

ÉPREUVE D'ADMISSIBILITÉ

**RÉSUMÉ DE TEXTE PORTANT
SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL**
(Durée 3-heures – coefficient 3)



Résumer le texte ci-joint en 820 mots environ (*un écart de 10 % en plus ou en moins est toléré sur le nombre de mots du résumé*).

Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien

Par Marc FRANGI

Maitre de conférences de droit public à l'institut d'Etudes Politiques de Lyon (Université Lumière – Lyon II)

La mémoire, c'est-à-dire le souvenir et la commémoration d'événements passés, est devenue un enjeu majeur de notre temps, qu'il s'agisse notamment des deux guerres mondiales, de la guerre d'Algérie ou des métiers et savoir-faire aujourd'hui disparus. Si elle est l'objet d'études aussi bien chez les historiens que chez les spécialistes de philosophie et sciences politiques, la notion de mémoire reste pratiquement ignorée des juristes. Il semble en effet que Clio et Thémis feignent de s'ignorer, sauf dans le cas très particulier de l'examen par le juge pénal des infractions liées au non-respect de la mémoire, comme cela peut être le cas dans le domaine de la diffamation à l'égard d'un mort ou dans l'hypothèse du négationnisme à propos du génocide des juifs durant la Seconde Guerre mondiale, de telle sorte que les rapports entre le juge et l'historien ont déjà été abordés. En revanche la confrontation de la mémoire vis-à-vis du droit public n'a pas encore eu lieu.

En particulier, les rapports, pourtant parfois complexes, entre le législateur et l'histoire n'ont pratiquement pas été étudiés. L'interventionnisme de l'État dans l'étude et l'appréhension, voire la réécriture pure et simple, de l'histoire est généralement le fait de régimes totalitaires dans lesquels le contrôle public sur la société s'étend jusqu'à la manière de concevoir les événements passés fondateurs du pacte social. Par contre, dans une société libérale comme la nôtre, la liberté de la recherche universitaire, et notamment de la recherche historique, constitue un aspect particulier de la liberté d'opinion et de la liberté de pensée, qui ont valeur constitutionnelle.

Ainsi, en France, l'État et singulièrement le législateur représentant l'intérêt général n'ont donc en principe aucune capacité juridique ni, plus encore, scientifique à prétendre donner une interprétation aux événements du passé. C'est le caractère politiquement libéral de l'État français, notamment au travers du principe de la liberté de la recherche, qui légitime les termes de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 punissant la contestation de l'existence de un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été définis par le statut du Tribunal de Nuremberg en 1945. En effet, la liberté de la recherche ne peut pas justifier le négationnisme puisque ce dernier n'est pas le résultat d'une recherche scientifique historique mais une fabrication des événements passés à des fins politiques. Le recours à l'autorité et à la compétence de l'historien doit permettre l'appréhension, l'analyse et la présentation des faits et des événements et non dénaturer ou nier ce qui est arrivé.

Même en régime libéral, les enjeux de mémoire sont importants pour assurer la cohésion de la société, ce qui amène le politique, et donc le législateur et le pouvoir réglementaire, à intervenir afin de compenser, dans le cadre de l'État providence, les conséquences individuelles dommageables de certains événements passés, comme ce fut le cas au lendemain des deux guerres mondiales ou des guerres coloniales pour indemniser par diverses lois les victimes militaires et civiles de ces conflits ainsi que leurs ayants droit.

Dans le passé, en effet, le législateur a été maintes fois amené, au lendemain de tel ou tel épisode de notre histoire nationale, à adopter des lois destinées à en traiter des conséquences juridiques dommageables provoquées au détriment des collectivités ou des particuliers. De même, l'État a, au

moyen de textes normatifs, organisé les modalités de commémoration d'événements historiques. On observera d'ailleurs que le choix des événements à commémorer ou pas est éminemment politique, comme l'a montré la polémique suscitée par le discours de Lionel Jospin à propos des fusillés pour l'exemple de 1917. Depuis la fin des années 1990, on constate l'apparition, à côté des lois ordinaires portant sur les conséquences d'événements passés, de ce que l'on pourrait qualifier de « lois mémorielles » ou de « loi mémoriale ». Dans ce cas, le caractère du texte était bien normatif, dans le but de mettre en oeuvre un système de réparation. Même lorsque le législateur a voté des lois à vocation principalement commémorative, le texte adopté comportait un minimum de normativité.

Nous appellerons « loi mémoriale » dans les lignes ci-dessous les 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. En particulier, la loi mémoriale ne prévoit aucun mécanisme de sanction, d'indemnisation ou de délivrance d'un titre quelconque.

Historiquement, on peut faire remonter les lois mémorielles à la fin et au lendemain de la Première Guerre mondiale. La succession de régimes politiques et constitutionnels parfois antagonistes entre 1789 et 1870 constitua pratiquement un frein au développement des lois mémorielles parce que le régime le plus récent se refusait à commémorer celui qui l'avait précédé. Quant à la guerre de 1870, si elle servit à mobiliser les énergies dans le culte de la « *Revanche* » jusqu'en 1914 et à exalter le courage malheureux des troupes françaises, elle fut peu commémorée dans les années qui suivirent, même par les anciens combattants. Ce n'est qu'à l'approche du cinquantenaire, en 1910 et 1911, que l'Etat français et les associations (qui connaissaient un développement important depuis le vote de la loi du 1er juillet 1901) célébrèrent le souvenir de ce conflit.

Par la loi du 7 novembre 1918, le parlement reconnaissait que Georges Clemenceau (alors Président du conseil) et le Maréchal Ferdinand Foch (alors généralissime des forces alliées) avaient « *bien mérité de la Patrie* ». Par la suite, la loi du 12 février 1920 a accordé la même distinction à Raymond Poincaré, Président de la République sortant et chef de l'Etat durant le premier conflit mondial. Cette reconnaissance d'avoir bien mérité de la Patrie présente bien un caractère mémoriel dans la mesure où elle se borne à constater, sur un mode purement déclaratif, un mérite individuel et ne crée aucun droit ni aucun avantage. La loi du 8 novembre 1920 fixa les modalités du choix et le financement du transfert de la dépouille mortelle d'un soldat français inconnu de la citadelle de Verdun à l'Arc de triomphe à Paris, cependant que la loi du 28 septembre 1920, adoptée peu de jours avant, autorisait le rapatriement, sur demande des familles, dans des sépultures de famille des corps reposant dans les cimetières militaires. Ces deux derniers textes, contrairement aux lois relatives à Clemenceau, Foch et Poincaré, sont partiellement mémorielles dans la mesure où, tout en ayant un objet commémoratif, elles sont également créatrices de droit, donc normatives. De toute manière, au lendemain de la Première Guerre mondiale, s'est mise en place, autour des monuments aux morts et du culte des survivants envers les disparus, une véritable liturgie républicaine qui confond dans la Constitution de notre symbolique nationale 1789, 1830, 1848 et 1918, qui donnera durant plusieurs décennies un poids social et politique considérable aux anciens combattants. Par ailleurs, depuis la Libération, divers textes législatifs ont été adoptés en matière mémoriale, dont certains reçoivent encore application.

On peut considérer, au regard des quelques textes déjà votés, qu'il existe deux catégories de loi mémoriale. D'une part, on trouve la loi strictement mémoriale, c'est-à-dire celle dont l'objet se limite à la reconnaissance de la réalité de tel ou tel fait mais sans contenir d'élément normatif ; c'est celle qui est l'objet du présent article. D'autre part, on rencontre aussi la loi partiellement mémoriale, c'est-à-dire celle dont l'objet est à la fois de reconnaître la réalité d'un événement et d'en tirer les conséquences normatives par la mise en oeuvre de dispositions à caractère obligatoire. Tel est, par exemple, le cas de la loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant dans un article unique, une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux « justes » de France. Elle a un caractère mémoriel en ce qu'elle a pour objet de rendre hommage aux justes de France et de commémorer la mémoire des victimes des crimes du Régime de Vichy et un

caractère normatif en ce qu'elle prévoit explicitement l'organisation de cérémonies officielles à caractère obligatoire (puisque la loi emploie de l'impératif) qui sont organisées aux niveaux national et départemental et dont les conditions d'organisation sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

Certes, on considère que la loi morale porte en elle-même l'obligation parce que la conscience qui se soumet est la même que celle qui légifère, l'être moral se soumettant en vertu de ce que, en conscience, il estime juste, bon ou honnête. La loi mémorielle, à notre sens, est sans doute l'une des expressions les plus originales de la volonté de la recherche de moralisation exprimée, parfois de manière excessive, dans notre société depuis une trentaine d'années. Lors de ses vœux, le 3 janvier 2005, le Président du Conseil constitutionnel a affirmé que la loi étant faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits, elle ne devait pas devenir un rite incantatoire. On peut se demander si ce propos ne vise pas, notamment, les lois à contenu mémoriel.

La loi mémorielle traduit la confrontation du législateur, d'une part à sa propre histoire et, d'autre part, à l'histoire récente de la France.

L'apparition des lois strictement mémorielles est un phénomène récent en France, qui est contemporain de l'évolution sans précédent subie par le pouvoir législatif en France depuis une quarantaine d'années, tant en droit interne qu'en droit externe. Depuis 1999, on constate que six lois mémorielles, qui font l'objet de la présente étude, ont été adoptées. Quatre sont exclusivement mémorielles et deux sont partiellement normatives. Ce nombre peut paraître dérisoire par rapport aux milliers de lois normatives votées durant la même période. Cependant, il convient d'observer qu'après une longue période sans qu'il y soit fait recours par le législateur depuis l'après Première Guerre mondiale, le nombre des lois mémorielles a augmenté récemment, ce qui montre l'actualité de cette notion.

Le récent développement des lois mémorielles a coïncidé, comme nous le verrons, avec l'apparition d'une tendance au communautarisme en rupture avec le dogme hérité de la Révolution de 1789, de l'unité du peuple français.

Les lois mémorielles commencent souvent par la formule « *La République française reconnaît* », ce qui constitue une nouvelle manifestation de l'association, propre à la France, de la notion de République avec celles de démocratie et d'Etat. On observera que c'est bien « *la République* » et pas « *la France* », la « *nation* » ou l'« *Etat* » qui procède à cette reconnaissance, alors même pourtant que, dans le vocabulaire tant juridique que politique de notre pays tous ces termes sont pratiquement entendus comme étant synonymes.

La loi est classiquement considérée comme ayant un caractère général et obligatoire, susceptible de changer la nature juridique des personnes qu'elle concerne. Selon Carré de Malberg, la notion de loi formelle devait être répudiée parce que selon cet auteur, il n'était « *pas de loi, générale ou spéciale (. . .) qui n'engendre pour ceux qu'elle concerne (. . .) quelque faculté ou obligation* ». S'il est vrai qu'au lendemain de la guerre de 1914, divers textes à caractère mémoriel furent adoptés, rappelons qu'ils comportaient généralement des éléments normatifs.

Le législateur français est, au plan du droit interne, juridiquement tenu depuis 1958, c'est-à-dire depuis que la V^e République a remis en cause le légicentrisme des III^e et IV^e Républiques et essayé de restituer au peuple la Souveraineté nationale transformée en souveraineté parlementaire. Le pouvoir législatif est ainsi tenu, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, de respecter le texte de la Constitution de la Ve République.

Ce dernier, rédigé dans le but de suffisamment rationaliser le parlementarisme pour le rendre compatible avec l'autorité de l'Etat et la stabilité du pouvoir exécutif, fut majoritairement interprété dès cette époque comme défavorable au pouvoir législatif.

L'application du texte de la Constitution fut d'ailleurs parfois plutôt favorable au pouvoir législatif. Ce fut notamment le cas en matière de répartition des compétences entre le législateur (article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 principalement, complété par le reste de la Constitution ainsi que par la déclaration de 1789 et le Préambule de 1946) et le pouvoir réglementaire autonome (article 37-2 de la Constitution du 4 octobre 1958, pratiquement fort peu utilisé depuis le développement du fait majoritaire sous la Ve République).

Même s'il est de nos jours peu utilisé, le pouvoir réglementaire autonome a été à l'origine d'au moins un texte mémoriel. En effet, le décret du 31 mars 2003 instituant une journée nationale d'hommage aux harkis et autres membres des formations supplétives est mis en oeuvre dans le cadre de la procédure de l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958. Ce texte étant de nature réglementaire autonome et non législative n'entre pas dans le cadre de la présente étude. Il semble que le choix d'utiliser le règlement autonome plutôt que la loi relève plus de l'opportunité par rapport au calendrier législatif que pour des raisons de répartition normative car le décret précité n'est pas, ni dans son objet, ni dans son contenu, différent des lois à caractère mémoriel.

On observera d'ailleurs que le décret du 31 mars 2003, comme la loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 relative à la journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux « Justes » de France, présente un caractère mixte. En effet, il s'agit aussi dans ce cas d'un texte qui est à la fois mémoriel (principe de l'hommage aux victimes) et normatif (création d'une cérémonie obligatoire dont l'organisation pratique est renvoyée à un autre texte).

On doit constater que l'exercice de son pouvoir normatif par le parlement, singulièrement par l'Assemblée nationale (ou du moins par une majorité réunie autour d'un programme) est singulièrement affecté, depuis le début des années 1960 et en dépit des alternances successives, par le fait majoritaire.

En effet, les parlementaires, surtout les députés, sont en réalité chargés de « mettre en norme » matériellement et au moyen des procédures adéquates, le contenu politique du programme de l'exécutif, qu'il s'agisse, hors cohabitation, des engagements pris par le candidat vainqueur du scrutin présidentiel ou, en cas de cohabitation, du programme présenté par le Premier ministre et son gouvernement à l'Assemblée nationale.

La « niche parlementaire » mensuelle instituée par la révision de l'article 48 de la Constitution du 4 octobre 1958 en 1995, permet, certes, mais de manière limitée, aux députés et sénateurs de pouvoir exercer un droit d'initiative parlementaire qui demeure pourtant essentiellement dans les mains du Premier ministre, c'est-à-dire de l'exécutif. Cette situation, rançon des désordres observés sous les républiques antérieures, accrédite dans l'opinion publique l'idée, pourtant fautive, que le parlement ne serait qu'une sorte de chambre d'enregistrement.

Ce sentiment, particulièrement inquiétant dans le cadre de la désaffection croissante des citoyens pour l'action politique, se fonde également sur les conséquences de la construction européenne pour le pouvoir normatif des parlements nationaux des États membres.

En effet, le parlement français a, en matière de droit externe, dans le cadre de la procédure de l'article 54 de la Constitution transféré de nombreuses compétences aux instances communautaires et accepté de voir les lois qu'il a adoptées soumises au contrôle de la Cour de justice des communautés européennes depuis 1957 et de la Cour européenne des droits de l'Homme depuis 1974 et 1981.

Si le caractère volontaire de ce transfert ne peut pas être contesté, on observera qu'en France, la volonté d'avoir un État unitaire et interventionniste au plan économique et social afin de compenser partiellement les inégalités par une justice redistributive reste vive, de sorte que le caractère libéral de la construction européenne est parfois jugé excessif par une partie de l'opinion publique et est mal compris.

De plus, dans notre pays, la construction européenne a été largement voulue et conduite par les présidents de la République successifs, dans le cadre de l'utilisation de leur pouvoir réservé en matière d'affaires étrangères. Le Parlement français a finalement été peu associé aux débats sur le choix et les conséquences de la construction européenne et comme en matière de droit interne, il a été pratiquement réduit à un rôle de « mise en norme » de ce qui avait été décidé hors de son enceinte.

Comme en matière de « niche parlementaire » trois ans plus tard, la révision constitutionnelle de 1992, par l'adoption de l'article 88-2, a permis d'associer davantage les parlementaires français à un domaine qui relevait jusque là principalement de la compétence de l'exécutif, en l'occurrence, la procédure normative communautaire. Il apparaît pourtant que le rôle des députés et sénateurs de notre représentation nationale demeure bien modeste en la matière si on le compare à celui de certains de leurs homologues européens, par exemple allemands ou britanniques en raison de la notion de « domaine réservé », que la pratique de la V^e République attribue au Président de la République dans certains domaines, dont les négociations européennes.

Ainsi, réduit tant au niveau interne qu'externe, sous le contrôle vigilant de juges indépendants, à la mise en normes du programme de l'exécutif dans le respect de principes supra législatifs, le parlement français ne peut exprimer la volonté générale qu'au travers d'un cadre juridique de nature constitutionnelle ou conventionnelle très exigeant, et d'une donnée politique très contraignante, le fait majoritaire.

En plus d'une activité normative fortement sous contrôle, le législateur français semble se tourner vers la production de textes de nature compassionnelle ou mémorielle pour lesquels il dispose encore d'une grande liberté de contenu et qui sont susceptibles d'avoir un effet électoral. Certes, le phénomène reste très marginal pour l'instant mais il n'en n'existe pas moins.

La loi mémorielle reconnaît l'existence d'un événement passé en se bornant à en affirmer la réalité mais sans créer de norme juridique. En particulier, rappelons que la loi strictement mémorielle ne prévoit aucun mécanisme de sanction, d'indemnisation ou de délivrance d'un titre quelconque. Elle a donc pour seul objet de constater un fait, que la société considère comme étant historique, à la fois par consensus et par la qualification qui lui est donnée par les historiens, sans réprimer la méconnaissance ou l'indifférence éventuelle du public vis-à-vis de l'événement ainsi reconnu. La loi mémorielle est donc une loi qui a pour unique objet d'énoncer comme vrai ou comme réel tel événement survenu dans le passé plus ou moins lointain de l'histoire nationale.

Son texte, court, se limite à ce seul énoncé et n'en tire aucune conséquence juridique, en particulier aucune obligation. Or, « *supprimons l'obéissance et la loi n'est plus rien* ». La loi mémorielle semble instituer une obligation à caractère moral plus que juridique.

La loi est habituellement définie, notamment par les juristes contemporains de la III^e République et des régimes ultérieurs, comme étant une règle juridique générale écrite exprimant une volonté de la Nation (et donc la volonté générale), obligatoire. A côté de cette conception juridique de la loi, on peut aussi en trouver une définition politique. Ainsi, Carl Schmitt considérait-il qu'au sens juridique la loi est une norme juridique (juste et raisonnable) de caractère général mais qu'au sens politique elle est une volonté concrète et un acte de souveraineté.

Il apparaît que « *la législation est née de la nécessité d'établir des règles d'organisation* ». La notion de « *règle* » implique bien que la loi ait un caractère normatif et pas simplement de constatation. De plus, la notion « *d'organisation* » sous-entend une volonté de mise en ordre, donc de régulation. La commémoration d'un événement peut-elle relever, par sa nature, de l'organisation de la société ? Dans la mesure où toute société repose sur un certain nombre de rites qui la fondent et qui la structurent, on peut penser que les actions de commémoration de ces événements fondateurs donnent lieu, de la part de l'Etat, et donc du législateur, à l'organisation des modalités du souvenir, dans le cadre de la « *juste conduite* » des affaires publiques. C'est en ce sens que l'on pourra, au sens déjà évoqué, parler de loi partiellement mémorielle et, donc, partiellement normative, c'est-à-dire établissant des règles d'organisation. Par contre, la loi véritablement mémorielle de simple constatation ne peut pas remplir cette fonction régulatrice d'organisation.

Les lois mémorielles présentent un certain nombre de caractéristiques communes. Tout d'abord, il s'agit de textes très courts, comportant un nombre restreint d'articles, parfois un seul.

Ensuite, la loi mémorielle est le plus souvent adoptée à l'unanimité ou, en tout cas, avec une abstention de l'opposition mais pas ou peu de vote contre. Enfin, la loi mémorielle a souvent un caractère catégoriel dont on peut se demander dans quelle mesure il est compatible avec le principe de la généralité de la loi. Ainsi dans la loi du 10 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, l'article 1er reconnaît l'existence du crime contre l'humanité que constituent la traite et l'esclavage (voir ci-dessous) mais a un caractère simplement mémoriel car il se borne à constater l'existence de ce crime dont il ne fournit d'ailleurs aucun élément constitutif et contre lequel il ne prévoit aucune sanction. L'article 2 prévoit que les programmes scolaires et des recherches traiteront de la traite et de l'esclavage. Toutefois, aucun délai, aucun moyen financier spécifique ni aucune obligation ne résultent de ce texte, qui est d'ailleurs très vague et subjectif puisqu'il prévoit qu'il faut accorder à ces épisodes historiques douloureux, « *la place conséquente qu'ils méritent* », ce qui ne veut rien dire au plan juridique. L'article 3 prévoit, mais sans indiquer de délai ni d'obligation, d'informer la représentation nationale de l'état des démarches accomplies, de saisir diverses organisations internationales pour trouver une date de commémoration unique et pour reconnaître le caractère criminel de la traite et de l'esclavage. L'article 4 laisse au gouvernement, là encore sans imposer de délai ni de calendrier, le soin d'établir une date de commémoration annuelle de l'esclavage en métropole, sans préjudice des commémorations effectuées dans chaque département d'outre mer. L'article 5 est le seul à avoir un caractère normatif, car il modifie l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et permet aux associations de plus de cinq ans d'existence et ayant pour objet la défense de la mémoire des esclaves ou de l'honneur de leurs descendants de se porter de manière limitée partie civile dans le cadre des articles 24 (dernier alinéa) et 33 (troisième alinéa) de la loi de 1881, notamment en cas d'injures ou de discriminations à caractère raciste.

La survenue dans l'histoire de la France, durant le XX^e siècle de nombreux événements tragiques aux conséquences durables (les morts et blessés, tant militaires que civils des deux guerres mondiales, rôle

de l'État français dans la déportation des juifs, la décolonisation et ses victimes civiles et militaires, tant du côté des français que de celui des habitants des anciennes colonies...) qui ont affecté un nombre parfois considérable de citoyens ou de résidents français, a provoqué dans notre pays comme dans de nombreux autres états occidentaux un double phénomène de repentance et de commémoration. On observera cependant aussi que certains événements survenus dans un passé plus lointain, tel l'esclavage, resurgissent aujourd'hui dans la mémoire collective et ont nécessité l'adoption d'une loi à caractère mémoriel.

Dans le cas de la repentance, il s'agit pour l'État ou pour une institution particulière de droit public ou de droit privé (la Police, la Justice, l'Assistance publique, tel culte ou église...) de reconnaître publiquement la matérialité et le caractère fautif d'actions menées dans le passé par telle personne morale (mais dont les dirigeants et les personnels n'étaient pas à l'époque les mêmes que ceux d'aujourd'hui) et éventuellement d'en tirer les conséquences juridiques, notamment en matière d'indemnisation.

Dans le cas de la commémoration, il s'agit pour les personnes publiques, en pratique principalement l'État, de mettre en œuvre des actions de célébration dans le but d'organiser le souvenir d'un événement historique ainsi que celui des acteurs (survivants ou décédés) et d'assurer aux victimes et à leurs descendants la compassion publique de la Nation, gage de leur participation à l'histoire commune des français et de la reconnaissance de la réalité de l'événement commémoré et de la réalité de ses conséquences.

Dans le prolongement de sa fonction normative, le législateur est traditionnellement, au travers des textes qu'il vote (la loi bien sûr, mais aussi la ratification d'un traité, la confiance à un gouvernement et son programme, la déclaration de guerre...) associé à l'accomplissement d'événements auxquels la science de l'Histoire et (ou) le sentiment commun accordent un caractère historique. La reconnaissance, plus ou moins précoce, ou, au contraire, tardive du caractère historique de tel événement passé est révélatrice de la maturation politique d'une société donnée dans le contexte particulier d'une époque, d'un territoire et d'une population. En tout état de cause, on peut se demander si la loi mémorielle pourrait être analysée comme étant une tentative de substitution à la loi morale. En effet, la loi mémorielle strictement entendue n'aura qu'un objet de reconnaissance morale par l'énonciation d'une constatation, sans prévoir aucune contrainte ou aucune sanction en cas de refus de la reconnaître et de l'y appliquer.

La loi mémorielle traduit donc la confrontation du législateur avec l'histoire nationale.

La loi mémorielle, par son objet de commémoration, amène le législateur à quitter le terrain normatif pour aller sur celui de la science historique. En effet, lorsqu'un État, notamment par le biais de la loi, décide de reconnaître ou de nier la réalité de tel épisode historique, voire de lui donner telle qualification, on est en droit de s'interroger sur les conséquences d'un tel volontarisme, pour ne pas dire interventionnisme, sur la mise en œuvre de libertés aussi essentielles que la liberté d'expression ou la liberté de la recherche universitaire.

Après avoir abordé la notion de « législateur historien », nous nous interrogerons sur la nature de l'appréhension par le législateur des événements historiques.

Il apparaît que le législateur, en matière mémorielle, est certes mû par un souci de conciliation entre la reconnaissance de telle communauté particulière et la cohésion nationale, mais on peut également supposer que son action n'est pas exempte de toute arrière-pensée électoraliste, dans le but de chercher à attirer les voix de tel groupe ayant bénéficié d'une reconnaissance législative. Ce qui est certain c'est que, par la loi mémorielle, le législateur cherche à faire oeuvre politique et pas oeuvre d'historien.

Pourtant, il nous semble possible ici de parler de « législateur historien », c'est-à-dire de pouvoir législatif dont l'action a pour vocation de participer au débat historique, voire de le normer, dans la mesure où, par son vote, il est amené à trancher des questions que les historiens n'ont pas résolues. De plus, il peut être amené à utiliser des mots dans un sens qu'il interprète, limite ou étend et donc leur donner une signification autre que celle qui leur est habituellement reconnue.

La loi mémorielle a pour objectif la commémoration et la reconnaissance des difficultés ou des souffrances d'un groupe humain donné. Cela constitue donc un objectif tout à fait légitime de la part des pouvoirs publics, à la fois pour renforcer le sentiment d'appartenance de ces groupes à la communauté nationale et pour éviter la crispation d'intérêts communautaires susceptibles d'affecter le fonctionnement harmonieux de la société.

La démarche du législateur n'a pas seulement l'objectif d'intérêt général et caractère désintéressé évoqués plus haut (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. Ainsi, il apparaît que le législateur historien n'est pas seulement mû par la volonté de prendre en compte les identités particulières composantes de la collectivité nationale ou de permettre une réflexion sur l'ensemble de l'histoire de la Nation, y compris ses pages les plus sombres et les moins glorieuses. Il risque alors d'être enclin à une appréciation utilitariste de la situation, d'un point de vue politique et électoraliste, qui risque de le conduire à privilégier la défense de la mémoire du ou des groupes qui, au terme de l'analyse de la situation électorale, serait le plus susceptible de peser sur tel scrutin (municipal, régional ou national, voire européen).

Par exemple, comment doit-on commémorer un événement aussi complexe que la guerre d'Algérie ? Tout d'abord, doit-on considérer l'indépendance de ce pays comme une défaite militaire ou comme l'aboutissement normal de l'application des principes constitutionnels français ? Ensuite, doit-on considérer l'indépendance de l'Algérie du point de vue des appelés du contingent français ou de celui des civils français installés dans ce pays depuis parfois plusieurs générations ou de celui des Harkis, c'est-à-dire des supplétifs musulmans de l'année française, de celui des français d'origine algérienne ou des algériens installés en France ? On voit bien que, selon le point de vue adopté, un événement unique, l'indépendance de l'Algérie, pourra donner lieu à des commémorations diverses aux significations variées, parfois antagonistes : libération ou exode, victoire ou défaite, nouveau ou abandon... ? Toute la difficulté réside justement dans l'hétérogénéité des publics variés pouvant être les destinataires de la loi mémorielle. En effet, le législateur, dans la mesure où, au travers de la loi, il exprime la volonté générale, est obligé de voter des lois mémorielles qui, par leur caractère général, seront en mesure de satisfaire les revendications identitaires de tout groupement de citoyens français concernés.

Se pose alors une question de nature fondamentalement politique : est-ce que le législateur, parce qu'il exprime la volonté générale, ne devrait commémorer que les événements du passé qui ont un caractère fédérateur, ou, en tout cas, qui sont reconnus par la large majorité de la population (célébration du millénaire capétien en 1987, du bicentenaire de la Révolution française en 1989, du soixantième anniversaire des débarquements alliés et de la Libération en 2004...) ou bien, au contraire, faut-il admettre que le pouvoir législatif, parce qu'il est exercé par les représentants de la nation, est libre de déterminer ce qui lui paraît être l'intérêt général (donc, national), et donc de commémorer ou pas tel

événement qui divise la communauté nationale (la croisade contre les albigeois, les guerres de Vendée, l'esclavage, la décolonisation...) ? Dans cette dernière hypothèse, est-il envisageable de pratiquer des « *discriminations positives* » (ou, comme l'on voudra, du « *volontarisme républicain* », pour reprendre les éléments d'un débat politique récent) en matière mémorielle par la commémoration d'événements qui touchent davantage certains individus membres de la collectivité nationale ? Pour l'instant, ces questions restent sans réponse.

Pourtant, force est de constater, qu'en pratique, les lois mémorielles, comme nous le verrons ci-dessous, au prétexte d'assurer la cohésion nationale par l'accès de tous à la mémoire collective, sont en réalité susceptibles de favoriser l'éclosion de mémoires communautaires, certes reconnues par le législateur national mais relatives à une minorité du peuple. Il est vrai que le législateur peut, au moins en ce qui concerne l'outre-mer, se sentir encouragé par le constituant à agir en ce sens. En effet, le nouvel article 72-3 de la Constitution du 4 octobre 1958 révisé le 17 mars 2003, dispose que « *la République reconnaît au sein du peuple français, les populations d'outre-mer* », ce qui paraît bien accorder une spécificité identitaire aux français vivant dans les collectivités d'outre-mer. Nous verrons qu'en 2001 le parlement français a d'ailleurs adopté une loi mémorielle relative à l'esclavage outre-mer, donc sans doute principalement destinée aux populations vivant dans ces territoires.

L'interprétation de l'histoire par le législateur n'est-elle pas de nature à privilégier une vision déformée de la réalité des faits mais conforme à un objectif idéologique et à permettre une instrumentalisation des événements du passé, parfois essentiels dans la construction de l'identité d'un groupe humain, par le pouvoir politique ?

Nous envisagerons ci-dessous l'étude de quelques lois mémorielles adoptées par le parlement français.

La loi du 18 octobre 1999 a modifié l'article L bis du Code des pensions militaires. Désormais ce texte est ainsi rédigé : « *La République française reconnaît dans des conditions de stricte égalité avec les combattants des conflits antérieurs, les services rendus par les personnes qui ont participé sous son autorité à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie ou au Maroc entre le 1er janvier 1952 et le 2 juillet 1962* ». L'ancienne formule, assimilant les conflits d'Afrique du nord à des opérations de maintien de l'ordre, a pu apparaître comme réductrice et comme minimisant la réalité de la dureté des combats et des souffrances subies par les combattants. Pourtant, elle avait une signification juridique et politique précise : refuser de reconnaître l'état de guerre, notamment en Algérie, c'était affirmer que ce territoire étant alors partie intégrante du territoire français (c'était un ensemble de départements d'outre-mer), les combats qui s'y déroulaient avaient, du point de vue des autorités françaises de la IV^e et des débuts de la V^e République, un caractère interne de mesures de police et non pas un caractère de conflit international. Tel fut d'ailleurs bien le sens des interventions de la France devant l'Organisation des Nations Unies. Dans la mesure où l'indépendance algérienne n'est survenue qu'en 1962, il paraît pour le moins juridiquement audacieux de qualifier les opérations militaires intervenues avant la signature des Accords d'Evian, de « guerre », puisque l'État algérien n'a effectivement existé au regard du droit international que plusieurs mois après la fin officielle des combats.

En effet, sauf dans l'hypothèse particulière d'une guerre civile, la guerre est juridiquement une lutte armée entre états. Or, comme nous venons de le voir, l'Algérie n'est devenue un état qu'après que son indépendance lui ait été accordée par la France. Elle n'avait d'ailleurs jamais existé auparavant en tant qu'Etat. Au demeurant, le protocole n° 1 à la convention de Genève du 8 juillet 1977 ne parle pas de guerre mais de « *conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale* », qui ont un caractère de conflits armés internationaux.

Le moindre paradoxe de la loi précitée de 1999 est de qualifier de guerre le conflit colonial en Algérie (qui n'était pas un État avant 1962) et de ne parler que de «combats» pour le Maroc et la Tunisie alors que ces deux derniers pays, qui étaient juridiquement des protectorats, conservaient bien leur caractère étatique. Il serait en effet possible de parler de guerre pour le Maroc et la Tunisie, d'autant plus que, durant la fin du protectorat, diverses autorités publiques ne faisaient pas mystère, dans les deux pays, de leur soutien au mouvement de l'indépendance. Certes, il n'existait pas d'état de guerre déclaré dans les formes constitutionnelles et légales entre eux et la France et l'indépendance a essentiellement consisté en la fin de l'application des traités internationaux de protectorat. Cependant, l'utilisation du terme «guerre» aurait été certainement plus exacte qu'à propos de l'Algérie.

Pourtant, sans prétendre remettre en cause la légitimité de l'intention du législateur et sans minimiser les souffrances endurées par les vétérans de ces campagnes militaires, on peut s'étonner des termes utilisés dans la rédaction de cette loi. En effet, le législateur s'est immiscé dans une discussion pratiquement aussi ancienne que les combats pour l'indépendance nationale en Afrique du nord : doit-on ou pas parler de «guerre»? Cette question a certes des implications politiques et juridiques mais aussi historiques. Elle a été longuement débattue par les historiens. Dans une certaine mesure c'est la loi, c'est-à-dire une autorité non scientifique qui vient clore le débat. Les conséquences d'un tel volontarisme législatif sont préoccupantes : est-on désormais tenu de parler de guerre à propos des combats en Algérie ? Le terme «combat» doit-il obligatoirement être employé à propos du Maroc et de la Tunisie et doit-on alors s'interdire en ce cas de faire référence à une guerre ? Si la réponse est négative, l'intervention législative était inutile. Si elle est positive, on peut s'interroger sur la légitimité et la compétence du législateur en matière de qualification historique. Surtout, on peut craindre qu'un jour le législateur revenant sur son appréciation de 1999 décide finalement que cette période de notre histoire devrait recevoir une nouvelle qualification différente.

Une proposition de loi à caractère mémoriel a récemment provoqué une polémique en France. Ce texte défend « l'oeuvre des français en Algérie » entre 1830 et 1962, en prenant acte du succès du voyage du Président de la République en Algérie en 2002 et de l'amorce de réconciliation franco-algérienne. Cependant, la tentation électoraliste, chercher à attirer l'électorat « pied noir », apparaît patente dans cette proposition de loi. On peut comprendre que l'Etat français cherche à légitimer l'action des français en Algérie, d'une part par souci d'accorder une satisfaction morale au million de français rapatriés, d'autre part parce que légitimer l'action des français c'est aussi légitimer l'action de la France dans ce pays. Toute la question est encore de savoir comment procéder à une telle reconnaissance sans paraître chercher à réhabiliter le colonialisme. Par ailleurs, il apparaît ici aussi que l'évaluation des erreurs comme des réussites de la colonisation française en Algérie devrait d'abord être le fait de scientifiques, au premier rang desquels les historiens et on ne voit pas quelle est la légitimité du législateur pour, sans raviver les passions, « reconnaître le travail effectué par certains de nos concitoyens durant une période particulière de notre histoire ». Au-delà des nombreuses réalisations positives accomplies par les français entre 1830 et 1962, en matière économique (notamment agricole) mais aussi d'équipement, de logement, de santé et de développement de l'instruction, d'autant plus notables que l'Algérie indépendante n'a pas toujours été en mesure de conserver ou d'améliorer cet héritage de la présence française, devraient également être prises en compte les injustices de la période coloniale, notamment la soumission de la plupart des personnes de statut musulman en Algérie, pratiquement jusqu'à l'indépendance, à certaines humiliations et à un statut juridique inférieur moins favorable que celui accordé aux français de souche et aux étrangers naturalisés. Est-ce au législateur ou aux historiens de se lancer dans une telle opération d'évaluation ? Par ailleurs, la formule « certains de nos concitoyens » est ambiguë et peut donner lieu à des interprétations variées : veut-on ainsi désigner l'ensemble de nos concitoyens qui, entre 1830 et 1962 ont à un moment donné travaillé en Algérie ou bien prétend-on distinguer individuellement chaque français ayant vécu en Algérie en fonction de son activité sur ce territoire ? En tout état de cause, quels seront les critères de distinction retenus ? Par ailleurs, reconnaître les réalisations des français en Algérie, devrait comprendre aussi bien les actions de personnes privées que de celles ayant agi au nom de l'Etat. Ne risque-t-on pas alors de chercher à légitimer aussi la colonisation elle-même, voire d'essayer de couvrir d'un voile pudique certaines actions inavouables, notamment commises par l'armée française ?

La loi du 10 mai 2001 relative à l'esclavage est partiellement mémorielle en raison de la rédaction de son article 5 et dernier. Elle offre un singulier exemple de la tentation pour le législateur d'interpréter l'histoire. Son article 1er affirme que « *la République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'Océan indien d'une part et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XVI^e siècle aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'Océan indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité* ». Bien que l'on puisse être tenté de voir des arrière-pensées à caractère électoraliste, notamment outre-mer, derrière l'adoption d'une telle loi, l'intention du législateur, condamner la pratique passée de la traite et de l'esclavage, est bien sûr parfaitement légitime. Ce texte ne fait qu'étendre au cadre national un mouvement commémoratif qui existait depuis la décentralisation outre-mer et le vote des lois de décentralisation-en 1982. Pourtant ce texte nous paraît poser des problèmes d'interprétation aux plans historique comme juridique. Historiquement, tout d'abord, la loi paraît limiter la pratique de l'esclavage aux seuls états européens à partir du XV^e siècle alors qu'il est pourtant établi que l'esclavage a existé depuis la plus haute Antiquité et dans l'ensemble des civilisations, y compris extra européennes. De plus, il est établi par les historiens que la « *traite négrière* » fut certes accomplie au profit de marchands européens mais avec la complicité de marchands arabes et de nombreux chefs africains qui y voyaient un moyen commode de se débarrasser d'opposants ou de prisonniers de guerre. Enfin, la loi ne fait absolument pas mention de tous les européens qui, du Moyen-âge au début du XIX^e siècle, furent capturés par les pirates barbaresques et réduits en esclavage en Afrique du Nord, alors même que la protection contre leurs attaques fut longtemps l'une des priorités des gouvernements des cités méditerranéennes de la Chrétienté. Le traumatisme de telles exactions, notamment l'enlèvement de femmes et de jeunes enfants, a été durable pour les populations du sud de l'Europe et peut vraisemblablement constituer, comme pour l'Afrique, l'une des clefs d'explication de la longue période de sous développement économique qui affecta cette région. Ainsi, une condamnation globale de la pratique barbare de l'esclavage, en tout lieu, depuis toujours et par tous serait certainement beaucoup plus conforme à la réalité et à l'objectif poursuivi que la formule réductrice en forme de repentir eurocentré utilisée par le législateur ne s'appliquant en fait qu'à la question de l'esclavage dans les anciennes colonies. Par ailleurs, en Métropole, le servage n'a été juridiquement aboli qu'en 1789, bien qu'il ne fut alors presque plus pratiqué depuis le XVI^e siècle. Juridiquement, ensuite, la loi fait preuve d'anachronisme en qualifiant de crime contre l'Humanité une activité qui, avant la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, n'était pas illicite au plan international bien qu'ayant été condamnée par diverses législations nationales. Autrement dit, la pratique de la traite et de l'esclavage avant leur interdiction au plan international peut et doit faire l'objet d'une condamnation morale. Elle peut même éventuellement donner lieu à l'expression d'un repentir, également à caractère moral, de la part des différents états concernés, voire à une indemnisation destinée à compenser le retard de développement, notamment en Afrique, imputé à l'esclavage. Il paraît par contre délicat de lui reconnaître un caractère rétroactivement criminel dans la mesure où l'esclavage était juridiquement licite au moment de sa pratique et où il fut longtemps, de surcroît, en usage, dans la presque totalité des sociétés humaines. Le législateur en a d'ailleurs été conscient puisque ce crime s'il est constaté et que sa commémoration est encouragée dans l'article 2 du texte, n'est ni réprimé ni indemnisé. En particulier, la loi ne prévoit absolument pas de répression du « révisionnisme », c'est-à-dire de la négation de la réalité ou de la gravité de l'esclavage, qui serait susceptible d'exister dans cette matière particulièrement sensible. Il ne fait bien évidemment aucun doute que la réduction en esclavage constitue de nos jours un crime international. Ainsi, même si les travaux préparatoires de la loi ont montré une volonté des députés et des sénateurs de légiférer en prenant en compte des éléments historiques, on constate qu'ils ont davantage agi en politiques (sélection de certaines formes d'esclavage au détriment d'autres) qu'en historiens (évaluation globale du phénomène de l'esclavage), c'est-à-dire qu'ils ont présenté une analyse politique de tel événement historique et non pas un constat scientifiquement neutre.

On peut par ailleurs faire un constat pratiquement identique à propos de la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915. L'article unique de ce texte dispose que « *la France reconnaît publiquement le génocide arménien. La présente loi sera exécutée comme*

loi de l'État ». Là encore, la loi a un objet exclusivement mémoriel. Même si le texte voté par le parlement doit être exécuté comme loi de l'État, on doit bien reconnaître qu'il n'entraîne pas de véritable conséquence juridique dans la mesure où il ne prévoit ni sanction, ni indemnisation. On notera toutefois que, lors de sa conférence de presse du 15 décembre 2004, à propos de l'éventuelle adhésion de la Turquie à l'Union européenne, Jacques Chirac a rappelé que la reconnaissance par la loi française du génocide devra être prise en compte dans le cadre des négociations avec la Turquie. Reste à déterminer comment. En particulier, ici aussi, la loi ne prévoit absolument pas de répression du « révisionnisme », c'est-à-dire de la négation de la réalité reconnue par la France au travers de son législateur national. Il serait sans doute nécessaire, si l'on souhaite que la reconnaissance du génocide arménien par la France ait une utilité autre que pédagogique et mémorielle, de prévoir des sanctions en cas de négationnisme en la matière, comme c'est le cas dans la loi Gayssot à propos de la négation du génocide des juifs durant la Seconde Guerre mondiale.

Au plan historique, ce texte paraît étonnant dans la mesure où ici, contrairement à la question de l'esclavage ou des guerres coloniales, la France reconnaît la réalité d'un fait auquel elle n'a pas participé. En effet, même si de nombreux français sont d'origine arménienne et descendent de personnes ayant échappé aux massacres de 1915, ce n'est pas à l'armée française que sont attribués le déplacement forcé puis l'assassinat de nombreux arméniens. Au contraire, ces faits sont imputés aux troupes turques, alors alliées de l'Allemagne et donc ennemies de la France lors de la commission des faits. Or, ce qui est également très surprenant, dans le but de ne pas envenimer les relations avec l'actuel État turc, la loi n'indique pas quel pays ou, au moins quelle autorité a ordonné et perpétué les massacres. La loi constate donc l'existence du génocide mais n'en désigne explicitement ni l'instigateur, ni l'auteur matériel, ni les complices. Cette ambiguïté semble d'ailleurs avoir des répercussions dans la classe politique comme dans l'opinion publique, sur les conditions dans lesquelles la Turquie moderne (qui n'est pas l'Empire Ottoman) peut être un jour pleinement intégrée dans l'Union européenne : la reconnaissance par la Turquie du Génocide commis par le gouvernement ottoman doit-elle être un préalable à l'entrée de ce pays dans l'Union européenne ? Cette question n'est pas encore tranchée.

Au terme de cette étude, il apparaît que les lois, mémorielles sont encore peu nombreuses. Cependant, leur nombre tend à s'accroître. Surtout, on constate qu'elles constituent le dernier carré à l'intérieur duquel le législateur est encore en mesure de jouer un rôle souverain semblable à celui qui était le sien autrefois.

Toutefois, la loi mémorielle est, comme nous l'avons vu, essentiellement un texte de constatation, dépourvu de caractère normatif. S'il est nécessaire pour une Nation de connaître et d'assumer l'ensemble de son histoire, y compris les éventuelles « pages noires » qu'elle peut comporter et si la commémoration de ces divers épisodes peut être un facteur d'intégration, on ne doit pas oublier que le rôle du pouvoir politique, et en premier lieu du législateur en tant qu'il exprime la volonté de la Nation, est de prendre les mesures nécessaires pour le présent et l'avenir du pays.

Au-delà de la nécessité de préserver la mémoire de certains événements, le risque peut exister de tourner le dos à l'avenir dans le seul souci de préserver le passé. Ainsi, la réduction du législateur à, dans la grande majorité des cas, un rôle de mise en normes de principes politiques arrêtés par l'exécutif ou dans le cadre de la procédure communautaire et sa transformation progressive en une instance compassionnelle et mémorielle, apparaît comme inquiétante alors que demeure le principe selon lequel le pouvoir législatif est exercé par les représentants de la Nation.

Il faudra bien parvenir à concilier les nouvelles modalités de l'exercice du pouvoir législatif dans le cadre du parlementarisme rationalisé et des procédures normatives de l'Europe unie avec le principe démocratique de la loi expression de la volonté générale, ce qui passe non seulement par une réflexion

juridique sur les techniques d'adoption des normes obligatoires mais encore par la définition d'un nouveau modèle politique.

Le désintérêt qu'éprouvent de plus en plus d'électeurs envers la politique comme la tentation de se retourner vers des partis extrémistes ont certes des causes économiques et sociales mais l'on peut légitimement penser que le constat de la diminution du poids du législateur sur la production normative n'y est pas étranger.

Les lois mémorielles paraissent avoir encore un avenir puisque deux projets sont actuellement déposés sur le bureau de l'Assemblée Nationale. L'un, précité, à propos de l'oeuvre des français en Algérie entre 1830 et 1962. l'autre, visant à faire reconnaître trois journées nationales fériées et chômées (14 juillet, Fête nationale, 8 mai, Victoire sur le nazisme et 11 novembre, journée de la mémoire combattante, y compris les conflits coloniaux). Enfin, il est proposé par un groupe de sénateurs d'assortir les obsèques du dernier « poilu » de la guerre 1914-1918 d'un hommage solennel de la nation en mémoire aux anciens combattants, alors tous décédés, de ce conflit. Ainsi, le concept de loi mémorielle, apparu en France à la fin du premier conflit mondial, sera encore utilisé à son propos, sans doute pour la dernière fois, presque un siècle après.

Marc FRANGI

Maître de conférences de droit public à l'Institut d'Études

Politiques de Lyon (Université Lumière - Lyon II)