelle, le président accorde à un condamné la remise totale ou partielle de sa peine. Ainsi, la grâce est souvent assimilée au pardon<sup>1754</sup>. Le président n'a pas une obligation de motivation et ce décret, n'étant pas considéré comme un acte administratif, ne peut pas faire l'objet de recours. La grâce individuelle était, avant tout, exercée par le président en faveur de condamnés à mort comme une figure de clémence. Avec l'abolition de cette peine, la grâce est surtout utilisée comme un moyen de réparation des situations qui sont considérées comme inéquitables ou pour permettre de tourner la page après un épisode controversé. L'oubli qu'impose la grâce est un oubli de la peine, puisqu'il n'intervient qu'une fois que la personne a été jugée et condamnée. Cet oubli est, par ailleurs, limité, puisqu'il n'implique pas un effacement du casier judiciaire.

### (c) *L'amnistie*

L'oubli décrété par le biais de l'amnistie est plus général. Ce lien entre l'amnistie et l'oubli est souligné par son étymologie. En effet, le terme « amnistie » vient du grec *mimnêskain* qui signifie se souvenir, à la racine duquel est associé le préfixe privatif « a ». L'amnistie est donc un non-souvenir<sup>1755</sup>. Elle implique une mesure collective qui légalise,

---

<sup>1752</sup> Le Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), prévoyait à son article 86 « Le Premier consul a droit de faire grâce. - Il l'exerce après avoir entendu, dans un conseil privé, le grand-juge, deux ministres, deux sénateurs, deux conseillers d'État et deux juges du Tribunal de cassation ».

<sup>1753</sup> Article 7 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, JO du 24 juillet 2008, p. 11890.

<sup>1754</sup> J. DERRIDA, *Pardonner : l'impardonnable et l'imprescriptible*, Paris : L'Herne, 2005, p. 40. Toutefois, comme le rappelle l'auteur, cette classification est problématique, puisque le pardon ne peut être donné que par celui qui a été la victime de l'offense. C'est ainsi que, par exemple, KANT considérait que le droit de grâce devait être limité aux crimes contre le souverain lui-même, les crimes de lèse majesté (cité par *Loc. cit.*).

<sup>1755</sup> M. HERZOG-EVANS et al., *Prescription, amnistie et grâce en France*, *op. cit.*, p. 192.

rétroactivement, certains actes dont le caractère délictueux est considéré comme non avenu<sup>1756</sup>. N'ayant jamais reçu de définition légale, elle est encadrée notamment par son champ d'application ou par ses conséquences. En effet, le code pénal, qui organise cette institution aux articles 133-9 et suivants, se limite à énumérer ses conséquences « L'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure ». Ce régime est complété par l'article 133-11 qui prévoit :

« Il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a eu connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

Cette conséquence met en exergue la qualification de l'amnistie comme mesure d'oubli décrété. En effet, l'amnistie implique non seulement l'effacement des condamnations mais aussi l'interdiction de leur rappel.

La détermination du titulaire du pouvoir d'amnistie dépend du caractère plus ou moins autoritaire du système de gouvernement<sup>1757</sup>. Avant la Révolution française, il s'agissait d'une prérogative du monarque. De même, dans une dictature, l'amnistie est, en général, une prérogative du chef de l'État qui peut même utiliser cet instrument pour faire oublier ses propres faits, par le biais de lois « auto-amnistiantes ». Dans un régime démocratique, l'amnistie est traditionnellement réservée au Parlement. Actuellement, en France, l'amnistie fait partie des matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution. Si cette possibilité pour le législateur de mettre fin à des poursuites ou à l'exécution des peines peut être interprétée comme allant à l'encontre du principe de séparation des pouvoirs, elle se justifie non seulement en vertu d'un certain parallélisme des formes – le législateur étant compétent pour définir les délits et les peines, il devrait aussi l'être pour déterminer la possibilité de faire disparaître l'élément légal de l'infraction<sup>1758</sup> – mais aussi par la finalité de l'amnistie. En effet,

---

<sup>1756</sup> [It is a collective measure whereby Parliament retrospectively legalizes certain acts which are deemed never to have been unlawful]. (S. WRIGHT, « The French Conseil constitutionnel: a Political Weapon in the Amnesty Arena ? », *Holdsworth Law Review*, n° 1, Vol. 14, 1989-1990, p. 41-42).

<sup>1757</sup> L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications*, n° 49, 1989, p. 215.

<sup>1758</sup> *Loc. cit.* Cette interprétation est aussi celle suivie par le Conseil constitutionnel qui, analysant la loi n° 89-473 du 10 juillet 1989 portant amnistie (*JO* du 12 juillet 1989 p. 8759), considéra « qu'il est de l'essence même d'une mesure d'amnistie d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés; que la dérogation

si le principal enjeu de ces mesures est la réconciliation nationale, la représentation nationale est légitimée à intervenir<sup>1759</sup>. Toutefois, dans certains cas, l'action du Parlement est rendue impossible par les situations que la loi d'amnistie vise à résoudre. L'exécutif ou les organes provisoires peuvent alors prendre des mesures d'amnistie. De même, face à une situation exceptionnelle, le Parlement peut décider de déléguer son pouvoir à l'Exécutif. Par exemple, lors de la guerre d'Algérie, les premières mesures d'amnistie furent mises en place par des décrets<sup>1760</sup>, en vertu de la loi n° 56-528 du 16 mars 1956<sup>1761</sup> qui autorisait à prendre toutes les mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire et de la loi n° 61-44 du 14 janvier 1961<sup>1762</sup>, concernant l'autodétermination des populations algériennes et l'organisation des pouvoirs publics en Algérie avant l'autodétermination.

Par rapport à sa typologie, il faut distinguer entre l'amnistie réelle et l'amnistie personnelle. La première est accordée à tous les coupables ou les prévenus de délits tels qu'ils sont fixés par la loi qui met en place l'amnistie. L'amnistie personnelle, en revanche, prend en compte la situation individuelle et vise des catégories des personnes plutôt que des événements<sup>1763</sup>. Les lois d'amnistie peuvent aussi être qualifiées en fonction de l'événement qui motive leur adoption. Il est donc possible de distinguer les amnisties liées aux crises civiles et politiques des amnisties de « joyeux événement »<sup>1764</sup>. Similaires aux grâces accordées durant la fête nationale, ces dernières visent à commémorer ou célébrer un événement plus qu'à être un outil de gestion des faits passés. Un exemple de ce type d'amnistie était la tradition de commencer le mandat présidentiel par une loi d'amnistie pour certaines contraventions. Cette pratique était considérée comme une manière de célébrer

---

ainsi apportée au principe de la séparation des pouvoirs trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi la fixation des règles concernant l'amnistie » (CC n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie, Rec.*, p. 48, *JO* du 11 juillet 1898, p. 8734, consid. 8).

<sup>1759</sup> M. HERZOG-EVANS et al., *Prescription, amnistie et grâce en France, op. cit.*, p. 216.

<sup>1760</sup> Décret n° 62-327 du 16 mars 1962 portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne, *JO* du 23 mars 1962, p. 3143 et Décret n° 62-328 du 16 mars 1962 portant amnistie des faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne, *JO* du 23 mars 1962, p. 3144.

<sup>1761</sup> *JO* du 17 mars 1956, p. 2591.

<sup>1762</sup> *JO* du 15 janvier 1961, p. 578.

<sup>1763</sup> S. GACON, *L'amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. L'univers historique, 2002, p. 35-39.

<sup>1764</sup> *Ibid.*, p. 142.

l'élection du nouveau chef de l'État<sup>1765</sup>. Toutefois, cette tradition fut abandonnée à partir de 2007.

Le champ d'application de l'amnistie permet aussi de distinguer entre l'amnistie des peines et l'amnistie des faits. En effet, pour déterminer son étendue, le législateur peut définir l'objet de l'amnistie soit en fonction des peines soit en fonction des faits. Dans le premier cas, le législateur décide d'amnistier toutes les condamnations ou les procès en cours par rapport à des peines inférieures à un seuil donné. Sous cette configuration, « la poursuite, engagée ou à engager reste possible, et c'est seulement le montant de la peine infligée qui permettra – mais dans un second temps seulement, une fois la peine définitive puisque l'exercice d'un recours peut la remettre en question – d'en constater la disparition »<sup>1766</sup>. Pour l'amnistie des faits, le législateur définit le champ d'application de l'amnistie en fonction des actes commis. L'oubli imposé par ce type de mesures est plus radical, en effet, « ce n'est ici pas seulement la peine qui doit être oubliée, mais le fait lui-même, puisque l'amnistie lui a ôté son caractère punissable, et même répréhensible ! L'amnistie fonde la paix publique, au risque de rendre impossibles la mémoire et l'appréciation de la réalité et de la gravité des faits »<sup>1767</sup>.

Malgré leurs particularités, les différentes institutions juridiques de l'oubli cherchent donc, à de degrés variables, à « fonder un nouveau consensus social, consolider la paix, assurer la réconciliation nationale, réguler ou désamorcer les tensions en temps de crise, en désarmant la puissance mémorielle du passé »<sup>1768</sup>. Elles répondent alors à une sorte de « droit à l'oubli » qu'aurait toute société, un oubli nécessaire pour pouvoir permettre le vivre-ensemble et pouvoir tourner la page d'épisodes douloureux. Toutefois, à côté de ce sens général du « droit à l'oubli », surgit de plus en plus un autre emploi de cette notion, en relation avec le traitement de données personnelles et qui insiste sur la composante individuelle de l'oubli.

### (B) *L'émergence controversée d'un « droit à l'oubli »*

L'expression « droit à l'oubli » est de plus en plus utilisée par la doctrine<sup>1769</sup>. Il s'agit avant tout d'un terme relevant plutôt du discours journalistique et qui n'a pas encore fait

---

<sup>1765</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>1766</sup> C. BOURGET, « Entre amnistie et imprescriptible », in O. ABEL (dir.), *Le pardon. Briser la dette et l'oubli*, Paris : Éd. Autrement, Coll. Série Morales Essais, 1991, p. 53.

<sup>1767</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>1768</sup> L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.* p. 214.

<sup>1769</sup> L'origine de cette notion dans la doctrine française remonte à une note de G. LYON-CAEN à propos de l'affaire *Landru*. En effet, à la sortie du film de C. CHABROL sur la vie du célèbre criminel, son ancienne

l'objet d'une définition précise. S'il est mentionné dans plusieurs instruments de *soft law*<sup>1770</sup>, il n'est pas codifié et son emploi dans la jurisprudence est assez rare<sup>1771</sup>. Plus rattaché au droit privé<sup>1772</sup>, il est surtout abordé comme une facette de la protection de la vie privée ou des droits de la personnalité. Dans une conception large, la notion de « droit à l'oubli » regroupe des dispositions diverses qui régulent l'effacement de données personnelles. Ainsi, « on peut penser qu'il y aura reconnaissance d'un droit à l'oubli lorsqu'une personne obtiendra, par une norme juridique, la disparition définitive de certaines informations la concernant »<sup>1773</sup>. L'oubli est ici abordé, avant tout, depuis une perspective individuelle, en tant que droit subjectif. Son objet est « d'assurer la protection du passé du sujet en permettant à ce dernier de s'opposer à l'exhumation de faits appartenant à un épisode de sa vie que le temps a rendu secret »<sup>1774</sup>.

Plusieurs dispositions normatives consacrent, toujours sans lui donner cette dénomination explicite, un certain droit à l'oubli, notamment en matière pénale, de liberté de la presse et de protection de l'information face au traitement de données. Un premier exemple sont les différentes mesures mises en place pour l'effacement des peines. En effet, la mémoire de l'infraction peut être conservée au delà de la sentence et de l'exécution de la peine. Pour éviter des éventuelles conséquences négatives, soit sur la réinsertion du condamné soit sur l'honneur d'une personne, des mesures peuvent être mises en place afin d'« effacer le souvenir de la peine »<sup>1775</sup>. Par exemple, l'article R. 70 du code de procédure pénale prévoit l'effacement des fiches du casier judiciaire national automatisé au décès du titulaire ou lorsqu'il aurait atteint l'âge de cent ans. De même, l'article 796 alinéa 2 du même code prévoit que les fiches sur les condamnations son retirées du casier national judiciaire au bout

---

maîtresse demanda au juge civil la réparation du préjudice qui lui avait été causé par l'exploitation dans le film d'un passé qu'elle aurait souhaité oublier. Le tribunal débouta la requérante, nonobstant, il évoqua une certaine « prescription du silence » qui motiva la note de LYON-CAEN (G. LYON-CAEN, « Note sous TGI Seine, 4 octobre 1965, S. c. Société Rome-Paris Films, *JCP-G*, 1966, p. 14482).

<sup>1770</sup> Notamment dans les deux chartes rédigées à l'initiative de la Secrétaire d'État chargée de la Prospective et du Développement de l'économie numérique en 2010 : la Charte du droit à l'oubli dans la publicité ciblée et la Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et moteurs de recherche.

<sup>1771</sup> La jurisprudence judiciaire a surtout abordé le problème du droit à l'oubli dans des affaires concernant l'utilisation de données personnelles extraites de débats judiciaires (v., sur ce point, la jurisprudence compilée par C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.*, 1995, p. 964. Pour les développements plus récents v. aussi N. MALLEY-POUJOL, « Information judiciaire et droit à l'oubli », *Legicom*, n° 48, 2012, p. 111-124). La Cour de cassation s'est toutefois opposée à l'existence d'un droit à l'oubli concernant les informations personnelles qui avaient été livrées à la connaissance du public par des comptes rendus des débats judiciaires (Civ., 20 novembre 1990, n° 89-12580, *Bull.* n° 256).

<sup>1772</sup> Toutefois, certaines des manifestations du droit à l'oubli, tel que le conceptualise la doctrine, peuvent se retrouver dans le domaine du droit public. V. sur ce point C-E. SENAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *RDP*, 2012, p. 1156-1170.

<sup>1773</sup> R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *RDP*, 1996, p. 386.

<sup>1774</sup> C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 963.

<sup>1775</sup> J. DANET ET AL., *Prescription, amnistie et grâce en France*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 347.



de quarante ans, à l'exclusion des peines imprescriptibles. Si une partie de la doctrine considère ces dispositions comme des manifestations d'un *droit à l'oubli*, il s'agit plutôt de *techniques* d'oubli, puisque leur application est automatique, une fois les conditions réunies<sup>1776</sup>.

Plus proche d'un *droit à l'oubli* se trouvent les mesures de réhabilitation légale<sup>1777</sup> et judiciaire<sup>1778</sup> qui ont aussi pour conséquence l'effacement des condamnations du casier judiciaire pour les personnes bénéficiant de cette mesure. Elles sont plus individualisées et, pour le cas de la réhabilitation judiciaire, elles n'ont pas de caractère automatique. L'idée qui fonde la réhabilitation est donc que « le délinquant, dont la conduite a ensuite été socialement satisfaisante, ne mérite pas de subir pendant le reste de sa vie les conséquences d'une faute ancienne ; d'où la nécessité de l'oubli »<sup>1779</sup>. De cette manière, les mesures de réhabilitation impliquent aussi l'interdiction pour toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a eu connaissance de la condamnation, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque<sup>1780</sup>. Une exception est prévue à cette règle pour les minutes des jugements, arrêts et décisions. Cette conséquence est considérée, par une partie de la doctrine, comme un « authentique droit à l'oubli »<sup>1781</sup>. Des mesures particulières pour l'oubli des peines des jeunes délinquants ont aussi été instituées. En effet, il est considéré que les mineurs, plus que d'autres, « ont non seulement un droit, mais plus encore un besoin que ne soit pas conservée éternellement la mémoire de leur déviance passée »<sup>1782</sup>. Des délais plus courts pour les techniques d'effacement et de réhabilitation avaient alors été mis en place. Toutefois, les réformes intervenues avec la loi Perben II<sup>1783</sup> ont eu comme conséquence de rapprocher le régime des mineurs du régime du droit commun.

Un autre domaine d'application du droit à l'oubli est le droit de la presse. Dans le contexte de la Libération et du début des mesures d'épuration, afin de faire face aux

---

<sup>1776</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>1777</sup> Régie par les articles 133-12 à 133-17 du code pénal. La réhabilitation légale ou de plein droit a lieu automatiquement après un délai, qui varie en fonction de la peine. Toutefois elle ne s'applique pas aux criminels ni au condamnés à des peines d'emprisonnement supérieure ou égale à dix ans.

<sup>1778</sup> Régie par les articles 782 à 798-1 du code de procédure pénale. La réhabilitation judiciaire résulte d'une demande du condamné afin d'abroger le délai de réhabilitation légale.

<sup>1779</sup> C. BOURGET, « Entre amnistie et imprescriptible », *op. cit.*, p. 59.

<sup>1780</sup> Article 133-16 du code pénal qui renvoie à l'article 133-11 du même code.

<sup>1781</sup> J. DANET ET AL., *Prescription, amnistie et grâce en France*, *op. cit.*, p. 434.

<sup>1782</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>1783</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004, p. 4567.

conséquences de l'Occupation, le gouvernement provisoire de la République française adopta une ordonnance visant à compléter la loi sur la liberté de presse de 1881. Cette ordonnance visait à régler le problème de la collaboration de la presse avec l'occupant et dans, une recherche de paix sociale, à limiter la possibilité de rapporter la preuve de faits diffamatoires. Elle était, par conséquent, « marquée par l'histoire » puisqu'elle « cherch[ait] par certaines dispositions, à apaiser des épisodes douloureux en souhaitant leur oubli »<sup>1784</sup>. Elle modifiait ainsi l'article 35 de la loi de 1881 en y rajoutant de nouvelles exceptions à l'*exceptio veritatis* en matière de diffamation :

« La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf :

- a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne
- b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années
- c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision ».

En particulier, la limitation contenue dans le second cas, « traduit la volonté d'un droit à l'oubli et le souci de paix sociale, souhaité par le législateur de 1944, souci très compréhensible à une époque troublée où les problèmes d'épuration commençaient à se poser et où la guerre n'était pas encore gagnée »<sup>1785</sup>. Le lien entre la protection de la mémoire individuelle et la construction de la mémoire collective était ainsi souligné. Malgré cet objectif d'intérêt général, cette limitation fut critiquée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans une affaire *Mamère c. France*, la Cour analysa la compatibilité du régime de l'*exceptio veritatis* avec l'article 10 de la Convention, relatif à la liberté d'expression. Elle souligna que « les personnes poursuivies à raison de propos qu'elles ont tenus sur un sujet d'intérêt général doivent pouvoir s'exonérer de leur responsabilité en établissant leur bonne foi et, s'agissant d'assertions de faits, en prouvant la véracité de ceux-ci »<sup>1786</sup>. Si la Cour considère qu'il peut exister un intérêt à mettre en place une limite temporelle, pour éviter au juge de devoir se prononcer sur des circonstances anciennes dont il est difficile d'évaluer la véracité, « cependant, lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses »<sup>1787</sup>.

---

<sup>1784</sup> B. DE LAMY, « La liberté de la presse contre le droit à l'oubli », *RSC*, 2013 p. 907.

<sup>1785</sup> D. DE BELLESCIZE, « Inconstitutionnalité de l'interdiction d'évoquer des faits de plus de dix ans », *Constitutions*, 2011, p. 389.

<sup>1786</sup> Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, req. n° 12697/03, § 23.

<sup>1787</sup> *Ibid.*, § 24.

Saisi en 2011 d'une QPC portant sur l'*exceptio veritatis* pour des faits qui remontent à plus de dix ans (5<sup>e</sup> alinéa de l'article 35 de la loi de 1881 précité), le Conseil constitutionnel considéra que cette disposition répondait à l'objectif d'intérêt général « d'éviter que la liberté d'expression ne conduise à rappeler des faits anciens portant atteinte à l'honneur et à la considération des personnes qu'elles visent »<sup>1788</sup>. Toutefois, il conclut que, par son caractère général et absolu qui ne distinguait pas « tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général »<sup>1789</sup>, cette disposition méconnaissait l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Deux ans plus tard, le Conseil fut à nouveau amené par le biais d'une QPC à analyser la compatibilité de l'*exceptio veritatis* avec les droits et libertés que la Constitution garantit. Dans la décision *M. Philippe B.*, le Conseil analysa l'exception prévue lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision. Le Conseil considéra alors que « les dispositions concernant l'amnistie, la prescription de l'action publique, la réhabilitation et la révision n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire qu'il soit fait référence à des faits qui ont motivé une condamnation amnistiée, prescrite ou qui a été suivie d'une réhabilitation ou d'une révision ou à des faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite »<sup>1790</sup>, allant ainsi à l'encontre de l'interprétation selon laquelle ces différentes mesures impliquent un certain droit à l'oubli. Suivant une motivation similaire à celle utilisée dans sa décision de 2011, le Conseil considéra que l'interdiction objet de la QPC, par son caractère général et absolu, portait une atteinte à la liberté d'expression qui n'était pas proportionnée au but poursuivi. Cette jurisprudence démontre une évolution dans la conception de l'oubli en droit. Souvent faisant office d'instrument favorisant la paix sociale, il peut, pour autant, être considéré comme un obstacle à la recherche de la vérité et de la transparence<sup>1791</sup>. C'est avant tout dans sa composante individuelle, en tant que moyen de garantir la protection des droits fondamentaux, que le droit à l'oubli trouve alors un nouveau champ d'action.

Durant les dernières années s'est développée la notion d'un « droit à l'oubli numérique ». La multiplication et l'automatisation de procédures de recollection et de gestion de données

---

<sup>1788</sup> CC n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, *Rec.*, p. 244, *JO* du 20 mai 2011 p. 8890, consid. 3.

<sup>1789</sup> *Ibid.*, consid. 4.

<sup>1790</sup> CC n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*, *Rec.*, [à paraître], *JO* du 9 juin 2013, p. 9632, consid. 8.

<sup>1791</sup> B. DE LAMY, « La liberté de la presse contre le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 907.

personnelles impliquent de nouveaux défis à la protection de la vie personnelle, garantie par la Constitution et les instruments internationaux. Se pose alors la question de savoir si l'individu a un droit à l'effacement des données concernant sa vie privée et qui ont fait l'objet d'une collecte publique ou privée. De cette façon, « le droit à l'oubli numérique renvoie en réalité au droit de demander l'effacement des données personnelles »<sup>1792</sup>. Le législateur français s'est préoccupé de ce phénomène dès la fin des années 1970 avec l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>1793</sup> qui prévoyait, à son article premier que « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Cette loi a fait l'objet de nombreuses modifications, notamment grâce à la transposition d'une abondante législation européenne. Par rapport au droit à l'oubli, elle prévoit un droit à la rectification des données inexacts<sup>1794</sup> et un droit d'opposition à l'utilisation de ces données personnelles<sup>1795</sup>.

Pour renforcer la protection des données à caractère personnel sur Internet, plusieurs projets de législation en droit interne et en droit de l'Union visent à consacrer plus explicitement un droit à l'oubli numérique. C'est le cas, par exemple, de la proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, approuvée par le Sénat le 23 mars 2010 ou le projet de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, approuvé par le Parlement de l'UE le 12 mars 2014. Ce projet prévoit à l'article 17 un « droit à l'oubli numérique et à l'effacement » :

Article 17 : La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant et la cessation de la diffusion de ces données, en particulier en ce qui concerne des données à caractère personnel que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant, ou pour l'un des motifs suivants:

---

<sup>1792</sup> J.-M. BRUGUIÈRE, « Le “droit à” l'oubli numérique, un droit à oublier », *D.* 2014 p. 299.

<sup>1793</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *JO* du 7 janvier 1978, p. 227.

<sup>1794</sup> Article 6, 4° : « les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexacts ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ».

<sup>1795</sup> Article 38 : « Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.

Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ».

- a) les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées,
- b) la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, paragraphe 1, point a), ou lorsque le délai de conservation autorisé a expiré et qu'il n'existe pas d'autre motif légal au traitement des données;
- c) la personne concernée s'oppose au traitement des données à caractère personnel en vertu de l'article 19;
- d) le traitement des données n'est pas conforme au présent règlement pour d'autres motifs.

Des exceptions sont toutefois prévues au § 3 de ce même article, qui prévoit la conservation des données lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice du droit à la liberté d'expression, pour des motifs d'intérêt général de la santé publique, à des fins de recherche historique, statistique et scientifique. Toutefois, il est important de souligner, qu'à l'heure actuelle aucun texte ne reconnaît explicitement un droit à l'oubli. Si certains juges ont reconnu son existence de manière plus ou moins explicite<sup>1796</sup>, son utilisation ne fait pas l'unanimité.

L'arrêt de la Cour de justice de l'UE du 13 mai 2014 marqua un pas en avant dans la reconnaissance des droits des personnes à demander l'effacement de données personnelles conservées sur Internet. Sans pour autant faire une mention explicite au droit à l'oubli, l'arrêt *Google Spain SL* consacre la droit pour toute personne de demander aux responsables d'un moteur de recherche le retrait de ses données personnelles des listes des résultats affichés, même dans le cas où ces données sont exactes et sont le fruit d'un traitement licite, « s'il est constaté, suite à une demande de la personne concernée, que l'inclusion de ces liens dans la liste est, au stade actuel, incompatible avec la directive »<sup>1797</sup>. Si des limites à ce droit sont prévues, la protection à la vie privée consacrée par cet arrêt est très large, ce qui peut s'avérer problématique. Un droit à l'oubli si étendu pourrait constituer une menace aux intérêts d'une société démocratique « par la privatisation qu'il est susceptible d'insuffler dans le récit de son

---

<sup>1796</sup> Dans un arrêt du 25 juin 2009, le TGI de Paris considéra « si l'oubli procédait jadis des faiblesses de la mémoire humaine, de sorte qu'il n'y avait pas à consacrer un "droit à l'oubli" la nature y pourvoyant, la société numérique, la libre accessibilité des informations sur internet, et les capacités sans limite des moteurs de recherche changent considérablement la donne et justifient pleinement qu'un tel droit soit aujourd'hui revendiqué, non comme un privilège qui s'opposerait à la liberté d'information, mais comme un droit humain élémentaire à l'heure de la société de conservation et d'archivage numérique sans limite de toute donnée personnelle et de l'accessibilité immédiate et globalisée à l'information qui caractérisent les technologies contemporaines et la fascinante insouciance qu'elles suscitent » (cité par J-M. BRUGUIÈRE, « Le "droit à" l'oubli numérique, un droit à oublier », *op. cit.*, p. 299).

<sup>1797</sup> CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc.* La directive mentionnée est la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31).

histoire et dans la préservation de sa mémoire collective, aussi bien que dans le jeu des libertés d'expression, d'information, voire d'entreprendre de ses membres »<sup>1798</sup>.

Malgré la multiplication de ses manifestations plus ou moins explicites, le « droit à l'oubli » reste une notion dont la nature est bien imprécise<sup>1799</sup>. Si une partie de la doctrine le reconnaît comme un droit subjectif qui implique que « le sujet a repris ses droits sur sa propre histoire »<sup>1800</sup>, ses différentes manifestations ne peuvent pas être toutes assimilées à des droits subjectifs. Plus précisément, par rapport au droit à l'oubli numérique, il relève plus d'une faculté de demander l'effacement de certaines données sous certaines conditions que d'un véritable droit à ne pas se voir rappeler son passé virtuel.

## § 2. *La gestion de passés douloureux par l'amnistie*

À l'origine, l'amnistie est une institution du droit pénal. Toutefois, les conséquences de l'amnistie vont bien au-delà des effets produits sur les individus concernés par la mesure pour s'étendre à l'ensemble de la société. De même, elle est souvent édictée dans un but de sauvegarde des institutions étatiques, s'intégrant dans le cadre d'une politique de réconciliation nationale après une période de crise. Cette institution touche ainsi « aux racines mêmes du politique »<sup>1801</sup>, et permet donc de parler d'« amnistie politique »<sup>1802</sup>. L'amnistie est, dans ce cas, considérée comme un mode de réconciliation et de reconstruction de la cohésion et de l'identité nationale mise à mal par un conflit qui a divisé la société. Elle peut, de plus, participer à la reconstruction institutionnelle, notamment, en épargnant les fonctionnaires ou les corps professionnels qui ont pris part au conflit mais qui sont, néanmoins, indispensables pour la continuité de l'État et de l'administration<sup>1803</sup>. Ces différentes caractéristiques ont conduit à un usage fréquent de l'amnistie comme mécanisme pour faire face à des passés conflictuels (I).

---

<sup>1798</sup> N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD, « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II. Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée » *D.* 2014 p. 1481.

<sup>1799</sup> J-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 299.

<sup>1800</sup> C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 968.

<sup>1801</sup> P. RICÉUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, p. 586.

<sup>1802</sup> C'est notamment l'argument soutenu par C-M. CASTÉLA-COCKENPOT dans sa thèse *L'amnistie politique en France (étude d'une notion constitutionnelle)*, Thèse de doctorat : Droit : Université Panthéon Assas (Paris II), 2006, p. 15.

<sup>1803</sup> *Ibid.*, p. 112.

Toutefois, cette généralisation peut être source d'abus. De plus, l'oubli imposé par l'amnistie n'est plus considéré comme légitime : il est reproché à ce type de mesure de voiler et, même, d'empêcher la quête de la vérité historique « supposée aujourd'hui être seule salvatrice des sociétés qui ont connu des traumatismes politiques de grande ampleur »<sup>1804</sup>. Les mesures d'amnistie sont donc remises en question tant au niveau interne qu'international. L'émergence d'un certain « droit à la vérité » et le développement de la lutte contre l'impunité face aux crimes contre l'humanité, entraînent une dévalorisation sociale et politique de l'amnistie, ce qui entraîne sa remise en cause juridique, obligeant à la mise en place de nouveaux moyens afin de gérer le passé (II).

### (I) L'amnistie comme instrument de réconciliation et de reconstruction

Dès son origine historique dans la Grèce antique, l'amnistie, plus qu'un moyen d'empêcher des poursuites, était avant tout considérée comme processus politique permettant de mettre fin à conflit en réconciliant les participants (A). L'amnistie politique s'est alors développée comme instrument pour faire face aux différentes crises que peut connaître un État, des guerres nationales aux troubles de l'ordre public (B), mettant en avant la pertinence de l'oubli comme moyen pour surmonter des passés conflictuels (C).

#### (A) *Les motivations des mesures d'amnistie dans l'histoire*

L'amnistie de 403 av. J.C. décrétée<sup>1805</sup> par THRASYBULE après la défaite des Trente tyrans, qui permit la restauration de la démocratie athénienne, est souvent considérée comme le premier exemple historique d'amnistie. Toutefois, de traces d'autres actes d'amnistie peuvent être retrouvées avant ce décret<sup>1806</sup>. PLUTARQUE mentionnait ainsi des mesures d'amnistie prises par SOLON et contenues dans la treizième table de ses lois, cependant, il ne donnait pas plus de précisions. Postérieurement, face à l'invasion imminente de XERXÈS, roi des Perses, les athéniens décidèrent de rappeler tous les exilés et de les réintégrer dans tous leurs droits civiques, afin de renforcer les rangs de son armée pour la bataille de Marathon.

---

<sup>1804</sup> S. WAHNICH, « Introduction », in *Une histoire politique de l'amnistie. Études d'histoire, d'anthropologie et de droit*, op. cit., p. 15.

<sup>1805</sup> La forme de cette amnistie fait débat entre les historiens. Elle ne prit pas la forme stricte d'une loi et pour certains il s'agissait seulement d'un accord entre partis politiques ratifié par un serment. (V. A. P. DORJAHN, *Political Forgiveness in Old Athens : The Amnesty of 403 BC*, Evanston : Northwestern University, Coll. Northwestern University Studies, 1946, p. 21).

<sup>1806</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

Cette mesure d'amnistie fut attribuée par certains auteurs à THÉMISTOCLE et concernait même les citoyens qui avaient fait l'objet d'ostracisme. Après la bataille navale d'Aigos Potamos en 405 av. J-C. entre les flottes d'Athènes et de Sparte, et pendant le siège d'Athènes par LYSANDRE, les athéniens prirent, sous la direction de PATROCLEIDÈS, un décret d'amnistie envers tous les athéniens qui avaient participé au coup d'État des Quatre-Cents, dans le but d'augmenter leurs forces militaires<sup>1807</sup>. La postérieure capitulation d'Athènes face à LYSANDRE impliqua une mesure d'amnistie forcée par le vainqueur, qui amnistiait les athéniens favorables à l'oligarchie. Ces mesures d'amnistie répondaient, avant tout, à un but stratégique. L'objectif principal était d'augmenter le nombre de citoyens pouvant participer à la défense de la cité ou servant les intérêts du nouveau régime. Cet objectif allait se retrouver, de façon plus ou moins explicite, dans les amnisties modernes. Par exemple les amnisties qui suivirent l'époque de l'Occupation et l'épuration répondaient aussi au besoin de maintenir un appareil administratif face à l'impossibilité d'une épuration totale. De même, la reconstruction de l'unité nationale était considérée comme une mesure urgente pour faire face à un nouvel ennemi dans le cadre d'un nouveau conflit : la guerre froide. Comme l'expliquait J. DERRIDA, à propos des discours qui se développèrent pour justifier les amnisties d'après la Libération, en 1950, « Refaire l'unité nationale, cela voulait dire réarmer toutes les forces disponibles dans un combat qui continuait, cette fois en temps de paix ou de guerre dite froide »<sup>1808</sup>.

L'amnistie de 403 av. J-C. était, toutefois, d'une nature différente. Après la défaite militaire et la tyrannie des Trente, les démocrates, revenus au pouvoir, firent le choix de l'oubli des malheurs passés pour pouvoir garantir la réconciliation. L'amnistie athénienne se composait alors d'un double énoncé qui unissait « une prescription (interdiction de rappeler les malheurs) avec la prestation d'un serment (je ne rappellerai pas les malheurs) »<sup>1809</sup>. Les vainqueurs choisirent la réconciliation au lieu de la vengeance dans le but de reconstruire la cité athénienne et de renouer avec le passé démocratique interrompu par la guerre et la dictature. Conscients de la nécessité de coexister avec les anciens ennemis, ils établirent des mesures d'oubli pour essayer de les inclure au sein de la cité et ainsi favoriser la cohésion. Ils ont ainsi échangé « l'oubli de la victoire contre l'oubli du ressentiment »<sup>1810</sup>. Ces

---

<sup>1807</sup> V. E. M. HARRIS, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford / New York: Oxford University Press, 2013, p. 169.

<sup>1808</sup> J. DERRIDA, « *Versöhnung, ubuntu, pardon : quel genre ?* », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 124.

<sup>1809</sup> N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », *op. cit.*, p. 24.

<sup>1810</sup> N. LORAUX, *La cité divisée*, *op. cit.*, p. 262.



caractéristiques motivèrent que cette amnistie fut retenue comme le modèle ou la matrice des amnisties politiques modernes.

L'Édit de Nantes, promulgué le 13 avril 1598 par Henri IV, représente aussi un archétype d'amnistie réussie qui influencerait les amnisties modernes. Cet édit illustre la possibilité de mettre fin à une guerre civile par le biais d'un oubli décrété. Mesure de tolérance, il visait à permettre la coexistence religieuse entre catholiques et protestants après de décennies de guerres, en mettant en place une amnistie générale de tous les crimes. L'article premier énonçait ainsi :

« Premièrement que la mémoire de toutes choses passées d'une part et d'autre, depuis le commencement du mois de mars 1585 jusqu'à notre avènement à la couronne et durant les troubles précédents et à leur occasion demeurera éteinte et assoupie, comme de chose non advenue. Et ne sera loisible ni permis à nos procureurs généraux, ni autres personnes quelconques, publiques ni privées, en quelque temps, ni pour quelque occasion que ce soit, en faire mention, procès ou poursuite en aucunes cours ou juridictions que ce soit ».

L'oubli mis en en place par l'Édit des Nantes impliquait non seulement l'absence de poursuites judiciaires mais aussi, faisant écho à l'amnistie grecque, l'interdiction du rappel de la mémoire des choses passées dans les deux camps du conflit, tant pour les personnes publiques que pour les personnes privées. De même, l'amnistie était considérée non seulement comme un moyen d'enterrer les querelles du passé mais, également, un moyen d'éviter des divisions futures. Mesure d'oubli, elle était ainsi doublée d'une vocation prospective. Cet aspect est aussi illustré par l'« *Act of free and general pardon, indemnity and oblivion* » approuvé à la fin de la révolution de Cromwell en 1660 et qui cherchait à amnistier toutes les personnes impliquées dans le régicide de Charles I<sup>er</sup>. Cette législation prévoyait « d'enterrer toutes les sources de futures discordes et le souvenir des anciennes »<sup>1811</sup>.

Sous les auspices de ces modèles historiques, l'amnistie allait donc se généraliser comme un moyen de pacification et de reconstruction nationale après un conflit.

### *(B) Les différentes modalités de l'amnistie comme instrument de résolution de crises*

L'amnistie évolua en tant que modèle de sortie de crise, qu'il s'agisse d'une guerre internationale, d'une guerre civile, d'une transition vers un autre régime ou en tant que moyen pour préserver l'ordre public. Des mesures d'amnistie peuvent ainsi être incluses dans des traités de paix. Par exemple, l'article XVI du traité de Campo-Formio du 17 octobre 1797 qui

---

<sup>1811</sup> [And to bury all feeds of future discord and remembrance of the former].

mettait fin, certes de façon provisoire, à la guerre franco-autrichienne, prévoyait qu' « aucun habitant de tous les pays occupés par les armées autrichiennes et françaises, ne pourra être poursuivi ni recherché, soit dans sa personne, soit dans ses propriétés, à raison de ses opinions politiques ou actions civiles, militaires ou commerciales, pendant la guerre qui a eu lieu entre les deux puissances »<sup>1812</sup>. De même, le chapitre premier des déclarations gouvernementales du 19 mars 1961 relatives à l'Algérie, contenues dans les Accords d'Évian<sup>1813</sup>, prévoyait dans ses dispositions sur l'organisation des pouvoirs publics pendant la période transitoire et des garanties de l'autodétermination que « k) L'amnistie sera immédiatement proclamée. Les personnes détenues seront libérées »<sup>1814</sup>.

À la suite d'une guerre, des mesures d'amnistie peuvent aussi être prises en faveur des combattants ou des victimes de guerre en reconnaissance de leurs sacrifices. En effet, « le sang versé pour la nation à l'occasion de conflits armés acquiert toujours une valeur symbolique particulière. L'amnistie n'échappe pas au symbole et le législateur ne manque jamais d'étendre son indulgence aux combattants »<sup>1815</sup>. C'est aussi un moyen de faire table rase du passé après un conflit grave afin de permettre une réadaptation des combattants, une fois la situation redevenue normale. Par exemple, la loi d'amnistie du 24 octobre 1919, prévoyait à son article 4 une amnistie pleine et entière pour tout délit commis avant le 19 octobre 1919, « 1° Par tous marins ou militaires qui, en temps de guerre, ont été, postérieurement à l'infraction, cités à l'ordre du jour, mutilés ou réformés pour blessure ou maladie contractée ou aggravée au service ; 2° Par les pères et mères ayant eu un fils mort aux armées ou mutilé de guerre ; 3° Par les veuves des militaires ou marins tués par l'ennemi »<sup>1816</sup>. Toutefois, ces mesures d'amnistie excluaient les faits de commerce avec l'ennemi, l'espionnage ou la spéculation illicite.

Or, c'est pour mettre fin à un conflit interne que l'amnistie s'avère être un instrument particulièrement utile. En effet, dans le cas de guerres civiles ou autres conflits internes assimilés, les deux parties opposées ont vocation à vivre ensemble une fois la crise surmontée. L'oubli des exactions passées est donc un moyen pour garantir cette cohésion et permettre la

---

<sup>1812</sup> Cité par C-M. CASTÉLA-COCKENPOT, *L'amnistie politique en France (étude d'une notion constitutionnelle)*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>1813</sup> La problématique de la qualification juridique des Accords d'Évian (*Déclaration générale des deux délégations du 18 mars 1962*) et du conflit algérien n'est pas ici abordé. V. sur ce point, entre autres, Z. BRAHMIA BEDDIAR. *Aspects juridiques des « Accords d'Évian »*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Strasbourg, 1987, 203 p.

<sup>1814</sup> JO du 20 mars 1962, p. 3020.

<sup>1815</sup> B. PY, « Amnistie », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, § 278.

<sup>1816</sup> JO du 25 octobre 1919, p. 11846.

survie de la nation. L'amnistie des communards est ainsi interprétée comme une des mesures qui permit la mise en place de la République. En effet « associée au retour des chambres à Paris et à l'institution du 14 juillet comme fête nationale, elle marquerait symboliquement le triomphe de la concorde »<sup>1817</sup>. Elle fut le fruit d'une longue période de réflexion et d'affrontements politiques qui accompagnèrent la fondation et le renforcement de la III<sup>e</sup> République. En effet, entre 1871 et 1876 plusieurs propositions d'amnisties partielles furent discutées devant l'Assemblée, sans jamais donner lieu à un accord<sup>1818</sup>. Elle fut finalement mise en place par deux lois : une loi d'amnistie partielle du 3 mars 1879<sup>1819</sup>, loi qui met plutôt en place une « grâce amnistiante » puisque l'amnistie n'est accordée qu'aux condamnés « qui ont été ou seront libérés ou qui ont été et seront graciés par le Président de la République dans le délai de trois mois après la promulgation de la présente loi » et une loi d'amnistie générale du 11 juillet 1880<sup>1820</sup>. L'amnistie fut présentée comme un moyen d'assurer la réconciliation nationale : « L'amnistie est donc le moment décisif où la nation se réconcilie avec elle-même. Elle contribue à refonder l'unité nationale fraternelle brisée par la lutte civile. C'est un geste volontariste. Aspirant à l'unité, la République ne saurait laisser perdurer la division »<sup>1821</sup>.

La volonté de réconciliation nationale se trouvait aussi au cœur des amnisties accordées après la Seconde Guerre mondiale<sup>1822</sup>. En effet, après la défaite de 1940 le conflit international se doubla, en France, d'un conflit interne entre les collaborateurs de l'occupant et les résistants. Cette « guerre franco-française »<sup>1823</sup> entraîna des profondes divisions au sein de la société française, divisions qui furent amplifiées par le processus d'épuration<sup>1824</sup>. En effet, comme l'expliquait A. CAMUS, « à la haine des bourreaux, a répondu la haine des victimes. Et les bourreaux partis, les Français sont restés avec leur haine en partie inemployée »<sup>1825</sup>.

---

<sup>1817</sup> S. GACON, *L'amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., p. 91.

<sup>1818</sup> Parmi ces propositions de loi, sans doute la plus célèbre fut celle présentée par Victor HUGO le 21 mars 1876 (proposition de loi n° 9 présentée au Sénat) qui a été présentée dans le but « d'effacer toutes les traces de la guerre civile ».

<sup>1819</sup> JO du 5 mars 1879, n° 63.

<sup>1820</sup> JO du 12 juillet 1880, n° 190.

<sup>1821</sup> S. GACON, *L'amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., p. 94.

<sup>1822</sup> Loi n° 51-18 du 15 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales, JO du 6 janvier 1951, p. 260 et Loi n° 53-681 du 6 août 1953 portant amnistie, JO du 7 août 1953, p. 6942.

<sup>1823</sup> Ce terme fut appliqué à la période de l'Occupation par S. HOFFMANN dans son célèbre article « Collaborationism in Vichy France », *Journal of Modern History*, n° 3, Vol. 40, 1968, p. 375-395. Sur l'emploi de cette expression voir aussi H. ROUSSO, J-P. RIOUX, J-P. AZÉMA, « Les guerres franco-françaises », *Vingtième Siècle*, n° 5, 1985, p. 3-6.

<sup>1824</sup> Pour une histoire de l'épuration et de la vision qui a été forgée de cette période v. M-O. BARUCH (dir.), *Une poignée de misérables. L'épuration de la société française, après la II<sup>e</sup> Guerre mondiale*, Paris : Fayard, 2003.

<sup>1825</sup> A. CAMUS, « Défense de l'intelligence » (1945) in *Œuvres complètes*, Tome II, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, 2006, p. 424. Le problème de l'épuration et d'une éventuelle amnistie des

Toutefois, l'amnistie ne fut pas facilement acceptée parmi les différents groupes politiques ni par l'opinion publique, car elle pouvait être interprétée comme une réhabilitation du régime de Vichy et comme un désaveu aux résistants. Pour ceux qui soutenaient la mesure, les raisons étaient diverses, mais elles se retrouvaient dans l'idée de la nécessité d'un oubli comme fondement de la reconstruction. Lors de la discussion de loi devant le Conseil de la République, le garde des sceaux P. REBEYRE résuma ces raisons en considérant :

« Les raisons de ceux d'entre vous qui se sont montrés favorables à l'amnistie se sont elles-mêmes révélées très diverses. Pour les uns, il s'agit de contribuer à rétablir l'unité morale du pays. D'autres sont mus par un esprit de miséricorde, un sentiment de charité chrétienne. Certains veulent y voir un acte de justice tendant à amender une répression estimée par eux trop sévère. D'autres, enfin y voient un oubli nécessaire et c'est là, me semble-t-il, le fondement même de cette mesure législative »<sup>1826</sup>.

Pour répondre aux critiques, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 53-681 rendait hommage à la Résistance et contenait une sorte d'exposé de motifs qui cherchait à justifier les mesures prises en précisant :

« Article 1<sup>er</sup> : La République française rend témoignage à la Résistance, dont le combat au dedans et au dehors des frontières a sauvé la nation. C'est dans la fidélité à l'esprit de la Résistance qu'elle entend que soit aujourd'hui dispensée la clémence. L'amnistie n'est pas une réhabilitation ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la nation eurent la lourde tâche de juger et de punir » .

Le but de la loi était donc de gérer l'héritage des années d'Occupation tout en respectant le souvenir de la Résistance et sans remettre en cause, dans le principe, les mesures d'épuration.

L'amnistie peut aussi avoir une visée prospective. Elle peut être décidée en vue de désamorcer une crise potentielle. Ce fut le cas de l'amnistie votée dans le cadre de l'affaire DREYFUS, le 24 décembre 1900, qui interrompit toutes les procédures judiciaires en cours ou à venir relatives à l'affaire. Le président WALDECK-ROUSSEAU « prit soin pourtant de préciser, devant le Sénat, que l'amnistie n'était pas, dans ce cas, oubli du passé, mais devait être perçue comme une mesure qui faisait passer l'intérêt public avant une décision judiciaire de surcroît entachée d'illégalité, celle du conseil de guerre de Rennes »<sup>1827</sup>. L'amnistie se présentait ici

---

collaborateurs donna lieu à un intense débat entre CAMUS et F. MAURIAC. Le premier étant partisan d'une « justice humaine », sans excès, le second plaidant en faveur de l'oubli et du pardon. V. sur cette période H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy*, op. cit., p. 66 et ss.

<sup>1826</sup> *JO Débats parlementaires*, 9 juillet 1953, p. 1159.

<sup>1827</sup> M-O. BARUCH, V. DUCLERT, « La justice dans l'affaire Dreyfus, le sens d'une commémoration », in *Justice, politique et République. De l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Histoire du temps présent, 2002, p. 38.

comme un pur acte politique qui visait à préserver le bien commun<sup>1828</sup>, ainsi, dans son discours devant le Sénat WALDECK-ROUSSEAU continua en expliquant que cette amnistie « s’inspir[ait] non pas de la clémence ni même du sentiment de la justice positive, elle s’inspire de l’intérêt politique »<sup>1829</sup>.

L’amnistie peut être aussi une voie de sortie de crises plus ponctuelles et ainsi rétablir l’ordre public par l’oubli des infractions. La multiplication des crises et de contestations sociales à partir des années 1960 s’accompagna, en France, d’une multiplication du recours à l’amnistie. Par exemple, les événements de Mai 1968 se soldèrent par une loi qui amnistia « les infractions commises du 1<sup>er</sup> février 1968 au 15 mai 1968 en relation avec les événements survenus dans l’Université et les manifestations auxquelles ils ont eu lieu »<sup>1830</sup>.

L’amnistie est aussi un instrument privilégié dans le cadre de processus de transition démocratique. Par exemple, le plan d’Esquipulas II, signé en 1987 par les présidents de l’Amérique Centrale, pour mettre fin aux guerres civiles qui divisaient la région prévoyait l’amnistie parmi ses mesures de « réconciliation nationale ». Les titres de certaines lois prises en application de ces accords expriment clairement ce lien entre amnistie et réconciliation. Par exemple à El Salvador furent adoptées deux lois appelées « Loi de réconciliation nationale »<sup>1831</sup> et la « Loi d’amnistie générale pour la consolidation de la paix »<sup>1832</sup>. L’oubli des crimes commis par le régime antérieur est donc considéré comme une étape, voire même comme le prix à payer pour assurer la transition. C’est ainsi que, dans un premier temps, le vote de ce type de mesures fut même encouragé par l’ONU<sup>1833</sup>. L’Assemblée générale de l’ONU a ainsi pleinement soutenu les accords d’Esquipulas et de Contadora avec les résolutions n°42/1 du 7 octobre 1987 et n° 43/24 du 7 novembre 1988 *relatives à la situation en Amérique centrale : menaces contre la paix et la sécurité internationales et initiatives de paix*. L’amnistie permettait des transitions « “en douceur”, placées sous le signe du compromis et sans rupture »<sup>1834</sup>.

---

<sup>1828</sup> C-M. CASTÉLA-COCKENPOT, *L’amnistie politique en France (étude d’une notion constitutionnelle)*, op. cit., p. 114.

<sup>1829</sup> *JO débats parlementaires*, 2 juin 1900, p. 522.

<sup>1830</sup> Loi n° 68-457 du 23 mai 1968, *Jo* du 24 mai 1968, p. 5178.

<sup>1831</sup> *Ley de reconciliación nacional*, n° 147 du 23 janvier 1992.

<sup>1832</sup> *Ley de amnistía general para la consolidación de la paz*, n° 486 du 22 mars 1993.

<sup>1833</sup> V. sur ce point F. ANDREU-GUZMÁN, « Impunité et droit internationale. Quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l’impunité », *Mouvements*, n° 53, 2008, p. 54-55.

<sup>1834</sup> K. MARTIN-CHENUT, « Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l’homme en matière de lutte contre l’impunité », *RSC*, 2007, p. 628.

### (C) *L'oubli décrété comme moyen légitime pour surmonter des passés conflictuels*

L'amnistie est présentée comme un instrument qui favorise la réconciliation dans une société divisée à la suite d'une crise. En décrétant l'oubli collectif sur le passé, source de divisions, elle favorise la cohésion et contribue à la construction d'une mémoire collective apaisée. L'idée de l'unité et de la réconciliation est alors un *leitmotiv* dans les discours juridiques et politiques justifiant les mesures d'amnistie. Le plaidoyer de L. GAMBETTA devant la chambre des députés le 21 juin 1880 en faveur de l'amnistie des Communards illustre cette justification :

« On a dit, et avec raison, que le 14 juillet étant fête nationale, un rendez-vous où, pour la première fois, l'armée, orgueil légitime de la nation, se trouvera face à face avec le pouvoir, où elle reprendra ses drapeaux, hélas ! si odieusement abandonnés. Il faut que ce jour –là, devant la patrie représentée par ses mandataires fidèles, en face de cette armée, “suprême pensée”, il faut que vous fermiez le livre de ces dix années, que vous mettiez la pierre tumulaire de l'oubli sur les crimes et sur les vestiges de la Commune, et que vous disiez à tous ceux dont on déplore l'absence, et à ceux dont on regrette quelquefois les contradictions, qu'il n'y a qu'une France et qu'une République »<sup>1835</sup>.

De même, en 1988, le Premier ministre M. ROCARD défendit les mesures d'amnisties envisagées pour faire face à la crise politique et institutionnelle en Nouvelle Calédonie, en insistant sur le besoin de réconciliation : « [l'amnistie] est un geste de pardon, pour que la vie reprenne et continue, pour que la réconciliation puisse l'emporter sur la violence et l'affrontement, pour que la paix, de nouveau ait ses chances »<sup>1836</sup>.

Le bien-fondé de l'amnistie comme mécanisme de solution de crise fut rappelé par le commentaire « autorisé » de la décision 2013-319 QPC où le Conseil constitutionnel examina la constitutionnalité de la disposition de la loi du 29 juillet 1881 qui interdisait la preuve de la vérité des faits diffamatoires lorsque l'imputation se référait à un fait amnistié. Il a été ainsi souligné que « l'amnistie répond aux intérêts de l'État face au corps social désuni. Elle a donc vocation à s'appliquer essentiellement dans des situations de nature politique ou après des

---

<sup>1835</sup> *JO Débats parlementaires* du 22 juin 1880 p. 6740, cité par S. GACON *L'amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., p. 91/ V. l'article du même auteur « L'oubli institutionnel » in D. NICOLAÏDIS (dir.), *Oublier nos crimes. L'amnésie nationale : une spécificité française*, Paris : Autrement, 2002, p. 85-97.

<sup>1836</sup> M. ROCARD, *Déclarations du Premier ministre sur l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie, les grandes lignes des accords de Matignon, l'importance du référendum sur la Nouvelle-Calédonie et sur le rôle de la France dans la région*, Lille : 4 novembre 1988, [<http://discours.vie-publique.fr/notices/883403200.html>].

guerres civiles voire des affrontements armés. Il s'agit d'une mesure de clémence, de rétablir l'unité de la société »<sup>1837</sup>.

Par sa jurisprudence, le Conseil a même validé le rôle de l'amnistie comme moyen d'apaisement. En effet, par une décision du 20 juillet 1988, le juge constitutionnel examina la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie<sup>1838</sup>. Il s'agissait d'une loi prise dans la ligne de la tradition des amnisties suivant une élection présidentielle. Dans cette décision, il a explicitement reconnu l'objectif recherché par le législateur dans l'adoption d'un oubli décrété en considérant que « c'est dans un souci d'apaisement politique ou social que le législateur recherche, par l'exercice de la compétence que la Constitution lui reconnaît en matière d'amnistie, l'oubli de certains faits et l'effacement de leur caractère répréhensible »<sup>1839</sup>.

De même, l'amnistie espagnole de 1977 est aussi souvent présentée comme exemple de mesure d'oubli ayant permis la transition. Après la mort du général Franco, le 20 novembre 1975, l'Espagne entra dans un processus de transition démocratique, laissant derrière elle trois ans de guerre civile, de 1936 à 1939, et plus de trente-six ans de dictature. Cependant, la consolidation de la démocratie et le désir de réconcilier la nation, exigeaient le dépassement des clivages entre républicains et franquistes et de la mémoire traumatique de la guerre civile<sup>1840</sup>. Cette volonté de tourner la page s'est traduite par l'approbation par un Parlement démocratiquement élu d'une loi d'amnistie<sup>1841</sup>.

Analysant la loi d'amnistie espagnole de 1977, l'historien S. JULIÁ, considère que les parlementaires de la transition n'étaient pas motivés par une volonté d'occulter le passé. Au contraire, ils ont affronté le passé, de façon consciente, pour après le laisser de côté afin de garantir la coexistence démocratique<sup>1842</sup>. Cet esprit fut même reconnu lors de l'adoption en 2007 de la Loi sur le mémoire historique<sup>1843</sup> qui, justement, cherchait à revenir sur certains

---

<sup>1837</sup> CC n° 2013-319 QCP du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*, texte du commentaire disponible à l'adresse [[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013319QPCccc\\_319qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013319QPCccc_319qpc.pdf)]

<sup>1838</sup> *JO* du 21 juillet 1988, p. 9429.

<sup>1839</sup> CC n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie, Rec.*, p. 119, *JO* du 21 juillet 1988, p. 9448, consid. 24.

<sup>1840</sup> Cf. D. ROZENBERG, « Le "Pacte d'oubli" de la transition démocratique en Espagne », *Politix*, n° 74, 2006, p. 173-188 et J. AROSTEGUI, « La mémoire de la guerre civile et du franquisme dans l'Espagne démocratique », *Vingt-tième siècle, revue d'histoire*, n°74, 2002, p. 31-42.

<sup>1841</sup> Loi 46/1977, du 15 de octobre 1977, *BOE* n°248, p 22765.

<sup>1842</sup> S. JULIÁ, « Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición », *Claves de la Razón Práctica*, n° 129, 2003, p. 14-24.

<sup>1843</sup> Ce titre est celui qui a été généralisé pour faire référence à la loi *pour que soient reconnus et étendus les droits et que soient établis des moyens en faveur de ceux qui ont souffert de persécution ou de violence durant la Guerre civile et la Dictature* [Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor

points de l'amnistie. De cette manière, l'exposé de motifs de cette loi débute par un hommage à la transition démocratique considérant que « L'esprit de conciliation et de concorde ainsi que le respect du pluralisme et la défense pacifique de toutes les idées, qui guida la transition, nous permit de nous doter d'une Constitution, celle de 1978, qui traduisit juridiquement la volonté de rencontre des espagnols, articulant un État social et démocratique avec une claire vocation pour l'intégration »<sup>1844</sup>.

De manière générale, les mesures d'amnistie qui ont été prises après une période de maturation permettant, au moins, l'émergence d'un récit social de la crise et sont analysées comme « l'aboutissement d'un débat public et politique sur les malheurs passés », sont considérées comme légitimes<sup>1845</sup>. Toutefois, face à une utilisation abusive de cet instrument en tant qu'outil d'occultation de la vérité sur les passés douloureux d'un pays ou comme mécanisme favorisant l'impunité de responsables de graves crimes, l'amnistie fait l'objet d'une profonde remise en question.

## (II) La remise en cause des oublis décrétés

La délégitimation du recours à l'amnistie en tant que mécanisme permettant de gérer de crises qui menacent l'unité nationale ou, de façon plus générale, l'ordre public, s'explique à la fois par sa banalisation, par un discrédit lié à une utilisation abusive et pour des raisons conjoncturelles (A). Cette remise en cause se manifeste à travers plusieurs mécanismes tant au niveau national qu'international (B).

### (A) *Les raisons du questionnement du recours aux amnisties politiques*

L'historienne S. WAHNICH, introduisant son étude sur l'amnistie dresse un bilan accablant : « Plus personne ne semble croire que l'amnistie comme processus politico-judiciaire puisse conduire à métaboliser socialement un traumatisme politique, conduire à

---

de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura], Loi n°52/2007 du 26 décembre 2007, *BOE* n°310 du 27 décembre 2007, p. 53410.

<sup>1844</sup> [El espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guió la Transición, nos permitió dotarnos de una Constitución, la de 1978, que tradujo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora].

<sup>1845</sup> S. WAHNICH, « Le débat sur les extradés italiens et le jeu de références historiques », *L'homme et la société* (numéro spécial : *Les territoires de l'amnistie*), 2006, p. 10.



mettre à distance rancœurs et rancunes, faire cesser l’empoisonnement du présent par le passé. Les amnisties historiques du XX<sup>e</sup> siècle comme “injustices instituées”, sont plutôt accusées aujourd’hui d’avoir été à la source de cet empoisonnement »<sup>1846</sup>. Les raisons du discrédit de cette institution sont diverses.

L’institution a été portée à la caricature avec le recours à des lois « auto-amnistiantes »<sup>1847</sup>, dont le décret-loi n° 2191 du 18 avril 1978 pris par la Junte militaire de PINOCHET au Chili est une claire illustration. Par ce décret, la Junte accorda l’amnistie pour tous les délits commis à partir du coup d’État du 11 septembre 1973. Elle fut ainsi interprétée comme un moyen de justifier le coup d’État et d’occulter la vérité sur les nombreux actes criminels commis par la Junte durant les premières années de la dictature.

De manière plus générale, les mesures d’amnistie qui n’ont pas été accompagnées d’une quelconque recherche des coupables ou de mise en place d’un récit des faits, sont souvent remises en question. C’est le cas des amnisties qui sont adoptées de manière immédiate, sans un véritable processus de réflexion. L’amnistie suppose que le cycle historique soit clos<sup>1848</sup>, il ne faut pas qu’elle soit perçue comme un moyen pour occulter un crime, ainsi elle ne doit pas être prématurée. Les mesures d’amnistie de la guerre d’Algérie, prévues dès les Accords d’Évian et postérieurement étendues et développées, sont considérées comme un exemple d’amnistie prématurée. En effet, si les différentes dispositions prises dès le début de la guerre avaient permis de juger les nationalistes algériens, les exactions commises par l’armée française et par l’Organisation de l’armée secrète (OAS), suspectés d’avoir eu recours à la torture, ne furent pas l’objet de procès<sup>1849</sup> et furent rapidement amnistiées notamment grâce aux décrets pris en 1962 qui prévoyaient non seulement l’amnistie de toutes les infractions commises « en vue de participer ou d’apporter une aide directe ou indirecte à l’insurrection algérienne » ainsi que toutes les infractions commises « dans le cadre d’entreprises tendant à modifier le régime politique de l’Algérie »<sup>1850</sup>, suivant les termes accordés par les deux parties

---

<sup>1846</sup> S. WAHNICH, « Introduction », *op. cit.*, p. 15.

<sup>1847</sup> L. JOINET, « L’amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 215.

<sup>1848</sup> S. WAHNICH, « Écrire l’histoire des violences politiques ou les amnistier » in *Une histoire politique de l’amnistie*, *op. cit.* p. 77.

<sup>1849</sup> V. S. THÉNAULT, R. BRANCHE, « L’impossible procès de la torture pendant la guerre d’Algérie » in M-O. BARUCH, V. DUCLERT, *Justice, politique et République. De l’affaire Dreyfus à la guerre d’Algérie*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Histoire du temps présent, 2002, p. 243-260.

<sup>1850</sup> Décret n° 62-327 du 22 mars 1962 *portant amnistie des infractions commises au titre de l’insurrection algérienne*, JO du 23 mars 1962, p. 3143.

au conflit, mais aussi des « infractions commises dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne »<sup>1851</sup>.

La remise en question de l'amnistie s'explique aussi par un retournement du jugement social à son égard. La clémence n'est plus conçue comme une valeur en soi et elle est concurrencée par une demande de vérité et de justice<sup>1852</sup>. En effet, une fois la crise surmontée ou la transition démocratique assurée et le régime stabilisé, nombreux sont les pays qui remettent en cause les lois d'amnistie. Au nom d'un droit à la vérité notamment développé par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH), l'oubli qui avait permis la transition est souvent dénoncé. Accusées d'avoir mis en place un régime d'impunité plus qu'une réconciliation, les lois d'amnistie sont critiquées. De même, cette remise en cause s'explique aussi par un recadrage dans la perception des périodes troubles de l'histoire nationale. La mémoire collective de ces événements se construit de plus en plus à partir de la perspective des victimes. La dichotomie alliés / ennemis est ainsi remplacée par la celle des victimes / bourreaux, ce qui conduit aussi à une modification de la perception de ce qui devrait être la « solution » à la crise. Celle-ci ne passe plus par la réintégration des anciens ennemis dans l'unité nationale, mais par la reconnaissance des droits des victimes. La prise de conscience de l'ampleur des crimes commis durant les grandes crises de l'histoire contemporaine conduit aussi vers l'idée qu'il existerait des crimes « inamnistiables ». Les crimes contre l'humanité, déjà considérés comme imprescriptibles, sont ainsi considérés comme la limite infranchissable de toute amnistie.

### *(B) Les modalités de la remise en cause des amnisties politiques*

La remise en cause de l'oubli décrété par le biais de l'amnistie se manifeste, notamment, par des mesures tendant à l'annulation des lois d'amnistie considérées comme illégitimes ou abusives et par l'affirmation d'un certain droit à la vérité et à la lutte contre l'impunité, notamment face aux crimes contre l'humanité.

#### *(a) Les lois d'amnisties et le contrôle de constitutionnalité*

De nombreuses lois d'amnistie adoptées en tant que mesures de transition démocratique furent postérieurement annulées. Ce fut le cas, par exemple, de l'Argentine. La transition de la

---

<sup>1851</sup> Décret n° 62-328 du 22 mars 1962 portant amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne, JO du 23 mars 1962, p. 3144.

<sup>1852</sup> S. WAHNICH, « La clémence est une idée neuve en Europe : amnisties », *L'homme et la société (numéro spécial : Les territoires de l'amnistie)*, 2006, p. 87.

dictature militaire<sup>1853</sup> fut assurée en partie grâce à deux lois d'amnistie : la loi du « Point final »<sup>1854</sup>, qui établissait la caducité pénale de tous « les délits liés à l'instauration de formes violentes d'action politique »<sup>1855</sup> durant la dictature militaire et la loi d'obéissance due<sup>1856</sup> qui mettait en place une présomption *iuris et de iure* selon laquelle tous les crimes commis par les membres des forces armées durant la dictature militaire devaient être considérés comme accomplis en vertu du principe d'obéissance due et par conséquent n'étaient pas punissables. Ces deux lois furent déclarées nulles par la loi n° 25.779 du 21 août 2003.

En effet, la remise en cause a souvent lieu grâce à une condamnation par le biais d'un contrôle de constitutionnalité<sup>1857</sup> qui confirme l'annulation législative ou qui annule par elle-même les lois considérées comme contraires à la Constitution. La Cour suprême argentine déclara ainsi inconstitutionnelles les deux lois d'amnistie prises par le président MENEM. Dans son arrêt du 14 juin 2005, elle considéra que « le développement progressif du droit international sur les droits de l'homme [...] n'autorise plus l'État à prendre des décisions [...] qui se traduisent par l'abandon des poursuites pénales de crimes contre l'humanité, dans la quête d'une coexistence sociale pacifique soutenue par l'oubli des faits de cette nature »<sup>1858</sup>. Ce considérant souligne bien le changement de paradigme. Le but n'est plus de garantir une coexistence pacifique par le biais de l'oubli mais de faire œuvre de justice par le biais d'une condamnation des responsables de la dictature.

Le parcours de la loi de caducité de l'action punitive de l'État<sup>1859</sup> en Uruguay est particulièrement représentatif de l'affrontement de ces deux paradigmes. Cette loi déclarait la caducité des actions contre les responsables militaires et de la police pour les exactions commises durant la dictature<sup>1860</sup>. Son annulation fut soumise à deux référendums en 1989 et 2009 lorsqu'une courte majorité décida de la maintenir, préférant ainsi l'oubli à la réouverture

---

<sup>1853</sup> Le « Processus de réorganisation nationale » [Proceso de reorganización nacional] fut le nom officiel de la dictature militaire argentine qui, dirigée par le général VIDAL, prit le pouvoir entre 1976 et 1983.

<sup>1854</sup> Loi n° 24.952 du 26 décembre 1986 [Ley de punto final].

<sup>1855</sup> [Se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983] (article 1<sup>er</sup>, alinéa 2).

<sup>1856</sup> Loi n° 23.521 du 4 juin 1987 [Ley de obediencia debida].

<sup>1857</sup> Dans la majorité des cas, à l'exception notable de la France, les lois d'amnistie sont analysées à la lumière des obligations internationales du pays. En effet dans la plupart des cas étudiés, les normes internationales sont considérées des normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

<sup>1858</sup> [La progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos [...] ya no autoriza al Estado a tomar decisiones [...] cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza] (CORTE SUPREMA (Argentine), 14 juin 2005, *Simón, Julio et autres*, n° 17.768, Cons. 14).

<sup>1859</sup> Loi n° 15.848 de décembre 1986 [Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado].

<sup>1860</sup> Le « Processus de reconstruction nationale » [Proceso de reconstrucción nacional] fut le nom officiel de la dictature militaire qui s'installe en Uruguay entre 1973-1985, dirigée par J. M. BORDABERRY.

des dossiers d'une période particulièrement douloureuse. La Cour suprême déclara en deux occasions, en 2009<sup>1861</sup> et 2010<sup>1862</sup>, cette loi contraire à la Constitution mais, s'agissant d'un contrôle concret, ces déclarations n'impliquaient pas la nullité de la loi. Par une loi n° 18.831 du 27 octobre 2011, la compétence pour connaître les crimes amnistiés fut rétablie, mais elle fut déclarée à son tour inconstitutionnelle par une décision de la Cour suprême de 2013<sup>1863</sup>.

De nombreux autres pays eurent recours à la voie du contrôle de constitutionnalité des lois en matière d'amnistie. Ce fut notamment le cas au Pérou<sup>1864</sup>, en Honduras<sup>1865</sup> ou à El Salvador<sup>1866</sup>. Au Chili, la Cour suprême n'annula pas le décret d'autoamnistie pris par la Junte militaire de PINOCHET<sup>1867</sup>, mais limita ses effets dans le temps<sup>1868</sup>.

La Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud se prononça aussi à plusieurs reprises sur la constitutionnalité des mesures d'amnistie prévues par les dispositifs de transition démocratique adoptées pour faire face à la fin de l'Apartheid. Par une première décision de 1996, elle considéra que ces dispositions étaient conformes à la Constitution<sup>1869</sup>. Toutefois, par deux décisions postérieures<sup>1870</sup>, elle limita les effets des amnisties afin de rétablir un équilibre en faveur des impératifs d'équité, du respect des droits des victimes et de l'accès à la vérité des faits concernant l'apartheid<sup>1871</sup>.

---

<sup>1861</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE (Uruguay), 19 octobre 2009, *Sabalsaragay Curutchet* [exception d'inconstitutionnalité], n° 365.

<sup>1862</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE (Uruguay), 29 octobre 2010, *Organisation des Droits de l'Homme* [exception d'inconstitutionnalité], n° 1525.

<sup>1863</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE (Uruguay), 25 novembre 2013, *AA y otros* [exception d'inconstitutionnalité], n° 567.

<sup>1864</sup> La loi d'amnistie n° 26.479 de 1995 couvrait les actes commis durant la « guerre sale » contre la guérilla de *Sendero Luminoso* et le Mouvement de *Tupac Amaru*. Mais la Cour suprême déclara la nullité *ab initio* de toute loi d'amnistie quand elle est dictée dans le but de garantir l'impunité de violations de droits de l'homme commises par des agents de l'État (TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL (Pérou), 2 mars 2007, *Santiago Martín*, [Recurso de agravio constitucional], n° 679-205-PA/TC, §60).

<sup>1865</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE (Honduras), 27 juin 2000, *Inconstitutionnalité des décrets n° 199-87 et 87-91, RI20-99*, par rapport aux lois d'amnistie prises dans le cadre du processus de paix initié par les Accords d'Esquipulas et Contadora.

<sup>1866</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE, CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE (El Salvador), 26 septembre 2000, n° 24-97/21-98 qui déclare inapplicable la Loi d'amnistie générale pour la consolidation de la paix dans le cas de violations graves aux droits de l'homme.

<sup>1867</sup> Décret-Loi n° 2.191 du 19 avril 1978.

<sup>1868</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE (Chili), 17 novembre 2004, *Miguel Angle Sandoval*, n° 2477.

<sup>1869</sup> COUR CONSTITUTIONNELLE (Afrique du Sud), 25 juillet 1996, *AZAPO et autres c. le Président de la République Sudafricaine et autres*, CCT 17/96.

<sup>1870</sup> Pour une analyse détaillée de ces décisions v. X. PHILIPPE, « L'amnistie devant le juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 225 et ss.

<sup>1871</sup> COUR CONSTITUTIONNELLE (Afrique du Sud), 18 août 2009, *Du Toit c. Ministère de la Sécurité et la Sûreté d'Afrique du Sud*, CCT 91/08 et 8 avril 2011, *The Citizen PTY c. Robert Mc Bride*, CCT 23/10.

De son côté, le Conseil constitutionnel français a examiné plusieurs lois d'amnistie dans le cadre du contrôle *a priori*. Il a ainsi déclaré contraires à la Constitution des dispositions ponctuelles de certains des dispositifs prévus par des lois d'amnistie, s'assurant ainsi de leur compatibilité avec les droits et libertés constitutionnels. Par exemple, il a considéré que le fait que les auteurs d'infractions puissent bénéficier d'un régime d'amnistie différent en fonction du territoire où les infractions furent commises, était contraire au principe d'égalité<sup>1872</sup>. Toutefois, il n'a pas remis en question le recours à cette mesure. Au contraire, comme il a déjà été précisé, il considère l'utilisation de cet instrument d'oubli décrété comme un moyen d'apaisement social.

*(b) L'émergence d'un droit à la vérité et du principe de lutte contre l'impunité en opposition à l'oubli décrété*

La remise en cause des lois d'amnistie est souvent inspirée par la jurisprudence du Système interaméricain de protection des droits de l'homme. En effet, la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme furent des pionniers dans la reconnaissance d'un *droit à la vérité* et dans la condamnation générale des lois d'amnistie qui couvrent des violations caractérisées des droits de l'homme. D'origine jurisprudentielle, le droit à la vérité a été dégagé dans des cas concernant des disparitions forcées durant les dictatures qui ont sévi dans le continent. Dans un premier temps, ce droit à la vérité avait une portée limitée puisqu'il s'appliquait seulement au droit des ascendants et descendants de connaître le sort de leurs proches<sup>1873</sup>. Par une interprétation évolutive, la Cour et la Commission considèrent que ce droit appartenait non seulement aux victimes et les membres de leurs familles mais aussi à la société dans son ensemble, prenant comme appui les articles 1, 8, 13 et 25 de la Convention américaine des droits de l'homme<sup>1874</sup>. La Cour considère que ce droit « collectif » à la vérité se justifie dans un but de prévention de la répétition des violations des droits de l'homme<sup>1875</sup>.

Dans ce cadre, la Cour a développé une jurisprudence sur l'incompatibilité des lois d'amnistie pour le cas de crimes contre l'humanité ou, plus largement, de violations graves de droits de l'homme. Un des cas les plus représentatifs est l'affaire *Barrios Altos c. le Pérou*, sur le massacre de quinze personnes après une action de la police intervenue dans le cadre des

---

<sup>1872</sup> CC n° 88-244 DC, *précitée*, consid. 6.

<sup>1873</sup> Cour IDH, 3 novembre 1997, *Castillo Páez c. Pérou*, Série C n° 34.

<sup>1874</sup> Article 1er relatif à l'obligation de respecter les droits, article 8 sur les garanties judiciaires, article 13 sur la liberté de pensée et d'expression et article 25 sur la protection judiciaire.

<sup>1875</sup> Cour IDH, 5 juillet 2004, *Comerciantes c. Colombie*, Série C n° 109, § 258-259.

opérations contre les guérilleros du Pérou. Ces actions étaient couvertes par la loi d'amnistie de 1995. Examinant le cas, la Cour considéra inadmissibles :

« les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent aux droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains »<sup>1876</sup>.

Elle déclara alors ces lois sans aucun effet. Elle se prononça dans des termes similaires sur des lois d'amnistie concernant le Chili<sup>1877</sup>, le Brésil<sup>1878</sup>, la Bolivie<sup>1879</sup>, l'Uruguay<sup>1880</sup> et El Salvador<sup>1881</sup>.

En Europe, la position de la Cour EDH en matière d'amnistie fut moins tranchante. Dans l'affaire *Abdulsamet Yaman c. Turquie*, la Cour considéra que, si un agent de l'État était responsable de crimes de torture ou de mauvais traitement « il est de la plus haute importance afin de garantir un “recours effectif” que des poursuites pénales et les condamnations ne soient pas forcloses et que l'octroi d'une amnistie ou d'une grâce ne soit pas autorisée »<sup>1882</sup>. Dans sa décision relative à l'affaire *Ould Dah c. France*, la Cour, à l'instar du Comité des droits de l'homme des Nations unies et du TPIY, considéra que l'amnistie était généralement incompatible avec l'obligation qui incombe aux États d'enquêter sur les actes de torture et qu'on ne pouvait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre les criminels en accordant l'impunité au travers d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusives au regard du droit international<sup>1883</sup>.

Toutefois, dans l'affaire *Margus c. Croatie*, la Cour de Strasbourg aligna sa jurisprudence sur celle de la Cour interaméricaine. Cette affaire était relative au cas d'un membre de l'armée croate qui avait été mis en examen pour plusieurs meurtres contre des civils pendant la guerre d'indépendance croate. En application d'une loi d'amnistie générale approuvée le 24 septembre 1996, le tribunal décida de mettre fin à la procédure contre le requérant. Cependant, en 2006, le requérant fut inculqué de plusieurs chefs de crimes de guerre contre la

---

<sup>1876</sup> Cour IDH, 14 mars 2001, *Barrios Altos c. le Pérou*, Série C n° 75, § 41.

<sup>1877</sup> Cour IDH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, Série C, n° 154.

<sup>1878</sup> Cour IDH, 30 mars 2010, *Gomes Lund et autres (Gerilha do Araguaia) c. Brésil*, Série C, n° 219.

<sup>1879</sup> Cour IDH, 1<sup>er</sup> septembre 2010, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivie*, Série C, n° 217.

<sup>1880</sup> Cour IDH, 24 février 2011, *Gelman c. Uruguay*, Série C, n° 221.

<sup>1881</sup> Cour IDH, 25 octobre 2012, *Massacres du Mozote et autres lieux c. El Salvador*, Série C, n° 252.

<sup>1882</sup> [It is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible] (Cour EDH, 2 novembre 2004, *Abdulsamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96, §55).

<sup>1883</sup> Cour EDH, 17 mars 2009, *Ould Dah c. France* (décision sur la recevabilité), n° 13113/03.

population civile. Le requérant considérait que cette condamnation était contraire au principe de *ne bis in idem*. Appliquant sa théorie de l'interprétation évolutive, la Cour a, à cette occasion, pris note des évolutions du droit international en considérant que « le droit international tend de plus en plus à considérer ces amnisties comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme. À supposer que les amnisties soient possibles lorsqu'elles s'accompagnent de circonstances particulières telles qu'un processus de réconciliation et/ou une forme de réparation pour les victimes, l'amnistie octroyée au requérant en l'espèce n'en resterait pas moins inacceptable puisque rien n'indique la présence de telles circonstances en l'espèce »<sup>1884</sup>. La Cour conclut que le deuxième procès ouvert contre le requérant n'était donc pas contraire au principe de *ne bis in idem*.

En droit international général, la condamnation des mesures d'amnistie s'insère dans une réflexion plus large sur l'impunité. Le *Rapport Joinet*, du nom du rapporteur de la Sous-Commission pour la prévention des discriminations et protection des minorités le 2 octobre 1997<sup>1885</sup>, énonçait un ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité. Parmi ces principes généraux, étaient inclus le droit à la justice, le droit à la réparation, le droit inaliénable à la vérité qui a comme corollaire un devoir de mémoire qu'il définit comme :

« La connaissance par un peuple de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine et, comme telle, doit être préservée par des mesures appropriées au nom du devoir incombant à l'État de conserver les archives et les autres éléments de preuve se rapportant aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et de contribuer à faire connaître ces violations. Ces mesures ont pour but de préserver de l'oubli la mémoire collective, notamment pour se prémunir contre le développement de thèse révisionnistes et négationnistes ».

Est alors amorcé le caractère collectif du droit à la vérité et son opposition à l'oubli dans le cadre de la construction de la mémoire collective. Le but des mesures proposées s'insérait dans la tendance du « plus jamais ça », d'éviter de répéter les erreurs du passé, notamment face à la montée du négationnisme de la Shoah dans certains pays.

En particulier sur l'amnistie, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU considéra dans son observation générale 20 sur l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et

---

<sup>1884</sup> Cour EDH, 27 mai 2014, *Margus c. Croatie*, n° 4455/10, §139.

<sup>1885</sup> ONU, COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, SOUS COMMISSION POUR LA PRÉVENTION DES DISCRIMINATIONS ET PROTECTION DES MINORITÉS, *Rapport sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme* (M. L. JOINET, rapporteur), 2 octobre 1997, ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (mis à jour le 8 février 2005 E/CN.4/2005/102/Add.1)

politiques que « L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes [en référence à la torture et aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] ; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible »<sup>1886</sup>. Cette position fut reprise par l'Assemblée générale qui se distancia peu à peu de son approche pragmatique et permissive pour considérer « que la responsabilité individuelle des auteurs de violations graves des droits de l'homme est l'un des éléments fondamentaux de tout recours effectif pour les victimes, la pierre angulaire de tout système judiciaire impartial et équitable et, en fin de compte, une condition essentielle de la réconciliation et de la stabilité dans un État »<sup>1887</sup>. De même, dans son *Rapport au Conseil de sécurité sur l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, le Secrétaire général des Nations Unies signalait que: « les accords de paix approuvés par les Nations Unies ne peu[ven]t jamais promettre des amnisties pour des crimes de génocide, de guerre ou de lèse-humanité ou pour des infractions graves contre les droits de l'homme [...] »<sup>1888</sup>.

La logique d'un *droit à la vérité* est aussi au centre des mécanismes de « justice transitionnelle », notamment dans la mise en place de commissions de vérité et de réconciliation<sup>1889</sup>. Ces commissions, de nature, en général, non-juridictionnelle<sup>1890</sup> tentent

<sup>1886</sup> ONU, COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, « Observation générale 20, article 7 », *Compilation des commentaires généraux et Recommandation générales adoptées par les organes des traités*, 1994, n° HRI/GEN/1/Rev. 1. Cette position a été reprise dans l'examen de plusieurs cas particuliers d'amnistie, par exemple pour le cas de la Croatie (COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observations finales : Croatie*, 30 avril 2001, CCPR/CO/71/HRV).

<sup>1887</sup> ONU, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, *Procès des Khmers rouges*, Résolution n° 57/228, 27 février 2003.

<sup>1888</sup> ONU, CONSEIL DE SÉCURITÉ, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (Rapport du Secrétaire général)*, Rapport S/2004/616, 23 août 2004.

<sup>1889</sup> Il est possible de recenser une vingtaine commissions mises en place depuis les années 1980 : la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas en Argentine (1984) ; la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación au Chili (1990) ; la Commission d'Enquête du Ministère Tchadien de la Justice sur les Crimes du Régime de Hissène Habré au Tchad (1991) ; la Comisión de la Verdad para El Salvador (1992) ; la Enquete-Kommission des 12. Deutschen Bundestages "Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland" en Allemagne (1992) ; la Comisión para el Esclarecimiento Histórico du Guatemala (1994) ; la Commission nationale de vérité et de justice à Haïti (1994) ; la Commission d'enquête de violations de droits de l'homme au Ouganda (1994) ; la Comisión de la Verdad en Équateur (1996) ; la Comisión de la Verdad y Reconciliación au Pérou (2000) ; la Truth and Reconciliation Commission de Sierra Leone (2000) ; la Commission vérité et Réconciliation en Corée du Sud (2000) ; la Comisión de la Verdad au Panamá (2001) ; la Comissão de Acolhimento, Verdade et Reconciliação au Timor Oriental (2001) ; la Truth and Reconciliation Commission à Grenade (2001) ; la National Reconciliation Commission au Ghana (2003) ; la Truth and Reconciliation Commission au Libéria (2003) et au Congo (2003) ; la Comisión Verdad y Justicia au Paraguay



d'accéder à un récit de la vérité sur les exactions commises par le régime antérieur « en se fondant sur le contexte politique, social et économique dans lequel les exactions ont été commises, bien plus que sur le processus de recherche de la vérité judiciaire »<sup>1891</sup> dans une quête de réconciliation.

Toutefois, il convient d'observer qu'à l'heure actuelle aucun traité international n'interdit expressément le recours à l'amnistie pour le cas de violations graves des droits de l'homme. Par rapport au *droit de l'Homme à la vérité*<sup>1892</sup> un seul instrument international le consacre explicitement dans sa composante individuelle : il s'agit de la *Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, adoptée en 2006 et qui prévoit dans son article 24 :

- « 2. Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout État partie prend les mesures appropriées à cet égard.
3. Tout État partie prend toutes les mesures appropriées pour la recherche, la localisation et la libération des personnes disparues et, en cas de décès, pour la localisation, le respect et la restitution de leurs restes ».

(c) *L'existence de crimes « inamnistiabiles »*

Pour le cas français, une des principales critiques des amnisties décrétées à la suite des guerres coloniales, était leur caractère général qui conduisait à amnistier des crimes très graves, qui pouvaient même être considérés comme des crimes contre l'humanité. Or, depuis le procès de Nuremberg, ces crimes sont considérés comme imprescriptibles. Pour certains commentateurs, cette imprescriptibilité impliquait l'impossibilité d'amnistier de crimes tels que ceux commis lors des guerres coloniales. Le Comité AUDIN<sup>1893</sup> essaya de défendre cette interprétation devant le Conseil d'État en déposant un recours contre les amnisties de la guerre d'Algérie, considérant qu'elles étaient contraires à un « principe de base du droit français qui veut que la torture soit un crime et les tortionnaires punis »<sup>1894</sup>. Toutefois, ce

---

(2003) l'Instance Équité et Réconciliation au Maroc (2004) ; la Truth and Reconciliation Commission en Indonésie (2004) ; la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en Colombie (2005) ; la Reconciliation and Unity Commission au Fidji (2005) ; la Truth, Justice and Reconciliation Commission au Kenya (2008) ; l'Indian Residential Schools Truth and Reconciliation Commission au Canada (2008) ; la Truth and Reconciliation Commission aux Îles Salomon (2009) ; la Comissão Nacional de Verdade au Brésil (2011) ; la Lessons Learnt and Reconciliation Commission au Sri Lanka (2011).

<sup>1890</sup> Pour une critique de la nature hybride de ces commissions et du manque de conceptualisation des outils développés avec ce nouveau modèle de gestion du passé v. S. LEFRANC, « La justice transitionnelle n'est pas un concept », *Mouvements*, 2008, n° 53, p. 61-69.

<sup>1891</sup> F. HOURQUEBIE, « La notion de "justice transitionnelle" a-t-elle un sens ? », *LPA*, n° 90, 2009, p. 6.

<sup>1892</sup> V. sur ce point O. DE FROUVILLE, « Le droit de l'homme à la vérité en droit international. A propos de quelques "considérations inactuelles" », in O. GUERRIER (dir.), *La vérité*, Publications de l'Université de Saint Etienne, Coll. Les colloques de l'Institut universitaire de France, 2013, p. 132-146.

recours ne prospéra pas. De même, les actions tendant à présenter devant la juridiction pénale certains responsables militaires suspectés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité pendant la guerre d'Algérie n'ont pas abouti<sup>1895</sup>.

En droit interne français, la définition des crimes contre l'humanité qui bénéficient de l'imprescriptibilité laisse un flou sur son applicabilité. En effet, l'article unique de la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité<sup>1896</sup> prévoit que « les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ». En vertu de cette définition, seuls les actes commis par les puissances de l'Axe ou leurs complices pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité et bénéficier du régime d'imprescriptibilité. Postérieurement, le nouveau code pénal de 1994 modifia et élargit la définition de crimes contre l'humanité qui bénéficient de l'imprescriptibilité de l'action et de la peine. Toutefois, eu égard à l'irrétroactivité de la loi pénale, des actes qui pourraient être jugés comme des crimes contre l'humanité commis avant cette date ne peuvent pas être considérés comme imprescriptibles, il y a donc une sorte de « blanc juridique »<sup>1897</sup> qui empêche les juges de remettre en cause l'amnistie des crimes contre l'humanité perpétrés durant les conflits coloniaux.

Ainsi, la Cour de cassation considère que les faits de violences commis en relation avec les événements d'Algérie, dès lors qu'ils ne sont pas susceptibles de constituer des génocides ou des crimes contre l'humanité, peuvent revêtir uniquement une qualification de droit commun et entrent en conséquence dans le champ d'application de la loi n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie<sup>1898</sup>. Une proposition de loi, présentée à l'Assemblée nationale par

---

<sup>1893</sup> Comité créé en 1958 et qui regroupe notamment des historiens, dont P. VIDAL-NAQUET ou M. OZOUF et qui cherchait à établir la vérité sur ce qui c'était passé durant la guerre d'Algérie. Il fut baptisé en honneur de M. AUDIN, militant de l'indépendance algérienne qui fut arrêté pendant la bataille d'Alger et mourut pendant sa captivité (v. P. VIDAL-NAQUET, *L'affaire Audin, 1957-1978*, Paris : Éd. de Minuit, 1989, 189 p.)

<sup>1894</sup> Cité par S. WAHNICH, « La clémence est une idée neuve en Europe : amnisties », *op. cit.*, p. 21.

<sup>1895</sup> V. S. GARIBIAN, « Qu'importe le cri, pourvu qu'il y ait l'oubli. Retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux crimes français commis en Algérie et en Indochine » in C. COQUIO (dir.), *Retours du colonial ? Disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale*, Nantes : L'Atalante, 2008, p. 129-146.

<sup>1896</sup> *JO* du 29 décembre 1964, p. 11788.

<sup>1897</sup> N. DREYFUS, J-L. CHALANSET, « Amnistie et imprescriptibilité. Entretien avec Alain Brossat et Olivier Le Cour Grandmaison », *Lignes*, n° 10, 2003, p. 67.

<sup>1898</sup> *Crim*, 30 mai 2000, n° 99-84024, *Bull. Crim*, n° 204. V. aussi *Crim.*, 17 juin 2003, n° 02-80719, *Bull. Crim* n° 122.

le député L. LUCA en 2005, proposait de compléter le code pénal, pour rendre inamnistiables les crimes contre l'humanité<sup>1899</sup>.

L'amnistie, qui se justifiait par la quête de l'unité nationale comme source de réconciliation après une période de crise, semble ne plus être une réponse adaptée pour la gestion des passés douloureux et pour la construction d'une mémoire apaisée. La recherche de références communes afin de permettre la reconstruction de la société sur de nouvelles bases s'effectue alors à travers des nouveaux instruments dont notamment les mesures de réparation, répondant ainsi à l'idée d'une justice « restorative »<sup>1900</sup>.

---

<sup>1899</sup> Proposition de loi visant à rendre inamnistiables les crimes contre l'humanité, n° 2500, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 juillet 2005.

<sup>1900</sup> A. GARAPON, « La justice comme reconnaissance », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 181.

## **Section 2. La réparation des préjudices de l'histoire**

Face à la multiplicité de mémoires coexistant au sein d'une même société et à la pléthore d'épisodes traumatiques dans l'histoire récente, un modèle manichéen de célébration des événements glorieux et d'oubli des épisodes douloureux ne permet plus d'organiser de façon adéquate le récit collectif officiel du passé. Se développe ainsi l'idée selon laquelle la gestion de ces périodes doit s'opérer grâce à des mesures de réparation. Pour A. GARAPON l'idée qu'il faut « réparer l'histoire » est l'aboutissement d'un processus qui impliqua le passage d'une quête de la criminalisation et de la réconciliation avec le passé vers une étape où « nous ne cherchons plus à réprimer quelques acteurs ou à réconcilier les peuples après une grave crise, mais nous prétendons *réparer* les crimes du passé »<sup>1901</sup>.

Les mesures de réparation, avant considérées comme un « aspect collatéral » deviennent alors un « axe fondamental de la reconstruction »<sup>1902</sup> pour faire face au passé. Elles illustrent la fonction réparatrice du droit, son rôle de rétablir le lien social brisé par les conflits armés, la dictature ou les crimes contre l'humanité. Cette fonction des réparations est mise en avant par le *Lexique pour la consolidation de la paix*, qui définit leur but en soulignant qu'elles « évitent la vengeance et favorisent la réconciliation. Elles brisent le cercle vicieux de la haine qui est souvent le germe du prochain conflit »<sup>1903</sup>. Elles ont donc une influence directe dans la perception des événements du passé et entraînent souvent leur relecture impliquant des mutations dans la mémoire officielle. Mais, en même temps, la mise en place de ces mesures de réparation est tributaire de la formation et de la manifestation d'autres mémoires collectives qui réclament alors la reconnaissance officielle de leur récit du passé, de leur statut de victimes.

Il est donc possible de constater l'apparition dans les discours politiques et juridiques d'expressions telles que « réparation de l'histoire »<sup>1904</sup>, « crimes de l'histoire »<sup>1905</sup> ou, plus

---

<sup>1901</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris : Odile Jacob, 2008, p. 11.

<sup>1902</sup> F. EWALD et al. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice (Actes du séminaire Risques, assurances, responsabilités)*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 242.

<sup>1903</sup> M. SASSOLI, « La réparation » in V. CHETAIL, *Lexique pour la consolidation de la paix*, Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 435.

<sup>1904</sup> A. GARAPON, *op. cit.*

<sup>1905</sup> L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (dir), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Buxelles : Éd. Bruylant / de l'Université de Bruxelles, 2004, 401 p.

généralement « préjudices de l’histoire »<sup>1906</sup> ou même « injustices historiques [*historical injustices*] »<sup>1907</sup> dans le contexte anglo-saxon. Toutefois, malgré le développement en nombre et en variété de ces mesures de réparation, il n’existe pas une définition ou une théorie qui permette de les systématiser. En particulier, l’idée que l’histoire peut être source de préjudices et la recherche de mécanismes permettant d’identifier des événements qui pourraient être source de préjudices s’avèrent problématiques.

Cependant, l’étude des différentes manifestations qui sont associées à cette notion permet de constater l’existence d’une nouvelle relation au passé qui se traduit, avant tout, par une demande sociale de reconnaissance, voire même de repentance, pour les torts de l’histoire à la fois ancienne et récente. Sans prétendre à l’exhaustivité, des exemples empruntés au cas français et au droit comparé permettent d’illustrer la difficulté de déterminer les éléments qui peuvent caractériser les préjudices de l’histoire (§1). Malgré le caractère flou de cette notion, elle a donné lieu à l’adoption de diverses mesures tant sur le plan pécuniaire que politique et symbolique pour essayer de réparer ou compenser les torts du passé (§2). Ces manifestations démontrent les mutations du rôle du droit dans l’organisation du passé.

### **§ 1. La définition problématique des préjudices de l’histoire**

Le principal problème pour l’analyse des réparations comme instrument juridique de gestion du passé réside dans la conceptualisation de la notion de « préjudices de l’histoire » et, plus précisément, dans la possibilité d’imputer des actions à l’histoire. En s’appuyant sur la polysémie du terme « histoire » en tant que suite d’événements passés et récit construit sur cette suite de récits (dans le sens d’une *historiographie*), le juge J. ADDA propose une double caractérisation des préjudices de l’histoire : d’un côté, en considérant l’histoire comme une suite d’événements, parler de « préjudices de l’histoire » implique de prendre en compte un certain éloignement dans le passé du fait générateur du préjudice. De l’autre côté, prenant l’histoire au sens d’historiographie, les « préjudices de l’histoire » impliquent « que le groupe qui a subi le préjudice et celui qui l’a infligé puissent s’accorder sur un “récit commun” de cette histoire (*historiography*), récit fondé sur des “valeurs communes” et donc mettant en

---

<sup>1906</sup> X. PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l’histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, 190 p.

<sup>1907</sup> E. A. POSNER, A. VERMEULE, « Reparations for Slavery and other historical injustices », *Columbia Law Review*, Vol. 103, 2003, p. 689-748.

commun les définitions des notions de préjudice et de fait générateur de la responsabilité »<sup>1908</sup>. Par conséquent, pour essayer d'analyser la notion de préjudices de l'histoire, il est nécessaire de s'intéresser, dans un premier temps, à la possibilité de considérer l'histoire comme fait générateur du préjudice (I) pour après s'interroger sur les sujets intervenant dans la mise en place du récit commun nécessaire pour la conceptualisation de ce préjudice : les responsables et les victimes de ce préjudice (II).

## (I) L'histoire comme source de préjudices

L'idée de réparer les préjudices de l'histoire est originellement liée aux préjudices de guerre. Le caractère extraordinaire de ces dommages impliqua la création et le développement de réponses juridiques particulières qui allaient servir de modèle à la réparation d'autres préjudices de nature comparable (A). En effet, sous la pression de revendications mémorielles de groupes très divers, la notion de préjudice et le droit corrélatif à une réparation furent étendus vers d'autres événements, donnant lieu à la notion de « préjudice de l'histoire », notion qui, malgré le développement de nombreux types de mesures visant à remplir ses fonctions, reste sans une définition univoque (B).

### (A) *Le modèle d'origine : les dommages de guerre*

Le terme « réparation » dans la langue courante et, surtout, dans le vocabulaire des historiens, est avant tout rattaché au problème des indemnités dues par l'État vaincu à l'État vainqueur d'un conflit armé. Il est, plus précisément, souvent associé aux indemnités versées par l'Allemagne aux pays vainqueurs de la Première Guerre mondiale<sup>1909</sup>. En effet, les conséquences des conflits armés et, tout particulièrement, des deux guerres mondiales, illustrent la nécessité de réparer les conséquences de faits extraordinaires, qui ne relèvent pas du fonctionnement normal de l'État et qui sont assimilables à des faits historiques.

---

<sup>1908</sup> J. ADDA, « L'indemnisation des spoliations dues aux législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation : limites et exemple d'une "réparation du préjudice de l'Histoire" », *Intervention lors du séminaire « Risques, assurances, responsabilité »*, Cour de cassation, 15 février 2007, synthétisée par A. GARAPON, G. HELLERINGER, « La réparation des préjudices de l'histoire » in F. EWALD et al. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice (Actes du séminaire Risques, assurances, responsabilités)*, op. cit. p. 262.

<sup>1909</sup> O. WIEVIORKA, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français » in X. PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, op. cit., p. 23.

S'agissant de conflits interétatiques, la question des réparations est premièrement abordée dans le cadre des négociations des armistices et des capitulations qui contiennent, en général, des dispositions sur les indemnités que les vaincus doivent payer aux vainqueurs. Par exemple, l'article 231 du traité de Versailles, signé le 28 juin 1919, déclara l'Allemagne « responsable, pour les avoir causés, de tous les dommages subis par les gouvernements alliés, par suite de la guerre qui leur avait été imposée par son agression »<sup>1910</sup> et mit en place une Commission des réparations qui était chargée d'évaluer le montant et établir les délais des indemnités et réparations dues par l'Allemagne. De même, la Seconde Guerre mondiale se solda par l'imposition d'une série d'indemnités et réparations aux puissances de l'Axe, en vertu des principes mis en place par les Accords de Postdam de 1945, qui prévoyaient dans leur chapitre IV « Conformément à la décision prise par la Conférence de Crimée suivant laquelle l'Allemagne sera contrainte de compenser, dans la plus grande mesure possible, les pertes et les souffrances qu'elle a causées aux Nations unies et à la responsabilité desquelles le peuple allemand ne peut échapper »<sup>1911</sup>. Cet accord avait la particularité de mettre en place non seulement une indemnité financière, mais aussi des réparations qui allaient être payées en nature et par le travail forcé.

Cependant, ces négociations ne permettaient pas de régler le problème du sort des victimes du conflit, qui réclamaient un droit à la réparation du préjudice subi du fait de la guerre. L'idée que les individus et, pas uniquement les États, pouvaient subir des préjudices du fait des guerres s'était développée, en France, dès la Révolution. En effet, dès 1792, un décret du 11 août réglait les indemnités à accorder aux citoyens qui avaient perdu, dans le cours de la guerre, tout ou partie de leurs propriétés, considérant que « si, dans une guerre dont l'objet est la conservation de la liberté, de l'indépendance et de la constitution française, tout citoyen doit à l'État le sacrifice de sa vie et de sa fortune, l'État doit à son tour protéger les citoyens qui se dévouent à sa défense, et venir au secours de ceux qui, dans les cas d'invasion ou de séjour passager de l'ennemi sur le territoire français, auraient perdu tout ou partie de leurs propriétés »<sup>1912</sup>. Toutefois, ces réparations se limitaient au préjudice matériel et

---

<sup>1910</sup> Traité signé entre d'une part, les États-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France, l'Italie et le Japon - Puissances, désignées dans le présent traité comme les principales puissances alliées et associées- la Belgique, la Bolivie, le Brésil, la Chine, Cuba, l'Équateur, la Grèce, le Guatemala, Haïti, l'Hedjaz, le Honduras, le Libéria, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, l'État serbe-croate-slovène, le Siam, la Tchécoslovaquie et l'Uruguay - Constituant avec les principales puissances ci-dessus les puissances alliées et associées - et, d'autre part, l'Allemagne, le 28 juin 1919 et qui mit fin à la Première Guerre mondiale, *JO* du 11 janvier 1920, p. 458 et ss.

<sup>1911</sup> Communiqué final de la Conférence de Postdam, tenue du 17 juillet au 2 août 1945.

<sup>1912</sup> *Recueil Duvergier*, 1834, Tome Quatrième, p. 283.

répondaient à une logique de « secours » au nom de la solidarité nationale plus que de réparations.

Le régime des réparations des dommages de guerre allait pourtant se définir après la Première Guerre mondiale. Deux caractéristiques de ce régime intéressent cette étude : le besoin de passer par des mesures législatives pour réparer ces préjudices et l'idée de réparer tout préjudice et pas seulement le préjudice matériel. Sur le premier point, la responsabilité de la puissance publique ne peut pas être engagée en cas de dommage de guerre qu'en vertu d'une législation spéciale<sup>1913</sup>. Ce recours à la législation spéciale marquerait le modèle de réparations pour les préjudices de guerre qu'il s'agisse du cas de la France ou à l'étranger.

La seconde caractéristique fut développée par un médecin militaire, C. VALENTINO, qui dénonçait :

« C'est justement parce que la réparation des blessures de guerre n'a jamais été fondée sur aucun droit que les indemnités n'ont jamais eu d'autre mesure que la générosité gouvernementale et n'ont cessé de varier selon l'état d'esprit des gouvernants et suivant les commodités financières ; depuis saint Louis jusqu'à nos jours, c'est la même histoire de continuel marchandage, de continuelles contradictions, de continuel flottement ; la réparation n'arrive pas à sortir du domaine de l'empirisme »<sup>1914</sup>.

L'auteur prônait ainsi la nécessité d'indemniser les préjudices subis par les hommes en sa personne et pas seulement en sa propriété. Cette idée fut reprise par la législation de l'après-guerre qui prévoyait non seulement la réparation intégrale des dommages matériels<sup>1915</sup>, mais ouvrait également la voie à l'octroi des pensions aux victimes militaires<sup>1916</sup> et civiles<sup>1917</sup> de la guerre. Ce dispositif législatif créa un précédent et « prépara l'État à appréhender la question des victimes de guerre en définissant et un cadre juridique et un ensemble de procédures »<sup>1918</sup>. L'importance des victimes civiles durant la Seconde Guerre mondiale fut aussi à l'origine

---

<sup>1913</sup> Cette jurisprudence remonte aux débuts du XIX<sup>e</sup> siècle et a été maintenue pour les différentes guerres : CE, 26 mars 1823, *Glairret* ou CE, 13 novembre 1946, *Legros, Leb.*, p. 269. V. aussi sur ce point, pour le contexte de la Première Guerre mondiale, L. MICHOU, « La jurisprudence administrative sur les dommages résultant des travaux publics et son application aux dommages de guerre », *RDP*, 1916, p. 181-205.

<sup>1914</sup> C. VALENTINO, *L'indemnisation des infirmités de guerre*, Paris : M. Girard & E. Brière éd., 1917, p. 2. Sur l'impact de la thèse de ce médecin v. O. WIEVIORKA, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français », p. 24.

<sup>1915</sup> Loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre.

<sup>1916</sup> Loi du 31 mars 1919 qui institua le droit à réparation pour les Anciens Combattants et Victimes de guerre, aussi connue comme la « Charte du combattant ».

<sup>1917</sup> Loi du 24 juin 1919 sur les réparations à accorder aux victimes civiles de la guerre. De même, la loi du 27 juillet 1917 créa le statut de « pupille de la Nation » reconnaissant ainsi les préjudices des familles des combattants.

<sup>1918</sup> O. WIEVIORKA, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français », *op. cit.*, p. 25.



d'une abondante législation en matière de réparation et d'indemnisation qui servirait de modèle pour la réparation d'autres préjudices de l'histoire.

*(B) L'émergence de la notion de « préjudices de l'histoire »*

Le réveil des consciences face à l'ampleur des crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale eut comme conséquence un changement de la relation des sociétés occidentales avec leur passé. La multiplication d'événements tragiques dans l'histoire contemporaine impliqua le fait que l'histoire n'est plus vue comme une source d'espoir mais, plutôt, comme génératrice de préjudices<sup>1919</sup>. C'est dans ce contexte qu'émerge la notion de « préjudice de l'histoire ». Cette notion est paradoxale, comme l'explique le professeur X. PHILIPPE, « s'il s'agit d'une notion intuitivement claire dans le langage courant, servant à désigner les conséquences des grandes catastrophes de l'humanité, pour l'historien comme pour le juriste il s'agit davantage d'une catégorie scientifiquement indéfinissable »<sup>1920</sup>.

La doctrine internationaliste a tenté de donner une définition par le biais de la notion de « crimes de l'histoire ». Une première approche définit ces derniers comme « les crimes ayant été commis dans un passé plus ou moins lointain et ayant marqué l'histoire, d'une certaine manière du fait de leur gravité notamment »<sup>1921</sup>. Trois éléments caractérisent alors le « crime de l'histoire »<sup>1922</sup>. Il s'agit premièrement d'un crime, notamment, d'un crime contre l'humanité. Deuxièmement, ce crime doit avoir marqué l'histoire. Se pose alors le problème de l'établissement de critères objectifs pour déterminer quel est le seuil d'impact pour considérer qu'un crime a marqué l'histoire. La troisième caractéristique signalée est celle d'avoir été perpétré dans le passé. Toutefois, cette définition, dans la mesure où elle se fonde sur un critère temporel reste assez floue, puisque qu'il est considéré que ce passé peut être récent ou lointain. Le recours à la notion de « crime de l'histoire » pose aussi le problème d'une restriction *a priori* de la notion à des conduites criminelles. Or, de l'étude des différentes manifestations de réparations, il est possible de constater que certaines de ces

---

<sup>1919</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah, op. cit.*, p. 9.

<sup>1920</sup> X. PHILIPPE, « Qu'est ce que la justice face aux "réparations" des préjudices de l'histoire ? », in *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée, op. cit.*, p. 13.

<sup>1921</sup> R. K. KOUDÉ, « Questionnements sur les "réparations" pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire ? », *RTDH*, 2006, p. 409.

<sup>1922</sup> J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, « La réparation des crimes de l'histoire : État et perspectives du droit international public contemporain », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice, op. cit.*, p. 40-41.

mesures n'ont pas forcément un crime comme fait générateur. C'est ainsi que, pour cette étude, la notion de « préjudice de l'histoire » est préférée à celle de « crime de l'histoire ».

Par rapport à la notion de « préjudice de l'histoire », la doctrine a aussi tenté de délimiter certains de ses éléments constitutifs<sup>1923</sup>. Pour parler de « préjudice de l'histoire », il faut donc un fait générateur identifiable situé dans le passé, un consensus sur le caractère historique de ce fait, une entité qui assume la responsabilité, une entité ayant le caractère de victime ou d'ayant-droit et, finalement, l'existence d'un préjudice identifiable. Malgré le fait qu'il puise ses racines du passé, il est nécessaire que ce préjudice présente des conséquences qui se fassent ressentir de nos jours et qui soient susceptibles de faire l'objet d'une réparation<sup>1924</sup>.

Dans la détermination des faits qui sont à l'origine des « préjudices de l'histoire » il convient aussi de distinguer entre les préjudices *dans* l'histoire, des préjudices *de* l'histoire<sup>1925</sup>. Dans le premier cas, le préjudice est né d'un fait identifiable et distinct dans l'histoire, par exemple, l'internement des juifs dans les camps de concentration. Dans l'autre cas il s'agit plutôt d'une multitude de faits qui s'enchaînent, et qui peuvent s'étendre dans un laps plus ou moins long. C'est le cas notamment de l'esclavage ou de la colonisation. Cette différence implique un traitement distinct, ainsi « dans le premier cas, la justice cherche à réparer les effets indésirables de faits annexes à l'histoire, dans l'autre, elle est enrôlée dans un acte de rébellion contre l'histoire »<sup>1926</sup>.

Ce qui distingue donc les préjudices de l'histoire des autres préjudices est la qualification de leur fait générateur d'historique. Or, cette qualification génère un double problème. D'un côté la qualification d'un fait d'historique n'est pas une activité usuelle pour le juriste ; s'il peut, en effet, prendre en compte le contexte historique de l'événement en cause, il n'est pas compétent pour imposer une qualification historique, ce qui relève, avant tout, du travail de l'historien. D'un autre côté, même pour l'historien, la qualification d'un fait d' « historique » ne peut pas être exempte de subjectivité. L'historien P. VEYNE rappelle, en effet, qu'il n'y a pas de critère objectif qui permette de déterminer une nature particulière qui donnerait à un fait son caractère historique. Il considère qu'« il est impossible de décider qu'un fait est

---

<sup>1923</sup> J. ADDA, « L'indemnisation des spoliations dues aux législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation : limites et exemple d'une "réparation du préjudice de l'Histoire" », *op. cit.*, p. 264.

<sup>1924</sup> L. CONDORELLI, « Conclusions générales », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *op. cit.* p. 294.

<sup>1925</sup> Distinction développée par A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, *op. cit.*, p. 156-157.

<sup>1926</sup> *Loc. cit.*

historique et qu'un autre est une anecdote digne d'oubli, parce que tout fait entre dans une série et n'a d'importance relative que dans sa série »<sup>1927</sup>. La qualification d'un événement « d'historique » obéit à des règles critiques<sup>1928</sup>, mais elle reste tout de même un choix. Par conséquent, dans la détermination du « préjudice historique » il est nécessaire que les différents acteurs se mettent d'accord sur cette qualification ou, tout au moins, sur le fait que les événements méritent d'être à l'origine de mesures de réparation.

Il est donc possible de retrouver un nouveau lien entre les réparations et la construction d'un récit commun sur le passé : le choix d'un épisode qui doit donner lieu à des réparations, implique déjà de reconnaître cet épisode comme une composante de la mémoire collective. Par conséquent, la condition nécessaire à la prise de conscience, tantôt individuelle, tantôt collective, d'un préjudice de l'histoire est bien l'existence de son récit qui permet de le percevoir et de le qualifier dans sa différence d'avec les autres préjudices<sup>1929</sup>.

Cette détermination des événements « historiques » n'est toutefois pas nécessairement l'œuvre des historiens. En général, la détermination des préjudices de l'histoire qui méritent d'être réparés est souvent le résultat de l'activisme mémoriel de certains groupes. Parmi les différents récits du passé qui coexistent au sein d'une même société ce sont en général les récits véhiculés par des acteurs mémoriels actifs, telles les associations de victimes, d'anciens combattants ou des ONG, qui auraient la plus grande influence en la matière<sup>1930</sup>.

Il convient donc de s'interroger sur les événements qui ont fait l'objet d'un consensus en tant qu'événements à l'origine d'un préjudice de l'histoire. Sans conteste, l'événement matriciel fut la Shoah. En effet, si de nombreuses mesures de réparation furent prises dans l'immédiat après guerre, elles concernaient avant tout les combattants et les résistants. En particulier, du fait d'une tendance qui reconnaissait une prééminence à l'aspect militaire du conflit, la particularité du sort des déportés raciaux fut longtemps occultée ou minimisée, ainsi « les pouvoirs publics, de fait, tendirent en France comme à l'étranger à proposer une lecture principalement militaire et guerrière de la résistance, vision qui excluait de son spectre la

---

<sup>1927</sup> P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire* (1971), Paris : Seuil, Coll. Points histoire, 1996, p. 37.

<sup>1928</sup> L'historien A. PROST rappelle ainsi que le fait historique « n'est rien d'autre que le résultat d'un raisonnement à partir de traces suivant de règles de la critique » (A. PROST, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris : Seuil, Coll. Points histoire, 1996, p. 70).

<sup>1929</sup> V. NAHOUM-GRAPPE, « Vertige de l'impunité ou l'impasse du rêve de justice » in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 19.

<sup>1930</sup> V. notamment les chapitre « Les nouveaux visages de la gouvernance mémorielle » in .MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*. Paris : PUF, 2010, p.169-178.

résistance civile ». De plus, « les textes définissant le statut des déportés et internés ne distinguent pas les lieux d'internement. La spécificité des camps d'extermination n'est donc pas reconnue »<sup>1931</sup>. Toutefois, à partir des années 1970, il est possible de constater un véritable « réveil de la communauté juive »<sup>1932</sup> liée à la guerre des Six Jours qui se traduit en une multiplication des actions mémorielles et de demandes de réparations véhiculées par différentes associations et lobbys. Le succès de ces actions et la multiplication de mesures de réparation en faveur des victimes de la Shoah servit d'exemple pour d'autres groupes qui réclamaient aussi la reconnaissance de leur statut de victime et la réparation des préjudices liés à ce statut.

Des actions sont ainsi menées pour reconnaître des préjudices ayant leur origine dans des événements historiques très variés. Face à l'impossibilité de faire un inventaire exhaustif, deux exemples permettent d'illustrer cette hétérogénéité. Dans les pays de la première vague de colonisation européenne au XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle, les autochtones avaient fait l'objet de mesures de spoliation, notamment en application de la doctrine de *terra nullis*. Les terres du « Nouveau Monde » avaient été considérées comme n'appartenant à personne, ignorant ainsi les titres que les populations autochtones pouvaient avoir. Plusieurs siècles après les faits, de mesures de réparation de ce préjudice de l'histoire furent mises en place pour restituer des terres aux descendants de ces populations autochtones. Par exemple, un programme de réparations fut créé par le Congrès américain en 1946. Le but de cette *Indian Claims Commission* était double : le gouvernement américain cherchait, d'un côté, à remercier les amérindiens pour les services rendus à l'armée américaine durant la Seconde Guerre mondiale et, d'un autre côté, à reconnaître l'injustice d'une politique qui, à son époque, était légale<sup>1933</sup>. En Australie, le problème de la spoliation des terres des autochtones fut aussi l'objet de mesures de réparation dont le point de départ fut la décision de justice *Mabo v. Queensland*, qui mit fin à la théorie de *terra nullis* et reconnut la valeur juridique des titres de propriété des aborigènes<sup>1934</sup>.

---

<sup>1931</sup> O. WIEVIORKA, *La mémoire désunie. Le souvenir politique des années sombres, de la Libération à nos jours*, Paris : Seuil, 2010, p. 73.

<sup>1932</sup> O. WIEVIORKA, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français », *op. cit.*, p. 27.

<sup>1933</sup> V. sur ces points H. D. ROSENTHAL, *Their day in court : a history of the Indian Claims Commission*, New York : Garland, 1990, 310 p.

<sup>1934</sup> HAUTE COUR DE JUSTICE [High Court of Justice] (Australie), 3 juin 1992, *Mabo et autres c. Queensland*, (1992) 175 CLR 1.

Pour le cas français, dans le cadre complexe des relations entre les collectivités territoriales d'outre-mer et la France métropolitaine, des députés et des associations réclamaient des réparations en faveur des descendants des victimes de la traite et de l'esclavage qui avaient sévit en France du XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'en 1848 et qui avaient particulièrement touché ces territoires. En réponse à ces demandes, C. TAUBIRA, à l'époque députée de la Guyane, présenta une proposition de loi *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*. Ce projet mettait en place plusieurs mesures de réparation. En particulier, l'article 5 prévoyait la mise en place d'un « comité de personnalités qualifiées chargées de déterminer le préjudice subi et d'examiner les conditions de réparation due au titre de ce crime ». Si cet article fut abandonné lors de la discussion parlementaire, la proposition de loi votée contenait, malgré tout, des dispositions de réparation symbolique dont, notamment, la reconnaissance officielle de la traite négrière comme crime contre l'humanité et la mise en place d'un comité « chargé de proposer sur l'ensemble du territoire national, des lieux et des actions qui garantissent la pérennité de la mémoire de ce crime à travers les générations »<sup>1935</sup>.

Ces deux exemples démontrent la diversité des faits générateurs des préjudices de l'histoire, qui semblent ne pas connaître des bornes temporelles. Toutefois, le choix de réparer des événements si lointains pose le problème de la détermination des sujets des préjudices de l'histoire.

## (II) À la recherche des acteurs du préjudice de l'histoire

À la multiplicité d'événements qui peuvent être à l'origine de préjudices de l'histoire, s'unit la problématique de l'identification des acteurs impliqués auxdits événements. En effet, en raison du temps écoulé, les sujets qui peuvent réclamer la réparation ou être tenus pour responsables des préjudices de l'histoire ne sont ni les personnes qui sont à l'origine du dommage, ni les victimes directes des actions de ces deniers, ce qui pose le problème d'une éventuelle transmission de la faute et de la créance. En effet, comme l'expliquent les professeurs E. POSNER et A. VERMULE, ce type de préjudices impliquent une triple relation entre les acteurs : une relation entre celui qui est à l'origine du préjudice et sa victime directe,

---

<sup>1935</sup> 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*, JO du 23 mai 2001, p. 8175.

une relation entre celui qui est à l'origine du préjudice et celui auquel ce préjudice peut être imputé et, finalement, la relation entre la victime originale et les bénéficiaires potentiels des mesures de réparation<sup>1936</sup>.

Pour ce qui est de la responsabilité, les préjudices de l'histoire sont généralement imputés à l'État puisque, de manière générale, ils sont la conséquence d'actions ou d'omissions étatiques. Toutefois il est possible de constater une certaine évolution tantôt dans la conception de la responsabilité de l'État tantôt dans la possibilité d'engager la responsabilité d'autres acteurs (A). De même, du côté des victimes, il est possible de constater un certain phénomène de collectivisation<sup>1937</sup>. En l'absence des personnes directement concernées par la faute du fait de la distance temporelle, les destinataires de mesures de réparations tendent à être de plus en plus des collectivités, qu'il s'agisse de la société dans son ensemble ou des groupes formés à l'intérieur de celle-ci (B).

#### *(A) L'évolution de la conception de la responsabilité pour les préjudices de l'histoire*

En vertu du principe de continuité de l'État, tout régime hérite les obligations du régime antérieur. Ce principe est fondamental en matière de réparation des préjudices de l'histoire qui, de façon générale, sont le fruit d'une politique étatique souvent menée par un régime qui ne se trouve plus au pouvoir. En effet, l'existence même d'un préjudice de l'histoire implique que les victimes n'ont pas eu l'occasion d'exiger sa réparation à son auteur ou responsable direct, soit parce que le fait à l'origine du préjudice n'était pas considéré, à l'époque de sa commission, comme illégal, soit parce que la victime n'était pas reconnue comme telle, soit parce que l'auteur du préjudice n'était pas reconnu comme responsable. Le principe de continuité de l'État permet ainsi « de réparer les préjudices causés aux victimes qui, elles, n'ont pas eu le choix, et ne peuvent pas faire autrement que s'adresser au régime politique succédant au régime les ayant opprimés »<sup>1938</sup>.

L'imputabilité de la responsabilité pour les préjudices de l'histoire à l'État peut être envisagée depuis l'angle du droit international ou dans une perspective interne. La perspective du droit international présente l'avantage de pouvoir s'appuyer sur deux principes généraux

---

<sup>1936</sup> E. POSNER, A. VERMULE, « Reparations for slavery and other historical injustices », *op. cit.*, p. 698.

<sup>1937</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Une responsabilité individuelle collectivement assumée ou une responsabilité collective ? », in X. PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>1938</sup> O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome I, Paris : Dalloz, Coll. Traité Dalloz, 2011, p. 262.

qui s'avèrent particulièrement utiles dans le cadre d'une recherche de responsables de préjudices qui remontent dans le passé plus ou moins lointain : le principe de continuité de l'État précité et le principe selon lequel un État ne peut pas se prévaloir des dispositions de droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations internationales. De plus, le droit international « constitue un ordre juridique qui engage l'ensemble de la communauté internationale et qui en principe est doté de la légitimité nécessaire pour que le sujet responsable accepte les obligations qui lui sont imputées en conséquence des événements du passé »<sup>1939</sup>.

Toutefois le recours à la responsabilité étatique internationale peut s'avérer problématique eu égard aux conditions de compétence *ratione temporis* des Cours internationales et à l'application de la règle de l'inter-temporalité. En effet, en vertu de la règle de non rétroactivité des traités internationaux, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité. De plus, les cours internationales ont une compétence limitée dans le temps, qui ne leur permet pas de connaître de faits anciens qualifiables d'historiques. Pour qu'un préjudice de l'histoire donne lieu à une responsabilité étatique internationale il faut donc que l'acte à l'origine du préjudice soit considéré comme un fait internationalement illicite, en vertu d'un traité ou de la coutume internationale, et qu'il entre dans le cadre de la compétence d'une cour internationale qui puisse en imputer la responsabilité à un État<sup>1940</sup>. De même, la règle de l'inter-temporalité implique que les situations ou actes juridiques ne peuvent être appréciés que sur la base de normes de droit qui lui sont contemporaines, ce qui peut s'avérer problématique pour le cas des préjudices de l'histoire qui trouvent leur origine dans des pratiques qui étaient, à l'époque de leur commission, légales.

Face à ces difficultés, l'engagement de la responsabilité de l'État peut être aussi envisagé au niveau interne. Toutefois, l'exemple du cas de la France et le problème de l'imputabilité des dommages liés à la déportation, démontre que la détermination des responsables des préjudices de l'histoire en droit interne n'est pas exempte de controverses. En effet,

---

<sup>1939</sup> J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, « La réparation des crimes de l'histoire : État et perspectives du droit international public contemporain », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, op. cit., p. 43.

<sup>1940</sup> Afin de donner plus d'unité et de cohérence, la Commission du droit international de l'ONU élabore un projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, afin de codifier les règles fondamentales secondaires (de procédure) relatives à la mise en œuvre de cette responsabilité devant les instances internationales (ONU, COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », adopté par l'Assemblée générale par la résolution 56/83 du 12 décembre 2001). Toutefois, il ne s'agit pas d'un instrument contraignant.

l'imputation de la responsabilité des préjudices liés à la Shoah doit, dans le cas français, faire face à deux obstacles principaux<sup>1941</sup>. Le premier tient au rôle de l'occupant allemand. En effet, de nombreuses actions menées à l'encontre de la population juive en France étaient une conséquence directe des ordres de l'occupant non imputables à l'État français<sup>1942</sup>. Cette généralisation fut néanmoins démentie par des recherches historiques qui démontrèrent que de nombreuses actions, à l'origine de fautes et de dommages, ne résultaient pas directement de la contrainte de l'occupant et pouvaient être rattachées directement à l'État français.

L'imputation de la responsabilité de l'État devait cependant franchir un deuxième obstacle, celui de l'interprétation de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, selon laquelle la déclaration de nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » impliquait, entre le régime de Vichy et les régimes postérieurs, une « discontinuité radicale »<sup>1943</sup> qui justifiait une rupture du principe de la continuité de l'État. Cette interprétation<sup>1944</sup>, soutenue par les discours politiques, fut confortée par la jurisprudence du Conseil d'État qui, par deux arrêts de 1952, exposa sa position de principe en la matière et considéra que tout engagement de la responsabilité pour faute de l'État du fait des actes commis par l'administration française sous l'égide du gouvernement de Vichy était exclue<sup>1945</sup>. Toutefois, cette position s'est trouvée, par la suite, en contradiction avec l'évolution des recherches historiques et en opposition avec la constatation de la continuité existante, en droit et en fait, entre l'État républicain et le régime de Vichy.

L'arrêt Papon de 2002, prononcé dans les sillages du discours du président J. CHIRAC reconnaissant la responsabilité de l'État français dans la rafle du Vélodrome d'hiver du 16 juillet 1942<sup>1946</sup>, renversa cette jurisprudence, et admit explicitement la responsabilité de l'État pour des faits imputables au gouvernement de Vichy<sup>1947</sup>, solution qui fut confirmée et étendue

---

<sup>1941</sup> Est suivie ici l'analyse développée par M. VERPEAUX, « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, 2003, p. 514.

<sup>1942</sup> Le Conseil d'État affirma ainsi qu' « un agissement dommageable, commis sous les ordres et l'autorité des forces d'occupation allemande ne pouvait entraîner la responsabilité de l'État français » (CE, 12 novembre 1946, *Sieur Quin, Leb.*, p. 427).

<sup>1943</sup> O. BEAUD, « L'État », *op. cit.*, p. 253.

<sup>1944</sup> Pour la portée de cette ordonnance v. la thèse de référence d'E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, 665 p.

<sup>1945</sup> CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud, Leb.*, p. 14 et CE, sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise, Leb.*, p. 401.

<sup>1946</sup> J. CHIRAC, *Allocution du Président de la République, prononcée lors des cérémonies commémorant la grande rafle des 16 et 17 juillet 1942*, Paris, 15 juillet 1995 [<http://www.jacqueschirac-asso.fr/fr/wp-content/uploads/2011/02/Allocution-Vel-dhiv.pdf>].

<sup>1947</sup> CE Ass., 12 avril 2002, *Papon*, n° 238689, *Leb.*, p. 139.



à l'ensemble des actes et agissements antisémites de Vichy par l'avis contentieux *Hoffman-Glemane*<sup>1948</sup>. En consacrant cette responsabilité, le Conseil d'État rejeta l'interprétation de la discontinuité étatique, sans pour autant admettre explicitement le principe de la continuité de l'État pour la période de Vichy. Le juge de première instance, par contre et dès 2002, avait considéré explicitement « qu'en raison du principe de la continuité de l'État, la nature de son régime institutionnel et de ses fluctuations au cours de l'histoire ne saurait interrompre sa permanence ou sa pérennité ; que l'État républicain instauré par la Constitution du 4 octobre 1958 doit assumer la totalité de l'héritage de ses prédécesseurs »<sup>1949</sup>.

Le lien entre les préjudices de l'histoire et les politiques étatiques n'exclut pas pour autant la possibilité d'engager la responsabilité de sujets autres que l'État. Toujours dans le cadre des préjudices nés de la Déportation, la responsabilité d'entreprises qui participèrent ou bénéficièrent des agissements du III<sup>e</sup> Reich à l'encontre de juifs peut être ainsi mise en cause. Par exemple, la responsabilité de la compagnie des chemins de fer française dans le transport des déportés vers les camps de concentration fut recherchée tant au niveau national qu'international.

Au niveau national, en 2001, les frères LIPIETZ portèrent plainte contre l'État et la SNCF en demandant une indemnisation pour les dommages causés par leur arrestation arbitraire et leur transport vers le camp de Drancy dans des conditions inhumaines. Le tribunal administratif de Toulouse fit partiellement droit à leurs demandes, en reconnaissant la responsabilité de la SNCF et en considérant que les agissements de la société de chemins de fer n'étaient pas contraints par l'occupant et, par conséquent, qu'ils présentaient un caractère fautif engageant la responsabilité pleine et entière de la SNCF<sup>1950</sup>. Toutefois, après un appel de la SNCF, la Cour administrative d'appel de Bordeaux conclut que la juridiction administrative n'était pas compétente pour connaître de l'action en responsabilité dirigée contre la SNCF, considérant qu'il s'agissait d'une personne morale de droit privé qui ne pouvait pas être regardée, par les prestations requises et qui étaient l'objet du litige, comme ayant assuré l'exécution d'un service public administratif ni comme ayant exercé des prérogatives de puissance publique<sup>1951</sup>. Cette solution fut confirmée par le Conseil d'État<sup>1952</sup>.

---

<sup>1948</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*, n° 315499, *Leb.*, p. 43.

<sup>1949</sup> TA Paris, 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés, et internés, résistants et patriotes*, n° 0002976/5, *Leb.* p. 537.

<sup>1950</sup> TA Toulouse, 6 juin 2006, *Consorts Lipietz*, RDP n°6, 2006, p. 1715.

<sup>1951</sup> CAA Bordeaux, 27 mars 2007, *SNCF c. G. Lipietz*, n° 06BX01570.

<sup>1952</sup> CE, 21 décembre 2007, *Mme Collette Lipietz et autres*, n° 305966, *Leb.*, p. 540.

La responsabilité de la SNCF fut aussi recherchée à l'étranger par le biais de deux actions collectives aux États Unis. Elles furent néanmoins rejetées en application du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) qui permet à une entreprise en situation de monopole d'État de bénéficier de l'immunité réservée par la loi américaine aux États étrangers<sup>1953</sup>. Face à l'impossibilité d'avoir recours à un procès ordinaire, un projet de loi fut présenté au Congrès en 2013, le *Holocaust Rail Justice Act*, afin de « s'assurer que les tribunaux des États-Unis puissent offrir une tribune impartiale pour les allégations formulées par les citoyens des États-Unis et autres États contre toute compagnie de chemin de fer, pour ces actions impliquant la déportation de citoyens américains et d'autres États vers de camps de concentrations nazis »<sup>1954</sup>. Le recours à une législation spéciale démontre non seulement la difficulté de reconnaître en justice la responsabilité pour les préjudices de l'histoire, mais aussi l'inadéquation des moyens juridiques ordinaires en soulignant l'importance de la volonté politique pour impulser des nouveaux remèdes juridiques.

### (B) *La difficile détermination des victimes*

La détermination des victimes est une des opérations les plus délicates dans le cadre du processus de réparation des préjudices de l'histoire. En effet, la reconnaissance du statut de victime est un des buts principaux de ceux qui réclament une telle réparation. Toutefois, l'écoulement du temps rend l'identification des victimes de plus en plus difficile. De manière générale, les victimes d'un préjudice sont les personnes qui en subissent directement les conséquences. Des mesures peuvent être aussi prises pour étendre les bénéfices de la réparation à leur famille ou à leurs ayants-droit, par exemple, par le biais du versement de pensions, comme ce fut le cas des pensions en faveur des orphelins ou les conjoints des personnes décédées à la suite de la déportation vers les camps de concentration<sup>1955</sup>. Cependant, l'identification des victimes devient plus difficile quand il s'agit de préjudices

---

<sup>1953</sup> US DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF NEW YORK, 5 novembre 2001, *Abrams v. SNCF*, revu en appel par US COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT COURT, 13 juin 2003, *Abrams v. SNCF*, renvoyé au juge de première instance US COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, 9 Nov 2004, *Abrams v. SNCF*. La deuxième class action fut rejetée dès la première instance US COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, 7 Sep 2010, *Freund v. SNCF*.

<sup>1954</sup> [To ensure that the courts of the United States may provide an impartial forum for claims brought by United States citizens and others against any railroad organized as a separate legal entity, arising from the deportation of United States citizens and others to Nazi concentration camps on trains owned or operated by such railroad, and by the heirs and survivors of such persons, and for other purposes] (*Holocaust Rail Justice Act*, H.R. 1505, présentée le 11 avril 2013).

<sup>1955</sup> Par exemple, le décret n° 2000-657 du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites, *JO* du 14 juillet 2000, p. 10838 complété par le décret n° 2004-751 du 27 juillet 2004 instituant une aide financière en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la Deuxième guerre mondiale, *JO* du 29 juillet 2004, p. 13508.

anciens qui remontent à plusieurs générations. Les professeurs E. POSNER et A. VERMULE, résument ce problème en considérant :

« Le problème n'est pas seulement celui de l'excavation du dossier historique et le traçage des généalogies. Ce problème peut, en principe, être résolu simplement en insistant sur le fait que les demandeurs portent une charge de la preuve ou, à défaut, en faisant appel à des généralisations, en prenant en compte, par exemple, le critère de race pour le cas de l'esclavage. Le problème le plus difficile est constaté lorsque le préjudice se produit sur une grande échelle, et les bourreaux et les victimes ainsi que leur descendance peuvent se mêler. Ainsi, le descendant d'une victime peut donc être aussi le descendant d'un bourreau »<sup>1956</sup>.

Le cas des préjudices causés du fait de l'esclavage démontre très précisément les difficultés de la détermination des victimes d'un préjudice qui remonte à plusieurs siècles dans l'histoire. Le législateur peut prendre des mesures pour essayer de simplifier la reconnaissance des ayants-droit, par exemple, en octroyant les réparations non pas à des individus précis, mais à des associations. Par exemple, la loi Taubira modifia l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour permettre à toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui a comme objectif, d'après ses statuts, de défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants, d'exercer les droits reconnus à la partie civile en matière de certaines infractions à la loi sur la presse<sup>1957</sup>.

Les associations peuvent aussi faire office d'intermédiaires. Dans le cas du procès intenté à l'encontre de certaines banques suisses, concernant les fonds en déshérence réclamés par les héritiers des victimes de la Shoah, ces derniers étaient représentés par le Congrès juif mondial qui, une fois l'accord global négocié avec les banques suisses, se chargea de la répartition des fonds par le biais d'un tribunal arbitral<sup>1958</sup>.

---

<sup>1956</sup> [The identification of beneficiaries becomes increasingly difficult with the passage of time. The problem is not just that of excavating the historical record and tracing genealogies. This problem can, in principle, be solved simply by insisting that claimants carry a burden of proof or, alternatively, relying on rough proxies such as race for slavery. The more difficult problem exists when the wrongdoing occurs on a large scale, and the wrongdoers and victims miscegenate, or their descendants miscegenate. A descendant of a victim might therefore also be the descendant of a wrongdoer]. (E. POSNER, A. VERMULE, « Reparations for slavery and other historical injustices », *op. cit.*, p. 270).

<sup>1957</sup> Article 5 de la loi n° 2001-434 précitée insérant un article 48-1 à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Toutefois, même si la loi Taubira prévoit la reconnaissance de l'esclavage comme crime contre l'humanité, les associations ne peuvent pas se constituer en tant que partie civile dans les procès d'apologie des crimes contre l'humanité, puisque l'article 48-2 de la loi sur la liberté de presse limite cette intervention aux associations qui défendent les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés. De même, par un défaut de coordination entre les articles 48-1 et 24 de la loi sur la liberté de presse, des doutes sur les infractions pour lesquelles les associations peuvent se constituer en partie civile subsistent. Sur ce point v. l'arrêt CA Fort de France, 18 mai 2010, n° 00070/2010, *D.* 2010 p. 2139, note Egéa.

<sup>1958</sup> V. A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, *op. cit.*, p. 26-27.

De même, plus on s'éloigne du fait à l'origine du préjudice, plus il existe une tendance à collectiviser la notion de victime. En effet, face à l'impossibilité de déterminer avec précision les descendants des victimes directes, des mesures peuvent être prises en faveur de la population dans son ensemble, considérant que le préjudice de l'histoire, par son ampleur, a eu des effets non seulement sur un groupe particulier des victimes mais sur la société dans son ensemble. De même, le choix de cette collectivisation peut répondre à un souci d'apaisement, comme l'explique le professeur A. VIDAL-NAQUET : « L'affirmation de cette responsabilité collective va sans nul doute de pair avec un souci d'apaisement, doublé de considérations pratiques : identifier des responsabilités individuelles ranimerait des tensions et serait, en pratique, difficilement réalisable ; rapporter la preuve de sa qualité de victime et de préjudices individuellement subis ne ferait que raviver les douleurs des victimes et de leurs ayants-droit »<sup>1959</sup>.

L'identification des victimes des préjudices de l'histoire pose aussi le risque d'une éventuelle hiérarchisation de celles-ci, notamment quand plusieurs catégories de victimes prétendent à la réparation d'un même préjudice de l'histoire. Le cas des victimes de la Seconde Guerre mondiale est particulièrement illustratif. Contrairement à la Première Guerre mondiale, la majorité des victimes de ce conflit furent des civils et, parmi eux, des différentes catégories de victime pouvaient être identifiées : les prisonniers politiques, les victimes collatérales des combats, les déportés dans les camps de concentration. Malgré cette diversité, certains pays firent le choix d'un regroupement. Ce fut notamment le cas de la Belgique qui, dans un premier temps, plaça les différentes victimes du régime nazi dans la catégorie unique de « prisonniers politiques »<sup>1960</sup>. En effet, la loi du 26 février 1947 organisant le statut des prisonniers politiques et de leurs ayants-droit, coordonnée par l'arrêté royal du 16 octobre 1954, définissait comme prisonnier politique les personnes « qui ont été incarcérées ou internées au cours de la guerre 1940-1945, du fait de l'ennemi ou les personnes servant sa politique ou ses desseins ». Elle classait donc les prisonniers politiques et les différents déportés sous une même catégorie<sup>1961</sup>. En revanche, la France, dès la Libération, multiplia les différents statuts et catégories, mettant en place une sorte d'« échelle des mérites »<sup>1962</sup> qui, dans une première étape, favorisa les mesures en faveur des résistants et des déportés

---

<sup>1959</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Une responsabilité individuelle collectivement assumée ou une responsabilité collective ? », *op. cit.*, p. 44.

<sup>1960</sup> V. O. WIEVIORKA, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français », *op. cit.*, p. 24

<sup>1961</sup> Il est, pourtant, à noter que, par la suite, législateur multiplia et distingua différents statuts entre les victimes.

<sup>1962</sup> O. WIEVIORKA, *op. cit.*, p. 25.

politiques, occultant l'ampleur et la particularité des préjudices soufferts par les victimes de la déportation raciale.

L'évolution des mentalités et de la recherche historique peut aussi avoir une influence sur la détermination des victimes. Avec l'écoulement du temps et l'érosion de la vision principalement militarisée de la Seconde Guerre mondiale opposant alliés et ennemis, des catégories considérées à l'origine comme attachées à l'ennemi peuvent être reconnues comme étant, en fin de compte, des victimes. Ce fut notamment le cas des populations japonaises habitant dans le territoire américain durant la Seconde Guerre mondiale. En effet, après l'attaque de Pearl Harbor et la déclaration de guerre entre les États-Unis et le Japon, le gouvernement américain, en application de l'Ordre exécutif n° 9066 du 18 février 1942, décida d'interner dans des camps plusieurs milliers de descendants japonais habitant sur le sol américain invoquant des raisons militaires et de sécurité nationale. Cette mesure fut jugée constitutionnelle par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Korematsu v. United States*<sup>1963</sup>. Toutefois, des fortes critiques furent émises à son propos, ce qui motiva, à partir des années 1980, l'adoption de différentes mesures de réparation en faveur des personnes internées et de leur ayants-droit, dont notamment une excuse officielle de la part du Congrès américain et le paiement d'indemnités<sup>1964</sup>.

La reconnaissance de nouvelles catégories de victimes répond ainsi à une logique d'intégration des différents groupes qui composent la société, mais elle peut aussi conduire vers une fragmentation de la mémoire qui irait à l'encontre de l'objectif premier de la mise en place de la réparation des préjudices de l'histoire : établir un récit consensuel et synthétique des passés douloureux<sup>1965</sup>.

---

<sup>1963</sup> COUR SUPRÊME (USA), 18 décembre 1944, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

<sup>1964</sup> Les indemnités furent mises en place par le *Civil Liberties Act* du 10 août 1988 qui reconnaissait explicitement « l'injustice fondamentale de l'évacuation, la réinstallation et l'internement des citoyens américains et les résidents étrangers permanents d'origine japonaise pendant la Seconde Guerre mondiale », [Acknowledge the fundamental injustice of the evacuation, relocation, and internment of United States citizens and permanent resident aliens of Japanese ancestry during World War II].

<sup>1965</sup> O. WIEVIORKA, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français », *op. cit.*, p. 28.

## § 2. *L'organisation de la réparation des préjudices de l'histoire*

La réparation est un moyen pour essayer de rétablir l'équilibre détruit par le dommage. Son objectif est donc de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte n'avait pas eu lieu. Dans le cas des préjudices de l'histoire, cette vocation des mesures de réparation est difficilement atteignable. En effet, le passage du temps et, en général, l'incommensurabilité des préjudices causés, empêchent un retour à la situation antérieure des victimes. De plus, l'équilibre détruit par le préjudice historique affecte la situation non seulement des victimes directes, mais aussi celle de la société dans son ensemble.

Abordées en tant que mécanismes de gestion du passé, les réparations sont, à la fois, des instruments utilisés pour essayer de compenser un tort à une victime ou ses ayants-droit et des mesures recherchant la reconnaissance et la repentance face à ce tort pour permettre une reconstruction apaisée du lien social brisé par le préjudice. Ces particularités conditionnent le choix des voies (I) et des modalités (II) des réparations, donnant une part importante aux dimensions symboliques face à l'impossibilité de réparer matériellement les préjudices de l'histoire.

### (I) La problématique de voies empruntées pour la réparation des préjudices de l'histoire

Les particularités des préjudices de l'histoire impliquent une certaine inadaptation des voies ordinaires pour permettre leur mise en œuvre. Les règles de prescription et d'imputabilité peuvent constituer des obstacles aux condamnations administratives ou judiciaires. Se pose alors la question de savoir si, face au caractère extraordinaire des préjudices, le droit doit répondre par des mécanismes extraordinaires. Cette problématique interpella le commissaire du gouvernement F. LENICA dans ses conclusions sur l'avis contentieux *Hoffman Glemane*. Analysant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État français pouvait être engagée du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites durant la Seconde Guerre mondiale et sur le régime de réparations des dommages qui en a résulté, il souligna que « le contentieux de l'holocauste est parfaitement irréductible au droit commun ». Néanmoins, il considéra que face à ce

contentieux, il fallait respecter une limite « celle de ne pas céder à la tentation de répondre par principe à l'extraordinaire par l'exorbitant, en créant de toutes pièces un régime d'exception »<sup>1966</sup>.

La volonté de s'inscrire dans le droit commun est déjà un moyen de réparer et de reconstruire l'État de droit souvent mis à mal par les préjudices de l'histoire. Toutefois, cet impératif de sécurité juridique et de respect de l'État de droit doit être concilié avec l'appel à la justice qui peut nécessiter certaines dérogations procédurales. Aux préjudices de l'histoire répondent alors des voies diverses pour leur réparation, qui peuvent passer par l'intervention du législateur (A), du juge (B) ou par la création de mécanismes ad hoc (B).

### (A) *La voie législative*

Le recours au législateur est un mécanisme particulièrement adapté pour la mise en œuvre de mesures de réparation des préjudices de l'histoire. En effet, l'action du législateur n'est pas soumise à des limites temporelles telles que la prescription. Ainsi, il peut connaître des faits très lointains et décider d'indemniser les préjudices qui en découlent. De plus, pour le cas de la France, le recours au législateur est même nécessaire pour pouvoir faire face au principe de l'irresponsabilité de la puissance publique en cas de dommages dont le fait générateur se rattache à la guerre ou autres situations de confrontation armée. En effet, de nombreux préjudices historiques peuvent être rattachés à des situations de guerre ou de conflits armés, il est donc nécessaire que la loi établisse un régime spécial d'indemnisation pour pouvoir engager la responsabilité de l'État.

En particulier, pour le cas des préjudices liés à la Shoah, l'intervention du législateur a été abondante. L'avis contentieux *Hoffman Glemane* précité, sert d'inventaire des diverses mesures législatives et réglementaires qui avaient été prises afin de réparer, autant que possible, les préjudices liés aux persécutions antisémites durant la Seconde Guerre mondiale. Si dans un premier temps, au lendemain de la Libération, le régime de réparation financière mis en place pour les victimes des politiques antisémites fut assez lacunaire, de nombreuses dispositions postérieures sont venues compléter, par la suite, ce dispositif. Le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions, décompte alors « pas moins de 42 dispositions législatives et réglementaires et 28 modifications [qui] auront été prises en soixante années

---

<sup>1966</sup> F. LENICA, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victime de persécutions antisémites. Conclusions sur CE Ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, n° 315499 », *RFDA*, 2009, p. 317.

pour indemniser ce qui devait ou pouvait l'être », considérant alors que, pour ce cas, « l'ensemble des préjudices individuels, à la fois matériels et moraux, nous semblent avoir été, aujourd'hui, indemnisés autant que possible »<sup>1967</sup>. Le Conseil d'État, dans son avis contentieux, suivit les conclusions de son commissaire et procéda, dans le corps même de l'avis, à une énumération des mesures prises par l'État, telles des pensions, des indemnités, des aides ou de mesures de réparation. Il conclut alors que :

« Prises dans leur ensemble et bien qu'elles aient procédé d'une démarche très graduelle et reposé sur des bases largement forfaitaires, ces mesures, comparables, tant par leur nature que dans leur montant, à celles adoptées par les autres États européens dont les autorités ont commis des semblables agissements, doivent être regardées comme ayant permis, autant que possible, l'indemnisation dans le respect des droits garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des préjudices de toute nature causés par les actions de l'État qui ont concouru à la déportation »<sup>1968</sup>.

Le recours au législateur ou au pouvoir réglementaire a aussi l'avantage de la généralité. En effet, un des éléments qui caractérise les préjudices de l'histoire est qu'ils concernent une pluralité de victimes, voire même l'ensemble de la société. Le recours à une loi générale permet donc d'indemniser, autant que possible, l'ensemble des victimes. La mise en place d'un régime de réparations par la voie législative acquiert, par ailleurs, une signification symbolique. Si la mise en place d'une indemnisation n'induit pas pour autant l'admission d'une responsabilité fautive de la part de l'État<sup>1969</sup>, l'appel au représentant de la volonté générale implique, malgré tout, une certaine reconnaissance du caractère préjudiciable du fait, ce qui peut être considéré, en soi, comme une mesure de réparation.

De plus, les lois ou règlements en matière d'indemnisation peuvent contenir des dispositions par le biais desquelles l'État déclare explicitement la reconnaissance, voire même sa repentance, face au fait générateur du préjudice objet des mesures de réparation. Par exemple, l'article 1 de la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 *relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie*<sup>1970</sup> prévoit « La République française témoigne sa reconnaissance envers les rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie pour les sacrifices qu'ils ont consentis ». De même, la *Civil Liberties Acts* précitée votée par le

---

<sup>1967</sup> *Ibid.*, p. 321-322.

<sup>1968</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*, n° 315499, *Leb.*, p. 43.

<sup>1969</sup> Par exemple, pour le cas de la France, les indemnisations mises en place pour des faits qui dérivent de la guerre ne sont pas considérées comme la conséquence d'une responsabilité de l'État, mais plutôt une application du principe de solidarité nationale, en application de l'alinéa 12 du Préambule de 1946 qui proclame « la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ».

<sup>1970</sup> *JO* du 14 juin 1994, p. 8567.



Congrès américain pour indemniser les victimes de camps d'internement pour les japo-américains durant la Seconde Guerre mondiale prévoit, parmi ses objectifs, « s'excuser au nom du peuple des États Unis pour l'évacuation, la réinstallation et l'internement »<sup>1971</sup> de ces citoyens.

### (B) *La voie juridictionnelle*

L'importance de la portée symbolique des mesures de réparation peut aussi motiver le recours à la voie juridictionnelle. En effet, tout procès renferme une dimension symbolique quasi-théâtrale dans la mise en scène de la justice. Par rapport aux préjudices de l'histoire, « face à un drame d'une telle ampleur et aux conséquences aussi déléteres que le génocide\ ou l'esclavage, la réaction sociale espérée (même tardive, comme c'est le cas ici) doit être d'une portée congrue. Une victoire dans l'arène judiciaire se voit donc assortie d'une puissante valeur symbolique »<sup>1972</sup>. Au-delà de la déclaration de culpabilité ou de responsabilité et l'attribution de réparations, le procès joue aussi une fonction de témoignage qui permet l'expression, la reconnaissance et l'enregistrement officiel du récit des victimes sur l'événement à l'origine des préjudices et sur l'étendue de leurs souffrances. En effet, l'espace judiciaire est un lieu de prise de parole, permettant de raconter le passé préjudiciable, il facilite ainsi « la réhabilitation de la vérité qui est en elle-même une activité à la fois curative et préventive »<sup>1973</sup>.

Toutefois, le recours à la voie juridictionnelle pour la réparation des préjudices de l'histoire doit faire face à plusieurs obstacles. Premièrement, il faut trouver une instance compétente pour juger ces crimes et déterminer la responsabilité pouvant donner lieu à des réparations. Or, plusieurs aspects de préjudices de l'histoire réduisent les possibilités d'un jugement. L'accès à la voie pénale est limité par le fait que la responsabilité pénale est personnelle et s'éteint avec la mort de la personne, or, dans le cas des préjudices de l'histoire, les éventuels coupables sont souvent déjà décédés. Toutefois, comme il a été déjà précisé, la majorité des préjudices de l'histoire peuvent être imputés à un État, ce qui permet d'explorer des voies pour mettre en cause la responsabilité étatique.

---

<sup>1971</sup> [The purposes of this Act are to [...] (2) Apologize on behalf of the people of the United States for the evacuation, relocations and internment of such citizens and permanent resident aliens].

<sup>1972</sup> J-F. GAREAU, « Insoutenable imprescriptibilité à la lettre : note sur l'interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l'histoire » in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 44.

<sup>1973</sup> R. K. KOUDÉ, « Questionnements sur les "réparations" pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire ? », *op. cit.*, p. 417.

Les préjudices de l'histoire sont souvent liés à des violations de droits de l'homme. Les victimes peuvent donc tenter un procès contre l'État concerné devant des instances de protection de droits de l'homme telles la Cour européenne ou interaméricaine des droits de l'homme. En effet, le droit international des droits de l'homme consacre le principe de *restitutio in integrum* face à une violation des droits de l'homme. L'article 41 de la CEDH prévoit ainsi : « Si la Cour déclare qu'il y a eu une violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». De même, la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme prévoit, à son article 63, alinéa 1, « Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ». La Cour interaméricaine a ainsi développé un contentieux de la réparation détachable du droit interne qui lui permet d'imposer des mesures variées et qui ne dépendent pas de leur existence en droit interne.

Des procès peuvent aussi être initiés entre États afin d'obtenir des réparations pour des préjudices historiques devant la Cour de Justice Internationale. Par exemple, en 2013, les membres du CARICOM, la communauté des pays des Caraïbes<sup>1974</sup> menacèrent de présenter un recours devant la Cour de Justice Internationale à l'encontre de plusieurs pays européens, dont la France, afin d'obtenir des réparations pour la pratique de la traite négrière durant le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècles<sup>1975</sup>.

Les victimes peuvent aussi tenter un procès administratif afin de rechercher la responsabilité de l'État. Toutefois, qu'il s'agisse de la voie internationale ou interne, ces procès impliquent que les faits entrent dans la compétence *ratione temporis* du juge et que les parties puissent prouver leur statut de victime. Ces deux aspects peuvent s'avérer problématiques pour ce qui est des préjudices de l'histoire.

---

<sup>1974</sup> Le CARICOM est composé 15 États membres : Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Dominique, Grenade, Guyana, Haïti, Jamaïque, Montserrat, Saint-Christophe-et-Niévès, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Suriname et Trinité-et-Tobago.

<sup>1975</sup> S. CASTLE, « Caribbean Nations to Seek Reparations, Putting Price on Damage of Slavery », *New York Times*, 20 octobre 2013.

Le prétoire du juge civil peut aussi être sollicité afin de réparer les préjudices de l'histoire. Cette tendance c'est surtout développée dans les pays anglo-saxons, notamment grâce à l'utilisation des *class actions*. Ce type de procès possède des avantages par rapport aux autres voies juridictionnelles. En effet, comme le précise A. GARAPON, « l'action civile offre une souplesse et permet une inventivité que n'autorise pas l'accusation pénale. Par rapport aux actions pénales qui sont centralisées dans les mains de l'accusation, limitées par la vie des accusés potentiels même si elles sont déclarées imprescriptibles, les actions civiles sont, au contraire, transgénérationnelles, infra-étatiques, transfrontières : elles s'affranchissent de toute distance spatiale »<sup>1976</sup>. Ce qui importe dans ce type de procès est la preuve de la permanence actuelle du préjudice. Les caractéristiques du procès civil américain permettent aussi de laisser une grande place à la négociation et à la transaction. Ainsi, de nombreuses *class actions* finissent par un accord et non pas par un jugement, ce qui permet encore plus de flexibilité par rapport au formalisme juridictionnel. Ce fut notamment le cas de l'action dirigée contre les banques suisses à propos des fonds en déshérence des personnes décédées dans les camps de concentration. Le risque du recours à ce type de procédures réside néanmoins dans la banalisation du préjudice, « la matière historique est déspecifiée, dans le sens où l'histoire est traitée comme un fait ordinaire »<sup>1977</sup>. Cependant, cette « normalisation » pourrait faciliter aussi un certain apaisement et contribuer à tourner la page du passé douloureux.

### (C) *Les voies ad hoc*

Face aux limitations des instruments juridiques traditionnels, des voies ou des procédures spéciales peuvent être mises en place. En effet, « la volonté politique ainsi que celle des acteurs non-étatiques pourraient permettre l'instauration de mécanismes et procédures répondant à ces demandes, sans avoir à buter sur les obstacles juridiques liés à l'application inter-temporelle du droit »<sup>1978</sup>. Par exemple, les mandats des commissions de vérité et de réconciliation peuvent inclure la possibilité de proposer de mesures de réparations. L'Instance Équité et Réconciliation, mise en place au Maroc pour enquêter sur les éventuelles violations des droits de l'homme commises depuis l'indépendance du Royaume, souligne ainsi dans le préambule de ses statuts :

---

<sup>1976</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah, op. cit.*, p. 79.

<sup>1977</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>1978</sup> L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. HEATHCOTE, « Mise en œuvre de la réparation des crimes de l'histoire : une possible [ré]conciliation des temps passés, présents et futurs ? », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *op. cit.*, p. 125.

« Se fondant sur le discours royal prononcé à Agadir par Sa Majesté le Roi Mohammed VI le 7 janvier 2004, en ce qu'il constitue une référence pour l'Instance Équité et Réconciliation dont la démarche et les travaux visent à renforcer et consolider les acquis et à parachever le règlement extrajudiciaire équitable des violations graves des droits de l'Homme survenues dans le passé, et ce dans le cadre d'une approche globale ayant pour objectif de guérir les blessures du passé, réparer les préjudices, établir les faits et tirer les enseignements du passé pour réconcilier les marocains autant avec leur histoire qu'avec eux-mêmes et libérer leurs énergies créatives »<sup>1979</sup>.

L'existence même de ces commissions peut aussi être considérée comme un mode de réparation de préjudices de l'histoire. Pour le professeur X. PHILIPPE, « la technique développée ces trente dernières années à travers les commissions vérité et réconciliation consiste à regarder la réparation comme une forme de construction de la mémoire. Celle-ci est en effet le résultat d'une construction : on cherche à reconstruire le déroulement du conflit, à établir les responsabilités, à faire dialoguer et se rencontrer les victimes et les bourreaux »<sup>1980</sup>.

Des demandes de réparation pour des préjudices historiques peuvent aussi être véhiculées par la voie diplomatique. Ce fut notamment l'intention de la Conférence de Durban contre le racisme, organisée par l'UNESCO en 2001. Lors de cette conférence, plusieurs pays et ONG exprimèrent leur souhait d'une démarche en deux volets pour la réparation des préjudices liées à la pratique de l'esclavage : « une reconnaissance officielle que l'esclavage constitue un crime contre l'humanité et en tant que telle, les victimes de cette période sombre de l'histoire de l'humanité devraient être redressées dans leurs droits en créant en leur faveur soit un fonds de compensation soit un plan de redressement économique des pays dont elles sont ressortissantes, soit les deux mesures à la fois »<sup>1981</sup>. Toutefois, les tensions et les divisions internes parmi les participants, empêchèrent l'élaboration d'une déclaration officielle conjointe sur ce point.

Des procédures *ad hoc* peuvent aussi être prévues en droit interne. En France, plusieurs missions d'information furent mises en place afin d'examiner et proposer des mesures de réparation pour faire face à des épisodes de l'histoire nationale dont la gestion mémorielle faisait l'objet d'intenses controverses. En 2003, dans un contexte de profonde remise en question du rôle de la France dans la colonisation et des conséquences du processus de

---

<sup>1979</sup> Dahir n° 1.04.42 du 18 safar 1425 (10 avril 2004) *Portant approbation des Statuts de l'Instance Équité et Réconciliation*.

<sup>1980</sup> X. PHILIPPE, « Intervention dans les débats de la matinée », in *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, op. cit., p. 87. V. aussi sur ce point E. NAIDU, « Symbolic Reparations and Reconciliation : Lessons from South Africa », *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 19, 2012-2013, p. 251-271.

<sup>1981</sup> UNESCO, Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, *Compte rendu de la Séance plénière du 2 septembre 2001*, Durban, n° DR/D/20.

décolonisation, le Premier ministre confia à M. DIEFENBACHER une mission afin de « rechercher les solutions permettant de parachever les efforts de reconnaissance matérielle et morale de la Nation » en faveur des rapatriés<sup>1982</sup>. La Mission rendit un rapport avec trente et une propositions<sup>1983</sup>, contenant des mesures diverses dont, notamment, des mesures de rationalisation et d'augmentation des allocations et des indemnités en faveur des rapatriés et des harkis<sup>1984</sup>. Toutefois, la mise en œuvre de ces mesures employa la voie classique de l'appel du législateur. Ainsi, certaines des propositions furent reprises par la controversée loi *Mékachéra*<sup>1985</sup> portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

De même, le Premier ministre créa, en 1997, la Mission MATTÉOLI afin de prévoir des mesures de restitution et de compensation de la spoliation des Juifs de France. Cette Mission, était chargée d'étudier « les conditions dans lesquelles des biens immobiliers et mobiliers appartenant aux juifs résidant en France ont été confisqués, ou, d'une manière générale, acquis par fraude, violence ou dol, tant par l'occupant que par les autorités de Vichy entre 1940 et 1944 »<sup>1986</sup>. À partir des conclusions et des recommandations de cette mission, plusieurs mesures furent prises pour permettre une indemnisation et une réparation des préjudices causés en raison des législations antisémites pendant la Seconde Guerre mondiale. Certaines de ces mesures suivirent la voie traditionnelle de la législation indemnitaire. Toutefois, ladite mission proposa aussi la création de mécanismes *ad hoc*, dont la création de la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation (CIVS), chargée d'examiner les demandes individuelles présentées par les victimes directes ou leurs ayants droit pour la réparation des préjudices consécutifs aux spoliations matérielles, bancaires et d'œuvres d'art

---

<sup>1982</sup> La loi n° 61-1439 du 26 décembre 1961 relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'outre-mer, JO du 28 décembre 1961, p. 11996, prise pour gérer les conséquences de la décolonisation définit le rapatriés comme les « Français ayant dû quitter ou estimé devoir quitter, par suite d'événements politiques, un territoire où ils étaient établis et qui était antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France ».

<sup>1983</sup> M. DIEFENBACHER (rapporteur), *Parachever l'effort de solidarité nationale envers les rapatriés, promouvoir l'œuvre collective de la France outre-mer*, 2003, 52 p.

<sup>1984</sup> Ce rapport fut néanmoins critiqué, accusé de véhiculer une vision biaisée sur la colonisation et de n'être que la traduction des attentes des lobbies pieds-noirs (v. V. ESCLANGON, F. NADURAS, S. THÉNAULT, « Les origines et la genèse d'une loi scélérate » in C. LIAUZU, G. MANCERON (dir.), *La colonisation, la loi et l'histoire*, Paris : Syllepse, 2006, p. 36-37).

<sup>1985</sup> Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, JO du 24 février 2005, p. 3128.

<sup>1986</sup> Lettre de mission Premier ministre, A. JUPPÉ dirigée à J. MATTÉOLI, 5 février 1997, reproduite dans J. MATTÉOLI, *Rapport Général de la Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France*, 2000, p. 8. V. aussi A. WIEVIORKA, « Éléments pour une histoire de la Mission Mattéoli », *Revue des droits de l'homme*, 2012, p. 2-9.

prises tant par l'occupant nazi que par le régime de Vichy. Une autre caractéristique de cette voie *ad hoc* pour la mise en place des réparations fut l'importance donnée aux recherches historiques en amont des mesures, qu'il s'agisse du travail de la Mission ou celui de la Commission, démontrant ainsi la nécessaire articulation entre le travail de gestion du passé et la recherche historique.

## (II) Les modalités de réparation

Par son arrêt dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów* de 1928, la Cour permanente de justice internationale déclarait :

« Le principe essentiel qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature »<sup>1987</sup>.

Cette définition du principe de la *restitutio in integrum* a été généralisée. Le droit général de la réparation classe donc les mesures de réparation en trois grandes catégories : la restitution en nature, la compensation et la satisfaction<sup>1988</sup>. Si les trois types de mesures ont été mobilisés pour essayer de réparer les préjudices de l'histoire, les particularités de ces derniers impliquent avant tout un recours à des mesures de satisfaction, en effet « les actions en indemnisation des crimes de l'histoire visent un préjudice d'une autre nature : moins le préjudice matériel que le mépris, le déni de reconnaissance »<sup>1989</sup>.

Les préjudices de l'histoire comportent, en général, une part individuelle qui correspond aux dommages subis directement par les victimes, leurs familles ou leurs ayants-droit et une dimension collective qui correspond au préjudice subi par un groupe ou par la société dans son ensemble du fait de l'ampleur et de la nature même de ce préjudice. Les mesures de réparation matérielle permettent, au mieux, d'essayer de réparer la dimension individuelle, mais semble inadaptée pour faire face au préjudice collectif (A). La gestion des passés douloureux passe alors, avant tout, par la mise en place de mesures de réparation symbolique protéiformes (B).

---

<sup>1987</sup> CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité)*, Série A, n° 17.

<sup>1988</sup> V. P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2012, p. 556-557.

<sup>1989</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, *op. cit.*, p. 124.

### (A) *Des mesures de réparation matérielle souvent inadaptées*

La Commission du droit international (CDI) de l'ONU a élaboré un projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui cherche à codifier les règles fondamentales du droit international sur le sujet<sup>1990</sup>. Malgré leur caractère non contraignant, ces principes inspirent fortement les différents régimes de réparation, tantôt dans l'ordre international, tantôt dans l'ordre interne. Ainsi, dans ses conclusions sur l'avis contentieux *Hoffman Glemane*, le commissaire du gouvernement F. LENICA fit référence à cette proposition comme source d'inspiration non contraignante en matière de réparations, il a en effet considéré que : « Naturellement, ce projet d'articles n'a pas d'effet direct en droit interne. Tel n'est d'ailleurs pas son objet. Mais il ne fait qu'explicitier la doctrine existante en droit international, en exprimant le consensus des nations sur ce point [...] Vous n'aurez guère de difficulté, nous semble-t-il, à l'acclimater en droit interne et à vous en inspirer »<sup>1991</sup>.

Suivant la classification tripartite issue du droit international, la première forme de réparation matérielle est la restitution en nature. L'article 35 du projet d'articles de la CDI définit la restitution en considérant que celle-ci consiste « dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution : a) N'est pas matériellement impossible ; b) N'impose pas une charge hors de proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ».

Il va sans dire que les préjudices de l'histoire sont difficilement réparables par le biais de la restitution. En effet, le temps écoulé, la nature du préjudice et son ampleur rendent illusoire la prétention à un retour à la situation antérieure. Il est impossible, et même absurde, de prendre des mesures permettant, par exemple, de remettre les descendants des esclaves dans la situation qui existait avant la mise en place de la traite négrière. Toutefois, certains aspects des préjudices de l'histoire peuvent faire l'objet d'une restitution. C'est notamment le cas de la dévolution des biens ou de terres spoliées, par exemple, aux natifs américains. Se pose néanmoins le problème de la preuve de la propriété quand plusieurs générations se sont succédées entre le fait générateur du préjudice et la mesure de réparation.

---

<sup>1990</sup> ONU, COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », adopté par l'Assemblée générale par la résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

<sup>1991</sup> F. LENICA, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victime de persécutions antisémites. Conclusions sur CE Ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, n° 315499 », *op. cit.*, p. 520.

Face à l'impossibilité d'une restitution, la mesure la plus utilisée est l'indemnisation du dommage causé. La multiplication de procès civils entamés afin de réclamer des réparations ont généralisée ce type d'indemnisation financière, toutefois le recours à ce type de réparations mène vers des résultats ambivalents, en effet, comme l'explique A. GARAPON : « L'indemnisation donne une valeur à une souffrance, à un drame subjectif qui prend ainsi une existence objective ; mais, en même temps, son intervention a pour effet de "désingulariser" l'expérience, de la rendre commune, à tous les sens du terme »<sup>1992</sup>. Cette ambigüité fut aussi soulignée par le commissaire du gouvernement F. LENICA qui a ainsi considéré que : « Comme tout préjudice, celui-ci doit pouvoir trouver une juste réparation. Mais son irréductible singularité rend illusoire selon nous son évaluation en argent : sa dimension incommensurable abolit le principe de la réparation par équivalence, dissipe l'idée qu'un tel préjudice puisse être annihilé ou simplement éteint par la voie purement indemnitaire »<sup>1993</sup>. Les mesures de réparation matérielle ne semblent donc pas pouvoir répondre de façon adéquate aux particularités des préjudices de l'histoire, ce qui motive un recours de plus en plus fréquent aux mesures de nature symbolique.

### (B) *Le recours à des mesures de réparation symboliques*

Le projet d'articles de la CDI prévoit une troisième voie si la restitution ou l'indemnisation ne parviennent pas à réparer le préjudice : la satisfaction. Selon l'article 37 du projet, « la satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée ». La satisfaction se traduit alors par la mise en place de mesures à caractère symbolique. Elle opère un changement dans le fondement des réparations. Celles-ci ne répondent plus à une logique de compensation individuelle mais plutôt à une quête de réconciliation<sup>1994</sup>. Les réparations symboliques permettent alors de prendre en compte deux caractéristiques des préjudices de l'histoire : leur caractère collectif et leur incommensurabilité<sup>1995</sup>. En effet, elles cherchent « à dépasser un événement historique par un geste qui exprime les remords qu'en éprouvent les auteurs et leur

---

<sup>1992</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah, op. cit.*, p. 199.

<sup>1993</sup> F. LENICA, *loc. cit.*

<sup>1994</sup> E. Y. YAMAMOTO, S. HYE YUN KIM, A. M. HOLDEN, « American Repearitions Theory and Practice at the Crossroads », *California Western Law Review*, n° 1, Vol. 44, 2007, p. 3-4.

<sup>1995</sup> Sur ce point, appliqué aux préjudices de la Shoah, v. D. LOCHAK, « Le droit, la mémoire, l'histoire. La réparation différée des crimes antismites de Vichy devant le juge administratif », *Revue des droits de l'Homme* [en ligne], n° 2, 2012, [<http://revdh.revues.org/251>].



engagement à ne pas le répéter »<sup>1996</sup>. Ce type de réparations mettent ainsi en évidence l'importance de leur fonction mémorielle, à savoir de réparer pour ne pas oublier<sup>1997</sup>.

La satisfaction peut se traduire par des mesures très diverses. Une des mesures les plus usuelles est le recours à des excuses officielles de la part de l'État qui assume alors la responsabilité pour ces préjudices. Ces mesures sont particulièrement importantes quand le préjudice fut longtemps nié, voire même occulté par l'État. La reconnaissance officielle permet non seulement d'inscrire l'événement dans la mémoire officielle, mais aussi de reconnaître le statut de victimes. De nombreux activistes mémoriels réclament alors la reconnaissance et les excuses officielles comme principal objet de leurs revendications. C'est notamment le cas de la communauté arménienne qui réclame la reconnaissance officielle du génocide de ses aïeux en territoire turc en 1915, nié par les autorités turques, ou le cas des « femmes de réconfort », victimes de l'esclavage sexuel organisé par l'armée japonaise durant la Seconde guerre mondiale. Par rapport à ce dernier cas, le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans son rapport de 2008, recommanda :

« Le Japon devrait accepter sa responsabilité légale et présenter des excuses sans réserve pour le système des « femmes de réconfort », d'une manière qui soit acceptable pour la majorité des victimes. À ce sujet, le pays devrait restaurer la dignité des victimes, poursuivre les responsables qui sont encore en vie, prendre immédiatement des mesures législatives et administratives pour indemniser de manière adéquate les survivantes, éduquer les élèves et le public sur la question et sanctionner toute tentative visant à diffamer les victimes ou nier les événements en cause »<sup>1998</sup>.

La réparation symbolique est souvent le résultat d'initiatives politiques. L'ensemble des politiques mémorielles en relation aux passés douloureux de la Nation peut ainsi être interprété comme des mesures symboliques pour réparer les préjudices de l'histoire. Cet aspect est souligné par la tendance des modèles mémoriels actuels à se centrer sur des mesures de reconnaissance des souffrances et de repentance officielle<sup>1999</sup>.

Toutefois, elles peuvent aussi être exigées par un juge. En effet, il est possible de constater une évolution dans la jurisprudence de certaines cours pour laisser une plus grande place à ce type de réparations. Cependant, pour pouvoir mettre en place des mesures

---

<sup>1996</sup> A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris : Odile Jacob, 2008, p. 11-12.

<sup>1997</sup> K. PICARD, « Réparer pour ne pas oublier », in X. PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 61.

<sup>1998</sup> ONU COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Vol. I, 94<sup>e</sup> session, n° A/64/40, p. 34.

<sup>1999</sup> Ce qui correspond au modèle victimo-mémoriel (Cf. J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*. Paris : PUF, 2010, 208 p).

symboliques, le juge doit jouir de certains pouvoirs d'injonction. C'est le cas, notamment, de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH). Cette Cour a des larges pouvoirs qui lui permettent d'enjoindre directement des mesures non pécuniaires aux États, possibilité qui n'est pas ouverte devant la Cour européenne des droits de l'homme où, d'après la CEDH, les mesures de réparation dépendent de leur existence dans les droits internes de l'État. La CIDH a ainsi développé un vaste catalogue de mesures symboliques<sup>2000</sup> qu'il a imposé aux États comme mesures de réparations et qui inclut, entre autres : des excuses officielles<sup>2001</sup>, la mise en place d'un mémorial<sup>2002</sup>, l'organisation de commémorations<sup>2003</sup>, le changement de noms de rues ou de places<sup>2004</sup> ou la publication de l'arrêt de la Cour dans un journal national<sup>2005</sup>.

L'importance de mesures symboliques pour la réparation des préjudices de l'histoire a aussi été reconnue en droit interne français. Dans l'avis *Hoffman Glemane* précité, le Conseil d'État a considéré que :

« La réparation des souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites ne pouvait toutefois se borner à des mesures d'ordre financier. Elle appelait la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par ces personnes, du rôle joué par l'État dans leur déportation ainsi que du souvenir que doivent à jamais laisser, dans la mémoire de la nation, leurs souffrances et celles de leurs familles. Cette reconnaissance a été accomplie par un ensemble d'actes et d'initiatives des autorités publiques françaises »<sup>2006</sup>.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement a même souligné la compétence du juge administratif d'enjoindre l'administration à prendre ce type de mesures : « les paroles, les gestes ou les actes en question échappent en effet sans hésitation aucune aux catégories des actes de gouvernement dont vous refusez encore de connaître. Et nous ne discernons aucune objection théorique à ce que vous décidiez de faire usage d'un pouvoir d'injonction en plein contentieux de la réparation »<sup>2007</sup>.

---

<sup>2000</sup> Pour un compte rendu de ces mesures v. C. NASH ROJAS, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago (Chili) : Universidad de Chile, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 37 et ss

<sup>2001</sup> Cour IDH, 3 juillet 2004, *Molina Theissen c. Guatemala*, Série C n° 108, § 87.

<sup>2002</sup> Cour IDH, 19 novembre 2004, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala (réparations)*, Série C n° 116, § 101 et 104.

<sup>2003</sup> Cour IDH, 26 septembre 2006, *Vargas Areco c. Paraguay*, Série C n° 155, § 158.

<sup>2004</sup> Cour IDH, 4 juillet 2006, *Ximenes Lopes v. Brésil*, Série C n° 149, § 242.

<sup>2005</sup> Cour IDH, 30 novembre 2007, *Caso La Cantuta c. Pérou*, Série C n° 173, § 237.

<sup>2006</sup> CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, *Hoffman-Gleman, précité*.

<sup>2007</sup> F. LENICA, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victime de persécutions antisémites. Conclusions sur CE Ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, n° 315499 », *op. cit.*, p. 320.

L'État possède alors et peut, même, être contraint à avoir recours à des mesures diverses afin de réparer les préjudices de l'histoire et ainsi prétendre à une réconciliation de la société avec ces passés douloureux.

## CONCLUSION CHAPITRE II

Dans son livre *Le syndrome de Vichy*, l'historien H. ROUSSO s'interroge sur la transmission et la réception des différents récits qui forment la mémoire collective des années noires de l'Occupation et du régime de Vichy. Il qualifie la mémoire collective de cette période de « syndrome », c'est-à-dire « un ensemble hétérogène de symptômes, des manifestations, en particulier dans la vie politique sociale et culturelle, qui révèlent l'existence du traumatisme engendré par l'Occupation, particulièrement celui lié aux divisions internes, traumatisme qui s'est maintenu, parfois développé, après la fin des événements »<sup>2008</sup>. L'historien considère ainsi que la formation de la mémoire collective sur cette période est passée par différentes phases qu'il définit en empruntant un vocabulaire propre à la psychologie. Il énumère ainsi la phase de deuil, la phase de refoulement, celle du retour du refoulé et, finalement, celle de l'obsession<sup>2009</sup>. D'une façon moins pathologique, la construction de la mémoire de la Shoah a aussi été présentée en termes d'étapes successives. La socio-anthropologue N. LAPIERRE décrit aussi le processus de mémorialisation de cet événement par un cheminement qui va du temps du silence à celui de la parole ou de la mémoire revendiquée, puis à un temps de la reconnaissance pour, finalement, déboucher en un temps de concurrence de victimes<sup>2010</sup>.

Cette méthode de périodisation peut s'appliquer aux processus de mémorialisation de nombreux événements historiques et démontrent la temporalité particulière de la mémoire, qui peut ne pas coïncider avec le *continuum* de la temporalité chronologique ou historique et, même, le remettre en question<sup>2011</sup>. Cette périodisation est spécialement importante pour la mémorialisation des épisodes douloureux de l'histoire nationale. En effet, pour ces « passés qui ne passent pas », la construction de la mémoire collective ne peut être le fruit que d'un processus qui combine oubli, remémoration et réparation.

---

<sup>2008</sup> H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Paris : Seuil, coll. Points Histoire, 1987, p. 18-19.

<sup>2009</sup> De manière synthétique, la phase de deuil est située entre 1944 et 1954 et se caractérise par l'affrontement direct des conséquences de la période, notamment par les mesures d'épuration et d'amnistie. La phase du refoulement se situe entre 1954 et 1971 et se caractérise par l'établissement du mythe du résistancialisme. Le retour du refoulé est situé entre 1971 et 1974 où le mythe gaulliste vole en éclats. La quatrième phase se prolonge jusqu'à nos jours (*Loc. cit.*).

<sup>2010</sup> N. LAPIERRE, « La discordance des temps » in T. FERENCZI (dir.), *Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?*, Bruxelles : Éd. Complexe, 2002, p. 99-106.

<sup>2011</sup> E. TRAVERSO, *Le Passé, modes d'emploi, histoire, mémoire, politique*, Paris : La fabrique éd., 2005, p. 42.

L'étude de la grande variété de mesures qui ont été prises pour faire face à la mémoire de ces périodes de l'histoire nationale, démontre la nécessité de concevoir le travail de mémoire comme un cheminement où les différents instruments de gestion du passé doivent non seulement se succéder mais aussi se combiner pour essayer d'arriver à une réconciliation de la société avec son passé et ainsi construire une mémoire apaisée. Les politiques et les instruments pour la gestion du passé doivent aussi prendre en compte l'effet générationnel, c'est à dire la permanence des victimes ou, au contraire, la disparition des témoins directs, conditionne aussi la gestion des passés douloureux<sup>2012</sup>. De même, la multiplicité des voies et des modalités de réparations des préjudices de l'histoire, démontrent aussi l'importance des choix politiques dans la gestion juridique des passés douloureux. Il n'existe pas un modèle unique, et le choix d'un instrument dépend non seulement du contexte historique, mais aussi de la volonté et des objectifs de l'État. La gestion du passé a toujours une vocation prospective.

Les mesures d'oubli, telles l'amnistie, sont souvent une étape nécessaire pour la réconciliation. Mais elles doivent s'insérer dans un processus qui reconnaisse aussi un certain besoin de vérité et de justice. Se référant aux mesures d'amnistie discutées après la Révolution française, CONDORCET affirmait : « il faut que le nom français soit enfin respecté, il faut que nous fassions rendre justice au peuple. Et c'est alors que sans le trahir, il nous sera possible de pardonner en son nom »<sup>2013</sup>. L'amnistie ne peut être qu'un second temps d'un processus qui doit aussi se poursuivre afin de reconnaître aussi les besoins de vérité et de réparations. De même, comme le rappelle le professeur P. HAZAN, pour que les réparations puissent contribuer au travail de mémoire, « elles doivent s'inscrire dans un processus global d'évolution de la société, dont les réparations ne sont qu'un élément parmi d'autres »<sup>2014</sup>.

Les difficultés à construire un récit commun sur le passé récent sont ainsi souvent liées à des oublis qui sont intervenus de façon prématurée, des réparations qui sont demandées trop tard ou qui ne sont pas adaptées aux demandes sociales, contribuant à la réouverture des plaies qui peuvent être source de nouvelles tensions. Un travail de mémoire qui conduise vers la réconciliation nécessite alors non seulement un choix des mesures les plus adaptées mais

---

<sup>2012</sup> V. sur ce point l'analyse sur l'effet des générations dans la mémoire de la guerre civile espagnole de P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid : Alianza editorial, 2008, p. 30 et ss.

<sup>2013</sup> CONDORCET, *Le Moniteur*, t. 10, 1791, p. 206 cité par S. WAHNICH, « Écrire l'histoire des violences politiques ou les amnistier » in *Une histoire politique de l'amnistie*, op. cit. p. 73.

<sup>2014</sup> P. HAZAN, « Réparations : en regardant le verre à moitié vide » in X. PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, op. cit., p. 110.

aussi une périodisation qui ne peut faire l'objet d'une théorie unique puisqu'elle doit répondre et prendre en compte les particularités du passé de chaque nation, ses conditions présentes et ses besoins futurs.



## CONCLUSION DU TITRE I

À la différence de l'animal qui vit dans un éternel présent, d'une façon *non historique*, écrivait NIETZCHE, l'homme, en revanche « s'arc-boute contre le poids toujours plus lourd du passé »<sup>2015</sup>. Malgré cette lourdeur, l'auteur affirme que la vie a besoin du passé<sup>2016</sup>, et considère que l'histoire<sup>2017</sup> intéresse l'être vivant sous trois rapports « elle lui appartient parce qu'il est actif et qu'il aspire ; parce qu'il conserve et qu'il vénère ; parce qu'il souffre et qu'il a besoin de délivrance »<sup>2018</sup>. L'histoire, et plus largement le passé, est donc un élément de vénération, une source d'inspiration et de délivrance pour l'homme. Mais l'homme, pour ne pas s'ensevelir sous le poids du passé, a aussi besoin d'oubli.

La question de savoir à quel point l'homme a besoin de cette histoire et comment articuler ce besoin avec la nécessité d'un oubli est, pour le philosophe allemand, « un de plus grands intérêts de la vie, car il s'agit de la santé d'un homme d'un peuple, d'une civilisation »<sup>2019</sup>. Le droit, en exerçant sa fonction instituante et organisatrice de la société, aspire à donner une réponse à cette question en proposant un récit collectif du passé correspondant aux trois fonctions dégagées par NIETZCHE.

Premièrement, la conservation du passé est une des plus anciennes et des plus permanentes fonctions du juridique<sup>2020</sup>. De même, le droit peut non seulement conserver, mais aussi commémorer et célébrer ce passé. Grâce à sa politique mémorielle, il produit son propre récit du passé national, mettant ainsi en place une mémoire publique officielle. Cette mémoire véhicule des valeurs communes qui sont donc une source d'inspiration pour la vie de l'homme et un élément pour la cohésion nationale. En effet « sur ce socle de souvenirs communs et fondateurs s'érige la conscience collective à défaut de laquelle il n'y aurait tout simplement aucune action sociale possible, ni au présent, ni, *a fortiori*, au futur »<sup>2021</sup>.

Toutefois, la construction de ce récit commun devient de plus en plus difficile face à la multiplication d'épisodes douloureux dans l'histoire contemporaine et, surtout, face à la prise

---

<sup>2015</sup> F. NIETZCHE, « De l'utilité et des inconvénients de l'histoire pour la vie », *Considérations inactuelles* (II) (1874) [Trad. H. ALBERT], Paris : Société du Mercure de France, 1907, p. 124.

<sup>2016</sup> En effet, comme l'explique le professeur J. LE RIDER, pour NIETZCHE tout savoir doit être utile à la vie et doit être liée à l'activité de l'homme, ainsi « l'histoire n'est justifiée à ses yeux que si elle sert l'action de la vie » (J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *Revue germanique internationale*, n° 11, 1999, p. 213).

<sup>2017</sup> NIETZCHE utilise ici le mot « histoire » au sens large qui correspond, de manière générale, à l'utilisation que cette étude fait de la notion plus vaste de « passé ».

<sup>2018</sup> F. NIETZCHE, *op. cit.*, p. 138.

<sup>2019</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>2020</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 43.

<sup>2021</sup> *Loc. cit.*



de conscience accrue sur ce passé et ses conséquences. Plus qu'une source exemplaire, le passé devient une charge. Pour servir la dernière fonction du passé, à savoir, le but de délivrance, le droit organise donc une gestion du passé, laissant place à un certain degré d'oubli institutionnalisé qu'il combine avec des politiques de réparation en quête d'une réconciliation de l'homme et, plus généralement, de la société avec son passé.

La mise en place d'une mémoire partagée et apaisée nécessite alors un équilibre délicat entre ces trois fonctions qui, de plus, doivent prendre en compte l'existence d'autres mémoires et d'autres récits du passé concurrents et complémentaires. En effet, si le droit construit un récit commun sur le passé servant de socle commun à la nation, il ne peut, pour autant, prétendre à remplacer ou à éliminer les autres récits du passé qui se développent à l'intérieur d'une société. L'existence de récits concurrents est nécessaire et salutaire, puisque qu'ils permettent de renouveler le contenu de la mémoire publique officielle afin qu'elle s'adapte aux attentes sociales. De même, ces récits concurrents et complémentaires, dont notamment le récit historiographique, répondent à d'autres besoins sociaux que le droit ne peut et ne doit pas assurer dans une société démocratique.

La prétention à s'ériger comme auteur unique du récit sur le passé national, ainsi que la confusion sur le rôle de cette mémoire publique officielle peuvent conduire à d'éventuels abus. Ces pratiques ont été particulièrement dénoncées dans le cadre du débat sur les lois dites « mémorielles » qui s'est développé en France durant la dernière décennie.

## TITRE II. LES DÉFORMATIONS DIALECTIQUES DU DROIT ET DU PASSÉ

« L'histoire est le produit le plus dangereux que la chimie de l'intellectuel ait élaboré. Il fait rêver, il enivre les peuples, leur engendre de faux souvenirs, exagère leurs réflexes, entretient leurs vieilles plaies, les tourmente dans leur repos, les conduit au délire des grandeurs ou à celui de la persécution et rend les nations amères, superbes, insupportables et vaines ».

Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*<sup>2022</sup>

Le droit est de plus en plus sollicité pour essayer de résoudre les problèmes liés à l'organisation du passé. Si le droit joue un rôle dans la construction d'une officielle capable d'assurer un vivre-ensemble, la prise en compte d'un produit aussi dangereux que l'histoire, pour reprendre la qualification de P. VALÉRY, entraîne des risques et de possibles dérives. Le problème se pose tout particulièrement quand le récit construit par le droit prétend à l'exclusivité, c'est-à-dire, à être le seul récit vrai et possible du passé. Ce faisant, il outrepassa sa compétence et, comme le dénonce la conseillère d'État F. CHANDERNAGOR « il ne se contente plus de commémorer ou d'indemniser – ce qui serait son rôle, il donne force contraignante à ses propres analyses du passé, qualifie seul les faits et interdit la discussion de ses choix »<sup>2023</sup>.

Ces risques ont été particulièrement mis en avant dans le cadre du débat français sur les lois mémorielles. Face à la multiplication de l'intervention du droit dans les questions touchant à la mémoire collective et, notamment, en réponse au vote de lois imposant une certaine lecture de l'histoire, des juristes et des historiens se sont engagés dans une critique des relations entre le droit, l'histoire et la mémoire dans le paysage politique français.

À la suite du vote de la controversée loi *Mékachéra* qui prévoyait, entre autres mesures, que « 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

---

<sup>2022</sup> Paris : Gallimard, 1945, p. 43.

<sup>2023</sup> F. CHANDERNAGOR, « L'histoire sous le coup de la loi », in *Liberté pour l'histoire*, Paris : CNRS Éd., 2008, p. 29.

ont droit »<sup>2024</sup>, un groupe d'historiens lança l'appel « Liberté pour l'histoire »<sup>2025</sup> qui dénonçait que « dans un État libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique ».

L'année suivante, à la suite du vote en première lecture d'une proposition de loi visant à réprimer pénalement la négation du génocide arménien<sup>2026</sup>, ce fut au tour des juristes de lancer une alerte contre la multiplication des lois mémorielles, qui seraient l'expression d'une « violation de la Constitution par consensus »<sup>2027</sup>.

Ces deux appels mettent en avant deux catégories de risques qui guettent l'usage juridique du passé. L'appel des juristes mettait l'accent sur la possibilité, en cas de recours constant à l'outil juridique pour résoudre des problématiques mémorielles, d'une fragilisation de la règle de droit. En particulier, le débat sur les lois mémorielles insiste sur le danger de multiplication des dispositions législatives anormatives (Chapitre I).

L'appel des historiens, de son côté, dénonçait les dérives d'une certaine juridicisation du passé et d'une confusion entre les domaines du juridique, de l'historique et du mémoriel. En effet, sous l'injonction d'un certain « devoir de mémoire » aux contours indéfinis, le droit peut être tenté de remplacer la recherche historique par sa propre vision de l'histoire. Cette confusion contribue ainsi à la crise de la représentation du passé (Chapitre II).

---

<sup>2024</sup> Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *JO* du 24 février 2005 p. 3128.

<sup>2025</sup> J-P. AZEMA et al., « Liberté pour l'histoire », *Libération*, 13 décembre 2005.

<sup>2026</sup> Proposition de loi n° 3030 complétant la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 avril 2006 et votée en première lecture le 12 octobre 2006.

<sup>2027</sup> B. MATHIEU, « Les "lois mémorielles" ou la violation de la constitution par consensus », *D.*, 2006, p. 3001. L'appel et la liste de signataires fut publié au *JCP G*, n° 48, 2006, p. 2201.

## CHAPITRE I. LE RISQUE DE FRAGILISATION DE LA RÈGLE DE DROIT : LE DÉBAT SUR LA NORMATIVITÉ DES LOIS MÉMORIELLES

Lors de la discussion en séance publique à l'Assemblée nationale de la proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, le député V. BOYER défendit sa proposition en affirmant « Ce texte a pour objet de compléter les dispositifs réprimant la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi et de leur donner une pleine effectivité. Il ne s'agit donc pas, comme l'exposé sommaire de l'amendement le laisse entendre, d'une proposition de loi mémorielle [...] Voter cette loi n'est pas un acte mémoriel, mais un acte politique fort »<sup>2028</sup>.

Cette intervention, illustre la charge négative et même péjorative qui est désormais associée à la notion de « loi mémorielle ». En effet, cette notion, qui s'est généralisée à partir de la seconde moitié des années 2000, semble cristalliser et amplifier les enjeux d'une remise en question de la qualité de la loi et, surtout, du rôle du Parlement dans une société démocratique.

Le principal défaut de la « loi mémorielle » réside, d'après ses détracteurs, dans son absence de portée normative. Or s'intéresser à la normativité des lois mémorielles implique de faire un lien entre deux notions très problématiques. En effet, la détermination du caractère normatif d'une signification, de ce qui lui permet de s'ériger en tant que modèle, est une des préoccupations fondamentales de la théorie du droit. Diverses approches de la normativité sont donc possibles, rendant sa définition complexe. À cela, il faut unir l'indétermination de la catégorie « loi mémorielle ». Si les discours politiques et juridiques font souvent appel à cette catégorie, il n'existe pas une définition consensuelle ni en ce qui concerne son contenu, ni en ce qui concerne les critères qui lui donneraient une unité (Section 1).

Ces difficultés théoriques ont une influence sur la pratique. En effet, le Conseil constitutionnel a développé sa propre conception de la normativité, qu'il a érigé en tant qu'exigence constitutionnelle. Toutefois, cette conception reflète une version réductrice de la normativité qui, confrontée à l'examen d'une des lois dites mémorielles, démontre ses contradictions et ses limitations. Plus qu'un problème de normativité, les débats autour des

---

<sup>2028</sup> JO AN débats, 23 décembre 2011, p. 9133.

lois dites mémorielles impliquent une réflexion sur la compétence et sur l'opportunité de l'action du législateur (Section 2).

## **Section 1. L'absence de normativité comme critère de définition des lois mémorielles : une caractérisation problématique**

La réflexion sur la normativité en droit français est assez récente. En effet, il est possible de constater que « le vocabulaire de la norme et de la normativité n'a été employé que tardivement dans la doctrine française, au demeurant, en lien souvent direct et exclusif avec l'œuvre de Kelsen »<sup>2029</sup>. Dans le cadre de la réflexion sur la qualité de la loi, la jurisprudence commença à s'intéresser à cette notion et à dégager une exigence de normativité comme élément du principe de qualité de la législation. La contemporanéité entre la réflexion sur la qualité de la loi et le débat sur les lois mémorielles explique que ce dernier soit souvent abordé sous l'angle d'une prétendue anormativité des lois mémorielles. Toutefois, ce débat fait preuve d'insuffisances et d'ambiguïtés dues, notamment, à la difficulté de définir à la fois la notion de normativité (§1) et la catégorie de « lois mémorielles » (§2).

### ***§ 1. La difficile conceptualisation de la normativité***

La conceptualisation de la normativité est une des principales problématiques de la théorie du droit et, plus généralement, de la philosophie, puisque la normativité n'est pas une notion exclusivement juridique, le droit n'étant pas le seul ordre normatif. Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette étude, de faire un exposé exhaustif de différentes conceptions de la normativité, mais seulement d'évoquer quelques pistes de réflexion sur sa nature, son objet et sa portée, afin d'essayer de clarifier les enjeux du débat sur les lois mémorielles et sur la conception de l'exigence de portée normative telle que développée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Suivant la conception développée par le professeur P. AMSELEK, la norme peut être définie comme un instrument dont sa vocation fondamentale est de constituer une mesure, un étalon, un modèle<sup>2030</sup>. La normativité, par conséquent, peut être définie comme la capacité d'un énoncé « à fournir référence dans le jugement en droit »<sup>2031</sup>, c'est à dire la capacité de

---

<sup>2029</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2011, p. 31-32.

<sup>2030</sup> P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD : La loi*, n° 25, 1980, p. 90-91.

<sup>2031</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 628.

donner des raisons pour agir. Plus précisément, la normativité implique la capacité d'un énoncé de servir de modèle pour induire un comportement qui n'est pas optionnel<sup>2032</sup>.

Plusieurs éléments dérivés de cette définition peuvent donc être utiles à la clarification du débat autour de la normativité des lois mémorielles. En premier lieu, il est nécessaire de souligner que la normativité est liée à une fonction dévolue à la signification d'un énoncé, indépendamment de la forme de cet énoncé. Une norme peut donc être exprimée par plusieurs énoncés qui lui servent de support. En effet, « la mesure normative, c'est le message dont ses signes sont porteurs, leur sens, c'est-à-dire ce qu'ils veulent dire, la chose qu'ils veulent évoquer à l'esprit »<sup>2033</sup>.

De même, la normativité ne se réduit pas à l'impérativité. Une conception classique du droit tend à assimiler ces deux termes, considérant que le droit ne peut s'exprimer que sous forme de commandements, obéissant au triptyque déontique de prescription, interdiction ou autorisation. À l'encontre de cette assimilation, le professeur A. JEAMMAUD souligne alors que « c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer *comment les choses doivent être* qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »<sup>2034</sup>. La réduction de la normativité à l'impérativité néglige le fait que les textes juridiques peuvent remplir de multiples fonctions. En effet, « le droit est aussi un "discours", qui fixe les repères indispensables à la cohésion sociale et assure la diffusion des valeurs fondamentales qui sont au cœur de l'ordre social : ces représentations bénéficient par projection de l'autorité qui s'attache aux énoncés juridiques ; dans la mesure où elles influent indirectement sur les comportements, elles disposent d'une puissance normative »<sup>2035</sup>.

En dernier lieu, afin de mieux comprendre les enjeux d'une prétendue exigence constitutionnelle de normativité, il importe de souligner que la portée normative n'est pas garantie par avance<sup>2036</sup>. Elle dépend ainsi d'un ensemble de conditions intrinsèques et extrinsèques à la norme. En particulier, la normativité peut être acquise après l'édition du support matériel de son énoncé, notamment grâce à son interprétation. Étant une

---

<sup>2032</sup> D. PRIEL, « The Place of Legitimacy in Legal Theory », *McGill Law Journal*, n° 1, Vol. 57, 2011, p. 6. Cette première approche servit aussi à la réflexion développée dans la première partie de cette étude pour essayer de cerner la notion de légitimité, qui est un des pôles de la normativité.

<sup>2033</sup> P. AMSELEK, « Norme et loi », *op. cit.*, p. 93.

<sup>2034</sup> A. JEAMMAUD, « La règle comme modèle », *D.*, 1990, p. 200.

<sup>2035</sup> J. CHEVALLIER, « La normativité : présentation des études », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 57.

<sup>2036</sup> *Ibid.*, p. 58.

caractéristique liée à la signification d'un énoncé, la normativité n'est pas statique et peut subir des modifications grâce à son application et son interprétation. L'accession à la normativité peut alors se réaliser suivant différents procédés : « elle peut s'opérer suite à l'intervention du législateur en vue de préciser la disposition initialement adoptée par lui, mais elle peut également résulter d'une intervention du pouvoir réglementaire ou du pouvoir judiciaire »<sup>2037</sup>. Il est donc très difficile d'évaluer la normativité de manière *a priori*, avant l'application de la norme. Cette évaluation risquerait ne pas prendre en compte la possibilité d'une normativité « en devenir »<sup>2038</sup>.

## § 2. *L'impossible unité catégorielle des lois mémorielles*

L'expression « lois mémorielles » est apparue pour la première fois sous la plume de la conseillère d'État F. CHANDERNAGOR dans une tribune publiée au journal *Le Monde* en décembre 2005<sup>2039</sup>. Elle était donc liée aux controverses sur l'adoption de l'article 4 de la loi Mékachéra sur le rôle positif de la colonisation. L'appel « Liberté pour l'histoire » reprit alors cette terminologie pour l'appliquer à quatre lois, qu'il qualifiait de « dispositions indignes d'un régime démocratique »<sup>2040</sup> : la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe<sup>2041</sup>, aussi appelée loi Gayssot ; la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915<sup>2042</sup> ; 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, appelée aussi loi Taubira<sup>2043</sup> et, finalement, la loi n° 2005-158 du 23 février

---

<sup>2037</sup> C. POMART, « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de *continuum* », *RRJ*, 2004, p. 1687

<sup>2038</sup> A. BERTRAND, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Toulouse. 2000, p. 26.

<sup>2039</sup> À propos du vote de la loi Mékachéra, l'historienne se demandait « Mais fallait-il, au fil des lois, mêler justice et histoire, histoire et mémoire ? Ces crimes, imprescriptibles pour l'avenir, devait-on les pourchasser aussi dans le passé, et parfois dans un passé lointain de plusieurs siècles ? Verra-t-on un jour, comme au Moyen Age, des procès faits à des cadavres ? Pendra-t-on des squelettes ? Faut-il en arriver enfin à poursuivre non plus les criminels eux-mêmes, morts depuis longtemps, mais les historiens spécialistes de ces périodes sombres de l'histoire du monde ? On en était déjà à se le demander avec inquiétude quand le Parlement a adopté une loi qui disait, une fois de plus, aux historiens de quel œil considérer le passé et, pour la première fois, comment l'enseigner ! Tel est le résultat d'une dérive progressive de lois remplies de bonnes intentions : les lois "mémorielles" » (F. CHANDERNAGOR, « L'enfer des bonnes intentions », *Le Monde*, 16 décembre 2005).

<sup>2040</sup> J.-P. AZEMA et al., « Liberté pour l'histoire », *op. cit.*

<sup>2041</sup> *JO* du 14 juillet 1990, p. 8333.

<sup>2042</sup> *JO* du 30 janvier 2001, p. 1590.

<sup>2043</sup> *JO* du 23 mai 2001, p. 8175.



2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, appelée aussi loi Mékachéra<sup>2044</sup>. Sans les énumérer explicitement, l'appel des juristes faisait aussi référence à ces quatre lois pour dénoncer le risque d'une « violation de la Constitution par consensus »<sup>2045</sup>. À partir de ce débat, les médias et une partie de la doctrine adoptèrent cette terminologie. Parler de « loi mémorielle » revenait alors à désigner, en soi, un problème.

La qualification d'une loi en « mémorielle » apparaît donc comme une disqualification. Toutefois, il est nécessaire de se demander si, au delà de son caractère de loi controversée ou problématique, l'expression « loi mémorielle » désigne vraiment une catégorie, voire un concept juridique ou si elle n'est qu'une simple énumération. En effet, il est possible de constater que, sous l'étiquette de « loi mémorielle », se cache une réalité éparse qui regroupe des dispositions aux contenus très divers. Certains commentateurs récusent même la dénomination de « loi mémorielle », préférant celle de « lois de mémoire »<sup>2046</sup>, « lois compassionnelles »<sup>2047</sup> ou « lois historiennes »<sup>2048</sup>. Les composantes même de la liste peuvent varier d'un commentateur à un autre (I). Prenant en compte cette diversité, la catégorisation et la définition des « lois mémorielles » s'avère être problématique (II).

---

<sup>2044</sup> JO du 24 février 2005, p. 3128.

<sup>2045</sup> B. MATHIEU, « Les “lois mémorielles” ou la violation de la constitution par consensus », *op. cit.*

<sup>2046</sup> C. AMSON, « Les “lois de mémoire” : aspects juridiques d'une pratique contestable », *RRJ*, 2006, p. 2221-2230.

<sup>2047</sup> Lors de son audition devant la Mission d'information sur les questions mémorielles, le 4 novembre 2008, l'ancien garde des Sceaux R. BADINTER déclara, à propos des lois mémorielles : « Au-delà des considérations juridiques sur lesquelles je vais revenir, j'ai toujours pensé, en effet, qu'il y avait dans ces lois une expression très profonde de la souffrance humaine. C'est d'ailleurs pourquoi, plutôt que de “lois mémorielles” j'ai parfois envie de parler de “lois compassionnelles” » (R. BADINTER, « Audition du 4 novembre 2008 » in B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Assemblée Nationale, Rapport d'information n° 1262, novembre 2008, p. 428). Cette désignation met l'accent sur l'un des rares traits communs aux lois mémorielles : l'idée de reconnaître un tort, un préjudice du passé.

<sup>2048</sup> Après avoir été à l'origine de l'expression « lois mémorielles », la conseillère d'État F. CHANDERNAGOR fit aussi référence à ce groupement de lois avec le terme « lois historiennes » (F. CHANDERNAGOR, « L'histoire sur le coup de la loi » in P. NORA, F. CHANDERNAGOR, *Liberté pour l'histoire*, Paris : CNRS éd., 2008, p. 37). Cette expression insistait sur la problématique de l'ingérence du législateur dans le domaine des historiens. Elle avait déjà été utilisée par le philosophe P. THIBAUD dans une tribune relayée par l'association *Liberté pour l'histoire* : « Note sur les lois historiennes et sur la pénalisation des opinions aberrantes » (texte disponible sur le site de l'association [http://www.lph-asso.fr/index.php?option=com\_content&view=article&id=22%3Apaul-thibaud-l-note-sur-les-lois-historiennes-et-sur-la-penalisation-des-opinions-aberrantes-r&catid=4%3Atribunes&Itemid=4&lang=fr]).

## (I) La diversité des lois mémorielles

La doctrine et, plus généralement, les discours politiques et les médias, ont adopté l'expression « lois mémorielles » pour faire référence de façon rétroactive à quatre lois votées sous différents contextes et au contenu très divers (A à D). Toutefois, en fonction des auteurs, la liste peut aussi contenir d'autres exemples (E).

### (A) *La loi Gayssot*

Chronologiquement, la première des lois mémorielles est la loi Gayssot. Cette loi s'inscrivait dans le contexte d'une montée des idées négationnistes et révisionnistes tendant à nier ou minimiser les souffrances subies par la communauté juive pendant la Seconde Guerre mondiale. Plus ponctuellement, elle répondait à l'émoi suscité dans l'opinion publique par la profanation du cimetière israélite de Carpentras, le 10 mai 1990. Elle fut le fruit d'une proposition de loi tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, proposée à l'Assemblée par le député J.-C. GAYSSOT, le 6 juillet 1988. Elle était donc présentée comme un moyen pour compléter l'arsenal répressif pour répondre à une recrudescence des actes racistes. Ainsi, elle ne correspondait pas directement à une volonté de faire mémoire, de commémorer ou de reconnaître un fait historique<sup>2049</sup>.

La proposition initiale contenait, toutefois, des dispositions à caractère déclaratoire et commémoratif. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la proposition débutait par « La République française a, dès sa proclamation, affirmé ses principes d'hospitalité et de tolérance. En conséquence, elle interdit et condamne, sur tous les territoires où elle a autorité, le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ». De même, l'article 2, prévoyait la création d'une journée d'information et d'action antiraciste, fixée le 21 mars de chaque année<sup>2050</sup>. Cette proposition fut profondément remaniée au cours de la discussion parlementaire. En particulier, la commission des lois de l'Assemblée nationale inséra plusieurs modifications à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse dont, notamment, la création d'un nouvel article 24 *bis* pénalisant la contestation des crimes contre l'humanité. Dans un premier temps, la pénalisation visait la contestation des crimes contre l'humanité « sanctionnés par une juridiction française ou internationale », mais

---

<sup>2049</sup> Cette caractéristique, unie à son caractère impératif, fait que certains commentateurs n'incluent pas la loi Gayssot dans le groupe des « lois mémorielles », c'est notamment le cas de P. FRAISSEIX, « Le Droit mémoriel », *RFDC*, 2006, p. 483 ou de l'appel de S. KLARSELD et d'autres personnalités « Ne mélangeons pas tout », *Le Nouvel Observateur*, 20 décembre 2005.

<sup>2050</sup> Proposition de loi tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, n° 43, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 1988.

cette incrimination large fut amendée pour seulement punir la contestation de « l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale »<sup>2051</sup>.

L'insertion de cet article provoqua d'intenses discussions dans l'hémicycle. La qualification de la loi Gayssot comme loi mémorielle repose alors sur une interprétation de cet article qui considère que, en pénalisant la négation de la Shoah, le législateur sort de son rôle en cristallisant un fait historique<sup>2052</sup> et, plus encore, qu'il contribue à mettre en place une vérité officielle allant à l'encontre de la liberté d'expression et de recherche<sup>2053</sup>.

L'approbation parlementaire de la loi Gayssot fut particulièrement difficile : la proposition de loi fut votée en première lecture, après de nombreux amendements, par l'Assemblée nationale le 2 mai 1990, mais elle fut rejetée à deux reprises par le Sénat. Elle fut alors l'objet d'une commission mixte paritaire qui échoua à trouver un accord, ainsi la loi ne put entrer en vigueur qu'après un vote en dernière lecture par l'Assemblée nationale, le 30 juin 1990. Dès son entrée en vigueur, cette loi fut l'objet de critiques, non seulement de la part des milieux d'extrême droite, mais aussi d'historiens et intellectuels, qui craignaient la mise en place d'un délit d'opinion et la restriction de la liberté de recherche<sup>2054</sup>.

---

<sup>2051</sup> Le garde de Sceaux, présentant l'amendement gouvernemental qui intégra cette précision, le justifia en précisant « Cet amendement tend à préciser le champ d'application de l'incrimination de négation des crimes contre l'humanité dont la création est proposée. Il ne peut s'agir que des crimes contre l'humanité commis par le régime nazi au cours de la Seconde Guerre mondiale, puisque seuls ces crimes sont aujourd'hui intégrés dans le système répressif français. La référence au statut du Tribunal international de Nuremberg, lequel définit les crimes contre l'humanité qui étaient de sa compétence et qui sont aujourd'hui punis par la loi française paraît donc meilleure » (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2<sup>e</sup> séance du 2 mai 1990, p. 958).

<sup>2052</sup> V. C. MILHAT, « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », *Revue Juridique Thémis*, n°43, 2009, p. 64.

<sup>2053</sup> Lors de la discussion au Sénat, le sénateur E. CARTIGNY, s'opposant à l'insertion de cet article, considérait « C'est à la conscience morale collective de notre pays de rejeter définitivement au loi cette idéologie rampante : il n'appartient ni au législateur, ni aux tribunaux de se substituer à sa vigilance pour protéger et faire reconnaître ses convictions profondes : ni l'un ni les autres ne sont des faiseurs de vérité historique » (SÉNAT, séance du 11 juin 1990, p. 1456).

<sup>2054</sup> L'historienne M. REBÉRIOUX s'interrogeait alors « Est-ce donc devant les tribunaux que doit se jouer le sort de ceux qui se baptisent indûment "révisionnistes" ? Est-ce au nom de la loi qu'ils peuvent et doivent être combattus ? Est-ce au droit de dire l'histoire ? » pour ainsi dénoncer la possibilité d'une ingérence dans le travail des historiens (M. REBÉRIOUX, « Le génocide, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n° 138, novembre 1990, p. 93).

### *(B) La loi relative à la reconnaissance du génocide arménien*

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la diaspora arménienne multipliait les actions pour obtenir la reconnaissance internationale des événements survenus à partir de 1915, qui entraînèrent le massacre de la population arménienne par l'armée de l'Empire ottoman. En particulier, ils demandaient la reconnaissance du caractère génocidaire de ce massacre. Diverses organisations internationales et plusieurs états reconnurent le génocide arménien à partir des années 1980. Toutefois, l'État turc a toujours nié l'existence d'un génocide à l'encontre de la population arménienne. Des associations des descendants arméniens en France demandaient alors, au gouvernement français, de reconnaître ce génocide, malgré le fait que la France n'avait pas participé et qu'il ne concernait pas, de façon directe, la population française. Cette reconnaissance impliquait, néanmoins, d'éventuelles répercussions sur la politique étrangère de l'État français, notamment dans ses relations avec la Turquie, dans le contexte particulièrement tendu de la négociation de l'entrée de cette dernière dans l'Union européenne.

La loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 est aussi le fruit d'une initiative parlementaire. Le député D. MIGAUD avait ainsi déposé une proposition de loi le 13 mai 1998<sup>2055</sup>, qui fut examinée par la commission des lois et adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 29 mai 1998. Toutefois, le gouvernement se contenta de transmettre la proposition au Sénat, sans demander l'inscription à l'ordre du jour prioritaire. Pour justifier cette position, le ministre des Affaires étrangères expliquait « qu'un tel vote ne servirait pas les objectifs de la France de voir cesser les antagonismes existants de la Méditerranée à la Caspienne et rappela que ni le Gouvernement, ni le président de la République ne pensaient qu'il appartient à la loi de proclamer la vérité sur cette tragédie historique »<sup>2056</sup>. La Conférence des présidents du Sénat refusa alors, à deux reprises, d'inscrire cette proposition à l'ordre du jour.

Un groupe de sénateurs décida de reprendre la proposition de l'Assemblée et de la présenter comme une nouvelle proposition devant le Sénat, le 27 octobre 2000<sup>2057</sup>. Dans leur exposé de motifs, et pour faire face aux critiques selon lesquelles la France n'avait pas à

---

<sup>2055</sup> Proposition de loi *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*, n° 895, déposée le 13 mai 1998.

<sup>2056</sup> Propos retranscrits dans ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur la proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide arménien, n° 2855, 10 janvier 2001.

<sup>2057</sup> Proposition de loi *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*, n° 60, déposée le 28 octobre 2000.

reconnaître un fait historique qui ne la concernait pas directement, les parlementaires considéraient que « Le génocide arménien est dans la mémoire collective de l'humanité. Les Nations Unies l'ont reconnu officiellement en 1985 et le Parlement européen en 1987. Le Parlement français, dans son ensemble, s'honorera de s'inscrire, comme d'autres Parlements nationaux, dans cette démarche profondément démocratique »<sup>2058</sup>. La proposition de loi se composait d'un article unique selon lequel « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 ». Elle fut votée par le Sénat le 7 novembre 2000 et par l'Assemblée nationale le 18 janvier 2001.

Par sa brièveté, par son caractère déclaratoire et parce qu'elle se prononce directement sur un fait historique, la loi sur la reconnaissance du génocide arménien est souvent présentée comme l'archétype de « loi mémorielle », à la fois critiquée par son caractère déclaratoire et, paradoxalement, par son éventuelle caractère liberticide. De plus, ce caractère purement déclaratoire peut aussi remis en question. En effet, l'article de la loi procède à une qualification juridique : il associe aux événements de 1915 la qualification de « génocide », catégorie de crime qui a été définie tant par des instruments internationaux comme le Statut de Rome, tant par des normes de droit interne, puisque le crime de génocide est défini à l'article 211-1 du code pénal français. Cette qualification de « génocide » est justement une des principales cibles des critiques à l'encontre de cette loi, qu'il s'agisse de la pertinence de cette qualification appliquée aux faits de 1915, de l'application rétroactive d'une qualification juridique qui n'a été codifiée qu'après la fin de la Seconde Guerre mondiale ou de la compétence du législateur pour opérer cette qualification.

### (C) *La loi Taubira*

La loi tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité est aussi issue d'une proposition parlementaire. L'exposé de motifs de cette proposition, présenté par C. TAUBIRA, exhortait les parlementaires à faire de la France le premier pays reconnaissant l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. Il considérait ainsi « La France, qui fut esclavagiste avant d'être abolitionniste, patrie des droits de l'homme ternie par les ombres et les "misères des lumières", redonnera éclat et grandeur à son prestige aux yeux du monde en s'inclinant la première devant la mémoire des victimes de ce crime orphelin ». Le but mémoriel de la proposition était donc revendiqué dès l'exposé des motifs.

---

<sup>2058</sup> *Ibid.*

À l'origine, la proposition se composait de sept articles. Le premier reconnaissait solennellement que « la traite négrière transatlantique et l'esclavage, perpétrés à partir du XV<sup>e</sup> siècle par les puissances européennes contre les populations africaines déportées en Europe, aux Amériques et dans l'océan Indien, constituent un crime contre l'humanité ». Le deuxième concernait les manuels scolaires et les programmes de recherche, considérant qu'ils devaient accorder à la traite négrière « la place qu'elle mérite ». Les articles 3 et 4 mettaient en place des mesures de commémoration, tandis que l'article 5 prévoyait l'instauration d'un comité pour examiner les conditions de réparations dues aux descendants des victimes de l'esclavage. En dernier lieu, les articles 6 et 7 articles élargissaient le dispositif mis en place par la loi Gayssot pour pénaliser la négation de l'existence de l'esclavage comme crime contre l'humanité. La proposition se composait alors d'une disposition déclaratoire, mais qui était assortie de nombreux effets juridiques, dont notamment un volet indemnitaire et un volet pénal.

Toutefois, au cours des discussions parlementaires, la proposition connut d'importants changements qui la vidèrent de ses principales dispositions impératives, donnant lieu à un texte ayant une portée plus symbolique que prescriptive. Cette portée fut soulignée par C. TAUBIRA lors de la discussion publique, où elle se référa à la force de la reconnaissance par le biais d'une loi, soulignant ainsi la fonction symbolique de la législation. Elle considéra ainsi que « cette inscription dans la loi, cette parole forte, sans ambiguïté, cette parole officielle et durable constitue une réparation symbolique, la première et sans doute la plus puissante de toutes »<sup>2059</sup>.

Le texte définitif, approuvé par les deux chambres, se composait alors de cinq articles. La reconnaissance solennelle de la France de l'esclavage comme crime contre l'humanité, les dispositions commémoratives et celle relative aux programmes scolaires furent maintenues. En revanche, le Comité des personnalités n'avait plus la charge de réfléchir sur les formes d'indemnité, mais seulement sur les actions pour pérenniser la mémoire du crime à travers les générations. La criminalisation de la négation de l'esclavage fut finalement supprimée.

#### (D) *La loi Mékachéra*

Contrairement à ses devancières, la loi portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés est issue d'une initiative

---

<sup>2059</sup> JO AN débats, 1<sup>ère</sup> séance du 18 février 1999, p. 1638.

gouvernementale. L'objectif de la loi fut souligné dans son exposé de motifs, qui considérait que « la Nation doit rendre l'hommage et la reconnaissance qui leur sont dus à l'action à l'action de développement accomplie par nos forces armées dans ces territoires [Algérie, Maroc, Tunisie ainsi que dans les territoires anciennement placés sous la souveraineté française] et à l'engagement vis-à-vis de la Mère Patrie des populations issues des territoires outre-mer, aux moments les plus dramatiques de notre histoire »<sup>2060</sup>. Cette loi s'inscrivait ainsi dans une logique de reconnaissance, mais elle s'accompagnait aussi de mesures concrètes d'indemnisation. Si le projet ne se prononçait pas, explicitement, sur un fait historique, comme l'avaient fait les lois de 2001, il rendait hommage non seulement aux hommes, mais aussi à l'œuvre accomplie par la France, donnant ainsi une certaine lecture de la colonisation.

Le projet se composait ainsi d'un article premier où la « Nation »<sup>2061</sup> exprimait sa reconnaissance « aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d'Algérie, au Maroc et en Tunisie ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française ». Les autres articles mettaient en place ou modifiaient les régimes d'indemnisation en faveur des rapatriés, notamment en faveur des harkis et des membres des formations supplétives.

Au cours de la discussion parlementaire, plusieurs dispositions à caractère éminemment commémoratives furent rajoutées. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> fut complété par un nouvel alinéa où la Nation reconnaissait « les souffrances éprouvées et les sacrifices endurés par les rapatriés, les anciens membres des formations supplétives et assimilés, les disparus et les victimes civiles et militaires des événements liés au processus d'indépendance de ces anciens départements et territoires et leur rend, ainsi qu'à leurs familles, solennellement hommage ». Cette reconnaissance s'inscrivait ainsi dans la tendance victimo-mémorielle qui caractérise les politiques mémorielles de la France depuis les années 1980. Deux nouveaux articles étaient consacrés à la mise en place d'une commémoration et d'une fondation pour la mémoire de la guerre d'Algérie, des combats du Maroc et de Tunisie. De même, la loi interdisait toute injure ou diffamation envers une personne en raison de sa qualité d'harki et l'apologie des crimes

---

<sup>2060</sup> Projet de loi portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, n° 1499, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 mars 2004.

<sup>2061</sup> Il est intéressant de souligner que les dispositions ici étudiées identifient de façon différente l'auteur de la reconnaissance solennelle. Ainsi, la Loi Gayssot et la loi Taubira font référence à la « République française », tandis que la loi sur la reconnaissance du génocide arménien identifie le titulaire uniquement en faisant référence à la « France ». La loi Mékachéra, de son côté, considère que la « Nation » est le titulaire du devoir de reconnaissance, sans doute en référence à l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 qui désigne aussi la « Nation » comme garant de la solidarité face aux calamités nationales.

contres les harkis. Toutefois, elle ne prévoyait pas un dispositif spécial de pénalisation, considérant uniquement que « L'État assure le respect de ce principe dans le cadre des lois en vigueur ». L'article qui fut à l'origine de la querelle des lois mémorielles, l'article 4, fut rajouté par un amendement parlementaire du député C. VANNESTE. Il prévoyait des dispositions sur le contenu des programmes de recherche universitaire et scolaire, considérant qu'ils devaient reconnaître, en particulier, le rôle positif de la colonisation.

Au moment de son adoption, il ne provoqua aucun débat sur son contenu, ni en ce qui concerne la compétence du Parlement pour légiférer sur le sujet. Il fut voté sans objections. La querelle déclenchée par cet article, postérieurement à son entrée en vigueur, sur le rôle de la colonisation et qui motiva le déclassement de l'alinéa controversé, eu comme conséquence d'occulter le véritable objectif de ce texte qui était la reconnaissance du rôle des harkis<sup>2062</sup>.

### (E) *La difficulté d'un consensus sur l'unité catégorielle*

Il n'existe pas un véritable consensus doctrinal quant aux composantes de la liste des lois qui sont regroupées sous l'étiquette « lois mémorielles ». Si, en général, les différents auteurs prennent en compte les quatre exemples déjà cités, qui conformeraient une sorte de « noyau dur » de la prétendue catégorie<sup>2063</sup>, d'autres élargissent le groupe, ce qui rend sa conceptualisation encore plus délicate.

M. FRANGI, par exemple, considère « qu'on peut faire remonter les lois mémorielles à la fin et au lendemain de la Première Guerre mondiale »<sup>2064</sup>. Il étend donc la catégorie afin d'inclure toutes les dispositions commémoratives prises après les guerres mondiales, dont notamment les lois du 7 novembre 1918 et du 12 février par lesquelles le Parlement reconnaissait que G. CLEMENCEAU et R. POINCARRÉ, respectivement, « avaient bien mérité de la patrie ».

P. FRAISSEIX, de son côté, intègre dans sa liste de dispositions « à vocation mémorielle », l'accord sur la Nouvelle-Calédonie du 5 mai 1998<sup>2065</sup>, dont le préambule comporte plusieurs déclarations de repentance de la part de l'État, ainsi que l'ordonnance du 9 août 1944 relative

---

<sup>2062</sup> C. AMSON, « Les "lois de mémoire" : aspects juridiques d'une pratique contestable », *op. cit.*, p. 2229.

<sup>2063</sup> V. par exemple, J. ROBERT, « L'histoire, la repentance et la loi », *RDP*, 2006, p. 279-291.

<sup>2064</sup> M. FRANGI, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur », *RDP*, 2005, p. 249. Cette conception large est aussi soutenue par C. WILLMANN, « Contribution judiciaire au débat sur la Mémoire », *Archives de la philosophie du droit*, 2007, n° 50, p. 193 et ss.

<sup>2065</sup> *JO* du 27 mai 1998, p. 8039.



au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental<sup>2066</sup> qui, selon l'auteur, a accompli « un travail de réécriture de l'histoire »<sup>2067</sup>. La Mission parlementaire sur les questions mémorielles, de son côté, rajoute trois autres textes au quatuor initial. Elle considère ainsi que la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie<sup>2068</sup>, la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc »<sup>2069</sup> et la loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et hommage aux Justes de France<sup>2070</sup>, peuvent aussi prétendre à recevoir l'étiquette de « loi mémorielle ».

Face à cette disparité de contenu, la définition de la notion « loi mémorielle » s'avère très problématique. La doctrine a toutefois essayé de trouver une définition centrée sur le « noyau dur » des lois mémorielles.

## (II) « Lois mémorielles » : une définition introuvable

Certains auteurs ont tenté d'avancer des définitions pour conceptualiser le terme « loi mémorielle ». Prônant une approche large, le professeur J-D. BREDIN proposait de définir les lois mémorielles en tant que lois « qui expriment un devoir de mémoire »<sup>2071</sup>. Toutefois, cette définition ne fait que reporter le problème vers la définition, tout autant délicate, de la notion de « devoir de mémoire ». À partir de cette définition large, le professeur C. WILLMANN propose alors une classification en fonction du but de la disposition, entre les lois commémoratives, les lois identitaires, où « le législateur a voulu consacrer des “mémoires

---

<sup>2066</sup> JO du 1er août 1944, p. 688.

<sup>2067</sup> P. FRAISSEIX, « Le Droit mémoriel », *RFDC*, 2006, p. 501. Toutefois, dans cette recherche la relation à l'histoire de cette ordonnance est plutôt abordée par son interprétation, notamment par le Conseil d'État (v. supra I<sup>e</sup> Partie, Chapitre I).

<sup>2068</sup> JO du 14 juin 1994, p. 8567.

<sup>2069</sup> JO du 20 octobre 1999.

<sup>2070</sup> JO du 11 juillet 2000, p. 10483.

<sup>2071</sup> J-D. BREDIN, « La loi, la mémoire et l'histoire », in TERRÉ Francois (dir.). *Regards sur le droit*, Paris : Dalloz, 2010, p. 105. Dans le même sens, C. WILLMANN considère que « ces lois dites mémorielles répondent à une injonction de “devoir de mémoire”, exprimant une inquiétude (légitime) de voir la mémoire submergée par l'oubli » (C. WILLMANN, « Entre mémoire, histoire et oubli, le chemin incertain de la loi » in C. PUGELIER, F. TERRE, *Jean Foyer. In memoriam*, Paris : Litec, 2010, p. 448).

identitaires” en réponse à des “amnésies identitaires” »<sup>2072</sup> et les lois de réécriture de l’histoire. Cependant, au delà du lien avec la notion ambiguë de « devoir de mémoire », il semble difficile de trouver un élément commun à ces différentes catégories.

Pour M. FRANGI les lois mémorielles sont des « textes adoptés par le Parlement selon la procédure législative, dont l’objet exclusif ou principal est de commémorer ou de reconnaître l’existence d’un événement passé en se bornant à en affirmer la réalité mais sans créer de norme juridique »<sup>2073</sup>. Ce sont donc l’objet et le manque d’impérativité, assimilée à la normativité, qui caractériseraient une loi comme mémorielle. Ainsi, ce même auteur souligne que la principale caractéristique d’une loi mémorielle est que « contrairement à ce que devrait être une loi, elle présente un caractère avant tout déclaratif et en conséquence non normatif, dans la mesure où elle ne crée pas d’obligation juridique nouvelle et ne modifie en conséquence l’état du droit »<sup>2074</sup>.

Cependant une lecture attentive des quatre lois dites « mémorielles » oblige à distinguer non seulement entre les lois, mais à l’intérieur même de ces lois<sup>2075</sup>, entre des dispositions qui pourraient être considérées comme dépourvues de portée impérative et des dispositions à impérativité certaine. En particulier, une loi se distingue du groupe par son caractère incontestablement impératif : il s’agit de la Loi Gayssot. Dans la mesure où cette loi réprime un délit, sa signification déontique est évidente. La singularité de la loi Gayssot est en général acceptée par une partie de la doctrine juridique et historique. Par exemple, l’historien H. ROUSSO considéra que « La loi Gayssot n’est pas du même ordre, elle a une portée juridique concrète en créant un nouveau délit – le “négationnisme”, les autres lois n’ayant qu’une portée déclaratoire, sans autre portée que d’accorder une forme de reconnaissance à tel ou tel groupe »<sup>2076</sup>.

La majorité de la doctrine suit ici une assimilation de la normativité à l’impérativité. Toutefois, dans une conception non réductrice de la normativité, telle qu’elle a été expliquée au début de cette section, les différentes dispositions des lois mémorielles peuvent être analysées comme des modèles ou des étalons de mesure et de qualification d’une conduite.

---

<sup>2072</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>2073</sup> M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l’expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 245.

<sup>2074</sup> M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », in F. ROBBE (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 56.

<sup>2075</sup> V. E. KERVICHE, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », *RDP*, 2009, p. 1051.

<sup>2076</sup> H. ROUSSO, « Mémoires abusives », *Le Monde*, 24 décembre 2005.

De plus, si l'on considère que la normativité est un caractère qui peut être déduit de la combinaison de plusieurs énoncés, des dispositions en apparence sans effets pourraient acquérir une signification normative. Par exemple, la signification normative des articles 1<sup>er</sup> des lois du 21 mai 2001 et du 23 février 2005 est difficile à interpréter, a priori, de façon abstraite. Mais si ces dispositions sont analysées par rapport à l'ensemble de la loi, il semblerait qu'ils aient une fonction : celle d'expliquer, de mettre en perspective les dispositions qui suivent, qu'il s'agisse de la mise en place d'une commémoration ou d'un régime de compensation financière. L'interprétation judiciaire pourrait aussi donner des effets normatifs à des dispositions en apparence dépourvus d'une telle portée. Cette conception large de la normativité réduit alors l'intérêt d'une catégorisation centrée sur une prétendue absence de cette caractéristique.

Parmi le quatuor des lois mémorielles, seule la loi reconnaissant le génocide arménien pourrait être considérée comme dépourvue, dans son intégralité, de portée impérative. Cette affirmation peut tout de même être contredite si l'on considère que l'article unique de cette loi procède à une opération de qualification juridique, donnant aux événements de 1915 le qualificatif de « génocide », notion ayant un contenu et des caractéristiques précises définies par le droit pénal international et interne. Les trois autres exemples combinent des dispositions déclaratives avec des dispositions impératives, telles la mise en place d'un régime d'indemnisation ou la création d'une fondation pour protéger la mémoire d'un groupe. Il est donc possible d'avoir des lois « exclusivement mémorielles » et des lois « partiellement mémorielles »<sup>2077</sup>.

Les autres critiques adressées aux lois mémorielles par ses détracteurs pourraient permettre d'isoler des caractéristiques communes à celles-ci<sup>2078</sup>. Pourtant, ces différents arguments avancés par la doctrine ne s'appliquent non plus à l'ensemble des dispositions. Si l'inconstitutionnalité de certaines dispositions mémorielles pourrait être alléguée, la Cour de cassation a tranché le débat en ce qui concerne la loi Gayssot, affirmant sa conformité à la Constitution dans une décision de refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, considérant que la question ne présentait pas de caractère sérieux, la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt de non-renvoi que la loi « ne porte pas atteinte

---

<sup>2077</sup> M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », *op. cit.*, p. 56.

<sup>2078</sup> Notamment, les différents griefs soulevés par l'appel des historiens et des juristes contre les lois mémorielles (J-P. AZEMA et al., « Liberté pour l'histoire » et B. MATHIEU, « Les "lois mémorielles" ou la violation de la constitution par consensus », *op. cit.*).

aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion »<sup>2079</sup>. De plus, les risques d'atteinte à des droits fondamentaux comme la liberté d'expression ou la liberté d'enseignement, semblent plutôt faibles face à des lois dites non-normatives et donc dépourvues d'effets juridiques.

La Mission parlementaire sur les questions mémorielles proposa alors trois caractéristiques communes à l'ensemble des lois mémorielles « elle sont une conséquence de la limitation des pouvoirs du Parlement établie par la Constitution du 5 octobre 1958 ; elles ne peuvent être confondues les unes avec les autres, car elles ont un objet différent, mais elles sont proches par leur source d'inspiration ; enfin, bien que motivées par d'excellentes intentions, ces lois peuvent présenter des risques juridiques, voire politiques »<sup>2080</sup>. À ces trois caractéristiques, la Mission rajouta une dernière similitude, en ce qui concerne l'objectif de différentes lois mémorielles. Ainsi, selon la Mission, ces lois « ont en commun de se référer à un événement du passé, non pour punir rétroactivement ses auteurs, mais pour établir entre le passé et le présent un lien de “reconnaissance” dans toutes les significations de ce mot : le constat d'une réalité, l'expression d'une gratitude ou au contraire la contraction d'une dette »<sup>2081</sup>. Néanmoins, ces éléments permettent, tout au plus, de comprendre le contexte et les raisons de l'adoption de ces lois. Ils sont insuffisants pour créer une catégorie unitaire.

L'expression « lois mémorielles » est alors utilisée dans cette étude pour faire référence aux quatre lois qui constituent le noyau dur du débat, en soulignant qu'il ne s'agit pas d'une catégorie juridique, mais plutôt d'une convention linguistique et d'un mécanisme de rhétorique pour souligner leur caractère problématique, notamment en ce qui concerne leur prétendue absence de normativité et à l'incompétence du législateur pour se prononcer sur ces thématiques.

---

<sup>2079</sup> Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *Bull crim.* n° 78.

<sup>2080</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>2081</sup> *Ibid.*, p. 22.

## **Section 2. Le caractère ambigu de l'exigence de portée normative dans la jurisprudence**

Par la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 le Conseil constitutionnel censura, pour la première fois, des dispositions « manifestement dépourvues de toute portée normative »<sup>2082</sup>. Cette censure s'inscrivait dans le cadre plus général de la remise en cause de la qualité de la loi et du rôle du Parlement. En effet, face au constat d'un développement de « lois bavardes »<sup>2083</sup>, de « textes d'affichage, un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »<sup>2084</sup>, de « neutrons législatifs »<sup>2085</sup>, d'une « loi molle »<sup>2086</sup>, le Conseil cherchait à développer des outils pour recadrer le travail du législateur. Toutefois, comme le démontre le recours constant à des métaphores et allégories pour faire référence au problème de la qualité de la législation, ce débat manque souvent de précision. Cette imprécision est ainsi présente dans l'exigence de portée normative que le Conseil constitutionnel dégagait de l'article 6 de la Déclaration de 1789, dont les contours ne sont pas clairement définis (§1).

Malgré son imprécision, la consécration de cette exigence constitutionnelle de normativité de la loi fut saluée comme une arme pour faire face à la querelle des lois mémorielles<sup>2087</sup>, certains commentateurs considérant même que cette jurisprudence fut élaborée en réaction à cette querelle<sup>2088</sup>. Ainsi, pour l'ancien garde des Sceaux R. BADINTER,

« Il est intéressant d'observer que la première décision du Conseil constitutionnel qui serait à mon sens transposable aux quatre lois dites mémorielles est postérieure à la dernière de celles-ci : c'est la décision du 21 avril 2005 [...]. Le Conseil y a souligné que "la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative". Ce principe était en lui-même connu, mais il est frappant que le Conseil l'ait énoncé à un moment où l'on s'interrogeait déjà sur la portée des lois mémorielles »<sup>2089</sup>.

---

<sup>2082</sup> CC n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Avenir de l'école*, Rec. p. 7173, *JO* du 24 avril 2005, p. 7173.

<sup>2083</sup> L'origine de cette expression peut être retracée au Rapport public du Conseil d'État de 1991 sur la Sécurité juridique, qui avertissait que « Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille discrète », CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public 1991 : De la sécurité juridique », *EDCE*, n° 42, Paris : La documentation française, Coll. Études et documents du Conseil d'État, 1991, p. 20.

<sup>2084</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>2085</sup> Expression de J. FOYER, Intervention lors du débat de la *Loi d'orientation de la recherche et du développement techno-logique*, *JO AN débats*, 21 juin 1982, p. 3667.

<sup>2086</sup> B. MATHIEU, *La loi*, Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 102.

<sup>2087</sup> V. par exemple B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *RDP*, 2007, p. 231-284, ou P. FRAISSEIX, « Le Droit mémoriel », *op. cit.*, p. 483-508.

<sup>2088</sup> Par exemple, T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites "mémorielles" sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *Droit et cultures*, n° 66, 2013, p. 58.

<sup>2089</sup> R. BADINTER, « Audition devant la Mission d'information sur les questions mémorielles » (4 novembre 2008), *op. cit.*, p. 429.

Néanmoins, l'impossibilité juridique ou politique de saisir le Conseil constitutionnel pour ces lois empêcha d'appliquer cette jurisprudence aux lois mémorielles. Le vote d'une nouvelle loi qualifiée de mémorielle en 2012 donna, finalement, l'opportunité au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la normativité de ce type de lois par une décision non exempte de contradictions mais qui servirait, malgré tout, de source d'inspiration pour d'autres juridictions (§2).

### **§ 1. Une conception particulière de la normativité de la loi**

L'exigence constitutionnelle de portée normative, dégagée par le Conseil constitutionnel, est le fruit d'une politique jurisprudentielle développée depuis le début des années 1980 et qui visait l'amélioration de la qualité et la clarté de la législation, dans le but d'assurer la sécurité juridique (I). Si l'objectif de cette politique jurisprudentielle est salubre, les instruments développés par le Conseil, de façon paradoxale, manquent souvent de rigueur et de clarté quant à leur régime et leur portée (II).

#### **(I) Le développement de l'exigence constitutionnelle de portée normative**

Depuis la décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, le Conseil constitutionnel avait pris l'habitude de relever l'existence, dans les lois soumises à son contrôle, de dispositions « dépourvues de tout effet juridique »<sup>2090</sup>, sans toutefois considérer cette absence d'effets en tant qu'une méconnaissance de la Constitution<sup>2091</sup>. La nomenclature utilisée pour faire référence à cette absence d'effets était variable. Le vocable « normatif » apparut pour la première fois dans une décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 sur la *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, où le Conseil considéra « qu'en prévoyant de demander aux populations intéressées de se prononcer sur l'accession du territoire à l'indépendance "en association avec

---

<sup>2090</sup> CC n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme sur la planification*, Rec., p. 52, JO du 29 juillet 1982, p. 2424.

<sup>2091</sup> Pour une évolution détaillée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel v. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, p. 63-68 et F. BRUNET, « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris : LGDJ / Bruylant, 2009, p. 403-418.

la France", sans autre précision, l'article 1er, premier alinéa, de la loi, se borne à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif ». Il conclut ainsi que « s'agissant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même en vue de dispositions législatives ultérieures, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle »<sup>2092</sup>. En effet, si le Conseil constitutionnel signalait cette absence de contenu normatif, il considérerait, néanmoins, que la disposition échappait à son contrôle ou que le moyen était inopérant. De plus, ce défaut de normativité pouvait être qualifié<sup>2093</sup> soit comme une absence d'« effets »<sup>2094</sup>, de « portée »<sup>2095</sup>, de « caractère »<sup>2096</sup> de « valeur »<sup>2097</sup> ou bien de « force »<sup>2098</sup>, démontrant déjà une ambiguïté dans la conception que se faisait le Conseil constitutionnel de la normativité.

Cette jurisprudence connut une évolution à partir de l'année 2004. Par une décision n° 2004-500 DC le Conseil constitutionnel dégagea, de façon explicite, l'exigence selon laquelle « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »<sup>2099</sup>. Pour le Conseil, cette exigence découlait de l'affirmation « La loi est l'expression de la volonté générale » consacrée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et de « l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi ». Par conséquent, l'exigence de portée normative était, pour le Conseil constitutionnel, une exigence liée à l'*objet* de la loi. Dans cette décision, l'exigence de portée normative était associée au principe de clarté de la loi et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi. Le but de cet ensemble d'exigences était de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »<sup>2100</sup>. Il s'agissait donc d'exigences qui

---

<sup>2092</sup> CC n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, Rec., p. 63, JO du 8 août 1985, p. 9125, consid. 7.

<sup>2093</sup> V. sur ce point les développements de F. BRUNET, « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 403-404.

<sup>2094</sup> CC n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, Rec., p. 70, JO du 10 mai 2000, p. 6976, consid. 16.

<sup>2095</sup> CC n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Avenir de l'école*, Rec., p. 7173, JO du 24 avril 2005, p. 7173, consid. 7.

<sup>2096</sup> CC n° 2003-467 DC du 12 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec., p. 211, JO du 19 mars 2003 p. 4789, consid. 90.

<sup>2097</sup> CC n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, Rec., p. 198, JO du 30 août 2002, p. 14411, consid. 21.

<sup>2098</sup> CC n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec., p. 71, JO du 18 juin 1999, p. 8964, consid. 4.

<sup>2099</sup> CC n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec., p. 116, JO du 30 juillet 2004, p. 13562, consid. 12.

<sup>2100</sup> *Ibid.*, cons. 12.

cherchaient à préserver la séparation des pouvoirs et à garantir la sécurité juridique<sup>2101</sup>. Toutefois, dans cette décision, le Conseil ne censura aucune disposition en méconnaissance de l'exigence qu'il venait de dégager.

Ce pas fut franchi par la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005. Le Conseil reprit ici textuellement le considérant de principe de la décision de 2004 et l'appliqua au II de l'article 7 de la loi objet du contrôle, selon lequel :

« L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel » .

Il considéra que ces dispositions étaient « manifestement dépourvues de toute portée normative »<sup>2102</sup> et les déclara contraires à la Constitution. Par cette décision, le Conseil se considéra compétent pour censurer une atteinte « manifeste », admettant ainsi une gradation dans la portée normative. De même, et pour renforcer cette conception graduelle de la normativité, il examina d'autres dispositions de la loi qu'il considéra comme ayant une « portée normative incertaine ». Cependant, ces dispositions à portée normative incertaine furent examinées à la lumière du principe de clarté de la loi, ainsi le Conseil conclut, qu'en raison de la généralité des termes qu'ils employaient, « ces articles font peser sur les établissements d'enseignement des obligations dont la portée est imprécise ; qu'il résulte cependant des travaux parlementaires qu'ils imposent des obligations non pas de résultat mais de moyens ; que, sous cette réserve, les articles 27 et 31 ne méconnaissent pas le principe de clarté de la loi »<sup>2103</sup>. L'exigence de portée normative est alors, pour le Conseil constitutionnel, une des manifestations de l'exigence matricielle de qualité de la loi qui regroupe, à côté de la normativité, l'exigence de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi<sup>2104</sup>.

L'obligation constitutionnelle de portée normative connaît cependant des exceptions. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel la Constitution exclut de cette obligation les lois de

---

<sup>2101</sup> Il faut souligner, qu'à cette époque, le principe de sécurité juridique n'était pas reconnu comme une norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Toutefois, il était considéré comme une référence implicite pour le contrôle. V. sur ce point A-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, 534 p.

<sup>2102</sup> CC n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *précitée*, consid. 17.

<sup>2103</sup> *Ibid.*, consid. 19.

<sup>2104</sup> W. SABETE, « L'exigence de "portée normative" de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme », *RRJ*, n° 4, 2005, p. 2240-2241.



programme, l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 relatif à la parité entre les femmes et les hommes que la loi doit « favoriser » et, depuis la révision 2008, les résolutions de l'article 34-1.

Si cette première censure permit au Conseil constitutionnel d'affirmer l'existence d'une exigence constitutionnelle de portée normative, son contenu ne fut pas explicité. Il faut donc avoir recours aux documents connexes à la décision pour essayer de déterminer quelle est la portée de cette nouvelle exigence constitutionnelle. Le commentaire autorisé donne ainsi une définition plus complète de cette exigence : « La loi étant définie par sa portée normative (elle prescrit, interdit, autorise), un énoncé sans portée normative n'est pas une loi et ne peut pas figurer dans une loi, car, étant voté (voire amendé) en même temps que la loi qui le porte, il conduirait le Parlement à se prononcer par un vote sur un texte non prévu par la Constitution »<sup>2105</sup>. De même, les services documentaires du Conseil élaborèrent un document annexe qui portait le titre « Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives » compilant des éléments jurisprudentiels, de doctrine et de droit comparé qui ont été pris en compte par le Conseil afin de déterminer cette exigence constitutionnelle de portée normative<sup>2106</sup>.

Postérieurement à cette décision, le Conseil continua à faire référence à la portée normative de la loi dans plusieurs décisions, sans pour autant utiliser cette exigence comme fondement pour une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité. Par exemple, dans une décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, il rappela le considérant de principe sur la normativité, mais considéra que, dans le cas d'espèce, il s'agissait de dispositions qui pouvaient être analysées comme des lois de programme, disposition qui échappent, d'après la Constitution elle-même, à l'exigence de normativité<sup>2107</sup>. De même, dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, le Conseil considéra que l'article 1<sup>er</sup> de la loi déférée selon lequel « Les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire ; dans le respect du principe de subsidiarité, ils font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs », n'était pas dépourvu de caractère normatif<sup>2108</sup>.

---

<sup>2105</sup> Texte du commentaire disponible à l'adresse [[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2005512DCccc\\_512dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2005512DCccc_512dc.pdf)].

<sup>2106</sup> Document disponible à l'adresse [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2005512DCdoc1.pdf>].

<sup>2107</sup> CC n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec., p. 102, JO du 14 juillet 2005, p. 11589, consid. 3-4.

<sup>2108</sup> CC n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec., p. 78, JO du 13 mai 2010, p. 8897, consid. 27.

Trois éléments se dégagent alors de ce corpus pour la caractérisation de l'exigence constitutionnelle de portée normative, telle que conçue par le Conseil constitutionnel. Premièrement, elle est assimilée à une exigence d'impérativité : toute disposition doit donc répondre au modèle déontique de prescription, interdiction ou autorisation pour être conforme à cette exigence. En deuxième lieu, même si elle est considérée comme un élément de définition de la loi, elle semble être aussi liée à un problème de compétence du législateur : la Constitution ne prévoit pas la possibilité pour le législateur de voter des dispositions non impératives en dehors des exceptions prévues par le texte. Finalement, l'exigence de normativité peut faire l'objet d'une gradation, des dispositions peuvent donc avoir une portée normative incertaine. La combinaison de ces différents éléments s'avère fortement problématique, conduisant ainsi à une remise en question de l'exigence dégagée par le Conseil.

## (II) Les limites de l'exigence de normativité développée par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel, dans le corps de sa décision, ne donne pas un contenu concret à l'exigence de normativité. Eu égard à la complexité de cette notion et à l'absence d'un consensus dans la doctrine sur sa portée, ce manque de définition s'avère particulièrement problématique. Cette lacune, « non seulement rend difficile une anticipation des censures éventuelles, mais elle laisse également ouverte la question de savoir si une loi non soumise au Conseil contient des dispositions “non normatives” »<sup>2109</sup>. De façon paradoxale, le Conseil constitutionnel ne semble pas appliquer les exigences de clarté et d'intelligibilité aux instruments qu'il dégage lui-même.

L'exigence de normativité, telle que présentée par la décision et analysée par la doctrine, s'assimile néanmoins à une exigence d'impérativité, or, cette définition s'avère très réductrice. Comme il a été soutenu *supra*, l'impérativité n'est qu'une des modalités possibles d'une notion beaucoup plus large de normativité. Cependant, pour certains commentateurs, cette réduction s'explique par le fait que « lorsqu'il censure des dispositions non normatives, le Conseil s'attache à une certaine forme de normativité, celle qui est propre à la loi. Il n'a pas à déterminer si d'autres formes de normativité, extérieures à la loi, voire au champ juridique,

---

<sup>2109</sup> F. BRUNET, « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 413.

peuvent exister »<sup>2110</sup>. Néanmoins, même si cette prémisse est acceptée, chercher à réduire les différentes dispositions législatives au modèle déontique de la permission, l'interdiction et la prescription ne permet pas de rendre compte des différents moyens qu'a la loi pour servir de modèle à un comportement.

Pour le Conseil constitutionnel la normativité est donc une exigence qui porte sur l'examen de l'*objet* de la loi. Toutefois, il l'assimile, dans le même temps, à un problème de compétence du législateur, confondant alors la normativité avec la juridicité. En effet, en suivant le commentaire « autorisé », « les énoncés non normatifs ne sauraient, sous la V<sup>e</sup> République, faire l'objet d'un vote au Parlement »<sup>2111</sup>. Le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, ne peut voter que des lois impératives. L'exigence constitutionnelle de portée normative est alors une exigence qui ne porte plus sur l'*objet* mais sur la forme, sur la lettre même de l'énoncé. Cette conception pose le problème d'une confusion entre la norme et son support matériel. En effet pour le Conseil « la norme ne réside plus dans la signification d'un ou plusieurs énoncés, mais dans leur lettre même »<sup>2112</sup>.

Le fondement de l'exigence constitutionnelle de portée normative, quant à lui, fait l'objet d'une double critique. D'un côté, le recours à l'article 6 de la Déclaration de 1789 pour construire une conception de la normativité réduite à l'impérativité semble aller à l'encontre de l'esprit des Lumières qui avait inspiré la Déclaration de 1789. Le commentaire aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* considère ainsi que « réduire en particulier celle-ci [la loi] au champ du normatif et lui imposer de ne jamais entreprendre dans le champ du politique procède à coup sûr d'une vision par trop réductrice de la pensée de Rousseau et à sa suite, de celles des révolutionnaires »<sup>2113</sup>. De même, prétendre déduire d'une interprétation systémique de l'article 6 que l'expression de la volonté générale se limite à des énoncés déontiques est critiquable. En effet, aucun élément de la Déclaration de 1789 laissait entrevoir une limitation de l'expression de la volonté générale, ainsi « l'exigence de normativité de la loi ne résulte donc pas de la simple affirmation “la loi est l'expression de la volonté générale” mais d'une conception particulière, celle du Conseil constitutionnel, de la façon dont cette

---

<sup>2110</sup> B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 69.

<sup>2111</sup> Texte du commentaire qui accompagne la décision, précité.

<sup>2112</sup> T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites “mémorielles” sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *op. cit.*, p. 60.

<sup>2113</sup> L. FAVOREU et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2013, p. 281.

volonté doit rédiger la loi »<sup>2114</sup>. D'un autre côté, le Conseil déduit l'exigence d'impérativité « de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi », sans toutefois préciser ces normes. Il aurait été sans doute trop long, dans le cadre d'une décision aussi laconique, d'énumérer les différents articles de la Constitution qui font référence à l'objet de la loi, mais cette mention vague contribue à l'ambiguïté de la définition de la nouvelle exigence dégagée par le Conseil.

En ce qui concerne sa portée, la conception de la normativité adoptée par le Conseil constitutionnel est une conception *statique*. Malgré l'admission de l'existence de dispositions dotées d'une normativité incertaine, le Conseil considère que la qualité de « normatif » est intrinsèque à la norme et qu'elle peut être analysée dès le moment de son édicition. Toutefois, la qualité de normatif n'est pas, en réalité, une qualité inhérente aux énoncés. Même si la réduction de la normativité à l'impérativité est acceptée, tout énoncé en apparence descriptif ou indicatif n'est pas nécessairement dépourvu d'une force impérative<sup>2115</sup>. Cette idée peut être illustrée par la règle interprétative classique selon laquelle « l'indicatif vaut impératif », où un énoncé écrit à l'indicatif peut être interprété comme une norme impérative. En effet, c'est aux interprètes de déterminer, le cas échéant, la portée normative d'une disposition<sup>2116</sup>.

De nombreux énoncés, dont leur rédaction n'obéit pas au modèle déontique, sont aujourd'hui le support de normes fondamentales, dont personne n'oserait remettre en question leurs effets juridiques. De façon provocatrice, le professeur M. COLLET envisageait l'application de l'exigence de portée normative au Préambule de 1946 et il se demanda ainsi : « Si le Parlement venait aujourd'hui à adopter une loi dont le contenu reproduirait à l'identique les alinéas du Préambule de 1946, quel accueil le Conseil constitutionnel lui réserverait-il ? Une réponse s'impose : le juge constitutionnel invaliderait une bonne part des dispositions de la loi en question au regard de leur “défaut manifeste de portée normative” »<sup>2117</sup>. De même, le Conseil constitutionnel n'hésita pas, dans la décision n° 94-343/344 DC sur la bioéthique, à donner une portée normative à une disposition du Préambule qui pourrait être même qualifiée comme ayant un caractère mémoriel et dont la rédaction ne reflète aucune impérativité. Ainsi, il dégaga le principe à valeur constitutionnelle de

---

<sup>2114</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 66.

<sup>2115</sup> W. SABETE, « L'exigence de “portée normative” de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme », *op. cit.*, p. 2244.

<sup>2116</sup> M. COLLET, « Le droit déclaratoire. À propos des lois mémorielles et autres dispositions déclaratives », in Y. GAUDEMONT, *Le préambule de la Constitution de 1946*, Paris : LGDJ, 2008, p. 23.

<sup>2117</sup> *Ibid.*, p. 19.

sauvegarde de la dignité de la personne humaine à partir de la première phrase du Préambule de 1946 selon laquelle « 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 »<sup>2118</sup>.

L'exigence constitutionnelle de portée normative dégagée par le Conseil constitutionnel véhicule alors une conception conservatrice de la loi et de la fonction du législateur. Elle s'attache à une définition de la loi proche de l'idéal des codificateurs du XIX<sup>e</sup> siècle, et, notamment, de la définition donnée par PORTALIS pour qui « la loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense »<sup>2119</sup> et qui ne permet pas de prendre en compte d'autres formes d'expression de la normativité.

De même, elle défend une conception de la séparation des pouvoirs qui essaie de limiter le pouvoir du juge. En effet, un des objectifs de l'exigence de normativité est d'éviter de laisser une trop grande marge d'interprétation au juge au moment d'appliquer la loi. Ceci reflète les craintes d'un gouvernement de juges et la conception classique d'une autorité judiciaire qui devrait se conformer au rôle de la bouche de loi. Le professeur B. MATHIEU résume ainsi la position du Conseil constitutionnel : « c'est au législateur qu'il incombe de rechercher l'intérêt général en votant la loi et au juge de veiller au respect des lois ainsi adoptées. Quelles que soient l'importance de la jurisprudence et l'éminence de la tâche du juge lors de la confrontation de la norme aux situations vécues, la séparation des pouvoirs place le juge en situation seconde par rapport au législateur »<sup>2120</sup>. Toutefois, cette conception conservatrice ne semble plus convenir aux caractéristiques et aux attentes de l'ordre juridique contemporain.

D'un point de vue contentieux, la conception de la normativité défendue par le Conseil constitutionnel rend particulièrement délicat son examen dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité. Si l'exigence de normativité est considérée comme un élément de

---

<sup>2118</sup> CC n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec., p. 100, JO du 29 juillet 1994, p. 11024, consid. 2.

<sup>2119</sup> J-E-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in P.A. FENET (compilateur), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I, Paris, 1827, p. 479. Cette citation est fréquemment utilisée pour justifier cette conception restrictive de la normativité. Elle faisait partie du discours de vœux du président Mazeaud précité et elle fut mise en exergue dans les documents complémentaires qui accompagnaient la décision 2005-512 DC.

<sup>2120</sup> B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *op. cit.*, p. 70.

définition de la loi, l'absence d'impérativité impliquerait que la disposition n'est pas une loi. Or, en vertu des articles 61 et 61-1, le Conseil n'est compétent pour se prononcer que sur les lois ordinaires, les lois organiques, les lois de pays et les règlements des Assemblées. Si une loi non impérative n'est pas une loi, elle ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et le moyen présenté à son encontre serait inopérant. Cette position était celle soutenue par le Conseil constitutionnel avant les décisions de 2004 et 2005, et semblait mieux répondre à sa conception de la normativité.

De plus, comme le signale le professeur V. CHAMPEIL-DESPLATS, si un énoncé non normatif est dépourvu de tout effet juridique « comment alors peut-il être contraire – ou produire des effets contraires – à une norme constitutionnelle, autre que celle *ad hoc* qui impose précisément la normativité des énoncés législatifs ? »<sup>2121</sup>. Cette contradiction fut mise en exergue par la proposition de loi constitutionnelle n° 1832 *tendant à renforcer l'autorité de la loi*, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 5 octobre 2004, qui voulait compléter le premier alinéa de l'article 34 de la Constitution avec la phrase « Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative ». Si cette révision constitutionnelle permettrait au Conseil d'avoir une norme précise établissant le caractère normatif de la loi comme exigence constitutionnelle, on peut se demander comment la Constitution, sans tomber elle-même dans le vice de l'absence de portée normative, peut prescrire quelque chose qui relève de la nature même de la loi.

Se pose aussi le problème du contrôle de l'exigence de portée normative dans le cadre des procédures prévues par les articles 61 et 61-1 de la Constitution. En effet, seule une conception statique de la normativité peut être prise en compte dans le cadre d'un contrôle *a priori*, puisque ce dernier s'effectue avant toute application ou interprétation de la loi.

Le contrôle *a posteriori* pourrait permettre un examen d'une conception plus large de l'exigence de normativité, prenant en compte sa possibilité d'évolution. Toutefois, les règles procédurales de la question prioritaire de constitutionnalité limitent cette possibilité. En effet, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, l'examen *a priori* se fait uniquement par rapport « aux droits et aux libertés que la Constitution garantit », or l'exigence de normativité est difficilement assimilable à un droit ou à une liberté. Le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur la possibilité d'invoquer, dans le cadre d'une QPC, l'objectif de valeur

---

<sup>2121</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 66.

constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, considérant que cet objectif ne peut, en lui-même, être une norme de référence du contrôle *a posteriori*<sup>2122</sup>. Eu égard à la parenté entre cet objectif et l'exigence de normativité, la solution du Conseil constitutionnel pourrait être transposée. Un autre obstacle s'oppose à l'utilisation du mécanisme prévu par l'article 61-1. Cet article propose un contrôle *a priori* concret : la disposition législative sur laquelle porte la question préjudicielle doit faire l'objet d'une application par les juges ou d'une invocation par les parties. Or, cette invocabilité ou cette application sont déjà un indice de normativité. Dans un tel cas, le Conseil constitutionnel serait mis face à l'ambiguïté de sa propre jurisprudence, et le contrôle *a posteriori* de l'exigence de normativité deviendrait donc impraticable.

Face à ces nombreuses imprécisions et problèmes, la solution dégagée par la jurisprudence sur l'exigence de portée normative peine à convaincre. Le fait que l'inconstitutionnalité du II de l'article 7 de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école reste le seul exemple de censure par méconnaissance de cette exigence illustre les limites de cet instrument. De l'aveu même du commentateur « autorisé » des décisions du Conseil constitutionnel, la décision de 2005 « constitue une décision d'espèce, rendue dans le contexte particulier d'un débat sur la "qualité de la loi" »<sup>2123</sup>. Néanmoins, cette jurisprudence fut reprise, de façon assez ambiguë, dans une décision de 2012 relative à une loi dite « mémorielle ».

## **§ 2. La possibilité de sanction des « neutrons législatifs » du droit mémoriel**

La jurisprudence sur l'exigence de la normativité de la loi avait vocation à s'appliquer aux lois dites « mémorielles ». En effet, comme il a été rappelé, cette jurisprudence fut influencée par la querelle qui s'est développée sur ces lois à partir de 2005. De même, le

---

<sup>2122</sup> Par exemple, v. CC n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, Rec., p. 529 ; JO du 13 octobre 2012 p. 16031, consid. 9.

<sup>2123</sup> Commentaire de la décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, texte disponible à l'adresse [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012649DCccc\_649dc.pdf]. Il faut souligner que le commentaire se réfère plus précisément à la censure opérée par la décision de 2005 des dispositions législatives relevant du domaine réglementaire. Toutefois, la qualification de la décision de 2005 comme une décision d'espèce peut aussi s'appliquer à la censure par le non respect de l'exigence de normativité, eu égard au fait qu'elle resta sans suite.

document annexe accompagnant la décision 2005-512 DC établissait une liste d' « exemples de textes législatifs non normatifs ou dotés d'une normativité incertaine », parmi lesquels figurait, en bonne place, l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915. La Mission d'information sur les questions mémorielles maintenait aussi l'espoir que la mise en place du contrôle *a posteriori* puisse avoir une influence sur le contrôle de la normativité des lois mémorielles. Ainsi, dans ses conclusions sur le rôle de la loi et du Parlement, elle souligna « À l'avenir, le Conseil constitutionnel aura d'autant plus à cœur de veiller au caractère normatif de la loi qu'il pourra être désormais saisi par tout citoyen sur le fondement de "l'exception d'inconstitutionnalité" prévue par l'article 29 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 »<sup>2124</sup>. Toutefois, les caractéristiques du contrôle de constitutionnalité et le contexte politique limitaient la possibilité d'un examen des lois dites « mémorielles » à la lumière de l'exigence de portée normative. Une seule décision du Conseil a fait référence directe à cette exigence par rapport à une loi complétant une des lois conformant le *quatuor* des lois dites « mémorielles » (I). Malgré les nombreuses critiques formulées à son encontre, elle servit de modèle pour que la Cour de cassation examine la portée d'une disposition de la loi sur la reconnaissance de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (II).

### (I) L'examen des lois dites « mémorielles » par le Conseil constitutionnel

Aucune des lois mémorielles n'avait été soumise au contrôle de constitutionnalité *a priori* au moment de son vote. En effet, face au caractère politiquement sensible des sujets abordés par ces lois, la saisine du Conseil aurait pu être mal perçue<sup>2125</sup>. Le seul examen d'une loi qualifiée de « mémorielle » fut le recours au mécanisme de délégalisation prévu par

---

<sup>2124</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>2125</sup> Par exemple, au cours de la discussion législative sur la loi Gayssot, plusieurs parlementaires avaient soulevé des éventuelles inconstitutionnalités de la loi. En particulier, le Sénat avait décidé de rejeter en première lecture la proposition de loi, après le vote d'une question préalable (article 44 alinéa 3 du Règlement du Sénat). La motion, présentée par le Sénateur C. LEDERMAN, considérait, entre autres motifs, que le projet de loi impliquait « une atteinte inacceptable à la liberté d'opinion » (SÉNAT, séance du 11 juin 1990, p. 1461). Cependant, une fois le texte approuvé, les sénateurs qui avaient voté contre le projet, décidèrent de ne pas saisir le Conseil constitutionnel. Pour le professeur M. TROPER, la non saisine obéit, dans ce cas, à un calcul politique « La minorité de l'Assemblée nationale ou du Sénat, qui aurait pu saisir le Conseil constitutionnel pendant le délai qui séparait le vote et la promulgation, s'est abstenue de le faire, sans doute parce que le bénéfice qu'elle pouvait en retirer, même en cas de décision favorable, était inférieur au risque politique qu'elle aurait pris » (M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, n° 6, 1999, p. 1239).



l'article 37 de la Constitution, afin de mettre fin à la controverse concernant l'article qui prévoyait que les programmes scolaires reconnaissent, en particulier, le rôle positif de la colonisation de la loi Mékachéra<sup>2126</sup>.

La première tentative de soumettre au contrôle de constitutionnalité une des lois dites mémorielles fut une question prioritaire de constitutionnalité concernant la loi Gayssot, soulevée devant la Cour de cassation. Toutefois la Cour, décida de ne pas transmettre la QPC au Conseil constitutionnel<sup>2127</sup>. Cette décision fut critiquée non seulement par sa motivation mais aussi par son opportunité. En effet, sous le prétexte du contrôle du caractère sérieux de la question, la cour de Cassation fit, en réalité, un examen de la constitutionnalité de la disposition, considérant explicitement qu'elle ne portait pas atteinte à la liberté d'expression et d'opinion, sans pour autant motiver ce jugement<sup>2128</sup>. De plus, certains commentateurs considéraient que le refus de soumettre cette question au Conseil constitutionnel impliquait de contourner le débat autour des lois mémorielles. Ainsi, le professeur A. M. LE POURHIET s'indignait en considérant que « la Cour ignore ou méprise ainsi le fait que des centaines d'intellectuels, historiens et juristes de renom se sont précisément mobilisés pour dénoncer la violation par les lois dites "mémorielles" des libertés intellectuelles et universitaires »<sup>2129</sup>.

Le Conseil fut aussi saisi de la loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et du recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc. Cette saisine permit au Conseil constitutionnel de prendre position sur une disposition qui, sans faire partie du noyau dur des lois dites mémorielles, pouvait être rattachée à une conception large du droit mémoriel. Les députés requérants argumentaient dans leur saisine, entre autres moyens, que « l'institution d'une journée commémorative ne procède d'aucun caractère impératif: elle n'est assortie d'aucune portée concrète, d'aucune sanction, d'aucune conséquence institutionnelle » et que, par conséquent, la disposition méconnaissait l'exigence du caractère impératif de la loi<sup>2130</sup>. Le Conseil constitutionnel se limita à constater que les dispositions objet du contrôle n'étaient

---

<sup>2126</sup> CC n° 2006-203 L du 31 janvier 2006, *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, Rec., p. 37, *JO* du 2 février 2006, p. 1747.

<sup>2127</sup> Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *Bull crim.* n° 78.

<sup>2128</sup> V. B. DE LAMY, « QPC : Refus de transmission », *RSC*, 2011, p. 178 et P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD Civ.*, 2010, p. 504.

<sup>2129</sup> A-M. LE POURHIET, « Politiquement correct mais juridiquement incorrect », *Constitutions*, 2010, p. 366.

<sup>2130</sup> Texte de la saisine disponible à l'adresse [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-657-dc/saisine-par-60-deputes.135201.html>].

pas « entachées d'inintelligibilité, ni méconn[aient] aucune exigence constitutionnelle »<sup>2131</sup>. De manière implicite, il confirma ainsi la compétence du législateur pour participer à la politique commémorative.

Le vote de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi donna l'opportunité au Conseil de se prononcer sur la portée normative d'une loi mémorielle<sup>2132</sup>. Le Parlement français avait reconnu le génocide arménien de 1915, par la loi n°2001-70 du 29 janvier 2001. Comme il a été signalé *supra*, cette loi fait partie du noyau dur des lois qualifiées de « mémorielles ». En particulier, elle était celle dont le caractère déclaratoire de son article unique était le plus communément accepté. Le manque d'effets juridiques de la reconnaissance officielle faisait même l'objet de revendications de la part des acteurs mémoriels. Pour répondre à ces revendications, l'Assemblée nationale avait voté une proposition de loi visant explicitement à sanctionner la négation du génocide arménien<sup>2133</sup>, mais elle ne fut jamais inscrite à l'ordre du jour du Sénat.

La transposition de la décision-cadre 2008-913-JAI du Conseil de l'Union Européenne *sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal*<sup>2134</sup>, donna à la majorité un moyen d'introduire une nouvelle proposition de loi pénalisant la contestation de l'existence de génocides. En effet, cette décision-cadre imposait aux États membres, entre autres obligations, de prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que la négation et la banalisation grossière publiques de crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre soient punissables. Une proposition de transposition fut déposée par la député V. BOYER.

Toutefois, au fur et à mesure qu'avancait le débat parlementaire, la disposition originale de l'article 1<sup>er</sup> qui visait, dans sa version d'origine:

« l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre tels qu'ils sont définis de façon non exclusive par les articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale créée à Rome le 17 juillet 1998, des articles 211-1 et 212-2 du code pénal et par l'article 6 du statut du tribunal militaire

---

<sup>2131</sup> CC, n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, *Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc*, Rec. p. 616, JO du 7 décembre 2012 p. 19162, consid. 3.

<sup>2132</sup> CC n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, Rec., p. 139, JO du 2 mars 2012 p. 3988.

<sup>2133</sup> Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien, adoptée en 1<sup>ère</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2006, TA n° 610.

<sup>2134</sup> CONSEIL DE L'UE, décision cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 *sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal*, JOUE du 6 décembre 2008 n° L 328/55.

international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ; et qui auront fait l'objet d'une reconnaissance par la loi, une convention internationale signée et ratifiée par la France ou à laquelle celle-ci aura adhéré, par une décision prise par une institution communautaire ou internationale, ou qualifiés comme tels par une juridiction française, rendue exécutoire en France »

est devenue, après les amendements approuvés par la commission des lois de l'Assemblée, « Les peines prévues à l'article 24 bis sont applicables à ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide définis à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française ». Or, la décision cadre ne prévoyait la pénalisation de l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques que des crimes définis par des instruments internationaux bien délimités : les articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale créée à Rome le 17 juillet 1998 et par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945. Elle permettait, certes, aux États membres, de faire « une déclaration aux termes de laquelle il ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière [...] que si ces crimes ont été établis par une décision rendue par une juridiction nationale de cet état membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement »<sup>2135</sup>. Mais, à aucun moment la décision-cadre ne laissait place à une définition faite par le législateur national des crimes dont leur négation serait punissable.

Après avoir subi de profonds changements, la proposition de transposition fut finalement transformée en une loi qui élargissait le dispositif mis en place par la loi Gayssot en matière de négation de la Shoah vers d'autres génocides et crimes contre l'humanité reconnus par la loi française. Or, en l'état actuel de la législation, le seul génocide reconnu par la loi était le génocide arménien. La loi ainsi votée par le Parlement permettait donc de donner un volet pénal à la loi mémorielle de 2001. Ce vote provoqua alors un émoi dans la communauté des historiens et des juristes, face à la résurgence du spectre de la querelle des lois mémorielles, qu'ils croyaient avoir enterré grâce aux propositions du Rapport ACCOYER. Du côté des historiens, P. NORA écrivait dans les colonnes du journal *Le Monde* la nécessité de « finir avec ce sport législatif purement français, que sont les lois mémorielles »<sup>2136</sup>. Du côté des juristes, la bureau de l'Association française de droit constitutionnel (AFDC) présenta un *amicus*

---

<sup>2135</sup> *Ibid.*, Article 1 (4).

<sup>2136</sup> P. NORA, « Lois mémorielles : pour en finir avec ce sport législatif purement français », *Le Monde*, 27 décembre 2012.

*curiae*<sup>2137</sup> devant le Conseil constitutionnel, exposant les principaux motifs d'inconstitutionnalité de la proposition de loi votée par le Parlement<sup>2138</sup>.

Les griefs présentés par les requérants et les intervenants étaient nombreux et variés. En ce qui concerne l'exigence de portée normative de la loi, les députés requérants considéraient que le renvoi opéré par la loi à une disposition législative qui reconnaissait un génocide était contraire à la Constitution. Ils considéraient que le législateur ne pouvait pas assortir d'un volet pénal la contestation de crimes reconnus par une loi qui était, dès son origine, inconstitutionnelle car dépourvue d'effet impératif. En effet, ils considèrent que « la loi ne peut pas “reconnaître” un génocide, puisque cette disposition par elle-même est dénuée de toute force opératoire : la loi ne “reconnaît” pas, elle dispose, ordonne, prohibe, détermine et doit posséder une valeur impérative [...] La situation est ici aggravée par le fait que cette reconnaissance législative, en elle-même inopérante, permettrait de déclencher des poursuites pénales »<sup>2139</sup>. Il faut souligner ici la précision technique de la saisine parlementaire. En effet, les députés ne faisaient pas appel à la notion ambiguë de « normativité » et, tout se référant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui lui est attachée, préfèrent utiliser les termes d' « impérativité » et de « force opératoire ». Ce moyen fut complété par une référence à l'incompétence du législateur, en application de l'article 34 de la Constitution, pour reconnaître par la loi des faits historiques.

C'est sous cet angle que le Conseil constitutionnel débuta l'examen de la loi déferée, en faisant un renvoi explicite à sa jurisprudence sur la portée normative des dispositions législatives<sup>2140</sup>. Il considéra ainsi « qu'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 »<sup>2141</sup>. Il faisait ainsi référence, sans la citer explicitement, à la loi du 29 janvier 2001 portant reconnaissance du génocide arménien de 1915, seule loi reconnaissant un génocide dans l'ordre juridique français. Malgré le recadrage opéré par la saisine parlementaire, le Conseil reprit ainsi la confusion entre le caractère normatif et le

---

<sup>2137</sup> Sur l'application de la procédure de l' *amicus curiae* v. X. PHILIPPE, « Amicus Curiae dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien », *Constitutions*, 2012, p. 389-393.

<sup>2138</sup> B. MATHIEU et al., « Observations relatives à la loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi », *Constitutions*, 2012, p. 393-401.

<sup>2139</sup> Texte de la saisine disponible à l'adresse [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/saisine-par-60-deputes.104954.html].

<sup>2140</sup> CC n° 2012-647 DC précitée, consid. 4.

<sup>2141</sup> *Ibid.*, consid. 8.

caractère impératif, considérant que la loi de 2001 n'avait pas de portée normative puisqu'elle se limitait à reconnaître un fait.

L'objet de la décision 647 DC n'était pourtant pas la loi de reconnaissance du génocide arménien de 2001. Il semble alors assez paradoxal que, dans une décision aussi laconique, le Conseil constitutionnel consacra des développements à un moyen qui ne servirait pas, du moins directement, à fonder la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi. En effet, le Conseil refusa d'appliquer sa jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle Calédonie*<sup>2142</sup> qui lui aurait permis d'examiner les dispositions d'une loi promulguée à l'occasion du contrôle d'une loi qui la modifie, la complète ou affecte son domaine<sup>2143</sup>. De cette manière, s'il condamne indirectement la loi de 2001, il ne la censura pas, en évitant ainsi développer une argumentation transposable à l'examen des autres lois dites « mémorielles »<sup>2144</sup>.

La référence à l'exigence de portée normative et à la loi de 2001 permet d'affirmer, *a contrario*, que la loi objet du contrôle a une portée normative, car elle réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française », ce qui pourrait expliquer l'utilisation de l'adverbe « toutefois » au considérant 6 : « Considérant qu'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 ; que, **toutefois**, l'article 1er de la loi déférée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française »<sup>2145</sup>. Le Conseil appliqua l'examen de l'impérativité non pas à la norme, mais à l'énoncé qui lui sert de support. Au lieu de considérer que la combinaison des dispositions de loi de 2001 et de 2012 formaient une seule norme permettant de pénaliser la négation du génocide arménien, il sépara les deux énoncés, considérant que le premier était dépourvu de

---

<sup>2142</sup> CC n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43, JO du 26 janvier 1985, p. 1137.

<sup>2143</sup> Le professeur J. ROUX considère que le recours à la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle Calédonie* était impossible dans ce cas. En effet, il considère que, face à l'absence de normativité de la loi mémorielle de 2001 impliquant son inexistence juridique, elle ne pouvait pas faire l'objet d'une modification postérieure. Il explique ainsi : « en effet, s'il semble de prime abord évident que la loi déférée la “complétait” en associant à la reconnaissance législative du génocide arménien un dispositif pénal propre à réprimer la contestation du fait reconnu ou de sa qualification génocidaire, on peut, à la réflexion, considérer que tel ne pouvait être logiquement le cas tant l'idée même de compléter le néant normatif est absurde » (J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *D.* 2012, p. 987).

<sup>2144</sup> V. sur ce point les développements de S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *Droit et culture*, n° 2, 2013, p. 33-34 et N. DROIN, « L'avenir des lois mémorielles à la lumière de la Décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 relative à la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides par la loi », *RFDC*, 2013, p. 598-599.

<sup>2145</sup> CC n° 2012-647, précitée, consid. 6 [souligné par nous].

portée impérative et que, par conséquent, il ne pouvait pas servir de fondement à un autre énoncé.

Mais cette séparation des deux énoncés, marquée par l'adverbe « toutefois », devient ambiguë à la lumière de la condamnation postérieure de la loi de 2012 pour méconnaissance à la liberté d'expression. En effet, dans le considérant 6 de la décision, le Conseil continua sa motivation en considérant « qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de 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 »<sup>2146</sup>. Malgré la séparation entre les deux énoncés dans l'examen de leur normativité, le Conseil les réunit en une seule norme pour analyser leur compatibilité avec la liberté d'expression. En d'autres termes, l'article 24 *ter* introduit par la loi de 2012 ne viole pas, en lui même, l'exigence de normativité mais, en combinaison avec l'article unique de la loi de 2001, qui, est, en soi, contraire à l'exigence constitutionnelle de normativité, il « viole la liberté d'expression parce qu'il se fonde sur la réalisation par le législateur d'un acte qui lui est interdit : la reconnaissance de génocides »<sup>2147</sup>. Cet enchaînement dans la motivation du Conseil constitutionnel a de quoi surprendre, elle est même qualifiée par le professeur T. HOCHMANN de « contradictoire »<sup>2148</sup>.

Le Conseil constitutionnel censura alors la loi dans son ensemble considérant, par une motivation laconique, qu'elle était contraire à la liberté d'expression. Si une déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur la liberté d'expression peut être considérée comme emblématique, le caractère succinct de la décision et la motivation elliptique choisie par le Conseil, ne permettent pas d'interpréter cette décision comme une prise de position claire de la part du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois mémorielles. Toutefois, et malgré le caractère ambigu de la référence à l'exigence de normativité, cet aspect de la décision du Conseil fut repris par la Cour de cassation pour analyser une autre loi composante du quatuor des lois dites « mémorielles ».

---

<sup>2146</sup> *Loc. Cit.*

<sup>2147</sup> T. HOCHMANN, « La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil constitutionnel », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 4, 2012, p. 143.

<sup>2148</sup> *Loc. cit.*

## (II) L'affirmation du caractère non normatif de la loi Taubira par la Cour de cassation

La proposition de loi n° 1297 présentée par C. TAUBIRA devant l'Assemblée Nationale en 1998 et *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité*, assortissait cette reconnaissance d'une mesure visant à la pénalisation de la négation de l'existence de ce crime, étendant le dispositif mis en place par la Loi Gayssot pour la négation de la Shoah à la négation de l'esclavage comme crime contre l'humanité. En effet, l'article 6 de la proposition insérait alors un article 24 *ter* à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse qui prévoyait « Seront punis des peines prévues à l'article 24 *bis* ceux qui auront contesté par un moyen énoncé à l'article 23 l'existence du crime contre l'humanité défini à l'article premier de la présente proposition de loi ». De même, l'article 7 ouvrait la possibilité aux associations de défense des intérêts moraux, de la mémoire des esclaves et de l'honneur de leurs descendants d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas de contestation de l'existence d'un tel crime<sup>2149</sup>. Toutefois, lors de l'examen de la proposition, la commission des lois considéra que ces mesures posaient des problèmes constitutionnels, notamment, un risque d'atteinte à la liberté d'expression des chercheurs et des historiens<sup>2150</sup>, et décida de les supprimer<sup>2151</sup>.

Se posait alors la question de la portée de la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité prévue à l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi. De l'aveu même de la garde des Sceaux, lors de la discussion générale de la proposition à l'Assemblée, cette proposition « ne comport[ait] pas d'innovation juridique ». En particulier, sur l'article 1<sup>er</sup>, elle précisa que « cet article, il est vrai, n'a pas de conséquence juridique, notamment en droit pénal. Mais sa dimension symbolique est essentielle »<sup>2152</sup>.

Toutefois, le doute sur la portée prescriptive de cet article était permis, notamment face aux développements de la très médiatisée affaire d'O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU. Cet historien, après avoir été primé par le Sénat pour son ouvrage *Les Traités négrières. Essai d'histoire*

---

<sup>2149</sup> Proposition de loi *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité*, n° 1297, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 1998.

<sup>2150</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Compte rendu de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République*, n° 31, séance du mercredi 10 février 1999.

<sup>2151</sup> La Commission proposa, malgré tout, de maintenir la participation des associations et intégra un nouvel article leur donnant la possibilité de se constituer en partie civile en cas de provocation à la discrimination et à la haine raciales, de diffamation ou d'injure.

<sup>2152</sup> *JO AN débats*, 1<sup>ère</sup> séance du 18 février 1999, p. 1639-1640.

*globale*, donna un entretien au *Journal du dimanche* où, en critiquant la loi Taubira qui qualifie l'esclavage de « crime contre l'humanité », il affirma que les traites négrières ne pouvaient pas être qualifiées de génocide<sup>2153</sup>. Ces propos motivèrent le collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais à déposer une plainte devant le tribunal de grande instance de Paris pour contestation de crime contre l'humanité. Les requérants prétendaient alors donner une portée pénale à l'article 1<sup>er</sup> de la loi Taubira, et étendre le délit de contestation de crime contre l'humanité au delà de la contestation de la Shoah. Toutefois, le juge n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé de cette interprétation extensive. Face à une forte mobilisation des historiens en soutien de leur collègue, l'association décida de retirer la plainte, et la question de la portée de la reconnaissance de la traite négrière comme crime contre l'humanité resta en suspens, alimentant le débat sur les possibles effets liberticides de la loi.

Une affaire postérieure permit à la Cour de cassation de prendre position sur ce problème. Dans le cadre de la grève générale aux Antilles, pendant l'hiver 2009, un chef d'entreprise, A. HUYGYES-DESPOINTES, donna une interview où il tenait les propos suivants :

« Les historiens exagèrent un petit peu les problèmes. Ils parlent surtout des mauvais cotés de l'esclavage, mais il y a eu des bon côtés aussi. C'est là où je ne suis pas d'accord avec eux... Il y a des colons qui étaient très humains avec leurs esclaves, qui les ont affranchis, qui leur donnaient des possibilités d'avoir un métier, des choses ... Quand je vois des familles métissées, enfin blancs et noirs, les enfants sortent de couleurs différentes, il n'y a pas d'harmonie. Il y en a qui sortent avec des cheveux comme moi, il y en a d'autres qui sortent avec des cheveux crépus, dans la même famille. Avec des couleurs de peau différentes. Moi je ne trouve pas ça bien. On a voulu préserver la race ».

Face à ces propos, le procureur de la République décida d'ouvrir une information pour apologie de crime contre l'humanité et provocation à la haine raciale. Le prévenu fut condamné du seul chef d'apologie de crime contre l'humanité par un jugement du 15 décembre 2010 qui fut confirmé par la Cour d'appel de Fort-de-France le 30 juin 2011. Ce jugement se fondait sur une interprétation qui combinait articles 1<sup>er</sup> de la loi Taubira et 24 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse. En effet, cette dernière disposition prévoit « Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits en collaboration avec l'ennemi ». Prenant en compte que l'article 1<sup>er</sup> de la loi Taubira reconnaît l'esclavage comme crime contre l'humanité, le Tribunal considéra que l'apologie de l'esclavage était donc une apologie d'un crime contre

---

<sup>2153</sup> « Un prix pour les traites négrières. Entretien avec Olivier Pétré-Grenouilleau », *Journal du dimanche*, 12 juin 2005.



l'humanité punissable de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Cette interprétation confirmait alors la possibilité de faire découler des effets juridiques, certes indirects, de la « simple » reconnaissance de l'esclavage comme crime contre l'humanité.

Toutefois, elle ne fut pas suivie par la Cour de cassation qui se prononça par un arrêt qui s'inspirait fortement de la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-647 DC précitée sur la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi. Saisie d'un pourvoi de l'accusé, elle considéra « que si la loi du 21 mai tendant à la reconnaissance de la traite de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, une telle disposition législative, ayant pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature, ne saurait être revêtue de la portée normative attachée à la loi et caractériser l'un des éléments constitutifs du délit d'apologie »<sup>2154</sup> et cassa et annula l'arrêt de la Cour d'appel.

La Cour de cassation ne se prononça pas sur l'existence ou non d'une apologie. Elle considéra, qu'en tout état de cause, elle n'était pas punissable en tant qu'apologie de crime contre l'humanité au sens de l'article 24 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881. Elle confirma ainsi l'absence de portée impérative (qu'elle qualifie de « normative ») de la déclaration faite par l'article 1<sup>er</sup> de la loi Taubira, élargissant ainsi le constat fait par le Conseil constitutionnel par rapport à la loi sur le génocide arménien vers d'autres dispositions mémorielles. Cet arrêt pose alors plusieurs interrogations sur la portée des dispositions déclaratoires.

En premier lieu, il est possible de s'interroger sur la compétence du juge répressif pour constater l'absence de « normativité » d'un texte. En effet, si l'on accepte l'existence d'une obligation constitutionnelle de normativité, telle que définie par le Conseil constitutionnel, sa constatation, en tant que vice de constitutionnalité dans le cadre d'un système de contrôle concentré comme celui de la France, n'appartient qu'au juge constitutionnel. Toutefois, il est possible d'argumenter que, dans le cas d'espèce, la Cour de cassation ne déclara pas l'inconstitutionnalité de la disposition et qu'elle s'était contentée de constater que son absence de portée impérative l'empêchait de servir d'élément constitutif du délit d'apologie<sup>2155</sup>.

---

<sup>2154</sup> Crim., 5 février 2013, *M. Huygues-Despointes*, n° 11-85.909, *D.* 2013 p. 805.

<sup>2155</sup> Dans sa note, le professeur P. EGÉA constate ainsi : « Le motif est classique. Il appartient effectivement à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le point de savoir si le crime dont il est fait l'apologie, dans les prévisions de l'article 24, alinéa 3. Ce contrôle est parfaitement orthodoxe. Il est une déclinaison du principe de l'interprétation stricte des lois pénales : l'apologie n'est punissable que lorsqu'elle a pour objet les crimes visés à l'article 24, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 » (P. EGÉA, « Lois mémorielles, fin de partie », *D.* 2013, p. 805).

De même, certains commentateurs soulignaient le fait que la Cour de cassation « s'est contentée de faire application, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, de la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 »<sup>2156</sup>. En effet, l'attendu de la Cour de cassation reprend presque mot à mot le début du considérant 6 de la décision n° 2012-647 DC, selon lequel « 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 »<sup>2157</sup>. La Cour de cassation aurait ainsi transposé le raisonnement du Conseil constitutionnel sur la loi du 29 janvier 2001 sur le génocide arménien, à la loi Taubira du 21 mai 2001, qui était rédigée en termes semblables.

Toutefois, cette interprétation est critiquable. Le raisonnement du Conseil sur la portée normative peut être considéré comme un *obiter dictum*. En effet, il ne s'applique pas directement à la loi qui faisait l'objet du contrôle de constitutionnalité – qui était la loi visant à réprimer la contestation de l'existence de génocides reconnus par la loi et non pas la loi qui reconnaissait le génocide arménien – et, de plus, il ne sert pas à motiver directement la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi qui se fonda sur d'autres motifs<sup>2158</sup>. Par conséquent, dans cette décision, le Conseil constitutionnel ne censura pas directement l'absence de normativité de la disposition.

Ainsi, même si l'on accepte une autorité de la chose interprétée<sup>2159</sup> des décisions du Conseil constitutionnel, elle peut difficilement s'étendre aux *obiter dicta*. De plus, il ne faut pas perdre de vue que la décision du Conseil et l'arrêt de la Cour de cassation portent sur des dispositions différentes qui ont, certes, le point commun de faire partie de la pseudo-catégorie de « lois mémorielles », mais qui n'ont ni le même objet, ni la même portée<sup>2160</sup>. En effet, la loi sur le génocide arménien se limitait à reconnaître l'existence d'un fait, tandis que la loi Taubira donnait une qualification pénale à l'esclavage. Toutefois, par cette décision, la Cour

---

<sup>2156</sup> *Loc.cit.*

<sup>2157</sup> CC n° 2012-647 DC du 28 février 2012, précitée.

<sup>2158</sup> Par une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère qu'en vertu de l'article 62 de la Constitution « l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même » (par exemple, CC n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, *Rec.*, p. 31, *JO* du 26 février 1962, p. 1915).

<sup>2159</sup> Par rapport au débat sur l'existence d'une autorité de la chose interprétée v. la thèse de M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et des sciences politiques, 2010, 868 p.

<sup>2160</sup> V. N. DROIN, « L'avenir des lois mémorielles à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 relative à la loi visant à réprimer la contestation de l'existence de génocides reconnus par la loi », *RFDC*, 2013, p. 600.

de cassation semble donner une certaine unité à la catégorie en considérant que l'ensemble des dispositions, malgré leur degré d'impérativité variable, peuvent être contraires à une certaine conception de la normativité de la loi.

En second lieu, il est possible de s'interroger sur la nécessité du recours à la loi Taubira pour admettre la répression de l'apologie de l'esclavage<sup>2161</sup>. En effet, l'article 212-1 du code pénal qualifie la réduction en esclavage de crime contre l'humanité. Cet article, dont la portée normative ou impérative ne fait aucun doute, aurait pu servir de référent pour une condamnation de l'apologie de l'esclavage.

Sur le fond, cette décision a le mérite de mettre fin au suspens sur les éventuels effets de l'article 1<sup>er</sup> de la loi Taubira, en affirmant explicitement qu'elle ne peut pas servir de fondement pour constituer une infraction pénale<sup>2162</sup>. Cependant, sa motivation lapidaire et son renvoi à une décision du Conseil constitutionnel critiquable et confuse, contribuent à maintenir l'ambiguïté du contenu, des conséquences et de la nature même de l'exigence constitutionnelle de normativité.

Derrière la critique de leur anormativité se cache en réalité une remise en cause du rôle du législateur dans les questions mémorielles. En effet, le véritable enjeu des lois mémorielles réside dans le déploiement de leurs effets normatifs qui peuvent entraîner des abus mettant en cause des libertés fondamentales.

---

<sup>2161</sup> V. O. DECIMA, « Interprétation restrictive de l'apologie de crime contre l'humanité », *AJ Pénal*, 2013, p. 218.

<sup>2162</sup> Certains commentateurs considèrent même qu'avec cette décision « La Cour de cassation confirme que le principe consacré par le Conseil constitutionnel vaut pour toutes les lois mémorielles, qu'elles se contentent de reconnaître un fait historique ou qu'elles aillent jusqu'à le qualifier ». (N. DROIN, « L'avenir des lois mémorielles à la lumière de la Décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 relative à la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides par la loi », *op. cit.*, p. 600).

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'absence de portée normative fut signalée comme le principal élément de définition des « lois mémorielles » par une grande partie des détracteurs de ces lois. La multiplication des incursions du droit dans le domaine mémoriel implique alors de détourner le rôle principal du législateur, et d'avoir recours à des textes ayant forme de loi, mais dont leur contenu est dépourvu de portée impérative. Lois d'affichage, lois de reconnaissance, l'anormativité des lois mémorielles serait un des principaux symptômes de la crise de loi.

L'examen de cette exigence, à la lumière d'une conception doctrinale de la normativité et de l'exigence constitutionnelle de portée normative dégagée par le Conseil constitutionnel, démontre néanmoins que l'absence de normativité n'est pas une caractéristique commune aux lois mémorielles. La catégorie « loi mémorielle » apparaît alors plus comme une étiquette que comme une véritable notion. Elle regroupe des textes dont la nature et la portée sont variables, allant de la simple reconnaissance de faits, jusqu'à la mise en place d'un dispositif pénal de pénalisation du discours négationniste visant à lutter contre le racisme, avec la loi Gayssot.

L'examen de l'exigence de portée normative permet alors de souligner la multiplicité et la diversité des « lois mémorielles » dont le seul point commun est une certaine relation au passé. De cette façon, la critique des lois mémorielles est avant tout une critique sur la compétence du législateur à se prononcer sur le passé. En faisant appel à l'argument de l'anormativité, il semblerait que « les adversaires des lois dites mémorielles s'efforcent de donner un tour juridique, technique et neutre à une position qui est en réalité essentiellement politique »<sup>2163</sup>.

Le dépassement de l'anormativité comme critère de définition des lois mémorielles permet aussi de mettre fin à l'aporie consistant à réunir deux critiques contradictoires. En effet, les adversaires des lois mémorielles combinent souvent la critique de leur anormativité avec leur atteinte aux libertés fondamentales. Par exemple, pour les professeurs A. LEVADE et B. MATHIEU, « la spécificité des lois mémorielles pourrait conduire à considérer qu'elles sont inconstitutionnelles, non seulement parce qu'elles sont dépourvues d'effets normatifs, mais

---

<sup>2163</sup>, T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites “mémorielles” sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *op. cit.*, p. 64.

aussi parce qu'elles portent, par nature, atteinte à la liberté d'expression en établissant des vérités législatives »<sup>2164</sup>. Mais, si ces lois sont non normatives et, par conséquent, elles n'ont pas d'effets juridiques, elles ne peuvent pas porter atteinte à un droit ou une liberté. En acceptant la possibilité que les différentes lois mémorielles produisent des effets juridiques, le débat sur les lois mémorielles devient beaucoup plus fécond et permet une réflexion sur les éventuels dangers de la juridicisation du passé.

---

<sup>2164</sup> A. LEVADE, B. MATHIEU, « Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation », *JCP*, n° 14, 2012, p. 425.

## CHAPITRE II. LA JURIDICISATION DU PASSÉ

« L'obsession mémorielle envahit notre législateur comme si, incapable d'écrire l'avenir, il préférerait réécrire le passé, comme si la loi, dévalorisée depuis des lustres dans sa fonction normative, cherchait à conquérir de nouvelles lettres de noblesse dans une fonction symbolique, voire politique, en s'élevant au-dessus de la règle de droit »<sup>2165</sup>. Cette obsession mémorielle se traduit par une participation accrue du législateur dans la production des récits communs du passé. De plus en plus sollicité par les différents groupes qui composent la société pour qu'il reconnaisse *leur* mémoire, pour qu'il officialise *leur* version du passé, le droit étend et diversifie les formes d'intervention sur le passé, au point de concurrencer et de vouloir remplacer le travail des historiens.

Ce « mélange de genres » entre le juridique, le mémoriel et l'historique est à l'origine d'un processus de juridicisation du passé qui peut engendrer deux sortes de dérives ou de mésusages juridiques du passé. D'un côté, l'intervention accrue du législateur dans le domaine historique impose une grille de lecture juridique à la compréhension des faits du passé. Or, cette qualification juridique peut être à l'origine des distorsions, voire même de déformations du passé. Faisant appel à la force impérative de la loi, le droit peut même chercher à imposer sa propre version du passé. Cette imposition d'une interprétation officielle du passé, appuyée par une sanction, peut donner lieu à une dérive liberticide des usages juridiques du passé (Section 1).

L'intervention accrue du législateur dans le mémoriel se justifie par le recours à la notion de « devoir de mémoire ». En effet, un des points communs entre les différentes lois mémorielles est de répondre à une injonction à se souvenir, « exprimant une inquiétude légitime de voir la mémoire submergée par l'oubli »<sup>2166</sup>. Toutefois, cette notion, omniprésente dans les discours politiques et médiatiques, est souvent utilisée comme un alibi afin de répondre à des demandes de groupes sociaux qui revendiquent leur place dans la mémoire nationale, au nom d'intérêts communautaires qui peuvent entrer en concurrence avec l'intérêt général. En répondant à ces demandes sous l'injonction de l'ambigu « devoir de

---

<sup>2165</sup> P. PUIG, « La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire (à propos de la loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi et la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012), *RTD civ.*, 2012, p. 78.

<sup>2166</sup> C. WILLMANN, « Entre mémoire, histoire et oubli, le chemin incertain de la loi » in PUGELIER Catherine, TERRE François, *Jean Foyer. In memoriam*, Paris : Litec, 2010, p. 448.

mémoire », le droit peut être conduit vers des dérives communautaristes, fragilisant le lien et l'unité sociale, qu'à l'origine, il cherchait reconstruire (Section 2).

## **Section 1. Les risques de la qualification juridique du passé**

« Le législateur français a souhaité transformer des “vérités historiques” en normes législatives, par des lois qualifiées de “mémorielles” en ce qu’elles souhaitent inscrire des phénomènes réels dans le droit et figer la mémoire. Elles limitent la liberté d’expression lorsque la négation ou la contestation des vérités ainsi affirmées est assortie de sanctions pénales »<sup>2167</sup>. Le professeur M. VERPEAUX résume ici une des principales critiques adressées aux lois mémorielles : la possibilité de porter atteinte à la liberté d’expression en pénalisant les discours qui seraient contraires à la « vérité officielle » qu’elles imposent.

En effet, comme il a été signalé, un des rares points communs aux différentes lois mémorielles est qu’elles se réfèrent au passé pour établir un lien de « reconnaissance »<sup>2168</sup>, au sens le plus large du mot. Parmi ces liens de reconnaissance, la qualification juridique de faits du passé est une caractéristique commune à de nombreuses dispositions mémorielles. Cette tendance du législateur à se muer en historien fait l’objet de vives critiques. Mais la qualification juridique de faits historiques n’implique pas nécessairement une réécriture de l’histoire ou l’imposition d’une vérité officielle d’État. Ici encore, la diversité des lois mémorielles donne lieu à une pluralité de formes de qualification juridique (§ 1). Parmi elles, deux exemples retiennent particulièrement l’attention par leur risque réel d’atteinte aux droits et libertés : les dispositions qui pénalisent la négation d’un génocide (§ 2) et les dispositions qui orientent la recherche scientifique et imposent un contenu aux programmes scolaires (§ 3).

### **§ 1. La réécriture juridique de l’histoire**

Le législateur ne cantonne plus son rôle de gestion du passé à des politiques de commémorations et d’indemnisation, il intervient de façon beaucoup plus directe dans l’appréhension et l’interprétation d’épisodes de l’histoire nationale et, même, de l’histoire mondiale. La conseillère d’État F. CHANDERNAGOR dénonce ce phénomène, considérant que ce nouveau récit qui passe par la loi « n’est plus seulement suggéré, enseigné, célébré, mais il

---

<sup>2167</sup> M. VERPEAUX, « Liberté d’expression et discours politique », *AJJC*, 2007, p. 240.

<sup>2168</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d’une mémoire partagée*, Assemblée Nationale, Rapport d’information n° 1262, novembre 2008, p. 22.



est imposé à tous les citoyens sous peine de sanction »<sup>2169</sup>. Cette critique doit être néanmoins nuancée, les modalités de réécriture juridique de l’histoire sont variées (I) et leur portée n’implique pas nécessairement une déformation de la réalité ou une atteinte à la vérité historique (II).

### (I) Les différentes modalités de réécriture de l’histoire

Toute intervention du législateur historien ne se traduit pas nécessairement par une distorsion ou une manipulation de l’histoire. En effet, les parlementaires peuvent faire appel à la recherche historique lors des travaux préparatoires, afin d’inscrire leur démarche dans un cadre de réflexion historique. Par exemple, le rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur la loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, débute par un historique de ce génocide<sup>2170</sup>. De même, le rapport du Sénat élaboré pour l’examen de la proposition de loi tendant à la reconnaissance de la traite et de l’esclavage en tant que crime contre l’humanité, comporte une section dédiée au contexte historique<sup>2171</sup>.

D’un autre côté, le législateur, en votant une loi mémorielle, ne poursuit pas forcément une volonté d’écrire ou de réécrire l’histoire, mais seulement de « constater – ou plutôt *assumer* – des faits préalablement établis et attestés par les historiens »<sup>2172</sup>. Cette position est illustrée par les dispositions qui organisent des commémorations où le législateur se limite à choisir une date qui puisse symboliser un fait dont la qualification d’historique a été opérée de façon préalable.

Plus délicate est l’opération de qualification juridique d’un fait du passé. Par le biais, par exemple, de l’article 1<sup>er</sup> de la loi Taubira, le législateur non seulement reconnaît des phénomènes à caractère historique : la traite négrière, mais il accompagne cette reconnaissance d’une qualification juridique : le crime contre l’humanité. Un mécanisme

---

<sup>2169</sup> F. CHANDERNAGOR, « L’histoire sous le coup de la loi », in *Liberté pour l’histoire*, Paris : CNRS Éd., 2008, p. 29.

<sup>2170</sup> R. ROUQUET (rapporteur), Rapport sur la proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide arménien, Commission des affaires étrangères, Assemblée nationale. 26 mai 1998, n° 925.

<sup>2171</sup> J-P. SCHOSTECK (rapporteur), Rapport sur la proposition de loi tendant à la reconnaissance de la traite et de l’esclavage en tant que crime contre l’humanité, Sénat, Commission des lois, 8 mars 200, n° 262.

<sup>2172</sup> S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *Droit et culture*, n° 2, 2013, p. 37.

similaire se retrouve dans la loi n° 2001-70 où la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915. Le législateur peut aussi chercher à restituer à certains faits historiques leur qualification<sup>2173</sup>, visant ainsi une adéquation entre la qualification juridique et la réalité historique. La substitution de l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord » par l'expression « Guerre d'Algérie », opérée par la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999<sup>2174</sup> obéit à cette logique.

Le droit peut aussi considérer que des faits, par le consensus dont ils font objet dans la communauté historique, et par leur importance dans la construction de la mémoire collective, doivent non seulement être commémorés, mais ils doivent aussi faire l'objet de mesures de protection contre l'oubli. Un exemple de ces mesures est l'interdiction de leur négation. Dans ce cas, le législateur n'écrit pas lui-même l'histoire, mais il assortit de sanctions pénales l'élaboration de discours qui pourraient aller à l'encontre de ce fait. C'est le cas, notamment, de la pénalisation du négationnisme. Considérant que la Shoah est un fait historique clairement établi, pour reprendre la qualification donnée par la Cour EDH<sup>2175</sup>, le législateur pénalise la négation de son existence. Toutefois, dans le cas de la législation française sur la pénalisation du négationnisme, ce qui est érigé en vérité incontestable n'est pas directement un fait historique, mais la qualification juridique de ce fait. Ainsi, l'article 9 de la loi Gayssot qui insère l'article 24 *bis* à la loi sur la presse punit la contestation « d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut ».

Une réécriture de l'histoire potentielle peut aussi être opérée quand le législateur impose des contenus aux programmes scolaires et universitaires. S'il n'énonce pas directement une vérité historique dans ces cas, il oriente les programmes afin de véhiculer une version particulière de l'histoire. Le législateur cherche aussi à stimuler les recherches scientifiques afin qu'elles écrivent l'histoire d'un épisode qui est considéré comme méconnu ou comme abordé de façon partielle ou insuffisante<sup>2176</sup>. C'est le cas notamment de la loi Taubira et de la

---

<sup>2173</sup> C. WILLMANN, « Entre mémoire, histoire et oubli, le chemin incertain de la loi » *op. cit.*, p. 461.

<sup>2174</sup> *JO* du 20 octobre 1999, p. 15647.

<sup>2175</sup> Cour EDH, 24 juin 2003, *Garaudy c. France (recevabilité)*, req. n° 65831/01.

<sup>2176</sup> Par exemple, lors de la discussion de la loi Mékachéra, le député L. LUCA souligna la nécessité « d'écrire l'histoire et l'enseigner pour que les enfants sachent que la France n'a pas été colonialiste mais colonisatrice et qu'elle a transmis les valeurs républicaines aux élites qui aujourd'hui dirigent ces peuples » (*JO débats AN*, 12 juin 2004, p. 4831).

loi Mékachéra qui prévoient des dispositions relatives au contenu des programmes et des orientations pour les recherches scientifiques.

## (II) Les effets possibles de la réécriture de l'histoire

La majorité des dispositions qui procèdent à une réécriture ou une réinterprétation de l'histoire n'ont pas une portée impérative. À l'exclusion des cas de la mise en place des programmes scolaires et de la pénalisation du négationnisme, qui sont étudiés à part dans les paragraphes suivants, les effets de l'action du législateur historien se situent avant tout dans le registre symbolique. En effet, comme l'explique le professeur J-P. CAMBY, « la reconnaissance d'un fait historique pour être [...] inopérante au plan juridique, n'est pas neutre au plan du débat public, puisqu'elle aboutit – et elle a été perçue comme telle – à reconnaître à un fait historique, commis à l'encontre d'une communauté, une valeur symbolique »<sup>2177</sup>. Toutefois, à côté de la valeur symbolique positive de reconnaissance d'un fait dont le souvenir est considéré comme nécessaire pour la construction de la mémoire publique officielle, d'autres effets symboliques plus pernicioeux peuvent accompagner les mesures historiennes du législateur. Elles impliquent ainsi de méconnaître sa compétence (A), de mettre en place des jugements anachroniques (B), et de porter une atteinte plus ou moins directe au travail des historiens (C).

### (A) *La méconnaissance de la compétence du législateur*

Une des premières critiques à l'intervention du législateur dans le domaine de l'histoire est qu'elle implique de méconnaître la compétence du législateur, délimitée par l'article 34 de la Constitution. En effet, cet article ne prévoit pas l'écriture de l'histoire parmi les compétences du Parlement. Toutefois, les différentes dispositions par lesquelles le Parlement prend position sur un fait historique ont rarement comme but principal et explicite l'écriture de l'histoire. Elles s'insèrent dans des ensembles normatifs qui peuvent correspondre aux compétences du législateur, telle la mise en place d'une commémoration ou des mesures de réparation. De même, comme le remarque le professeur T. HOCHMANN, « la Constitution

---

<sup>2177</sup> J-P. CAMBY, « La loi et le négationnisme : de l'exploitation de l'histoire au droit au débat sur l'histoire », *LPA*, n° 70, 2012, p.11.

attribue des très larges champs d'intervention au législateur, lesquels recouvrent une multitude de matières qui n'apparaissent pas explicitement »<sup>2178</sup>.

Les adversaires des lois mémorielles critiquent aussi le recours à une loi pour se prononcer sur un fait historique, opposant la permanence de cette loi avec la remise en cause continuelle de la recherche historique. Toutefois, l'argument inverse peut aussi être retenu. La contingence historique d'une loi peut la rendre particulièrement inapte à reconnaître et proclamer des vérités historiques ayant une prétention à la permanence. Cet argument fut exposé par le sénateur B. SEILLIER lors de la discussion de la loi sur la reconnaissance du génocide arménien. Il expliqua ainsi :

« En vérité, l'interrogation la plus grave me paraît fondée sur l'ambiguïté qui résulte inévitablement de l'affirmation d'une vérité historique par une loi établie historiquement selon une procédure majoritaire. Le fondement d'une loi est, en effet, moins assuré que la vérité qu'elle prétendrait valider. La vérité historique du génocide arménien est intangible et incontestable. En revanche, la vérité d'une loi n'est formellement liée qu'à l'existence historique de la majorité qui l'a votée. Elle est réformable par une autre majorité et n'a pas plus de poids qu'une loi opposée votée par une majorité différente. C'est pourquoi on s'est jusqu'ici abstenu, en France, à ma connaissance, de faire écrire l'histoire par la loi. Les vérités officielles, même quand elles coïncident avec mes sentiments, ne recueillent pas mon adhésion précisément parce que le cœur fait pour la fraternité laisse la raison établir et protéger la liberté et l'égalité »<sup>2179</sup>.

Ces différentes critiques soulignent l'inadéquation de la loi comme instrument mémoriel. En réponse à cette problématique, le recours aux résolutions parlementaires a été souvent désigné comme l'instrument adéquat pour l'expression de l'histoire<sup>2180</sup>. Néanmoins, les autres risques associés à l'intervention du Parlement dans l'histoire ne seraient pas résolus par un simple changement du support de la volonté générale.

### (B) *Les jugements rétroactifs et anachroniques*

L'anachronisme des concepts, selon le professeur M. TROPER « consiste à employer des concepts nouveaux pour appréhender une réalité ancienne »<sup>2181</sup>. Cet auteur met ainsi en garde contre la mauvaise utilisation des concepts juridiques en histoire. En effet, ces concepts s'inscrivent dans un contexte particulier et ne seraient d'aucun secours s'ils sont détachés de

---

<sup>2178</sup> T. HOCHMANN, « La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil constitutionnel », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 4, 2012, p. 136.

<sup>2179</sup> B. SEILLIER, Intervention lors de la discussion en séance publique de la loi tendant à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, Sénat, 7 novembre 2000.

<sup>2180</sup> T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites "mémorielles" sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *Droit et cultures*, n° 66, 2013, p. 57-69.

<sup>2181</sup> M. TROPER, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Economie, Société, Civilisations*, n° 6, 1992, p. 1181.

celui-ci. Il explique ainsi « Les concepts juridiques s'éclairent par leur fonction et par l'histoire de leur formation, mais c'est une histoire spécifique, tandis qu'ils ne sont d'aucun secours pour comprendre l'histoire »<sup>2182</sup>. Un des principaux risques de la qualification juridique de faits historiques est de tomber dans cet anachronisme et de faire une application rétroactive de concepts juridiques qui n'existaient pas à l'époque de faits. Les conséquences, sur le plan du droit pénal, sont minimales, puisque les responsables de ces crimes ne sont plus vivants, ce qui empêche toute possibilité de jugement sur le fondement de cette application rétroactive, mais le problème de la portée symbolique de tels jugements persiste.

Le risque d'anachronisme peut être défini comme le fait de « condamner pour le passé, des pratiques qui, si elles sont heureusement illégales et immorales de nos jours (comme, par exemple l'esclavage ou le colonialisme) étaient conformes à l'état de la morale et du droit à l'époque de leur réalisation »<sup>2183</sup>. L'exemple topique est le cas de la condamnation de l'esclavage comme crime contre l'humanité. Si, actuellement, toutes les formes d'esclavage sont considérées comme de tels crimes, la période historique à laquelle fait référence la loi Taubira se caractérisait par la licéité de telles pratiques.

L'anachronisme guette aussi la reconnaissance des génocides. En effet, le terme *génocide* apparut pour la première fois sous la plume de R. LEMKIN, qui le définissait, dans le contexte de l'après-guerre, comme « la pratique de l'extermination des nations et des groupes ethniques mise en œuvre par les envahisseurs est nommée « génocide », terme dérivé du grec *genos* (tribu, race) et du latin *cide* (par analogie voir homicide, fratricide) »<sup>2184</sup>. Le but de cet avocat était d'introduire cette définition dans les statuts du Tribunal de Nuremberg et de Tokyo afin d'essayer de saisir, par un nouveau terme, la particularité des crimes nazis et des alliés de l'Axe. Ni les statuts ni le jugement final de Nuremberg ne prirent en compte ce nouveau concept, néanmoins, il fut à l'origine de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du génocide. Se pose alors la question de savoir si ce terme peut être utilisé pour qualifier des massacres qui ont eu lieu avant sa consécration. Le problème est particulièrement délicat pour le cas du génocide arménien. Si celui-ci pré-date la reconnaissance internationale du terme génocide, il faut aussi prendre compte que R. LEMKIN créa le mot génocide en référence à ces politiques d'extermination. Ainsi, « on voit mal en

---

<sup>2182</sup> M. TROPER, « Les concepts juridiques et l'histoire » in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2011, p. 268.

<sup>2183</sup> M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », in ROBBE François (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 55

<sup>2184</sup> R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?* (1944), Paris : Éd. du Rocher, 2008, p. 215.

quoi il serait anachronique d'utiliser un concept qui rende compte des réalités à l'origine de sa propre création »<sup>2185</sup>. Toutefois, le risque le plus critiqué est celui d'une interférence avec le travail de l'historien.

### *(C) Les possibles interférences avec le travail de l'historien*

Les jugements juridiques de faits historiques ne s'imposent pas de façon contraignante à l'historien, toutefois, ils peuvent avoir une influence sur leur travail. Un premier argument sur la portée de ces dispositions historiennes est que, suivant une conception large de leur normativité, il est possible d'envisager qu'un juge décide de donner une portée impérative à une disposition déclarative reconnaissant un fait historique, sanctionnant ainsi un historien qui nierait ce fait historique. Cette critique doit être néanmoins nuancée. En premier lieu, comme il est expliqué *infra*, la pénalisation du négationnisme est justifiée car elle cherche à lutter contre des opinions racistes. Elle ne pénalise pas un discours qui irait simplement à l'encontre d'un fait reconnu par la loi. De plus, le juge français n'est pas très enclin à faire des interprétations extensives de dispositions déclaratives.

Toutefois, ces interventions du législateur dans le domaine de l'histoire peuvent avoir une influence symbolique ou dissuasive sur le travail de l'historien. En effet, le discours historique sur le passé véhiculé par le législateur, du seul fait qu'il provient du représentant de la volonté générale, a une charge symbolique forte qui peut influencer les choix de l'historien. En effet, « le locuteur, conscient de la position officielle de l'État sur un sujet, craindra de la contredire par peur de sanction »<sup>2186</sup>.

De plus, le législateur historien peut être l'auteur d'une histoire qui est en désaccord avec les recherches historiographiques ou d'une histoire partielle qui, dans le cadre restreint de la loi, ne permet pas de prendre en compte les complexités du phénomène historique. C'est notamment le cas de la reconnaissance de la traite négrière. Dans le dispositif mis en place par la loi Taubira, la reconnaissance se limite à l'esclavage pratiqué par les États européens à partir du XV<sup>e</sup> siècle, ignorant les antécédents et le contexte de cette pratique. De même, la modification de la qualification des « opérations de maintien de l'ordre » pour devenir

---

<sup>2185</sup> S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *Droit et culture*, n° 2, 2013, p. 49.

<sup>2186</sup> T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites "mémorielles" sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *op. cit.* p. 59.

« guerre d'Algérie », opérée par la loi n° 99-882, si elle a comme but le rétablissement de l'égalité pour tous les combattants des différents conflits français, elle ne correspond pas à la réalité, dans la mesure où l'Algérie n'a accédé à l'indépendance qu'en 1962, et que la guerre implique, par définition, un affrontement entre deux États indépendants.

Le droit peut aussi décider d'accompagner ses qualifications juridiques de l'histoire d'effets juridiques concrets. Cette intervention peut néanmoins entraîner une dérive liberticide.

## **§ 2. *Les risques d'atteintes à la liberté d'expression***

Le risque d'atteinte à la liberté d'expression par la mise en place de vérités officielles est étroitement lié au débat sur l'opportunité et la nécessité de pénaliser le négationnisme. En effet, la première et, actuellement, la seule loi mémorielle qui met en place un mécanisme de pénalisation est la Loi Gayssot. Cette loi, en insérant l'article 24 *bis* à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse, pénalise le négationnisme, c'est à dire le discours de ceux qui contestent publiquement l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité « tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». En prenant en compte la rédaction particulière de cet article, il est possible de se demander si la pénalisation du négationnisme entraîne nécessairement l'imposition d'une vérité historique, et si cette pénalisation doit s'analyser comme une limite ou comme une atteinte à la liberté d'expression.

Appliquer cette critique aux lois mémorielles implique alors de s'intéresser à la possibilité même d'établir des limites à la liberté d'expression (I) et aux raisons qui pourraient justifier de telles limitations afin de les confronter aux deux exemples applicables en droit français : la loi Gayssot et la proposition de loi pour réprimer la contestation de l'existence de génocides (II).

## (I) La possibilité de limiter la liberté d'expression

Dans le système juridique français, la liberté d'expression est consacrée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui prévoit « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme [...] ». Son caractère matriciel<sup>2187</sup> et fondamental sont reconnus par le Conseil constitutionnel qui considère que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »<sup>2188</sup>. La Cour EDH a aussi souligné l'importance de la liberté d'expression, en considérant qu'elle est « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »<sup>2189</sup>.

En ce qui concerne la portée de cette liberté, deux approches sont envisageables. Schématiquement, il est possible d'identifier une conception absolutiste qui serait hostile à toute limitation de la liberté d'expression. C'est, par exemple, la conception qui est adoptée aux États-Unis. Pour une grande partie de la doctrine américaine, toute interférence étatique dans l'exercice de la liberté d'expression, garantie par le premier amendement de la Constitution, doit être proscrite. Aucune thématique ne doit être exclue du débat public. Suivant l'approche de J-S. MILLS<sup>2190</sup>, la doctrine et la jurisprudence insistent sur les vertus de la délibération, où le libre marché des idées conduit à la vérité par la recherche de la meilleure solution. Selon cette conception, toute pénalisation d'une opinion serait, par elle-même, contraire à liberté d'expression. La meilleure façon de lutter contre des opinions mensongères ou qui véhiculent un message de haine est leur confrontation dans la libre arène des idées.

À cette conception répond une approche qui admet la possibilité de limiter la liberté d'expression. Le système français et, plus généralement, le système mis en place par la CEDH répondent à cette approche. Ainsi, tantôt la Convention européenne, tantôt la Constitution,

---

<sup>2187</sup> Les principes matriciels peuvent être définis comme ceux « qui engendrent d'autres droits de portée et de valeur différente » (B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211). Dans le cas de la liberté d'expression, non seulement elle est à l'origine d'autres droits, mais elle est aussi la condition d'existence d'autres droits.

<sup>2188</sup> CC n° 2009-590 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec., p. 107, *JO* du 13 juin 2009, p. 9675.

<sup>2189</sup> Cour EDH, plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5492/72, § 49. Ce considérant de principe est repris dans la majorité des décisions de la Cour relatives à l'article 10 de la Convention (v. par exemple Cour EDH, Grande chambre, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, n° 16354/06, § 48).

<sup>2190</sup> V. sur ce point I. M. TEN CATE, « Speech, Truth and Freedom : an Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holme's Free Speech Defenses », *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol 2, 2010, p. 35-85.



prévoient la possibilité de limiter la liberté d'expression. En effet, l'article 11 de la Déclaration de 1789 prévoit que la personne doit « répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». De même la CEDH prévoit à son alinéa 2 de l'article 10 :

« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanction prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

Eu égard au rôle essentiel de la liberté d'expression dans la mise en place et la préservation des sociétés démocratiques, ses limitations doivent répondre à ce rôle et doivent être justifiées par un objectif d'intérêt général. À partir de ce constat, la Cour EDH développa dans sa jurisprudence, en s'inspirant des pratiques d'autres cours nationales, une méthode d'analyse de la justification d'une ingérence dans la garantie d'une liberté. Ainsi, il examine que cette ingérence soit prévue par la loi, qu'elle obéisse à des buts légitimes et soit nécessaire dans une société démocratique<sup>2191</sup>.

Les limitations considérées comme légitimes et nécessaires sont variées. Elles découlent, en général, de la protection d'autres exigences constitutionnelles telles que la protection de l'ordre public ou la protection de des droits d'autrui<sup>2192</sup>. Se pose alors la question de savoir si la pénalisation de la négation ou de la contestation d'un fait historique peut être considérée comme une limite légitime et justifiée de la liberté d'expression. La réponse à cette question varie en fonction du fait et du but de la pénalisation.

## (II) L'examen des fondements de la pénalisation du négationnisme

Malgré le caractère général de la critique adressée aux lois mémorielles comme vecteurs de « vérités officielles » et de délits d'opinion, force est de constater que seulement deux textes ont mis en place un mécanisme de pénalisation d'un discours : la loi Gayssot qui pénalise le négationnisme, et la loi qui reconnaît le génocide arménien qui, grâce à la

---

<sup>2191</sup> V. par exemple, Cour EDH, Grande chambre, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, n° 69698/01.

<sup>2192</sup> Sur les limites législatives à la liberté d'expression v. B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *op. cit.*, p. 232 et ss. Pour une perspective comparatiste v. M. VERPEAUX, *La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles internationales*, Strasbourg : Éd. du Conseil de l'Europe, 2009, p. 47 et ss.

proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, se voyait dotée d'un volte pénal similaire à celui mis en place par la loi Gayssot. Le traitement distinct donné par le juge qui considéra le premier cas compatible avec la Constitution et les engagements internationaux (A), tout en condamnant le second pour atteinte à la liberté d'expression (B), nous interroge sur les critères qui permettent de distinguer entre une limite et une atteinte à la liberté d'expression.

*(A) Le cas de la pénalisation de la négation de la Shoah :  
une limite à la liberté d'expression*

La pénalisation du négationnisme n'est pas un phénomène exclusivement français<sup>2193</sup>. De nombreux pays pénalisent ces propos, soit par le biais d'une législation générale (en appliquant, par exemple, les délits d'apologie de la haine), soit en mettant en place des dispositifs spéciaux similaires à la loi Gayssot. Les justifications pour cette pénalisation qui implique, logiquement, une ingérence dans la liberté d'expression varient en fonction du contexte historique et politique<sup>2194</sup>. Toutefois, il est possible de retrouver un point commun entre les différents systèmes : la justification porte, avant tout, sur les effets de la négation. Elle se fonde sur l'idée que ce type de discours constitue, même de façon indirecte, un appel à la violence, à la xénophobie ou au racisme et porte une atteinte à l'ordre public.

Depuis son adoption, la justification de l'insertion, par la loi Gayssot, de l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui pénalise le négationnisme, souleva d'intenses débats. Déjà, au moment de sa discussion parlementaire, le garde de Sceaux P. ARPAILLANGE, résumait les termes d'un débat qui continue à être d'actualité :

« L'éventualité de cette incrimination a suscité un débat. On a dit que la négation de l'holocauste devait être combattue dans le cadre du débat d'opinion afin que nul ne puisse prétendre qu'en France une histoire officielle est établie et pénalement défendue.

Le discrédit jeté sur ces thèses par la communauté scientifique serait suffisant pour qu'il ne soit pas besoin de faire intervenir le juge répressif. L'argument n'est pas sans portée, j'en conviens, mais examinons bien les intérêts en jeu.

Il va de soi que je ne dénie à qui que ce soit le droit de réviser l'histoire. Réviser l'histoire c'est même parfois une nécessité et un devoir.

Mais il suffit de parcourir quelques écrits dits "révisionnistes" pour découvrir que la négation de l'holocauste n'est qu'une expression du racisme et le principal vecteur contemporain de l'antisémitisme »<sup>2195</sup>.

---

<sup>2193</sup> Pour un aperçu de la législation en matière de négationnisme en Europe, v. L. PECH, « The Law of Holocaust Denial in Europe : Toward a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition », in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (éd.), *Genocide Denials and the Law*, New York : Oxford University Press, p. 185-233.

<sup>2194</sup> L. DOUGLAS, « From Trying the perpetrator to Trying the Denier and Back Again. Some Reflections » in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (éd.), *op.cit.*, p. 49-74.

<sup>2195</sup> *JO AN débats*, 2<sup>e</sup> séance du 2 mai 1990, p. 904-905

Malgré l'intense discussion qui précéda sa promulgation, la loi Gayssot ne fut pas transmise au Conseil constitutionnel. Sa compatibilité avec la Constitution fut discutée par la doctrine<sup>2196</sup> mais elle ne fit pas l'objet d'un contrôle *a priori*. Toutefois, l'article 24 *bis* de la loi sur la liberté de presse, fit l'objet d'un contrôle de conventionnalité par le juge interne et par le Cour EDH.

Les motivations pour justifier cette pénalisation sont multiples. Le juge interne considéra, de manière générale, que la pénalisation du négationnisme était une limitation à la liberté d'expression compatible avec l'article 10 de la CEDH. Pour justifier cette position, il considéra qu'il s'agissait d'une mesure nécessaire dans une société démocratique. Toutefois, les motivations à l'origine de cette position peuvent varier. Par exemple, le tribunal correctionnel de Paris considéra qu'une telle mesure permettait d'assurer « le respect dû à la mémoire des victimes du nazisme et le rejet total de toute discrimination dont le nazisme fit un de ses principes fondamentaux »<sup>2197</sup>. De son côté, la Cour d'appel de Paris, considéra « que l'article 24 *bis* de la loi de 1881, modifiée, soumet l'exercice de la liberté d'expression et d'opinions à des restrictions constituant des mesures nécessaires dans une société à la protection de la réputation ou des droits d'autrui ainsi qu'à la sécurité publique »<sup>2198</sup>.

Le Comité des droits de l'homme, de son côté, analysa aussi la loi Gayssot à la lumière du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) dans le cadre d'une demande de communication présentée par R. FAURISSON. Il considéra que, dans le cas du discours négationniste, c'est « la communauté dans son ensemble qui est affectée », ainsi la répression vise moins le contenu scientifique du propos que ses conséquences nuisibles sur la société. Il conclut que la loi en question était compatible avec le Pacte, mais fit quelques réserves à la légitimité du mécanisme législatif, considérant, en particulier, que le même but

---

<sup>2196</sup> V. notamment M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *op. cit.*, p. 1239-1255 ; B. BEIGNIER, « “De la langue perfide, délivre-moi...” réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite “loi Gayssot” », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 497-533.

<sup>2197</sup> Tribunal correctionnel de Paris, 18 avril 1991 cité par J-P. FELDMAN, « Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17<sup>e</sup> chambre du Tribunal de grande instance de Paris », *D.* 1999, p. 425.

<sup>2198</sup> CA Paris, 9 décembre 1992, *Faurisson (Le Choc)*, LP 1993, n° 103-III, p. 90, note Korman. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence v. C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, p. 424 et ss.

aurait pu être atteint avec une législation qui n'impliquait pas de mettre en place une vérité législative<sup>2199</sup>.

La Commission EDH considéra, dans une affaire *Marais c. France*, que « les dispositions pertinentes de la loi de 1881 et leur application en l'espèce visaient à préserver la paix au sein de la population française »<sup>2200</sup>. De son côté, la Cour EDH développa une argumentation fondée sur l'application de l'article 17 de la CEDH selon lequel « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou accomplir un acte visant à la destruction des droits ou liberté reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Ainsi, dans l'affaire *Garaudy c. France*, face à l'analyse de la compatibilité avec la CEDH d'une condamnation pour négationnisme, la Cour considéra :

« il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention »<sup>2201</sup>.

La Cour considéra alors que les négationnistes ne peuvent pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 alinéa 2 de la Convention, puisque leurs propos constituent un abus de droit, incompatible avec les objectifs de la Convention.

De la même manière, l'article 24 *bis* est une limite justifiée à la liberté d'expression « en tant que mesure nécessaire dans une société démocratique mais également en tant qu'il sanctionne des propos incompatibles avec les valeurs protégées par la Convention Européenne »<sup>2202</sup>.

---

<sup>2199</sup> Comité des droits de l'homme (ONU), Constatations du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*, CCPR/C/58/D/550/1993. V. aussi G. COHEN-JONATHAN, « Négationnisme et droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 571-597.

<sup>2200</sup> Commission EDH, 24 juin 1996, *Marais c. France (recevabilité)*, req. n° 31159/96.

<sup>2201</sup> Cour EDH, 24 juin 2003, *Garaudy c. France (recevabilité)*, précité.

<sup>2202</sup> C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, op. cit., p. 426.

La mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ouvrit la possibilité d'un examen de la constitutionnalité de la loi Gayssot. Cette occasion se présenta dans le cadre d'une affaire de propos négationnistes prononcés par J-M. LE PEN. L'hebdomadaire d'extrême droite *Rivarol* avait été condamné par la cour d'appel de Paris pour contestation de crimes contre l'humanité en raison de la publication d'un entretien avec J-M. LE PEN où il affirmait qu'« en France du moins, l'Occupation allemande n'a pas été particulièrement inhumaine, même s'il y eut des bavures, inévitables dans un pays de 550 000 kilomètres carrés ». L'hebdomadaire souleva alors une question de constitutionnalité à l'encontre de l'article 9 de la loi Gayssot qui instaurait le délit de contestation de crimes contre l'humanité, considérant qu'il était contraire aux principes constitutionnels de la légalité des délits et des peines ainsi que de la liberté d'opinion et d'expression. La Cour de cassation, examinant la QPC dans son rôle d'autorité de filtrage, considéra :

« que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion »<sup>2203</sup>.

En opérant un contrôle de constitutionnalité pendant la phase de filtrage, et en décidant de ne pas transmettre la question au Conseil, elle empêcha un examen de la constitutionnalité de la loi Gayssot.

Toutefois, de l'examen de la doctrine judiciaire et européenne, il semblerait qu'un consensus existe autour du caractère légitime de la limitation à la liberté d'expression introduite par la loi Gayssot. Cette limitation se justifie dans le cadre de la défense du bon fonctionnement du système démocratique.

L'intitulé officiel de la loi « tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe » rappelle ainsi l'objectif des dispositifs mis en place. Il s'agissait, avant tout, d'un moyen de lutter contre l'antisémitisme. Ainsi le rappelait le député F. ASENSI lors du rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée après le rejet de la proposition du Sénat :

---

<sup>2203</sup> Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *Bull crim.* n° 78.

« Il s'agit d'incriminer la négation publique des crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par le statut du tribunal international de Nuremberg. Ici encore, on peut discuter de l'opportunité de créer ce nouveau délit qui vise en réalité une des manifestations du racisme et de l'antisémitisme. La négation de l'Holocauste nazi n'est finalement qu'une des expressions de l'antisémitisme, peut être plus dissimulée que les autres, et cette situation justifie selon votre Rapporteur la création d'un nouveau délit, l'incrimination retenue par la proposition de loi étant d'ailleurs très précise et évitant toute interprétation extensive »<sup>2204</sup>.

L'objectif de la loi Gayssot n'était donc pas de consacrer une quelconque vérité officielle, mais de lutter contre le fléau du racisme. Cette loi est même considérée conforme aux orientations données par le Mission parlementaire sur les questions mémorielles qui, en ce qui concerne le rôle du Parlement, considéra « 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. Mais le Parlement est dans son rôle quand il édicte des normes ou des limitations destinées à défendre des principes affirmés par le Préambule de la Constitution notamment pour lutter contre le racisme et la xénophobie »<sup>2205</sup>.

Toutefois, une grande partie du débat sur les lois mémorielles se concentre sur l'idée que la loi Gayssot consacrerait une vérité officielle qui deviendrait pénalement punissable. Cette dénonciation est fortement critiquée par le professeur P. WACHSMANN qui considère que cette critique « méconnaît la spécificité, [...] de l'entreprise négationniste, qui est de cumuler une allégation factuelle dont le caractère mensonger est certain et l'intention de porter préjudice aux victimes des faits en cause, en une démarche systématique »<sup>2206</sup>. En effet, dans le cas particulier de la Shoah, le négationnisme ne se réduit pas à nier un fait historique avéré, c'est « déposséder les victimes de leur propre mort, c'est dénier aux peuples le droit à la mémoire, donc à l'identité, c'est tenter de relativiser un crime collectif »<sup>2207</sup>.

De plus, même si l'argument de la mise en place d'une vérité législative par la référence au jugement de Nuremberg est accepté, cette vérité ne s'assimile pas à une « histoire officielle ». En effet elle est plutôt « une sorte de cristallisation de la vérité authentique, fruit des recherches historiques ainsi que de la vérité judiciaire consacrée par le tribunal »<sup>2208</sup>. Cette idée est confirmée par l'approche suivie par la CEDH qui considère que l'Holocauste est une

---

<sup>2204</sup> F. ASENSI (rapporteur), Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur la proposition de loi *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, n° 1488, 21 juin 1990.

<sup>2205</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>2206</sup> P. WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 591.

<sup>2207</sup> J-P. CAMBY, « La loi et le négationnisme : de l'exploitation de l'histoire au droit au débat sur l'histoire », *LPA*, n° 70, 2012, p.11.

<sup>2208</sup> E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, 2006, p. 530.

vérité historique notoire. Elle fige donc l'état des connaissances historiques et juridiques sur le sujet et évite au juge d'avoir à se prononcer sur le fait historique en soi<sup>2209</sup>.

Par son rôle de défense d'intérêts légitimes dans le cadre d'une société démocratique, le mécanisme de pénalisation du négationnisme introduit par la loi Gayssot s'analyse comme une limite légitime et non pas comme une atteinte à la liberté d'expression. Se pose alors la question de savoir si cette justification est aussi valable pour la pénalisation de la négation d'autres crimes de l'histoire.

### *(B) Le cas de la pénalisation de la négation du génocide arménien : une atteinte à la liberté d'expression*

La loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, aussi connue sous le nom de Loi Boyer, fut adoptée par le Sénat le 23 janvier 2012. Elle comprenait deux brefs articles dont le premier étendait le dispositif prévu par la Loi Gayssot à « ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou de plusieurs crimes de génocide définis à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française ». L'article 2 de la proposition modifiait, quant à lui, l'article 48-2 de la même loi de 1881 permettant aux associations compétentes pour défendre les intérêts moraux et l'honneur de toute victime de crimes de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi, entre autres. Au moment du vote de cette loi, le seul génocide reconnu comme tel par la loi française était le génocide arménien, reconnu par la loi du 29 janvier 2001.

L'élargissement du délit de négationnisme vers d'autres génocides pose alors la question de la légitimité de cette nouvelle ingérence dans la liberté d'expression. À la différence de la Loi Gayssot, cette loi fut l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Les parlementaires requérants considéraient, entre autres griefs, que la loi était contraire à la liberté de communication, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Le Conseil suivit les

---

<sup>2209</sup> « Les adversaires libéraux de la loi Gayssot font valoir à juste titre qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'établir la vérité historique, mais cet argument apporte en réalité à cette loi une justification supplémentaire, car elle évite précisément aux juges de jouer un rôle pour lequel ils ne sont pas qualifiés. C'est, au contraire, en l'absence d'une telle loi que les procès faits aux écrivains négationnistes pourraient conduire les juges à examiner si ces thèses sont mensongères » (M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *op. cit.*, p. 1251).

parlementaires sur ce point et considéra que la loi en question portait une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression et de communication<sup>2210</sup>.

Le Conseil reprit alors son considérant de principe où il rappelle que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »<sup>2211</sup>. Toutefois, il souligna que cette liberté n'est pas illimitée et que le législateur est compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication. En particulier, il souligne « qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ». Le législateur est donc compétent pour pénaliser le négationnisme, tant que ce type de discours est analysé comme portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Pour pouvoir examiner la légitimité de cette limite, le Conseil constitutionnel fait référence au triple test de la proportionnalité utilisé par d'autres cours constitutionnelles et par la Cour EDH afin de déterminer le bien-fondé des limitations : ces dernières doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Cependant, après avoir défini avec précision le cadre et la portée de son contrôle, le Conseil ne l'applique pas *in concreto* au cas d'espèce. Il conclut directement à l'inconstitutionnalité de la loi considérant « qu'en réprimant ainsi 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 »<sup>2212</sup>.

Le Conseil constitutionnel ne se prononça pas, de façon explicite, sur la portée de l'atteinte à la liberté d'expression, ni sur les explications présentées par le gouvernement dans ses observations qui pourraient justifier cette limitation, qu'il s'agisse de la sauvegarde de l'ordre public, de la liberté d'autrui ou de la sauvegarde du principe de la dignité humaine. En particulier, le Conseil n'établit pas si les atteintes portées à l'exercice de la liberté d'expression par la loi objet d'examen étaient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il semblerait que, pour le Conseil, l'inconstitutionnalité de l'atteinte à la

---

<sup>2210</sup> CC n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, précitée*, consid. 6.

<sup>2211</sup> Consid. 5.

<sup>2212</sup> Consid. 6.



liberté d'expression résidait dans le fait que le législateur avait choisi de réprimer la contestation de certains faits qu'il devait lui-même reconnaître et qualifier. Il s'agirait donc d'un problème de compétence du législateur, plus que de limitations à la liberté de communication. Ainsi, les professeurs A. LEVADE et B. MATHIEU, considèrent que le principal apport de la décision est de clarifier qu'« il n'appartient pas au législateur de dire l'histoire, d'établir des vérités et de pénaliser la contestation des vérités qu'il établit »<sup>2213</sup>.

Le Conseil constitutionnel laisse donc la porte ouverte à la possibilité de limiter la liberté d'expression par la création d'un délit de contestation de génocides qui ne serait pas subordonnée à une reconnaissance préalable par le législateur. Le Conseil évite ainsi de se prononcer indirectement sur les autres lois mémorielles<sup>2214</sup>. Toutefois, en évitant de donner une portée trop générale à sa décision, le Conseil finit par ne pas justifier explicitement sa position.

En particulier, il est possible de s'interroger sur la distinction entre cette loi et la loi Gayssot qui est considérée comme une limite légitime, conforme à la CEDH. Pour une partie de la doctrine, cette différence vient du fait que la loi Gayssot pénalise la négation d'un génocide reconnu par un tribunal, tandis que la loi Boyer pénalisait des génocides qui seraient reconnus par la loi. Toutefois, « l'autorité de la chose jugée de ces décisions ne saurait automatiquement emporter la conclusion que la loi Gayssot constitue une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression qui s'avère nécessaire, adapté et proportionnée à l'objectif poursuivi »<sup>2215</sup>.

Malgré cette absence d'examen explicite de la portée de l'atteinte à la liberté de communication, cette décision du Conseil fut reprise par la Cour EDH dans une affaire concernant la pénalisation du génocide arménien en Suisse. En effet, après avoir cité *in extenso* la décision du Conseil, la Cour considère qu'elle :

« montre parfaitement qu'il n'y a, à priori, pas de contradiction entre la reconnaissance officielle de certains événements comme le génocide, d'une part, et l'inconstitutionnalité des sanctions pénales pour des personnes mettant en cause le point de vue officiel, d'autre part. Les États qui ont reconnu le génocide arménien – pour la grande majorité d'entre eux par le biais de leurs parlements – n'ont par ailleurs pas jugé nécessaire d'adopter des lois prévoyant

---

<sup>2213</sup> A. LEVADE, B. MATHIEU, « Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation », *JCP G*, n° 14, 2012, p. 425,

<sup>2214</sup> D'après le commentaire « officiel », « Le Conseil n'a pas voulu préjuger la conformité à la Constitution des autres dispositifs répressifs visant d'autres formes de "négationnisme" » (texte du commentaire disponible à l'adresse [[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012647DCccc\\_647dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012647DCccc_647dc.pdf)]).

<sup>2215</sup> L. PECH, « Lois mémorielles et liberté d'expression : de la controverse à l'ambiguïté », *RFDC*, 2012, p. 569.

une répression pénale, conscients que l'un des buts principaux de la liberté d'expression est de protéger les points de vue minoritaires, susceptibles d'animer le débat sur des questions d'intérêt général qui ne sont pas entièrement établies »<sup>2216</sup>.

Cette affaire permit à la Cour de mettre en avant les particularités de sa jurisprudence sur la négation de la Shoah, en soulignant son caractère spécifique et non transposable à la négation d'autres génocides. L'affaire concernait un juriste turc qui, lors d'une série de conférences données en Suisse, avait nié publiquement l'existence d'un génocide perpétré par l'Empire ottoman qualifiant le génocide arménien de « mensonge international ». L'article 261 *bis* alinéa 4 du Code pénal Suisse punit celui qui « niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité ». Il fut donc condamné à une peine d'amende. La Cour EDH considéra, néanmoins, que cette condamnation était contraire à la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention.

La Cour souligna qu'il existe une « limite tolérable pour que des propos puissent tomber sous le coup de l'article 17 », et que cette limite « réside dans la question de savoir si un discours a pour but d'inciter à la haine ou à la violence ». Dans tous les autres cas, les discours, même s'ils abordent des sujets sensibles et susceptibles de déplaire, doivent être tolérés dans le cadre d'une société démocratique. La Cour considéra que, dans le cas d'espèce, le discours du requérant était de nature à la fois historique, juridique et politique, et que, par conséquent, il revêtait un intérêt public qui limitait la marge d'appréciation des autorités internes.

Prenant soin de préciser qu'il ne lui revenait pas d'arbitrer des questions historiques qui relèvent d'un débat toujours en cours entre historiens, la Cour donna, malgré tout, des précisions sur l'objet même de la négation, afin de distinguer la négation du génocide arménien de la négation de la Shoah. Premièrement elle considéra que, contrairement à l'Holocauste, il était douteux qu'il existe un « consensus général » sur le génocide arménien. Après, elle considéra que, dans le cas de la négation de l'Holocauste, les requérants avaient nié l'existence d'un fait historique, et non pas la simple qualification juridique d'un crime. En dernier lieu, elle signala que les faits historiques remis en cause par les négationnistes de la Shoah avaient été clairement établis par une juridiction internationale. Toutefois, cette argumentation peine à convaincre. En effet, comme l'explique N. HERVIEU dans son commentaire à l'arrêt :

---

<sup>2216</sup> Cour EDH, 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. n° 27510/08, § 123.

« Certes, l'existence et l'ampleur des crimes nazis au titre de l'Holocauste ne souffrent d'absolument aucun doute. Toutefois, le jugement de Nuremberg n'en demeure pas moins lui-même un fait historique sur lequel de nombreux historiens travaillent encore, à l'exacte image des évènements et massacres arméniens du début du XX<sup>e</sup> siècle. Par ailleurs, comme le notent assez justement les deux juges minoritaires, les massacres perpétrés contre les arméniens ont eux aussi bénéficié d'une large reconnaissance juridique et internationale, notamment via des traités (opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, § 2-10). Distinguer ces deux faits historiques, au motif que l'un présentait une certitude née d'un constat judiciaire, quand l'autre n'en disposerait pas, est donc parfaitement artificiel »<sup>2217</sup>.

De même, cette argumentation sème le doute quant à l'objet de la négation. Dans un premier temps elle distingue la négation du génocide arménien considérant qu'il s'agit de la négation d'une qualification juridique et non d'un fait historique, pour après considérer qu'une des caractéristiques de la négation de la Shoah est qu'elle implique de remettre en cause la décision d'une juridiction internationale. Toutefois, ces distinctions ne conforment pas la *ratio decidendi* de la Cour. En effet, le critère de distinction qui sépare la négation de la Shoah de la négation dans le cas d'espèce est l'incitation à la haine et à la violence. En effet, la négation de l'Holocauste continue à être aujourd'hui le principal moteur de l'antisémitisme. C'est cette finalité qui permet de fonder une restriction de la liberté d'expression, et non pas la simple négation d'un fait historique.

---

<sup>2217</sup> N. HERVIEU, « Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à lutte contre l'extrémisme » *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne], 13 janvier 2014 [<http://revdh.org/2014/01/13/negationnisme-dilemme-extremisme/>].

### **§ 3. Le risque d'atteintes à la liberté de recherche et de l'enseignement historique**

La recherche et, particulièrement, l'enseignement de l'histoire ont été des vecteurs traditionnels de la construction de la mémoire collective en France. L'enseignement de l'histoire, durant la III<sup>e</sup> République, était ainsi un moyen pour permettre la construction d'un roman national assurant la cohésion nationale<sup>2218</sup>. L'évolution de la discipline historique, la revendication de son indépendance et de son caractère de science, impliquèrent un changement dans le rôle de la recherche et de l'enseignement de l'histoire. Cette indépendance est assurée par une série de libertés qui protègent l'historien, son travail et la diffusion de son travail.

Toutefois, l'enseignement de l'histoire, notamment dans le cadre scolaire, reste tributaire des orientations politiques et, notamment, de la politique mémorielle de l'État<sup>2219</sup>. C'est ainsi que certaines lois mémorielles prévoyaient des dispositions relatives à l'enseignement, la recherche et les programmes scolaires. Si l'État peut jouer un rôle dans les orientations générales de l'éducation nationale et peut encadrer le travail de l'historien, il se doit aussi de respecter non seulement la répartition des compétences dans l'organisation de l'enseignement public, mais aussi la liberté de recherche et l'indépendance de la discipline historique et des enseignants (I). L'exemple de la querelle sur l'enseignement du rôle positif de la colonisation démontre les risques d'un détournement des programmes scolaires en méconnaissance des ces principes et libertés (II).

#### **(I) L'encadrement du travail de l'historien et de l'enseignement de l'histoire par le droit**

« L'historien doit être libre dans sa recherche, quand il mène ses investigations, comme il doit être libre dans son écriture, quand il entend diffuser les résultats auxquels il est parvenu »<sup>2220</sup>. La multiplication des lois mémorielles qui cherchent à imposer leur propre

---

<sup>2218</sup> V. P. NORA, « Ernest Lavisser : son rôle dans la formation du sentiment national », *Revue Historique*, n° 1, 1962, p. 73-106.

<sup>2219</sup> V. BADRÉ, « De l'histoire champ de bataille à une mémoire pluraliste. Le miroir des manuels », *Le Débat*, n° 1, 2013, p. 23-29.

lecture d'événements historiques est souvent considérée comme une atteinte potentielle à cette liberté de l'historien.

Par son rôle dans la recherche de la vérité et dans la structuration des sociétés, l'histoire, qu'il s'agisse de la recherche ou de son enseignement, est devenue un enjeu majeur des sociétés démocratiques. Pour éviter son instrumentalisation, elle fait l'objet d'une protection qui trouve sa source au niveau constitutionnel (A). Mais, à ce rôle de l'histoire et de l'historien dans la société répond aussi une certaine responsabilité, en effet « c'est le poids de la parole de l'historien, sa puissance arbitrale qui donnent toute son importance à son rôle social et par conséquent lui confère une responsabilité »<sup>2221</sup>. Cette responsabilité implique des limites et des bornes à la liberté de l'historien, ainsi qu'un rôle accru de l'État dans la régulation de certains aspects de son travail (B).

#### *(A) Un principe de liberté protégé par la Constitution et la CEDH*

L'historien et son travail sont protégés, en premier lieu et de façon générale, par la liberté d'expression et la liberté de communication. Mais, à côté de cette liberté générale, le Conseil constitutionnel a dégagé d'autres principes plus spécifiques applicables à l'activité de l'historien. Le premier est la liberté de la recherche. Cette liberté n'est pas consacrée explicitement dans la Constitution française, à la différence, par exemple, de la Constitution fédérale suisse qui consacre à son article 20 la liberté de la science, garantissant ainsi « la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques ». Toutefois, le Conseil constitutionnel a reconnu cette liberté en la faisant découler de l'article 11 de la Déclaration de 1789. En effet, dans la décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, il a examiné un article de la loi Toubon qui imposait, pour certaines publications, revues et communications, un résumé en français des textes rédigés en langue étrangère. Le Conseil considéra alors, que « les dispositions précitées de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impliquent que soit garantie la liberté d'expression et de communication dans l'enseignement et la recherche »<sup>2222</sup>. Cette liberté protège alors « le droit à la libre diffusion par chacun du produit de ses activités scientifiques »<sup>2223</sup>.

---

<sup>2220</sup> C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, op. cit., p. 1.

<sup>2221</sup> O. DUMOULIN, *Le rôle social de l'historien. De la chaire au prétoire*

<sup>2222</sup> CC n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec., p. 106, JO du 2 août 1994, p. 11240, consid. 22.

<sup>2223</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 2002, p. 571.

Le juge de la Convention a alors développée une protection très large du débat historique, prenant en compte son importance dans une société démocratique. Il a ainsi souligné que la recherche de la vérité historique « fait partie intégrante de la liberté d'expression »<sup>2224</sup>. Par conséquent, il estime qu'il ne lui revient pas d'arbitrer des questions historiques de fond. La Cour a ainsi développé une jurisprudence particulière sur la protection du débat historique. Elle considéra que « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général »<sup>2225</sup>. Ainsi, la liberté d'expression, d'après la Cour EDH, protège la recherche et le débat historique, même dans le domaine où la certitude est improbable<sup>2226</sup> et la controverse et toujours actuelle<sup>2227</sup>.

La coloration historique d'un discours justifie, aux yeux de la Cour, une protection privilégiée et, par conséquent une diminution de la marge d'appréciation de l'État pour établir des restrictions<sup>2228</sup>. De même, elle a considéré, qu'en ce qui concerne le débat sur les questions historiques, « le recul du temps fait qu'il ne conviendrait pas, après l'écoulement de nombreuses années, d'appliquer à certains propos sur des événements historiques la même sévérité que seulement quelques années auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire »<sup>2229</sup>.

L'activité de l'historien, en tant que vecteur de transmission du savoir, est aussi protégée par la liberté de l'enseignement au sens large. Cependant, en France, la conception de la liberté de l'enseignement, telle que dégagée par le Conseil constitutionnel, ne concerne pas la liberté de celui qui enseigne<sup>2230</sup> mais plutôt la liberté de créer de centres d'enseignement<sup>2231</sup>. Dans une décision n° 83-165 DC, le Conseil constitutionnel clarifia que les dispositions relatives aux enseignants chercheurs ne touchent pas à la liberté de l'enseignement, mais sont relatives à l'organisation d'un service public<sup>2232</sup>. En effet, la garantie du service public impose

---

<sup>2224</sup> Cour EDH, 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse*, req. n° 73604/01, § 57.

<sup>2225</sup> V. par exemple, Cour EDH, 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, § 58.

<sup>2226</sup> Cour EDH, 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse*, précité, §63.

<sup>2227</sup> Cour EDH, Grande chambre, 23 septembre 1998, *Lehideux c. Isorni*, req. n° 24662/94, § 55.

<sup>2228</sup> V. notamment Cour EDH, 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, précité.

<sup>2229</sup> *Ibid.* §55 et Cour EDH, 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse*, précité, §64.

<sup>2230</sup> L. FAVOREU et. al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 278.

<sup>2231</sup> CC n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec., p. 42, JO du 25 novembre 1977 p. 5530, consid. 3. La liberté de l'enseignement est pour le Conseil un PFRLR qui découle de l'article 91 de la loi de finances du 21 mars 1931.

<sup>2232</sup> CC n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec., p. 30, JO du 21 janvier 1984, consid. 17.

des droits et des obligations aux enseignants. Toutefois, le Conseil relève que la position particulière des enseignants chercheurs implique, dans l'intérêt même du service public, la garantie de leur entière indépendance<sup>2233</sup>. En particulier, pour le cas des professeurs universitaires, cette garantie d'indépendance est considérée comme ayant un rang de PFRLR<sup>2234</sup>. De même, le code de l'éducation, par ses articles L. 141-6 et L. 952-2, « garantit à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique » et donne aux enseignants-chercheurs « une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>2235</sup>. Le juge judiciaire a reconnu ce statut spécial de protection à la recherche non seulement à l'enseignant-chercheur universitaire, mais à tout historien définit comme « celui qui s'engage dans une controverse historique où il entend faire valoir son droit à la recherche de la vérité historique quels que soient ses diplômes ou titres »<sup>2236</sup>.

En matière d'enseignement, la Cour EDH, de son côté a développé le principe de « pluralisme éducatif », comme un principe essentiel à la préservation de la société démocratique. Ce principe implique, que « l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste »<sup>2237</sup>.

### *(B) Des limites répondant à l'intérêt général*

Si le travail et l'activité de l'historien jouissent d'une ample protection, ils sont néanmoins soumis à des limitations qui répondent à la protection de l'intérêt général. Dans son activité de recherche, l'historien est ainsi soumis au régime général de responsabilité de l'article 1382 du Code civil. Le juge, dans ces cas, se garde de trancher des controverses historiques, et limite son examen à l'analyse de la méthode suivie par l'historien. Les bases de cette responsabilité furent posées par l'arrêt *Branly*<sup>2238</sup>. D'après cet arrêt, la responsabilité d'un historien peut être engagée, même en cas de négligence. Dans ces cas, « alors même que l'historien n'a aucune intention malveillante, sa responsabilité peut-elle être engagée pour une simple omission puisque, selon la Cour de cassation, le métier d'historien impose d'agir en

---

<sup>2233</sup> *Ibid.*, consid. 19.

<sup>2234</sup> *Ibid.*, consid. 20.

<sup>2235</sup> Ces dispositions étaient contenues, avant la codification, par les articles 3 et 57 de la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, *JO* du 27 janvier 1984, p. 431.

<sup>2236</sup> TGI Paris, 8 juillet 1981, *D.* 1982 II p. 59, note Edelman

<sup>2237</sup> Cour EDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n<sup>os</sup> 5095/71; 5920/72; 5926/72, § 53.

<sup>2238</sup> Civ., 27 février 1951, *Branly*, *D.* 1951 p. 29.

vertu des exigences d'une information objective »<sup>2239</sup>. Toutefois les condamnations d'historiens sur la base de ce régime sont assez rares<sup>2240</sup>.

Le travail de l'historien est aussi limité par les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 qui définit plusieurs délits de presse<sup>2241</sup>, notamment en pénalisant l'injure, la diffamation, l'apologie de crimes et la contestation de crimes contre l'humanité, telle qu'elle a été étudiée *supra*. Ces limitations obéissent à un intérêt général de bon fonctionnement d'une société démocratique<sup>2242</sup>.

La Cour EDH, tout en attachant une grande importance à la garantie de la liberté d'expression et de recherche, considère néanmoins que la liberté du chercheur peut être limitée. À l'instar du juge interne, elle veille à ce que le chercheur respecte des règles fondamentales de déontologie. J-F. FLAUSS résumait ainsi la position de la Cour EDH : « en soumettant la recherche historique à un encadrement normatif européen, la Cour européenne ne s'ingère pas dans le fond du débat historique, mais il fixe néanmoins, au moins pour partie, le mode d'emploi »<sup>2243</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Chauvy c. France*, qui concernait un ouvrage qui mettait en doute le rôle des époux AUBRAC dans la Résistance, le juge européen considéra, en s'appuyant sur les raisonnements retenus par le juge interne, que « le contenu de l'ouvrage en cause n'a pas respecté les règles essentielles de la méthode historique et qu'il y est procédé à des insinuations particulièrement graves »<sup>2244</sup>, ainsi elle a considéré que la condamnation de son auteur n'impliquait pas une violation de l'article 10 de la Convention.

En tant qu'enseignant, l'historien doit aussi respecter une série de devoirs propres à la mission de service public de l'enseignement. La laïcité et la neutralité doivent donc guider son travail. Dans une affaire *Notin*, par exemple, le Conseil d'État confirma la suspension d'un enseignant chercheur considérant qu'il avait manqué « aux obligations de tolérance et

---

<sup>2239</sup> C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, op. cit., p. 271.

<sup>2240</sup> Toutefois, les rares condamnations provoquent un émoi considérable. Ce fut le cas de l'historien B. LEWIS qui fut condamné par le TGI de Paris, en application du principe général de la responsabilité. Le Tribunal considéra qu'en ayant remis en question la qualification de "génocide" appliquée au génocide arménien dans un entretien donné au Journal *Le Monde*, l'historien avait « ainsi manqué à des devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance sur un sujet aussi sensible ; que ses propos susceptibles de raviver injustement la douleur de la communauté arménienne, sont fautifs et justifient une indemnisation » (TGI Paris, 21 juin 1995, *Forum des associations arméniennes de France et autre c. Bernard Lewis*, RG 4767/94, LPA, n° 117, 1995, p. 17.).

<sup>2241</sup> V. sur ce point N. DROIN, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, Paris : LGDJ, Coll. Fondation Varenne, 2011, 620 p.

<sup>2242</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, op. cit., p. 41.

<sup>2243</sup> J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, p. 20.

<sup>2244</sup> Cour EDH, 29 juin 2004, *Chauvy c. France*, req. n° 64915/01, § 77.



objectivité imposées » aux enseignants chercheurs en publiant un article qui contribuait à une campagne négationniste<sup>2245</sup>.

Dans le domaine de l'enseignement, l'État intervient aussi activement pour organiser ce service. En effet, le législateur est compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour déterminer les principes fondamentaux de l'enseignement. De son côté, le pouvoir réglementaire doit définir, en vertu de l'article 311-2 du code de l'éducation, l'organisation et le contenu des formations. Le contenu des programmes scolaires est alors délimité par le gouvernement. Jusqu'en 1989 cette tâche appartenait uniquement à l'Inspection générale, mais, avec l'adoption de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation<sup>2246</sup>, le gouvernement confia l'élaboration des programmes à des groupes d'experts dont le travail était coordonné, jusqu'en 2005, par le Conseil national des programmes (CNP). Ce conseil réunissait des chercheurs et des universitaires, mais il fut supprimé par la loi d'orientation sur l'avenir de l'école<sup>2247</sup>. La loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'École de la République du 8 juillet 2013<sup>2248</sup>, mit en place une nouvelle instance : le Conseil supérieur de programmes. Cette nouvelle instance est composée non seulement de chercheurs, mais aussi de trois députés et deux sénateurs. L'inclusion de parlementaires dans ce Conseil illustre le débat actuel sur le rôle du Parlement dans la détermination des politiques et des programmes scolaires, sur la nécessité de trouver un équilibre entre la mise en place de politiques mémorielles dans le cadre de l'enseignement et le respect, non seulement de l'indépendance du chercheur, mais aussi de la discipline historique.

## (II) La possibilité d'atteinte à la liberté de la recherche et de l'enseignement de l'histoire : la problématique de la place de la colonisation et de l'esclavage dans la recherche et les programmes scolaires

Le très critiqué article 4 de la loi Mékachéra spécifiait, dans sa version d'origine :

« Les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite.

---

<sup>2245</sup> CE, 28 septembre 1998, *Notin*, n° 159236, *Leb.* T. p. 938. V. aussi C. MONIOLLE, « Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs » *AJDA*, 2001, p. 226-229.

<sup>2246</sup> *JO* du 14 juillet 1989 p. 8860.

<sup>2247</sup> *JO* du 24 avril 2005, p. 7166.

<sup>2248</sup> *JO* du 9 juillet 2013, p. 11379.

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.

La coopération permettant la mise en relation des sources orales et écrites disponibles en France et à l'étranger est encouragée ».

Cet article, comme il a été signalé, fut rajouté au projet de loi par une initiative parlementaire. En effet, le premier et le dernier alinéa furent insérés grâce à un amendement approuvé par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales. Au moment de sa discussion personne ne s'opposa<sup>2249</sup>.

Le premier alinéa était largement inspiré par l'article 2 de la loi Taubira de 2001<sup>2250</sup> qui établissait « les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent ». La portée impérative de ces deux alinéas, rédigés dans des termes similaires, est sujette à caution. En effet, ils sont rédigés suivant une formule vague où est seulement demandée de donner la « place qu'ils méritent » aux événements qu'ils reconnaissent, laissant ainsi au chercheur la liberté de déterminer ce mérite. De plus, une interprétation donnant une portée plus contraignante à ces deux alinéas, irait à l'encontre des principes constitutionnels qui protègent la recherche et l'enseignement<sup>2251</sup>. Ainsi, analysant ces dispositions, la commission des affaires sociales du Sénat considéra :

« Votre commission constate cependant que le premier alinéa de cet article a peu de portée juridique, du fait de l'imprécision de sa rédaction. S'interrogeant sur l'opportunité d'en modifier la rédaction, elle a abouti à la conclusion qu'il était difficile de donner à cette disposition une portée plus contraignante, du fait de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 (n° 165 DC) par laquelle il a considéré que l'indépendance des professeurs de l'enseignement universitaire était un principe fondamental reconnu par les lois de la République et qu'elle avait donc valeur constitutionnelle. Il n'appartient pas au législateur de définir le programme de recherche des universitaires, ni de définir quelle proportion de leurs

---

<sup>2249</sup> C. KERT (rapporteur), Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des français rapatriés*, n° 1660, 8 juin 2004.

<sup>2250</sup> V. sur ce point M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », *op. cit.*, p. 42.

<sup>2251</sup> Par exemple, S. BÉNÉTULLIÈRE, « ne peut que souligner que ces dispositions, loin d'être uniquement symboliques, prescrivent une certaine manière de transmettre le savoir historique ; or en déterminant la manière de présenter une histoire dite "officielle" le législateur a instrumentalisé l'enseignement de l'histoire » (S. BÉNÉTULLIÈRE, « Le temps et le droit constitutionnel. Un point de vue interdisciplinaire », *in* ROBBE François (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 43.

travaux doit être consacrée à l'étude de l'esclavage ou des rapatriés. Cette réserve ne retire rien, bien sûr, à l'intérêt intrinsèque de ces sujets d'étude »<sup>2252</sup>.

Le Sénat ne considéra pas pour autant nécessaire de s'opposer à l'inclusion de ces dispositions dans le projet de loi.

Lors de la discussion de l'article 2 de la loi Taubira, les débats furent plus animés. Le garde des Sceaux, lors du débat en séance plénière, considéra, à propos de cet article, « qu'il était en effet très important de pouvoir satisfaire au devoir de mémoire ainsi que d'informer et de rappeler aux enfants dans nos écoles à quel point ce qui s'est passé pendant trois siècles entache notre histoire. Toutefois, j'indique à l'Assemblée nationale que les dispositions proposées sont d'ordre réglementaire et non d'ordre législatif »<sup>2253</sup>. Ce caractère réglementaire fut explicitement assumé par l'auteur de la proposition de loi, qui justifia le recours à cette disposition « pour des raisons politiques, pour des raisons morales »<sup>2254</sup>. Sur ce même point, le député R. DONNEDIEU DE VABRES considéra qu' « il y a aussi le fait que, depuis des années, nous souhaitons tous le rétablissement de l'instruction civique à l'école et l'introduction dans les manuels scolaires de diverses références civiques et historiques. En outre, il n'est pas possible de priver le Parlement de la possibilité d'exprimer ce souhait fort, quels que soient les contenus de l'article 34 et de l'article 37 »<sup>2255</sup>. L'importance du sujet et la détermination de la volonté générale étaient, pour ces parlementaires, une raison suffisante pour méconnaître le partage des compétences entre le domaine de la loi et du règlement.

L'alinéa deux de l'article 4 de la loi Mékachéra fut rajouté par un amendement présenté en séance plénière par le député C. VANNESTE. Au moment de sa discussion, la majorité des intervenants se manifestèrent d'accord à ce que « les manuels scolaires accordent toute sa place à l'histoire de la France d'outre-mer, une histoire non pas tronquée et défigurée, mais complète et impartiale »<sup>2256</sup>, et l'amendement fut voté par les deux assemblées.

---

<sup>2252</sup> A. GOURNAC (rapporteur), Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des français rapatriés*, n° 104, 8 décembre 2004.

<sup>2253</sup> E. GUIGOU, Intervention lors du débat public, première séance du 18 février 1999, *JO débats AN*, 19 février 1999, p. 1659.

<sup>2254</sup> C. TAUBIRA, Intervention lors du débat public, première séance du 18 février 1999, *JO débats AN*, 19 février 1999, p. 1660.

<sup>2255</sup> R. DONNEDIEU DE VABRES, Intervention lors du débat public, première séance du 18 février 1999, *JO débats AN*, 19 février 1999, p. 1660.

<sup>2256</sup> C. GALLET, Intervention lors du débat public, première séance du 11 juin 2004, *JO débats AN*, 12 juin 2004, p. 4835.

Si son adoption fut calme dans l'hémicycle, sa réception une fois promulgué déclencha un profond débat, sur lequel il a déjà été longuement insisté<sup>2257</sup>. En particulier, les historiens signataires de l'appel « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle », considéraient que cet article avait « des implications sur l'exercice de [leur] métier et engag[eait] les aspects pédagogiques, scientifiques et civiques de notre discipline »<sup>2258</sup>.

Cet article 4 posait, de la même façon que l'article 2 de la loi Taubira, un problème de compétence du législateur. Mais, dans ce cas, la méconnaissance du principe de séparation du domaine de la loi et de règlement se doublait d'une atteinte à la liberté de recherche et d'enseignement. En effet, l'article 4 alinéa 2 ne se limitait pas à définir le programme scolaire. Il allait beaucoup plus loin en déterminant le contenu et la manière dont devait être présenté un sujet qui, de plus, ne faisait pas l'objet d'un consensus historien. Pour certains commentateurs, le législateur frôlait ici la mise en place d'une histoire officielle, ainsi « au lieu de décider simplement que les programmes scolaires devront traiter de la présence française outre-mer, ce qui excède déjà sa compétence, le législateur décide que, dans les cours et les manuels, cette présence devra être présentée comme positive ! C'est, ni plus, ni moins, donner une version officielle de l'histoire coloniale française »<sup>2259</sup>.

Le Conseil constitutionnel fut saisi dans cette affaire par le Premier ministre. Toutefois il ne fut pas appelé à se prononcer dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, mais dans les conditions prévues par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution afin de se prononcer sur la nature juridique de l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi Mékachéra. Le Conseil ne pouvait donc pas procéder à contrôler le fond de cet article<sup>2260</sup> et se limita à constater son caractère réglementaire, considérant « que le contenu des programmes scolaires ne relève ni des " principes fondamentaux... de l'enseignement ", que l'article 34 de la Constitution réserve au

---

<sup>2257</sup> V. G. MANCERON, F. NADIRAS, « Les réactions à cette loi et la défense de l'autonomie de l'enseignement et de la recherche » in C. LIAUZU, G. MACERON (dir.), *La colonisation, la loi et l'histoire*, Paris : Syllepses, 2006, p. 59-88.

<sup>2258</sup> C. LIAUZU et al. « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle », *Le Monde*, 24 mars 2005.

<sup>2259</sup> T. LE BARS, « La méthode législative et l'histoire de la colonisation », *D.*, 2005, p. 788.

<sup>2260</sup> Ainsi le précise l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, J-E. SCHOETTL, « saisi en application de l'article 37 (second alinéa) ou de l'article 41 de la Constitution, le Conseil doit se prononcer sur le seul caractère législatif ou réglementaire des dispositions qui lui sont soumises. Il n'a donc pas à en apprécier la précision ni, plus généralement, la conformité à une règle ou à un principe de valeur supérieure dans la hiérarchie des normes. En particulier, dans le cadre de ces procédures, le Conseil n'exerce pas le contrôle de constitutionnalité que lui confie l'article 61 de la Constitution » (J-E. SCHOETTL, « Loi, histoire et déclassement », *LPA*, n° 34, 2006, p. 3).

domaine de la loi, ni d'aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine »<sup>2261</sup>.

Face à cette possibilité d'atteinte aux libertés, la Mission d'information sur les questions mémorielles s'interrogea sur le rôle du Parlement en matière d'enseignement de l'histoire. Elle proposa l'orientation suivante : « que le Parlement, s'il ne doit pas prescrire le contenu des programmes, est dans son rôle lorsqu'il décide, au titre de sa mission de contrôle et d'évaluation de l'action du Gouvernement, de se pencher sur l'enseignement de l'histoire à l'école »<sup>2262</sup>.

---

<sup>2261</sup> CC n° 2006-203 L du 31 janvier 2006, *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, Rec., p. 37, *JO* du 2 février 2006 p. 1747, consid. 2.

<sup>2262</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, *op. cit.*, p. 173.

## **Section 2. Les contradictions du devoir de mémoire**

Qualifié à la fois « d'injonction à la mode »<sup>2263</sup> et de « notion précieuse et sensible »<sup>2264</sup>, le « devoir de mémoire » est une notion omniprésente dans les débats sur les lois mémorielles. En effet, les différents projets et propositions de lois mémorielles votés depuis le début des années 2000, se réclamaient tous d'un certain « devoir de mémoire ». Par exemple, pour la reconnaissance du génocide arménien, le rapporteur de la Commission des affaires étrangères considérait que « Le devoir de mémoire s'est progressivement imposé en France, le Président de la République a donné l'exemple en 1995 à propos de la rafle du Vel d'Hiv, le Premier ministre l'a publiquement évoqué à propos de l'utilisation de la torture pendant la guerre d'Algérie. La reconnaissance du génocide arménien par le Parlement participe à ce devoir de mémoire. Hommage est ainsi rendu aux victimes de cette tragédie »<sup>2265</sup>. Pour la loi Taubira, le rapport de la Commission consacra même une sous partie à l'examen du « devoir de mémoire » français par rapport à l'esclavage<sup>2266</sup>. De même, lors de la discussion en séance publique de la loi Mékachéra, le député F. VERCAMER insista sur l'importance d'accompagner les mesures de réparation matérielle par des mesures symboliques, afin que la France « assume sa part de responsabilité et son devoir de mémoire »<sup>2267</sup>.

Malgré cette omniprésence, le « devoir de mémoire » est rarement défini ou explicité (§1). Notion aux fortes connotations morales, elle exerce une influence certaine dans la politique mémorielle de l'État et dans la gestion juridique des passés. Le problème est que ce devoir peut se convertir en une obsession du passé, qui, à force de vouloir intégrer des récits du passé de plus en plus nombreux et divers, finit par dissoudre le lien national par une concurrence mémorielle (§2).

---

<sup>2263</sup> E. CONAN, H. ROUSSO, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris : Fayard, Coll. Pour une histoire du XX<sup>e</sup> siècle, 1994, p. 396.

<sup>2264</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *op. cit.*, p. 66.

<sup>2265</sup> F. ROCHEBLOINE (rapporteur), Rapport sur la proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 *op. cit.*

<sup>2266</sup> C. TAUBIRA (rapporteur), Rapport sur la proposition de loi tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité, Commission des Lois, Assemblée nationale, n° 1378.

<sup>2267</sup> *JO AN débats*, 11 juin 2004, p. 4825.

## § 1. *Le devoir de mémoire : un devoir juridique ?*

Le discours politique et juridique français sur le passé a fait, depuis quelques décennies, du « devoir de mémoire » une notion incontournable. Initialement lié à l'idée d'un impératif éthique et moral de ne pas oublier la barbarie de la Shoah (I), il est maintenant utilisé pour faire référence à des réalités multiples « allant de l'évocation de l'équipe de France de football à celle du style Chanel en passant par les événements de mai 68 »<sup>2268</sup>. Usée par ses multiples références, cette notion n'est pas pour autant définie, ce qui rend l'examen de son rôle dans le contexte juridique d'autant plus problématique (II).

### (I) Les origines de la notion de devoir de mémoire

L'expression « devoir de mémoire » fut généralisée grâce à la publication d'un ouvrage posthume de P. LÉVI qui reprenait un entretien accordé à deux historiens italiens. Les éditeurs français décidèrent d'intituler ce petit ouvrage « Le devoir de mémoire », même si l'expression n'apparaît pas dans le corps du texte<sup>2269</sup>. Le succès de cette publication, apparue dans le contexte du 50<sup>e</sup> anniversaire de la libération de camps, contribua à la généralisation de la notion dans les discours politiques et médiatiques<sup>2270</sup>. Mais son origine peut être retracée à l'époque postérieure à la Seconde Guerre mondiale, notamment dans le contexte des survivants de la Résistance et des camps de concentration. Face à l'ampleur des pertes humaines de la guerre, se développa dans les groupes des survivants, l'idée d'un impératif moral de porter témoignage sur les horreurs de la guerre dans un but préventif : « le fait d'avoir survécu donne impérativement au rescapé des devoirs [...] auxquels il ne peut se soustraire »<sup>2271</sup>. Le devoir de mémoire, dès son origine, est alors lié au souvenir de la Shoah. Ce lien originel avec la Shoah marquera son développement. Ainsi, le « devoir de mémoire » est majoritairement associé au souvenir des crimes, des passés douloureux. Pour R. RÉMOND,

---

<sup>2268</sup> S. GENSBURGER, M-C. LAVABRE, « Entre “devoir de mémoire” et “abus de mémoire” : la sociologie de la mémoire comme tierce position », in B. MÜLLER (dir.), *L'histoire entre mémoire et épistémologie*, Lausanne : Éd. Payot Lausano, Coll. Sciences humaines, 2005, p. 75.

<sup>2269</sup> P. LÉVI, *Le devoir de mémoire*, Paris : Mille et une nuits, 1995, 95 p.

<sup>2270</sup> O. LALIEU, « L'invention du devoir de mémoire », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n°69, 2001, p. 83.

<sup>2271</sup> *Ibid.*, p. 84.

« ce devoir est sélectif : il ne joue que pour les crimes. Il se justifie par le devoir de piété à l'adresse des victimes : c'est justice qu'elles survivent dans la mémoire des peuples »<sup>2272</sup>.

Avec l'écoulement du temps, et la disparition des témoins directs, le devoir de mémoire se modifie dans son contenu et sa signification, il ne s'agit plus d'un devoir des victimes et des témoins de maintenir vif le souvenir des atrocités de la Seconde Guerre mondiale, mais un devoir qui s'étend à l'ensemble de la société et qui cherche à faire œuvre de justice comme moyen de reconnaissance et de non oubli. Il est ainsi associé à la possibilité de demander des réparations et une reconnaissance officielle des faits du passé plusieurs années après leur écoulement<sup>2273</sup>. Il se traduit, concrètement, par le développement de la justice pénale internationale et l'institutionnalisation de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

Le devoir de mémoire se développe et se transforme, à partir des années 1990, dans le cadre d'une crise des régimes d'historicité<sup>2274</sup>, où l'individu se tourne de plus en plus vers le passé de son groupe, dans une panne de projet d'avenir. Cette tendance peut aussi se retrouver au niveau national, où il est possible de constater que l'État tente de redéfinir « son récit national, au nom des droits de l'Homme, dans une dimension multiculturelle »<sup>2275</sup>. S'érigeant en « patrie des droits de l'Homme », la France cherche alors à préserver le souvenir non seulement de son propre passé douloureux, dans un but de non répétition, mais aussi d'épisodes traumatiques qui ne la concernent pas directement. C'est notamment le cas de la reconnaissance du génocide arménien.

---

<sup>2272</sup> R. RÉMOND, « L'Histoire et la Loi », *Études*, n° 6, 2006, p. 763.

<sup>2273</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>2274</sup> F. HARTOG, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences de l'histoire*, Paris : Seuil, Coll. Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2003, p. 215-216.

<sup>2275</sup> S. LEDOUX, « Pour une généalogie du 'devoir de mémoire' en France », texte présenté durant la séance du Groupe d'études transversales sur la mémoire, *Le devoir de mémoire*, Centre Alberto Benveniste, Paris, 4 février 2009.



## (II) La portée du devoir de mémoire

Le recours fréquent à la notion de « devoir de mémoire » dans les discours juridiques et politiques ne s'accompagne d'une définition de sa portée ni de son régime. S'il est fréquemment mobilisé dans la sphère du droit, son caractère juridique est sujet d'interrogations.

L'existence d'un devoir implique, selon P. RICEUR, un double aspect « comme s'imposant du dehors au désir et comme exerçant une contrainte ressentie comme obligation »<sup>2276</sup>. Dans les systèmes juridiques, le devoir est assimilé à l'obligation, c'est-à-dire à la relation juridique en vertu de laquelle nous sommes nécessairement contraints d'agir conformément aux normes juridiques<sup>2277</sup>. Le devoir de mémoire serait donc une injonction au souvenir imposée par une norme juridique sous peine de sanction. Se pose alors le problème de définir le sujet de cette obligation.

Dans une première approche, le sujet du devoir de mémoire peut être tout individu. Grâce à l'ensemble du droit mémoriel, l'État donne alors une consistance à ce devoir de mémoire, influençant la formation d'un récit commun sur le passé. L'injonction au souvenir vise alors « un effort de transmission, le maintien des valeurs et de l'héritage d'une communauté »<sup>2278</sup>.

Mais dans l'ensemble des discours et des renvois à la notion de « devoir de mémoire », il semblerait que le devoir de mémoire, plus qu'un devoir juridique adressé à l'individu, soit un impératif qui guide l'action politique et qui s'imposerait à l'État. Il s'agit d'une sorte de reconnaissance d'une dette morale envers des événements passés auxquels l'État a participé ou dont il se réclame porteur d'une repentance universelle. Plus qu'un devoir juridique, il s'agirait d'un impératif catégorique d'ordre moral qui s'imposerait à l'État, notamment dans le cadre d'« une société défaite et divisée qui voudrait bien se reconstruire »<sup>2279</sup>.

L'absence de portée juridique et la nature morale du devoir de mémoire furent ainsi reconnues par la Cour d'appel de Bordeaux dans une affaire de 2007. L'Association enquête sur la tragique histoire des internements dans les camps de France (E.T.H.I.C) avait fait une demande à la commune de Noé pour qu'elle appose des plaques commémoratives sur deux

---

<sup>2276</sup> P. RICEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 107.

<sup>2277</sup> Cf. A. BRENES CORDOBA, *Tratado de las obligaciones*, San José, Ed. Juricentro, 7<sup>e</sup> édition, 1998, p.26.

<sup>2278</sup> E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, Paris, PUF, Coll. Questions d'éthique, p. 2.

<sup>2279</sup> J-P. RIOUX, « Les avatars du “devoir de mémoire” », *Le Débat*, n° 3, 2012, p. 186.

bâtiments de l'ancien camp d'internement situé dans sa commune. Elle considérait que l'apposition de ces plaques découlait du « devoir de mémoire » qui s'imposerait à la Commune. Après le rejet de la requête par le Tribunal administratif de Toulouse, la Cour d'appel considéra que « la méconnaissance de l'exigence de nature morale tirée du “devoir de mémoire”, ne soulève aucun moyen de droit à l'encontre de la décision attaquée » pour rejeter la requête de l'association<sup>2280</sup>.

Toutefois, le caractère non juridique du « devoir de mémoire » n'implique pas pour autant une absence de caractère normatif. En effet, par son caractère d'énoncé performatif, il recèle « une dimension normative utilisée comme un outil de gouvernance et de régulation sociale par les pouvoirs publics »<sup>2281</sup>. Cette prise en compte du « devoir de mémoire » par l'État peut néanmoins s'avérer problématique, en particulier, eu égard à l'ambiguïté de son contenu.

## **§ 2. *Les potentiels abus du devoir de mémoire***

Analysant le « devoir de mémoire », P. RICOEUR considérait que ce devoir n'est mobilisé que quand il existe une difficulté à effectuer le travail de mémoire, à composer une mémoire commune apaisée. En effet, « l'injonction ne prend sens que par rapport à la difficulté ressentie par la communauté nationale, ou par des parties blessées du corps politique, à faire mémoire de ces événements de manière apaisée »<sup>2282</sup>. S'il peut être un outil pour essayer de reconstruire le passé commun, il peut être aussi source d'abus. Lié, en grande partie, à la mémoire des victimes qui réclament leur place dans le corps politique, le devoir de mémoire peut facilement être source de manipulation. Il peut ainsi conduire vers une concurrence des victimes (I) qui pourraient se traduire dans une décomposition du récit national conduisant vers des risques de communautarisme (II).

---

<sup>2280</sup> CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, *l'Association enquête sur la tragique histoire des internements dans le camps de France (E.T.H.I.C) c. Commune de Noé*, n° 04BX00318, inédit.

<sup>2281</sup> S. LEDOUX, « Écrire une histoire du “devoir de mémoire” », *Le Débat*, n° 170, 2012, p. 184.

<sup>2282</sup> P. RICOEUR, *a mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. Points Essais, 2000, p. 105.

## (I) La concurrence des victimes

Le lien originel entre « devoir de mémoire » et Shoah implique que le contenu de ce devoir soit toujours en lien avec les épisodes douloureux de la société. Le crime et la figure de la victime semblent alors exercer un monopole sur la mémoire collective. Le récit commun du passé ne semble plus se construire qu'en « négatif ». La preuve de cette prééminence de l'aspect victimo-mémoriel peut être trouvée dans les thématiques des lois mémorielles : elles font toutes référence à des événements traumatiques du passé national, la Shoah et la guerre d'Algérie, et même international – avec l'esclavage et le génocide arménien. Cette fixation sur le crime, sur le passé douloureux, affaiblit les liens sociaux à l'intérieur d'un pays.

De même, le rappel constant des malheurs passés peut servir d'alibi. Ce risque est illustré par le philosophe E. KATTAN. Selon cet auteur « la préoccupation exagérée pour le passé nous détourne parfois des urgences du présent [...] L'utilisation du devoir de mémoire comme alibi va même parfois jusqu'à justifier les exactions d'un gouvernement ou d'un État en rappelant les injustices subies autrefois »<sup>2283</sup>. Le philosophe fait alors référence au discours de certains hommes politiques israéliens qui, au moment de la guerre avec le Liban, évoquaient le génocide nazi pour justifier leur intervention dans le pays voisin.

L'intervention accrue de l'État dans le domaine mémoriel, répondant à une conception large du devoir de mémoire, peut aussi conduire vers une concurrence des victimes. En effet, de plus en plus, « la mémoire prend la place de représentation d'un avenir comme instance de légitimation »<sup>2284</sup>. Les différents groupes sociaux qui composent la Nation aspirent donc à la reconnaissance mémorielle de leur passé douloureux afin d'affirmer leur appartenance à la communauté. En effet, « chaque communauté, groupe ou collectif, a besoin de retrouver son “passé”. Une demande de retour aux “origines” provoque, de la part de ceux qui se sentent exclus, un besoin de revendiquer une place dans l'espace public [...] On assiste donc à une revendication des “exclus de l'histoire” face à un État représentant les “gagnants de l'histoire” »<sup>2285</sup>.

---

<sup>2283</sup> E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 72.

<sup>2284</sup> D. LINDBERG, « Guerres de mémoire en France », *Vingtème siècle*, n° 42, 1994, p. 95.

<sup>2285</sup> P. BLANCHARD, I. VEYRAT-MASSON (dir.), « Les guerres de mémoires : un objet d'étude au carrefour de l'histoire et des processus de médiatisation » in *Les guerres de mémoires. La France et son histoire*, Paris : La découverte, 2008, p. 35.

Dans ces guerres de mémoire, il est même possible de constater des phénomènes de surenchère. Une fois le processus de reconnaissance des « mémoires oubliées » enclenché, de nouveaux groupes font surface, se réclamant d'une communauté de victimes oubliées. Ce phénomène d'engrenage est illustré par la multiplication, à la suite de la loi de reconnaissance du génocide arménien, de propositions de loi visant à reconnaître d'autres génocides prenant en compte des faits historiques aussi éparses que le génocide perpétré à l'encontre du peuple cambodgien par les khmers rouges de 1975 à 1979<sup>2286</sup> ; le génocide tzigane pendant la Seconde Guerre mondiale<sup>2287</sup> ; le génocide ukrainien de 1932 à 1933<sup>2288</sup> ou le génocide vendéen de 1793-1794<sup>2289</sup>. Or, dans ce processus, l'État multiplie les récits du passé qui peuvent devenir concurrents et nuire à la mise en place d'une mémoire apaisée.

## (II) Les risques du communautarisme

La multiplication de la reconnaissance des mémoires de groupe comporte le risque que ces revendications restent celles de la communauté, du groupe, et ne se transforment pas en mémoire partagée<sup>2290</sup>. La coexistence de mémoires antagonistes, qui ne s'articulent pas avec le récit du passé commun, peut impliquer la mise en place d'une logique communautariste, contraire au principe d'indivisibilité de la République. En effet, le Conseil constitutionnel considère que les principes de la Constitution « s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »<sup>2291</sup>. La consécration de mesures mémorielles qui ne seraient pas perçues comme un effort pour intégrer cette mémoire à la mémoire nationale, mais plutôt comme la reconnaissance du caractère particulier de ce groupe, pourrait aller à l'encontre de ce principe.

La surenchère mémorielle peut aussi trouver son origine dans les visées électorales du législateur. Pour M. FRANGI, « Il paraît que la loi mémorielle s'adresse aussi à des

---

<sup>2286</sup> Proposition de loi n° 318 présentée au Sénat le 10 mai 2001.

<sup>2287</sup> Proposition de loi n° 337 présentée au Sénat le 15 mai 2008.

<sup>2288</sup> Proposition de loi n° 317 présentée au Sénat le 10 mai 2001.

<sup>2289</sup> Proposition de loi n° 387 présentée à l'Assemblée Nationale le 7 novembre 2007.

<sup>2290</sup> <sup>2290</sup> P. BLANCHARD, I. VEYRAT-MASSON (dir.), « Les guerres de mémoires : un objet d'étude au carrefour de l'histoire et des processus de médiatisation », *op. cit.*, p. 35.

<sup>2291</sup> CC n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec., p. 71, JO du 18 juin 1999.

groupements d'intérêts dont les membres sont des électeurs potentiels. La démarche du législateur n'a pas seulement l'objectif d'intérêt général et le caractère désintéressé évoqués (inclure dans la communauté nationale des individus appartenant à des groupes qui ont connu un passé différent de celui de la majorité du peuple français) mais constitue aussi une tentative de séduction électoraliste dans la perspective des futurs scrutins »<sup>2292</sup>.

La multiplication des interventions du législateur dans le domaine mémoriel implique une banalisation de l'appel au devoir de mémoire. En effet, les lois mémorielles semblent répondre plus à une logique utilitariste qu'à l'impératif moral de ne pas oublier des épisodes fondateurs de l'histoire nationale. Ces dérives démontrent la difficile articulation non seulement entre le droit, l'histoire et la mémoire, mais aussi entre la politique et le droit, dans la prise en compte des revendications mémorielles.

---

<sup>2292</sup> M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », in ROBBE François (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 60.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'étude des principales critiques adressées aux lois mémorielles illustrent la complexité de la triple dialectique du droit et de la mémoire, du droit et de l'histoire et de l'histoire et de la mémoire. À ces relations se rajoutent les considérations d'opportunité politique, inséparables de toute gestion publique du passé.

Dans ces relations, les risques d'abus sont multiples. La participation accrue du droit dans la gestion et l'organisation du passé implique ainsi un risque d'abus de l'histoire et d'abus de la mémoire. En effet, en légiférant sur des questions mémorielles, il peut être porté à donner une qualification juridique à un fait historique, impliquant ainsi une confusion non seulement entre le discours juridique et historique, mais aussi entre le discours historique et mémoriel. Si cette qualification s'accompagne d'une sanction ou d'une disposition impérative, cette juridicisation de l'histoire prend un caractère potentiellement liberticide.

Une intervention tout azimuts du droit sur le passé comporte alors le risque de vouloir s'ériger en auteur unique du récit commun sur le passé, remplaçant et limitant le discours historien et les manifestations d'autres discours mémoriels concurrents.

De même, de plus en plus sollicité par un « devoir de mémoire » aux contours indéfinis, le droit multiplie ses interventions dans le domaine mémoriel, au risque de dissoudre le lien social en une pluralité des mémoires désunies. Mû par des intérêts politiques, il peut même faciliter des dérives communautaristes.

## CONCLUSION DU TITRE II

Il était possible de penser, qu'après la publication des conclusions de la Mission d'information sur les questions mémorielles et sa recommandation selon laquelle « le rôle du Parlement n'est pas d'adopter des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques »<sup>2293</sup>, la polémique concernant les « lois mémorielles » était close. Toutefois, le débat rebondit après l'approbation de la loi Boyer sur la pénalisation des génocides et, surtout, grâce à l'ambiguïté de la décision du Conseil constitutionnel qui la condamne pour atteinte à la liberté d'expression. Ce rebondissement souligne le besoin de s'interroger sur les origines et l'évolution de cette querelle.

La notion même de « loi mémorielle » est problématique. La réflexion sur le prétendu caractère non normatif qui, selon une partie de la doctrine, caractérise la loi mémorielle, mit en évidence le caractère superficiel de cette notion. Derrière cette étiquette se cachent des dispositions juridiques au contenu et aux effets très divers, dont le seul point commun est de se référer au passé. Mais, le fait de regrouper des dispositions si éparses au sein d'une même catégorie est révélateur d'un certain malaise.

Face à l'intervention accrue du droit dans le domaine mémoriel, la critique des lois mémorielles n'est que la partie visible d'un débat plus profond sur la compétence du législateur dans la gestion du passé et sur les relations entre l'histoire et le domaine mémoriel, investi par le juridique répondant à un certain devoir de mémoire.

Malgré ce constant alarmant, nombre de ces risques restent à l'état latent et le droit continue, malgré tout, à jouer un rôle de tiers impartial capable d'assurer la protection de l'historien et la gestion mémorielle.

---

<sup>2293</sup> B. ACCOYER (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Assemblée Nationale, *op. cit.*, p. 98.

# Conclusion de la Seconde Partie

« Le passé est certainement une chose trop sérieuse pour l'abandonner aux seuls historiens »<sup>2294</sup>, proclamait l'historien G-H. SOUTOU lors de son discours à la Séance de rentrée des cinq Académies en 2013. Le droit joue ainsi un rôle important pour essayer de gérer ce passé. En particulier, conscient de l'importance de la construction d'un récit commun du passé pour garantir la cohésion de la nation et le vivre-ensemble de la société, il participe activement à l'élaboration d'une mémoire publique officielle, en quête d'une reconstruction d'un passé pouvant véhiculer les valeurs communes au fondement de la nation. L'État devient acteur mémoriel et le droit s'occupe d'organiser la commémoration des héros et des grandes dates de la Nation.

Mais le droit peut aussi prendre à bras le corps un passé conflictuel, un passé qui ne passe pas, pour essayer de le gérer. Il met ainsi en place des politiques d'oubli, telles l'amnistie de certains épisodes qui sont sources de division ou, au contraire, il organise des mesures de réparation pour compenser les effets de préjudices passés dont les conséquences divisent encore la société. Face à une histoire récente marquée par la prise de conscience des événements douloureux et traumatisants qui ont marqué le XX<sup>e</sup> siècle, ce rôle de gestionnaire du passé conflictuel prend alors le dessus face à la simple commémoration du passé glorieux.

De plus, une représentation sereine du passé qui permet d'intégrer les groupes de plus en plus nombreux et divers composant une société pluraliste, requiert l'intervention de tiers impartiaux. Le droit se présente alors comme instance de médiation pour permettre d'intégrer et concilier les différents récits du passé qui coexistent à l'intérieur de la société dont il assure l'organisation.

Le risque, toujours présent, est que le droit se transforme de tiers impartiaux en acteur d'une instrumentalisation et une manipulation du passé. L'examen de la querelle autour des lois mémorielles en France permet d'illustrer et de relativiser les risques d'une intervention accrue du juridique dans les domaines historiques et mémoriels.

---

<sup>2294</sup> G-H. SOUTOU, « Le passé, entre obsession et oubli », *Séance publique annuelle des 5 Académies*, Institut de France, 2013 [en ligne] [<http://seance-cinq-academies-2013.institut-de-france.fr/le-passe-entre-obsession-et-oubli>].



En effet, un recours trop fréquent aux instruments juridiques pour gérer le passé multiplie les possibilités de son instrumentalisation. Sous la pression de groupes aux revendications souvent contradictoires et motivé par un « devoir de mémoire » - qui est souvent invoqué mais jamais défini -, le législateur français intervient de plus en plus activement dans la construction de récits du passé, au risque d'imposer sa vision du passé au détriment d'autres récits possibles ou de consacrer des récits contradictoires qui, au lieu d'être un facteur d'union, alimentent les séparations au sein du groupe.

Cette intervention accrue implique l'utilisation d'instruments juridiques pour des fins ou des compétences qu'ils n'avaient pas vocation à accomplir. C'est le cas notamment de l'application de qualifications juridiques contemporaines pour des faits du passé ou le recours à la loi comme instrument de repentance officielle afin de reconnaître les torts du passé. De même, la participation accrue du droit dans la gestion du passé peut aussi avoir une influence dans le travail des historiens. Non seulement le récit produit par le droit peut venir contredire, voire même concurrencer le récit des historiens, mais le droit lui-même, par la mise en place de sanctions ou par l'imposition du contenu de programmes scolaires, peut aussi limiter la liberté de l'historien.

Si les cas d'instrumentalisation du passé et d'abus de mémoire par le droit restent, malgré les tendances alarmistes véhiculées par la querelle des lois mémorielles, assez rares, ils sont, malgré tout, un signe d'une problématique plus large : la remise en question à la fois de la place du passé dans l'organisation du présent et la projection dans le futur, et le rôle du droit comme instrument pour cette organisation.

# Conclusion générale

« Être membre d'une communauté humaine, c'est se situer vis-à-vis de son propre passé et de celui de la communauté, ne serait-ce que pour rejeter ce passé. Le passé est donc une dimension permanente de la conscience humaine, un composant inévitable des institutions, valeurs et autres formes d'organisation de la société humaine »<sup>2295</sup>. Au terme de cette étude, la fréquence et la variété des recours au passé par le droit démontrent leur généralité et leur utilité.

Le droit s'inscrit dans un passé qu'il peut aussi organiser. L'affirmation selon laquelle le droit est un phénomène social implique non seulement qu'il influe sur le contexte social, mais aussi qu'il s'inscrit dans un contexte donné. Il se situe donc dans une temporalité qui peut prendre des formes multiples<sup>2296</sup> et qu'il aide lui-même à définir. Passé chronologique au sens strict, le récit historique permet ainsi au droit de se situer dans un contexte afin de mieux interpréter la norme à appliquer et les faits de l'espèce. Le temps de la longue durée, de son côté, est une source pour des normes juridiques qui n'émanent pas de la volonté du souverain, comme le sont la coutume et les usages. L'oxymore du temps intemporel des invariants juridiques permet d'expliquer le fonctionnement de la tradition républicaine. Création juridique qui puise ses sources dans la reconstruction d'une continuité républicaine mais qui se caractérise, avant tout, par sa prétention à la constance et à la permanence, la tradition républicaine cherche à structurer un système constitutionnel caractérisé, durant longtemps, par son instabilité. En dernier lieu, le temps mythique des fondations est mobilisé par le droit au moment de la mise en place du système afin d'ancrer sa légitimité. Le passé sert donc de fondation au droit en le dotant de cadres pour une meilleure application et de fondements pour ancrer sa légitimité.

---

<sup>2295</sup> E. HOBBSAWM, « La fonction sociale du passé : quelques questions » in E. HOBBSAWM, T. RANGER (dir.), *L'invention de la tradition* (1983) [trad. C. VIVIER], Paris : Éd. Amsterdam, 2012, p. 11.

<sup>2296</sup> Nous reprenons ici les quatre temporalités du passé exposées par le professeur F. OST et analysées lors de l'introduction pour démontrer leur pertinence dans l'étude des usages juridiques du passé (F. OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 45).

Mais le droit participe aussi à l'organisation du passé. Comme un des cadres possibles de la mémoire collective, il contribue à la création d'un récit commun sur le passé, c'est-à-dire d'une mémoire officielle qui sert de fondement pour la cohésion sociale. Néanmoins, dans le cadre de sociétés de plus en plus diverses et devant faire face à un passé récent qui peut difficilement être source de cohésion, le droit peut aussi veiller à gérer les passés douloureux d'une nation dans la quête d'une mémoire apaisée. Des mécanismes d'oubli, comme l'amnistie, et de réconciliation, comme les réparations pécuniaires et symboliques, sont ainsi mis en place afin d'essayer de réparer les préjudices de l'histoire et permettre à la société de retrouver sa cohésion après des événements traumatiques.

Toutefois, l'examen de l'utilisation du passé par le droit a aussi révélé que tout usage porte en germe les éléments pour son mésusage. Par exemple, si les différents récits du passé sont mobilisés pour mieux contextualiser l'opération de production et d'application du droit, un recours systématique à l'interprétation historique peut éventuellement conduire vers une préception conservatrice du droit qui pourrait empêcher son évolution. De même, le recours à la légitimation par le passé comporte non seulement le risque d'un historicisme aveugle, mais aussi d'une manipulation du récit historique afin de légitimer des prétentions à l'autorité contraires à la démocratie.

Dans le cadre de la construction d'un récit commun du passé, le droit peut favoriser des abus de mémoire contribuant, par exemple, à la généralisation et la banalisation des commémorations. La recherche des réparations des préjudices du passé peut aussi contribuer à une judiciarisation de l'histoire, à imposer des grilles de lecture juridiques afin d'interpréter des faits historiques comportant ainsi un fort risque d'anachronisme. Succombant aux engrenages du « devoir de mémoire », le droit peut aussi contribuer à l'éclatement de la mémoire nationale en répondant aux multiples revendications de communautés qui réclament la reconnaissance de la spécificité de leur mémoire communautaire, souvent à l'encontre même de la mémoire officielle. La participation du droit à l'organisation du passé peut, en définitive, s'avérer particulièrement délicate quand elle aboutit à remplacer le récit des historiens par une vérité officielle imposée par la norme, mécanisme propre aux systèmes totalitaires mais qui, à une plus modeste échelle, peut être retrouvé dans les mécanismes de certaines lois mémorielles.

En fonction de la conception qui est faite du rôle de l'État et du droit, et prenant en compte la gravité des risques qu'ils entraînent, certains usages du passé sont mieux acceptés

que d'autres. En général, il existe un consensus sur le fait que l'État doit jouer un rôle dans le domaine de la commémoration, comme le démontre les conclusions de la Commission chargée d'examiner les questions mémorielles, et dans la réparation des préjudices de l'histoire<sup>2297</sup>. Toutefois, les risques liés à la confusion entre le rôle du droit et de l'histoire, ainsi que les abus du prétendu devoir de mémoire sont particulièrement attaqués et dénoncés dans le débat actuel, comme le démontre la querelle française sur les lois mémorielles.

Le recours à des illustrations du droit comparé ont permis de constater que ces problématiques ne sont pas propres à la France. Toutefois la France, explique l'historien P. NORA « a pour tradition d'avoir entretenu avec son passé un rapport essentiel et déterminant, d'une intensité à la fois affective et politique », par conséquent « l'histoire est devenue le nerf du lien social et politique »<sup>2298</sup>. Le modèle français s'accommode mal des communautarismes et de la fragmentation des récits propres au modèle mémoriel actuel, ce qui peut expliquer l'intensité du débat qui mobilisa les historiens et les juristes dans le cas de la France.

Cependant, la virulence du débat sur les questions mémorielles reflète, au delà des querelles corporatistes, un malaise à la fois plus profond et plus général sur la nature et la fonction du droit ainsi que sur ses relations avec l'identité et le temps. D'un côté, le débat sur le caractère a-normatif des lois mémorielles est le signe d'un questionnement plus profond sur la qualité de la norme. De façon paradoxale, les différents acteurs mémoriels font appel à la loi afin de traduire leurs revendications, étant motivées par le prestige et la portée symbolique de cet instrument, considéré l'expression de la volonté générale. Toutefois, en faisant un recours indiscriminé à loi pour des fins auxquelles elle n'a pas été conçue – la reconnaissance et même la réécriture de faits historiques -, ces acteurs mémoriels contribuent à sa dégradation.

Si la critique du caractère non normatif des lois mémorielles doit être relativisée, elle sert d'alibi pour une réflexion sur les dérives qualitatives de la loi. Le professeur B. MATHIEU définit ainsi les « pathologies » qui affectent la loi et, en dernier lieu, tout le système juridique et politique : « Les lois sont nombreuses et instables, souvent mal rédigées, elles portent fréquemment sur des points de détail et sont parfois dépourvues d'effectivité. L'altération profonde des qualités de la loi contamine l'ensemble du système juridique et menace tant le

---

<sup>2297</sup> M. FRANGI, « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », in F. ROBBE (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 55

<sup>2298</sup> P. NORA, *Présent, nation, mémoire*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 2011, p. 19.

respect des lois que la sécurité juridique des citoyens »<sup>2299</sup>. La prise de conscience des éventuelles dérives du droit mémoriel peut donc contribuer à la « thérapie de la loi »<sup>2300</sup>.

D'un autre côté, les difficultés rencontrées par le droit pour trouver des points de repères communs afin d'élaborer une mémoire collective officielle, garante de la cohésion nationale, démontrent la tension entre l'universalisme de la communauté juridique, en particulier, le principe d'unité et d'unicité du peuple rappelé par la Constitution, et la relativité et pluralité des communautés culturelles qui se retrouvent dans les sociétés pluralistes. Cette problématique a été résumée par F. BAYROU, alors ministre de l'Éducation, dans une circulaire de 1994 :

« Cette idée française de la nation et de la République est, par nature, respectueuse de toutes les convictions, en particulier des convictions religieuses, politiques et des traditions culturelles. Mais elle exclut l'éclatement de la nation en communautés séparées, indifférente les unes aux autres, ne considérant que leurs propres règles et leurs propres lois, engagés dans une simple coexistence. La nation n'est pas seulement un ensemble de citoyens détenteurs de droits individuels. Elle est une communauté de destins »<sup>2301</sup>.

Cette problématique s'inscrit donc dans une réflexion sur les conditions du vivre-ensemble, récemment reconnues comme un objectif d'intérêt général par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2302</sup> et, plus globalement, sur l'identité nationale. Or, comme le souligne l'historienne M. OZOUF, ce débat « diabolisé sitôt qu'entamé, allume en France un incendie polémique »<sup>2303</sup>. Toute réflexion sur une éventuelle identité commune, construite par rapport à un récit commun du passé est alors troublée par la portée idéologique et le caractère a priori négatif associé à une notion qui a pu être utilisée pour justifier les pires crimes contre l'humanité. La récupération idéologique de cette notion par certains partis politiques proches de l'extrême droite empêche une réflexion apaisée sur les possibilités de construction d'une identité commune<sup>2304</sup>.

En dernier lieu, les éventuels abus dans l'usage du passé sont aussi le symptôme d'un problème plus général de pertes de repères dans une société marquée par des événements qui ont profondément brouillé nos rapports au temps, empêchant une articulation entre le présent,

---

<sup>2299</sup> B. MATHIEU, *La loi*, Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 73.

<sup>2300</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>2301</sup> Ministère de l'Éducation nationale, circulaire n° 1649 du 20 septembre 1994, adressé aux recteurs, aux inspecteurs d'académie, directeurs des services départementaux de l'Éducation nationale et aux chefs d'établissement sur la neutralité de l'enseignement public, citée par A. FINKIELKRAUT, *L'identité malheureuse*, Paris : Stock, 2013, p. 28.

<sup>2302</sup> Cour EDH, Grande chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Affaire S.A.S c. France*, req. n° 43835/11, § 141.

<sup>2303</sup> M. OZOUF, *Jules Ferry. La liberté et la tradition*, Paris : Gallimard, Coll. L'Esprit de la cité, 2014, p. 7.

<sup>2304</sup> V. sur ce point les développements du philosophe A. FINKIELKRAUT sur l'idée d'une « identité malheureuse », dans son œuvre homonyme, *op. cit.*, p. 85 et ss.

le passé et l'avenir<sup>2305</sup>. L'obsession mémorielle de nos jours, explique le politologue E. TRAVERSO, « est le produit du déclin de l'expérience transmise, dans un monde qui a perdu ses repères, défiguré par la violence et atomisé par un système social qui efface les traditions et morcelle les existences »<sup>2306</sup>. À ce diagnostic s'ajoute la problématique de la crise économique et sociale qui sévit dans la plus grande partie du monde, et qui prive l'individu et la société d'un « horizon d'attente »<sup>2307</sup>. L'importance donnée au passé reflète alors le besoin de renouer avec ses racines dans une période qui n'offre plus la certitude d'un avenir meilleur. Ne pouvant pas tourner son regard vers l'avenir, l'individu et la société dont il est membre se réfugie dans le passé.

Si l'abus de mémoire et les dérives historicides et liberticides du droit mémoriel ont conduit à ces remises en question, il est important de souligner que tout usage du passé n'implique par pour autant un abus de passé. Au terme de cette étude sur les différentes utilisations que peut faire le droit du passé, et ayant mis en exergue, que « tous les rappels du passé ne sont pas également admirables »<sup>2308</sup>, il convient donc de se demander s'il est possible de trouver un moyen qui permette, a priori, de déterminer les bons et les mauvais usages juridiques du passé. L'utilisation du passé comme objet de droit implique alors la conciliation d'exigences parfois contradictoires dans une quête d'équilibre.

Le bon usage du passé implique premièrement de mettre en avant que toute utilisation du passé implique sa reconstruction au présent. Les diverses disciplines qui abordent le passé, l'appréhendent toutefois de façon différente. Comme il a été souligné dès l'introduction, l'histoire et la mémoire sont deux façons différentes d'appréhender le passé qui peuvent être mobilisées par le droit. Néanmoins, pour éviter les éventuelles dérives, il est nécessaire non seulement de distinguer entre le discours juridique et le discours historien, mais aussi d'éviter l'assimilation entre l'histoire et la mémoire. S'il existe une complémentarité entre l'histoire, la mémoire et le droit, ce dernier doit non seulement éviter de brouiller les différents discours, par exemple, en écrivant une histoire officielle qui viendrait remplacer le récit des historiens, mais il doit aussi veiller à garder et protéger les distinctions épistémologiques entre les disciplines.

---

<sup>2305</sup> F. HARTOG, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, Paris : Seuil, Coll. La librairie du XX<sup>e</sup> siècle, 2003, p. 13.

<sup>2306</sup> E. TRAVERSO, *Le passé mode d'emploi*, Paris : La Fabrique Éd., 2005, p. 14.

<sup>2307</sup> Notion développée par R. KOSELLECK, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques* [trad. J. HOOCK, M-C. HOOCK], Éd. de l'EHESS, Paris : 1990, 334 p.

<sup>2308</sup> T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, Paris : Arléa, 2004, p. 28-29.

La détermination du mode d'emploi juridique du passé implique aussi la recherche d'un équilibre entre deux objectifs propres à tout système juridique : la stabilité et le changement. Un des usages les plus usités du passé par le droit est sa fonction légitimatrice. Cette étude a démontré que l'ancrage dans le passé des normes, des principes et de l'opération herméneutique permettent de légitimer non seulement ces différents éléments pris isolément, mais aussi le système juridique dans son ensemble. L'appel au passé est porteur de valeurs, notamment d'une valeur d'ancienneté et de conservation nécessaire à tout système qui prétend être obéi et avoir une permanence. Cet appel est donc un garant de la sécurité juridique. Néanmoins, un système juridique qui ne se fonderait que sur l'idéal de conservation et de sécurité risquerait de rester ankylosé et de ne pas permettre le progrès et le changement. La quête d'un équilibre entre la tentation du déterminisme et le vertige de l'entropie<sup>2309</sup> est la clé pour trouver un bon usage du passé en la matière. Contrairement aux systèmes traditionnels, le passé ne doit pas être considéré comme un moule pour le système juridique, mais plutôt comme un modèle ou un exemple pour le présent<sup>2310</sup>. En tant que modèle, le passé peut permettre d'intégrer le changement. L'exemple historique est ainsi mobilisé comme un modèle de changement, comme une motivation pour ne pas répéter les erreurs du passé ou pour, au contraire, suivre le rythme du progrès exposé par l'analyse historique. Le passé fonctionne « comme une instance qui nous incite non aux imitations mais aux révisions »<sup>2311</sup>.

Mais l'équilibre le plus difficile à atteindre pour permettre un bon usage du passé est celui entre la mémoire et l'oubli, entre les dérives du devoir de mémoire et la quête d'une mémoire apaisée qui permette à une société de faire face à son passé, y compris ses épisodes les plus troublants. Au début de son œuvre *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, le philosophe P. RICŒUR, écrivait sous le titre « Avertissement » : « Je reste troublé par l'inquiétant spectacle que donnent le trop de mémoire ici, le trop d'oubli d'ailleurs, pour ne rien dire de l'influence des commémorations et des abus de mémoire »<sup>2312</sup>. Pour faire face à cette problématique, le philosophe invite à transformer la notion équivoque de « devoir de mémoire » en un « travail de mémoire », terme emprunté de la psychanalyse et qui insiste plus sur l'aspect de reconstruction du passé, que sur l'imposition ou l'injonction du souvenir. Le but, pour P.

---

<sup>2309</sup> Pour le professeur F. OST cet équilibre est nécessaire pour assurer une retemporalisation, la juste mesure temporelle nécessaire pour donner à la société un nouvel horizon d'attente (F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 33).

<sup>2310</sup> E. HOBBSAWM, « La fonction sociale du passé : quelques questions » op. cit., p. 15.

<sup>2311</sup> J. HABERMAS, « Quel enseignement tirer de l'histoire? », in *De l'usage public des idées. Écrits politiques 1990-2000* [trad. C. BOUCHINDHOMME], Paris : Fayard, 2005, p.

<sup>2312</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. Points Essais, 2000, p. I.

RICŒUR, est la mise en place d'une politique de la juste mémoire. Face aux multiples récits concurrents sur les passés douloureux et face aux phénomènes d'oubli imposé ou de mémoire manipulée, cette juste mémoire implique la recherche d'un récit commun sur le passé qui réponde à une triple exigence, « du souci d'autrui, sens de la dette et de respect dû aux victimes »<sup>2313</sup>. Cette mémoire juste est difficilement atteignable, mais elle reste quand même un modèle, un horizon vers lequel doit tendre tout usage juridique du passé.

Face à l'hubris du débat sur les usages juridiques du passé, la réconciliation entre Thémis, Clio et Mnémosyne passe alors par la quête d'un équilibre, par la recherche d'une harmonie, en somme, par l'appel à Diké, à la justice au sens platonicien, afin que le passé, suivant la maxime de J. LE GOFF, « serve à la libération et non à l'asservissement des hommes »<sup>2314</sup>.

---

<sup>2313</sup> P. RICŒUR, « Esquisse d'un parcours de l'oubli » in T. FERENCZI, *Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?*, Bruxelles : Éd. complexe, 2002, p. 22.

<sup>2314</sup> J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Paris : Folio, Coll. Histoire, 1988, p. 177.





# Bibliographie

## Dictionnaires et ouvrages généraux

### *Ouvrages francophones*

#### **A**

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-Puf, Coll. Quadriga, 2003, 1649 p.

ARNAUD André-Jean et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, 758 p.

#### **B**

BERCÉ Françoise, *Les premiers travaux de la Commission des monuments historiques. Procès verbaux et relevés d'architectes (1837-1848)*, Paris : Éd. A. et J. Picard, 1979, 453 p.

#### **C**

CALLON Jean-Éric, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, Paris : La documentation française, 1998, 244 p.

CHETAİL Vincent, *Lexique pour la consolidation de la paix*, Bruxelles : Bruylant, 2009, 574 p.

COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, 4 volumes, Paris : La Documentation Française, vol 1., 1987, 611 p ; vol. 2, 1988, 787 p. ; vol. 3, 1991, 777 p. et vol. 4, 2001, 403 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, Coll. Quadriga Dicos Poche, 9<sup>e</sup> éd., 2011, 1095 p.

#### **D**

DESLANDRES Maurice, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Paris : Librairie E. Duchemin, 1977, 3 Tomes : 794 p., 766 p. et 541 p.

#### **F**

FAVOREU Louis, PHILIPPE Loïc (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 17<sup>e</sup> éd., 2013, 686 p.

#### **G**

GODECHOT Jacques, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris : GF Flammarion, édition mise à jour, 2006, 533 p.

GOLDSMITH Lewis, *Recueil de décrets, ordonnances, traités de paix, manifestes, proclamations, discours de Napoléon Bonaparte et des membres du gouvernement français*, Vol. 4, Londres : Imprimerie R. Juigné, 1813, 903 p.

## L

- LALANDE André, *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, Paris : PUF, 10<sup>e</sup> éd., 1968, 1323 p.
- LALOUETTE Jacqueline, *Les mots de 1848*, Toulouse : Presses universitaires du Mirail, 2007, 129 p.
- LE GOFF Jacques, CHARTIER Roger, REVEL Jacques (dir.), *La Nouvelle Histoire*, Paris : Retz, Coll. Les encyclopédies du savoir moderne, 1978, 574 p.
- LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 19<sup>e</sup> éd., 2013, 1034 p.
- LUCHAIRE François et CONAC Gérard (dir.), *La constitution de la République française*, Paris : Economica, 2008, 3<sup>e</sup> éd., 2126 p.

## M

- MATHIEU Bertrand (dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, 802 p.
- MATHIEU Bertrand, MACHELON Jean-Pierre, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, ROUSSEAU Dominique et PHILIPPE Xavier (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Grandes délibérations, 2<sup>e</sup> éd., 2014, 598 p.

## P

- PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1999, 1230 p.

## R

- RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris : Lamy-Puf, Coll. Quadrige, 2003, 892 p.

## S

- SUDRE Frédéric, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris : PUF, Coll. Thémis Droit, 6<sup>e</sup> éd., 2011, 902 p.

## V

- VERPEAUX Michel, MONTALIVET Pierre (de), ROBLLOT-TROIZIER Agnès, VIDAL-NAQUET Ariane, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris : PUF, Coll. Thémis droit, 2011, 539 p.
- VILLIERS Michel (de), LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2009, 7<sup>e</sup> éd., 384 p.

## Z

- ZOLLER Elisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, 922 p.

## *Ouvrages généraux en langue étrangère*

### **B**

BEISER Frederick, *The Cambridge Companion to Hegel*, New York / Cambridge: Cambridge University Press, 1993, 518 p.

### **D**

DÖRR Oliver, SCHMALENBACH Kirsten (éd.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Heildeberg / Dordrecht/ Londres/ New York : Springer, 2012, 1423 p.

### **F**

FARRAND Max (ed.), *The records of the Federal Convention of 1787*, 3 vol., New Haven: Yale University Press, 1911, vol. 1 : 606 p., vol. 2 : 667p. , vol. 3 : 685 p.

### **M**

MADDEX Robert L., *Constitutions of the world*, Washington : CQ Press, 3<sup>e</sup> éd., 2008, 517 p.

### **R**

ROBBERS Gerhard (éd.), *Encyclopedia of World Constitutions*, New York : Facts on file, 2007, 1054 p.

### **S**

STAN Lavinia, NEDELSKY Nadya (éd.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, 3 volumes, New York : Cambridge University Press, 2013, vol. 1 : 302 p., vol. 2 : 532 p., vol. 3 : 501 p.

### **T**

TURNER Stephen (dir.), *The Cambridge companion to Weber*, Cambridge : Cambridge University Press, 2000, 288 p.

### **V**

VARIA, *Enciclopedia del diritto*, 46 volumes, Milan : 1961, Giuffré.

## Monographies, Manuels et Ouvrages spécialisés

### *Ouvrages francophones*

#### **A**

- AGULHON Maurice, *1848 ou l'apprentissage de la République*, Paris : Éd. Du Seuil, Points Coll. Nouvelle histoire de la France contemporaine, 2002, 328 p.
- ANDRIEU Claire, LAVABRE Marie-Claire, TARTAKOWSKY Danielle (dir.). *Politiques du passé : usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence : Publications de l'Université de Provence, 2006, 264 p.
- ARENDT Hannah, *Le système totalitaire : les origines du totalitarisme* (1972) [trad. J-L. BOURGET, R. DAVREU, P. LÉVY], Paris : 2002, Éd. du Seuil, Coll. Points Essais, 379 p.
- ARISTOTE, *Psychologie : Opuscules (Parva Naturalia)* [trad. J. BARTHÉLEMY SAINT-HILAIRE], Paris : Dumond, 1847, 444 p.
- ARON Raymond, *Introduction à la philosophie de l'histoire. Essai sur les limites de l'objectivité historique* (1938), Paris : Éd. Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1986, 521 p.
- ASSIER-ANDRIEU Louis (dir.), *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIX<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris : Éd. du CNRS, 1990, 207 p.
- AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, Tome II, Paris : LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1984, 718 p.
- AUGUSTIN D'HIPPONE, *Confessions* [trad. M. de SAINT-VICTOR, préface M. L'ABBÉ DE LA MENNAIS], Paris : Charpentier, 1841, 461 p.
- AULARD Alphonse, *Histoire politique de la Révolution française : origines et développement de la démocratie et de la république 1789-1804*, Paris : A. Colin, 1901, 805 p.
- AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution : normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1997, 202 p.

#### **B**

- BARANGER Denis, *Écrire la Constitution non écrite. Introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2008, 315 p..
- BARBEY Jean, BLUCHE Frédéric et RIALS Stéphane, *Lois fondamentales et succession de France*, Paris : Cahiers D.U.C, n°3, 1984, 48 p.
- BARBIER Maurice, *La pensée politique de Karl Marx*, Paris : l'Harmattan, 1992, 444 p.
- BART Jean, CLERE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude, VERPEAUX Michel (éd.)
- *1791 La première constitution française*, Paris : Économica, Coll. Droit public positif, 1993, 477 p.
  - *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français*, Dijon : Éd. Universitaires de Dijon, 1997, 434 p.
  - *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon : Éd. Universitaires de Dijon, 1998, 443 p.
  - *La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une république démocratique*, Dijon : Éd. Universitaires de Dijon, 2000, 463 p.
- BARUCH Marc-Olivier, *Des lois indignes? Les historiens, la politique et le droit*, Paris : Tallandier, 2013, 342 p.
- BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, *État de droit et états d'exception : une conception de l'État*, Paris : PUF, Coll. Fondement de la politique, 2013, 303 p.

- BECKER Annette, *Les Monuments aux morts : patrimoine et mémoires de la grande guerre*, Paris : Éd. Errance, 1988, 158 p.
- BENJAMIN Walter, *Paris, capital du XIX<sup>e</sup> siècle : le livre des passages (1927-1935)* [trad. J. LACOSTE], Paris : Éd. Du cerf, Coll. Passages, 1989, 974 p.
- BENSOUSSAN Georges, *Auschwitz en heritage? D'un bon usage de la mémoire*, Paris : Mille et une nuits, 2003, 300 p.
- BERGSON Henri, *Matière et mémoire* (1896), 7<sup>e</sup> éd. (1939), Paris : PUF, Coll. Quadrige, 1990, 282 p.
- BERTRAND Romain, *Mémoires d'empire : la controverse autour du "fait colonial"*, Paris : Éd. du Croquant, 2006, 219 p.
- BIDUSSA David, PESCHANSKI Denis (dir.), *La France de Vichy : archives inédites d'Angelo Tasca*, Milan : Fondazione G. Feltrinelli, 1996, 496 p.
- BLANCHARD Pascal, VEYRAT-MASSON Isabelle (dir.), *Les guerres de mémoires. La France et son histoire*, Paris : La découverte, 2008, 335 p.
- BLOCH Marc, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (1941) [Éd. critique de E. BLOCH, préf. J. LE GOFF], Paris : Armand Collin, 1993, 291 p.
- BLUCHE Frédéric, *Le bonapartisme. Aux origines de la droite autoritaire (1800-1850)*, Paris : Nouvelles éd. latines, 1980, 366 p.
- BÖCKENFÖRDE Ernst Wolfgang, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Paris : LGDJ, 2000, 320 p.
- BOURDÉ Guy, MARTIN Hervé, *Les Écoles historiques* (1982), Paris : Le Seuil, Coll. Points Histoire, 2<sup>e</sup> éd, 1997, 341 p.
- BORGES Jorge-Luis, *Œuvres complètes I*, Paris : Gallimard, 1993, 1752 p.
- BOUTMY Émile, *Études Politiques*, Paris : Armand Colin, 1907, 289 p.
- BOUTON Christophe, *Le procès de l'histoire. Fondements et postérité de l'idéalisme historique de Hegel*, Paris : Vrin, Coll. Histoire de la philosophie, 2004, 320 p.
- BRAIBANT Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, Paris : Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Amphi, 7<sup>e</sup> éd., 2005, 652 p.
- BRAYARD Florent (dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire, 1943-2000*, Bruxelles : Éd. complexe, collection Histoire du temps présent, 2000, 308 p.
- BRISSON Jean-Luc, PRADEAU Jean-François, *Les Lois de Platon*, Paris : PUF, Coll. Quadrige Manuels, 2007, 186 p.
- BRUCKNER Pascal, *La tyrannie de la pénitence*, Paris : B. Grasset, 2006, 258 p.
- BURDEAU François, *Histoire du droit administratif : de la Révolution au début des années 1970*, Paris : PUF, 1995, 494 p.
- BURDEAU Georges
- *Cours de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1946.
  - *Traité de science politique. Tome II : L'État*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1980, 733 p.
  - *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon Assas, Coll. Les introuvables, 2011, 673 p.

## C

- CABRILLAC Rémy, *Introduction générale au droit*, Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2011, 258 p.
- CAMUS Albert, *Œuvres complètes*, Tome II, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, 2006, 1424 p.
- CARBONNIER Jean
- *Essai sur les lois*, Paris : Ed. Défrénois, 1979, 299 p.
  - *Flexible droit*, Paris : LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, 493 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond

- *Contribution à la Théorie générale de l'État* (1920-1922) [préf. E. MAULIN], Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, 1525 p.
- *La Loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris : Economica, Coll. Classiques, 1984, 228 p.

CAUDAL Sylvie (dir.), *Les principes en droit*, Paris : Economica, Coll. Études juridiques, 2008, 300 p.

CERTEAU Michel (de), *L'écriture de l'histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio/Histoire, 1975, 527 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit public, 15<sup>e</sup> éd., 2001, 1427 p.

CHARTIER Roger, *Au bord de la falaise. L'histoire entre certitudes et inquiétudes*, Paris : Albin Michel, Coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 2009, 379 p.

CHAUMONT Jean-Michel, *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, Paris : La découverte, 1997, 380 p.

CHEVALLIER Jean-Jacques, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris : Armand Colin, 9<sup>e</sup> éd., 2001, 748 p.

CICÉRON (de), *Œuvres complètes*, trad. de M. NISARD, Tome IV, Paris : Chez Firmin Didot Frères, Fils et Cie., 1864, [en ligne] [<http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Ciceron/lois.htm>]

CONAC Gérard, DEBENE Marc, TEBOUL Gérard (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris : Economica, 1993, 365 p.

CONAC Gérard, MACHELON Jean-Pierre (dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris : PUF, collection Politique d'aujourd'hui, 1999, 295 p.

CONAC Gérard, PRÉTOT Xavier, TEBOUL Gérard (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001, 467 p.

CONAN Éric, ROUSSO Henry, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris : Fayard, Coll. Pour une histoire du XX<sup>e</sup> siècle, 1994, 327 p.

COQUIO Catherine (dir.), *L'histoire trouée. Négation et témoignage*. Nantes : L'atalante, 2003, 860 p.

CRIVELLO Maryline, GARCIA Patrick, OFFENSTAD Nicolas (dir.), *Concurrence des passés : usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence : Publication de l'Université de Provence, 2006, 298 p.

CRUVEILHIER Pierre, *Commentaire du Code d'Hammourabi*, Paris : Librairie Ernest Leroux, 1938, 342 p.

CUBERTAFOND Bernard, *La création du droit*, Paris : Ellipses, Coll. Le droit en questions, 1999, 119 p.

## D

DEBRAY Régis (dir.), *L'abus monumental ?- Actes des entretiens du patrimoine*, Paris : Fayard, 1999, 439 p.

DERRIDA Jacques, *Pardoner : l'impardonnable et l'imprescriptible*, Paris : L'Herne, 2005, 92 p.

DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, Paris : LGDJ, coll. Manuels, 2011, 432 p.

DEUMIER Pascale (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherches sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2013, 269 p.

- DICEY Albert Venn, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel* [trad. A. BATUT et G. JÈZE], Paris : V.Giard & E. Brière Éd., Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 1902, 474 p.
- DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, Coll. Thémis droit, 3<sup>e</sup> éd. 2011, 683 p.
- DUBY Georges, *Le dimanche de Bouvines*, Paris : Gallimard, Coll. Trente journées qui ont fait la France, 1973, 302 p.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris : E. Bocard., 5 tomes : T. I : La règle de droit, le problème de l'État, 1927, 763 p ; T. II : La théorie générale de l'État (1<sup>ère</sup> partie), 1928, 890 p. ; T. III : La théorie générale de l'État (2<sup>e</sup> partie), 1930, 853 p. ; T. IV : L'organisation politique de la France, 1931, 937 p ; T. V : Les libertés publiques, 1931, 703 p.
- DUPRONT Alphonse, *L'Histoire et l'Historien*, Paris : Fayard, Coll. Recherches et Débats du Centre Catholique des Intellectuels Français, n° 47, 1964, 230 p.
- DUPUIS Georges, GUÉDON Marie-José, CHRÉTIEN Patrice, *Droit administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Sirey Université, 12<sup>e</sup> éd., 2011, 727 p.
- DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2012, 929 p.
- DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris : Félix Alcan Éd., 1895, 186 p.
- DWORKIN Ronald, *L'empire du droit* (1986) [trad. d'E. SOUBRENIE], Paris : PUF, Coll. Recherches politiques, 1994, 468 p.

## E

- ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *Introduction générale au droit*, Paris : Flammarion, Coll. Champs université, 3<sup>e</sup> éd., 2011, 381 p.
- ERGEC Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant / Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Droit international, 1987, 427 p.
- EYCKEN Paul (vander), *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles : Falk, 1906, 434 p.

## F

- FABRE Michel-Henry, *Principes Républicains de Droit Constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1967, 421 p.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Introduction générale au droit. Droit des personnes. Méthodologie juridique*, Paris : PUF, Coll. Licence Droit, 2<sup>e</sup> éd., 2011, 298 p.
- FASSO Guido, *Histoire de la philosophie du droit. XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Paris : LGDJ, 1977, 312 p.
- FAVOREU Louis et al.,
- *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Droit Public Science Politique, 15<sup>e</sup> éd., 2013, 1056 p.
  - *Droit des libertés fondamentales*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 6<sup>e</sup> éd., 2012, 687 p.
- FERENCZI Thomas (dir.), *Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?*, Bruxelles : Ed. complexe, 2002, 281 p.
- FERRERO Guglielmo, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Paris : Le livre de Poche, 1988, 316 p.



- FERRY Luc, ROVAN Joseph (coord.), *Devant l'histoire : les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, Paris : Éd. du Cerf, Coll. Passages, 1988, 353 p.
- FINKIELKRAUT Alain
- *L'avenir d'une négation*, Paris : Éd. Seuil, Collection Fiction & Cie., 1982, 180 p.
  - *L'identité malheureuse*, Paris : Stock, 2013, 230 p.
- FINLEY Moses I., *Mythe, mémoire et histoire. Les usages du passé*, Paris : Flammarion, Coll. Nouvelle Bibliothèque scientifique, 1981, 270 p.
- FRIER Pierre-Laurent, *Droit du patrimoine culturel*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 1997, 526 p.
- FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit public, 8<sup>e</sup> éd., 2013, 634 p.
- FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles : Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2011, 708 p.
- FURET François, HALÉVI Ran, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris : Fayard, Collection Histoire des Constitutions de la France, 1996, 605 p.

## G

- GACON Stéphane, *L'amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. L'univers historique, 2002, 423 p.
- GALLOIS Léonard, *Histoire de la Révolution de 1848*, Tome IV, Paris : Naud et Gorju éditeurs, 1850, 477 p.
- GARAPON Antoine, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris : Odile Jacob, 2008, 287 p.
- GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris : Montchrestien, Collection Doma droit public, 4<sup>e</sup> éd., 2006, 389 p.
- GAUDEMET Yves
- *Les méthodes du juge administratif*, Paris : Librairie générale du droit et de la jurisprudence, 1972, 321 p.
  - *Traité de droit administratif*, Tome 1, Paris : LGDJ, 16<sup>e</sup> éd., 2001, 918 p.
- GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919, 2 tomes, 446 p. et 422 p.
- GINZBURG Carlo, *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri* [trad. M. BOUZAHER] (1991), Paris : Lagrasse, Ed. Verdier, 1997, 187 p.
- GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome I, Paris : Dalloz, Coll. Traités Dalloz, 2011, 841 p.
- GOUAULT Jacques, *Comment la France est devenue républicaine. Les élections générales et partielles à l'Assemblée nationale 1870-1875*, Paris : A. Colin, 1954, 241 p.
- GOUET Yvon, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit international*, Paris : Éd. A. Pedone, 1932, 168 p.
- GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, Coll. L'interrogation philosophique, 1992, 387 p.
- GREER Steven, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, Coll. Dossiers sur les droits de l'homme, n°17, 2000, 62 p.
- GROS Dominique (éd.), *Le droit antisémite de Vichy*, Paris : Ed. du Seuil, 1996, 612 p.
- GROSSER Alfred. *Le crime et la mémoire*, Paris : Flammarion, 1991, 267 p.
- GUILLEMIN Henri, *La première résurrection de la République*, Paris : Gallimard, 1967, 566 p.

GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Hypercours, 3<sup>e</sup> éd., 2014, 584 p.

## H

HABERMAS Jürgen, *De l'usage public des idées Écrits politiques 1990-2000* [trad. C. BOUCHINDHOMME], Paris : Fayard, 2005, 263 p.

HALBWACHS Maurice

- *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925) [Éd. et Postface G. NAMER], Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 1997, 367 p.
- *La topographie légendaire des Évangiles. Étude de mémoire collective* (1941), [préf. F. DUMONT], Paris : PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1971, 171 p.
- *La mémoire collective* (1950), [Éd. et Postface G. NAMER], Paris : Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 1997, 295 p.

HART Herbert L. A., *Le concept de droit* (1961) [Trad. M. VAN DE KERCHOVE], Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2<sup>e</sup> éd., 2005, 344 p.

HARTOG François, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences de l'histoire*, Paris : Seuil, Coll. Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2003, 257 p.

HARTOG François, REVEL Jacques, *Les usages politiques du passé*, Paris : Éd. de l'EHESS, 2001, 206 p.

HAURIOU Maurice

- *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1929, 759 p.
- *Précis de droit administratif et de droit public* (1933), Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., réédition 2002, 1150 p.

HAZAN Pierre, *Juger la guerre, juger l'histoire*, Paris : PUF, 2007, 264 p.

HEGEL George F.W.

- *La phénoménologie de l'esprit* (1807) [Trad. J. HYPPOLITE], Tome I, Paris : Éd. Mouton, Coll. Philosophie de l'esprit, 1939, 358 p.
- *Principes de la philosophie du droit* (1821) [Trad. A. KANAN, préface J. HYPPOLITE], Paris : Gallimard, Coll. NRF, 1940, 380 p.
- *La philosophie de l'histoire* (1822) [trad. M. BIENENSTOCK et al.], Paris : Le livre de poche, Coll. La Pochothèque, 2009, 758 p.

HELLER Hermann, *La crise de la théorie de l'État* (1926) [trad. O. JOUANJAN], Paris : Dalloz, Coll. Tiré à part, 2012, 55-58 p.

HERZOG-EVANS Martine, DANET Jean, GRUNVALD Sylvie, LE GALL Yvon, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, 446 p.

HILLBERG Raul, *La politique de la mémoire*, Paris : Gallimard, 1996.

HOBBSAWM Eric, RANGER Terence (dir.), *L'invention de la tradition* (1983) [trad. VIVIER Christine], Paris : Éd. Amsterdam, 2012, 381 p.

HUME David, *Traité de la nature humaine III : La morale* (1739), Paris : Flammarion, 1993, 282 p.

HUMMEL Jacky, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard Éd., 2010, 171 p.

## J

JEAN Jean-Paul, SALAS Denis (dir.), *Barbie, Touvier, Papon... : des procès pour la mémoire*, Paris : Éd. Autrement, collection Mémoires, 2002, 172 p.

JEANNENEY Jean-Noël

- *Une mémoire républicaine : entretiens avec Jean Lacouture*, Paris : Éditions du Seuil, Collection l'histoire immédiate, 1997, 348 p.
- *Le passé dans le présent : l'historien, le juge et le journaliste*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. Essais, 1998, 165 p.
- *La République a besoin d'histoire. Interventions*, Paris : Éd. du Seuil, 2000, 251 p.

JELLINEK Georg

- *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne* [trad. G. FARDIS], Paris : Fontemoing, 1902, 101 p.
- *L'État moderne et son droit*, Tome I : *Théorie générale de l'État* (1911) [trad. G. FARDIS, intro. O. JOUANJAN], Paris : Éd. Panthéon Assas, Coll. Les introuvables, 2005, 574 p.

JÈZE Gaston, *Principes généraux du droit administratif* (1925) [préface S. SALON, J-C, SAVIGNAC], Tome 1, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, 443 p.

## K

KATTAN Emmanuel, *Penser le devoir de mémoire*, Paris : PUF, Coll. Question d'éthique, 2002, 160 p.

KELSEN Hans

- *Théorie générale du droit et de l'État* (1945) [trad. B. LAROCHE et V. FAURE, intro. S. PAULSON], Paris : Bruylant-LGDJ, 1997, 518 p.
- *Théorie pure du droit* (1962) [trad. C. EISENMANN], Paris : Bruylant LGDJ, 1999, 367 p.
- *Théorie générale des normes* (1979) [trad. O. BEAUD et F. MALKANI], Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1996, 604 p.

KERVÉGAN Jean-François, « Que faire de Carl Schmitt ? », Paris : Gallimard, 2011, 328 p.

KLARSFELD Serge. *Vichy-Auschwitz : le rôle de Vichy dans la solution finale*, 2 tomes, Paris : Fayard, 1983 et 1985,

KOLB Robert, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique moderne pour le droit international*, Bruxelles : Bruylant / Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. De droit international, 2006, 959 p.

KOSELLECK Reinhart

- *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques* [trad. J. HOOCK, M-C. HOOCK], Éd. de l'EHESS, Paris : 1990, 334 p.
- *L'expérience de l'histoire* [trad. A. ESCUDIER], Paris : Gallimard / Le Seuil, Coll. Hautes études, 1997, 325 p.

KUNDERA Milan, *Le livre du rire et de l'oubli* (1978), Paris : Folio, 1985, 344 p.

## L

LAUBADÈRE André (de), GAUDEMET Yves et al., *Traité de droit administrative*, Tome 1 : Droit administratif général, Paris : LGDJ, 16<sup>e</sup> éd., 2001, 918 p.

LE GOFF Jacques, *Histoire et mémoire*, Paris : Gallimard, coll. Folio histoire, 1988, 409 p.

LE GOFF Jacques, NORA Pierre (dir.), *Faire de l'histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio Histoire, 1974, 992 p.

LEVI Primo,

- *Les naufragés et les rescapés* [trad. A. MAUGÉ], Paris : Gallimard, 1989, 199 p.
- *Le devoir de mémoire*, Paris : Mille et une nuits, 1995, 95 p.

LAFERRIÈRE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome I, Paris : Berger-Levrault, 1896, 724 p.

- LEFEBVRE Georges, *La naissance de l'historiographie moderne*, Paris : Flammarion, Coll. Nouvelle bibliothèque scientifique, 1971, 347 p.
- LEMKIN Raphaël, *Qu'est-ce qu'un génocide ?* [trad. J- L. PANNÉ] (1944), Paris : Éd. du Rocher, 2008, 315 p.
- LÉONARD Yves, *La mémoire, entre histoire et politique*, Paris : La documentation française, collection Les cahiers français, 2001, 100 p.
- LESPINE Louis, *Les courses de taureaux et la loi du 24 avril 1951*, Nîmes/Paris : Éd. du Conseil Zoophile de France, 1951, 23 p.
- LIAUZU Claude, MANCERON Gilles (dir.), *La Colonisation, la loi et l'histoire*, Paris : Syllepses, 2006, 183 p.
- LORAUX Nicole, *La cité divisée*. Paris : Payot, 1997.
- LUCHAIRE François
- *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1980, 435 p.
  - *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris : Fayard, Coll. Histoire des Constitutions de la France, 1998, 274 p.
- LUCHAIRE François, CONAC Gérard, PRÉTOT Xavier, *La Constitution de la République française. Analyse et commentaires*, Paris : Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2009, 2120 p.
- LUHMANN Niklas, *La légitimation par la procédure* [trad. L. SOSOE et S. BOUCHARD], Laval : Les presses de l'Université de Laval, Coll. Diké, 2001, 249 p.

## M

- MATHIEU Bertrand, *La loi*, Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2010, 144 p.
- MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 2002, 791 p.
- MAUS Didier, FAVOREU Louis, PARODI Jean-Luc (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Aix-en-Provence : Economica, 1992, 852 p.
- MICHEL Henri, MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris (éd.), *Les idées politiques et sociales de la Résistance : documents clandestins*, Paris : PUF, 1954, 410p.
- MICHEL Johann, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*. Paris : PUF, 2010, 208 p.
- MINK Georges, NEUMAYER Laure (dir.), *L'Europe et ses passés douloureux*, Paris : La découverte, 2007, 268p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748) [intro. V. GOLDSCHMIDT], II Tomes, Paris : GF-Flammarion, 1979, 507 p. et 638 p.
- MORABITO Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Paris : Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2012, 432 p.
- MOREAU-DEFARGES Philippe, *Repentance et réconciliation*, Paris : Presses de Sciences-Po, 1999.
- MURAT Inés, *La II<sup>e</sup> République*, Paris : Fayard, 1987, 533 p.

## N

- NAMER Gérard
- *Halbwachs et la mémoire sociale*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 2000, 250 p.
  - *La commémoration en France de 1945 à nos jours*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1987, 213 p.
- NGUYEN Doc Dinh, DAILLER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, Paris : LGDJ, Coll. Traités, 8<sup>e</sup> éd., 2009, 1722 p.

- NICOLET Claude, *L'idée républicaine en France : Essai d'histoire critique (1789-1924)*, Paris : Tel-Gallimard, 1995, 532 p.
- NIETZSCHE Friedrich, *Considérations inactuelles (I et II) (1873-1874)* Trad. H. ALBERT], Paris : Société du Mercure de France, 1907, 259 p.
- P. NORA (dir.), *Les Lieux de mémoire*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque illustrée des histoires, 3 Vol., 7 Tomes : Vol. I : La République, 1984, 674 p. ; Vol. II, Tome 1 : La Nation [héritage, historiographie, paysages], 1986, 610 p. ; Vol. II, Tome 2 : La Nation [Le territoire, l'État, le patrimoine], 1986, 662 p. ; Vol. II, Tome 3 : La Nation [La gloire, les mots], 1986, 667 p. ; Vol. III, Tome 1 : Les France [Conflits et partages], 1992, 988 p. ; Vol. III, Tome 2 : Les France [les traditions], 1992, 988 p. ; Vol. III, Tome 3 : Les France [De l'archive à l'emblème], 1992, 1034 p.
- NORA Pierre, *Présent, nation, mémoire*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 432 p.
- NORA Pierre, CHANDERNAGOR Françoise, *Liberté pour l'histoire*, Paris : CNRS éd., 2008, 60 p.

## O

- ODENT Raymond, DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *Contentieux administratif*, II Tomes, Paris : Dalloz, 2007, Tome I : 1051 p ; Tome II : 738 p.
- OFFENSTADT Nicolas
- *L'histoire bling-bling. Le retour du roman national*, Paris : Stock, coll. Parti Pris, 2009, 148 p.
  - *L'historiographie*, Paris : PUF. Coll. Que sais-je? [en ligne], 2011, [<http://www.cairn.info/l-historiographie--9782130591573.htm>].
- ORWELL George, *1984* (1949) [trad. A. ADUDIBERTI], Paris : Gallimard, Coll. Folio, 1950, 439 p.
- OSIEL Mark, *Juger les crimes de masse : la mémoire collective et le droit*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. La couleur des idées, 2006, 453 p.
- OST François
- *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, 376 p.
  - *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Penser le droit, 2<sup>e</sup> éd., 2012, 222 p.
- OST François et KERCHOVE Michel (VAN DE), dans *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, 596 p.
- OZOUF Mona
- *La Fête révolutionnaire (1789-1799)*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 1976, 340 p.
  - *Jules Ferry. La liberté et la tradition*, Paris : Gallimard, Coll. L'Esprit de la cité, 2014, 113 p.

## P

- PAXTON Robert O., *La France de Vichy 1940-1944*, Paris : Seuil, collection Points Histoire, 1997, 475 p.
- PÉGUY Charles, *Œuvres en prose complètes*, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1992, Tome III, 2090 p..
- PERELMAN Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1976, 193 p.
- PLATON, *Les lois* [trad. J-N. GROU], Paris : Charpentier, 1852, 399 p.

POPPER Karl

- *La société ouverte et ses ennemis (1945)* (trad. J. BERNARD, F. MONOD), 2 vol., Paris : Éd. du Seuil, 256 p. et 254 p.
- *Misère de l'historicisme (1944)* [trad. H. ROUSSEAU], Paris : Plon, 1956, 196 p.

PRÉLOT Marcel, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 1948, 606 p.

PROST Antoine, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris : Éd. Seuil, Coll. Points histoire, 1996, 330 p.

## R

RÉMOND René, *Quand l'État se mêle de l'histoire*, Paris : Stock, collection les Essais, 2006, 106 p.

RENAN Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation et autres essais politiques*, Paris : Pocket, Coll. Agora Les Classiques, 1992, 316 p.

REY Jean-Michel, *L'oubli dans les temps troublés*, Paris : Éd. de l'Olivier, Coll. Penser / rêver, 2010, 150 p.

RICŒUR Paul

- *Histoire et vérité*, Paris : Éd. du Seuil, 1973.
- *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris : Éd. du Seuil, Coll. Points Essais, 2000, 689 p.

RIOUX Jean-Pierre, *La France perd la mémoire. Comment un pays démissionne de son histoire*, Paris : Perrin, 2006, 221 p.

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, 2<sup>e</sup> éd., 431 p.

ROSANVALLON Pierre, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*, Paris : Fayard, Collection Les Constitutions françaises, 1994, 377 p.

ROUBIER Paul, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps (1960)* [prés. L-A. BARRIÈRE], Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, 590 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'économie politique (1755)* [et autres œuvres], Paris : Flammarion, 1990, 332 p.

ROUSSO Henry

- *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Paris : Seuil, coll. Points Histoire, 1987, 378 p.
- *La hantise du passé*, Paris : textuel, 1998.
- *Vichy. L'événement, la mémoire, l'histoire*, Paris : Gallimard, Coll. folio histoire, 2001, 746 p.

ROUX Marie (de), *Origines et fondation de la troisième République*, Paris : Éd. Bernard Grasset, 7<sup>e</sup> éd., 1933, 400 p.

## S

SAINT-UPÉRY Marc, *Le rêve de Bolivar, le défi des gauches sud-américaines*, Paris : La Découverte, 2007, 330 p.

SAVERINO Caterina, *La doctrine du droit vivant*, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif, 2003, 282 p.

SAVIGNY Friedrich Carl (von)

- *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit (1814)* [trad., intro. et notes par A. DUFOUR], Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2006, 218 p.
- *Traité de droit romain* [trad. C. GENOUX], Tome I, Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, 421 p.

SAUSSURE Ferdinand (de), *Cours de linguistique générale (1916)* [éd. de T. DE MAURO, Postface J-L. CALVET], Paris : Éd. Payot, 1972, 510 p.

SCHMITT Carl

- *Légalité et légitimité* [trad. W. GUEYDAN DE ROUSSEL], Paris : LGDJ, 1936, 102 p.
- *Théorie de la Constitution* [Trad. L. DEROCHE, Préf. O. BEAUD], Paris : PUF, Coll. Leviathan, 1993, 576 p.

STAËL Anne-Louise Germaine (de), *Considérations sur la Révolution française* (1816), Paris : Charpentier Éditeur, Éd. de 1862, 465 p.

STORA Benjamin. *Histoire de la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. de la Découverte, 1993, 123 p.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental, 11<sup>e</sup> éd., 2012, 944 p.

## T

TEISSIER-ENSMINGER Anne, *L'enchantement du droit. Légistique platonicienne*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002, 331 p.

TODOROV Tzvetan

- *Mémoire du mal, tentation du bien*, Paris : Éd. Robert Laffont, 2000.
- *Les abus de la mémoire*, Paris : Arlea, 2004, 61 p.

TRAVERSO ENZO, *Le Passé, modes d'emploi, histoire, mémoire, politique*, Paris : La fabrique éd., 2005, 136 p.

TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris : Fayard, 2006, 778 p.

TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome I : Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, Coll. Traités, 2012, 815 p.

TROPER Michel, JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris et Bruxelles : LGDJ-Bruylant, 1994, 303 p.

## V

VALENTINO Charles, *L'indemnisation des infirmité de guerre*, Paris : M. Girard & E. Brière éd., 1917, 228 p.

VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 1949.

VERLHAC Martine (coord.), *Histoire et mémoire*, Grenoble : Centre régional de documentation pédagogique de l'Académie de Grenoble, Coll. Documents Actes et rapports pour l'éducation, 1998, 99 p.

VERPEAUX Michel, *La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles internationales*, Strasbourg : Éd. du Conseil de l'Europe, 2009, 197.

VEYNE Paul, *Comment on écrit l'histoire* (1971), Paris : Seuil, Coll. Points histoire, 1996, 438 p.

VIGIER Philippe, *La Seconde République*, Paris : PUF, coll. Que sais-je, 2001, 128 p.

VIDAL-NAQUET Pierre.

- *Les assassins de la mémoire*, Paris : Points, Éd. La Découverte, 1987, 231 p.
- *L'affaire Audin, 1957-1978*, Paris : Éd. de Minuit, 1989, 189 p.

VIMBERT Christophe, *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, Paris : L'Harmattan, 2014, 374 p.

## W

WAHNICH Sophie (dir.). *Une histoire politique de l'amnistie. Études d'histoire, d'anthropologie et de droit*, Paris : PUF, Coll. Droit et Justice, 2007, 263 p.

WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Droit public, science politique, 24<sup>e</sup> éd., 2012, 760 p.

- WEBER Max, *Economie et société /I. Les catégories de la sociologie*, Paris : Pocket, coll. Agora, 1995, 411 p.
- WEINRICH Harald, *Léthé. Art et critique de l'oubli* [trad. D. MEUR], Paris : Fayard, 1999, 316 p.
- WIEVIORKA Olivier, *La mémoire désunie. Le souvenir politique des années sombres, de la Libération à nos jours*, Paris : Seuil, 2010, 304 p.
- WORMSER Olivier, *Les origines doctrinales de la « Révolution nationale ». Vichy : 10 juillet 1940 – 31 mars 1941*, Paris : Plon, 1971, 276 p.

## Ouvrages en langue étrangère

### A

- ABAD LICERAS José María, *Ley de memoria histórica. La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*, Madrid : Dykinson, 2009, 274 p.
- AGUILAR-FERNÁNDEZ Paloma, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid : Alianza editorial, 2008, 583 p.
- ALEXANDROV Stanimir, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht / Boston: M. Nijhoff, 1995, 176 p.
- ALEXY Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford : Oxford University Press, 2002, 506 p.
- ALLEN Carleton Kemp, *Law in the making*, Oxford : Clarendon Press, 7<sup>e</sup> éd., 1964, 649 p.
- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence determined* (1832), Cambridge: Cambridge University Press, Coll. Cambridge texts in the History of Political thought, 1995, 298 p.

### B

- BALKIN Jack M.
- *Living Originalism*, Cambridge : Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 474 p.
  - *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Cambridge : Harvard University Press, 2011, 298 p.
- BATES Ed, *The Evolution of the European Convention of Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2010, 571 p.
- BARAK Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton et Oxford: Princeton University Press, 2005, 423 p.
- BEETHAM David, *The legitimation of power. Issues in Political Theory*, Londres : Palgrave Macmillan, 1991, 358 p.
- BELLO Andrés, *Obras completas*, Tome XIV, Caracas : 1981, 2<sup>e</sup> éd., Tome XIV, 628 p.
- BETTI Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Milan : Giuffré, 1955, 982 p.
- BOBBIO Norberto, *Teoria generale del diritto*, Turin : G. Giappichelli Editore, 1993, 299 p.

### C

- CRAWFORD James, *The International Law Commission's Articles on state Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 424 p.



## D

DELACROIX Sylvie, *Legal Norms and Normativity. An essay in Genealogy*, Oxford and Portland : Hart publishing, 2006, 218 p.

DORJAHN Alfred P., *Political Forgiveness in Old Athens : The Amnesty of 403 BC*, Evanston : Northwestern University, Coll. Northwestern University Studies, 1946, 56 p.

DWORKIN Ronald

- *Taking rights seriously*, Cambridge Mass. : Harvard University Press, 1977, 293 p.
- *Life's dominion : an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, New York, Knopf, 1993, 273 p.
- *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996), Oxford / New York : Oxford University Press, 2005, 427 p.

DYZNHAUS David, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford : Clarendon press, 1997, 283 p.

## F

FRIEDLANDER Saul (éd.), *Probing the limits of representation*, Cambridge Mass. : Harvard University Press, 1992, 461 p.

FUNKESTEIN Amos, *Perceptions of Jewish History*, Berkeley : University of California Press, 1993, 390 p.

## G

GADAMER Hans G., *Truth and Method* [Trad. J. WEINSHEIMER, D.G. MARSHALL], New York : Continuum, 2<sup>e</sup> éd., 1995, 601 p.

GILLIS John R. (éd.), *Commemorations. The Politics of National Identity*, Princeton : Princeton University Press, 1994, 288 p.

GÓMEZ- ISA Felipe (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao : Giza Eskubideak. Derechos Humanos, 2006, 623 p.

GREER Steven, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge : Cambridge University Press, Coll. Studies in European Law and Policy, 2006, 365 p.

GUASTINI Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. DE GASCÓN Marina et CARBONELL Miguel), México : Editorial Porrúa, UNAM, 2003, 5<sup>e</sup> éd., 137 p.

## H

HARRIS Edward M., *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford / New York : Oxford University Press, 2013, 425 p.

HAYNER Priscilla B., *Unspeakable truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York / Londres : Routledge, 2<sup>e</sup> éd., 2011, 356 p.

HILBERG Raul, *The destruction of the European Jews*, New Haven : Yale University Press, 1961, 3 Vol., 788 p.

HELLER Herman, *Gesammelte Schriften*, tome III, Leiden : Sijthoff, 1971, 502 p.

HUNTINGTON Samuel, *The third wave : Democratization in the Late 20th Century*, Oklahoma City : University of Oklahoma Press, 1993, 384 p.

HUTTON Patrick H., *History as an Art of Memory*, Hanovre-Londres : University of Vermont, UP of New England, 1993, 229 p.

## J

JACOBS Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1975, 286 p.

## K

KALMAN Laura, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven: Yale University Press, 1996, 375 p.

KARSTEDT Susan (éd.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford and Portland : Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society, 2009, 409 p.

KING David, *The Commissar Vanishes. The Falsification of Photographs and Art in Stalin's Russia*, New York : Metroplitan Books, 1997, 192 p.

KOMMERS Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham: Duke University Press, 2<sup>e</sup> éd., 1997, 617 p.

## L

LAUREN Paul G., *The Evolution of International Human Rights. Vision seens*, Philadelphie : University of Philadelphie Press, Coll. Pennsylvania studies in human rights, 3<sup>e</sup> éd., 2011, 414 p.

LETSAS Georges, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford/New York : Oxford University Press, 2007, 145 p.

LOUCAIDES Loukis G., *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden / Boston: Martinus Nijhoff, 2007, 272 p.

LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford : Oxford University Press, 2012, 515 p.

LUCAS VERDÚ Pablo, *Curso de Derecho político*, Madrid : Tecnos, 1974, Vol. II, 444 p.

## M

MARMOR Andrei, *Interpretation and legal theory*, Oxford : Clarendon Press, 2<sup>e</sup> éd., 2005, 179 p.

MARTIN PALLIN José Antonio, ESCUDERO ALDAY Rafael (éd.). *Derecho y memoria histórica*, Madrid : Editorial Trotta, 2008, 250 p.

MATTRAUX Guénaël, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford : Oxford University Press, 2006, 442 p.

MILLER Charles A., *The Supreme Court and the uses of History*, Cambridge: Harvard University Press, 1969, 234 p.

MISZTAL Barbara, *Theories of Social Remembering*, Maidenhead / Philadelphie : Open University Press, Coll. Theorizing Society, 2003, 190 p.

## N

NASH ROJAS Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago (Chili) : Universidad de Chile, 2<sup>e</sup> éd., 2009, 489 p.

## R

RAZ Joseph

- *Ethics in the Public Domain*, Oxford/ New York : Oxford University Press, 1994, 364 p.
- *Between Authority and Interpretation*, Oxford : Oxford University Press, 2009, 413 p.

ROSENTHAL Harvey D., *Their day in court : a history of the Indian Claims Commission*, New York : Garland, 1990, 310 p.

ROSS Alf

- *On Law and Justice*, London : Stevens & Sons Limited, 1958, 383 p.
- *Directives and Norms*, New York : Humanities Press, Coll. International Library of Philosophy and Scientific Method, 1968, 188 p.

## S

SAJÓ András (éd.), *Militant democracy*, Utrecht : 2004, Eleven International Publishing, 262 p.

SARAT Austin, KEARNS Thomas R. (éd.), *History, Memory, and the Law*, Michigan : The University of Michigan Press, 2002, 328 p.

SCALIA Antonin, GUTMANN Amy et al., *A matter of interpretation*, Princeton : Princeton University Press, The University Center for Human Values Series, 1997, 159 p.

SHAPIRO Scott J., *Legality*, Cambridge / Londres : The Belknap Press Of Harvard University Press, 2011, 472 p.

SMEND Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich et Leipzig : Von Duncker & Humblot Éd., 1928, 178 p.

## T

TEITEL Rudi, *Transitional justice*, Oxford : Oxford University Press, 2000, 292 p.

TORRES DEL MORAL Antonio, TAJADURA TEJADA Javier (dir.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid : Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, 446 p.

TUTU Desmond, *No future Without Forgiveness*, New York : Doubleday, 1999, 287 p.

## U

UITZ Renáta, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest / New York : CEU Press, 2005, 354 p.

## V

VINX Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford : Oxford University Press, 2007, 230 p.

## W

WHITE Hayden V., *Metahistory : the historical imagination in nineteenth-century Europe*, Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1973, 448 p.

WINTER Jay M., SIVAN Emmanuel (éd.), *War and Remembrance in the Twentieth Century*, Cambridge : Cambridge University Press, 2000, 272 p.

## Articles et contributions

### *Articles francophones*

#### **A**

AGUILA Yann, « Le juge et le temps », in GABORIAU Simone, PAULIAT Hélène (dir.), *Le temps, la justice et le droit : actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2003 / Entretiens d'Aguesseau*, Limoges : Pulim, 2004, p. 7-10.

AMELLER Michel et LENOIR Noëlle, « La Cour constitutionnelle de Croatie », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°4, 1998, p. 112-114.

AMSELEK Paul

- « Norme et loi », *APD : La loi*, n° 25, 1980, p. 89-107.
- « Brèves réflexions sur la notion de “sources du droit” », *Archives de philosophie du droit : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 251-258.
- « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, p. 1471-1508.

AMSON Charles, « Les ‘lois de mémoire’ : aspects juridiques d’une pratique contestable », *RRJ*, 2006, p. 2221-2230.

ANDREU-GUZMÁN Federico, « Impunité et droit international. Quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l’impunité », *Mouvements*, n° 53, 2008, p. 54-60.

ASENSI François, « Contexte d’élaboration de la loi du 13 juillet 1990 » in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L’HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La lutte contre le négationnisme : bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la Cour d’appel de Paris*, Paris : La documentation française, 2003, p. 45-49.

ARNÉ Serge, « L’esprit de la V<sup>e</sup> République. Réflexions sur l’exercice du pouvoir », *RDP*, 1971, p. 641-728.

ARNOLD Rainer, « Réflexions sur l’argumentation juridique en Droit constitutionnel allemand », in PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, 2001, p. 49-86.

AROSTEGUI Julio, « La mémoire de la guerre civile et du franquisme dans l’Espagne démocratique », *Vingtième siècle, revue d’histoire*, n° 74, 2002, p. 31-42.

ASKANI Hans Cristoph, « L’oubli fondamental comme don. À propos du livre de P. Ricœur : *La mémoire, l’histoire et l’oubli* » in ABEL Olivier (éd.), *La juste mémoire : lectures autour de Paul Ricœur*, Genève : Labor et Fides, Coll. Champ éthique, 2006, p. 182-205.

AUBIN Emmanuel, « Le régime de Vichy, la déportation des Juifs durant l’occupation et la République française ou la responsabilité administrative retrouvée », *LPA*, 29 octobre 2002, p. 15-17.

AVRIL Pierre

- « Le piano mécanique », in *Itinéraires : études en l’honneur de Léo Hamon*, Paris : Economica, 1982, p. 13-18.
- « Application de la notion de conventions de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels français » in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De la Faculté de droit de l’ULB, 1992, p. 283-295.
- « Une “survivance” : le droit constitutionnel non écrit ? », *Mélanges Philippe Ardent : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3-13.

AZÉMA Jean-Pierre, KIEJMAN Georges, « L'histoire au tribunal », *Le débat*, n° 5, 1998, p. 45-51.

## B

BADINTER Robert, « Fin des lois mémorielles ? », *Le Débat*, n° 171, 2012, p. 96-100.

BADRÉ Vincent, « De l'histoire champ de bataille à une mémoire pluraliste. Le miroir des manuels », *Le Débat*, n° 1, 2013, p. 23-29

BARANGER Denis

- « Temps et Constitution », *Droits*, n° 30, 2000, p. 45-70.

- « La fin de la morale constitutionnelle (de la constitution coutumière aux conventions de la Constitution) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 47-68

- « Le temps du droit », *RA* n° 1, 2000, p. 32-40.

BARCELLINI Serge, « Du droit au souvenir au devoir de mémoire », *Cahiers français : La mémoire, entre histoire et politique*, n°303, 2001, p. 24-27.

BARTHÉLEMY Joseph, « L'amnistie », *RDP*, 1920, p. 263-265.

BARUCH Marc-Olivier, DUCLERT Vincent, « La justice dans l'affaire Dreyfus, le sens d'une commémoration », in *Justice, politique et République. De l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Histoire du temps présent, 2002, p. 23-47.

BASTID Paul, « L'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, n° 7, 1967, p. 1-15.

BASTIDE Roger, « Mémoire collective et sociologie du bricolage », *L'année sociologique*, Vol. 21, 1970, p. 65-108.

BATS María, « La *damnatio memoriae* a-t-elle des origines républicaines ? », in BENOITS Stéphane (éd.), *Mémoire et Histoire. Les procédures de condamnation dans l'Antiquité romaine*, Metz : Centre régional universitaire lorrain d'histoire, 2007, p. 21-39.

BEAUVERGER Benjamin, « Liberté d'expression et lois mémorielles : la loi du 23 février 2005 devant le Conseil constitutionnel », *Politeia*, n° 9, 2006, p. 89-107.

BEAUD Olivier

- « Les conventions de la Constitution », *Droits*, n° 3, 1986, p. 125-135.

- « À la recherche de la légitimité de la V<sup>e</sup> République », *Droits*, n°44, 2007, p.

BÉCHILLON Denys (de), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°43, 1999, p. 1-25.

BÉDARIDA François

- « La mémoire contre l'histoire », *Esprit*, juillet 1993, p. 5-13.

- « Histoire et mémoire chez Péguy », *Vingtième siècle*, n°73, 2002, p. 101-110.

BEETHAM David, « Max Weber et la légitimité politique », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 101, 1995, p. 11-22.

BEIGNIER Bernard, « De la langue perfide, délivre moi... » Réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite « Loi Gayssot », in *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 497-533.

BELLESCIZE Diane (de), « Délits d'opinion et liberté d'expression », *D.*, 2006, p. 1476. \*

BÉNÉTULIÈRE Sébastien, « Le temps et le droit constitutionnel. Un point de vue interdisciplinaire », in ROBBE François (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 15-53.

BENOÎT-ROHMER Florence, WACHSMANN Patrick, « La résistance à l'oppression dans la déclaration », *Droits*, n°8, 1988, p. 91-99.

BERLIA Georges, « Les travaux préparatoires de la Constitution », *RDP*, 1967, p. 1190-1200.

BERNS Thomas, « La 'mystique' de la loi : à partir de Montaigne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 37, 1996, p. 113-154.

- BERTRAMS Kenneth, BROUX Pierre-Olivier (de), « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression », *Revue de droit de l'ULB*, n° 35, 2007, p. 75-134.
- BLOCH Marc, « Mémoire collective, tradition et coutume », *Revue de synthèse historique*, n° 12, 1925, p. 73-81.
- BOBBIO Norberto
- « Contribution à l'étude de la légitimité dans ses rapports avec la légalité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 43-60.
  - « Kelsen et les sources du droit », *Archives de Philosophie du droit : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 135-145.
- BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, HEATHCOTE Sarah, « Mise en œuvre de la réparation des crimes de l'histoire : une possible [ré]conciliation des temps passés, présents et futurs ? », in BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, QUÉGUINER Jean-François, VILLALPANDO Santiago, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 99-130.
- BOSSUAT Gérard, « Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution européenne », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 68-82.
- BOUFFANDEAU Tony, « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. 1° Le juge de l'excès de pouvoir, jusqu'à la libération du territoire métropolitain », *EDCE*, 1947, p. 23-27.
- BOUHON Frédéric, « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 153-182.
- BOURGET Christian, « Entre amnistie et imprescriptible », in O. ABEL (dir.), *Le pardon. Briser la dette et l'oubli*, Paris : Éd. Autrement, Coll. Série Morales Essais, 1991, p. 43-60.
- BOUVIER Vincent, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits*, 1986, p. 87-96.
- BREDIN Jean-Denis
- « Le droit, le juge et l'historien », *Le débat*, n°32, 1984, p. 93-111.
  - « La loi, la mémoire et l'histoire », in TERRÉ François (dir.), *Regards sur le droit*, Paris : Dalloz, 2010, p. 103-107.
- BROWN Bartram Stewart, « État des lieux des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal face aux requêtes en "réparation" des crimes de l'histoire : bilan prospectif », in BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, QUÉGUINER Jean-François, VILLALPANDO Santiago, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 73-83.
- BROWN Steven D., MIDDLETON David, « La mémoire et l'espace dans les travaux de Maurice Halbwachs » in A. ARRUDA et al., *Une approche engagée en psychologie sociale : l'œuvre de Denise Joselet*, Ramonville : Erès, 2008, p. 147-262.
- BRUGUIÈRE Jean-Michel, « Le "droit à" l'oubli numérique, un droit à oublier », *D.* 2014 p. 299-301.
- BRUNET François, « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris : LGDJ / Bruylant, 2009, p. 403-418.
- BRUNET Pierre
- « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in GREWE Constance et al. (dir.),

*La notion de justice constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 115-135.

- « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes » in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 207-221.

BUGNON Caroline, « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 1608-1613.

BURGORGUE-LARSEN Laurence

- « L'«autonomie constitutionnelle» aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, p. 31-64.
- « Propos négationnistes, présomption d'innocence et obligation de neutralité : un équilibre subtil », *AJDA*, 2005, p. 1633.\*

BURGUIÈRE André, « Histoire d'une histoire : la naissance des *Annales* », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1974, n° 6, p. 1347-1359.

## C

CAMILLERI-SUBRENAT Anne. « L'incitation à la haine et la constitution », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 2002, p. 515-548.

CANIVET Guy, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in CAUDAL Sylvie (dir.), *La motivation en droit public*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, p. 231-239.

CAPITANT Henri

- « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 204-216.
- « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935, p. 77-80.

CAPITANT René

- « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 1-8.
- « La coutume constitutionnelle », Discours prononcé à l'ouverture des travaux de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (1929), réédition *RDP*, 1979, p. 959-970.

CARBONNIER Jean, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, p. 119-122.

CARBASSE Jean-Marie, « Coutume, temps, interprétation », *Droits*, 2000, p. 15-28.

CARTIER Emmanuel, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, 2006, p. 509-534.

CASSIN Barbara, « Amnistie et pardon : pour une ligne de partage entre éthique et politique », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 37-57.

CASSIN René, « Introduction », *EDCE*, n°1, 1947, p. 9-17.

CAYLA Olivier, « Aveu et fondement du droit », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 89-110

CHABROT Christophe, « La transition constitutionnelle en France » dans VIALA Alexandre (coord.), *La Constitution et le temps*, Lyon : L'Hermès, 2003, p. 95-110.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, p. 63-68.

CHAPUS René. « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966. Chron. p. 99s-106.

CHEVALLIER Jacques

- « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375-1416.

- « Essai d'une analyse structurale du préambule » in CURAPP, *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : Presses Universitaires de France, 1996, p. 13-36.
- « La normativité : présentation des études », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 56-58.

COHEN Claude, « Le négationnisme : du ressort de l'Histoire ou des tribunaux ? », *Gazette du Palais*, n°84, 2001, p. 28-29.\*

COHEN-JONATHAN Gérard

- « Négationnisme et droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 571-597.
- « L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°38, 1999, p. 366.

COLIN Frédéric, « Les usages locaux, source du droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 466-476.

COLLET Martin, « Le droit déclaratoire. À propos des lois mémorielles et autres dispositions déclaratives », in GAUDEMET Yves, *Le préambule de la Constitution de 1946*, Paris : LGDJ, 2008, 19-27.

COLLIÈRE Philippe, « Circonstances exceptionnelles et droit public », *LPA*, n° 234, 2005, p. 6-8.

COSTAZ Emmanuel, « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.*, 1995, p. 961.

COTTA Sergio, « Phénoménologie de la légitimité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 61-86.

CRAIG John E., « Maurice Halbwachs à Strasbourg », *Revue française de sociologie*, n° 20, 1979, p. 273-292.

CUBERTAFOND Bernard, « Du droit enrichi par ses sources », *RDP*, n°2, 1992, p. 353-387.

CUILLERAI Marie, « L'irréconcilié : l'histoire critique aux marges de l'amnistie », *L'homme et la société (numéro spécial : Les territoires de l'amnistie)*, 2006, p. 25-50.

CURAPP, *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : Presses Universitaires de France, 1996, 296 p.

## D

DEBRAY Régis, « Trace, forme ou message », *Les cahiers de médiologie : La confusion des monuments*, n° 7, 1999, p. 27-44.

DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE André, « La Constitution française de 1793 » et « La Constitution du 22 frimaire de l'an VIII » in *Mélanges A. Décencièrre-Ferrandière*, Paris : Éd. A. Pedone, 1940, p. 47-76.

DELPÉRÉE François, « La Constitution et son interprétation » in KERCHOVE Michel (VAN DE) (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 187-210.

DENQUIN Jean-Marie, « Situation présente du constitutionalisme. Quelques réflexions sur la démocratie par le droit », *Ius Politicum* [en ligne], n° 1, 2008, [<http://juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>].

DESMURS-MOSCTETS Yvonne, ROUVIERE Perrier Isabelle, RAMBAUD Thierry, « Cultes », *JurisClasseur Administratif*, Fascicule n° 215, 2012, 63 p.

DEUMIER Pacale

- « La tradition tauromachique, source sentimentale du droit (ou l'importance d'être constant) », *RTD Civ.*, n°3, 2007, p. 57-61.
- « Le contentieux du désendettement de rapatriés ou comment lutter contre l'inconventionnalité de la loi – en vain », *RTD Civ.*, 2009, p. 85.

DELVOLVÉ Pierre, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, p. 923-926.



- DENIZEAU Charlotte, « La théorie des circonstances exceptionnelles » in AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 423-452.
- DERRIDA Jacques, « *Versöhnung, ubuntu*, pardon : quel genre ? », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 111-156.
- DOBELLE Jean-François, « Référendum et droit à l'auto-détermination », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 42-61.
- DONNAT Francis, « Le Conseil d'État face aux crimes du régime de Vichy », *AJDA* 2014 p. 115-116.
- DOSSE François
- « Paul Ricœur : entre mémoire, histoire et oubli », *Cahiers français : La mémoire, entre histoire et politique*, n° 303, 2001, p. 15-23.
  - « Travail et devoir de mémoire chez Paul Ricœur », in A. HOUZIAUX (dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Paris : Éd. de l'atelier, 2006, p. 75-98.
  - « L'histoire à l'épreuve de la guerre des mémoires », *Cités*, n° 33, 2008, p. 31-42.
- DREYER Emmanuel, « La mémoire des morts, le juge et la loi », *D.* 2007, p. 541.
- DREYFUS Nicole, CHALANSET Jean-Louis, « Amnistie et imprescriptibilité. Entretien avec Alain Brossat et Olivier Le Cour Grandmaison », *Lignes*, n° 10, 2003, p. 65-74.
- DUBOUT Edouard, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? » in CARTIER Emmanuel (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2013, p. 208-238.
- DUFOUR Alfred, « La théorie des sources du Droit dans l'École du Droit historique », *APD : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 85-119.
- DUMONT Hugues, « Coutumes constitutionnelles, conventions de la constitution et paralogalité » in *Liber Amicorum Paul Martens*, Bruxelles : Éd. Larcier, 2007, p. 269-299.
- DWORKIN Ronald, « Le positivisme », *Droit et société*, n°1, 1985, p. 35-60.

## E

- EDELMAN Bernard, « L'office du juge et l'histoire », *Droit et société*, n°38, 1998, p. 47-58.
- EGÉA Pierre, « Lois mémorielles, fin de partie », *D.* 2013, p. 805-808.

## F

- FALCÓN Y TELLA María José, « La validité du Droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°36, 1996, p. 27-62.
- FAVOREU Louis
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 123-144.
  - « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » dans MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Paris : Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 231-240.
- FELDMAN Jean-Philippe, « Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17<sup>e</sup> chambre du Tribunal de grande instance de Paris », *D.* 1999, p. 8.
- FINLEY Moses I., *Mythe, mémoire, histoire* [trad. CARLIER Jeannie, LLAVADOR Yvonne], Paris : Flammarion, 1981, 270 p.
- FLAUSS Jean-François
- « Droit local alsacien-mosellan et constitution », *RDP*, 1992, p. 1625-1685.

- « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, p. 5-22.
- « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le contentieux des anciennes démocraties populaires », dans FAVREU Bertrand (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 89-101.

FONSECA David, « La "mémopathie" du législateur français », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, n° 19, 2012, p. 169-182.

FORIERS Paul Alain, « Variations sur le thème de la tradition » in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles : Éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 48-66

FRAISSEIX Patrick

- « République française et "gouvernement de l'État français": éléments d'une repentance juridique », *RRJ*, n°3, 2003, p. 2047-2070.
- « Le Droit mémoriel », *RFDC*, 2006, p. 483-508.

FRANGI Marc

- « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *RDP*, 2005, p. 241-266.
- « Le pouvoir politique entre droit et histoire : lois et pratiques mémorielles », in ROBBE François (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 55-82.

FRONZA Emanuela, « Négationisme et droit pénal », *L'astrée*, n°6, 1999, p. 16-21.

FROUVILLE (DE) Olivier, « Le droit de l'homme à la vérité en droit international. A propos de quelques "considérations inactuelles" », in O. GUERRIER (dir.), *La vérité*, Publications de l'Université de Saint Etienne, Coll. Les colloques de l'Institut universitaire de France , 2013, p. 132-146.

FUREIX Emmanuel, « Regards sur le(s) régicide(s), 1814-1830. Restauration et recharge contre-révolutionnaire », *Siècles*, n° 23, 2006, p. 31-45.

FURET François, « Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 5-112.

## G

GACON Stéphane, « L'oubli institutionnel » in D. NICOLAÏDIS (dir.), *Oublier nos crimes. L'amnésie nationale : une spécificité française*, Paris : Autrement, 2002, p. 85-97.

GAHDOUN Pierre-Yves, « L'amélioration de la fabrication des lois. Entre rénovation et révolution », *AJDA*, 2008, p. 1872-1878.

GARCIA Patrick, « Exercices de mémoire ? Les pratiques commémoratives dans la France contemporaine », *Cahiers français : La mémoire, entre histoire et politique*, n°303, 2001, p. 33-39.

GARIBIAN Sévane

- « Pour une lecture juridique des quatre lois "mémorielles" », *Esprit*, février 2006, p. 158-173.
- « Qu'importe le cri, pourvu qu'il y ait l'oubli. Retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux crimes français commis en Algérie et en Indochine » in COQUIO Cathérine (dir.), *Retours du colonial ? Disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale*, Nantes : L'Atalante, 2008, p. 129-146.

GARAPON Antoine, « La justice comme reconnaissance », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 181-203.

- GARAPON Antoine, HELLERINGER Geneviève, « La réparation des préjudices de l'histoire » in F. EWALD et al. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice (Actes du séminaire Risques, assurances, responsabilités)*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 209-278.
- GARCÍA Patrick, « Exercices de mémoire ? Les pratiques commémoratives dans la France contemporaine », *Les Cahiers français*, n° 303, 2001, p. 33-39.
- GARDE François
- « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p.1-13.
  - « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *Revue française de droit constitutionnel* n°64, 2005, p. 805-812.
- GARÉ Thierry, « Une loi... pour la mémoire ? », *D.* 2001, p. 636.
- GAREAU Jean-François, « Insoutenable imprescriptibilité à la lettre : note sur l'interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l'histoire » in BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, QUÉGUINER Jean-François, VILLALPANDO Santiago, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 25-38.
- GASNIER Thierry, « La France commémorante. Les célébrations nationales (1986-1993) », *Le Débat*, n° 78, 1994, p. 84-93.
- GAUDEMET Yves, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire. Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *RDP*, 2008, p. 680-700.
- GENEVOIS Bruno
- « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, n°3, 1998, p. 477-494.
  - « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877- 886.
  - « Principes généraux du droit », *Répertoire contentieux administratif Dalloz*, octobre 2010, 111 p.
- GENSBURGER Sarah, LAVABRE Marie-Claire, « Entre “devoir de mémoire” et “abus de mémoire” : la sociologie de la mémoire comme tierce position, in MÜLLER Bertrand (dir.), *L'histoire entre mémoire et épistémologie*, Lausanne : Éd. Payot Lausano, Coll. Sciences humaines, 2005, p. 75-96.
- GÉRARD Philippe, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », in KERCHOVE Michel (VAN DE) (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1978, p. 60-67.
- GIROLA Carlo, « Les coutumes constitutionnelles » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 9-43.
- GONZALEZ Gérard, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *CRDF*, 2007, n° 6, p. 93-100.
- GOUTTES Régis (de), « À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », *Gazette du Palais*, 2001, p. 1443-1448.
- GUILLEBAUD Jean-Claude, « Entre mémoire et projet », in A. HOUZIAUX (dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Paris : Éd. de l'atelier, 2006, p. 47-73.

## H

- HAZAN Pierre, « Réparations : en regardant le verre à moitié vide » in PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 109-116.

HOCHMANN Thomas, « Le problème des lois dites “mémorielles” sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l’article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l’histoire », *Droit et cultures*, n° 66, 2013, p. 57-69.

HOURQUEBIE Fabrice

- « La notion de “justice transitionnelle” a-t-elle un sens ? », *LPA*, n° 90, 2009, p. 6-8.
- « Réparer pour reconstruire » in PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l’histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 73-79.

## I

ISRAËL Liora, MAURALIS Guillaume, « Le chercheur en sciences sociales comme acteur du procès ? », *Droit et société*, n°44-45, 2000, p. 159-175.

## J

JEMMAUD Antoine, « La règle comme modèle », *D.*, 1990, p. 199-210.

JEANNEAU Benoît, « La théorie des principes généraux du droit à l’épreuve du temps », *EDCE*, n° 33, 1981-1982, p. 33-47.

JOBART Jean-Charles, « Les responsabilités de l’État et de la SNCF dans la déportation des Juifs ou des rapports du droit, du temps et de l’histoire », *RDP* n°6, 2006, p. 1715- 1736.

JOINET Louis, « L’amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications*, n° 49, 1989, p. 213-224.

## K

KERVICHE Erwann, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », *RDP*, 2009, p. 1051-1080.

KIEJMAN Georges, « L’histoire devant ses juges », *Le débat*, n°32, 1984, p. 112-119.

KLARSFELD Serges, ROUSSO Henry. « Histoire et justice (débat) », *Esprit*, mai 1992, p. 16-37.

KORMAN Charles, « Délits racistes de presse et délits de propagande », *Légipresse*, n°103, 1<sup>er</sup> juillet 1993, p. 90-97.

KOSELLECK Reinhardt, « Les monuments aux morts comme fondateurs de l’identité des survivants », *Revue Métaphysique et de Morale*, n°1, 1998, p. 33-61

KOUDÉ Roger Koussetogue, « Questionnements sur les “réparations” pour faits de crimes contre l’humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire ? », *RTDH*, 2006, p. 397-424.

KOVLER Anatoly, « La cour devant l’histoire, l’histoire devant la cour ou comment la Cour européenne “juge” l’histoire », in *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, Coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 337-352.

KRIKORIAN Philippe, « Le droit à la dignité et la liberté d’expression face aux crimes contre l’humanité », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1980.\*

## L

LACORNE Daniel, « Des pères fondateurs à l’holocauste. Deux siècles de commémorations américaines », *Le Débat*, n° 78, 1998, p. 66-76.

LAFERRIERE Julien, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20-44.

- LALIEU Olivier, « L'invention du devoir de mémoire », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n°69, 2001, p. 83-94.
- LASFARGEAS Sylvia, « Le juge et l'historien : à propos de l'arrêt Branly », *La gazette du palais*, n° 100, 2005, p. 11-14.\*
- LAVABRE Marie-Claire
- « Maurice Halbwachs et la sociologie de la mémoire », *Raison présente*, n°128, 1998.
  - « Usages et mésusages de la notion de mémoire », *Critique internationale*, 2000 n° 7, p. 48-57.
  - « Peut-on agir sur la mémoire », *Cahiers français*, n° 303, 2001, p. 8-13.
- LE BARS Thierry, « La méthode législative et l'histoire de la colonisation », *D.* 2005, p. 788.
- LE BUEGUEC Gilles, « Les Français et leurs Constitutions », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 113-120.
- LE CROM Jean-Pierre, « Juger l'histoire », *Droit et société*, n°38, 1998, p. 33-46.
- LE POURHIET Anne-Marie, LEVADE Anne (coord.), « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution », *Constitutions*, n°2, 2012, p. 247-259.
- LE RIDER Jacques, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *Revue germanique internationale*, n° 11, 1999, p. 207-225.
- LECOQ Pierre, « Aux sources du droit administratif moderne, le jumeau de l'arrêt Blanco » in *Mélanges offert à Emmanuel Langavant*, Paris : L'Harmattan, 1999, p. 269-298.
- LEDOUX Sébastien, « Écrire une histoire du "devoir de mémoire" », *Le Débat*, n° 170, 2012, p. 175-185
- LEFRANC Sandrine
- « Réécrire l'Histoire à des fins de réconciliation », *Regards sur l'actualité*, n° 325, novembre 2006, p. 64-66.
  - « La justice transitionnelle n'est pas un concept », *Mouvements*, 2008, n° 53, p. 61-69.
- LEGRAND André, « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », *AJDA*, 2006, p. 505.\*
- LEMAIRE Félicien, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC*, 1998, p. 451-515.
- LENIAUD Jean-Michel, « L'abus monumental », in PRIEUR Michel et AUDRERIE Dominique (dir.), *Les monuments historiques, un nouvel enjeu ?*, Volume II, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 205-213.
- LEROY Maxime, « La coutume constitutionnelle », in *Les tendances du pouvoir et de la liberté en France au XXe siècle*, Librairie du recueil Sirey, 1937, p. 15-76.
- LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *RDP*, 1996, p. 385-424.
- LETOURNEUR Maxime, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, n° 4, 1951, p. 19-31.
- LEVADE Anne, « La nouvelle constitution hongroise mise en cause par l'Union européenne », *Constitutions*, 2012, p. 68.
- LEVY Denis, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éd. Cujas, 1975, p. 81-90.
- LIBCHABER Rémy, « L'Histoire aux prises avec le droit », *RTD Civ.*, 1999, p. 245.
- LINDBERG Daniel, « Guerres de mémoire en France », *Vingtième siècle*, n° 42, 1994, p. 77-96.
- LOCHAK Danièle
- « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » dans *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, Coll. Publications du CURAPP, 1989, p. 252-285.
  - « Le droit, la mémoire, l'histoire. La réparation différée des crimes antisémites de Vichy devant le juge administratif », *Revue des droits de l'Homme* [en ligne], n° 2, 2012, [<http://revdh.revues.org/251>].

LORAUX Nicole, « De l'amnistie et de son contraire », in *Usages de l'oubli*, Paris : Seuil, 1988, p. 23-47.

LUCHAIRE François

- « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 215-233.
- « Le Conseil constitutionnel et les protections des droits et des libertés du citoyen », *Mélanges offerts à Marcel WALINE. Le juge et le droit public*, Tome II, Paris : LGDJ, 1974, p. 563-570.

## M

MAESTRE Jean-Claude, « À propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : de l'utilité des Constitutions », *RDP*, 1973, p. 1275-1303.

MAÏA Jean, « La légistique au Secrétariat général du Gouvernement », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, numéro spécial : *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, juin 2008, p. 21-24.

MALLET-PUJOL Nathalie

- « Diffamation et vérité historique », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 226.
- « Information judiciaire et droit à l'oubli », *Legicom*, n° 48, 2012, p. 111-124

MANCERON Gilles, « La loi et l'histoire : repenser le cadre du débat » in B. FAVREU, *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 167-179.

MANCIA Magali, « Développements au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir », *LPA*, 2006, n° 122, p. 8-11.

MARTIAL-BRAZ Nathalie, ROCHFELD Judit, « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II. Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée » *D.* 2014 p. 1481-1484.

MARTIN-CHENUT Kathia, « Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité », *RSC*, 2007, p. 628-640.

MATHIEU Bertrand

- « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211.
- « Les 'lois mémorielles' ou la violation de la constitution par consensus », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 3001.
- « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 69-73.
- « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *Revue de droit public*, 2007, p. 231-284.
- « L'abandon des lois mémorielles », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 3064.

MATHIEZ Albert, « La Constitution de 1793 », *Annales historiques de la révolution française*, 1928, p. 497-521.

MATSCHER Franz, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne » in SUDRE Frédéric, *L'interprétation de la Convention des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, 1998, p. 15-40.

MAUS Didier, « À la recherche "des travaux préparatoires" de la Constitution de 1958 », *RFDC*, n° 40, 1999, p. 677-697.

MELCHIOR Michel, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme » in MATSCHER Franz, PETZOLD Herbert, *Protection*

- des droits de l'homme : la dimension européenne : mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne : C. Heymann, 1988, p. 411-419.
- MELLERAY Fabrice, « Après les arrêts *Pelletier* et *Papon* : brèves réflexions sur une repentance », *AJDA*, 2002, p. 837-842.
- MERLE Marcel, « La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RDP*, 1951, p. 705-735.
- MERLEY Nathalie, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2005, p. 621-639.
- MICHOUD Léon, « La jurisprudence administrative sur les dommages résultant des travaux publics et son application aux dommages de guerre », *RDP*, 1916, p. 181-205.
- MILHAT Cédric, « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », *Revue Juridique Thémis*, n°43, 2009, p.55-82.
- MODERNE Franck, « Principes fondamentaux, principes généraux. Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, n°4, 1998, p. 495-518.
- MONGIN Olivier
- « Une mémoire sans histoire ? Vers une nouvelle relation au temps », *Esprit*, mars 1993, p. 102-113.
  - « Une précipitation à retardement. Quelques perplexités sur le consensus historien », *Esprit*, février 2006, p. 148-157.
- MONIOLLE Carole, « Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs », *AJDA*, 2001, p.226- 229.
- MONTALIVET Pierre (de), « Principes généraux du droit », *JurisClasseur Administratif*, n°38, 2007, 213§.
- MORANGE Jean
- « L'élaboration de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines – sa pérennité*, Paris : La documentation française, 1990, p. 63-71.
  - « La déclaration et le droit de propriété », *Droits*, n° 8, 1988, p. 101-110.
- MOUSSA IYE Ali, « Du devoir de mémoire au droit à la mémoire », *Revue internationale de sciences sociales*, n° 188, 2006, p. 201-203.\*

## N

- NADAUD Alain, « Les sources du Léthé et de Mnémosyne », in *Aux portes des Enfers. Enquête géographique littéraire et historique*, Arles : Actes Sud, Coll. Aventure, 2004, p. 47-72.
- NAHOUM-GRAPPE Véronique, « Vertige de l'impunité ou l'impasse du rêve de justice » in BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, QUÉGUINER Jean-François, VILLALPANDO Santiago, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 13-23.
- NORA Pierre
- « Ernest Lavisse : son rôle dans la formation du sentiment national », *Revue Historique*, n° 1, 1962, p. 73-106.
  - « La loi de la mémoire », *Le Débat*, n° 78, 1994, p. 178-182.

## O

- OST François
- « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur » dans KERCHOVE Michel (VAN DE) (dir.), *L'interprétation en droit. Approche*

*pluridisciplinaire*, Bruxelles « Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1978, p. 97-184.

- « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n°25, 1985, p. 191-204.

OZOUF Mona

- « La fête sous la révolution française » in J. LE GOFF, P. NORA (dir.), *Faire l'histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio histoire, 1974, p. 256-277.
- « Thermidor ou le travail de l'oubli » in *essais sur la Révolution, l'utopie et l'enseignement*, Paris : 1984, p. 91-108.
- « L'hier et l'aujourd'hui » in F. BÉDARIDA (dir.), *La mémoire des Français : quarante ans de commémorations de la Seconde Guerre mondiale*, Paris : Éd. du CNRS, 1986, p. 17-23.
- « L'idée républicaine et l'interprétation du passé national », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°6, novembre-décembre 1998, p. 1075-1087.
- « Entretien avec Henri PEYRONIE et Alain VERGNIoux », *Le Télémaque*, n° 28, 2005, p. 27-48.

## P

PASSERIN D'ENTRÈVES Alexandre, « Légalité et légitimité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 29-41.

PECHILLON Eric, « Les pouvoirs de police du maire face au fait religieux », *AJCT*, 2012, p. 291-294.

PELLET Alain, « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *RDP*, 1974, p. 1319-1377.

PELLOUX Robert, « Le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 347-364.

PERELMAN Chaïm, « Ontologie juridique et sources du droit », *Archives de Philosophie du droit : Les sources du droit*, n° 27, 1982, p. 23-31.

PERLO Nicoletta, « Les titulaires de la réparation d'un préjudice de l'histoire : le cas italien » in PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 117-149.

PETTITI Christophe, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'histoire de la France » in B. FAVREAU (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 41-61.

PFERSMANN Otto, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 33-61.

PHILIPPE Xavier

- « Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 219-241.
- « Brèves réflexions sur les relations entre "justice transitionnelle" et Constitution », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 373-385.
- « La justice transitionnelle est-elle compatible avec les principes constitutionnelles reconnus dans un nouvel État de droit », *Congrès mondial de droit constitutionnel*, Mexico : décembre 2010 [<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/16/297.pdf>]



- « *Amicus curiae* dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien », *Constitutions*, n°3, 2012, p. 389-393.
  - « Qu'est ce que la justice face aux "réparations" des préjudices de l'histoire, in *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, 190 p.
  - « L'amnistie devant le juge constitutionnel », *Constitutions*, n° 2, 2013, p. 225-236.
- PHILIPPE Xavier, VIDAL-NAQUET Ariane, LE BOT Olivier, « Les délibérations du Conseil constitutionnel. L'année 1985. », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, p. 85-112.
- PIATTI Marie-Christine, « L'appellation d'origine. Essai de qualification », *RTD Com.*, 1999, p. 557-581.
- PICARD Kelly, « Réparer pour ne pas oublier » in PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 61-72.
- PINON Stéphane, « Révision constitutionnelle contre "tradition républicaine" sous la III<sup>e</sup> République », *RFDC*, 1999, p. 257-284.
- POLIN Raymond, « Analyse philosophique de l'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, n°7, 1967, p. 17-28.
- POMART Cathy, « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de *continuum* », *RRJ*, 2004, p.1679-1697.
- PONTIER Jean-Marie, « Spoliation des œuvres d'art : quelle indemnisation ? », *AJDA*, 2011, p. 343-348.
- PUÉCHAVY Michel, « L'histoire de la Seconde guerre mondiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans FAVREU Bertrand (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 63-87.
- PY Bruno, « Amnistie », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, 227 §.

## Q

- QUÉGUINER Jean-François, VILLALPANDO Santiago, « La réparation des crimes de l'histoire : État et perspectives du droit international public contemporain », in BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, QUÉGUINER Jean-François, VILLALPANDO Santiago, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles : Bruylant, Coll. De droit international, 2004, p. 39-71.

## R

- RABAULT Hugues, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique », *Le Portique* [en ligne], 2005, n° 15, [<http://leportique.revues.org/index587.html>].
- RAPTOPOULOS Themistoklis, « Le positivisme analytique », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2014, p. 227-280.
- RAYNAUD Philippe
- « La mémoire et le droit, Réflexions sur l'amnistie et la prescription », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 269-279.
  - « La commémoration : illusion ou artifice ? », *Le Débat*, n° 78, 1994, p. 99-110.
- RÉMOND René

- « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *Regards sur l'actualité*, n° 325, novembre 2006, p. 17-25.
  - « L'Histoire et la loi », *Études*, n°404, 2006, p. 763-773.
- RENAUDIE Virgile, « Le Parlement français et la contestation publique des crimes contre l'humanité et du génocide arménien », *RRJ*, 2007, p. 487-507.
- RIALS Stéphane
- «Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Le revue administrative*, 1979, p. 265-273.
  - « La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°3, 1986, p. 167-197.
- RICHARD Nicole, JOURDAN Claude (coord.), « Éléments de bibliographie sur la Constitution de 1958 », *Revue française de science politique*, n°1, 1959. p. 212-228.
- RICŒUR Paul
- « Entre mémoire et histoire », *Projet*, n°248, 1996, p. 11.
  - « L'écriture de l'histoire et la représentation du passé », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, n°4, 2000, p. 731-747.\*
  - « Les rôles respectifs du juge et de l'historien », in SALAS Denis (dir.). *La Justice, une révolution démocratique*, Paris : Desclée de Brouwer, 2001, p. 67-98.
  - « Avant la justice non violente, la justice violent », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 159-171.
- RIGAUX François, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive » in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, 1998, p. 41-62.
- RINGELHEIM Foulek, « Le négationnisme contre la loi », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, p. 120-133.
- RIOUX Jean-Pierre
- « Perte de mémoire et déni du temps », *Regards sur l'actualité*, n° 325, 2006, p. 37-45.
  - « Les avatars du "devoir de mémoire" », *Le Débat*, n° 3, 2012, p. 186-192.
- RIVERO Jean
- « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, p. 21-24.
  - « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? » dans *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris et Aix en Provence : Economica / PUAM, Coll. Droit public positif, 1984, p. 144 [reproduction de la chronique publiée au *Recueil Dalloz*, 1972, p. 265].
- ROBERT Jacques
- « Fin de règne ? », *RDP*, 2005, p. 1215-1222.
  - « L'histoire, la repentance et la loi », *RDP*, 2006, p. 279-291.
- ROBLLOT-TROIZIER Agnès, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, n°5, 2013, p. 945-951.
- ROCHLITZ Rainer, « Mémoire et pardon », *Critique*, n°646, mars 2001, p. 175.
- ROLLAND Louis, « Le projet du 17 janvier et la question des décrets-lois », *RDP*, 1924, p. 42-74.
- ROLLAND Patrice
- « Du délit d'opinion dans la démocratie française » in *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 645-670.
  - « Liberté d'expression et délit d'opinion : la démocratie peut-elle se protéger en défendant une vérité officielle ? », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 223.\*
- ROUMELIAN Olivier

- « La faute à l'historien », *Les petites affiches*, n°117, 1995, p. 17-18.\*
- « Un délit d'opinion au service des droits de l'homme », *Les petites affiches*, n°21, 1996, p. 10-12.\*

ROUQUETTE Rémi, « Les prescriptions en droit administratif », *Dr. adm.*, n°8, 2002, chron. 15, p. 6-10.

ROSOUX Valérie, « Mémoire(s) européenne(s). Forces et limites de l'intervention politique dans la mise en scène de l'histoire », *Politiques et société*, n° 2, 2003, p. 17-34.

ROUSSEAU Dominique

- « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *Rev. adm.*, n° 296, 1997, p. 160-169.
- « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées* [en ligne], 2008, [<http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>].

ROUSSO Henry, « Pour une histoire de la mémoire collective : l'après-Vichy », in PESCHANSKI Denis, POLLAK Michael, ROUSSO Henri (dir.), *Histoire politique et sciences sociales*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Questions au XX<sup>e</sup> S, p. 244-264.

ROUSSO Henry, RIOUX Jean-Pierre, AZÉMA Jean-Pierre, « Les guerres franco-françaises », *Vingtième Siècle*, n° 5, 1985, p. 3-6.

ROZENBERG Danièle, « Le “pacte d'oubli” de la transition démocratique en Espagne. Retours sur un choix politique controversé », *Politix*, n° 74, 2006, p. 173-188.

RUDELLE Odile, « La tradition constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 42, 1987, p. 31-42.

## S

SAÏD MOHAMED Saïd Hassane, « Le principe de l'indivisibilité de la République et le droit de certains territoires à faire sécession », *Actes du VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel* [en ligne], AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, [<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/SaidMohamedTXT.pdf>]

SALAS Denis, « Le droit peut-il contribuer au travail de mémoire ? », in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La lutte contre le négationnisme : bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la Cour d'appel de Paris*, Paris : La documentation française, 2003, p. 36-45.

SAUVÉ Jean-Marc, POLGE Nicolas, « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », in *L'Union Européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris : Éd. A. Pedone, 2010, p. 727-750.

SENAC Charles Edouard, « Le droit à l'oubli en droit public », *RDP*, 2012, p. 1156-1170.

SIMARD Augustin, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la “démocratie militante” en RFA », *Ius politicum* [en ligne], n°1, décembre 2008, [<http://www.juspoliticum.com/L-echec-de-la-Constitution-de,29.html>].

SOREL Jean-Marc, MEHDI Rostane, « L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation », *Annuaire français de droit international*, 1994, p. 11-40.

SPECTOR Céline, « “Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire” : statut de la romanité et rationalité des coutumes dans L'Esprit des lois de Montesquieu », in XIFARAS Mikhail (éd.), *Généalogie des savoirs juridiques : le carrefour des Lumières*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Penser le droit, 2007, p. 15-41.

SOULAS DE RUSSEL Dominique, « Les jurisprudences suprêmes sur le poursuite des délits liés à la dénégaration publique de l'holocauste en R.F.A. : le pénal sauvé par le constitutionnel », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n°3, 1994, p. 211-218.

STIRN Bernard

- « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'État » *In* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Paris : Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 213-220.
- « L'histoire, le droit et les juges », *in La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p. 587-596.

SUDRE Frédéric

- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCP G*, 11 juillet 2001, n° 28, p. 1365-1368.
- « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme » *in L'Office du juge. Actes du colloque*, Sénat, 29-30 septembre 2006, p. 224 – 243.

SURREL Hélène, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, p. 271-295.

## T

TANGUY Jean-François, « Le discours "chiraquien" sur l'histoire », *in* ANDRIEU Claire, LAVABRE Marie-Claire, TARTAKOWSKI Danielle (dir.), *Politiques du passé : usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence : Publications de l'Université de Provence, 2006, p. 134-145.

TEBOUL Gérard

- « La coutume, source formelle de droit en droit administratif », *Droits*, 1986, p. 97-110.
- « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP*, 1998, p. 691-713.

THÉNAULT Sylvie, BRANCHE Raphaëlle, « L'impossible procès de la torture pendant la guerre d'Algérie » *in* BARUCH Marc-Olivier, DUCLERT Vincent, *Justice, politique et République. De l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Paris : Éd. Complexe, Coll. Histoire du temps présent, 2002, p. 243-260.

THÉVENAZ Henri, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et Société*, 1986, p. 533-542.

THOMAS Yan, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le débat*, n°102, 1998, p. 17-36.

TIFINE Pierre, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi (la notion de "tradition locale ininterrompue" dans les textes et la jurisprudence consacrée aux *corridas*) », *RFDA*, 2002, p. 496-507.

TODOROV Tzvetan

- « La mémoire et ses abus », *Esprit*, juillet 1993, p. 34-44.
- « La vocation de la mémoire », *Cahiers français*, n° 303, 2001, p. 3-7.

TOULEMONDE Bernard, « Les libertés et franchises universitaires en France », *Revue des droits de l'homme*, n°1, 1971, p. 5-52.

TROPER Michel

- « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Services public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 309-323.
- « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, 1986, p. 11-24.
- « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 » *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 13-24.

- « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Economie, Société, Civilisations*, n° 6, 1992, p. 1181-1187.
- « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, Vol. 54, n° 6, 1999, p. 1239-1255.
- « L'invention de la Constitution » dans GOYARD-FABRE Simone, *L'État moderne. Regards sur la pensée politique de l'Europe occidentale entre 1715 et 1848*, Paris : Vrin, Coll. Histoire des idées et des doctrines, 2000.
- « L'interprétation constitutionnelle » dans MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 13-25.
- « La liberté de l'interprète » in *L'office du juge. Actes du colloque réalisé au Sénat*, Paris, 2006, p. 28-41.

## V

VEDEL Georges

- « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence (actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel)*, Paris : PUF, 1989, p. 35-64.
- « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698-711.

VERPEAUX Michel

- « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République ? », *LPA*, n° 84 et n° 85, 1993, p. 9-13 et p. 6-9.
- « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République » in LORGNIER Jacques (coord.), *Justice et République(s)*, Paris : Ester éd., Coll. l'espace juridique, p. 271-288.
- « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, n°55, 2003, p. 513-526.
- « Liberté d'expression et discours politique », *AJJC*, 2007, p. 235-249.
- « Le Conseil constitutionnel, juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 88-93.

VIDAL-NAQUET Ariane, « Une responsabilité individuelle collectivement assumée ou une responsabilité collective ? » in PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 31-45.

VIDAL-NAQUET Ariane, DUFFY-MEUNIER Aurélie, LE BOT Olivier, « Les délibérations du Conseil constitutionnel. L'année 1983. », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011, p. 63-86.

VIDAL NAQUET Pierre, « Sur une commémoration », *Le genre humain : Politiques de l'oubli*, n° 18, 1988, p. 131-140.

VIGNE Éric, « Accords et désaccords avec les historiens », *Esprit*, n° 3-4, 2006, p. 30-42.

VILLA-VICENCIO Chalres, « Oubli, mémoire et vigilance », *Le genre humain : Vérité, réconciliation, réparation*, n° 43, 2004, p. 319-337.

## W

WACHSMANN Patrick, « Liberté d'expression et négationnisme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 585-599.

WAHNICH Sophie

- « La clémence est une idée neuve en Europe : amnisties », *L'homme et la société (numéro spécial : Les territoires de l'amnistie)*, 2007, p. 9-24.
- « Le débat sur les extradés italiens et le jeu des références historiques », *L'homme et la société (numéro spécial : Les territoires de l'amnistie)*, 2006, p. 87-109.
- « Amnisties et conscience historique », *L'homme et la société (numéro spécial : Les territoires de l'amnistie)*, 2006, p. 165-173.

WIEVIORKA Annette

- « Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem », *Droit et société*, n° 38, 1998, p. 59-67.
- « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », *Regards sur l'actualité*, n° 325, 2006, p. 27-35.
- « Éléments pour une histoire de la Mission Mattéoli », *Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 2012, n°2, [<http://revdh.files.wordpress.com/2012/11/dossier-1-mc3a9moire-elc3a9ments-pour-une-histoire-de-la-mission-mattc3a9oli1.pdf>]

WIEVIORKA Olivier, « Réparer les préjudices de la Seconde Guerre mondiale ? Quelques réflexions sur le cas français », in PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris : Institut universitaire Varennes, Coll. Transition & Justice, 2013, p. 23-29.

WILLMANN Christophe

- « Contribution judiciaire au débat sur la Mémoire », *Archives de la philosophie du droit*, 2007, n° 50, p.189-212.
- « Entre mémoire, histoire et oubli, le chemin incertain de la loi » in PUGELIER Catherine, TERRE François, *Jean Foyer. In memoriam*, Paris : Litec, 2010, p. 445-472.

WOEHLING Jean-Marie, « Perspectives sur le droit local », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Fascicule n° 30, 2012, 41 p.

WOLFF Nathalie, « Querelle de clocher au XXI<sup>e</sup> siècle », *AJDA*, 2004, p. 778-780.

WORMS Frédéric, « Au-delà de la concurrence des victimes », *Esprit*, février 2006, p. 187-193.

WROBLEWSKI Jerzy, « L'interprétation en droit ; théorie et idéologie », *APD : L'interprétation dans le droit*, n° 17, 1972, p. 51-69.

## X

XIFARAS Mikhail, « Après la Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Ius Politicum* [en ligne], n°8, 2012, [<http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8-Xifaras.pdf>].

## Y

YERUSHALMI Yosef Haym, « Réflexions sur l'oubli » in *Usages de l'oubli*, Paris : Seuil, 1988, p. 7-21.

## Z

ZANDER Hartwig, « “Ultima ratio” ou “Double pouvoir” Le discours marxiste sur la politique criminelle et ses débuts dans l'œuvre philosophique de Karl Marx », in *Marx et les sciences humaines. Actes du colloque de Neuchâtel*, Lausanne : Éd. L'âge d'homme, Coll. Raison dialectique, 1987, p. 97-121.

## Articles et contributions en langue étrangère

### A

- ANDERSON Perry, « Union sucrée », *London Review of Books*, vol. 26, n° 18, 2004, p. 10-18.  
ASSMANN Jan, « Collective Memory and Cultural Identity », *New German Critique*, Vol. 65, 1995, p. 125-133.

### B

BALKIN Jack M.

- « Respect-worthy: Frank Michelman and the legitimate Constitution », *Tulsa Law Review*, n°3, Vol. 39, 2004, p. 485-510.
- « The American Constitution as “Our Law” », *Yale Journal of Law & the Humanities*, n° 1, Vol. 25, 2013, p. 113-148.
- « The New Originalism and the Uses of History », *Fordham Law Review*, n°2, Vol. 82, 2013, p. 641-719.

BARAK Aharon

- « Hermeneutics and Constitutional Interpretation », *Cardozo Law Review*, n° 3-4, Vol. 14, 1993, p. 767-774.
- « Constitutional interpretation » in MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 91-118.

BATES T. St. John N., « The Contemporary Use of Legislative History in the United Kingdom », *Cambridge Law Journal*, n° 1, Vol. 54, 1995, p. 127-152.

BELL John, « Interpreting statutes over time » in OST François et HOECK Mark (VAN) (dir.), *Time and law, is the nature of law to last ?*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, 1998, p. 31-53.

BELZ Herman, « History, Theory and the Constitution », *Constitutional Commentary*, n° 1, Vol. 11, 1994, p. 45-64.

BENTHAM Jeremy, « Essay on the promulgation of laws and the reasons thereof with specimen of a penal code » in J. BOWRING (éd.), *The works of Jeremy Bentham*, vol. 1, Edinburgh : Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 12-178.

BERMAN Harold J., « Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History », *California Law Review*, n° 4, Vol. 76, 1988, p. 779-801.

BERNSTEIN Richard B., « Charting the Bicentennial », *Columbia Law Review*, n° 8, Vol. 87, 1987, p. 1565-1624.

BOBBIT Phillip, « Constitutional Law and Interpretation » in PATTERSON Dennis (éd.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge Mass.: Blackwell, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 132-144.

BOBONICH Christopher, « Persuasion, complusion and freedom in Plato's *Laws* », *Classical quarterly*, n° 2, Vol. 41, 1991, p. 365-388.

BORK Robert H., « Neutral Principles and Some First Amendment Problems », *Indiana Law Journal*, n° 1, Vol. 47, 1971, p. 2-8.

BRIGGS Herbert W., « United States ratification of the Vienna Treaty Convention », *American Journal of International Law*, n° 3, Vol. 73, 1979, p. 470-472.

BRUGGER Winfried, « Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology : Some Remarks from a German Point of View », *American Journal of Comparative Law*, n° 2, Vol. 42, 1994, p. 395-421.

BURATTI Andrea, « Histories, traditions and contexts in the jurisprudence of the European Court of Human Rights », in REPETTO Giorgio (éd.), *The constitutional relevance of the ECHR in domestic and european law. An Italian perspective*, Cambridge, Antwerp, Portland : Intersentia, 2013, p. 173-188.

BUYSE Antoine, « A Lifeline in Time – Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *Nordic Journal of International Law*, n° 1, Vol. 75, 2006, p. 62-88.

## C

CHOUDHRY Sujit, « “Our Law” and Comparative Constitutional Law », *Yale Journal of Law & the Humanities*, n° 1, Vol. 25, 2013, p. 1-22

CHUMACEIRO ARREANZA Irma, « El discurso de Hugo Chávez : Bolívar como estrategia para dividir a los Venezolanos », *Boletín de lingüística*, Vol. 15, n° 20, 2003, p. 22-42.

COLBY Thomas B., SMITH Peter J., « Living Originalism », *Duke Law Journal*, n°2, Vol. 59, 2009, p. 239-307.

CORNELL Drucilla, VAN MARLE Karin, « Exploring *Ubuntu*: Tentative reflections », *African Human Rights Law Journal*, n° 5, 2005, p. 195-220.

## D

DAY Jessica, « Waitangi Tribunal History: Interpretations and Counter-facts », *Auckland University Law Review*, n° 1, Vol. 15, 2009, p. 205-225

DERVAN Lucian A., « Selective Conceptions of Federalism : the Selective Use of History in the Supreme Court’s States’ Rights Opinions », *Emory Law Journal*, n° 4, Vol. 50, 2001, p. 1295-1329.

DEUTSCH Ulrike, « Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of “New Farmers” », *German Law Journal*, n° 10, 2005, p. 1367-1380.

DIXON Rosalind, POSNER Eric A., « The Limits of Constitutional Convergence », *Chicago Journal of International Law*, n°2, vol. 11, 2011, p. 399-423.

DOUGLAS Lawrence, « From Trying the perpetrator to Trying the Denier and Back Again. Some Reflections » in HENNEBEL Ludovic et HOCHMANN Thomas (éd.), *Genocide Denials and the Law*, New York : Oxford University Press, p. 49-74.

DWORKIN Ronald, « Law as Interpretation », *Texas Law Review*, n° 2, Vol. 60, 1982, p. 527-550.

DZEHTSIAROU Kanstantsin, « European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », *German Law Journal*, Vol. 12, n° 10, 2011, p. 1730-1745.

## E

ELKINS Zachary, GINSBURG Tom et MELTON James, « Baghdad, Tokyo, Kabul : Constitution Making in Occupied States », *William & Mary Law Review*, Vol. 49, n° 4, 2008, p. 1139-1178.

EVANS Richard J. « History, Memory and the Law: The Historian as Expert Witness », *History and Theory*, Vol. 41, n° 3, 2002, p. 326-345.\*

## F

FALLON Richard H., Jr.

- « What is Republicanism, and is it worth reviving? », *Harvard Law Review*, n° 7, Vol. 102, 1989, p. 1695-1735.



- « How to choose a Constitutional Theory », *California Law Review*, n° 3, Vol. 87, 1999, p. 535-580.
- « Legitimacy and the Constitution », *Harvard Law Review*, Vol. 118, n° 6, 2005, p. 1787-1853.
- « Are Originalist Constitutional Theories Principled, or are they Rationalization for Conservatism ? », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n°1, Vol. 34, 2011, p. 5-28.

FELDMAN David, « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation », in MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 119-138.

FELDMAN Noah, « Imposed Constitutionalism », *Connecticut Law Review*, n° 2, Vol. 37, 2005, p. 857-906.

FESTA Matthew J., « Applying a Usable Past: The Use of History in Law », *Setton Hall Law Review*, Vol. 38, 2008, p. 479-553.

FLEISCHER Holger, « Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation », *Max Planck Private Law Research Paper*, n° 11, 2011, 33 p.

FRASER David, « Law's Holocaust denial. State, Memory, Legality » in HENNEBEL Ludovic et HOCHMANN Thomas (éd.), *Genocide Denials and the Law*, New York : Oxford University Press, p. 3-74.

FRIEDMAN Barry, SMITH Scott B., « The Sedimentary Constitution », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 1, Vol. 147, 1998, p. 1-90.

FRONZA Emanuela, « The Punishment of Negationism : the Difficult Dialogue Between Law and Memory », *Vermont Law Review* n°30, 2005-2006, p. 609-626.\*

FUNKENSTEIN Amos, « Collective Memory and Historical Consciousness », *History & Memory*, n° 1, 1989, p. 5-26.

## G

GALLIGAN Denis, VERSTEEG Mila, « Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions » in GALLIGAN Denis et VERSTEEG Mila (éd.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, New York : Cambridge University Press, Coll. Comparative Constitutional Law and Policy, 2013, p. 3-50.

GARLICKI Lech, «The methods of interpretation» dans MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 139-153.

GEDI Noa, ELAM Yigal, « Collective Memory. What Is It ? », *History & Memory*, n° 1, Vol. 8, 1996, p. 30-50.

GIBSON James L., « On legitimacy theory and the Effectiveness of Truth Commissions », *Law and Contemporary Problems*, n° 2, Vol. 72, 2009, p. 123-141.

GINSBURG Tom, FOTI Nick, ROCKMORE Daniel, « “We the Peoples” : the Global Origins of Constitutional Preambles », *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n°447, University of Chicago, 2013, 40 p., [[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2360725](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360725)]

GONZÁLEZ-MARTÍN Magdalena, « Apuntes para un método de análisis menmónico intergeneracional sobre la Guerra Civil », *Hispania novia* [en ligne], n° 6, 2006, p. 367-384, [<http://hispanianova.rediris.es/6/HISPANIANOVA-2006.pdf>].

GORDON Mitchell, « Adjusting the Rear-View Mirror: rethinking the Use of History in Supreme Court Jurisprudence », *Marquette Law Review*, n° 3, Vol. 89, 2006, p. 475-540.

- L. GREEN, « Legal positivism » in ZALTA Edward N. (éd.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 2009, [<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>] .
- GROSS Ariela J.. « The Constitution of History and Memory » in SARAT Austin, FRANK Cathrin, ANDERSON Matthew (éd.), *Companion to Law and the Humanities*, Cambridge University Press, 2009.

## H

- HALL Jeffrey B. , « Just a Matter of Time ? Expanding the Temporal Jurisdiction of the Inter-American Court to Address Cold War Wrongs », *Law and Business Review of The Americas*, n° 4, Vol. 14, 2008, p. 679-698.
- HARVEY Paul, « Militant democracy and the European Convention on Human Rights », *European Law Review*, n° 3, 2004, p. 407-420.
- HAVEL Brian F., « In Search of a Theory of Public Memory: The State, the Individual, and Marcel Proust », *Indiana Law Review*, n° 3, Vol. 80, 2005, p. 605-726
- HAZAREESINGH, Sudhir, « Conflicts of Memory. Republicanism and the Commemoration of the Past in Modern France », *French History*, n° 2, Vol. 23, 2009, p. 193–215.
- HELPER Laurence R., « Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », *Cornell International Journal*, n° 1, Vol. 26, 1993, p. 133-165.
- HIGGINS Rosalyn, « Time and the Law: International Perspectives on an old Problem », *International and Comparative Law Quarterly*, n°3, Vol. 46, 1997, p. 501-520.
- HOFFMANN Stanley, « Collaborationism in Vichy France », *Journal of Modern History*, n° 3, Vol. 40, 1968, p. 375-395.

## J

- JARAUSCH Konrad H., « Removing the Nazi Stain ? The Quarrel of the German Historians », *German Studies Review*, n° 2, Vol.11, 1988, p. 285-301.
- JULIÁ Santos, « Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición », *Claves de la Razón Práctica*, n° 129, 2003, p. 14-24.

## K

- KAMINSKI Ireneusz C., « “Historical situations” in the jurisprudence of the European court of human rights in Strasbourg », *Polish yearbook of International Law*, 2010, p. 9-60.
- KAY Richard S., «Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses », *Northwestern University Law Review*, n° 2, Vol. 82, n° 2, 1987, p. 226-292.
- KELLEY Donald R., « Hermes, Clio, Themis : Historical Interpretation and Legal Hermeneutics », *The Journal of Modern History*, n° 4, Vol. 55, 1983, p. 644-668.
- KELLY Alfred H., « Clio and the Court : an Illicit Love Affair », *The Supreme Court Review*, Vol. 119, 1965, p. 119- 158.
- KOVÁCS Krista, TÓTH Gábor Attila, « Hungary’s constitutional transformation », *European Constitutional Law Review*, n°7, 2011, p. 183-303.
- KRAPP Peter, « Amnesty : Between an Ethics of Forgiveness and the Politic of Forgetting », *German Law Journal*, n° 1, 2005, p. 185-195.
- KRYGIER Martin
- « Law as tradition », *Law and Philosophy*, n° 2, Vol. 5, 1986, p. 237-262.
  - « The Traditionality of Statutes », *Ratio Juris*, n°1, 1988, p. 20-39.

KWASI PEMPETH Henry, « Africa's "constitutionalism revival" : False start or new dawn? », *I-Con*, n° 3, Volume 5, 2007, p. 469–506.

## L

LAW David, « The Myth of the Imposed Constitution », in GALLIGAN Denis et VERSTEEG Mila (éd.), *Social and Political Foundations of Constitution*, New York : Cambridge University Press, Coll. Comparative Constitutional Law and Policy, 2013, p. 907-919.

LAW David, VERSTEEG Mila

- « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, n° 5, Vol. 99, 2011, p. 1163-1257.
- « The Declining Influence of The United States Constitution », *New York University Law Review*, n°6, Vol. 87, 2012, p. 762-858.

LETSAS George, « The ECHR as a Living Instrument. Its Meaning and Legitimacy », in ULFSTEIN Geir, FOLLESDAL Andreas and PETERS Birgit (éd.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 106-141

LINDAHL Hans, « Constituent Power and Reflexive Identity : Towards an Ontology of Collective Selfhood » in LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (éd.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 9-24.

LOWENSTEIN Karl, « Militant democracy and fundamental rights » (I et II), *American Political Science Review*, n° 3 et n° 4, 1937, p. 417-432 et 638-658.

LUTHER Jörg., « El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia », *Revista Española de Derecho Constitucional* n°89, 2010, p. 45-76.\*

## M

MARMOR Andrei

- «The Nature of Law» in ZALTA Edward N. (éd.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 2011 [<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/lawphil-nature/>].
- « The Conventional Foundations of Law », in BERTEA Stefano, PAVLAKOS George (éd.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011, p. 143-157.

MCNAMARA Lawrence. « History, Memory and Judgment: Holocaust Denial, The History Wars and Law's Problems with the Past », *Sidney Law Review* n°3, 2004, p. 353-394.\*

MICHELMAN Frank I., « Is the Constitution a Contract for Legitimacy ? », *Review of Constitutional Studies*, Vol. 8, n° 2, 2003, p. 101-128.

## N

NAIDU Ereshnee, « Symbolic Reparations and Reconciliation : Lessons from South Africa », *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 19, 2012-2013, p. 251-271.

NICOL Danny, « Original intent and the European Convention on Human Rights », *Public Law*, 2005, p. 152-172.

## O

OLICK Jeffrey K., « Collective Memory : The Two Cultures », *Sociological Theory*, n° 3, Vol. 17, 1999, p. 333-348.

ORGAD Liav, « The preamble in constitutional interpretation », *I-Con*, n° 4, Vol. 8, 2010, p. 714-738.

OST François, « The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights » in DELMAS-MARTY Mireille (éd.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Dordrecht : M. Nijhoff / Kluwer, Coll. International Studies in Human Rights, p. 283-318.

## P

PACHTENBEKE (VAN) Andy, HAECK Yves, « From De Becker to Varnava: The state of continuing situations in the Strasbourg case law », *European Human Rights Law Review*, n°1, 2010, p. 47-58.

PECH Laurent, « The Law of Holocaust Denial in Europe : Toward a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition », in HENNEBEL Ludovic, HOCHMANN Thomas (éd.), *Genocide Denials and the Law*, New York : Oxford University Press, p. 185-233.

PETERS Anne, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Studies*, n°2, Vol. 16, 2009, p. 397-411.

POSNER Eric, VERMULE Adrien, « Reparations for slavery and other historical injustices », *Columbia Law Review*, n° 3, vol. 103, 2003, p. 689-748.

POSNER Eric et SUNSTEIN Cass, « The Law of Other States », *Sanford Law Review*, n°1, Vol. 59, 2006, p. 131-179.

POUND Roscoe, « Theories of Law », *Yale Law Journal*, n° 2, 1912, p. 114-150.

POWELL H. Jefferson, « Rules for Originalists », *Virginia Law Review*, Vol. 73, n° 4, 1987, p. 659-699.

PRIEL Dan, « The Place of Legitimacy in Legal Theory », *McGill Law Journal*, n°1, Vol. 57, 2011, p. 1-35.

## R

REILLY Alex, « Constitutional principles in Canada and Australia: Lessons from the Québec Secession Decision », *Public Law Review*, n°8, Vol. 10, 1999, p. 209-221.

REHNQUIST William H., « The Notion of a Living Constitution », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n° 2, Vol. 29, 2006, p. 401-415

RICHARDS Neil M., « Clio and the Court: A Reassessment of the Supreme Court's Uses of History », *Journal of Law and Politics*, n° 4, Vol. 13, 1997, p. 809-891.

ROSENFELD Michel, « The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy », *Southern California Law review*, n° 5, Vol. 74, 2001, p. 1307-1351.

## S

SCALIA Antonin

- « Originalism : the lesser evil », *University of Cincinnati Law Review*, n° 3, Vol. 57, 1988-1989, p. 849-865.

- « Originalism. The Lesser Evil » dans O'BRIEN David A., *Judges on judging. Views from the Bench*, Washington D.C. : CQ Press, 3<sup>e</sup> éd., 2009, p. 198-206.

SCHAUER Frederick

- « Defining originalism », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n°2, Vol. 19, 1996, p. 343-346.

- « On the Migration of Constitutional Ideas », *Connecticut Law Review*, n° 2, Vol. 37, 2005, p. 907-909.

- SCHWARTZ Barry, « Collective Memory and Abortive Commemoration : President's Day and the American Holiday Calendar », *Social Research*, n° 1, Vol. 75, 2008, p. 75-110.
- SCHWARTZ Barry, SCHUMANN Howard, « History, Commemoration and Belief : Abraham Lincoln in American Memory », *American Sociological Review*, n° 2, Vol. 70, 2005, p. 183-203.
- SINCLAIR Michael B.W., « Hercules, omniscience, omnipotence and the right answer thesis », *New York Law School Law Review*, n°3-4, Vol. 46, 2002-2003, p. 447-456.
- SMIDDY Linda O, « An Essay of Professor Fronza's Paper : Should Holocaust Denial be criminalized ? », *Vermont Law Review* n°30, 2005-2006, p. 645-653.\*
- STARR Kenneth W., « Observations about the Use of Legislative History », *Duke Law Journal*, 1987, p. 371-379.
- SUCHARIPA-BEHRMANN Lilly, « The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties », *Austrian Review of International and European Law*, n° 1m Vol. 1, 1996, p. 67 -88.
- SUNSTEIN Cass R.
- « The Idea of a Useable Past », *Columbia Law Review*, Vol 95, 1995, p. 601-608.
  - « Beyond the Republican Revival », *Yale Law Journal*, n° 8, Vol. 97, 1988, p. 1539-1590.
  - « Five Theses on Originalism », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n° 2, Vol. 19, 1996, p. 311-316.
- SUTTON Jeffrey S., « The Role of History in Judging Disputes about the Meaning of the Constitution », *Texas Tech. Law Review*, n°3, Vol. 41, 2008-2009, p. 1173-1192.

## T

- TEN CATE Irene M., « Speech, Truth and Freedom : an Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holme's Free Speech Defenses », *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol 2, 2010, p. 35-85.
- TUSHNET Mark
- « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », *Yale Law Journal*, n°6, Vol. 108, 1999, p. 1225-1310.
  - « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, n°1, 2009, p. 985-1006.
- TSOSIE Rebecca, « The BIA's Apology to the Native Americans : An Essay on Collective Memory and Collective Conscience » in BARKAN Elazar, KARN Alexander, *Taking Wrongs Seriously. Apologies and Reconciliation*, Stanford : Stanford University Press, 2006, 335 p.

## V

- VARNER Eric R., « Portraits, Plots and Politics : *Damnatio Memoriae* and the Impages of Imperial Women », *Memoirs of the American Academy in Rome*, Vol. 46, 2001, p. 41-93.

## W

- WALDRON Jeremy, « Legislators' Intentions and Unintentional Legislation » in MARMOR Andrei (dir), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford : Clarendon Press, 1997, p. 329-356.
- WHITE Edward G., « Reflections on the "Republican Revival" : Interdisciplinary Scholarship in the Legal Academy », *Yale Journal of Law and the Humanities*, n° 1, Vol. 6, 1994, p. 1-35.
- WICKS Elizabeth, « The United Kingdom Government's Perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry », *Public law*, 2000, p. 43-447.

WIRRLINGER Ruth, BOOTHROYD Steffi, « A “Usable” Past at Last ? The Politics of the Past in United Germany », *German Studies Review*, Vol. 33 n° 3, 2010, p. 489-502.

WRIGHT Susan, « The French Conseil constitutionnel : a Political Weapon in the Amnesty Arena ? », *Holdsworth Law Review*, n° 1, Vol. 14, 1989-1990, p. 41-58.

## Y

YAMAMOTO Eric A., HYE YUN KIM Sandra, HOLDEN Abigail M., « American Repeartions Theory and Practice at the Crossroads », *California Western Law Review*, n° 1, Vol. 44, 2007, p. 1-85.

YOUNG James E., « The Counter-Monument : Memory against itself in Germany Today », *Critical Inquiry*, n° 2, Vol. 18, 1992, p. 267-296.

## Thèses et mémoires

### **B**

- BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1966, 675 p.
- BEAUHAIRE Mathieu, *L'Histoire, la mémoire et la pierre. Les monuments aux morts de la Première Guerre mondiale dans le département de l'Essonne*, Mémoire de Master 2 recherche : Histoire contemporaine : Université d'Evry-Val-d'Essonne, 2007, 258 p.
- BERTRAND Anne, *Les dispositions législatives non prescriptives. Contribution à l'étude de la normativité*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Toulouse. 2000, 744 p.
- BOUGRAB Jeannette, *Aux origines de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, 768 p.
- BRAHMIA BEDDIAR Zohra. *Aspects juridiques des « Accords d'Évian »*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Strasbourg, 1987, 203 p.
- BRUNET François, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2011, 678 p.

### **C**

- CARTIER Emmanuel. *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, 665 p.
- CASTÉLA-COCKENPOT Claire-Marie. *L'amnistie politique en France (étude d'une notion constitutionnelle)*, Thèse de doctorat : Droit : Université Panthéon Assas (Paris II), 2006, 383 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris et Aix en Provence : Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit Public Positif, 2001, 306 p.
- CONNIL Damien, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012, 904 p.

### **D**

- DALY John J., *The Use of History in the Decisions of the Supreme Court: 1900-1930*, Washington DC: The Catholic University of America Press, 1954, 233 p.
- DELZANGLES Béatrice, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : LGDJ, Coll. des Thèses Fondation Varenne, 2009, 565 p.
- DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2002, 477 p.
- DISANT Mathieu, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et des sciences politiques, 2010, 868 p.
- DROIN Nathalie, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, Paris : LGDJ, Coll. Fondation Varenne, 2011, 620 p.

### **F**

- FABRE Philippe, *Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, 2001, 401 p.

FLOBERT Thierry, *Les Comores, évolution juridique et socio-politique*, Thèse de doctorat : Droit : Faculté de droit et de Science Politique d'Aix Marseille, Centre d'études et de recherches sur les sociétés de l'Océan Indien, 1976, 693 p.

## G

GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, 2010, 413 p.

## J

JEANNEAU Benoît, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris : Éd. du Recueil Sirey, 1954, 287 p.

JOSSE Philippe, *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Éd. Panthéon Assas / LGDJ, 1998, 139 p.

## L

LE FLOCH Étienne, *Les projets de constitution de Vichy (1940-1944)*, Thèse de doctorat : Droit : Université Panthéon Assas (Paris II), 749 p.

LECUYER Yannick, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2009, 634 p.

LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1972, 349 p.

## M

MAILLOT Jean-Marc, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, 766 p.

MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2013, 666 p.

## N

NIZARD Lucien, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1962, 293 p.

## P

PERREAU Laurent. *Fait historique et pouvoir normatif du droit*, Mémoire de DEA : Philosophie de Droit : Université Panthéon Assas (Paris II), 1996, 112 p.

## R

RADIGUET Léon, *L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Caen, 1911, 528 p.

REGLADE Marc, *La coutume en droit public interne*, Thèse de doctorat : Droit : Université de Bordeaux, 1919, 303 p.



ROBLOT-TROIZIER Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 688 p.

## S

SACRISTE Guillaume, *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France*, Paris : Presses de Sciences Po., Coll. Sciences Po Droit, 2011, 578 p.

## T

TEBOUL Gérard, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1988, 331 p.

## V

VALEMBOIS Anne-Laure, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, 534 p.

VIMBERT Christophe, *La tradition républicaine en droit public français*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1992, 392 p.

VIVANT Carole. *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 525 p.

VLACHOGIANNIS Apostolos, *La Living Constitution : Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris: Classiques Garnier, Coll. Bibliothèque de la pensée juridique, 2014, 643 p.

## Presse

- AKALAY Aïcha et al., « Nicolas Sarkozy face à l'histoire », *L'Histoire*, n° 375, 2012, p. 8.
- ASSOCIATION LIBERTÉ POUR L'HISTOIRE, « Appel de Blois », *Le Monde*, 11 octobre 2008.
- AZEMA Jean-Pierre et al., « Liberté pour l'histoire », *Libération*, 13 décembre 2005.
- BADINTER Robert, « Le Parlement n'est pas un tribunal », *Le Monde*, 14 janvier 2012.
- BOND Sarah E., « Erasing the face of History », *New York Times*, 14 mai 2011.
- CHANDERNAGOR Françoise, « L'enfer des bonnes intentions », *Le Monde*, 16 décembre 2005.
- FRANÇOIS Étienne, « Un mythe fondateur négatif », *Le Nouvel observateur : L'Histoire en procès*, Hors-Série, novembre-décembre 2008, p. 62-63.
- GIRAUD Michel et al., « Appel pour une vigilance sur les usages publiques de l'histoire », *L'Humanité*, 21 décembre 2005.
- HAURIUO André, « Contre le viol des constitutions », *Le Monde*, 9-10 mars 1969.
- KLARSFELD Arno, « L'histoire n'appartient pas aux historiens », *Le Monde*, 28 janvier 2006
- KLARSFELD Serge et al., « Ne mélangeons pas tout », *Le Nouvel Observateur*, 20 décembre 2005.
- LIAUZU Claude et al. « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle », *Le Monde*, 24 mars 2005.
- NOLTE Ernst, « Die Vergangenheit, die nicht vergehen will. Eine Rede, die geschrieben, aber nicht gehalten werden konnte », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 juin 1986.
- NORA Pierre, « Plaidoyer pour les indigènes d'Austerlitz », *Le Monde*, 12 décembre 2005.
- NORA Pierre, « La politisation de l'histoire », *Le Nouvel observateur : L'Histoire en procès*, Hors-Série, novembre-décembre 2008, p. 6-8.
- NORA Pierre, « Lois mémorielles : pour en finir avec ce sport législatif purement français », *Le Monde*, 27 décembre 2012.
- PRÉLOT Marcel, « Sur une interprétation "coutumière" de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969
- REBÉRIOUX Madeleine,
- « Les Arméniens, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n° 192, octobre 1995, p. 98.
  - « Le génocide, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n° 138, novembre 1990, 92-94.
- ROUSSO Henry
- « Mémoires abusives », *Le Monde*, 24 décembre 2005.
  - « Un marketing mémoriel », *Libération*, 15 février 2008.
- SCHILL Pierre, « Pourquoi je ne lirai pas la lettre de Guy Môquet à mes élèves à la rentrée », *Libération*, 22 mai 2007
- VEDEL Georges, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde*, 27 juillet 1968.
- VEDEL Georges, « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968.
- « Un prix pour les traites négrières. Entretien avec Olivier Pétré-Grenouilleau », *Journal du dimanche*, 12 juin 2005.
- « Déclaration solennelle de Jacques Chirac sur la colonisation », *Le Monde*, 9 décembre 2005.
- « Spécial Aubrac. La Table ronde », *Libération*, 17 mai 1997.

## Documents parlementaires, gouvernementaux et institutionnels

- ACCOYER Bernard (rapporteur), *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Assemblée Nationale, Rapport d'information n° 1262, novembre 2008, 480 p.
- BALLADUR Édouard (prés.), *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique* - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, Paris : La documentation française, 2007, 181 p.
- BAUDOT Jacques (rapporteur), *Le défi de la mémoire. Politique de la mémoire menée par le ministère des Anciens combattants et victimes de guerre*, Sénat, Rapport d'information n° 6, 1997-1998, 46 p.
- COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie*, n° 2011-621, adopté lors de sa 87<sup>e</sup> session plénière, Venise 17-18 juin 2011, 30 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public 1991 : De la sécurité juridique », *EDCE*, n° 42, Paris : La documentation française, Coll. Études et documents du Conseil d'État, 1991, 416 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public 2004, Considérations générales : Un siècle de laïcité », *EDCE*, n° 55, Paris : La Documentation française, Coll. Études et documents du Conseil d'État, 2004, p. 256.
- CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, n°57, Paris : La documentation française, Coll. Études et documents du Conseil d'État, 2006, 412 p.
- CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdire le port du voile intégral*, Rapport adopté par l'Assemblée générale plénière le 25 mars 2010, 46 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, 221 p.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Recueil des « Travaux préparatoires »*, La Haye : Martinus Nijhoff, Vol. I : 1975, 327 p. ; Vol. II : 1975, 311 p. ; Vol. III : 1976, 339 p. ; Vol. IV : 1977, 301 p. ; Vol. V : 1979, 356 p. ; Vol. VI : 1985, 298 p. ; Vol. VII : 1985, 354 p. ; Vol. VIII : 1985, 226 p.
- DIEFENBACHER Michel (rapporteur), *Parachever l'effort de solidarité nationale envers les rapatriés, promouvoir l'œuvre collective de la France outre-mer*, 2003, 52 p.
- KASPI André (prés.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, novembre 2008, 47 p.
- MATTÉOLI Jean (prés.), *Rapport Général de la Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France*, 2000, 197 p.
- RÉMOND René (prés.), *Rapport sur la répartition, entre l'État et les collectivités territoriales, des monuments historiques affectés au ministère de la culture*, Paris : novembre 2003, 37 p.
- VEDEL Georges (prés.), *Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution*, JO du 16 février 1993, p. 2537-2555.
- VEIL Simone (prés.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport du Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution*, Paris : La documentation française, Coll. Les rapports officiels, 2008, 208 p.

## Discours et allocutions

- BRENNAN William J., *Discours donnée au colloque « Text and Teaching »*, Georgetown University, Washington D.C, 12 octobre 1985, [[http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources\\_document7.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html)].
- CHIRAC Jacques, *Allocution du Président de la République, prononcée lors des cérémonies commémorant la grande rafle des 16 et 17 juillet 1942*, Paris, 15 juillet 1995 [<http://www.jacqueschirac-asso.fr/fr/wp-content/uploads/2011/02/Allocution-Vel-dhiv.pdf>].
- CHIRAC Jacques. *Allocution du Président de la République, à l'occasion de la première journée commémorative en métropole du souvenir de l'esclavage et de son abolition*, Paris : 10 mai 2006 [<http://discours.vie-publique.fr/notices/057003767.html>]
- GAULLE (de) Charles, *Discours à l'occasion l'occasion du jour anniversaire de la proclamation de la République en 1870 à la Place de la République*, Paris : 4 septembre 1958.
- GAULLE (de) Charles, *Allocution du 29 janvier 1960*, Les actualités françaises, [<http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00049/discours-du-29-janvier-1960.html>].
- JOHNSON Lyndon B., *Discours donné à l'occasion de la signature de la Uniform Holiday Bill*, Washington D.C. : 28 juin 1968 [<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=28963>].
- JOSPIN Lionel, *Discours du Premier ministre lors de l'Inauguration d'un monument de M. Haïm Kern commémorant l'offensive du Chemin des dames*, Craonne : 5 novembre 1998 [<http://histoire-socialiste.over-blog.fr/article-jospin-discours-de-craonne-60755642.html>].
- MAZEAUD Pierre, *Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République*, Paris : 3 janvier 2005, [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html>].
- MESSE Edwin III, *Discours donné devant l'American Bar Association*, Washington DC, 9 juillet 1985, [<http://www.justice.gov/ag/aghistorical/meese/1985/07-09-1985.pdf>].
- MITTERRAND Frédéric, *Discours lors du lancement du recueil des Commémorations nationales 2012, prononcé le 4 janvier 2012*, Ministère de la Culture, [<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Ministere/Histoire-du-ministere/Ressources-documentaires/Discours/Discours-de-ministres-depuis-1999/Frederic-Mitterrand-2009-2012/Discours-2009-2012/Lancement-du-recueil-des-Commemorations-nationales-2012>].
- SARKOZY Nicolas, *Allocution du Président de la République, prononcée lors de la cérémonie d'hommage aux martyrs du bois de Boulogne*, Paris : 16 mai 2007 [<http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/20071019.OBS0611/discours-de-sarkozy-pour-les-martyrs-du-bois-de-boulogne.html>].
- SOUTOU Georges-Henri, « Le passé, entre obsession et oubli », *Séance publique annuelle des 5 Académies*, Institut de France, 2013 [en ligne] [<http://seance-cinq-academies-2013.institut-de-france.fr/le-passe-entre-obsession-et-oubli>].

## Jurisprudence (conclusions, notes et commentaires)

### *Jurisprudence interne française*

#### Conseil d'État

#### 1900

- CE, 4 mai 1906, *Sieur Babin*, n° 16026, *Leb.*, p. 363 ; S. 1908 III. p. 110, Concl. Romieu.  
CE, 5 août 1908, *Morel et autres*, n° 28275, *Leb.*, p. 858, Concl. Saint Paul ; S. 1909 III p. 1, note Hauriou.  
CE, 12 février 1909, *Abbé Rimbaud*, n° 28662, *Leb.*, p. 157.  
CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres*, n° 27355, *Leb.*, p. 188 ; S. 1909 III p. 34, Concl. Chardenet ; D. 1910 III p. 121, Concl. Chardenet ; RDP 1910 p. 69, note Jèze ; GAJA 18<sup>e</sup> éd. n° 19 p. 114.  
CE, 19 mars 1909, *Deguiolle*, n° 24039, *Leb.*, p. 311.  
CE, 21 mai 1909, *Abbé Garcin, sieurs Boude et Imbert*, n° 31760, *Leb.*, p. 512 ; DP 1910 III p. 121.  
CE, 19 novembre 1909, *Georget et Heroux*, n° 31395, *Leb.*, p. 887.

#### 1910

- CE, 15 avril 1910, *Abbé Sellenet*, n° 35559, *Leb.*, p. 308.  
CE, 29 juillet 1910, *Miniac, Renault et Mulot*, n° 33653, *Leb.*, p. 648.  
CE, 9 février 1911, *Abbé Petit*, n° 40250, *Leb.*, p. 186.  
CE, 20 janvier 1911, *Sieurs Nicolle, Vapereau et autres*, n° 36956, *Leb.*, p. 52.  
CE, 27 janvier 1911, *Abbé Norroy, Chalmaudron et autres*, n° 36372, *Leb.*, p. 97.  
CE, 17 mars 1911, *Abbés Glatard et Thévenon*, n° 39703, *Leb.* p. 341.  
CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme*, n° 36911, *Leb.*, p. 464.  
CE, 8 avril 1911, *Sieur Gaston David*, n° 33356, *Leb.*, p. 462, Concl. Corneille.  
CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand curé de Parizot*, n° 35943, *Leb.* p. 620.  
CE, 10 novembre 1911, *Sieurs Sancet, de Saint-Loup et Larrat*, n° 42077, *Leb.*, p. 999.  
CE, 12 janvier 1912, *Abbé Hugot*, n° 41327, *Leb.*, p. 32.  
CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue*, n° 41913, *Leb.*, p. 250.  
CE, 22 novembre 1912, *Abbé Dupuy*, n° 47361, *Leb.*, p. 1074.  
CE, 9 mai 1913, *Abbé Grenier*, n° 49339, *Leb.*, p. 522.  
CE, 30 janvier 1914, *Abbé Boillot*, n° 49120, *Leb.*, p. 108.  
CE, 6 février 1914, *Abbé Rodrigues*, n° 51334, *Leb.*, p. 156.  
CE, 6 mars 1914, *Abbé Desvals*, n° 47805, *Leb.*, p. 307.  
CE, 1<sup>er</sup> mai 1914, *Abbé Didier*, n° 49842, *Leb.*, p. 515.  
CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, *Leb.* p. 651 ; S. 1922 III p. 49, note Hauriou ; GAJA 18<sup>e</sup> éd. n° 31 p 188.  
CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, *Leb.* p. 208 ; S. 1918 3 p. 33, note Haurioi ; RDP 1919 p. 338, note Jèze.  
CE, 8 août 1919, *Labonne*, n° 56377, *Leb.*, p. 737.

## 1920

CE, 3 décembre 1920, *Duquesnoy et autres*, n° 65940, *Leb.*, p. 1034.

CE, 12 juillet 1929, *Vesin*, *Leb.*, p. 716, concl. Latournier, note Waline.

## 1930

CE, 19 février 1931, *Sieur Davis*, n° 19780, *Leb.*, p. 198.

CE, 10 juin 1931, *Abbé Cretin*, n° 19626, *Leb.*, p. 606.

CE, 29 octobre 1931, *Abbé Pelletier*, n° 2482 et 4632, *Leb.*, p. 917.

CE Ass., 14 janvier 1938, *Société Anonyme de produits laitiers « La Fleurette »*, *Leb.* p. 25 ; *S* 1938.3. 25 concl. Roujou, note Laroque ; *D* 1938.3.41 conclu. Roujou, note Rolland ; *RDP* 1938. 87 concl. Roujou, note Jèze ; *GAJA* 18<sup>e</sup> éd., n° 49, p. 313.

## 1940

CE Ass., 7 janvier 1942, *UNAPEL*, n° 62856, 62962 à 62964, 62991, *Leb.*, p. 2.

CE Ass., 21 janvier 1944, *Darmon, Siboun et Bensoussan*, n° 72170 et 72711, *Leb.*, p. 22.

CE Sect., 4 février 1944, *Guiaysse*, n° 62929, *Leb.*, p. 45 ; *RDP* 1944 p. 166, concl. Chénot et note Jèze ; *JCP* 1946 II p. 3115, note Charlier.

CE, 5 avril 1944, *Guignard*, *Leb.*, p. 110.

CE Ass., 26 octobre 1945, *Sieur Aramu*, n° 77726, *Leb.*, p. 213 ; *S*. 1946 III p. 1, concl. Odent, *D*. 1946 p. 158, note Morange ; *EDCE* 1947 p. 48, concl. Odent.

CE Ass., 5 avril 1946, *Daupeyroux, Dame Coulon, et Bianquis (3 espèces)*, n° 78395, 79204, 78645, *Leb.*, p. 105 ; *S. III. 1946* ; *EDCE* 1947, p. 56, Concl. Odent.

CE, Ass., 30 janvier 1948, *Toprower*, *Leb.*, p. 48 ; *S* 1948 3 p. 45, concl. Celier.

CE, Ass., 16 avril 1948, *Laugier*, *Leb.* 161 ; *S*. 1948. 3 p. 36, concl. Letourneur.

CE Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, *Leb.*, p. 289, *Gaz. Pal.* 1948.2.7, concl. Letourneur ; *S* 1948 III p. 69, concl. Letourneur ; *D* 1949 p. 437 note Waline ; *JCP* 1948 II p. 4427, note Mestre ; *GAJA* 18<sup>e</sup> éd. n° 60, p. 387.

CE, 12 novembre 1946, *Sieur Quin*, *Leb.*, p. 427.

## 1950

CE, 22 février 1950, *Dame Duez*, *Leb.*, p. 118.

CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud*, *Leb.*, p. 14 ; *RDP* 1952 p. 187, note Waline.

CE Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, n° 86015, *Leb.*, p. 210 ; *S* 1952 III p. 49, concl. Delvolvé ; *RDP* 1952 p. 1029, note M. Waline ; *JCP* 1952 II p. 7138, note Vedel.

CE, sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise*, *Leb.*, p. 401.

CE Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang*, n° 26638, *Leb.* p. 317 ; *AJDA* 1956 p. 395, chron. Fournier et Braibant.

CE Sect., 22 novembre 1957, *Myrtoon Steamships Company*, n° 94034, *Leb.*, p. 632 ; *D*. 1958.10 Concl. Heumann.

CE, 4 novembre 1959, *Sieur Duranton de Magny et Fédération nationale des Sociétés Protectrices des animaux en France et de l'Union française*, n° 36055, *Leb.*, p. 579.

## 1960

- CE, 12 février 1960, *Société Eky*, *Leb.*, p. 101 ; *S* 1961 p. 131, concl. Kah ; *JCP* 1960 II p. 11629, note Vedel ; *D* 1960 p. 236, note L'Huillier.
- CE Sect., 11 mars 1960, *Ville de Strasbourg*, n° 3874, *Leb.*, p. 194 ; *Rev. dr. soc.* 1960 p. 416, Concl. Bernard.
- CE Sect., 28 octobre 1960, *De Laboulaye*, n° 48293, *Leb.*, p. 570 ; *AJDA* 1961 p. 20, concl. Heumann ; *Rev. dr. soc.* 1961 p. 141, concl. Heumann, note Teitgen
- CE Ass., 4 novembre 1960, *Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union française*, n° 48311, 48321 et 48370, *Leb.*, p. 596, Concl. Bernard.
- CE, 1<sup>er</sup> juin 1962, *Syndicat chrétien de l'Administration pénitentiaire*, n° 51574, *Leb.*, p. 365.
- CE, 10 février 1967, *Sieur Muñoz*, n° 68450, *Leb.*, p. 69.

## 1970

- CE Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n° 80232, *Leb.*, p. 406, concl. Grévisse ; *JCP* 1975 II p. 17957, note Saint-Jours.
- CE sect., 27 octobre 1978, *Debout*, n° 7103, *Leb.*, p. 395, Concl. Labetoulle.

## 1980

- CE, 18 mai 1983, *Rodes*, n° 25308, *Leb.*, p. 199 ; *AJDA* 1984, p. 144, note Jacques Moreau.
- CE Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, n°41744, *Leb.*, p. 259 ; *D.* 1985 p. 150, Concl. Genevois ; *AJDA* 1984 p. 543, chron. Hubac et Schoettl.
- CE, 16 novembre 1984, *Commune de Port-Marly*, n° 42705, *Leb.*, T., p. 514.
- CE Ass., 22 janvier 1988, *Association les Cigognes*, n° 80936, *Leb.*, p. 37 ; *RFDA* 1988 p. 95, concl. B. Stirn ; *AJDA* 1988 p.151, chron. M. Alibert et M. de Boisdeffre ; *RDSS* 1988 p. 317, note L. Dubouis.

## 1990

- CE, 25 avril 1990, *Gomel*, n° 87705, *inédit*.
- CE, 11 juillet 1990, *Société Stambouli Frères*, n° 91158, *Leb.* p. 963 ; *D* 1991. 286 obs. Bon et Terneyre.
- CE, 28 juillet 1993, *Association Laisse-les vivre SOS futures mères*, n° 107990, *Leb.*, p. 235.
- CE Sect., 2 mars 1994, *Commune de Sainte-Marie-de-Ré c/ Epoux Le Boulicaut*, n° 136577, *Leb.* T., p. 1267 ; *Gaz. Pal.* 1994 p. 2 ; *LPA* 1994 n° 130, note Holleaux.
- CE, 2 mars 1994, *M. Sardou*, n° 136573, *inédit*.
- CE, Ass., 29 avril 1994, *Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, n° 119562, *Leb.*, p. 205 ; *RFDA* 1994 p. 947, concl. Denis-Linton ; *Ibid.*, note Agniel ; *AJDA* 1994 p. 558 ; *Ibid.*, p. 499, note Magüé et Touvet ; *D* 1995 p. 242, note Orfila.
- CE Ass., 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail*, n° 105471, *Leb.*, p. 356.
- CE Sect., 10 mai 1995, *Melin*, n° 136596, *Leb.* T. p.1093 ; *RDI* 1995 p. 740, note Gaudemet ; *Dr. Adm.* 1995 n° 539.
- CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-orge*, n° 136727, *Leb.*, p. 372, concl. Frydman ; *RFDA* 1995 p. 1204, concl. Frydman ; *RF décentr.* 1996 p. 85, concl. Frydman , obs. Vigouroux ; *RTDH* 1996 P. 657, concl. Frydman, note Deffains ; *AJDA*

- 1995 p. 878, chr. Stahl et Chauvaux ; *D.* 1996 p. 177 note G. Lebreton ; *JCP* 1996 II p. 22630 note F. Hamon ; *RDP* 1996 p. 536, notes Gros et Fromont ; *GAJA* 18<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 96, p. 691.
- CE, 14 février 1996, Commune de Nontron**, n<sup>o</sup> 139509 ; *RDI* 1996 p. 3030, note Kornprobst.
- CE Ass., 3 juillet 1996, n<sup>o</sup> 169219, Koné**, *Leb.*, p. 255 ; *RFDA* 1996 p. 870, concl. Delarue ; *RTDH* 1997 p. 747, concl. Delarue ; *RFDA* 1996 p. 882 notes Favoreu, Gaïa, Labayle et P. Delvolvé ; *AJDA* 1996 p. 722, chr. Chauvaux et Girardot ; *D* 1996 p. 509, note Julien-Laferrière ; *JCP* 1996 II p. 22720, note Prétot ; *RDP* 1996 p. 1751, note Braud ; *RGDIP* 1997 p. 237, note Alland ; *RTDH* 1997 p. 762, note Pierucci ; *RBDC* 1997 p. 123, note Larsonnier ; *LPA* 1996 p. 12, note Guiheux ; *GAJA* 18<sup>e</sup> éd. n<sup>o</sup> 97, p. 700.
- CE, 9 octobre 1996, Union nationale CGT des affaires sociales et autres**, n<sup>o</sup> 167511, *Leb.*, p. 383 ; *RDP* 1997, p. 896, Concl. Maugué ; *D* 1997 p. 14 ; *Rev. Dr. soc.* 1997 p. 207, note Prétot.
- CE, 6 juin 1997, Aquarone**, n<sup>o</sup> 148683, *Leb.*, p. 206 ; *RFDA* 1997 p. 1068, concl. Bachelier ; *AJDA* 1997 p. 570, chron. Chauvaux et Girardox ; *RGDI* 1997 p. 1054, note Alland ; *Ibid* p. 1068, concl. Bachelier ; *JCP* 1997 II. P. 22945 note Teboul ; *RJF* 1997 n<sup>o</sup> 672 ; *JDI* 1998 p. 93, note Châmes ; *LPA* n<sup>o</sup> 16 1998 p. 18, note Martin.
- CE, 28 septembre 1998, Notin**, n<sup>o</sup> 159236, *Leb.* T. p. 938.
- CE, 9 novembre 1998, M. Baruet et autres**, n<sup>o</sup> 141239, *inédit*.
- CE Sect., 30 décembre 1998, M. Le Jan**, n<sup>o</sup> 195625, *Leb.* T, p.733.
- CE, Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale**, n<sup>o</sup> 163328, *Leb.*, p. 42, concl. Bergeal ; *AJDA* 1999 p. 409, chron. Raynaud et Fombeur ; *D.* 1999 p. 627, note Brunet ; *DA* 1999 Chron. 21, note Haquet ; *JCP* 1999 II p. 10090, note Desclodures ; *RDP* 1999 p. 1785, note Thiers ; *RFDA* 1999 p. 333, concl. Bergeal ; *RFDC* 1999 p. 615, note Trémeau.

## 2000

- CE, 21 avril 2000, M. Zaïdi**, n<sup>o</sup> 206902, *Leb.*, p. 159.
- CE, 27 novembre 2000, Association Comité tous frères**, n<sup>o</sup> 188431, *Leb.* p. 559.
- CE, 8 décembre 2000, Hoffer et autres**, n<sup>o</sup> 199072, 199135, 199761, *Leb.*, p. 585 ; *AJDA* 2000 p.1065, chron. Guyomar et Collin ; *RFDA* 2001 p. 454, concl. Maugué.
- CE, 15 décembre 2000, Nerzic**, n<sup>o</sup> 212068, *D.* 2002. Somm., p. 533, obs. Lemouland ; *RTD civ.* 2001 p. 335, obs. Hauser ; *RFDA* 2001 p. 725, concl. Bergeal ; *Ibid.*, p. 730, note Gourdou et Perdu.
- CE, 6 avril 2001, SNES**, n<sup>os</sup> 219379, 221699 et 221700, *Leb.*, p. 170 ; *AJDA* 2002 p. 63, note Toulemonde ; *AJFP* 2001 p. 7 ; *Revue du droit local* 2001 n<sup>o</sup> 33 p. 56, note Woehrling.
- CE, Ass., 6 avril 2001, Pelletier**, n<sup>o</sup> 224945 et ss, *Leb.*, p. 1365 ; *RFDA* 2001 p. 712, concl. Austray ; *AJDA* 2001 p. 444, chron. Guyomar et Collin.
- CE, 11 juillet 2001, Commune de Saint-Christophe-en-Oisans**, n<sup>o</sup> 202837, *Leb.*, p. 347 ; *RFDA* 2002 p. 952, note Verpeaux.
- CE Sect., 28 septembre 2001, Ministre de la Défense c. Mme Haouas**, n<sup>o</sup> 218311, *Leb.* p. 438.
- CE, 19 juin 2002, M. Jacques X.**, n<sup>o</sup> 216737, *inédit*.
- CE Ass., 12 avril 2002, Papon**, n<sup>o</sup> 238689, *Leb.*, p. 139 ; *RFDA* 2002 p. 582, concl. Boissard ; *AJDA* 2002 p. 423, chron. Guyomar et Collin ; *LPA* n<sup>o</sup> 106 2002 p. 12, concl. Boissard, note E. Aubin ; *D* 2003 p. 647, note Delmas Saint-Hillaire ; *JCP* 2002 II p. 10162, note Moniolle ; *Gaz. Pal.* 28-30 juillet 2002 p. 27, note Petit ; *RDP* 2002 p. 1511, note



- Degoffe ; *Ibid.*, p. 1531, note Alvés ; *RDP* 2003 p. 470, note Guettier ; *RFDC* 2003 p. 513, comm. Verpeaux ; *GAJA* 18<sup>e</sup> éd., n° 109, p. 830.
- CE, 30 décembre 2002, *Ordre des avocats à la cour de Paris***, n° 234415, *Leb.*, p. 487 ; *AJDA* 2003 p. 239 concl. Guyomar.
- CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard***, n° 257341, *Leb.*, p. 1 ; *AJDA* 2005 p. 845, note L. Burgorgue-Larsen ; *D* 2005 p. 521 ; *RFDA* 2005 p. 56, étude B. Bonnet ; *RTD civ.* 2005 p. 561, obs. P. Deumier ; *RTD eur.* 2006 p. 183, note A. Ondoua ; *Ibid.* p. 301, chron. D. Ritleng.
- CE, 15 avril 2005, *Hoffer***, n° 278920, *Leb.*, p. 895 ; *Gaz. Pal.* 11 octobre 2005 n° 284 p. 16.
- CE, 13 mai 2005, *Hoffer***, n° 279259, *Leb.*, p. 200 ; *AJDA* 2005 p. 1031.
- CE, 20 mai 2005**, n° 277837, *inédit*.
- CE Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France***, n° 247976, *Leb.*, p. 311, concl. Guyomar ; *D.* 2005 p. 3075, note Quiriny ; *JCP* 2006 II p. 10001, note Trébulle ; *Ibid.* 2005 I p. 177 n° 3, obs. Ondoua ; *AJDA* 2005 p. 1487, obs. Brondel ; *RFDA* 2006 p. 375, note Plessix.
- CE, 27 juillet 2005, *Balkany***, n° 261819, *Leb.* T., p. 1054 ; *AJDA* 2005 p. 2016, concl. Guyomar.
- CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne***, n° 259806, *Leb.* p. 347 ; *RFDA* 2005, p. 1137, concl. Donnat ; *AJDA* 2006 p. 196, note Darracq ; *D.* 2005 p. 2341 ; *Coll. Terr.* 2005 comm. 204, J. Moreau ; *DA* 2005, comm. 165, L. Erstein ; *JCP* 2005 II p. 10166, note L. Erstein
- CE, 26 octobre 2005**, n° 281273, *inédit*.
- CE Ass., 24 mars 2006, *KPMG et Société Ernst et Young et autres***, n° 288460, *Leb.*, p. 154 ; *RFDA* 2006 p. 463, concl. Aguila, note Moderne ; *BJCP* 2006 p. 173, concl. Aguila, note Terneyre ; *AJDA* 2006 p. 841, trib. Mathieu, p. 897, trib. Melleray, p. 723, obs. Aguila ; *D* 2006 p. 1191, note Cassia ; *Europe* 2006 p. 9, note Simon ; *JCP* 2006 p. 1229, obs. Plessix et p. 1342, note Belorgey ; *Procédures* mai 2006 p. 4, note Tavier ; *RDC* 2006 p. 856, note Brunet ; *RDP* 2006 p. 1169, art. Camby et 2007 p. 285, art. Woehrling ; *RMCUE* 2006 p. 457, note Chaltiel ; *RTD civ.* 2006 p. 527, obs. Encinas de Munagorri ; *Rev. dr. soc.* 2006 p. 583, obs. Merle ; *GAJA* 18<sup>e</sup> éd. n° 113, p. 874.
- CE, 21 décembre 2007, *Mme Collette Lipietz et autres***, n° 305966, *Leb.*, p. 540 ; *RFDA* 2008 p. 80, concl. Prada-Bordenave ; *DA* 2008 n° 39, note Melleray.
- CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM***, n°274000, *Leb.*, p. 26, Concl. Legras ; *RFDA* 2009 p. 259, concl. Legras ; *AJDA* 2009 p. 583, chron. Liéber et Botteghi ; *Constitutions* 2010 p. 116, obs. Le Bot ; *Gestion et fin. publ.* 2009 p. 620, note Pissaloux ; *RJEP* 2009 n° 665, p. 35, note Melleray ; *JCP Adm.* 2009 p. 2089, note Bailleul.
- CE, 27 mars 2009, *Mme Ranely Verge Dupré***, n° 283240, *Leb.*, p. 105 ; *AJDA* 2009 p. 623 ; *D.* 2009 p. 1092.
- CE, 8 avril 2009, *MM. Mathus et Hollande***, n° 311136, *Leb.*, p. 140 ; *RFDA* 2009 p. 351, concl. De Salins ; *AJDA* 2009 p. 677 ; *D.* 2009 p.1145.

## 2010

- CE, 21 septembre 2011, *Gourmelon***, n° 350385, *Leb.* T., p.1119 ; *AJDA* 2011 p. 1814.
- CE sect., 14 octobre 2011, *Mme Om Hashem Saleh et autres***, n° 329788 et autres, *Leb.*, p. 473 ; *AJDA* 2011 p. 1980 ; *Ibid.* p. 2482, note Broyelle ; *RFDA* 2012 p. 46, concl. Roger-Lacan.

- CE, 9 novembre 2011, Giraud**, n° 351890, *Leb.* T. p. 966 et 1122 ; *AJDA* 2011 p. 2206 ; *RDI* 2012 p. 85, note Hostiou ; *AJDI* 2012 p. 22, chron. S. Gilbert ; *Dr. Adm.* 2012 n° 7, concl. Maud Vialettes.
- CE Ass., 23 décembre 2011, Kandyrine de Brito Pavia**, n° 303678, *Leb.* p. 623 ; *AJDA* 2012 p. 4 ; *Ibid.* p. 201, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *d* 2012 p. 98 ; *RFDA* 2012 p. 1, concl. J. Boucher ; *Ibid.* p. 19, *amicus curiae* G. Guillaume ; *Ibid.* p. 26, note Alland ; *Constitutions* 2012 p. 295, obs. A. Levade ; *RTD eur.* 2012 p. 929, obs D. Rietleng, *American Journal of Intl. Law* 2012 p. 353, note E. Bjorge.
- CE, 23 décembre 2011, Association DIH-Mouvement de protestation civique**, n° 350541, *Leb.* T., p. 1121 ; *AJDA* 2012 p 6.
- CE, 30 décembre 2011, Commune de Marmande**, n° 349432, *Leb.* T. p. 810 ; *AJDA* 2012 p. 17, obs. R. Grand ; *JCP Adm.* 2012 Actu 38, obs. C.-A. Dubreuil ; *RLCT* 2012 n° 78 p. 49, note J. Domenach.
- CE, 9 février 2012, Société coopérative vinicole Les Vignerons de Latour de France c. Inao**, n° 335041, *Leb.* T. p. 572 ; *RD rur.* 3012 n° 54, note Biagni-Girard ; *Ibid.* 2013 p. 13, obs. Bahans.
- CE, 26 mars 2012, Commune de Vergèze**, n° 336459, *Leb.* p. 127, *AJDA* 2012 p. 679 ; *AJCT* 2012 p. 308, obs. M. Philip-Gay.
- CE, 31 mai 2012, Min. du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État c. Bartoli**, n° 354061, *Leb.* T. p. 879, *AJDA* 2012 p. 1888.
- CE, 20 juin 2012, Association comité radicalement anti-corrída europe et autre**, n° 357798 ; *JCP* 2012 n° 27 p. 1319 ; *Gaz. Pal.* 2012 n°s 200-201 p. 23.
- CE, 3 octobre 2012, consorts Kaplan**, n° 355105, *Leb.*, p. 345.
- CE, Ass., 21 décembre 2012, Mlle Khadidja Leila Darbo-Fofana**, n° 332491, *Leb.*, p. 429 ; *AJDA* 2013 p. 465, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *Ibid.* p. 476, note F. J.-L. ; *RFDA* 2013 p. 565, concl. E. Crepey.
- CE, 17 juillet 2013, SARL Garnier Choiseul Holding**, n° 352989, *Dr. fisc.* 2013 n° 41, comm. 477, concl. Aladjidi, note Deboissy et Wicker ; *RJF* 2013 n° 1064 p. 883 chron. Bokdam-Tognetti ; *BDCF* 2013 n° 119 concl. Aladjidi.
- CE, 6 octobre 2013, Commune d'Étampes**, n° 344062, *Leb.* [à paraître], *AJDA* 2013 p. 2462, obs. Pastor ; *Ibid.* 2014 p. 993, note Froger.
- CE, 20 novembre 2013, Conseil territorial de Saint Barthélémy**, n° 369796, *Leb.* [à paraître] ; *AJDA* 2014 p. 424.
- CE réf., 9 janvier 2014, Société Les Productions de la Plume et M. D.**, n° 374508, *D* 2014 p. 86.
- CE réf., 10 janvier 2014, Société Les Productions de la Plume et M. D.**, n° 374528.
- CE réf., 11 janvier 2014, Société Les Productions de la Plume et M. D.**, n° 374552

## Avis

- CE, avis, 6 février 1953, n° 60497, RDP** 1953 p. 170, *Bulletin quotidien de la documentation française*, 27 février 1953, n° 2412.
- CE, Ass., avis, 27 novembre 1989**, n° 346893, *AJDA* 1990 p. 39.
- CE, Ass., 29 février 1996, Avis sur le projet de statut de la Cour pénale internationale**, n° 358597, *GACE* 3<sup>e</sup> éd., n° 28, p. 336,
- CE Ass., avis contentieux, 16 février 2009, Hoffman-Gleman**, n° 315499, *Leb.*, p. 43, concl. Lenica ; *AJDA* 2009 p. 589, chron. Liéber et Botteghi ; *RFDA* 2009 p. 316, concl. Lenica ; *Ibid.* p. 525, note Delaunay ; *Ibid.* p. 536, note Roche.

## Tribunal des conflits

**T. confl., 8 février 1873, *Dugave et Bransiet, Leb.*** 1<sup>er</sup> supplément p. 70.

**T. confl., 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*,** n° 3828, *Leb.*, p. 698 ; *AJDA* 2011 p. 2014 ; *Ibid.* 2012 p. 27, chron. Guyomar et Domino ; *D* 2011 p. 3014, note Donnat ; *RFDA* 2011 p. 1122, concl. Sarcelet ; *Ibid.* p. 1129, note Seiller ; *Ibid.* p. 1136, note Roblot-Troizier ; *Ibid.* 2012 p. 339, étude Mestre ; *Constitutions* 2012 p. 294, obs. Levade ; *RTD civ* 2011 p. 735, obs. Remy-Corlay ; *RTD eur.* 2012 p. 135, étude Ritleng.

## Conseil constitutionnel

### 1950

**CC, n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*,** *Rec.*, p. 58, *JO* du 3 juillet 1959, p. 6642 ; *D* 1959 p. 501, note L. Hamon ; *GDJDC* p. 164.

### 1960

**CC n° 59-5 DC du 15 janvier 1960, *Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale*,** *Rec.*, p. 15, *JO* du 27 janvier 1960, p. 940 ; *RDP* 1965 p. 399, note Avril.

**CC n° 60-11 DC du 20 janvier 1961, *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non salariés de leur famille*,** *Rec.*, p. 29 ; *JO* du 24 janvier 1961, p. 982 ; *D* 1962 p. 177, note Hamon ; *S* 1961 p. 165, note Philip ; *AJDA* 1961 p. 87.

**CC n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*,** *Rec.*, p. 31, *JO* du 26 février 1962, p. 1915 ; *S* 1963 p. 303, note Hamon ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd. n° 13, p. 135.

### 1970

**CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*,** *Rec.*, p. 29, *JO* du 18 juillet 1971, p. 7114 ; *D* 1974 P. 83, chron. Hamon ; *AJDA* 1971 p. 537, note Rivero ; *RDP* 1971 p. 1171, note Robert ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 27 p. 331 ; *GDJDC* p. 234.

**CC n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, *Loi de finances pour 1974*,** *Rec.*, p. 25 ; *JO* du 28 décembre 1973, p. 14004 ; *AJDA* 1974 p. 236, note Gaudemet ; *Ibid.*, 1975 p. 357, note Lalumière ; *D*. 1974 p. 83, chron. Hamon ; *JCP* 1974 p. 17691, note Nguyen Quoc Dinh ; *RDP* 1974 p. 531 ; *ibid.* p. 1099, note Philip.

**CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*,** *Rec.*, p. 19, *JO* du 16 janvier 1975, p. 671 ; *RDP* 1975 p. 185 et p. 1335, notes Favoreu et Philip ; *D* 1975 p. 529, note Hamon ; *AJDA* 1975 p. 134, note Rivero ; *JCP* 1975 p. 18030, note Bey ; *RGDIP* 1975 p. 1070, note Franck ; *Rev. Marché commun* 1975 p. 285, note Druesme ; *RTD eur.* 1975 p. 49, note Lagrange ; *Annales de Clermont* 1976 p. 207, note Montgroux ; *AFDI* 1975 p. 859, note Nguyen Quoc Dinh ; *RIDC* 1975 p. 873, note Robert ; *JDI* 1975 p. 279, note Ruzié ; *Cah. Dr. eur.* 1975 p.

- 873, note Rideau ; *Gaz. Pal.* 1976 I p. 25, note Pellet, *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 15 p. 165 ; *GDJDC* p. 332.
- CC n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Autodétermination des Comores***, Rec., p. 26, *JO* du 3 janvier 1976, p. 182 ; *RDP* 1976 p. 557, note Favoreu ; *AJDA* 1976 p. 249, note Franck ; *D* 1976 p. 537, note Hamon ; *Gaz. Pal.* 1976 p. 481, note Linotte, *JDI* 1976 p. 392, note Ruzié ; *RGDIP* 1976 p. 1001, note Nguyen Quoc Dinh.
- CC n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail***, Rec., p. 39, *JO* du 7 décembre 1976 p. 7052 ; *RDP* 1975 p. 817 note Favoreu ; *Annales de Clermont* 1976 p. 251, note Montgroux.
- CC n° 76-75, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales***, Rec., p. 33, *JO* du 13 janvier 1977 p. 344 ; *RDP* 1978 p. 821 note Favoreu ; *D* 1978 p. 173, chron. Leaute ; *AJDA* 1978 p. 214, note Rivero ; *JCP* 1980 II . 19337, note Davia ; *D* 1980 p. 99, chron. Mayer ; *RSC* 1993 p. 275 comm. Picard, *RFDA* 1994 P. 594, comm. Fines ; *Annales de Clermont* 1977 p. 187, note Chiroux et Montgroux ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 29 p. 356 ; *GDJDC* p. 461.
- CC n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7***, Rec., p. 37 ; *JO* du 22 juillet 1977, p. 3885 ; *D* 1979 p. 1, note Hamon ; *RDP* 1978 p. 825, note Favoreu ; *Ibid.* 1979 p. 481, note Philip.
- CC n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement***, Rec., p. 42, *JO* du 25 novembre 1977 p. 5530 ; *RDP* 1978 p. 830, note Favoreu ; *RDP* 1979 p. 65, note Plouvin ; *AJDA* 1978 p. 565, note Rivero ; *RA* 1977 p. 586, note Plouvin ; *Annales de Clermont* 1978 p. 319, note Montgorux ; *Gaz. Pal.* 1978 I. p. 293, note Flauss.
- CC n° 78-100 DC du 29 décembre 1978, *Dernière loi de finances rectificative pour 1978 (prise de participation de l'Etat dans la société A.M.D. - BA ; adaptation de la législation sur la T.V.A. à la sixième directive du Conseil des Communautés européennes)***, Rec., p. 38 ; *JO* du 30 décembre 1978, p. 4413 ; *RDP* 1979 p. 475, note Philip ; *D* 1979 p. 117, note Hamon ; *AFDI* 1979 p. 855, note Lachaume.
- CC n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales***, Rec., p. 31, *JO* du 13 juillet 1979 p. 1824 ; *RDP* 1979 p. 1691, note Favoreu.

## 1980

- CC n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs***, Rec., p. 46, *JO* du 24 juillet 1980 p. 1868 ; *AJDA* 1980 p. 602, note Carcassonne ; *RDP* 1980 p. 1658, note Favoreu ; *D* 1981 p. 65, note Franck ; *D* 1981 p. 356, note Hamon ; *JCP* 1981 p. 19603, note Nguyen Quoc Vinh ; *Gaz. Pal.* 12 février 1981, note Plouvin ; *RA* 1981 p. 33, note De Villiers et Etien, *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 7 p. 73 ; *GDJDC* p. 213.
- CC n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes***, Rec., p. 15, *JO* du 22 janvier 1981, p. 308 ; *JCP* 1981 p 19701, note Franck ; *D.* 1982 p. 441, note Dekeuwer ; *AJDA* 1981 p. 278, note Gournay ; *Gaz. Pal.* 13-14 février 1981, note Perier-Daville ; *RDP* 1981 p. 651, note Philip ; *D* 1981 p. 101, note Pradel ; *AJDA* 1981 p. 275, note Rivero ; *RA* 1981 p. 266, note Villiers.
- CC n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation***, Rec., p. 18 - *JO* du 17 janvier 1982, p. 299 ; *D.* 1983 p. 361, note Hamon ; *AJDA* 1982 p. 209, note Rivero ; *JCP* 1983 p. 19788, note Franck et Nguyen Quoc Dinh ; *D* 1983 p. 169, note Hamon ; *JDI* 1982 p.

- 275, note Goldman ; *RGDIP* 1982 p. 349, note Bischoff ; *Gaz. Pal.* 1982 I. p. 448, note Chartier ; *RDP* 1982 p. 377, note Favoreu ; *RA* 1982 p. 153, note De Villiers ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup>30 p. 366 ; *GDJDC* p. 468.
- CC n<sup>o</sup> 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme sur la planification***, Rec., p. 52, *JO* du 29 juillet 1982, p. 2424 ; *AJDA* 1982 p. 577, note Jacquot ; *JCP* 1998 p. 3390, obs. Quérol ; *RDP* 1982 p. 509, note Etien ; *RDP* 1983 p. 333, note Favoreu ; *RA* 1983 p. 509, note Etien.
- CC n<sup>o</sup> 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel***, Rec., p. 61, *JO* du 23 octobre 1982, p. 3210 ; *RDP* 1982 p. 333, note Favoreu ; *Gaz. Pal.* 1983 n<sup>o</sup> 28 p. 6, note Chabas ; *D* 1983 p. 189, note Luchaire ; *Rev. Dr. Soc.* 1983 p. 155, note Hamon.
- CC n<sup>o</sup> 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur***, Rec., p. 30, *JO* du 21 janvier 1984, p. 365 ; *AJDA* 1984 p. 163, note Boulouis ; *RDP* 1984 p. 702, note Favoreu ; *RA* 1984 p. 261, note De Villiers ; *D* 1984 p. 593, note Luchaire ; *Gaz. Pal.* 1984 p. 573, note Hamon.
- CC n<sup>o</sup> 84-176 DC du 25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation***, Rec., p. 55, *JO* du 28 juillet 1984 p. 2492. ; *RDP* 1986 p. 395, note Favoreu.
- CC n<sup>o</sup> 84-181 DC du 11 octobre 1984. *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse***, Rec., p. 78, *JO* du 13 octobre 1984 p. 3200 ; *AJDA* 1984 p. 689, note Bienvenu ; *RDP* 1986 p. 395, note Favoreu ; *Gaz. Pal.* 1984 p. 539, note Perier-Daville ; *RA* 1984 p. 580, note De Villiers ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 31, p. 381 ; *GDJDC* p. 453.
- CC n<sup>o</sup> 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985***, Rec., p. 94, *JO* du 30 décembre 1984 p. 4167 ; *RA* 1985 p. 140 et 254, note Etien ; *RDP* 1985 p. 395, note Favoreu ; *RDP* 1985 p. 651, note Philip ; *RFDA* 1985 p. 756, note Fouquet, *Gaz. Pal.* 1985, note Viala et Amasia.
- CC n<sup>o</sup> 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie***, Rec. p. 43, *JO* du 26 janvier 1985, p. 1137 ; *RDP* 1986 p. 395, note Favoreu ; *JCP* 1985 p. 20356, note Franck ; *AJJC* 1985 p. 400, chron. Genevois ; *D.* 1985 p. 361, note Luchaire ; *AJDA* 1985 p. 362, note Wachsmann ; *RA* 1985. 355, note De Villiers ; *GDJDC* p. 299.
- CC n<sup>o</sup> 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie***, Rec., p. 63, *JO* du 8 août 1985, p. 9125 ; *RA* 1985 p. 572, note Etien, Favoreu et Philip ; *RDP* 1986 p. 395, note Favoreu ; *AJJC* 1985 p. . 423, chron. Genevois ; *AJDA* 1986 p. 605, note Hamon ; *D.* 1986 p. 45, note Luchaire.
- CC n<sup>o</sup> 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social***, Rec., p. 61, *JO* du 27 juin 1986, p. 7978 ; *RDP* 1989 p. 399, note Favoreu ; *AJJC* 1986 p. 427, note Genevois ; *Rev. sociétés* 1986 p. 606, note Guyon ; *AJDA* 1986 p. 575, note Rivero ; *LPA* 1995 n<sup>o</sup> 95 p. 19, note Amadéi.
- CC n<sup>o</sup> 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence***, Rec., p. 8, *JO* du 25 janvier 1987 p. 924 ; *AJDA* 1987 p. 345, note Chevallier ; *RFDA* 1987 p. 287, note Genevois ; *ibid.* p. 301, note Favoreu ; *Ibid* 2012 p. 339, note Mestres ; *RDP* 1987 p. 1341, note Gaudemet ; *ibid.* 1989 p. 482, note Favoreu ; *ibid.* p. 766, note Velley ; *AJJC* 1987 p. 600, note Genevois ; *Gaz. Pal.* 19 mars 1987 p. 209, note Lepage-Jessua ; *ibid.* 31 mars 1987 p. 253, note Viala ; *D.* 1988 p. 117, note Luchaire ; *JCP* 1987 p. 20854, note Sestier ; *RA* 1988 p. 29, note Sorel ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 6 p. 57.

- CC n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole***, Rec., p. 17, *JO* du 10 janvier 1988 p. 482 ; *RDP* 1989 p. 399, note Favoreu ; *AIJC* 1988 p. 404, chron. Genevois ; *Rev. Sociétés* 1988 p. 229, note Guyon.
- CC n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie***, Rec., p. 119, *JO* du 21 juillet 1988, p. 9448 ; *AJDA* 1988 p. 752, note Wachsmann ; *D* 1989 p. 269, note Luchaire ; *JCP* 1989 p. 21202, note Paillet ; *Rev. Dr. Soc.* 1988 p. 755, note Prétot ; *AIJC* 1988 p. 392, chron. Genevois ; *GDJDC* p. 244.
- CC n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication***, Rec., p. 18, *JO* du 18 janvier 1989 p. 754 ; *RA* 1989 p. 223, note Autin ; *RDP* 1989 p. 429, note Favoreu ; *RFDA* 1989 p. 215, note Genevois ; *AIJC* 1989 p. 481, chron. Genevois ; *D* 1994 p. 137, note Dobkine ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 8 p. 87 ; *GDJDC* p. 156.
- CC n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations***, Rec., p. 41, *JO* du 5 juillet 1989 p. 882382 ; *AIJC* 1989 p. 483, chron. Genevois ; *Rev. sociétés* 1990 p. 27, note Guyon ; *D* 1990 p. 209, note Luchaire ; *RTD civ.* 1990 p. 519, note Zenati.
- CC n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie***, Rec., p. 48, *JO* du 11 juillet 1898 p. 8734 ; *D* 1990 p. 138, obs. Prétot et Chelle ; *JCP* 1990 p. 21409, note Franck ; *AIJC* 1989 p. 479, chron. Genevois.
- CC n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles***, Rec., p. 53, *JO* du 28 juillet 1989 p. 9501 ; *RFDA* 1989 p. 1009, note Bon, *CJEG* 1990 p. 1, note Genevois ; *AIJC* 1989 p. 488, chron. Genevois ; *Rev. Dr. Soc.* 1989 p. 701, note Prétot.
- CC n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France***, Rec., p. 81, *JO* du 1<sup>er</sup> août 1989 p. 9679 ; *AJDA* 1989 p. 619, note Chevallier ; *RFDA* 1989 p. 691, note Genevois ; *AIJC* 1989 p. 510, chron. Genevois ; *Gaz. Pal.* 27 février 1990 p. 2, note Osman ; *D* 1990 p. 161, note Prétot.

## 1990

- CC n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques***, Rec., p. 21, *JO* du 13 janvier 1990 p. 573 ; *LPA* 21 février 1990 p. 20, note Chaumont ; *RA* 1990 p. 320, note Pavia ; *RFDC* 1990 p. 332, note Roux ; *D* 1990 p. 125, note Druot.
- CC n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme***, Rec., p. 11, *JO* du 10 janvier 1991 p. 524 ; *RFDC* 1991 p. 293, note Favoreu ; *AJDA* 1991 p. 382, note Wachsmann ; *RDSS* 1991 p. 204, note Cayla ; *GDJDC* p. 475.
- CC, n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité locale de Corse***, Rec., p. 50, *JO* du 14 mai 1991 p. 6350 ; *LPA* 1981 n° 82 p. 20, obs. Carpentier ; *Ibid* n° 74 p. 15, note Hooter ; *RA* 1991 p. 234, note Etien ; *RFDC* 1991 p. 305, note Favoreu ; *Ibid* p. 484, note Luchaire ; *RFDA* 1991 p. 407, note Genevois ; *RDP* 1991 p. 943, note Luchaire ; *D* 1991 p. 624, note Debbasch ; *RUDH* 1991 p. 381, note Grewe ; *RRJ* 1991 p. 55, note Pastorel ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n°10 p. 112 ; *GDJDC* p. 65.
- CC n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, *Loi renforçant la protection des consommateurs***, Rec., p. 15, *JO* du 18 janvier 1992, p. 882 ; *RFDC* 1992 p. 303, note Guyon ; *LPA* 1992 n° 95 p. 13, note Mathieu.
- CC n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code la nationalité***, Rec., p. 196, *JO* du 23 juillet 1993 p. 10391 ; *AJDA* 1993 p. 755, obs. Schrameck ; *RFDC* 1993 p. 820,

- note Philippe ; *LPA* 1994 n° 26 p. 11, note Verpeaux ; *Ibid* 8 octobre 1993 p.12, note Doublet ; *Pouvoirs* 1993 n° 66 p. 169, chron. Avril et Gicquel.
- CC n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal**, Rec., p. 100, *JO* du 29 juillet 1994, p. 11024 ; *RFDA* 1994 p. 1019, note Mathieu ; *JCP* 1994 p. 3788, chron Byk ; *RSC* 1994 p. 477, note Delmas-Marty ; *Ibid.*, 1996 p. 13, note Guidicellei-Delage ; *RDP* 1994 p. 1647, note Luchaire ; *RFDC* 1994 p. 799, note Favoreu ; *D* 1995 p. 237, chron. Mathieu ; *Ibid.* p. 299, obs. Favoreu et Renoux ; *LPA* 26 avril 1995 p. 6, note Mathieu ; *Ibid.* 14 décembre 1994 p. 34, note Duprat ; *AFDI* 1994 p. 1106, chron. Lachaume ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 33 p. 415 ; *GDJDC* p. 445.
- CC n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française**, Rec., p. 106, *JO* du 2 août 1994, p. 11240 ; *RDP* 1994 p. 1683, note Camby ; *RA* 1994 p. 472, note Clapié ; *JCP* 1994 p. 22359, note Debbasch, Roux et Oliva ; *D*. 1995 p. 303, note Roux ; *LPA* 25 nov. 1994 p. 19, note Staeffen et Veyssièrè ; *RFDC* 1994. 576 ; *Ibid.* 811, note Verpeaux ; *RFDC* 1995 p. 576 ; *AJDA* 1994 p. 731, note Wachsmann ; *Gaz. Pal.* 18 oct. 1995 p. 7, note Bigot ; *RDP* 1997 p. 323, note Faberon.
- CC n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature**, Rec., p. 151, *JO* du 14 janvier 1995, p. 727 ; *RFDC* 1995 p. 377, note Car ; *LPA* 1995 n° 146 p. 6, note Verpeaux ; *D*. 1997 p. 117, obs. Car ; *Ibid.* p. 128, obs. Renoux.
- CC n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications**, Rec., p.99, *JO* du 27 juillet 1996 p. 11400 ; *AJDA* 1996 p. 694, note Schrameck ; *LPA* 1<sup>er</sup> novembre 1996, note Perot ; *Ibid.*, 11 juin 1997 p. 16, chron. Mathieu et Verpeaux ; *RFDA* 1996 p. 909, note Chevallier ; *AJDA* 1996 p. 762, note Maisl ; *RFDC* 1996 p. 823, note Trémeau ; *D* 1998 p. 146, obs. Trémeau.
- CC n° 96-384 DC du 19 décembre 1996, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1997**, Rec., p. 141, *JO* du 29 décembre 1996, p. 19380 ; *LPA* 18 avr. 1997 p. 15, note Nguyen Van Tuong ; *Ibid.* 23 juill. 1997 p. 29, note Aivazzadeh-Barré ; *RFDC* 1997 p. 114, note Oliva ; *RJS* 1997 n° 89, note Prétot ; *RFFP* 1997 n° 59 p. 205, note Prétot ; *D* 1998 p. 152, obs. Oliva.
- CC n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite**, Rec., p. 31, *JO* du 26 mars 1997, p. 4661 ; *Dr. soc.* 1997 p. 476, note Prétot ; *JCP* 1997 p. 4039, note Fabre-Magnan ; *LPA* 17 oct. 1997 p. 13, chron. Mathieu et Verpeaux ; *RFDC* 1997 p. 328, note Favoreu et Mélin-Soucramanien ; *D* 1999 p. 234 obs. Favoreu ; *Ibid* p. 236, obs Mélin-Soucramanien ; *RTD civ.* 1998 p. 99, note Molfessis.
- CC n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998**, Rec., p. 320, *JO* du 23 décembre 1997 p. 1864 ; *AJDA* 1998 p. 127, note Schoettl ; *Rev. Dr. Soc.* 1998 p 164, note Prétot ; *RDP* 1998 p. 11, note Prétot ; *RFDA* 1998 p. 155, note Mathieu ; *LPA* 22 juin 1998 p. 9, chron. Mathieu, Verpeaux et Aivazzadeh-Barré ; *D* 1998 p. 523, note Champeil-Desplats ; *Ibid.* 1999 p. 234, obs. Favoreu ; *RFDC* 1998 p. 167, note Philip ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 38 p. 463.
- CC n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998**, Rec., p. 333, *JO* du 31 décembre 1997 p. 19313.
- CC n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions**, Rec., p. 276, *JO* du 31 juillet 1998, p. 11710 ; *JCP* 1998 p. 261, note Zarka ; *Dr. Fisc.* 1998 p. 2387, note De Feydeau ; *AJDA* 1998 p. 118, note Schoettl ; *LPA* 22 juin 1998 p. 20, chron. Mathieu, Verpeaux et Aivazzadeh-Barré ; *RFDC* 1998 p. 160, note Philip.

- CC n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999***, Rec., p. 315, *JO* du 27 décembre 1998, p. 19663 ; *Dr. soc.* 1999 p. 21, note Pellet ; *AJDA* 1999 p. 22, note Schoettl ; *JCP* 1999 p. 117, chron. Prétot ; *Ibid.* p. 10046, note Guiheux ; *RFDA* 1999 p. 89, note Mathieu ; *RFDC* 1999 p. 123, note Mélin-Soucramanien ; *LPA* 2 août 1999 p. 18, note Mathieu et Aivazzadeh-Barré ; *D* 2000 p. 63, note Mélin-Soucramanien
- CC n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux***, Rec., p. 21, *JO* du 20 janvier 1999, p. 1028 ; *LPA* 12 février 1999 p. 9, note Gruber ; *Ibid.* 4 mars 1999 p. 13, note Vilao ; *Ibid.* 16 septembre 1999 p. 8, note Verpeaux et Baghestani-Perrey ; *AJDA* 1999 p. 149, note Schoettl ; *JCP* 1999 p. 449, note Zarka ; *RFDC* 1999 p. 142, note Ghévantian ; *DA* octobre p. 6, note . 1999, note Traoré ; *D* 2000 p. 194, note Ghévantian ; *AIJC* 1999 p. 507, chron. Fatin-Rouge.
- CC n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale***, Rec., p. 29 ; *JO* du 24 janvier 1999 p. 1317 ; *AJDA* 1999 p. 230, note Schoettl ; *RGDIP* 1999 p. 5, note Sur, Condorelli et Carrillo-Salcedo ; *D.* 1999 p. 285, note Chrestia ; *RFDA* 1999 p. 285, note Genevois ; *Ibid.* p. 715, note Avril ; *Ibid.* p. 717, note Genevois ; *RDP* 1999 p. 457, note Luchaire ; *Ibid.* p. 1037, note Schoettl ; *Ibid.* 1999 p. 1669, note Chagnollaude ; *LPA* 5 juillet 1999 p. 4, note Espugas ; *Ibid.* 20 sept. 1999 p. 8, chron. Mathieu, Verpeaux et Baghestani-Perrey ; *RFDC* 1999 p. 315, note Sciortino-Bayart ; *Ibid.* p. 324, note Favoreu ; *Ibid.* p. 325, note Troper ; *RSC* 1999 p. 497, note Dezeuze ; *Gaz. Pal.* 16 nov. 1999 p. 4, note Robbe ; *RRJ* 1999 p. 1207, note Monjal et Gautron ; *D.* 2000 p. 197, obs. Sciortino-Bayard ; *Ibid.* p. 111, obs. Gozzi ; *RTDH* 2000 p. 649, note Clerckx ; *AIJC* 1999 p. 598, chron. Fatin-Rouge et de Cacqueray ; *D.* 2001 p. 949, chron. Prélot ; *Rev. pol. parl.* sept.-oct. 2001 p. 35, note Robert ; *Pouvoirs* n° 92 p. 61, notes Ardant et Chagnollaude.
- CC n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires***, Rec., p. 71, *JO* du 18 juin 1999, p. 8964 ; *AJDA* 1999 p. 573, note Schoettl ; *LPA* 21 sept. 1999 p. 18, note Verpeaux ; *RDP* 1999 p. 985, obs. Mélin-Soucramanien ; *RFDC* 1999 p. 594, note Verpeaux ; *D.* 1999 p. 598, note Larralde ; *JCP* 1999 p. 10198, note Debbasch ; *LPA* 5 janv. 2000 p. 8, note Piastra ; *Ibid.*, p. 14 note Clapie ; *AJDA* 2000 p. 300, note Frangi ; *JDI* 2000 p. 35, note Pinto ; *D.* 2000 p. 225, note Chaltiel ; *Ibid.* p. 198, note Mélin-Soucramanien ; *Pouvoirs* 2000 n° 93 p. 209, note Olivesi ; *RFDA* 2001 p. 59, note Fraisseix.
- CC n° 99-414 DC du 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole***, Rec., p. 92, *JO* du 10 juillet 1999 p. 10266 ; *AJDA* 1999 p. 960, note Schoettl ; *LPA* 20 octobre 1999 p. 23, note Verpeaux ; *RDP* 1999 p. 804, note Trémeau ; *D* 2000 p. 422, obs. Car ; *AIJC* 1999 p. 608, chron. Pini et Fatin-Rouge.

## 2000

- CC n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte***, Rec., p. 70, *JO* du 10 mai 2000, p. 6976 ; *AJDA* 2000 p. 561, notes Schoettl et Faberon ; *LPA* 17 oct. 2000 p. 16, note Verpeaux ; *RFDA* 2000 p. 549, note Verpeaux ; *D.* 2001 p. 1763, note Roux ; *RDP* 2000 p. 907, note Lemaire ; *Ibid.* p. 883, note Le Bos-Le Pourhiet ; *RFDA* 2000 p. 737, note Gohin ; *LPA* 27 juill. 2000 p. 12, note Piastra ; *RFDA* 2000 p. 746, note Douence et Faure ; *RJJ* 2001 p. 1785, note Bioy ; *D.* 2001 p. 1763, obs. Roux ; *AIJC* 2000 p. 723, chron. Roux.



- CC n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse***, Rec., p. 107, *JO* du 27 juillet 2000, p. 11550 ; *LPA* 24 juillet 2000 p. 18, note Schoettl ; *Ibid.* 18 décembre 2000 p. 8, note Sauvageot ; *RDP* 2000 p. 1542, note Luchaire ; *RFDC* 2000 p. 833, note Ribes ; *Ibid.* 2001 p. 95, note Pariente ; *D* 2001 p. 1829, obs. Ribes ; *RFDA* 2000 p. 668, note Genevois ; *RJ envir.* 2001 p. 355, note Azoulay ; *AIJC* 2000 p. 690, chron. Fatin-Rouge.
- CC n° 2001-92 ORGA du 27 juin 2001, *Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel***, Rec., p. 205 - *JO* du 1er juillet 2001, p. 10590 ; *LPA* 5 juillet 2001 p. 28, note Schoettl ; *Ibid.* 17 décembre 2001 p. 15, note Cornu ; *D* 2001 p. 2603, comm. Gonod ; *Ibid.* 2002 p. 3034, comm. Moutouh ; *Ibid.* p. 3287, note Favore ; *AIJC* 2001 p. 581, chron. Domingo ; *AJDA* 2002 p. 1098, note Montecler ; *JCP* 2003 p. 1855, note Camby.
- CC n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception***, Rec., p. 74, *JO* du 7 juillet 2001, p. 10828 ; *LPA* 10 juillet 2001 p. 25, note Schoettl ; *Ibid.* 28 déc. 2001 p. 21, chron. Mathieu et Verpeaux ; *D* 2001 p. 2533, note Mathieu ; *Ibid.* 2001 p. 1948, ons Nicolas ; *JCP* 2001 p. 2715 note Franck ; *RFDC* 2001 p. 619, note Nicolas ; *Droit de la famille* 2001 p. 4, note Mouton, *Droit de l'environnement* 2001 p. 232, note Eoche-Duval ; *AIJCS* 2001 p. 613, chron. Domingo ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 15, p. 165.
- CC n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finance***, Rec., p. 99, *JO* du 2 août 2001 p. 12490 ; *JCP* 2001 p. 10603, note Zarka ; *LPA* 13 septembre 2001 p.3, note Schoettl ; *Ibid.* 10 octobre 2001 p. 5, note Camby ; *Ibid.*, 16 décembre 2002, p. 8 note Raymond ; *AJDA* 2002 p. 59, note Jan ; *RDP* 2002 p. 313, note Pellet ; *AIJC* 2001 p. 587, chron. Ribes ; *RFDC* 2002 p. 152, note Oliva ; *RFDA* 2001 p. 1205, note Tallineau ; *RFFP* 2001 p. 167, note Lauze ; *CJFI* 2001 n° 11 p.1, note Vannier, *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 23 p. 262.
- CC n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale***, Rec., p. 49, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1053 ; *LPA* 21 janv. 2002 p. 3, note Schoettl ; *Droit ouvrier* 2002 p. 41 obs. Saramito et note Mathieu ; *Dr. soc.* 2002 p. 244 notes Prétot et Carcassonne ; *RFDC* 2002 p. 439, note Lanisson ; *Ibid.* p. 422, note Gay ; *Ibid.* p. 608, note Ribes ; *LPA* 21 janv. 2002 p. 3, note Schoettl ; *Ibid.* 24 sept. 2002 p. 15, note Mathieu ; *Trav. et protection soc.* 2002 n° 2 p. 7, note Prétot ; *Ibid.* n° 3 p. 3, note Teyssié ; *D.* 2002 p. 1439, note Mathieu ; *Ibid.* 2003 p. 1129, note Gay ; *Ibid.* p. 1507, note Mathieu ; *AJDA* 2002 p. 1163, note Reneaud ; *Ibid.* 2003 p. 825, note Cassia ; *Ibid.*, p. 313, obs. Favoreu ; *Ibid.* p. 817, note Viala et Lichère ; *Ibid.* p. 820, note Di Manno ; *Ibid.* p. 825, note Cassia ; *RTDH* 2002 p. 1083, note Feldman ; *Semaine sociale* 11 févr. 2002 p. 9, note Holleaux ; *JCP* 2002 p. 1096, note Franck.
- CC n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure***, Rec., p. 198, *JO* du 30 août 2002, p. 14411 ; *AJDA* 2002 p. 1059, note Chérot et Trémeau ; *LPA* 11 sept. 2002 p. 12, note Schoettl ; *RDP* 2002 p. 1252, notes Camby et Guy ; *RFDC* 2003 p. 168 et 175, note Ribes ; *LPA* 6 janv. 2003 p. 8, chron. Verpeaux ; *LPA* 14 mai 2003 p. 4, note Mouzet ; *D.* 2003 p. 1125, obs. Ribes.
- CC n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice***, Rec., p. 204, *JO* du 10 septembre 2002 p. 14953 ; *RA* 2001 p. 584, note Roux ; *Gaz. Pal.* 4 septembre 2002 p. 3, note Schoettl ; *RDP* 2002 p. 1619, note Luchaire ; *Ibid.* p. 17321, note Roux ; *JCP* 2003 p. 1037, note Giacoppelli, *D* 2003 p. 1127, obs. Domingo ; *Ibid.* p. 1128, obs. Nicot ; *LPA* 6 janvier 2003 p. 10, chron. Mathieu ; *Ibid.* 14 mai 2002 p. 4, note Mouzet.
- CC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure***, Rec., p. 211, *JO* du 19 mars 2003 p. 4789 ; *LPA* 28 mars 2003 p. 4, note Schoettl ; *Ibid.* 22 mai 2003 p. 4,

- note Boyer ; *Ibid* 18 septembre 2003, p. 6, chron. Mathieu et Verpeau ; *DA* 2003 n° 6 p. 10, note Tchen ; *JCP Adm.* 2003 p. 825, note Tchen ; Communication commerce électronique 2003 n° 5 p. 16, note Pech ; *RDP* 2003 p. 367, note Jan ; *Ibid.* p. 371, note Rihal, *Ibid.* p. 375, note Aubin ; *Ibid.* p. 1147, note Rousseau et Lazergues ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2003 p 7, note Gagnoud ; *Regards sur l'actualité* 2003 n° 290 p. 65, étude Nuttens ; *RFDC* 2003 p. 573, note Ghévontian ; *Ibid.* p. 760, note Leducq ; *D* 2004 p. 1273, note Nicot ; *AJJC* 2003 p. 711, chron. Severino et Alcaraz.
- CC n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales**, Rec., p. 116, *JO* du 30 juillet 2004, p. 13562 ; *RFDC* 2004 p. 798, note Philip ; *RDP* 2004 p. 1739, note Chamussy ; *D.* 2005 p. 922, note Mathieu ; *AJDA* 2004 p. 2003, note Hertzog ; *LPA* 13 août 2004 p. 12, note Schoettl ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., p. 122.
- CC n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe**, Rec., p. 173 - *JO* du 24 novembre 2004, p. 19885 ; *JCP Adm.* 2004 p. 1847, note Gohin ; *Ibid.* 2005 p. 195, note Gautier ; *JCP* 2004 p. 2348, note Verpeaux ; *Ibid* 2005 p. 195, note Cassia et Saulnier-Cassier ; *Ibid* p. 630, note Franck ; *AJDA* 2004 p. 2417, note Verpeaux ; *Ibid.* 2005 p. 219, note Chamussy ; *Ibid.* p. 211, note Dord ; *Europe* 2004 n°12 p. 6, note Cassia ; *Ibid.* 2005 n° 2 p. 6, note Simon ; *RRJ* 2004 p. 2115, note Ricci ; *D* 2004 p. 3075, chron. Mathieu ; *Ibid.* 2005 p. 100, note Chagnollaud ; *Ibid.* p. 921, chron. Mathieu ; *Rev. Marché commun* 2005 p. 5, note Chaltiel ; *Pouvoirs* 2005 n° 113 p. 215, note Levade ; *Courrier jur. finances* 2005 n° 31, note Maugué ; *RFDA* 2005 p. 1, note Labaye et Sauron ; *Ibid.* p. 34, note Sudre ; *Ibid.* p. 239, note Genevois ; *Ibid* p. 30, note Maugué ; *RDP* 2005 p. 19, note Levade ; *Ibid.* p. 51, note Luchaire ; *Ibid* p. 59, note Roux ; *LPA* 29 novembre 2004 p. 3, note Schoettl ; *GDJDC* p. 271.
- CC n° 2005-33 REF du 7 avril 2005, MM. Villiers et Peltier**, Rec., p. 61, *JO* du 9 avril 2005, p. 6457 ; *AJDA* 2005 p. 805, brève Brondel ; *LPA* 25 avril 2005 p. 14, note Schoettl ; *RDP* 2005 p. 587, note Camby ; *RFDC* 2005 p. 606, chron. Fatin-Rouge Stéfanini.
- CC n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Avenir de l'école**, Rec., p. 7173, *JO* du 24 avril 2005, p. 7173 ; *D.* 2005 p. 1372, note Zarka ; *Ibid.* p. 1886, note Verpeaux ; *LPA* 20 mai 2005 p. 3, note Schoettl ; *JCP* 2005 p. 879, note Mathieu ; *AJDA* 2005 p. 916, obs. Brondel ; *RDP* 2005 p. 849, note Camby ; *RFDA* 2005 p. 930, note Sabete ; *RFDC* p. 152, comm. Pini ; *RRJ* 2005 p. 2237, comm. Sabete ; *Politeia* 2006 p. 383, comm. Laurans, *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., p. 275.
- CC n° 2005-35 REF du 19 mai 2005, MM. Hoffer et Gabarro-Arpa**, Rec., p. 90, *JO* du 21 mai 2005 p. 8849 ; *LPA* 27 mai 2005 p. 14, note Schoettl ; *RFDC* 2005 p. 606, chron. Fatin-Rouge Stéfanini.
- CC n° 2005-516 DC du 17 juillet 2005, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique**, Rec., p. 102, *JO* du 14 juillet 2005, p. 11589 ; *AJDA* 2005 p. 1487, brève Brondel ; *LPA* 24 août 2005 p. 3, note Schoettl ; *Ibid.* 8-9 mai 2006 p. 6-7, note Janicot, Valembois et Baghestani-Perrey ; *Ibid.* 10 mai 2006 p. 5, note Janicot ; *DA* 2005 n° 161-162, note Fraisse ; *RFDA* 2005 p. 930, note Sabete ; *RRJ* 2005 p. 2237, note Sabete.
- CC n° 2006-203 L du 31 janvier 2006, Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés**, Rec., p. 37, *JO* du 2 février 2006 p. 1747 ; *LPA* 16 février 2006 p. 3, note Schoettl ; *Politeia* 2005 n° 8, p. 13.
- CC n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances**, Rec., p. 50, *JO* du 2 avril 2008 p. 4964 ; *JCP* 2006 p. 809, note Drago ; *D* 2006 p. 941, note Daleau ; *LPA* 5

- avril 2006 p. 3, note Schoettl ; *Ibid.* 13 avril 2006 p. 4, note Mathieu ; *Ibid.* 16 mai 2006 p. 4, note Viguiier ; *AJDA* 2006 p. 732, brève Brondel ; *Ibid.* p. 1961, note Geslot ; *Rev. Dr. Soc.* 2006 p. 494, note Prétot ; *Europe* 2006 p. 4, note Magnon ; *RDP* 2006 p. 769, note Camby ; *RFDC* 2006 p. 585, comm. Ogier-Bernaud.
- CC n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, Loi relative à l'immigration et l'intégration**, Rec., p. 79, *JO* du 25 juillet 2006 p. 11066 ; *AJDA* 2006 p. 1465, note Cohendet ; *Ibid.* 2006 p. 1474, brève Montecler ; *JCP Adm.* 1996 p. 1067 ; *LPA* 10 août 2006 p. 3, note Schoettl ; *RFDC* 2007 p. 565, note Déchaux.
- CC n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne**, Rec., p. 459, *JO* du 29 décembre 2007, p. 21813 ; *Constitutions* 2010 p. 53, obs. Levade ; *RTD eur.* 2008 p. 18, note Gohin ; *LPA* 25/26 décembre 2007 p. 3, note Guillaume ; *ibid.* 4 janvier 2008 p. 3, note Chaltiel ; *AJJC* 2010 p. 43, note Cazet.
- CC n° 2008-563 DC du 21 février 2008, Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général**, Rec., p. 100, *JO* du 27 février 2008 p. 3370 ; *AJDA* 2008 p. 634, note Verpeaux.
- CC n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel**, Rec. p. 338, *JO* du 16 juillet 2008, p. 11328 ; *LPA* 2008 n° 1992 p. 15, note Camby ; *RFDC* 2009 p. 175, note Duffy ; *GDJDC* p. 198.
- CC n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés**, Rec., p. 36, *JO* du 14 janvier 2009, p. 724 ; *AJDA* 2009 p. 645, note Maligner ; *D* 2009 p. 183, note Balinski ; *RFDA* 2009 p. 580, note Roblot-Troizier ; *JCP Adm.* 2009 n° 11-12 p. 52, note Barbé ; *RFDC* 2009 p. 576, note Ghévantian et Lamouroux ; *GDJDC* p. 46.
- CC n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution**, Rec., p. 84 - *JO* du 16 avril 2009, p. 6530 ; *AJDA* 2009 p. 738 ; *LPA* 2009 n° 106 p. 4, note Chaltiel ; *Ibid.* n°127 p. 6, note Baghestani-Perrey.
- CC n° 2009-590 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet**, Rec., p. 107, *JO* du 13 juin 2009, p. 9675 ; *D.* 2010 p. 1508, obs. Bernaud et Gay ; *Constitutions* 2010 p. 293, obs. de Bellescize ; *RSC* 2010 p. 214, obs. de Lamy ; *RTD com.* 2009 p. 730, obs. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2009 n° 46, p. 15, note Verpeaux ; *LPA* 2009 n° 235, p. 7, note Chaltiel ; *RFDC* 2010 p. 390, *GDCC* 17<sup>e</sup> éd. n° 34 p. 426.
- CC, n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution**, Rec., p. 206 - *JO* du 11 décembre 2009 p. 21381 ; *AJDA* 2009 p. 2318 ; *ibid.* 2010 p. 80, étude Roblot-Troizier ; *ibid.* p. 88, étude M. Verpeaux ; *RFDA* 2010 p. 1, note Genevois ; *Constitutions* 2010 p. 229, obs. Levade ; *RSC* 2010 p. 201, obs. de Lamy ; *RTD civ.* 2010 p. 66, obs. Puig ; *ibid.* p. 517, obs. Puig ; *Gaz. Pal.* 2009 n° 343-344, p. 4, note Rousseau ; *JCP* 2009 n° 52 p. 54, note Mathieu ; *LPA* 2009 n° 252 p. 6, note Jan ; *RDP* 2010 p. 1, note Genevois ; *GDCC*, 17<sup>e</sup> éd., n° 48 p. 584.

## 2010

- CC n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne**, Rec., p. 78, *JO* du 13 mai 2010, p. 8897 ; *D.* 2010 p. 1205, obs. Lavric ; *Ibid.* p. 1321, note Levade ; *Ibid.* p. 1229, chron. Fombour ; *Ibid.* p. 1234, note Cassia et Saulnier-Cassia ; *Ibid.* p. 1495, chron. Lasserre-Kiesow et Le More ; *AJDA* 2010 p. 1048 ; *Ibid.* p. 1113, note Alland ;

- Constitutions* 2010 p. 363, obs. Le Pourhiet ; *Ibid* p. 387, note Levade ; *RFDA* 2010 p. 458, note Gaïa ; *CCC* 2010 p. 63, étude Simon et Rigaux ; *Rev. crit. DIP* 2011 p. 1, étude Simon ; *RTD civ* 2010 p. 499, obs. Deumier ; *Gaz. Pal.* 23-27 mai 2010 p. 12, note Drago ; *LPA* 1<sup>er</sup> juin 2010, note Chaltiel ; *JCP* 2010 n° 21 p. 1077 ; *Dr. pénal* 2010, n° 6 p. 39, note Haas.
- CC n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe***, Rec., p. 97, *JO* du 29 mai 2010 p. 9730 ; *AJDA* 2010 p. 1606, note Dord ; *RDSS* 2010 p. 1061, étude Gay ; *JCP* 2010, n° 23, p. 1185, obs. Mathieu.
- CC n° 2010-118 ORGA du 24 juin 2010, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité***, Rec., p. 441 - *JO* du 23 juillet 2010, p. 13615.
- CC n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène A.***, Rec. p. 167, *JO* du 24 juillet 2010 p. 13729 ; *D.* 2011p. 1721, obs. L. G. ; *AJDA* 2010 p. 1509 ; *RDSS* 2010 p. 1061, note Gay.
- CC n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres***, Rec., p. 179, *JO* du 31 juillet 2010 p. 14198 ; *D* 2010 p. 1928, note Charrière-Bournazel ; *ibid.* p. 1949, note Cassia ; *ibid.* p. 2259, note Pradel ; *ibid.* 2011 p. 1714, obs. V. B. ; *AJDA* 2010 p. 1556 ; *ibid.* p. 470, note Perrier ; *Constitutions* 2010 p. 571, note Daoud et Mercinier ; *RTD civ.* 2010 p. 513, note Puig ; *RSC* 2011 p. 165, note Lamy ; *JCP* 2010 n° 35 p. 1564 ; *ibid.* n° 38 p. 1714, note Fournié ; *Gaz. Pal.* 2010 n° 216-217 p. 14, note Bachelet ; *Rev. pénit.* 2010 n° 3, p. 609, nota Casarola ; *LPA* 2010 n° 223 p. 3, note Chaltiel ; *Procédures* 2010 n° 11, p. 2, note Croze ; *ibid.* n° 11 p. 22, note Chavent-Leclere ; *ibid.* 2011 n° 89 p. 55, note Béraldin ; *Rev. pénit.* 2010 n° 3 p. 599, note Foll ; *ibid.* n° 3 p. 629, note Renoux ; *Dr. pénal* 2010 n° 10 p. 37, note Haas ; *RFDC* 2011 p. 99, note Catelan ; *Politeia* 2010 n° 17 p. 271, note Mascala ; *GDCC* 17<sup>e</sup> éd., n° 50, p. 614.
- CC n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres***, Rec., p. 203, *JO* du 7 août 2010 p. 14615 ; *JCP* 2010 p. 602, note Mathieu ; *Gaz. Pal.* 8-9 septembre 2010 p. 12, note Touzeil-Divina ; *D.* 2010 p. 2335, note Melleray ; *LPA* 5 mars 2011 p. 46, note Touzeil-Divine ; *AJDA* 2011 p. 539 note Melleray ; *Ibid.* p. 1791, note Verpeaux ; *RFDC* 2011 n° 86 p. 284, note Dargent.
- CC n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.***, Rec., p. 343, *JO* du 27 novembre 2010 p. 21119 ; *D.* act. 6 décembre 2010, obs. Astaix ; *D.* 2011. P. 1723, obs. L. G. ; *Constitutions* 2011 p. 108, obs. Bioy ; *RTD civ.* 2011 p. 101, obs. Hauser ; *AJDA* 2010 p. 2284 ; *Ibid.* 2011 p. 174, note Bioy ; *RDSS* 2011 p. 304, note Renaudie ; *JCP* 2010 n° 49 p. 2288, note Dubreuil ; *Ibid.* n° 51 p. 2410, note de Béchillon ; *Ibid.* 2011 n° 7 p. 325, note Grabarczyk ; *JCP Adm.* 2010 p. 7, note Albert ; *LPA* 2010 n° 255 p. 5, note Castaing ; *Dr. fam.* 2011 n° 1 p. 37, note Maria ; *RFDC* 2011 p. 298, note Pena ; *Gaz. Pal.* n° 308-309 p. 16, note Poujade.
- CC n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales***, Rec., p. 367, *JO* du 17 décembre 2010, p. 22181 ; *AJCT* 2011 p. 25, note Dreyfus ; *Dalloz actualité* 13 déc. 2010, obs. Pastor ; *AJDA* 2010 p. 2396, note de Montecler ; *Ibid* 2011 p. 99, note Verpeaux ; *Ibid* p. 129, note Marcou ; *Constitutions* 2011 p. 495, note Le Roux ; *CCC* n°30 ; *JCP Adm.* 2011 n° 2 p. 16, note Raoult ; *Ibid.* p. 47, note Pontier ; *LPA* 2011 n°14 p. 5, note Bousta ; *RFDC* 2011 p. 789, note Marceau ; *Ibid* 2012 n° 89 p. 83, note Lamouroux.
- CC n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et vérité***, Rec. p. 96, *JO* du 5 février 2011 p. 2351 ; *AJDA* 2011 p. 247 ; *JCP* 2012 n° 27 p. 1344, chron. Mathieu et Verpeaux.

- CC n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, M. Jean-Louis de L.**, Rec. p. 102, *JO* du 5 février 2011, p. 2354 ; *AJDA* 2011 p. 246 ; *RFDA* 2012 p. 1159, étude Khair ; *JCP* 2012 n° 27 p. 1344, chron. Mathieu et Verpeaux ; *LPA* 2012 n° 151 p. 11, note Janicot.
- CC n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, Mme Térésa C. et autre**, Rec., p. 244, *JO* du 20 mai 2011 p. 8890 ; *Dalloz actualité* 27 mai 2011, obs. Lavric ; *Constitutions* 2011 p. 388, chron. de Bellescize ; *Ibid.* p. 537, note Darsonville ; *D.* 2011 p. 1420, obs. Lavric ; *AJ pénal* 2011 p. 414, obs. Perrier ; *RSC* 2011 p. 401, obs. Mayaud ; *JCP* 2011 n° 22-23 p. 1084, note Derieux ; *Ibid.* 2012 n° 27 p. 1344, chron. Mathieu et Verpeaux ; *Gaz. Pal.* 2011 n° 163-167 p. 12, note Fourment ; *Dr. pénal* 2011 n° 7-8 p. 47, note Véron ; *RTDH* 2012 n° 89 p. 201, note Droin ; *RFDC* 2012 p. 163, note Perrier ; *RJFP* 2011 n° 11 p. 14, note Putman ; *LPA* 2012 n° 152 p. 16, note Cassard-Valembois.
- CC n° 2011-631 DC du 09 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité**, Rec., p. 252 - *JO* du 17 juin 2011, p. 10306 ; *D. act.* 15 juin 2011, note de Montecler ; *AJDA* 2011 p. 1174 ; *Ibid.* p. 1936, étude Lecucq ; *Constitutions* 2011 p. 581, chron. Tchen ; *Ibid.* 2012 p. 63, note Levade ; *JCP* 2011 p. 1210 ; *Ibid.* p. 1414, note Tchen ; *Ibid.* 2012 p. 1344, chron. Mathieu et Verpeaux ; *DA* 2011 n° 8-9 p. 22, note Tchen ; *RFDC* 2012 p. 373, note Slama.
- CC n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, Association Vivraviry**, Rec. p. 291, *JO* du 18 juin 2011 p. 10460 ; *D.* 2011 p. 1683, obs. Vincent ; *Ibid.* p. 1942, note Le Bot ; *RDI* 2011 p. 465, obs. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2011 p. 1228 ; *Constitutions* 2011 p. 577, note Faro ; *JCP Adm.* 2011 p. 50, note Billet ; *JCP* 2012, p. 1344, chron. Mathieu et Verpeaux ; *LPA* 2012 n° 152 p. 10, note Janicot ; *Ibid.* p. 13, note Cassard-Valembois.
- CC n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, Sté SOMODIA**, Rec., p. 430, *JO* du 6 août 2011 p. 13476 ; *D.* 2011 p. 2049 ; *AJDA* 2011 p. 1590 ; *Ibid.* p. 1880, note Lombard ; *RFDA* 2011 p. 1209, note Roblot-Troizier ; *Ibid.* 2012 p. 131, note Woehrling ; *Constitutions* 2012 p. 104, note Radé ; *RDT* 2011 p. 574, obs. Sander ; *JCP* 2011 p. 2297, note Verpeaux ; *JCP Adm.* 2011 p. 11, note Abi Rached ; *Gaz. Pal.* 2011 n° 282-284 p. 20, note Disant ; *LPA* 2011 n° 230 p. 8, note Verpeaux ; *RFDC* 2012 p. 158, note Gueydan.
- CC n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, M. Michel G. [discipline des vétérinaires]**, Rec., p. 555, *JO* du 3 décembre 2011, p. 20015 ; *D.* 2011 p. 2873 ; *AJDA* 2011 p. 2317 ; *Ibid.* 2012 p. 578, étude Lombard, Nicinski et Glaser ; *RSC* 2012 p. 184, obs. Danet ; *Constitutions* 2012 p. 337, note Le Bot ; *Gaz. Pal.* 2012 n° 162-164 p. 17, note Sénac ; *DA* 2012 n° 3 p. 20, note Froget.
- CC n° 2011-216 QPC du 3 février 2012, M. Franck S.**, Rec., p. 101, *JO* du 4 février 2012, p. 2075 ; *Rec.* p. 901, obs. Lokiec et Porta ; *Constitutions* 2012 p. 330, note Radé.
- CC n° 2012-647 DC du 28 février 2012, Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi**, Rec., p. 139, *JO* du 2 mars 2012 p. 3988 ; *AJDA* 2012 p. 411 ; *Ibid.* p. 1406, note Macaya et Verpeaux ; *D.* 2012 p. 611 ; *Ibid.* p. 987, note Roux ; *Ibid.* p. 601, édito. Rome ; *RFDA* 2012 p. 507, note Mastor et Sorbara ; *Nouv. Cah. Cons. const.* 2012 n° 36 p. 67 ; *Constitutions* 2012 p. 389, étude Philippe ; *Ibid.* p. 393, obs. Mathieu, Le Pourhiet, Mélin-Soucramanien, Levade, Philippe et Rousseau ; *RSC* 2012 p. 179, obs. Francillon ; *Ibid.* p. 343, note Brunet ; *Ibid.* 2013 p. 436, obs. de Lamy ; *RTD civ.* 2012 p. 78, obs. Puig ; *JCP* 2012 n° 11-12 p. 525, note Terré ; *Ibid.* n° 14 p. 680, note Levade et Mathieu ; *JCP Adm.* 2012 n° 9 p. 8 ; *LPA* 2012 n° 70 p. 11, note Camby ; *Ibid.* n° 90 p. 7, note Hamon ; *Ibid.* 2013 n° 41 p. 12, chron. Verpeaux ; *RFDC* 2012 p. 563, note Pech ; *Gaz. Pal.* 2012 n° 88-89 p. 9, note Amson ; *RLDI* 2012 n° 80 p. 6, note Derieux ; *CCE* 2012 n° 6 p. 8, note A. Lepage ; *Dr. pénal* 2012 n° 6 p. 26, note Mouysset ; *RPDP* 2012 n° 2 p. 399, note Danti-Juan ; *Pouvoirs* 2012 n° 143 p. 141, note Foirry ; *RGDIP* 2012 n° 3 p. 743, note Matringe ; *RRJ* 2012 n°

- 3 p. 1083, note Fargues ; *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2012 p. 133, comm. Hochmann ; *Droit et culture* 2013 p. 25, comm. Garibian.
- CC n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire***, Rec., p. 453, *JO* du 11 août 2012, p. 13283 ; *D* 2012 p. 1962 ; *AJDA* 2012 p. 1717, étude Lombard, Nicinski et Glaser ; *RFDA* 2012 p. 1043, étude Oliva ; *Constitutions* 2012 p. 562, obs. Bachschmidt ; *Ibid.* p. 575, obs. Levade ; *Ibid.* p. 628, obs. Barilari ; *RMCUE* 2012 p. 565, édito Chaltiel ; *LPA* 2012 n° 187-188 p. 3, note Chaltiel ; *Ibid.* 2013 n° 205 p. 4, chron. Macaya ; *RFDC* 2012 p. 854, note Magnon ; *Europe* 2012 n° 8-9 p. 3, note Simon.
- CC n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association radicalement anti corrida Europe et autre***, Rec. p. 483, *JO* du 22 septembre 2012 p. 15023 ; *D.* 2012 p. 2174 ; *Ibid.* p. 2486, note Daverat ; *Ibid.* p. 2233, édito. Rome ; *Ibid.* p. 2917, obs. Roujou de Boubée, Garé, Gozzi, Mirabail et Potaszkin ; *AJDA* 2012 p. 1770 ; *AJ pénal* 2012 p. 597, note Lacroix ; *AJCT* 2013 p. 50, note Fabre ; *RFDA* 2013 p. 141, chron. Roblot-Troizier ; *JCP Adm.* 2012 p. 9 ; *Ibid.* p. 2, note Finon ; *Constitutions* 2012 p. 616, obs. Abadie ; *Gaz. Pal.* 2012 n° 312-313 p. 6, note Lasserre Capdeville ; *Ibid.* 2013 n° 97-99 p. 18, note Barbé ; *LPA* 2012 n° 259 p. 10, note Dubois ; *RFDC* 2013 p. 194, note Le Bot ; *RSDA* 2012 n° 1 p. 35, note Marguénaud ; *Ibid.* p. 89, note Pauliat ; *Ibid.* p. 169, note Le Bot ; *Dr. pén.* 2012 n° 12 p. 7, note Maréchal ; *Rev. pénit.* 2012 n° 3 p. 632, note A. Lepage.
- CC n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, *Consorts G***, Rec., p. 493, *JO* du 29 septembre 2012 p. 15373 ; *D.* 2012 p. 2242 ; *AJ fam.* 2012 p. 566.
- CC n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012, *Mme Elisabeth B.***, Rec. p. 511, *JO* du 6 octobre 2012, p. 15655 ; *Dalloz actualité* 23 oct. 2012, note Fleuriot ; *D.* 2012 p. 2318 ; *AJDA* 2012 p. 1884 ; *LPA* 2013 n° 140, p. 9, chron. Bourdoiseau ; *Ibid.* n° 205 p. 4, chron. Macaya ; *DA* 2014 n° 1 p. 21, chron. de Montalivet.
- CC n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus***, Rec., p. 529 ; *JO* du 13 octobre 2012 p. 16031 ; *D.* 2012 p. 2382 ; *AJDA* 2012 p. 1928 ; *RFDA* 2013 p. 141, chron. Roblot-Troizier ; *JCP* 2012 n° 43 p. 1935 ; *Ibid.* 2014 n° 12 p. 567, chron. Verpeaux et Macaya ; *JCP Adm.* 2012 n° 42 p. 7 ; *RJEP* 2013 n° 704 p. 10 note Genevois ; *RFDC* 2013 p. 204, note Benessiano ; *DA* 2012 n° 12, note Bazex ; *Ibid.* 2014 n° 1 p. 21, chron. de Montalivet ; *Gaz. Pal.* 2013 n° 97-99 p. 17, note Piazzon ; *LPA* 2013 n° 90 p. 9, note Messaï-Bahri ; *Ibid.*, n° 140 p. 10, chron. Bourdoiseau ; *RLC* 2013 n° 34, p. 89, note Rousseau ; *RDP* 2014 p. 207, note Rousseau, Gahdoun et Bonnet.
- CC, n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, *Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc***, Rec. p. 616, *JO* du 7 décembre 2012 p. 19162 ; *RFDC* 2013 p. 451, note Cacqueray.
- CC n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.***, Rec. p. 613, *JO* du 1<sup>er</sup> décembre 2012 p. 18908 ; *AJDA* 2012 p. 2301 ; *D.* 2012 p. 2808 ; *Dr. adm.* 2013, n° 2 p. 21, note Hoffmann ; *Ibid.* 2014 n° 1 p. 21, chron. de Montalivet ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 97-99 p. 18, note Barbé ; *RFDC* 2013 p. 445, note Bachert ; *LPA* 2013 n° 140 p. 20, chron. Gicquel ; *Ibid.*, n° 205 p. 4, chron. Macaya ; *RDC* 2013 n° 35 p. 70, note Brameret ; *JCP* 2014 n° 12 p. 567, chron. Verpeaux et Macaya.
- CC n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité***, Rec. [à paraître], *JO* du 23 février 2013, p. 3110 ; *D* 2013 p. 510 ; *AJDA* 2013 p. 440 ; *Ibid.* p. 1108, note Forey ; *RFDA* 2013 p. 663, chron. Roblot-Troizier et Tusseau ; *Constitutions* 2013 p. 174, note Lutton ; *JCP* 2013 n° 15 p. 730, note Macaya et

- Verpeaux ; *Ibid.* n° 22 p. 1077, chron. Mathieu ; *JCP Adm.* 2013 n° 10 p. 7 ; *Ibid.* n° 12-13 p. 2, note Amédéo ; *Ibid.* n° 16 p. 22, note Laffaille ; *Ibid.* p. 26, note Portelli ; *RJPF* 2013 n° 5 p. 25, note Putman ; *BJCL* 2013 p. 400, note Dieu ; *DA* 2013 n° 8-9 p. 16, note de la Morena ; *RFDC* 2013 p. 707, comm. Gonzales ; *Gaz. Pal.* 2013 n° 291-292 p. 20, note Granger ; *Nouv. Cah. Cons. const.* 2013 n° 40 p. 173, note Roblot-Troizier ; *RDP* 2013 p. 533, note Woehrling.
- CC n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral**, Rec. [à paraître], *JO* du 18 mai 2013, p. 8258 ; *AJDA* 2013 p. 1021 ; *D* 2013 p. 1282 ; *AJCT* 2013 p. 217 ; *JCP Adm.* 2013 n° 26 p. 24, note Verpeaux ; *Constitutions* 2013 p. 376, note Wulfman ; *Rev. pénit.* 2013 n° 2 p. 423, note Peltier.
- CC n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe**, Rec., (à paraître), *JO* du 18 mai 2013 p. 8281 ; *D* 2013 p. 2175 ; *Ibid.* p. 1643, note Dieu ; *AJ fam.* 2013 p. 332 ; *Constitutions* 2013 p. 166, obs. Le Pourhiet ; *Ibid.* p. 381, obs. Le Pourhiet ; *Ibid.* p. 376, note Wulfman ; *RTD civ.* 2013 p. 579, obs. Hauser ; *JCP* 2013 n°22 p. 1030, note Mathieu ; *Ibid.* p. 1034 ; *Ibid.* n° 23 p. 1123, note Fulchiron ; *JCP N* 2013 n° 21 p. 5 ; *Ibid.* n° 24-25 p. 31, note Hauser ; *RJFP* 2013 n° 7-8 p. 4, note Zarca ; *Ibid.* p. 31, note Le Boursicot ; *Dr. fam.* 2013 n°7-8 p. 67, note Binet ; *LPA* 2013 n°133 p. 5, note Larralde ; *RFDC* 2013 p. 951, note Sponchiado.
- CC n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, M. Philippe B.**, Rec. [à paraître], *JO* du 9 juin 2013 p. 9632 ; *D.* 2013 p. 1413 ; *AJ pénal* 2013 p. 410 ; *Constitutions* 2013 p. 248, obs. de Bellescize ; *RSC* 2013 p. 574, chron. Francillon ; *ibid.* p. 907, obs. de Lamy ; *Gaz. Pal.* 2013 n° 170-171 p. 15, note Fourment ; *CCE* 2013 n° 9, p. 30, note Lepage ; *RFDC* 2013 p. 982, note Picard ; *ibid.* p. 991, note Anane ; *Rev. pénit.* 2013 n° 3 p. 648, note Conte ; *LPA* 2014 n° 98 p. 13, chron. Tellier-Cayrol.
- CC n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013**, Rec. [à paraître], *JO* du 30 décembre 2013, p. 22232.
- CC 2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France**, Rec., [à paraître], *JO* du 16 février 2014 p. 2724 ; *AJDA* 2014 p. 377 ; *D.* 2014 p. 487.
- CC n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, M. Marc S. et autre**, Rec. [à paraître], *JO* du 2 mars 2014 p. 4120 ; *D.* 2014 p. 542.

## Cour de cassation

Cass. Ch. Req., 6avril 1826, *Viturbi et Totti*, S. 1825-1827.1.312.

Cass., 22 janvier 1849, *Gouvernement espagnol c. Lambège et Pujol*, S. 1849.1.81.

Crim., 27 mai 1972, n° 72-90.875, *Bull.*, p. 435.

Crim., 8 juin 1994, n° 93-82.459, *Bull. crim.* n° 225 p. 548

Crim., 1<sup>er</sup> juin 1995, *Touvier*, n° 84-82.590, *Bull. crim.*, n° 202.

Crim, 30 mai 2000, n° 99-84024, *Bull. Crim.*, n° 204.

Crim., 17 juin 2003, n° 02-80719, *Bull. Crim* n° 122.

Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *Bull crim.* n° 78 ; *D.* 2010 p. 1286 ; *Cah. Cons. const.* 2010 p. 256, chron. P. de Montalivet ; *ibid.* p. 261, chron. A. Vidal-Naquet ; *Constitutions* 2010 p. 366, obs. A.-M. Le Pourhiet ; *ibid.* 2011 p. 396, obs. D. de Bellescize ; *RSC* 2010 p. 640, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2011 p. 178, obs. B. de Lamy ; *RTD civ.* 2010 p.

504, obs. P. Deumier ; *Dr. pénal* 2011 comm. n° 89, note M. Véron ; *BICC* 2011 n° 747 du 15 sept. 2011, n° 1028.

Crim., 5 février 2013, *M. Huygues-Despointes*, n° 11-85.909, *D.* 2013 p. 805, note Egéa ; *RSC* 2013 p. 79, obs. Mayaud ; *Ibid.* p. 99, note Francillon ; *Légipresse* n° 303 III, note Dreyer ; *Ibid* n° 304 II, note Jouanneau ; *AJ Pénal* 2013 p. 218, note Decima.

Civ., 27 février 1951, *Branly*, *D.* 1951 p. 29, note Desbois ; *JCP G* 1951 II p. 6193, note Mihura ; *RTD civ* 1951 p, 246, obs. Mazeaud ; *Gaz. Pal.* 1951 .1. 220, concl. Rey ; *D.* 1951 p, 119, chron. Carbonnier.

Civ., 20 novembre 1990, n° 89-12580, *Bull.* n° 256, *JCP-G* 1992 p. 21908, note J. Ravanas.

Civ., 22 novembre 2001, n° 00-16.452, *Bull.*, II, n° 173

Civ., 7 février 2006, n° 03-12.804, *Bull.*, I, n° 50

Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, n° 11-90.025, 11-90.032 et 11-90.033, *D.* 2011 p. 1346, obs. Lienhard ; *Ibid.* p. 1426, point de vue D. Chagollaud ; *Ibid.* p. 1775, chron. Maziau, Sociétés 2011 p. 512, note Matsopouloi ; *Gaz. Pal.* 31 mai 2011 p. 7, comm. Rousseau.

## Cours d'appel

CAA Lyon, 14 février 1995, *M. Seibert*, n° 93LY01342, *Leb.* T. p.1093.

CAA Paris, 4 avril 1997, Comité tous frères, n° 96PA03091, *Leb.* T. p.

CAA Lyon, 15 octobre 1998, *Commune de Saint-Christophe-en-Oisans*, n° 95LY00029, *Leb.*, T. p. 766.

CAA Douai, 26 mai 2005, *Commune de Férin*, n° 04DA00251, *Dr. adm.* 2005 p. 32, note Türk.

CAA Marseille, 10 janvier 2006, *M. Geoges X.*, n° 03MA01736, *inédit.*

CAA Paris, 27 juin 2006, n°s 05PA00152, 05PA00117 et 05PA00153, *inédits.*

CAA Paris, 21 décembre 2006, n°s 06PA02112, 06PA01538, 05PA02516, 06PA02113 et 06PA02092, *inédits.*

CAA Nantes, 28 décembre 2006, n° 05NT01950, *inédit.*

CAA Bordeaux, 27 mars 2007, *SNCF c. G. Lipietz*, n° 06BX01570.

CAA Lyon, 19 juillet 2007, *Commune de Chatelguyon*, n° 04 LY00581 ; *AJDA* 2008 p. 92, Concl. D. Besle.

CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, *l'Association enquête sur la tragique histoire des internements dans le camps de France (E.T.H.I.C) c. Commune de Noé*, n° 04BX00318, *inédit.*

CAA Bordeaux, 4 décembre 2007, *Pellegrino c. Ministère de la défense*, n° 05BX01615

CAA Marseille, 10 décembre 2009, *Société Nestlé Waters et autres*, n° 08MA01766, *AJDA* 2010, p. 151, Concl. E. Paix.

CAA de Douai, 18 février 2010, *Commune de Cappelle la Grande*, n° 08DA01062, *inédit.*

CAA Paris, 20 octobre 2010, *consorts Kaplan*, n° 10PA0416, *inédit.*

CAA de Paris du 26 mai 2011, *M. Roger A*, n° 10PA02664, *inédit.*

CAA Marseille, 14 février 2013, *Société Nestlé waters et autres*, n° 12MA01402, *AJDA* 2013 p. 1392, concl. F. Savage de Lanfranchi.

CA Fort de France, 18 mai 2010, n° 00070/2010, *D.* 2010 p. 2139, note Egéa.



## Cour d'assises

Cour d'assises de Paris, 14 mars 2014, *affaire Pascal Senyamuhara Safari alias Pascal Simbikanwga*.

## Tribunaux

TA Bordeaux, 10 mars 1987, *Club taurin Goya, Leb.*, p. 470.

TA Paris, 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés, et internés, résistants et patriotes*, n° 0002976/5, *Leb.* p. 537, *LPA* 29 octobre 2002 n° 216 p. 15, note Aubin.

TA de Nouméa, 10 novembre 2005, n° 05290, *AJDA* 2006 p. 1561, note J-P. Vogel et T. Xozame.

TA Toulouse, 6 juin 2006, *Consorts Lipietz*, *RDP* n°6, 2006, p. 1715, note Jobart.

TA Marseille, 7 juillet 2008, *M. François Gavoury*, n° 0504496, *AJDA* 2008 p. 1902.

TA de Besançon, 7 mai 2009, *M. Pierre S.*, n° 06000355, *AJDA* 2010 p. 396 ; *Ibid.*, note F. Mallol.

TA Paris, 25 juin 2010, *consorts Kaplan*, n° 0811025, *AJDA* 2011 p. 343, note Pontier.

TGI Paris, 8 juillet 1981, *LICRA c. Faurisson*, *D.* 1982 p. 59, note B. Edelman.

TGI Paris, 21 juin 1995, *Forum des associations arméniennes de France et autre c. Bernard Lewis*, *RG* 4767/94, *LPA* n° 117 1195, p. 17.

## *Jurisprudence internationale et européenne*

### **Cour Internationale de Justice** (anciennement Cour permanente de justice internationale)

**CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité)***, Série A, n° 17.

**CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)***, Séries A/B, n° 74.

**CIJ, 20 février 1969, *Req. Plateau continental de la mer du Nord***, *Rec. CIJ* p. 44

## CJCE/CJUE

**CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc.***, *Dalloz actualité*, 21 mai 2014, obs. L. Constantin ; *AJDA* 2014. 1147, *chron.* M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014. 1092.

## Cour EDH

### 1960

- Cour EDH, 1<sup>er</sup> juillet 1961, *Lawless c. Irlande*, req. n° 332/57 ; AFDI 1960 p. 444, obs. Eissen ; *Ibid.*, 1961 p. 251, obs. Pelloux ; JDI 1962 p. 282, obs. Lalive.**  
**Cour EDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, req. n° 2122/64**

### 1970

- Cour EDH, plénière, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, AFDI 1975 p. 330, note Pelloux, GACEDH p. 292.**  
**Cour EDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n°s 5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72 ; AFDI 1977 p. 489, chron. Pelloux ; CDE 1978 p. 359, chron. Cohen-Jonathan ; JDI 1978 p. 702, chron. Rolland ; GACEDH p. 631.**  
**Cour EDH, plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5492/72 ; CDE 1978 p. 350, obs. Cohen-Jonathan ; AFDI 1977 p. 494, obs. Pelloux ; JDI 1978 p. 706, obs. Rolland.**  
**Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71 ; Cah. dr. eur. 1979 p. 565, obs. Cohen-Jonathan ; AFDI 1978 p. 379, obs. Pelloux ; JDI 1980 p. 449, obs. Rolland.**  
**Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72 ; Cah. dr. eur. 1979 p. 471, note Cohen-Jonathan ; AFDI 1978 p. 400, note Pelloux ; JDA 1980 p. 457, note Rolland.**  
**Cour EDH, plénière, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74 ; CDE 1980 p. 473, obs. Cohen-Jonathan ; AFDI 1980 p. 317, chron. Pelloux ; JDI 1982 p. 183, obs. Rolland ; JT 1979 p. 513, obs. Rigaux ; GACEDH p. 553.**

### 1980

- Cour EDH, plénière, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n°s 7601/76 et 7806/77 ; JDI 1982 p. 220, JDI 1982 p. 220, obs. Rolland ; Cah. dr. eur. 1982 p. 226, obs. Cohen-Jonathan ; AFDI 1982 p. 499, obs. Pelloux.**  
**Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79 ; JD 1986 p. 1074, obs. Rolland et Tavernier ; AFDI 1985 p. 403, obs. Coussirat-Coustère.**  
**Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°s 9214/80, 9473/81 et 9474/81 ; Cahiers de droit européen 1988 p. 476, obs. Cohen-Jonathan ; RSC 1986, obs. Pettiti ; JDI 1986 p. 1084, obs. Rolland et Tavernier.**  
**Cour EDH, Plénière, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume Uni*, req. n° 8793/79 ; AFDI 1987 p. 239, obs. Coussirat-Coustère ; JDI 1987 p. 772, obs. Tavernier ; CDE 1988 p. 479, obs. Cohen-Jonathan ; GACEDH p. 751.**  
**Cour EDH, Plénière, 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, req. n° 9697/82 ; GACEDH n°41.**  
**Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n° 9267/81 ; CDE 1988 p. 487, obs. Cohen-Jonathan ; JDI 1988 p. 849, obs. Rolland et Tavernier.**  
**Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, n° 10328/83.**

**Cour EDH, plénière, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni**, req. n° 14038/00, *JCP* 1990 II p. 3452, note Labayle ; *RGDIP* 1990 p. 103, obs. Sudre ; *RTDH* 1990 p. 5, obs. Ganshof Van Der Meersch, *GACEDH* p. 178.

## 1990

**Cour EDH, Grande chambre, 26 juin 1992, Drodz et Janousek c. France et Espagne**, req. n° 12747/87 ; *AJDA* 1992 p. 34, obs J-F. Flauss ; *Ibid.* 1993 p. 105, chron. J-F. Flauss ; *JDI* 1993 p. 737 obs. Tavernier.

**Cour EDH, 9 décembre 1994, Les saints monastères c. Grèce**, req. n°s 13092/87 et 13984/88 ; *D* 1996 p. 329, note Fiorina.

**Cour EDH, 23 février 1995, Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas**, req. n° 15375/89 ; *AJDA* 1995 p. 719, chron. Flauss.

**Cour EDH, Grande chambre, 26 septembre 1995, Vogt c. Allemagne**, req. n° 17851/91 ; *AFDI* 1995 p. 498, chron. Coussirat-Coustère ; *JDA* 1996 p. 242, chron. Decaux ; *RTDH* 1996 p. 405, note Sudre ; *RUDH* 1996 p. 24, chron. Levinet ; *GACEDH* p. 677.

**Cour EDH, 27 septembre 1995, Mac Cann et autres c. Royaume Uni**, req. n° 18984/91 ; *AFDI* 1995 p. 485, chron. Coussirat-Coustère ; *RSC* 1996 p. 462, obs. Koering-Joulin ; *RUDH* 1996 p. 9, chron. Sudre ; *GACEDH* p. 122.

**Cour EDH, 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg**, req. n° 14750/89 ; *RFDA* 1996 p. 777, note Autin et Sudre ; *Gaz. Pal.* 18 novembre 1995, note Pettiti I *JDI* 1996 p. 253 ; *D* 1996 p. 301, note Benoit-Rohmer ; *AJDA* 1996 p. 383, chron. J-F. Flauss ; *JCP* 1996 I. p. 3910, obs. Sudre ; *Ibid* 1997 I. p. 4017, chron. Petit ; *RTDH* 1996 p. 275, note Spielman ; *RUDH* 1996 p. 1, chron. Sudre.

**Cour EDH, 4 décembre 1995, Bellet c. France**, req. n° 23805/94 ; *D* 1996 p. 357, note Collin-Demunieux ; *D* 1997 p. 205, obs. Perez ; *AJDA* 1996 p. 376, obs. Flauss.

**Commission EDH, 24 juin 1996, Marais c. France (recevabilité)**, req. n° 31159/96.

**Cour EDH, Grande chambre, 18 décembre 1996, Loizidou c. Turquie**, req. n° 15318/89 ; *RUDH* 1996 p. 6, obs. F. Sudre ; *RGDIP* 1998 p. 123, obs G. Cohen-Jonathan ; *RTDH* 1998 p. 102, obs. J-P. Cot ; *GACEDH* p. 7.

**Cour EDH, 18 décembre 1996, Efstratiou c. Grèce**, req. n° 24095/94, *AJDA* 1996 p. 376, chron. Flauss.

**Cour EDH, 18 décembre 1996, Valsamis c. Grèce**, req. n° 21787/93, *AJDA* 1996 p. 376, chron. Flauss.

**Cour EDH, 1<sup>er</sup> juillet 1997, Gitonas et autres c. Grèce**, req. n°s 18747/91, 19376/92 et 19379/92 ; *AJDA* 1997 p. 977, chron. Flauss ; *RFDA* 1998 p. 1007, obs. Lévinet ; *JDI* 1998 p. 2002, obs. Decaux et Tavernier ; *JCP* 1998 I p. 107, obs. Sudre.

**Cour EDH, Grande chambre, 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie**, req. n° 19392/92 ; *JCP* 1999 I p. 105, chron. Sudre ; *RFDC* 2000 p. 876, chron. Flauss ; *RTDH* 1999 p. 301, note Duarté ; *GACEDH* p. 695.

**Cour EDH, Grande chambre, 23 septembre 1998, Lehideux c. Isorni**, req. n° 24662/94 ; *RTDH* 1999 p. 366, obs. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1999 p. 747, obs. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1999 p. 266, obs. Decaux et Tavernier ; *Gaz. Pal.* 25-27 juillet 1999 p. 26, note Derhy ; *AJDA* 1998 p. 984, chron. Flauss ; *RSC* 1999 p. 384, chron. Koering-Joulin ; *Ibid.* p. 151, obs. Massias ; *RFDA* 1999 p. 792, obs. Labayle et Sudre ; *RDP* 1999 p. 895, obs. Levinet ; *JCP* 1999 II. P. 10119, note Moutouh ; *D* 1999 p. 223, note Rolland.

**Cour EDH, 28 octobre 1998, Assenov c. Bulgarie**, req. n° 24760/94 ; *JCP* 1999 I n° 105, note Sudre ; *D* 1999 p. 266, obs. Hennion ; *RSC* 1999 p. 384, obs. Koering-Joulin.

- Cour EDH, Grande chambre, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n<sup>os</sup> 25088/94, 28332/95 et 28443/95 ; AJDA 1999 p. 922, note Priest ; RFDA 1999 p. 811, note Andriantsimbazovina ; RTDH 1999 p. 901, note Florès-Lonjou et Florès ; RDP 2000 p. 734, chron. Sudre ; RTD civ. 1999 p. 913, obs. Marguénaud ; RTD civ. 2000 p. 360, obs. Revet ; GACEDH p. 761.**
- Cour EDH, Grande chambre, 20 mai 1999, *Rekvény c. Hongrie*, req. n<sup>o</sup> 25390/94, AJDA 2000 p. 526, chron. Flauss.**
- Cour EDH, 9 novembre 1999, *Trickovic c. Slovénie (admissibilité)*, n<sup>o</sup> 39914/98.**

## 2000

- Cour EDH, Grande chambre, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n<sup>o</sup> 30210/96 ; AJDA 2000 p. 1006, chron. Flauss ; RFDA 2001 p. 1250, chron. Labayle et Sudre ; *Ibid.* 2003 p. 85, étude Andriantsimbazovina ; RSC 2001 p. 881, obs. Tulkens ; RTD civ. 2001 p. 442, obs. Marguénaud ; JCP G 2001 p. 291, chron. Sudre ; RTDH 2002 p. 169, note Flauss ; GACEDH p. 167 et 400.**
- Cour EDH, Grande chambre, 23 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, req. n<sup>o</sup> 25701/94 ; D 2003 p. 2279, comm. Bîrsan ; AJDA 2001 p. 1060, chron. Flauss.**
- Cour EDH, 1<sup>er</sup> mars 2001, *Malama c. Grèce*, req. n<sup>o</sup> 43622/98.**
- Cour EDH, 13 mars 2001, *Moldovan et autres / Octavian Rostas, (décision partielle d'admissibilité)*, req. n<sup>o</sup> 41138/98 et 64320/01.**
- Cour EDH, Grande chambre, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98 ; RTDH 2001 p. 1109, obs. Tavernier ; RSC 2001 p. 639, obs. Massias ; JDI 2001 p. 278, obs. Guillot.**
- Cour EDH, Grande chambre, 22 mars 2001, *K-H.W c. Allemagne*, req. n<sup>o</sup> 3701/97.**
- Cour EDH, Grande chambre, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n<sup>o</sup> 25781/94 ; AJDA 2001 p. 106, chron. J-F. Flauss ; RTDH 2002 p. 807, obs. Tavernier.**
- Cour EHD, Grande chambre, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n<sup>o</sup> 39594/98 ; D 2001 p. 2619 note R. Drgao ; *Ibid.* p. 2611, chron. J. Andriantsimbazovina ; AJDA 2001 p. 675, note F. Rolin ; *Ibid.* 2002 p. 9, étude D. Chabanol ; RDP 2001 p. 895, chron. C. Maubernard ; *Ibid.* p. 983 chron. X. Prétot ; RFDA 2001 p. 991 notes B. Genevois et J-L. Autin et F. Sudre ; LPA 3 octobre 2001 p. 13, note J-F. Flauss ; RTD eur. 2001 p. 727, obs. F. Benoit-Rohrmer ; D 2001 I. p. 2611, note J. Andriantsimbazovina ; *Ibid.* p. 2624, note R. Drago ; JCP 2001 Ii p. 10578, note F. Sudre ; GAJA 18<sup>e</sup> éd. n<sup>o</sup> 106 p. 793.**
- Cour EDH, 14 juin 2001, *Alujer Fernandez et Caballero García c. Espagne* (décision sur la recevabilité), req. n<sup>o</sup> 53072/99.**
- Cour EDH, 2<sup>e</sup> section, 12 juillet 2001, *Feldek c. Slovaquie*, req. n<sup>o</sup> 29032/95, AJDA 2001 p. 1060, chron. J-F. Flauss.**
- Cour EDH, 2 octobre 2001, *Stankov et Organisation macédonienne unie Iinden c. Bulgarie*, req. n<sup>os</sup> 29221/95 et 29225/95.**
- Cour EDH, Grande chambre, 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, décision sur la recevabilité, req. n<sup>o</sup> 52207/99.**
- Cour EDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, req. n<sup>o</sup> 46726/99 ; AJDA 2002 p. 500, obs. Flauss ; RFDC 2003 p. 425, note Levinet.**
- Cour EDH, Grande chambre, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume Uni*, req. n<sup>o</sup> 46296/99 ; RSC 2004 p. 165, obs. Massias.**
- Cour EDH, 24 septembre 2002, *Posti et Rahko c. Finlande*, n<sup>o</sup> 27824/95.**
- Cour EDH, 12 novembre 2002, *Zvolsky et Zvolska c. République tchèque*, req. n<sup>o</sup> 46129/99.**

- Cour EDH, Grande chambre, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie***, req. n<sup>os</sup> 41340/98 à 41344/98 ; *AJDA* 2003 p. 31, chron. Flauss ; *JCP G* 2003 I p. 160, chron. Sudre ; *RFDC* 2004 p. 207, note Levinet ; *GACEDH* p. 622.
- Cour EDH, Grande chambre, 13 février 2003, *Odièvre c. France***, req. n<sup>o</sup> 42326/98 ; *AJDA* 2003 p. 603, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2003. 739 ; *Ibid.* p. 1240, chron. B. Mallet-Bricout ; *RDSS* 2003. 219, note F. Monéger ; *RTD civ.* 2003 p. 276, obs. J. Hauser ; *Ibid.* p. 375, obs. J.-P. Marguénaud.
- Cour EDH, 24 avril 2003, *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie***, n<sup>o</sup> 53360/99.
- Cour EDH, Grande chambre, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas***, req. n<sup>os</sup> 39343/98, 39651/98, 43247/98 et 46664/99 ; *AJDA* 2003 p. 1490, note F. Rollin ; *Ibid.* p. 1924, chron. J.-F. Flauss ; *Dr. Adm.* 2003 p. 195.
- Cour EDH, 24 juin 2003, *Garaudy c. France (recevabilité)***, req. n<sup>o</sup> 65831/01 ; *D.* 2004 p. 239, note Roets ; *JCP G* 2004 p. 147, obs. de Lamy ; *LP* 2003 n<sup>o</sup> 207 p. 181, note Ghnassia.
- Cour EDH, 2 septembre 2003, *Balasoiu c. Roumanie (décision sur la recevabilité)***, req. n<sup>o</sup> 3724/97.
- Cour EDH, Grande chambre, 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne***, req. n<sup>o</sup> 44158/98 ; *RFDA* 2005 p. 991 ; *AJDA* 2004 p. 1809, chron. J.-F. Flauss.
- Cour EDH, 29 juin 2004, *Chauvy c. France***, req. n<sup>o</sup> 64915/01 ; *AJDA* 2004 p. 1809, chron. Flauss.
- Cour EDH, Grande chambre, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie***, req. n<sup>o</sup> 48787/99 ; *RGDIP* 2004 p. 1036, chron. P. Weckel ; *L'Europe des libertés* 2005 n<sup>o</sup> 15 p. 5, obs. F. Benoît-Rohmer ; *JDI* 2005 p. 472, obs. O. de Frouville ; *RDP* 2005 p. 759, obs. F. Sudre ; *GACEDH* p. 773.
- Cour EDH, 2 novembre 2004, *Abdulsamet Yaman c. Turquie***, n<sup>o</sup> 32446/96.
- Cour EDH, 2<sup>e</sup> section, 11 janvier 2005, *Py c. France***, req. n<sup>o</sup> 66289/01 ; *JCP* 2005 p. 159, chron. Sudre ; *JCP* 2005 p. 145, chron. Boiteau ; *AJDA* 2005 p. 118, note de Monteclerc ; *AJDA* 2005 p. 541, chron. Flauss ; *RFDA* 2006 p. 139, chron. Roblot-Troizier et Sorbara.
- Cour EDH, 3 février 2005, *Partidul comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie***, req. n<sup>o</sup> 46626/99.
- Cour EDH, Grande chambre, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie***, req. n<sup>o</sup> 46221/99 ; *JDI* 2004 p. 658, obs. E. D. ; *D.* 2003 p. 2267, obs. J.-F. Renucci ; *RSC* 2004 p. 441, chron. Massias.
- Cour EDH, Grande chambre, 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne***, req. n<sup>os</sup> 46720/99, 72203/01 et 72552/01 ; *L'Europe des libertés* 2005 n<sup>o</sup>18, note Duculombier. 74025/01 ; *AJDA* 2006 p. 466, chron. Flauss ; *RDP* 2006 p. 811, obs. Surrel.
- Cour EDH, Grande chambre, 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni***, req. n<sup>o</sup> 3255/96
- Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce***, req. n<sup>o</sup> 74989/01 ; *AJDA* 2006 p. 466, chron. Flauss ; *JDI* 2006 p. 1154, note Tavernier.
- Cour EDH, Grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie***, req. n<sup>o</sup> 44774/98 ; *AJDA* 2006, note Gonzalez ; *Ibid.* p. 466, chron. Flauss ; *D* 2006 p. 1717, obs. Renucci ; *RDP* 2006 p. 806, obs. Lévinet.
- Cour EDH, Grande chambre, 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie***, req. n<sup>o</sup> 59532/00.
- Cour EDH, Grande chambre, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie***, req. n<sup>o</sup> 58278/00 ; *RTDH* 2007 p. 195, note F. Jacquemot ; *AJDA* 2006 p. 1718, chron. J.-F. Flauss ; *GACEDH* p. 718.
- Cour EDH, Grande chambre, 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni***, req. n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01 ; *RDP* 2006 p. 813, obs. Surrel ; *JCP* 2006 I. p. 109, chron. Sudre.
- Cour EDH, 8 juin 2006, *Wos c. Pologne***, req. n<sup>o</sup> 22860/02.

**Cour EDH, 6 juillet 2006, *Erbaka c. Turquie***, req. n° 59405/00.

**Cour EDH, 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse***, req. n° 73604/01

**Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France***, req. n° 12697/03 ; *D.* 2007 p. 1704, obs. Marguénaud ; *RSC* 2008. 140, obs. Marguénaud et Roets.

**Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France***, req. n° 65411/01 ; *AJDA* 2007 p. 904, chron. J-F. Flauss ; *RFDA* 2007 p. 1054, chron. Andriantsimbazovina et Sermet ; *JCP* 2007 I. p. 106 n° 6, obs. F. Sudre ; *JDI* 2007 p. 704, obs. Touze ; *RDP* 2007 p. 881, obs. Gonzalez.

**Cour EDH, 7 décembre 2006, *Linkov c. République tchèque***, req. n° 10504/03 ; *AJDA* 2007 p. 902, chron. Flauss.

**Cour EDH, 11 septembre 2007, *Teren Aksakal c. Turquie***, req. n° 51967/99 ; *AJDA* 2008 p. 978, chron. J-F. Flauss.

**Cour EDH, Grande Chabre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque***, req. n° 57325/00 ; *AJDA* 2008 p. 978, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA* 2008 p. 737, obs. Labayle et Sudre ; *JCP* 2008 I p. 110, chron. Sudre ; *RTDH* 2008 p. 821, note Debout.

**Cour EDH, 27 novembre 2007, *Brecknell c. Royaume Uni***, req. n° 32457/04.

**Cour EDH, Grande chambre, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse***, n° 69698/01 ; *AJDA* 2008 p. 978, chron. Flauss ; *JCP* 2008. I p. 110, chron. Sudre.

**Cour EDH, 13 décembre 2007, *Emonet et autres c. Suisse***, req. n° 39051/03 ; *D* 2007 p. 2700, note Marchadier ; *AJ fam.* 2008 p. 76, obs. Chénéédé ; *JCP* 2008 I p. 110, obs. Sudre ; *RTD civ.* 2008 p. 255, obs. Marguénaud ; *JDI* 2008 p. 815, note Dressayre ; *RJPF* 2007 p. 29, obs. Le Boursicot.

**Cour EDH, 20 mars 2008, *Boudaieva et autres c. Russie***, req. nos 11673/02, 15339/02, 15343/20, 21166/02 et 20058/02 ; *JCP* 2008 I p. 167, obs. Sudre ; *AJDA* 2008 p. 1929, obs. Flauss ; *RDP* 2008 p. 899, obs. Levinet.

**Cour EDH, 8 juillet 2008, *Vajnai c. Hongrie***, req. n° 33629/06 ; *AJDA* 2008 p. 1929, chron. Flauss ; *RDP* 2009 p. 919, obs. Levinet.

**Cour EDH, Grande chambre, 19 septembre 2008, *Korbely c. Hongrie***, req. n° 9174/02 ; *RSC* 2009 p. 193, obs. Marguénaud et Roets.

**Cour EDH, 25 septembre 2008, *Baylac-Ferrer et Suarez***, (décision sur la recevabilité), req. n° 27977/4.

**Cour EDH, 3<sup>e</sup> section, 14 octobre 2008, *Petrina c. Roumanie***, req. n° 78060/01 ; *RTD civ.* 2008 p. 648, obs. Marguénaud ; *JCP* 2009 I p. 104, chron.. Sudre.

**Cour EDH, 17 mars 2009, *Ould Dah c. France (décision sur la recevabilité)***, n° 13113/03 ; *D.* 2009 p. 1573, note Renucci ; *ibid.* p. 2825, obs. Roujour de Boubée, Garé et Mirabail ; *RSC* 209 p. 659, obs. Roets.

**Cour EDH, Grande chambre, 9 avril 2009, *Šilih c. Slovénie***, req. n° 7163/01.

**Cour EDH, Grande chambre, 18 septembre 2009, *Varnava c. Turquie***, req. nos 1064/90 à 1066/90 et 1068/90 à 1073/90.

**Cour EDH, 3<sup>e</sup> section, 8 décembre 2009, *Şandru et autres c. Roumanie***, req. n° 22465/03.

**Cour EDH, Grande chambre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine***, req. nos 27996/06 et 34836/06 ; *EuCons* 2009 p. 309, comm. Bardutzky ; *AJDA* 2010 p. 997, chron. Flauss ; *RDP* 2010 p. 860, obs. Surrel.

## 2010

**Cour EDH, 2 février 2010, *Keml Taskin et autres c. Roumanie***, req. nos 3206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05 et 45609/5

**Cour EDH, Grande chambre, 27 avril 2010, *Tănase c. Moldova***, req. n° 7/08.

- Cour EDH, Grande chambre, 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie***, req. n° 36376 ; *RSC* 2010 p. 696, obs. Roets ; *D* 2010 p. 2732, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail ; *RTDH* 2011 p. 343, note Decaux ; *RIDP* 2010 p. 634, obs. Fourment et a. ; *JCP* 2010 n° 23 p. 1187, note Belda ; *Dr. pénal* 2011 n° 28, obs. Dreyer ; *JDI* 2011 Chron. 12, obs. Decaux, Tavernier, Boumghar et al.
- Cour EDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie***, req. n°s 30767/05 et 33800/06.
- Cour EDH, 3 novembre 2010, *Lautsi et autres c. Italie***, req. n° 30814/06
- Cour EDH, Grande chambre, 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie***, req. n° 34932/04.
- Cour EDH, 13 janvier 2011, *Hoffer et Annen c. Allemagne***, req. n°s 397/07 et 2322/07.
- Cour EDH, 17 février 2011, *Andrle c. République Tchèque***, req. n° 6268/08.
- Cour EDH, 17 février 2011, *Wasmuth c. Allemagne***, req. n° 12884/03.
- Cour EDH, Grande chambre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie***, req. n° 30814/06 ; *AJDA* 2011 p. 594 ; *D* 2011 p. 949, obs. Bachelet ; *Ibid.* p. 809, édito. Rome ; *RTDC* 2011 p. 303, obs. Marguénaud.
- Cour EDH, 22 mars 2011, *Granitul S.A. c. Roumanie***, req. n° 22022/03.
- Cour EDH, 20 avril 2011, *Jularić c. Croatie***, req. n° 20106/06.
- Cour EDH, 3<sup>e</sup> section, 24 mai 2011, *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie***, req. n° 33810/07 et 18817/08.
- Cour EDH, 5<sup>e</sup> section, 21 juin 2011, *Polednová c. République Tchèque décision sur la recevabilité***, req. n° 2615/10 ; *Actualités Droits-Libertés* 7 juillet 2011, note. N. Hervieu.
- Cour EDH, 8 décembre 2011, *Göbel c. Allemagne***, req. n° 35023/04.
- Cour EDH, 8 décembre 2011, *Althoff et autres c. Allemagne***, req. n° 5631/05.
- Cour EDH, 23 janvier 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie***, req. n° 27765/09 ; *JCP* 2012 p. 380.
- Cour EDH, Grande chambre, 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce***, req. n° 42202/07 ; *AJDA* 2012 p. 1726, chron. Burgorgue-Larsen.
- Cour EDH, Grande chambre, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie***, req. n° 30078/06 ; *AJ famille* 2010 p. 493 ; *AJDA* 2012 p. 1726, chron. Burgorgue-Larsen ; *RDSS* 2012 p. 1041, note Tharaud
- Cour EDH, 10 avril 2012, *Strzelecki c. Pologne***, req. n° 2664/03 ; *RFDA* 2013 p. 576, chron. Labayle, Sudre, Dupré de Boulois et Milano.
- Cour EDH, 16 avril 2012, *Janowiec et autres c. Russie***, req. n° 55508/07 et 29520/09
- Cour EDH, 3 juillet 2012, *X c. Finlande***, req. n° 34806/04.
- Cour EDH, Grande chambre, 12 novembre 2013, *Söderman c. Suède***, req. n° 5786/08.
- Cour EDH, 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse***, req. n° 27510/08 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 janvier 2014, note Hervieu ; *AJDA* 2014 p. 147, chron. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014 p. 144, obs. Poissonier ; *RSC* 2014 p. 179, note Marguénaud.
- Cour EDH, 23 janvier 2014, *East/West Alliance Limited c. Ukraine***, req. n° 19336/04.
- Cour EDH, 27 mai 2014, *Margus c. Croatie***, n° 4455/10.
- Cour EDH, Grande chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Affaire S.A.S c. France***, req. n° 43835/11 ; *D.* 2014 p. 1451 ; *AJDA* 2014, p. 1348.
- Commission EDH, 13 mai 1982, *X c. Royaume-Uni***, req. n° 8873/80.
- Commission EDH, 9 juin 1958, *De Becker c. Belgique (recevabilité)***, req. n° 214/56.

## Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour IDH, 3 novembre 1997, *Castillo Páez c. Pérou*, Série C n° 34.

Cour IDH, 14 mars 2001, *Barrios Altos c. le Pérou*, Série C n° 75.

Cour IDH, 3 juillet 2004, *Molina Theissen c. Guatemala (réparations)*, Série C n° 108.

Cour IDH, 5 juillet 2004, *Comerciantes c. Colombie*, Série C n° 109.

Cour IDH, 19 novembre 2004, *Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala (réparations)*, Série C n° 116.

Cour IDH, 15 juin 2005, *Communauté Moiwana c. Suriname*, Série C n° 124.

Cour IDH, 4 juillet 2006, *Ximenes Lopes v. Brésil*, Série C n° 149

Cour IDH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, Série C, n° 154.

Cour IDH, 26 septembre 2006, *Vargas Areco C. Paraguay*, Série C, n° 155.

Cour IDH, 30 novembre 2007, *Caso La Cantuta c. Pérou*, Série C n° 173.

Cour IDH, 1<sup>er</sup> septembre 2010, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivie*, Série C, n° 217.

Cour IDH, 30 mars 2010, *Gomes Lund et autres (Gerilha do Araguaia) c. Brésil*, Série C, n° 219.

Cour IDH, 24 février 2011, *Gelman c. Uruguay*, Série C, n° 221.

Cour IDH, 25 octobre 2012, *Massacres du Mozote et autres lieux c. El Salvador*, Série C, n° 252.

## Jurisprudence étrangère

### *Afrique du Sud*

COUR CONSTITUTIONNELLE, 25 juillet 1996, *AZAPO et autres c. le Président de la République Sudafricaine et autres*, CCT 17/96.

COUR CONSTITUTIONNELLE, 18 août 2009, *Du Toit c. Ministère de la Sécurité et la Sûreté d'Afrique du Sud*, CCT 91/08.

COUR CONSTITUTIONNELLE, 8 avril 2011, *The Citizen PTY c. Robert Mc Bride*, CCT 23/10.

### *Argentine*

COUR SUPRÊME, 14 juin 2005, *Simón, Julio et autres*, n° 17.768

### *Australie*

HAUTE COUR DE JUSTICE [High Court of Justice] (Australie), 3 juin 1992, *Mabo et autres c. Queensland*, (1992) 175 CLR 1.

### *Canada*

COUR SUPRÊME, 18 octobre 1929, *Edwards v. A.G. of Canada* [1930] A.C. 124, 136.

COUR SUPRÊME, 20 août 1998, *Affaire renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 S.C.R.



## *Chili*

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, 17 novembre 2004, *Miguel Angle Sandoval*, n° 2477.

## *El Salvador*

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE, 26 septembre 2000, n° 24-97/21-98

## *Espagne*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 12 mars 2003, *Ley orgánica 6.2002 sobre los partidos políticos*, n° 48/2003.

## *États-Unis d'Amérique*

COUR SUPRÊME, 11 mai 1914, *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914).

COUR SUPRÊME, 19 avril 1920, *Missouri vs. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

COUR SUPRÊME, 18 décembre 1944, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

COUR SUPRÊME, 27 juin 1997, *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

US DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF NEW YORK, 5 novembre 2001, *Abrams v. SNCF*.

US COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT COURT, 13 juin 2003, *Abrams v. SNCF*.

US COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, 9 Nov 2004, *Abrams v. SNCF*.

US COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, 7 Sep 2010, *Freund v. SNCF*.

## *Honduras*

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, 27 juin 2000, *Inconstitutionnalité des décrets n° 199-87 et 87-91, RI20-99*

## *Pérou*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2 mars 2007, *Santiago Martín*, [Recurso de agravio constitucional], n° 679-205-PA/TC.

## *Royaume-Uni*

COUR DU BANC DU ROI [COURT OF THE KING'S BENCH], 20 avril 1769, *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 98 ER 201 (1769).

CHAMBRE DES LORDS, 26 NOVEMBRE 1992, *Pepper v. Hart*, UKHL 3 (1992).

## *Uruguay*

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, 19 octobre 2009, *Sabalsaragay Curutchet* [exception d'inconstitutionnalité], n° 365.

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, 29 octobre 2010, *Organisation des Droits de l'Homme* [exception d'inconstitutionnalité], n° 1525.

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, 25 novembre 2013, *AA y otros* [exception d'inconstitutionnalité], n° 567.



# Index

## A

affaire des Comores, 151, 152, 153, 154  
affaire Dreyfus, 380, 539  
Afrique du Sud, 38, 275, 278, 443, 547  
Algérie, 118, 281  
    Constitution, 281  
    guerre de, 118, 209, 329, 466, 475, 476, 477, 511, 518, 525, 544, 552, 624, 646, 674  
Allemagne (République fédérale), 171, 180, 181, 222, 251, 277, 474  
Allemagne (République fédérale)  
    loi fondamentale  
        clause d'éternité, 277  
Alsace-Moselle, 102, 118, 416, 418  
amnistie, 37, 39, 191, 512, 514, 518, 521, 523 et ss., 530, 533 et ss., 588, 679, 682  
    politique, 533, 534  
anachronisme, 127, 139, 225, 643, 644, 682  
Ancien Régime, 131, 289, 290, 291, 292, 293, 296, 297, 298, 307, 354, 379, 489  
anciens combattants, 119, 447, 474, 480, 497, 562  
Andorre, 270  
Apartheid, 38, 275, 278, 443, 547  
archives, 28, 33, 478, 484  
Argentine, 545  
autorité  
    prétention à, 50, 65, 66, 68, 89, 231, 235, 238, 242, 244, 252, 255, 257, 266, 339, 367, 430, 433, 442  
Autriche, 212, 461

## B

Bahreïn (Royaume de), 253, 269  
Bangladesh, 271  
Barbade, 271  
Bénin, 280, 482  
Biélorussie, 273  
Bolivie, 283, 284, 549  
bonapartisme, 298, 311  
Bosnie-Herzégovine, 178, 211  
Brésil, 549, 585  
Burkina Faso, 269  
Burundi, 287

## C

calendrier républicain, 293, 299, 306  
Canada, 55  
chartes monarchiques  
    de 1814, 289, 301, 305, 306, 308, 520  
    de 1830, 307, 308  
Chili, 351, 544, 547, 549  
Chine, 272, 285  
Chypre, 215  
circonstances exceptionnelles (théorie de), 162, 163, 164, 166, 167  
*class action*, 569, 578  
clause coloniale, 169  
codification, 50, 337, 341, 344, 359, 361, 431  
colonisation, 18, 19, 151, 154, 184, 273, 285, 492, 561, 563, 579, 606, 607, 659, 664  
Comité consultatif constitutionnel, 98, 99, 102, 125, 332  
commémorations, 21, 36, 46, 262, 314, 448, 450, 462, 463, 465, 466, 467, 470, 471, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 484 et ss., 610, 642, 679, 682, 683, 686  
    célébrations, 294, 463, 464, 478, 486, 489, 494, 495  
    Fêtes révolutionnaires, 294, 296, 489  
    Haut comité aux commémorations nationales, 494  
    journées nationales commémoratives, 473, 474, 475, 477, 624  
    nationales, 463, 473, 474, 485, 486, 492, 494, 495, 496, 509  
    Recueil des commémorations nationales, 478, 495  
commissions vérité et réconciliation, 278, 443, 579  
*common law*, 69, 106, 135, 337, 344, 351, 430  
Commonwealth, 143, 271, 273  
communards, 538  
communautarisme, 673, 675  
compétence  
    ratione temporis, 53, 139, 206, 207, 210, 217, 218, 222, 223, 566, 577  
conclusions des commissaires du gouvernement / rapporteurs public, 91, 124, 377  
concordat, 103, 302

Congo (République démocratique du), 269, 271  
 conscience collective, 30, 399, 451, 591  
 conscience nationale, 191, 391, 392, 397, 398,  
 399, 400, 403, 434, 478  
 Conseil de l'Europe, 105, 106, 110, 132, 173  
 conservatisme, 297, 433  
 constitution  
   conventions de, 348  
   écrite, 346  
   historique, 244  
   volonté du constituant, 74, 75, 76, 90, 94, 96,  
   97, 99, 100, 103, 104, 128, 301  
 Constitution (France)  
   de 1791, 288, 289, 290, 293  
   de 1793, 293, 320, 387, 425, 428  
   de 1795, 295, 320, 425, 489  
   de 1848, 309, 310, 311, 313, 326, 425  
   de 1852, 288, 289, 301, 302  
   de l'Empire, 300  
   de la III<sup>e</sup> République (lois constitutionnelles  
   de 1875), 311, 312, 314, 322, 346  
   1<sup>er</sup> projet de 1946, 406  
   de la IV<sup>e</sup> République, 102, 128, 153, 253, 325,  
   328, 353, 385, 405, 416  
   de la V<sup>e</sup> République, 96, 97, 98, 99, 101, 103,  
   117, 124, 126, 128, 129, 131, 231, 328, 330,  
   331  
   projet de 1814, 304  
 constitutionnalisme  
   constitutionnalisme global, 265  
 Consulat, 298, 299, 302, 423, 425  
 contexte historique, 34, 49, 50, 52, 56, 59, 62, 64,  
 67, 68, 70, 76, 85, 88, 116 et ss., 140, 141 et ss.,  
 162, 171, 173, 181, 183, 206, 209, 214, 219,  
 222, 225, 226, 227, 259, 266, 289, 316, 320,  
 340, 364, 392, 433, 434, 461, 561, 649  
 contexte unique de la réunification  
   allemande, 166, 167  
 continuité républicaine, 122, 199, 202, 231, 289,  
 295, 296, 316, 322, 325, 326, 327, 331, 383,  
 390, 392, 393, 405, 409, 413, 426, 505, 681  
 contrôle de constitutionnalité, 74, 97, 127, 128,  
 243, 262, 314, 370, 388, 402, 404, 405, 408,  
 545, 546, 547, 620, 623, 624, 633, 652, 667  
   a posteriori, 93, 117, 150, 416, 621, 623  
   a priori, 92, 150, 548, 621, 622, 650  
 Convention de Vienne sur le droit des traités,  
 69, 105, 106, 107, 120, 169, 207  
 Corée du Nord, 285  
 Costa Rica, 253, 351  
 Côte d'Ivoire, 287

coutume, 45, 250, 337, 340, 341 et ss., 390, 427,  
 434, 681  
   constitutionnelle, 346, 349  
   internationale, 115, 344, 355, 566  
   parlementaire, 353  
   preuve, 357  
 crimes contre l'humanité, 189 et ss., 203, 206,  
 208, 220, 221, 224, 275, 278, 441, 474, 476,  
 506, 545 et ss., 560, 564, 599, 601, 626, 630,  
 652, 654, 657, 684  
 Croatie, 217, 281, 282, 549  
 Cuba, 284

## D

déclaration de droits, 288, 294, 310, 314, 317,  
 321, 323, 325, 332  
 Déclaration des droits de l'Homme et du  
 citoyen (1789), 65, 99, 126, 127, 128, 131, 265,  
 293, 294, 314, 319, 321, 324, 325, 386, 390,  
 399, 405, 406, 423, 428, 515  
 décolonisation, 118, 125, 151, 267, 270, 332, 492,  
 580  
 démocratie  
   militante, 179, 181, 277  
   processus de démocratisation, 280, 482, 491  
   Transition démocratique, 141, 162, 169, 171,  
   179, 182, 183, 269, 270, 279, 280, 514, 540,  
   542, 543, 545, 547  
 déni de justice, 59, 137, 139, 195  
 dommages de guerre, 559  
 droit vivant (doctrine du), 93, 96

## E

École historique, 58, 338  
 Édité des Nantes, 536  
 effectivité, 108, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239,  
 240, 241, 242, 245, 248, 258, 259, 334, 396, 595  
 efficacité, 108, 241, 245  
 El Salvador, 540, 547, 549  
 Empire, 299, 300, 301, 417, 472  
 emprunts russes, 159  
 enquête (obligation de), 214, 216, 217, 218  
 épuration, 393, 401, 528, 529, 535, 538, 539  
 Érythrée, 269, 271  
 esclavage, 165, 474, 476, 482, 483, 492, 506, 561,  
 564, 570, 579, 584, 630, 664, 674  
   Conférence de Durban, 579  
 Espagne, 542  
 État

de droit, 137  
de siège, 163  
français, 121, 122, 193, 309, 315, 385, 393,  
403, 506, 567  
état d'urgence, 163, 165  
Éthiopie, 269, 271  
expertise historique, 157, 158

## F

fait historique, 195, 225, 463, 601, 602, 604, 606,  
641, 642, 643, 645, 648, 653, 654, 657, 658, 677  
faute  
de service, 123, 193, 196, 198  
personnelle, 193, 196, 198  
Fédération yougoslave (ancienne), 274  
femmes de réconfort, 584  
fiction, 28, 65, 122, 244, 295, 296  
fondation, 39, 45, 49, 242, 248, 262, 433, 476, 681  
fondement, 34, 45, 50, 70, 73, 206, 231, 233, 235,  
237, 239, 240, 241, 244, 245, 247, 248, 249,  
250, 252, 256, 264, 266, 267, 334, 338, 391,  
430, 433, 434, 501, 682, 786  
fondement mythique, 280  
fondement négatif, 275  
fondement positif, 268  
fondement prospectif, 287  
formalisme, 238, 244, 578

## G

Gabon, 287, 293  
Gambie, 275  
génocide, 190, 191, 278, 551, 584, 633, 675  
génocide  
arménien, 518, 594, 626, 644, 654, 657, 658,  
669, 674, 675  
au Rwanda, 278  
en Ukraine, 675  
vendéen, 23, 675  
Géorgie, 273  
Gouvernement provisoire de la République  
française (GPRF), 423  
grâce (droit de), 501, 518, 521, 522, 523, 538, 555  
Grèce, 167, 463  
Guatemala, 270, 585  
guerre  
civile, 278, 328, 511, 516, 536, 542  
franco-française, 538  
Guinée, 278, 287  
Guniée-Bissau, 272

## H

Haut comité des commémorations nationales,  
478  
héritage, 269, 270, 287, 315, 380, 482, 539  
*Herrschaft*, 244  
histoire  
discipline historique, 26, 28, 33, 441, 659, 664  
histoire du droit, 34  
historicisme, 45, 49, 67, 83, 682  
historicité, 49, 67, 137, 462, 671  
récit historique, 26, 29, 80, 87, 137, 227, 261,  
268, 462, 681, 682  
historien, 16, 17, 21, 27, 28, 34, 139, 199, 227,  
429, 462, 561, 639, 645, 659, 660, 661, 662,  
663, 667, 677, 678, 680  
devoirs, 663  
querelle des historiens, 36  
Honduras, 547  
Hongrie, 181, 182, 221, 282, 283  
Hymne national, 161, 314

## I

identité, 30, 31, 43, 259, 370, 450, 456, 458, 459,  
486, 500, 508, 515, 653  
constitutionnelle, 426  
nationale, 27, 37, 42, 258, 533, 684  
idéologie, 33, 59, 71, 84, 177, 280, 282, 283, 286,  
317, 684  
Îles Marshall, 273  
*imperatoria brevitatis*, 156, 397  
imprescriptibilité, 189  
indemnisation (mesure de), 96, 121, 143, 166,  
195 et ss., 551, 558, 560, 568, 574, 575, 580 et  
ss., 605, 610  
indépendance nationale, 271  
internement des japonais-américains, 572, 576  
interprétation  
authentique, 73, 343  
constitutionnelle, 57, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77,  
87, 125, 370  
écoles  
libre recherche scientifique, 62  
évolutive, 52, 84, 88, 96, 99, 107, 108, 109,  
111, 115, 116, 120, 131, 132, 133, 548, 550  
exégèse, 61, 62  
fonctionnelle, 63  
génétique ou historique, 52, 64, 65, 66, 67,  
70, 100, 103, 104, 112, 113, 116, 149, 195,  
226, 682

interprète, 56, 58, 59, 60, 62, 71, 73, 74, 86  
méthode, 56, 57, 59, 60, 62, 63, 67, 70, 71, 74,  
75, 77, 88, 90, 92, 94, 104 et ss., 116  
outils, 70, 88  
privilege de, 91  
*purposive interpretation*, 77, 111  
téléologique, 74, 78, 95, 111, 112, 114, 116  
théories, 57, 61, 62, 84  
types  
généétique ou historique, 63, 100, 116  
sémiotique, 63  
Irak, 276  
Iran, 285, 286  
Irlande, 165, 267, 272  
Italie, 172, 213  
iusnaturalisme, 49, 242, 250, 258, 292  
iuspositivisme, 233  
pyramide, 239

## J

Japon, 260, 277, 584

## K

Kazakhstan, 269, 274  
Kenya, 271, 470, 471  
Kiribati, 270

## L

laïcité, 102, 171, 176, 376, 413, 417, 421, 422,  
489, 505, 663  
langage  
fonctions du, 28, 257, 457  
linguistic turn, 27  
Laos, 271, 471  
légalité  
principe de, 242, 243, 319, 341, 345, 371  
républicaine, 122, 322, 380, 394, 417, 567  
légistique, 254, 255, 256, 258, 387  
légitimité, 68, 233, 234, 239, 240, 244, 246, 247,  
276, 429  
légitimité  
domination légitime, 240  
légitimistes, 234, 309, 312  
mécanismes de légitimation, 26, 56, 80, 95,  
232, 233 et ss., 334, 335, 338, 339, 391, 398,  
428, 429, 430, 674, 682  
types, 240, 244, 261, 271, 290, 298, 304, 330  
Lettonie, 175, 220

Libéria, 279  
liberté  
d'enseignement, 326, 327, 400, 406, 412, 414,  
415, 611  
d'expression, 23, 35, 146, 147, 181, 277, 442,  
529, 530, 532, 602, 611, 624, 629, 630, 636,  
639, 646 et ss., 660, 661, 662, 663, 678  
de recherche, 442, 602, 659, 667  
Lieux de mémoire, 31, 499, 503  
Lituanie, 274  
living constitutionalism, 79, 83  
loi  
écran (Théorie de la), 97  
exposé de motifs, 96, 314, 370, 387, 388  
républicaine, 409, 411, 412, 413, 414, 415,  
417, 419, 420, 423, 424  
salique, 291, 299, 308  
lois mémorielles, 15, 18, 19, 441, 475, 593, 594,  
595, 597, 598, 599, 600, 601, 607, 608, 609,  
610, 611, 612, 624, 635, 648, 659, 669, 674,  
677, 678, 679, 682, 683, 786  
loi Gayssot, 22, 475, 599, 601, 602, 609, 610,  
624, 626, 635, 641, 646, 648, 649, 650, 652,  
653, 654, 656  
loi Mékachéra, 16, 17, 18, 19, 441, 476, 580,  
593, 599, 600, 605, 624, 642, 664, 666, 667,  
669  
loi sur le génocide arménien, 18, 599, 603,  
625, 627, 633, 635, 641, 654  
loi Taubira, 18, 476, 483, 570, 599, 604, 630,  
631, 632, 633, 634, 640, 641, 644, 645, 665,  
666, 667, 669  
lustration, 181  
Luxembourg, 212

## M

Macédoine, 177, 274  
Madagascar, 270  
Maldives, 471  
Mali, 280  
manipulation (du passé), 53, 281, 442, 447, 448,  
464, 640, 673, 679, 682  
marge d'appréciation de l'État, 170, 172, 176,  
182, 661  
Maroc, 578  
Mayotte, 152, 153, 154, 155, 361  
mémoire  
abus de, 458, 680, 682, 685, 686  
apaisée, 38, 445, 512, 588, 675, 682, 686

cadres sociaux, 453, 454, 455, 458, 460, 464, 488  
collective, 30, 32, 36, 447, 448, 449 et ss., 463, 464, 486, 498, 504, 513, 514, 518, 533, 541, 545, 550, 587, 659, 674, 682, 684, 786  
définition, 24, 29, 30, 31, 32, 33, 444, 449, 458, 459, 469, 479, 484, 505, 526, 570, 608, 624, 786  
devoir de mémoire, 13, 14, 458, 514, 550, 594, 608, 637, 666, 669 et ss.,  
droit à la mémoire, 653  
individuelle, 39, 450, 455, 456, 457, 458, 514, 518, 529  
politiques mémorielles, 20, 441, 444, 447, 448, 462, 463, 465, 466, 468, 469, 473, 476, 478, 481, 484, 509, 591, 606, 659, 664, 669  
publique officielle, 442, 447, 461, 466, 469, 477, 478, 479, 485, 509, 555, 584, 682  
sociale, 455  
souvenirs, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 458, 459, 498, 513, 516, 591  
théorie structurelle, 457  
travail de, 456, 469, 511, 513, 514, 516, 588, 673, 686  
Moldavie, 177  
monuments, 36, 479, 489, 498, 504, 505, 506  
aux morts, 504, 505  
contre-monument, 506  
forme, 503  
historiques, 479, 481, 500, 501, 502, 503  
message, 503  
Mozambique, 271  
Myanmar, 271  
mythe, 30, 262, 264, 268, 280, 283, 285, 288, 290, 292, 295, 298, 309, 315, 320, 327, 330, 331, 352, 380, 383, 430, 461, 489, 503, 511, 513, 518  
mythe  
mythe fondateur négatif, 277, 290

## N

Namibie, 275  
nation, 37, 43, 258, 259, 286, 441, 459, 460, 461, 462, 514, 679, 682  
négationnisme, 35, 550, 609, 641, 642, 645, 646, 648, 649, 650, 651, 653, 654, 655  
Nicaragua, 272  
Niger, 273  
norme  
à texture ouverte, 89, 137, 226  
normativisme, 226

normativité, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 240, 241, 245, 246, 247, 252, 253, 334, 430, 442, 595, 597, 598, 609, 611, 612, 613, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 627, 629, 632, 633, 634, 635, 645  
Nouvelle Calédonie, 165, 170, 343, 357, 541

## O

objectivité, 17, 27, 29, 33, 138, 430, 664  
occupation (Seconde Guerre mondiale), 197, 200, 201, 202, 220, 319, 322, 327, 394  
*opinio juris*, 348, 375, 427  
*opinio necessitatis*, 341, 351  
opinions séparées / dissidentes, 109, 133, 148, 178, 183  
originalisme, 79, 83, 84, 85, 86  
originalisme  
Living originalism, 263, 433  
soft, 85  
oubli, 46, 119, 191, 281, 297, 441, 445, 511, 512, 513 et ss., 587, 588, 591, 592, 671, 679, 682  
collectif, 37, 517, 519, 541  
*damnatio memoria*, 519  
droit à, 514, 518, 526, 527, 528, 529, 530, 532, 533  
oubli numérique, 530, 531  
Ouganda, 279

## P

Pakistan, 272  
Paraguay, 585  
pardon, 521, 523, 536, 541  
passé  
douloureux, 31, 33, 37, 184, 267, 276, 277, 278, 279, 431, 441, 443, 460, 514, 533, 543, 554, 572, 578, 581, 584, 586, 588, 670, 671, 674, 682, 687  
patrimoine  
culturel, 500, 501, 502, 503  
historique, 160, 500  
pères fondateurs, 70, 76, 80, 81, 82, 85, 109, 112, 115, 226, 271, 276  
Pérou, 284, 547, 548, 585  
pluralisme, 94, 171, 387, 444, 464, 662, 679  
Pologne, 182  
Portugal, 279  
pouvoir constituant, 100, 231, 247, 253, 258, 259, 261, 262, 266, 268, 278, 289, 332, 334, 431, 433, 471



pouvoir de révision, 22, 100, 117, 153, 277, 301, 388

préambule, 99, 125, 130, 131, 252, 253, 255, 258, 259, 260, 261, 263, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 275, 279, 310, 324, 325, 406

préjudice de l'histoire, 557, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 571

prescription  
de l'action, 521, 530  
de la peine, 521, 522  
décennale, 188  
quadriennale, 187, 188, 203, 204

Président de la République, 302, 312, 330, 347, 349, 386, 466, 470, 472, 538

principes  
PFRLR, 6, 338, 384, 387, 391, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 423, 424, 425, 426, 662  
PGD, 210, 338, 350, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 429, 434

procès, 35, 191, 511

procès historiques  
Barbie, 35  
de Nuremberg, 33, 192, 208, 552, 644, 653, 658  
Papon, 121, 122, 139, 192, 193, 196, 197, 199, 225  
procès Touvier, 191, 192  
Touvier, 192

processions (réglementation), 372, 375, 376, 377

## R

rapatriés, 16, 575, 580, 606

réconciliation, 38, 275, 278, 279, 280, 323, 443, 482, 511, 525, 526, 533, 534, 535, 538, 540, 541, 545, 550, 551, 554, 555, 578, 583, 586, 588, 592, 682, 687

recours  
délais, 185, 186, 187, 205

référendum, 76, 98, 100, 128, 151, 152, 284, 301, 322, 324, 325, 330, 347, 386, 389

réparation, 119, 575, 582  
compensation, 144, 169, 579, 580, 581, 583, 610  
restitution, 167, 168, 200, 580, 581, 582, 583  
satisfaction, 577, 581, 583, 584  
symbolique, 564, 581, 584, 605

repentance, 39, 119, 276, 277, 279, 441, 460, 470, 488, 493, 506, 512, 556, 573, 575, 672, 680

République  
de Weimar, 179, 181, 243  
France (II<sup>e</sup> République), 301, 311, 379, 380  
France (III<sup>e</sup> République), 124, 127, 313, 315, 317, 318, 349, 380, 382, 386, 393, 400, 405, 415, 416, 419, 463, 472, 489, 492, 538, 659  
France (IV<sup>e</sup> République), 124, 231, 329, 353, 355, 413, 463, 472  
France (V<sup>e</sup> République), 124, 125, 138, 231, 329, 347, 387

République Centrafricaine, 271

République Dominicaine, 272

République tchèque, 178, 222

réserves (traités), 162, 206, 207, 209, 212, 213

résistance, 273, 318, 320, 330, 488

résistance à l'oppression, 129, 310, 320

résolutions parlementaires, 476, 477

responsabilité  
de l'État, 96, 121, 122, 139, 159, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199 et ss., 214, 392, 470, 506, 565, 566, 567, 573, 574, 577, 582  
irresponsabilité de la puissance publique, 122, 574

roman national, 268, 280, 282, 306, 334, 659

Roumanie, 174, 177, 216, 217, 471

Royaume-Uni, 174

Russie, 274

Rwanda, 278

## S

sanction, 21, 22, 41, 257, 394, 522, 622, 624, 637, 645, 677

sécurité juridique (principe de), 60, 69, 137, 139, 211, 223, 401, 402, 574, 613, 615, 684, 686

séparation des pouvoirs (principe de), 524

service de travail obligatoire (STO), 157, 188

Seychelles (République des), 273

Shoah, 20, 492, 550, 562, 567, 570, 574, 587, 602, 626, 630, 641, 649, 653, 657, 658, 670, 674

SNCF, 568, 569

sources  
formelles, 342  
matérielles, 230, 384

souveraineté, 154, 209, 258, 271, 291, 292, 297, 426

spoliation, 200, 201, 563, 580

spoliations  
Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations, 200, 201, 580

Sri Lanka, 471

stalinisme, 447, 482  
subsidiarité (principe de), 171, 501, 616  
symboles, 294, 300, 489  
système juridique, 57, 59, 69, 246, 247, 248, 256,  
265, 266, 338, 431

## T

Tadjikistan, 288  
Tchad, 280  
temps  
  de la longue durée, 681  
  immémorial, 351  
  intemporel, 681  
  mythique, 681  
texte  
  clair, 91, 113  
  obscur, 90, 92, 113  
tradition, 24, 45, 60, 77, 172, 173, 174, 232, 234,  
250, 252, 261, 263, 264, 269, 271, 293, 307,  
335, 337, 340, 346, 354, 366 et ss., 420, 421,  
431, 434, 517  
  locale ininterrompue, 340, 368, 370, 371, 373  
  républicaine, 231, 313, 326, 327, 355, 370, 378  
  et ss., 403, 404, 407, 419, 426, 427, 429, 431,  
  681  
travaux préparatoires, 52, 65, 66, 67, 68, 78, 88,  
89 et ss., 156, 208, 332  
  Comité chargé de la publication des travaux  
  préparatoires des institutions de la V<sup>e</sup>  
  République, 98  
Tunisie, 269  
Turquie, 171, 176

## U

*Ubuntu*, 443  
URSS, 210, 218, 220, 273, 274  
Uruguay, 546, 549  
usage, 340, 350, 358, 359, 362, 434, 485, 513, 786  
  preuve, 362, 363  
  usages locaux, 340, 345, 358 et ss.

## V

validité, 213, 230, 233, 234, 235 et ss., 259, 334,  
337, 342, 350, 429  
Venezuela, 284, 488  
vérité  
  fidélité, 81, 461, 465, 497  
  historique, 21, 138, 339, 429, 461, 534, 594,  
  640, 641, 646, 654, 661, 662  
  officielle, 35, 46, 442, 602, 639, 653, 682  
Vichy (régime de), 30, 119, 121, 123, 189, 191,  
192, 193, 198, 199, 202, 203, 315, 317, 318,  
327, 328, 330, 381, 383, 393, 394, 423, 539,  
567, 580  
Vietnam, 471  
violation continue, 214, 215, 216  
vivre-ensemble, 441, 443, 526, 593, 679, 684  
*Volkgeist*, 58, 342, 433

## W

Waitangi (Tribunal de), 184



# Table des matières

<b>Introduction générale.....</b>	<b>13</b>
§ 1. Contexte et intérêt de l'étude : le débat autour des lois mémorielles.....	15
(A) La genèse de la contestation des lois dites « mémorielles » .....	16
(B) Les réponses mitigées des pouvoirs publics .....	18
(C) La permanence du débat sur les questions mémorielles.....	21
§ 2. Le cadre conceptuel : le passé, l'histoire et la mémoire .....	23
(A) Un passé composé .....	23
(B) L'indétermination de la notion d'histoire .....	24
(C) La relativisation de l'opposition entre mémoire et histoire.....	29
§ 3. Délimitation de l'objet d'étude : une réflexion à partir du droit public français sur l'ensemble des usages du passé par le droit.....	33
(A) L'ambivalence des rapports entre le droit et l'histoire .....	33
(B) Le droit et les représentations mémorielles du passé.....	35
(C) La délimitation méthodologique et spatio-temporelle de l'étude .....	39
§ 4. Problématique et plan de l'étude : l'encadrement, l'utilisation, l'instrumentalisation et la déformation du passé par le droit.....	42
(A) Prémisses et problématique .....	43
(B) Plan de l'étude .....	44
<b>Première Partie : La fondation du droit par le passé .....</b>	<b>47</b>
<b>TITRE I. Le passé comme cadre de l'interprétation et de l'application de la norme ... 51</b>	
CHAPITRE I. Le passé comme élément pour l'interprétation de la norme à appliquer.....	55
Section 1. La place du passé dans la théorie et les méthodes d'interprétation.....	57
§ 1. Clio, Hermès et Thémis : les relations entre l'Histoire et l'herméneutique juridique.....	58
(I) Théorie et nature de l'opération d'interprétation juridique.....	59
(A) L'idéologie de l'interprète .....	59
(B) La nature de l'opération d'interprétation .....	60
(C) L'influence des courants philosophiques .....	61
(II) Les méthodes historiques d'interprétation.....	63
(A) La méthode dite « historique » d'interprétation au sens strict.....	64
(B) La contextualisation historique de la norme à interpréter dans le cadre d'une méthode syncrétique .....	67
§ 2. Les particularités de l'interprétation historique de la Constitution .....	70
(I) La spécificité relative de l'interprétation constitutionnelle .....	71
(A) Les particularités de la norme constitutionnelle .....	71
(B) Les particularités de l'interprète constitutionnel.....	73
(C) La place du passé dans les techniques d'interprétation constitutionnelle .....	75
(II) La place particulière du passé dans l'interprétation de la Constitution des États-Unis 79	
(A) Originalism v. Living constitutionalism : deux approches divergentes de l'utilisation de l'histoire dans l'interprétation constitutionnelle .....	80
(B) Le développement d'approches intermédiaires et le recours renouvelé aux arguments historiques dans l'interprétation constitutionnelle.....	84
Section 2. La place du passé dans les pratiques jurisprudentielles de l'interprétation .....	88
§ 1. Le recours aux travaux préparatoires et à la volonté historique du législateur .....	89
(I) Le recours fréquent à la méthode historique dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel.....	90

(A)	Le recours à la volonté du législateur pour éclairer un texte obscur.....	90
(B)	La problématique du recours à la volonté d'un constituant difficilement saisissable 97	
(II)	L'interprétation historique comme méthode complémentaire d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	104
(A)	La diversité des méthodes d'interprétation utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme.....	105
(B)	La volonté des rédacteurs, justification du choix d'une méthode d'interprétation 108	
(C)	Le recours discret aux travaux préparatoires comme instrument complémentaire d'interprétation de la CEDH.....	112
§ 2.	La place subsidiaire du recours au contexte historique pour l'interprétation de la norme 116	
(I)	La contextualisation historique de la norme à interpréter par le juge administratif et constitutionnel.....	116
(A)	La contextualisation historique de normes anciennes encore en vigueur .....	117
(B)	L'examen du contexte historique des différents éléments qui composent la Constitution de la V <sup>e</sup> République .....	124
(II)	La contextualisation historique comme point de départ d'une interprétation évolutive par la Cour européenne des droits de l'homme .....	132
(A)	Le recours au contexte de rédaction de la Convention .....	132
(B)	La prise en compte du contexte d'adoption de la législation du pays défendeur ..	134
	Conclusion du Chapitre I .....	137
CHAPITRE II.	La prise en compte du passé dans l'examen des faits .....	139
<u>Section 1.</u>	Le contexte historique de l'affaire soumise au juge .....	141
§ 1.	Le contexte historique, élément pour la compréhension des faits de l'espèce .....	141
(I)	La contextualisation historique des affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme : la prise en compte de l'histoire mouvementée de quarante-sept pays membres.....	142
(A)	Un recours variable au contexte historique de l'affaire .....	142
(B)	Une contextualisation historique obéissant à différents objectifs .....	145
(II)	La contextualisation historique dans la jurisprudence interne : un recours discret à l'histoire récente de la France.....	149
(A)	Le modeste recours à la contextualisation historique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel .....	149
(B)	Les difficultés liées à la contextualisation historique dans la jurisprudence administrative.....	156
§ 2.	Le recours à l'histoire comme stratégie argumentative.....	161
(I)	L'histoire comme justification d'un dispositif d'exception .....	162
(A)	Le contexte historique considéré comme circonstance exceptionnelle.....	162
(B)	Les particularités historiques comme justification d'une réserve à la Convention 168	
(II)	La prise en compte de l'histoire dans le contrôle de la marge d'appréciation de l'État 170	
(A)	La marge d'appréciation en matière de questions religieuses et de pratiques locales 171	
(B)	La marge d'appréciation dans l'application des droits politiques.....	173
(C)	Le poids de l'histoire dans le contentieux lié à la transition démocratique .....	179
<u>Section 2.</u>	La possibilité pour le juge de se prononcer sur des faits historiques .....	184
§ 1.	Clio devant le juge administratif : une possibilité rare et limitée .....	186
(I)	L'encadrement de la compétence temporelle du juge administratif.....	186
(A)	Une compétence limitée par de courts délais.....	186
(B)	La non application de la règle de l'imprescriptibilité en droit administratif.....	189
(II)	L'examen de faits historiques liés à la Seconde Guerre mondiale par le juge administratif.....	195
(A)	L'examen de faits historiques dans le cadre d'une action récursoire pour déterminer la responsabilité de l'État dans la déportation .....	196

(B) L'examen de faits liés à la Seconde Guerre mondiale dans le contentieux des mesures de réparation .....	199
(C) La possibilité de moduler les délais de prescription afin de prendre en compte des faits passés.....	202
§ 2. L'extension de la compétence ratione temporis en droit de la CEDH : une possibilité controversée.....	206
(I) Une compétence à géométrie variable.....	207
(A) Les principes généraux du droit international en matière de compétence ratione temporis .....	207
(B) La modulation des principes généraux du droit international par la Cour européenne des droits de l'homme .....	210
(II) La possibilité pour la Cour de connaître des faits historiques antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention .....	214
(A) L'existence d'une violation ou d'une situation continue.....	214
(B) Le caractère détachable de l'obligation d'enquête .....	216
(C) L'analyse des jugements dits « historiques » à la lumière des exigences du procès équitable et des garanties de la défense.....	220
Conclusion du Chapitre II.....	224
<b>Conclusion du Titre I .....</b>	<b>226</b>
<b>TITRE II. Le passé comme source du droit .....</b>	<b>229</b>
CHAPITRE I. Le passé comme fondement de la légitimité de l'ordre constitutionnel.....	231
Section 1. L'appel au passé comme mécanisme de légitimation de l'ordre constitutionnel : une approche théorique.....	233
§ 1. La difficile appréhension de la légitimité en droit.....	234
(I) L'occultation de la problématique de la légitimité selon différentes approches théoriques.....	235
(A) Les trois pôles de la normativité : validité, effectivité et légitimité .....	235
(B) La réduction de la normativité à la validité ou à l'effectivité.....	238
(C) Les paradoxes des approches réductionnistes de la légitimité.....	241
(II) La nécessité de s'interroger sur la légitimité et les mécanismes de légitimation de la norme fondamentale.....	245
(A) La légitimité, condition première de la normativité du système constitutionnel .	246
(B) Les diverses formes de légitimation du système constitutionnel.....	248
§ 2. L'explicitation des mécanismes de légitimation de l'ordre constitutionnel.....	252
(I) Du rôle et de l'utilité des préambules.....	253
(A) L'utilité pédagogique et justificative des préambules .....	253
(B) La fonction expressive des préambules constitutionnels .....	258
(II) La légitimation par le passé dans les préambules constitutionnels .....	260
Section 2. L'appel au passé dans les textes constitutionnels : une étude comparée.....	264
§ 1. Les références historiques dans les constitutions du monde : une comparaison externe	265
(I) L'appel au passé comme fondement positif.....	268
(A) Les références générales au passé du peuple et aux traditions.....	268
(B) L'affirmation de l'indépendance.....	270
(C) L'inscription dans la continuité de l'État .....	273
(II) L'appel au passé comme fondement négatif.....	275
(A) Rupture avec le régime précédent .....	275
(B) La reconnaissance d'un passé douloureux .....	276
(III) Le fondement mythique .....	280
(IV) Le fondement prospectif.....	287
§ 2. Les préambules et articles liminaires des Constitutions françaises : une comparaison historique interne .....	288
(I) Les premières Constitutions révolutionnaires.....	289
(A) Constitution du 3 septembre 1791 .....	290
(B) Constitution de 1793 ou de l'an I .....	293
(C) La Constitution de l'an III (1795).....	295

(II) Les constitutions napoléoniennes.....	298
(A) Les Constitutions de l'an VIII, X et XII : du Consulat à l'Empire.....	298
(B) L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815.....	300
(C) La Constitution de 1852 et le Second Empire.....	301
(III) Les Chartes monarchiques.....	303
(A) Le projet de Constitution sénatoriale du 6 avril 1814.....	304
(B) La Charte constitutionnelle de 1814.....	305
(C) La Charte de 1830.....	307
(IV) Les constitutions républicaines et les projets constitutionnels de la Résistance et de l'État français.....	309
(A) La Constitution du 4 novembre 1848.....	309
(B) Lois constitutionnelles de 1875.....	311
(C) Projets de constitution de Vichy.....	315
(D) Projets de la Résistance et de la France libre.....	318
(E) Projet de Constitution du 19 avril 1946.....	322
(F) La Constitution de la IV <sup>e</sup> République.....	325
(G) La Constitution de la V <sup>e</sup> République.....	328
Conclusion du Chapitre I.....	334
CHAPITRE II. Le passé comme source de normes juridiques.....	337
Section 1. Le passé comme source de règles juridiques : coutumes, usages et traditions.....	340
§ 1. Une survivance du passé : les règles d'origine coutumière.....	341
(I) La difficile affirmation de la coutume comme source en droit public interne.....	341
(A) L'acceptation de la coutume comme source du droit.....	342
(B) La place variable de la coutume selon le système et les branches du droit.....	344
(II) Le critère d'ancienneté parmi les éléments définissant une coutume.....	350
(III) La référence discrète aux coutumes dans la jurisprudence.....	353
(A) L'absence du recours à la coutume dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	353
(B) Les invocations variées mais éparpillées de règles coutumières dans la jurisprudence administrative.....	354
§ 2. Une référence aux pratiques passées : le recours aux usages.....	358
(I) Le renvoi aux usages locaux par une norme écrite.....	359
(II) L'examen du critère d'ancienneté et de constance d'un usage par le juge.....	362
§ 3. Une continuité avec le passé : la mention de la tradition.....	366
(I) La tradition : une notion floue invoquée par des textes normatifs.....	367
(II) Une invocation circonstanciée et limitée de la tradition par la jurisprudence.....	370
(A) L'examen limité de la tradition devant le juge constitutionnel.....	370
(B) La tradition dans la jurisprudence administrative : entre courses de taureaux et processions religieuses.....	372
(III) Les particularités de la « tradition républicaine ».....	378
(A) La « tradition républicaine » : une invocation récurrente d'une notion problématique.....	378
(B) L'invocation de la « tradition républicaine » dans la jurisprudence.....	384
Section 2. Le passé comme fondement des principes non écrits.....	391
§ 1. Les principes généraux du droit : un reflet de la conscience nationale.....	392
(I) Une « théorie » ancrée dans un contexte historique particulier.....	392
(II) Le passé comme l'une des sources implicites des principes généraux du droit.....	396
(A) Une création jurisprudentielle aux sources souvent implicites.....	396
(B) Le recours au passé dans les principes se rattachant à la philosophie politique... ..	398
(C) L'ancrage dans le passé des nouveaux principes généraux du droit.....	402
§ 2. L'ancrage républicain des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.....	405
(I) Genèse et fonction des PFRLR dans le préambule de 1946 : un pont entre les principes révolutionnaires et les idéaux sociaux de l'après-guerre.....	406
(II) La source républicaine des PFRLR dans la jurisprudence.....	412
(A) PFRLR à fondement textuel explicite.....	414
(B) PFLR à fondement implicite.....	418

(III) L'élargissement des sources des PFRLR : vers une conception extensive du passé républicain .....	423
Conclusion du Chapitre II.....	428
<b>Conclusion du Titre II.....</b>	<b>430</b>
<b>Conclusion de la Première Partie .....</b>	<b>433</b>
<b>Seconde Partie : L'organisation du passé.....</b>	<b>439</b>
<b>TITRE I. La mise en place d'une mémoire partagée .....</b>	<b>443</b>
CHAPITRE I. La construction d'un récit commun sur le passé .....	447
Section 1. Le rôle de l'État dans la construction d'une mémoire collective.....	449
§ 1. La dimension publique et collective de la mémoire.....	449
(I) L'encadrement social de la mémoire individuelle .....	450
(A) Le dépassement de la conception de la mémoire centrée sur l'individu.....	451
(B) Les cadres sociaux de la mémoire .....	453
(II) L'émergence d'une mémoire collective et sociale .....	454
(A) Les controverses autour de la notion de mémoire collective.....	454
(B) Mémoire collective et identité du groupe .....	458
§ 2. Les objectifs de l'intervention étatique dans la construction mémorielle .....	460
(I) La configuration d'une mémoire publique officielle.....	460
(II) Les limites de l'intervention mémorielle de l'État dans une société pluraliste.....	464
Section 2. Les évolutions des politiques mémorielles dans la quête de la cohésion nationale.....	469
§ 1. Les principaux acteurs mémoriels.....	469
(I) Une interaction entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.....	470
(II) Un appareil administratif dédié aux politiques mémorielles.....	478
(III) Une multiplication de nouveaux acteurs mémoriels .....	479
§ 2. Les évolutions des politiques mémorielles.....	484
(I) Les transformations des commémorations officielles .....	484
(A) Le rôle et les caractéristiques des commémorations nationales .....	485
(B) De la fête révolutionnaire à la commémoration des victimes : les évolutions des commémorations publiques nationales .....	488
(C) La problématique de l'inflation commémorative.....	495
(II) La mise en valeur du patrimoine mémoriel .....	498
(A) L'ancrage physique de la mémoire collective officielle.....	498
(B) La politique patrimoniale mémorielle de l'État.....	500
(C) La construction de monuments commémoratifs comme élément de représentation du passé commun.....	504
Conclusion du chapitre I.....	509
CHAPITRE II. La gestion de la réconciliation : entre oubli et réparations.....	511
Section 1. La gestion de l'oubli comme condition d'une mémoire apaisée .....	513
§ 1. Le rôle de l'oubli dans la construction de la mémoire collective officielle.....	514
(I) L'oubli comme corollaire nécessaire du travail de mémoire .....	514
(II) Les institutions juridiques de l'oubli.....	518
(A) Les diverses manifestations juridiques de l'oubli .....	519
(B) L'émergence controversée d'un « droit à l'oubli ».....	526
§ 2. La gestion de passés douloureux par l'amnistie .....	533
(I) L'amnistie comme instrument de réconciliation et de reconstruction.....	534
(A) Les motivations des mesures d'amnistie dans l'histoire .....	534
(B) Les différentes modalités de l'amnistie comme instrument de résolution de crises	536
(C) L'oubli décrété comme moyen légitime pour surmonter des passés conflictuels.....	541
(II) La remise en cause des oublis décrétés .....	543
(A) Les raisons du questionnement du recours aux amnisties politiques.....	543



(B) Les modalités de la remise en cause des amnisties politiques.....	545
<b>Section 2.</b> La réparation des préjudices de l'histoire.....	555
§ 1. La définition problématique des préjudices de l'histoire.....	556
(I) L'histoire comme source de préjudices.....	557
(A) Le modèle d'origine : les préjudices de guerre .....	557
(B) L'émergence de la notion de « préjudices de l'histoire ».....	560
(II) À la recherche des acteurs du préjudice de l'histoire.....	564
(A) L'évolution de la conception de la responsabilité pour les préjudices de l'histoire	565
(B) La difficile détermination des victimes .....	569
§ 2. L'organisation de la réparation des préjudices de l'histoire.....	573
(I) La problématique de voies empruntées pour la réparation des préjudices de l'histoire	573
(A) La voie législative.....	574
(B) La voie juridictionnelle.....	576
(C) Les voies ad hoc .....	578
(II) Les modalités de réparation .....	581
(A) Des mesures de réparation matérielle souvent inadaptées.....	582
(B) Le recours à des mesures de compensation symboliques.....	583
Conclusion Chapitre II.....	587

**Conclusion du Titre I..... 591**

**TITRE II. Les déformations dialectiques du droit et du passé..... 593**

CHAPITRE I. Le risque de fragilisation de la règle de droit : le débat sur la normativité des lois mémorielles .....	595
<b>Section 1.</b> L'absence de normativité comme critère de définition des lois mémorielles : une caractérisation problématique.....	597
§ 1. La difficile conceptualisation de la normativité.....	597
§ 2. L'impossible unité catégorielle des lois mémorielles.....	599
(I) La diversité des lois mémorielles.....	601
(A) La loi Gayssot.....	601
(B) La loi relative à la reconnaissance du génocide arménien.....	603
(C) La loi Taubira .....	604
(D) La loi Mékachéra .....	605
(E) La difficulté d'un consensus sur l'unité catégorielle.....	607
(II) « Lois mémorielles » : une définition introuvable.....	608
<b>Section 2.</b> Le caractère ambigu de l'exigence de portée normative dans la jurisprudence .....	612
§ 1. Une conception particulière de la normativité de la loi .....	613
(I) Le développement de l'exigence constitutionnelle de portée normative.....	613
(II) Les limites de l'exigence de normativité développée par le Conseil constitutionnel	617
§ 2. La possibilité de sanction des « neutrons législatifs » du droit mémoriel .....	622
(I) L'examen des lois dites « mémorielles » par le Conseil constitutionnel .....	623
(II) L'affirmation du caractère non normatif de la loi Taubira par la Cour de cassation .	630
Conclusion du Chapitre I.....	635

CHAPITRE II. La juridicisation du Passé.....	637
<b>Section 1.</b> Les risques de la qualification juridique du passé.....	639
§ 1. La réécriture juridique de l'histoire.....	639
(I) Les différentes modalités de réécriture de l'histoire.....	640
(II) Les effets possibles de la réécriture de l'histoire.....	642
(A) La méconnaissance de la compétence du législateur.....	642
(B) Les jugements rétroactifs et anachroniques .....	643
(C) Les possibles interférences avec le travail de l'historien .....	645
§ 2. Les risques d'atteintes à la liberté d'expression.....	646
(I) La possibilité de limiter la liberté d'expression.....	647
(II) L'examen des fondements de la pénalisation du négationnisme .....	648

(A) Le cas de la pénalisation de la négation de la Shoah : une limite à la liberté d'expression.....	649
(B) Le cas de la pénalisation de la négation du génocide arménien : une atteinte à la liberté d'expression.....	654
§ 3. Le risque d'atteintes à la liberté de recherche et de l'enseignement historique.....	659
(I) L'encadrement du travail de l'historien et de l'enseignement de l'histoire par le droit	659
(A) Un principe de liberté protégé par la Constitution et la CEDH.....	660
(B) Des limites répondant à l'intérêt général.....	662
(II) La possibilité d'atteinte à la liberté de la recherche et de l'enseignement de l'histoire : la problématique de la place de la colonisation et de l'esclavage dans la recherche et les programmes scolaires.....	664
<u>Section 2.</u> Les contradictions du devoir de memoire.....	669
§ 1. Le devoir de mémoire : un devoir juridique ?.....	670
(I) Les origines de la notion de devoir de mémoire.....	670
(II) La portée du devoir de mémoire.....	672
§ 2. Les potentiels abus du devoir de mémoire.....	673
(I) La concurrence des victimes.....	674
(II) Les risques du communautarisme.....	675
Conclusion du Chapitre II.....	677
<b>Conclusion du Titre II.....</b>	<b>678</b>
<b>Conclusion de la Seconde Partie.....</b>	<b>679</b>
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>681</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>689</b>
<b>Index.....</b>	<b>771</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>779</b>



**Titre de la thèse :** Histoire, mémoire et droit : le usages juridiques du passé.

**Résumé :** Le débat sur les lois « mémorielles » qui se développa en France à partir de 2005 servit de catalyseur pour une réflexion sur les relations entre le droit, l'histoire et la mémoire collective. Si le droit ne peut et, surtout, ne doit pas écrire l'histoire, les points de rencontre entre le droit et le passé sont nombreux, faisant ainsi du passé un véritable objet juridique.

En effet, le droit s'inscrit dans un passé qu'il peut aussi organiser. L'affirmation selon laquelle le droit est un phénomène social implique non seulement qu'il influe sur le contexte social, mais aussi qu'il s'inscrit dans un contexte donné. Le passé du groupe humain qu'il organise exerce ainsi une influence dans sa formation et dans son application. Il peut aussi lui servir de fondement pour ancrer sa légitimité et sa prétention à être obéi. Mais le droit participe aussi à l'organisation du passé. Si le passé doit être représenté ou reconstruit afin de devenir un objet de connaissance, le droit peut non seulement encadrer, guider et organiser ces représentations, mais il peut aussi les construire lui-même, contribuant ainsi à la mise en place d'une mémoire collective apaisée.

La fréquence et la variété des recours au passé par le droit démontrent leur généralité et leur utilité. Toutefois, l'examen de l'utilisation du passé par le droit révèle que tout usage porte en germe la possibilité d'une utilisation abusive. Si ces risques ont été mis en avant par le débat sur les lois mémorielles, leur examen critique permet une certaine relativisation des dangers de la juridicisation du passé et une mise en exergue de la nécessité de l'articulation des relations entre Thémis, Clio et Mnémosyne.

**Thesis' Title :** History, memory and the law : the legal uses of the past

**Abstract :** The debate over the “memorial laws” that developed in France since 2005 catalyzed a discussion on the relationship between law, history and collective memory. While Law cannot and, above all, should not write history, there are actually numerous connections between the Law and the past that render the past a true legal object.

Law is, indeed, part of a past that can be juridically organized. Hence, the claim that Law is a social phenomenon implies not only that it can affect the social context but also that it is inscribed in a given context. In this regard, the past that the Law aims to organize exercises an influence over its formation and its application. Furthermore, the past can be the basis of the Law's legitimacy and authority. At the same time, the Law participates in the organization of the past. If the past needs to be represented or rebuilt in order to become an object of knowledge, the Law can not only regulate, guide and organize those representations, but it can also build them itself, thus contributing to the establishment of an appeased collective memory.

The frequency and variety of the Law's references to the past demonstrate their relevance and usefulness. However, a closer examination of the use of the past within the Law reveals that this use carries the seeds of potential misuse. If those risks were highlighted by the debate over the “memorial laws”, further critical examination relativizes the dangers of juridification of the past and stresses the need for a better articulation of the relationship between Themis, Mnemosyne and Clio.



