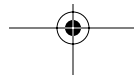
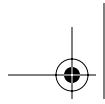


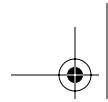
**D.**



## LE CONSTRUCTIVISME





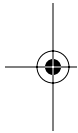


## DROIT ET MÉMOIRE



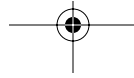
Jacques CHEVALLIER\*

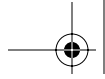
|  |     |
|--|-----|
| INTRODUCTION.....                        | 641 |
| I. LE PROCESSUS DE JURIDICISATION .....  | 643 |
| A. Formalisation .....                   | 644 |
| B. Imposition .....                      | 648 |
| II. LES ENJEUX DE LA JURIDICISATION..... | 651 |
| A. L'enjeu mémoriel .....                | 651 |
| B. L'enjeu juridique .....               | 654 |

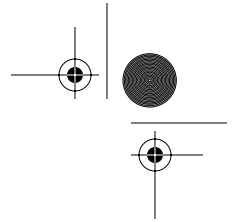



---

\* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) et directeur du CERSA-CNRS.







Prolongeant la réflexion sur l'intégration des valeurs collectives dans le monde du droit, qui est au centre des travaux d'Andrée Lajoie, on entend ici s'interroger sur la relation entre « droit » et « mémoire », à partir de l'exemple français.

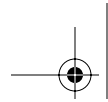
À première vue, droit et mémoire relèvent d'ordres de considérations radicalement différents, voire antinomiques. Dispositif normatif, le droit vise à organiser les rapports sociaux en définissant à l'intention des individus et des groupes les règles à observer, en traçant les lignes de conduite à suivre. Sans doute, les énoncés juridiques ne sont-ils pas toujours formulés de manière impérative – sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'une interdiction ou d'une prohibition – ; mais, si elle peut être permissive, en autorisant certains comportements, ou habilitatrice, en conférant une capacité d'action, elle ne se réduit jamais à une simple constatation, à une pure description : elle comporte des prescriptions auxquelles les destinataires sont tenus de se conformer. Or, cette dimension prescriptive apparaît incompatible avec la notion de « mémoire », entendue comme le souvenir de faits passés : on se trouve ici dans l'ordre du factuel, de l'être et non du devoir-être, et aussi du subjectif, dans la mesure où tout souvenir suppose un travail de décantation, de filtrage et de sélection ; même si la construction de la mémoire dépend du contexte dans lequel les individus sont placés, les « cadres sociaux de la mémoire » constituant, comme l'a montré Maurice Halbwachs<sup>1</sup>, la condition de possibilité des souvenirs, ces cadres ne sauraient être fixés par le droit.

L'idée selon laquelle existerait, par-delà les mémoires individuelles, une « mémoire collective » ne modifie pas, semble-t-il, les perspectives : englobant les représentations du passé partagées par l'ensemble des membres d'un groupe social, celle-ci se présente comme un ciment indispensable, qui assure la cohésion du groupe, fonde son identité et assure sa continuité dans le temps ; toute nation impliquerait l'existence d'une mémoire collective, autour de laquelle peuvent se reconnaître et s'identifier l'ensemble des

---

<sup>1</sup> Maurice HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Alcan, 1925, Nlle édition, Paris, Albin Michel, 1994.





## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

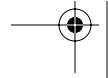
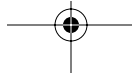
citoyens – dénominateur commun qui n'exclut pas les références mémorielles propres à certains groupes. Ce soubassement profond de l'identité nationale, souvent mésestimé, a été parfaitement mis en évidence pour la France au cours des années 80, notamment dans l'ouvrage de Fernand Braudel (*L'identité de la France*, 1986) et dans la vaste entreprise des *Lieux de mémoire* dirigée par Pierre Nora<sup>2</sup>. Cette mémoire collective ne se confond pas avec l'histoire, même si elle entretient des rapports étroits avec elle : elle est le produit d'une *construction*, par laquelle sont retenus certains faits du passé, considérés comme emblématiques, et arrêtée la signification qu'il convient de leur donner ; le passé est donc l'objet, non d'une simple restitution, mais d'un travail de réinterprétation, indissociable des enjeux du moment et donc exposé à être ultérieurement réévalué. La mémoire collective apparaît ainsi, non comme « vérité du passé », mais « présence active du passé »<sup>3</sup> – reconstruction suscitant la méfiance des historiens en tant qu'obstacle à la connaissance de la réalité des faits historiques. La « phagocytose de l'histoire par la mémoire » contribuerait à « fragiliser la discipline »<sup>4</sup>. Dans tous les cas cependant, la construction de la mémoire collective se présente comme un processus long, complexe, passant par un apprentissage collectif : elle suppose que certaines représentations du passé finissent par s'imposer par l'action conjuguée de vecteurs multiples et qu'elles soient intériorisées par les membres du groupe ; si elle utilise pleinement les ressorts de l'imaginaire et du symbolique, cette diffusion ne saurait apparemment recourir au registre juridique.

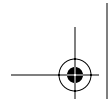
Cette présentation ignorerait pourtant que le droit constitue un moyen incomparable d'inculcation idéologique. Les représentations qu'il véhicule bénéficient de l'effet normatif attaché à la règle juridique : le texte juridique impose par voie d'autorité un ensemble de croyances dont la certitude ne saurait être mise en doute ; il suffit qu'elles soient enchâssées dans la loi pour devenir incontestables

<sup>2</sup> Sept volumes publiés entre 1984 et 1992 chez Gallimard, Bibliothèque des Histoires.

<sup>3</sup> Paul RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000.

<sup>4</sup> Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 67, 2006, p. 509 suiv.





## DROIT ET MÉMOIRE

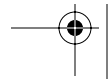
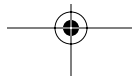
et sacrées. En sélectionnant les événements qui serviront de points de repère, de balises et en arrêtant la signification qu'il convient de leur donner, le droit apparaît comme un instrument privilégié pour contribuer à l'édification, assurer la transmission et garantir l'intériorisation de la mémoire collective. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, droit et mémoire ont donc eu toujours partie liée : si la mémoire collective pèse comme contrainte axiologique sur les processus d'élaboration du droit, le droit apparaît en retour comme un outil indispensable pour fixer la mémoire collective. S'il a toujours été appelé à jouer ce rôle, le droit mémoriel a pris cependant au cours des dernières années une dimension nouvelle, comme le montre l'exemple français qui sera ici évoqué : indissociable du mouvement de juridicisation qui aboutit à l'extension continue de la place du droit dans les sociétés contemporaines<sup>5</sup>, cette inflexion a alimenté en France un très vif débat, en posant la question de l'intervention du droit dans ce domaine : la nouvelle configuration des lois dites « mémorielles » (I) a conduit à mettre en évidence les enjeux sous-jacents à la juridicisation de la mémoire (II).

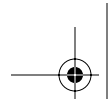


### I. LE PROCESSUS DE JURIDICISATION

La question de la mémoire est devenue une question cruciale, et cependant extrêmement complexe, dans les sociétés contemporaines : tout se passe comme si ces sociétés, en même temps qu'elles ressentent de manière aiguë le besoin de conforter une identité ébranlée par la dynamique de la mondialisation à travers un ancrage plus solide dans le passé, éprouvaient les plus grandes difficultés à trouver dans celui-ci les références indispensables pour consolider le lien social et politique ; le nouveau regard porté sur ce passé contribue à ébranler les certitudes et à introduire un ferment de doute. Le « culte de la mémoire » se double ainsi d'une hésitation à assumer un passé controversé : les anciennes puissances coloniales ont vu notamment leur passé revisité par l'essor des études post-coloniales. Ces tensions se retrouvent dans tous les pays, qu'il s'agisse du Japon (concernant la perception de la guerre et de

<sup>5</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Droit et société, n° 35, 2<sup>e</sup> édition, 2004.





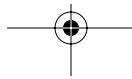
la colonisation), de la Turquie (concernant le génocide arménien), de la Russie (concernant l'héritage soviétique) et encore dans les pays d'Amérique latine, d'Afrique ou d'Asie au sortir de dictatures (commissions de réconciliation). La France ne fait pas exception à la règle : l'accent mis sur la mémoire collective à partir des années 80 et la passion nostalgique pour les « lieux de mémoire »<sup>6</sup> sont indissociables de l'affaiblissement de l'identité nationale et de la diversification croissante des liens d'allégeance<sup>7</sup> ; mais les signes jusqu'alors revendiqués de cette identité font désormais problème. L'inflexion que traduisent les lois mémorielles témoigne de cette évolution.

### A. Formalisation

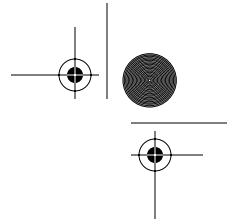
Dans la mesure où la mémoire collective touche de très près au lien social et politique, dont elle constitue la fondation profonde et qu'elle contribue à réactiver en permanence, l'État ne saurait s'en désintéresser : sa médiation est indispensable pour établir les références stables sur lesquelles prendra appui l'identité collective. Les « politiques mémorielles » ne sont donc nullement l'apanage des systèmes totalitaires, même si elles prennent dans les démocraties libérales des formes différentes : à la dénégation, voire à l'effacement délibéré, de faits historiques, qui sont la marque des systèmes totalitaires, n'hésitant pas à oblitérer ou à réécrire le passé pour produire un nouvel imaginaire collectif, s'oppose dans ces démocraties la gestion douce d'une mémoire, davantage respectueuse de la vérité historique ; aussi mémoire et histoire sont-elles amenées à entretenir des relations étroites, bien que non exemptes de tensions et de contradictions. C'est ainsi qu'en France, si l'État s'est

<sup>6</sup> Comme l'écrit Tzevan TODOROV (« La vocation de la mémoire », dans « La mémoire, entre histoire et politiques », *Les Cahiers français*, n° 303, juillet-août 2001, p. 3 suiv.), « les Européens, et tout particulièrement les Français, semblent obsédés par un culte, celui de la mémoire. Comme saisis de nostalgie pour un passé qui s'éloigne irrévocablement, ils vénèrent volontiers ses reliques et s'adonnent avec ferveur à des rites conjuratoires, censés le maintenir vivant ».

<sup>7</sup> Comme le dit Pierre BIRNBAUM (*La France imaginée*, Paris, Fayard, 1998), « imaginer la France ne va plus de soi ».







donné, plus encore que dans d'autres pays, la mission de forger la mémoire collective de la nation, c'est en s'appuyant sur les historiens, qui n'ont pas hésité à contribuer activement par leurs travaux à la construction d'un « discours national sur le passé »<sup>8</sup> : très explicite lors de l'affermissement du régime républicain à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, cette contribution s'est perpétuée, comme en témoigne de façon éloquente l'entreprise des « lieux de mémoire » précitée ; les vives réactions des historiens devant les lois mémorielles récentes s'expliquent sans doute par le sentiment d'une perte d'influence sur l'édification de la mémoire. Le passage par la forme juridique a toujours été indispensable pour donner à cette entreprise toute sa portée.

Le droit servira d'abord à mettre en évidence certaines *figures emblématiques* auxquelles la nation entend exprimer sa « reconnaissance » : figures individuelles<sup>9</sup>, reconnues comme ayant « bien mérité de la Patrie », ou figures collectives – « morts pour la France » (loi du 2 juillet 1915), résistants et « justes » de la Seconde Guerre mondiale, participants à l'entreprise coloniale, rapatriés et « harkis » (loi du 23 février 2005), mais non les mutins de la Première Guerre mondiale<sup>10</sup> ou les Français contraints de partir en Allemagne au titre du Service du travail obligatoire (STO) pendant la Seconde Guerre mondiale ; si un glissement tend à s'opérer des « héros du droit au souvenir » aux « héros du devoir de mémoire »<sup>11</sup>, en relation avec la place croissante donnée aux victimes dans les sociétés contemporaines, ces figures emblématiques constituent autant de repères permettant d'évoquer un passé héroïque.

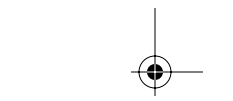
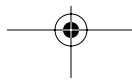
Ces moments héroïques doivent encore être réactualisés et réactivés par des *actes symboliques* destinés à ce qu'ils restent

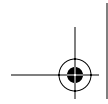
<sup>8</sup> Vincent DUCLERT, « L'État et les historiens », *Regards sur l'actualité*, n° 325, 2006, p. 5 suiv.

<sup>9</sup> Comme celles de Georges Clémenceau, du Maréchal Foch (loi du 3 novembre 1918) ou de Raymond Poincaré (loi du 12 février 1920).

<sup>10</sup> Le Président de la République s'opposera à la réintégration de ceux-ci dans « notre mémoire collective nationale » qui avait été souhaitée par Lionel Jospin le 5 novembre 1998.

<sup>11</sup> Serge BARCELLINI, « Du droit au souvenir au devoir de mémoire », *Les Cahiers français*, précité, p. 24 et suiv.



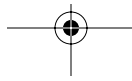


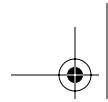
## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

présents dans la mémoire collective : il s'agit de « mettre en scène un geste qui utilise le passé pour esquisser, devant les hommes du présent, leur devenir commun et manifester ce qui les lie ensemble aujourd'hui »<sup>12</sup> ; tenant lieu de « marqueurs d'historicité », les *commémorations* serviront de ciment à l'unité nationale, en attestant de l'existence d'un passé commun dans lequel chacun est invité à se reconnaître. Or, les commémorations sont nécessairement organisées et régies par le droit : un ensemble de textes ont ainsi traditionnellement fixé en France les dates auxquelles des événements marquants de l'histoire nationale vont être célébrés et les modalités de cette célébration (cérémonies publiques, jours fériés)<sup>13</sup>. Ce « droit commémoratif » vise aussi à rendre hommage aux victimes de drames nationaux : s'il a existé dès le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>14</sup>, cet hommage aux victimes tend à prendre plus d'importance, les journées commémoratives organisées à leur intention traduisant de manière tangible le « devoir de mémoire » dont l'État s'estime redevable<sup>15</sup>. Oscillant ainsi entre rappel de moments héroïques de l'histoire nationale et compassion pour les victimes de moments peu glorieux de cette histoire, le droit commémoratif est cependant quelque peu parasité par la multiplication des commémorations en tous genres d'événements politiques ou non, qui, témoignant d'une crise du lien social, tend à diluer la mémoire collective.



- 
- <sup>12</sup> Patrick GARCIA, « Exercices de mémoire ? Les pratiques commémoratives dans la France contemporaine », *Les Cahiers*, précité, p. 33 suiv.
- <sup>13</sup> La loi du 7 juillet 1880 dispose que « La République adopte le 14 juillet comme journée de célébration nationale » ; le 11 novembre sert à commémorer l'armistice ayant mis fin à la Première Guerre mondiale et le 8 mai la victoire de 1945.
- <sup>14</sup> Commémoration des victimes de la Révolution (ordonnance du 14 janvier 1816) ou des victimes du coup d'État de décembre 1851 (loi du 30 juillet 1881) ; le 2 novembre est une journée d'hommage aux « morts pour la France ».
- <sup>15</sup> Des journées nationales sont ainsi organisées à la mémoire des victimes et des héros de la déportation (dernier dimanche d'avril), des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux justes de France (le 16 juillet – loi du 10 juillet 2000 succédant au décret du 3 février 1993), des harkis et des membres des formations supplétives (le 5 décembre – décret du 31 mars 2003).

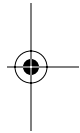




## DROIT ET MÉMOIRE

Le droit intervient encore pour *qualifier* certains évènements du passé : rompant avec la représentation selon laquelle le régime de Vichy n'avait pas le moindre lien de filiation avec l'État républicain (ordonnance du 9 août 1944), la loi du 10 juillet 2000, prise après que le Président de la République ait solennellement reconnu le 16 juillet 1995 « les fautes commises par l'État » dans la déportation des Juifs de France, attribue explicitement à « l'État français » la responsabilité des crimes racistes et antisémites commis pendant cette période, amenant à porter un regard nouveau sur le régime de Vichy<sup>16</sup>, qui aura des prolongements judiciaires<sup>17</sup> ; de même, après une longue dénégation, la « guerre d'Algérie » sera explicitement qualifiée comme telle (loi du 18 octobre 1999). Cette qualification peut conduire dès lors, non seulement à un acte solennel de « repentance », mais encore à l'attribution de « réparations » : les mesures prises après la guerre en faveur des victimes de spoliations et de persécutions ont été complétées récemment par un ensemble de textes étendant le champ de ces réparations<sup>18</sup>.

Le droit n'intervient pas seulement pour perpétuer le souvenir de certains évènements historiques, mais encore pour effacer d'autres faits historiques de la mémoire collective : il impose alors « l'oubli »<sup>19</sup>, à travers des mécanismes octroyant le « pardon »<sup>20</sup> – notamment l'amnistie qui peut concerner non seulement la peine



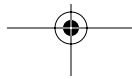
<sup>16</sup> Eric CONAN, Henry ROUSSO, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Fayard, 1994.

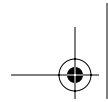
<sup>17</sup> Le Conseil d'État reconnaîtra le 12 avril 2004 (arrêt *Papon*), que les dispositions de l'ordonnance de 1944 ne sauraient avoir pour effet d'exonérer l'État de toute responsabilité pour les actes pris par l'administration de Vichy dans le cadre des persécutions antisémites (voir Michel VERPEAUX, « L'affaire Papon, la République, l'État », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 55, 2003, p. 513 suiv.).

<sup>18</sup> Voir, par exemple, le décret du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites.

<sup>19</sup> Paul MARTENS, « Temps, mémoire, oubli et droit », *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications FUSL, 2000, p. 734 suiv.

<sup>20</sup> Sandrine LEFRANC, *Politiques du pardon*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.





mais encore les faits eux-mêmes<sup>21</sup>; tout se passe alors comme si ceux-ci ne s'étaient pas produits. Le devoir de mémoire ne saurait aller en effet jusqu'à imposer la prise en compte intégrale et permanente du passé<sup>22</sup>: le droit opère un tri parmi les événements historiques pour décider ceux qui doivent être intégrés dans la mémoire collective et ceux qui doivent être oubliés.

Le droit a donc toujours été, en France comme ailleurs, un instrument indispensable de formalisation et d'officialisation de la mémoire; il contribue de manière déterminante, à travers les textes mais aussi la jurisprudence qui n'hésite plus à se référer à la « mémoire collective », à l'édification et à la transmission de celle-ci. Néanmoins, le « droit mémoriel » a pris récemment en France des formes nouvelles qui reposent la question des rapports entre droit et mémoire.

## B. Imposition

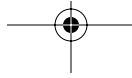
Plusieurs lois dites « mémorielles » adoptées en France au cours des dernières années vont au-delà du droit mémoriel classique, suscitant du même coup un vif débat sur leurs implications.

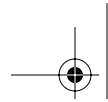
Ces lois s'inscrivent sans doute dans la logique de ce droit: leur ambition est en effet d'enrichir la mémoire collective, en y intégrant à part entière des faits relevant jusqu'alors des seuls historiens ou évoqués dans les discours politiques; on y retrouve dès lors les processus habituels de « reconnaissance » d'un fait historique, reconnaissance complétée par un mécanisme de « qualification », éventuellement assortie d'une opération de « commémoration ». Corrélativement, ces lois prolongent les inflexions du droit mémoriel précédemment évoquées, en privilégiant l'exigence d'un « devoir de mémoire » envers des groupes ou catégories de la population qui ont été « victimes » de crimes ou d'exactions, et dont les survivants

---

<sup>21</sup> Telles l'amnistie accordée aux Français incorporés de force dans l'armée allemande (loi du 20 février 1953), l'amnistie des faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre en Algérie (loi du 14 août 1962) ou en Indochine (loi du 18 juin 1966).

<sup>22</sup> Paul RICOEUR, *op. cit.*



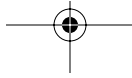
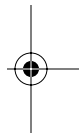
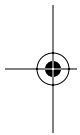


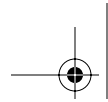
## DROIT ET MÉMOIRE

en portent encore les stigmates ; ce faisant, il s'agit, par l'intégration de ces mémoires partielles dans le patrimoine commun de la mémoire collective, de favoriser l'insertion de ces groupes dans la collectivité nationale.

Ces éléments se retrouvent peu ou prou dans l'ensemble de ces textes. L'accord sur la Nouvelle-Calédonie du 5 mai 1998, sur la base duquel sera adoptée la réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998, entendra ainsi « reconnaître les ombres de la période coloniale », en estimant qu'« il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée », en vue de « refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie ». La loi Gayssot du 13 juillet 1990 vise à protéger la mémoire de la Shoah, en sanctionnant la contestation de l'existence de « crimes contre l'humanité ». La loi du 29 janvier 2001 dispose dans son article unique que « la France reconnaît publiquement le génocide arménien ». La loi Taubira du 21 mai 2001 qualifie la traite négrière transatlantique et l'esclavage de « crimes contre l'humanité ». Parfois, ces textes ne sont que la traduction d'un mouvement général : la dénonciation de l'extermination des Juifs comme crime contre l'humanité figurait déjà dans le jugement du Tribunal de Nuremberg et se retrouve dans maintes législations nationales et résolutions d'organisations internationales : le 26 janvier 2007, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté une résolution invitant les États à « rejeter sans réserve tout déni de l'Holocauste en tant qu'évènement historique ». D'autre pays ont reconnu eux aussi l'existence du génocide arménien et le Parlement européen a adopté le 15 novembre 2006 une résolution invitant le gouvernement turc à adopter une position identique. En revanche, la France est le seul pays à avoir qualifié la traite négrière et l'esclavage de « crimes contre l'humanité ».

S'ils s'inscrivent dans la ligne du droit mémoriel, ces textes opèrent cependant un double *élargissement* dans la mesure où ils ne concernent que partiellement ou indirectement la France et où ils donnent, sous couvert de qualification juridique, une interprétation de faits historiques vouée à s'imposer comme vérité officielle. Les dérapages possibles de ce processus sont apparus en pleine lumière à l'occasion de l'adoption de la loi du 23 février 2005, avec





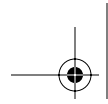
## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

l'adoption d'un amendement parlementaire exigeant que les programmes scolaires reconnaissent « le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord » : face aux vives réactions, internes et externes, suscitées par une telle interprétation à sens unique du fait colonial, un décret du 15 février 2006 est venu abroger cette disposition, préalablement délégalisée à la suite de l'intervention du Conseil constitutionnel.

Cet effet d'imposition est d'autant plus net que ces lois, et c'est leur second élément d'originalité, comportent des dispositions visant à assurer le *respect* d'une interprétation dotée d'une présomption irréfragable de vérité. Aux termes de la loi Gayssot, la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité à propos de la Shoah est passible des mêmes peines que celles sanctionnant la provocation à la haine et à la discrimination raciale ; cette répression du négationnisme n'est pas propre à la France : on la retrouve dans plusieurs pays européens, tels la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche ou l'Espagne, et un projet de décision-cadre sur ce point a été présenté au niveau communautaire en janvier 2007. La loi Taubira donne aux associations ayant pour objet la défense de la mémoire des esclaves ou de l'honneur de leurs descendants la possibilité de se porter partie civile, notamment en cas d'injures ou de discriminations : l'action en justice engagée contre l'historien Olivier Pétré-Grenouilleau, qui avait montré que la traite n'était pas seulement un phénomène transatlantique, a montré que cette arme n'était pas illusoire. La loi du 23 février 2005 pénalise les injures, diffamations ou apologes de crimes perpétrés contre les harkis. En ce qui concerne enfin le génocide arménien, si la loi de 2001 se borne à le reconnaître, une proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, le 12 octobre 2006 à l'initiative du groupe socialiste, tend à réprimer pénalement sa négation sur le modèle de la loi Gayssot. La force juridique attachée à l'interprétation conduit à relancer les perspectives d'indemnisation ou de réparation pour les victimes ou leurs descendants – question posée notamment à propos de la traite et de l'esclavage.

Par ces caractéristiques, les « lois mémorielles » s'écartent du droit mémoriel classique : le législateur s'immisce plus directement sur le terrain de l'historien, en n'hésitant pas à qualifier certains faits historiques et en interdisant toute expression d'une opinion



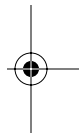


## DROIT ET MÉMOIRE

contraire. Un rapport nouveau tend ainsi à s'établir entre droit et mémoire, qui comporte une série d'enjeux.

### II. LES ENJEUX DE LA JURIDICISATION

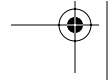
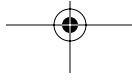
L'inflexion du droit mémoriel est le reflet des tensions auxquelles sont confrontées les sociétés contemporaines dans leur rapport au temps et à l'espace : si l'accent mis sur le passé traduit le besoin de consolider une identité collective menacée, en mettant au jour ses racines profondes, les lois mémorielles opèrent aussi une réévaluation de ce passé, remettant en cause les représentations traditionnelles sur lesquelles repose cette identité ; et la mémoire collective tend à la fois à se fragmenter, par la prise en compte des mémoires particulières des groupes minoritaires, et à se diluer, par le regard porté sur des événements historiques dépassant de très loin le cadre national. Loin de dépasser ces contradictions par la vertu de la dogmatique juridique, le transit par la forme juridique ne fait que les activer : tandis que se multiplient les revendications mémorielles, misant toujours davantage sur l'issue juridique, la question de la pertinence du recours à l'outil juridique est désormais posée ; l'enjeu mémoriel se double donc d'une interrogation relative à la fonction du droit.



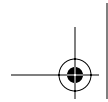
#### A. L'enjeu mémoriel

En visant à intégrer à la mémoire collective les mémoires particulières et douloureuses de groupes dont les membres ont été dans le passé victimes de crimes ou d'exactions, les lois mémorielles ont entraîné une série d'effets en chaîne.

D'abord, si elles ont été le produit de l'action de militants de ces causes, qui ont trouvé les relais indispensables dans le champ politique sans rencontrer réellement d'opposition, elles ont contribué par leur existence même à *précipiter la prise de conscience* par ces groupes de leur identité spécifique : la loi Taubira de 2001 a ainsi donné, par l'évocation de la traite, de l'esclavage et, plus généralement, de la colonisation, le référentiel à partir duquel les populations noires ont pu se reconnaître et s'identifier ; le passé colonial servira à légitimer les revendications présentes et l'identification







## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

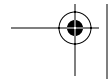
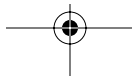
aux colonisés sera utilisée comme ressort de mobilisation collective. Cette problématique sera explicitement posée par l'appel du 18 janvier 2005, dit des « Indigènes de la République », dans lequel un lien étroit est établi entre le passé colonial de la France – qui, après avoir « participé activement à la traite négrière et à la déportation des populations de l'Afrique sub-saharienne », a « spolié les richesses, détruit les cultures, ruiné les traditions, nié l'histoire, effacé la mémoire » des peuples – et le présent post-colonial, le traitement des populations issues de la colonisation prolongeant la politique coloniale. La création, le 26 novembre 2005, du Comité représentatif des associations noires (CRAN), dont l'objectif est de porter « la question noire au cœur du débat public et de la République », en sera le débouché : l'ambition est de « réécrire le récit national », en prenant en compte ces « mémoires raturées » et en intégrant les populations noires à « une communauté française imaginaire dont ils ont été exclus jusqu'à aujourd'hui »<sup>23</sup>. Dans la mesure où elles consacrent des mémoires particulières, au détriment du dénominateur commun de la mémoire nationale, les lois mémorielles sont dès lors suspectées d'alimenter le « communautarisme », au prix de l'effritement du « modèle d'intégration républicain »<sup>24</sup>.

Néanmoins, toutes les revendications mémorielles qui se multiplient ne peuvent être satisfaites : une *sélection* sera opérée parmi ces revendications en fonction de la force de pression dont disposent les groupes concernés<sup>25</sup> ; tous n'obtiendront pas la même attention et la même considération. On assiste dès lors à la « concurrence des victimes », qui cherchent à voir reconnaître la légitimité de leur combat, ainsi qu'à obtenir la réparation, symbolique et matérielle, à laquelle ils estiment avoir droit, au détriment d'autres groupes moins favorisés qui apparaîtront comme les « oubliés de la mémoire ». L'extension du droit mémoriel à des causes plus géné-

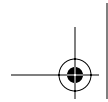
<sup>23</sup> Françoise VERGÈS, *La mémoire enchaînée. Questions sur l'esclavage*, Paris, Albin Michel, 2006.

<sup>24</sup> Jean-Pierre RIOUX, *La France perd la mémoire. Comment un pays démissionne de son histoire*, Paris, Perrin, 2006.

<sup>25</sup> René RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *Regards sur l'actualité*, précité.



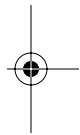
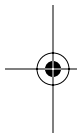




## DROIT ET MÉMOIRE

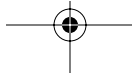
rales, qui ne touchent qu'indirectement la collectivité nationale, accentue cet arbitraire : pourquoi le génocide arménien et non celui du Cambodge ou du Rwanda ? En prétendant à l'universalité, les lois mémorielles s'enferment dans un insoluble dilemme.

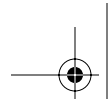
La prise en compte de mémoires particulières jusqu'alors ignorées conduit à une *relecture* des événements dont la signification avait été précédemment arrêtée, comme on l'a vu concernant le régime de Vichy. Il en a été de même pour l'esclavage<sup>26</sup> et, plus généralement, le passé colonial : la représentation traditionnelle d'une colonisation perçue comme une « épopée » glorieuse, sous-tendue par une « mission civilisatrice », qui a subsisté après la fin de l'aventure coloniale, est devenue problématique. Deux lectures de la colonisation tendent désormais à s'affronter : l'une, fidèle à la vision traditionnelle, considérant toute remise en cause de cette vision comme une atteinte à la mémoire collective de la Nation ; l'autre mettant l'accent sur l'oppression, l'exploitation et les crimes inhérents à l'entreprise coloniale. Le fait que cette controverse ait dépassé le cercle des historiens pour devenir un enjeu politique de première importance témoigne assez de la place de l'imaginaire colonial dans la mémoire collective française : une véritable « politique de la mémoire », illustrée par l'édification d'espaces dédiés à la mémoire coloniale, les discours des plus hauts responsables de l'État et l'adoption de lois, s'est déployée en vue d'arrêter une version officielle de l'histoire coloniale<sup>27</sup>. Les controverses se sont, on l'a vu, cristallisées au moment de l'adoption de l'amendement sur le « rôle positif de la présence française outre-mer » dans la loi du 23 janvier 2005 : au souhait d'une « réhabilitation » de l'œuvre coloniale exprimé dans les rangs de la majorité a répondu la « dénonciation des horreurs de la longue nuit coloniale », avant que la controverse ne s'éteigne du fait de l'abrogation de l'alinéa en cause ; mais cette abrogation a elle-même incité certains parlementaires de la majorité à remettre en cause en mai 2006 la disposition de la



<sup>26</sup> Le Président de la République indiquait le 31 janvier 2006 qu'il s'agissait désormais de faire entrer « l'ensemble de la mémoire de l'esclavage, longtemps refoulée », dans « notre histoire ».

<sup>27</sup> Claude LIAUZU, Gérard MANCERON, *La colonisation, la loi et l'histoire*, Paris, Syllepse, 2006.





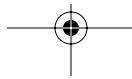
loi Taubira prévoyant que les programmes scolaires « accordent à la traite négrière et à l'esclavage la place qu'ils méritent ». Les lois mémorielles contribuent donc à entretenir la « bataille des mémoires ».

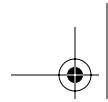
## B. L'enjeu juridique

L'inflexion du droit mémoriel a conduit à poser la question de la juridicisation de la mémoire sous un éclairage nouveau : le recours à la forme juridique pour solenniser et officialiser les quelques événements majeurs de l'histoire nationale n'avait pas suscité jusqu'alors la moindre contestation, les seules discussions portant sur la liste de ces événements et sur les modalités de leur célébration<sup>28</sup> ; les lois mémorielles soulèvent en revanche un problème nouveau, aussi bien au regard de leur rapport à l'histoire qu'en ce qui concerne leur relation au droit.

L'adoption de la disposition insérée dans la loi du 23 février 2005, exigeant que les « programmes scolaires » reconnaissent le rôle positif de la présence française outre-mer, a ainsi provoqué une véritable *fronde des historiens*, conduisant une partie au moins d'entre eux à remettre en cause l'ensemble des lois mémorielles récentes : si la première pétition du 25 mars 2005 réclamait seulement le retrait de la disposition précitée, celle du 12 décembre 2005, intitulée « Liberté pour l'histoire », signée par 19 historiens renommés, se prononçait pour l'abrogation de toutes ces lois, « indignes d'un régime démocratique », qui « ont restreint la liberté de l'historien, lui ont dit, sous peine de sanctions, ce qu'il doit chercher et ce qu'il doit trouver, lui ont prescrit des méthodes et posé des limites ». Par ces lois, le législateur, confondant « mémoire » et « histoire », se serait reconnu le droit de décider du contenu de celle-ci, en prétendant établir une Vérité officielle et en imposer le respect sous peine de sanctions. Or, « l'histoire n'est pas un objet juridique. Dans un État libre, il n'appartient ni au Parlement, ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique de

<sup>28</sup> Le projet de suppression du 8 mai en tant que jour férié avait été par exemple vivement controversé, et en définitive abandonné.





## DROIT ET MÉMOIRE

l'État, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire ». La mise en cause précitée de l'historien Olivier Pétré-Grenouilleau, attaqué en justice sur le fondement de la loi Taubira de 2001, explique assez largement cette mise en cause globale des lois mémorielles – jusqu'à la loi Gayssot, qui aurait été « la mère de toutes les autres ».

D'autres historiens prendront cependant le contre-pied de cette position<sup>29</sup>, soit qu'ils mettront à part la loi Gayssot, au motif qu'elle se bornerait à sanctionner la négation des crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été définis par le Tribunal de Nuremberg – c'est-à-dire en fin de compte à assurer le respect d'une décision de justice<sup>30</sup> –, soit qu'ils défendront l'ensemble des lois mémorielles qui viseraient non à « dire l'histoire » mais à empêcher « sa négation » : en votant ces lois, le législateur ne se serait nullement « immiscé sur le territoire de l'historien », mais seulement « venu lui apporter son soutien dans sa lutte contre la négation de vérités établies ». La proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, fin 2006, concernant la sanction de la négation du génocide arménien a relancé la controverse : contre ceux pour qui la loi serait « une insulte aux historiens et à tous ceux qui considèrent que c'est à l'histoire d'établir les faits »<sup>31</sup>, répondront ceux pour qui il s'agit seulement de « sanctionner le négationnisme » qui, en cherchant à effacer les traces du génocide, serait en fin de compte « consubstantiel » à celui-ci<sup>32</sup>. Dans tous les cas, le Parlement ne fait, par les lois mémorielles, qu'opérer une qualification juridique de faits établis par le travail des historiens.

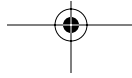
La fronde des historiens a été relayée dans le *milieu juridique*, à la suite de l'adoption de cette proposition de loi : d'accord avec les

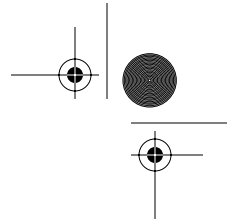
<sup>29</sup> Voir la pétition « Ne mélangeons pas tout ! », *Libération*, 13 décembre 2005, signée par 32 personnalités, dont beaucoup d'historiens.

<sup>30</sup> C'est la position de Vincent DUCLERT et d'Annette WIEVIORKA, *Regards sur l'actualité*, précité.

<sup>31</sup> Michel WIEVIORKA, « Les députés contre l'histoire », *Le Monde*, 17 octobre 2006. Les membres de l'association « Liberté pour l'histoire » s'étaient dès le 6 mai 2006 déclarés « profondément choqués » par ce texte.

<sup>32</sup> Bernard-Henri LÉVY, « Arménie : loi contre génocide », *Le Monde* 2 février 2007.





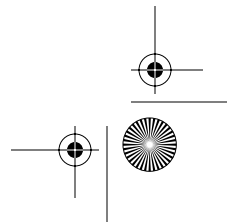
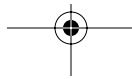
historiens précités pour dénoncer le fait que « le législateur se substitue à l'historien pour dire ce qu'est la vérité historique », 60 professeurs de droit demanderont l'abrogation des lois mémorielles qui, violant la liberté d'expression et de la recherche, conduiraient le législateur à « outrepasser la compétence que lui reconnaît la Constitution »<sup>33</sup>. C'est ainsi l'occasion, pour ces juristes, de remettre en cause la loi Gayssot qui avait sans doute suscité dans le milieu juridique de fortes réserves au moment de son adoption, mais dont l'expression était restée discrète<sup>34</sup>. La critique du caractère « non normatif » de ces textes trouve un appui dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : après avoir rappelé que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par la suite être revêtue d'une portée normative » (29 juillet 2004), le Conseil n'a pas hésité en effet à annuler les dispositions d'un texte « manifestement dépourvues d'une telle portée » (21 avril 2005) ; dans la mesure où leur objet se limiterait pour l'essentiel à la reconnaissance de la réalité de faits historiques, les lois mémorielles ne satisferaient pas au critère de juridicité<sup>35</sup>. Elles seraient l'illustration même de ce « droit mou », proclamatoire voire incantatoire, qui manifesterait le déclin de la conception traditionnelle de la loi et contre lequel le Conseil entend désormais, à juste titre, réagir.

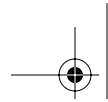
Cette analyse n'emporte cependant pas la conviction : d'une part, on l'a vu, les lois mémorielles ne se bornent pas seulement à un constat, mais opèrent une qualification juridique d'événements historiques et elles tendent à être assorties d'un dispositif de sanction ; d'autre part, et plus généralement, l'assimilation entre normativité et juridicité, qui conduit à condamner les « lois d'affichage »,

<sup>33</sup> « Appel contre les lois mémorielles », *Petites Affiches*, 15 décembre 2006.

<sup>34</sup> Jean-Philippe FELDMAN (« Il faut abolir la loi Gayssot », *Le Monde* 18 octobre 2006) reprend les critiques qu'il avait formulées dans la *Revue de droit international et de droit comparé*, 1998, p. 229 suiv.

<sup>35</sup> En ce sens, Marc FRANGI, « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *Revue du droit public*, n° 1, 2005, p. 241 suiv. ; Patrick FRAISSEIX, « Le droit mémoriel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 67, 2006, p. 483 suiv. ; Bertrand MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *Revue du droit public*, n° 2, 2007, p. 231 suiv.





## DROIT ET MÉMOIRE

tend à négliger le fait que les textes juridiques remplissent de multiples fonctions, symboliques et politiques<sup>36</sup>. Le droit est aussi un « discours »<sup>37</sup> qui fixe les repères indispensables à la cohésion sociale et assure la diffusion des valeurs fondamentales qui sont au cœur de l'ordre social et politique : bénéficiant de l'autorité qui s'attache aux énoncés juridiques, ces représentations disposent d'une puissance normative au moins diffuse.

La mémoire n'est donc pas étrangère au monde du droit, dont la médiation apparaît nécessaire pour établir les points d'ancrage solides, sur lesquels pourra s'appuyer l'identité collective. Tout le problème est en réalité de savoir de quoi est faite cette mémoire collective : alors que le droit mémoriel classique, célébrant quelques événements et figures héroïques de l'histoire nationale, était vécu sur le mode de l'évidence, l'affirmation d'un « devoir de mémoire » envers les victimes ou les oubliés de cette histoire, et l'élargissement corrélatif des références mémorielles, modifient les perspectives, en ouvrant un champ nouveau de controverses ; les vives discussions auxquelles on a assisté en France sur le bien-fondé du recours au droit ne sont ainsi en fin de compte que le reflet des incertitudes qui entourent désormais la définition des valeurs collectives dans les sociétés contemporaines. Et c'est bien l'interrogation qui est au centre des travaux d'Andrée Lajoie.



<sup>36</sup> Jacques CHEVALLIER, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006.

<sup>37</sup> Dominique ROUSSEAU, « La loi ? Un instrument de communication », *Le Monde* 4 février 2005.

