

Constitution et passé

Entre mémoire et histoire

sous la direction de
Ariane Vidal-Naquet

19

Constitution et passé

Entre mémoire et histoire

Ariane Vidal-Naquet (dir.)

DOI : 10.4000/books.dice.13177
Éditeur : DICE Éditions
Lieu d'édition : Aix-en-Provence
Année d'édition : 2023
Date de mise en ligne : 3 mars 2023
Collection : Confluence des droits
EAN électronique : 9791097578183



<https://books.openedition.org>

Édition imprimée

Nombre de pages : 174

Référence électronique

VIDAL-NAQUET, Ariane (dir.). *Constitution et passé : Entre mémoire et histoire*. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence : DICE Éditions, 2023 (généré le 09 juin 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/dice/13177>>. ISBN : 9791097578183. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.dice.13177>.

© DICE Éditions, 2023

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International
- CC BY-NC-ND 4.0

RÉSUMÉS

Issu d'une journée d'études qui s'est tenue à Aix-Marseille Université en 2020, le présent ouvrage propose des réflexions sur les rapports que la Constitution entretient avec le passé, sur la façon dont elle le représente, l'appréhende, le traite voire l'utilise. Ce thème, abordé par les jeunes chercheurs de l'Institut Louis Favoreu sous le parrainage de chercheurs expérimentés, trouve, dans l'actualité, des résonances importantes avec, par exemple, la multiplication des lois mémorielles et des devoirs de mémoire, les débats soulevés par une « cancel culture » constitutionnelle ou encore la constitutionnalisation de « vérités » historiques. Les différentes contributions analysent, dans une perspective historique et comparée, la façon dont la Constitution/les Constitutions se saisissent du passé : à cet égard, elles soulignent la diversité des manières de représenter le passé voire de se l'approprier et interrogent la spécificité du discours constitutionnel sur le passé. Elles analysent également la façon dont la/les Constitutions utilisent le passé, comment ce dernier intervient au soutien de la construction du récit constitutionnel et comment il peut être mobilisé par les différents acteurs constitutionnels, notamment le juge.

ARIANE VIDAL-NAQUET (DIR.)

Ariane Vidal-Naquet est professeur des universités en droit public. En poste à Aix-Marseille Université depuis 2010, elle est rattachée à l'Institut Louis Favoreu – GERJC et co-dirige le Master 2 Pratique des droits fondamentaux. Elle consacre ses travaux de recherche et ses enseignements au droit constitutionnel, au contentieux constitutionnel ainsi qu'au droit des droits et libertés fondamentaux. Elle est, dans ces différentes matières, l'auteur de nombreuses publications, articles comme ouvrages.

CONSTITUTION ET PASSÉ ENTRE MÉMOIRE ET HISTOIRE

sous la direction de
Ariane Vidal-Naquet



SOMMAIRE

Retour vers le futur. Quels usages constitutionnels du passé ?	7
Marcel Morabito, Professeur émérite, Ancien recteur d'académie, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Avant-propos	11
Ariane Vidal-Naquet, Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille, responsable scientifique de la journée d'études .	
Manon Bonnet, Enseignante chercheur contractuelle, Université Grenoble Alpes, co-organisateur de la journée d'études.	
Julien Padovani, Maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, co-organisateur de la journée d'études.	
Constitution et passé : du fait à la norme	17
Ariane Vidal-Naquet, Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille.	
Constitutions mémorielles, révisionnistes, amnésiques. Quelle mémorisation constitutionnelle du passé ?	35
Pauline Malléjac, Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Histoire et roman national, quels enjeux pour les constituants ? Essai de typologie des préambules constitutionnels	47
Clarisse Valmalette, Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Continuité matérielle du droit infraconstitutionnel et changement constitutionnel : le traitement du passé	63
Cédric Aguzzi, Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
De l'usage de la mémoire collective au sein des constitutions de transition	89
Claire Parjouet, Doctorante, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.	
Le recours à l'histoire dans la transition constitutionnelle de la Hongrie vers la démocratie illibérale	109
Dorottya Collet-Retkes, Doctorante, Université de Szeged, Hongrie.	
L'assistance constitutionnelle et l'histoire. L'exemple de la promotion de la démocratie par la Commission de Venise	123
Maria Gudzenko, Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Le traitement des lois mémorielles par les cours constitutionnelles. Illustration de l'inadaptation d'un instrument normatif concurrenté	155
Arnaud Morando, Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France, ATER à l'Université de Montpellier (CERCOP).	

RETOUR VERS LE FUTUR

QUELS USAGES CONSTITUTIONNELS DU PASSÉ ?

Marcel MORABITO¹

Derrière le clin d'œil à Robert Zemeckis, « Retour vers le futur constitutionnel », qui était le titre facétieux de la journée d'études, cet ouvrage collectif de doctorants de l'Institut Louis Favoreu aborde une question essentielle, celle des usages que le droit constitutionnel fait du « passé ». Le choix de ce terme reflète d'emblée la complexité de la tâche. Ce passé que l'on exhume se révèle de fait multiforme. Il peut renvoyer à des événements comme à des périodes, tantôt sources de légitimation, tantôt facteurs de rejet. Leur évocation est fréquemment le terrain d'une tension entre mémoire et histoire, entre émotion et connaissance, entre « cœur et raison »². Leur utilisation répond à des objectifs variables, oscillant entre volonté de rupture et recherche de continuité. Comment donc ce passé aux multiples facettes est-il saisi par le droit constitutionnel ? Explorant un ample champ, tant sur le plan historique que géographique, les jeunes chercheurs de l'ILF s'efforcent de répondre à cette question en interrogeant constitutions, décisions de cours constitutionnelles ou encore travaux d'experts internationaux.

Après deux reports infligés par la conjoncture sanitaire, leurs travaux ont pu être exposés le 26 mars 2021 selon un savant dosage de « présentiel » et de « distanciel », mais surtout sous une forme originale et particulièrement fructueuse, grâce au soutien de constitutionnalistes éminents qui ont suivi les doctorants durant leurs recherches et sont intervenus en binômes lors de leur présentation. C'est à notre collègue Ariane Vidal-Naquet, qui a piloté ce beau projet, qu'a logiquement incombé la tâche d'ouvrir cette journée d'études. Ses propos introductifs, intitulés « Constitution et passé : du fait à la norme » posent clairement les enjeux de la constitutionnalisation du passé en s'attachant à décrypter ses causes – objectifs de la fonction référentielle, relation entre mémoire et histoire – comme ses conséquences – normativisation du passé. Sur ce socle, les différents textes repris dans cet ouvrage étaient articulés autour de deux axes : l'appréhension constitutionnelle du passé et l'utilisation constitutionnelle du passé.

1 Professeur émérite de Sciences Po, Ancien recteur d'académie.

2 A. PROST, « Comment l'histoire fait-elle l'historien ? », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, janvier-mars 2000, n° 65, p. 5.

Sous le parrainage de Michel Verpeaux, Pauline Malléjac nous livre tout d'abord un précieux travail de définition à partir d'une approche comparative : « Constitutions mémorielles, révisionnistes, amnésiques : quelle mémorisation constitutionnelle du passé ? ». Son texte nous propose un tableau suggestif des appréhensions constitutionnelles de la mémoire collective. Puis, avec l'appui de Pierre-Nicolas Barenot, Clarisse Valmalette entreprend d'établir une typologie de plus de cent préambules, projet ambitieux s'il en est mais indispensable tant la portée symbolique de ces préambules, qui s'inscrivent dans « le temps long », est déterminante. Sous le contrôle d'Emmanuel Cartier, Cédric Aguzzi s'intéresse ensuite aux relations entre un droit infra-constitutionnel, que caractérise la continuité, et un droit constitutionnel, marqué par l'instabilité : « Continuité matérielle du droit infra-constitutionnel et changement constitutionnel – Le traitement du passé ».

En équipe avec Fabrice Hourquebie, Claire Parjouet-Calvet nous conduit sur le continent africain avec « De l'usage de la mémoire collective au sein des constitutions de transition ». Sur le fondement de seize constitutions transitionnelles, elle nous fournit une vision claire et argumentée des fonctions référentielles de ces textes provisoires.

Avec le soutien de Nataşa Danielciuc-Colodrovschi, Dorottya Collet-Retkes analyse, quant à elle, « Le recours à l'histoire dans les transitions vers la démocratie illibérale » en étudiant les racines de la Constitution hongroise entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Sous le regard de Romain Rambaud, Maria Gudzenko se penche sur « L'assistance constitutionnelle et l'histoire : l'exemple de la Commission de Venise ». Dans cette étude aussi complète que convaincante, elle met parfaitement en évidence l'importance fondamentale de l'histoire dans la construction des standards européens, tout en insistant sur les limites des avis rendus par la Commission dont le travail d'expertise requiert une meilleure maîtrise des références à l'histoire. Après quoi, la communication d'Arnaud Morando, « Le traitement des lois mémorielles par les cours constitutionnelles », élaborée en concertation avec Jean-Pierre Massias, s'intéresse aux utilisations juridictionnelles du passé. Portant son attention sur les lois mémorielles et le recours fréquent dont elles sont l'objet dans de nombreux systèmes juridiques en Europe, il nous offre une démonstration solidement étayée de leur inadaptation comme instrument normatif de reconnaissance du passé.

L'ensemble de ces contributions est du plus grand intérêt sur le plan juridique comme historique. Les aspects techniques y sont traités avec sérieux. Les enjeux historiques y sont identifiés avec précision. De sorte que l'impression globale qui se dégage de ces travaux est celle d'une authentique réussite. L'implication des universitaires qui ont encadré les recherches de ces doctorants, la satisfaction qu'ils ont manifestée lors de leur présentation en témoigne. Ces binômes sont une expérience à rééditer absolument.

En qualité d'historien du droit, je ne peux que féliciter et remercier ces jeunes chercheurs de leur intérêt pour l'histoire. S'il est important que les historiens s'intéressent à l'actualité et portent sur elle ce regard objectif sans lequel on ne pourrait dépasser les polémiques inutiles trop souvent relayées par les médias, il l'est tout autant que les spécialistes de droit positif alimentent leur argumentation en se nourrissant d'histoire. Car, au fond, ce lien entre histoire et droit constitutionnel est crucial. Il ne saurait d'ailleurs se limiter aux usages volontaristes que l'on peut faire du passé sous quelque forme qu'il prenne. Qu'on le veuille ou non, nous sommes les produits d'une histoire comme nous le rappellent si besoin était plusieurs des principes que nous a légués la Révolution française – séparation des pouvoirs, souveraineté nationale, droits de l'homme et du citoyen – et qui forment encore le socle de notre droit constitutionnel.

AVANT-PROPOS

Ariane VIDAL-NAQUET¹

Manon BONNET²

Julien PADOVANI³

« **Constitution et passé** ». Le thème est à la fois insolite et familier. Insolite parce que la Constitution est rarement appréhendée dans sa dimension relative au passé. Elle est, en effet, traditionnellement perçue comme la formalisation d'un projet politique commun tourné vers l'avenir. Elle se présente souvent elle-même comme une réaction, plus encore comme une rupture, avec le passé. Elle ne se situe par rapport au passé que pour mieux s'en démarquer. Elle est également traditionnellement présentée comme une norme qui a vocation à régir des comportements à venir qui ne sont pas encore nés. Elle n'a d'ailleurs pas la possibilité de régir des comportements passés, si ce n'est par recours à la rétroactivité, qui demeure une fiction juridique, celle de faire comme si le passé n'avait pas existé alors qu'au contraire, il a parfaitement été. Pourtant, le sujet est familier. Nombreuses sont, en effet, les dispositions constitutionnelles relatives au passé, celui-ci étant plus ou moins directement nommé, plus ou moins ancien, illustrant souvent un mouvement de sédimentation constitutionnelle. En témoigne, par exemple, la lecture du préambule de la Constitution de 1958, qui renvoie aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale « tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».

Le présent ouvrage propose des réflexions sur les rapports que la Constitution entretient avec le passé, sur la façon dont elle le représente, l'appréhende, le traite voire l'utilise. Comme le suggère l'ellipse étymologique, le passé est le temps qui est passé, qui est éteint. En évoquant des faits, des événements, des périodes, des personnages de ce passé révolu, la Constitution inscrit non seulement le passé dans le texte constitutionnel mais le représente au sens fort du terme – c'est-à-dire le rend présent – voire l'inscrit dans le cadre d'une normativité juridique. Les contributions de l'ouvrage ne relèvent pas de la discipline qu'est l'histoire constitutionnelle, entendue comme récit scientifique visant à décrire et rendre intelligible l'évolution des différentes Constitutions afin de mieux

1 Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France, responsable scientifique de la journée d'études.

2 Manon Bonnet, Enseignante chercheur contractuelle, Université Grenoble Alpes, co-organisateur de la journée d'études.

3 Maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, co-organisateur de la journée d'études.

connaître le passé voire d'éclairer le présent, bien qu'elles mettent en évidence, en creux, l'importance de l'histoire constitutionnelle. Si la Constitution a nécessairement une histoire, voire des histoires pour reprendre la formule de Jean-Louis Halpérin⁴, l'ouvrage entend s'intéresser à la façon dont la Constitution raconte un passé ou une histoire – *Gesichte* en allemand.

« **Entre mémoire et histoire** ». Plus encore, et telle est l'intuition de départ, la démarche vise à démontrer que, dans ses rapports au passé, la Constitution se situe entre histoire et mémoire. La référence à l'article fondateur « Entre mémoire et histoire. La problématique des lieux » de Pierre Nora est parfaitement assumée. L'historien y dresse le constat de la fin de la mémoire sous le coup de l'accélération de l'histoire, en raison de la fin des milieux de mémoire et des sociétés de mémoire ainsi que du culte du changement permanent. La disparition de la mémoire met fin à la convergence voire à la confusion longtemps entretenue entre histoire et mémoire. Partant de ce constat, Pierre Nora indique que tout oppose histoire et mémoire dans leurs caractéristiques : la mémoire est vivante, changeante, transformable et manipulable ; l'histoire est reconstruction distante, objective et froide d'une réalité qui n'est plus. La mémoire est une façon de rendre le passé toujours présent tandis que l'histoire souligne, au contraire, à quel point le passé est (dé)passé ; la mémoire est affective et magique, l'histoire est intellectuelle et rationnelle ; la première est « multiple et démultipliée », la seconde est une⁵. Il souligne également qu'en conséquence de leurs caractéristiques antinomiques, histoire et mémoire entretiennent des relations contrariées : « la mémoire est toujours suspecte à l'histoire » tandis que « l'histoire est délégitimation du passé vécu »⁶. Enfin, l'historien démontre que cet « arrachement de l'histoire à la mémoire »⁷ a des conséquences scientifiques, qui se traduisent notamment par le développement de l'historiographie, d'une histoire de l'histoire, qui révèle que, précisément, l'histoire est victime de la mémoire et qu'elle ne cesse de vouloir s'en délivrer, s'en détacher. Telle est d'ailleurs l'ambition des « lieux de mémoire » : réagir à la fin de l'histoire-mémoire et s'inscrire dans un mouvement historiographique réflexif. Le présent ouvrage s'inspire de cette démarche : il entend analyser, en droit constitutionnel, les liens qu'entretient la Constitution avec le passé tout en réfléchissant, et le terme est symbolique, à l'évolution de la science du droit constitutionnel et, plus particulièrement, à son objet.

« **Entre mémoire et histoire** ». Si la formule est binaire, la préposition, parfois même le préfixe, désigne plusieurs états : celui de l'intervalle, de l'état transitoire, de l'ensemble ou encore de la réciprocité. Précisément, la façon dont la Constitution parle du passé hésite entre histoire et mémoire, va de l'histoire à la mémoire, confond l'histoire et la mémoire, rapproche l'histoire de la mémoire. Le discours constitutionnel emprunte de nombreuses caractéristiques à l'histoire : il est un énoncé en apparence froid, distant, rationnel, officiel, unique voire unitaire, qui précise les conditions d'exercice et de limitation du pouvoir. Ce discours constitutionnel se présente également comme une mémoire, mouvante, appropriable, plurielle, une mémoire constitutionnelle ; cette dernière constitue

4 J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, 2010/2 n° 75, p. 295-313.

5 P. NORA, « Entre mémoire et histoire. La problématique des lieux », in *Les Lieux de mémoire*, tome 1, La République, Gallimard, 1984, p. XIX.

6 *Ibid.*, p. XX.

7 *Ibid.*, p. XX.

l'expression du pouvoir constituant, originaire ou de révision, qui n'hésite pas à utiliser le passé au service d'un certain nombre d'objectifs, de sorte que la constitutionnalisation du passé est rarement désintéressée.

La façon dont la Constitution parle du passé incite également à s'interroger, dans un mouvement plus réflexif, sur l'objet de la science du droit constitutionnel. Les différentes contributions du présent ouvrage rappellent, en effet, que la Constitution sert autant, peut-être davantage, à légitimer le pouvoir qu'à le limiter. La vision sans doute un peu idéaliste, et précisément empreinte de l'idéal des Lumières, de la Constitution comme texte et comme norme juridiques ayant vocation à encadrer le pouvoir politique a vécu ; le lien traditionnellement entretenu entre Constitution et libéralisme, entre Constitution et limitation voire séparation des pouvoirs, entre Constitution et garantie des droits est distendu. La façon dont la Constitution parle du passé rappelle que cette dernière est un outil au service du pouvoir et qu'elle peut aisément se transformer en un instrument de pouvoir. En témoignent, par exemple, les débats autour de la « manipulation constitutionnelle », entendue comme un usage « néfaste » ou « mal intentionné » de la révision constitutionnelle et ceux autour du « constitutionnalisme abusif »⁸, c'est-à-dire l'utilisation instrumentale et autoritaire à la Constitution ; en témoignent également la dénonciation du populisme constitutionnel et le constat du divorce possible entre État de droit et démocratie, qui s'illustre notamment dans les démocraties dites illibérales. L'instrumentalisation de la Constitution témoigne de ce que la conception, communément admise, de la « Constitution-limitation » est concurrencée voire supplantée par celle de la « Constitution-légitimation ». Cette prise de conscience signale une forme d'impuissance du droit constitutionnel, qui permet de légitimer ce qu'il doit, dans le même temps, encadrer et limiter, à savoir le pouvoir politique.

L'actualité du passé constitutionnel. Cette thématique soulève, en droit constitutionnel et plus largement en droit public, des enjeux importants, dont certains trouvent, dans l'actualité, des illustrations tragiques, qui soulignent l'actualité de ce « passé constitutionnel ».

Il en va par exemple ainsi de ce que l'on pourrait appeler l'émergence d'un « historicisme constitutionnel », entendu comme une forme de surdétermination historique de la Constitution. Certes, cette dernière n'est pas évidente à mesurer, d'autant que nombreuses sont les Constitutions qui font référence au passé. Elle peut néanmoins être appréhendée par la place accordée aux facteurs historiques dans la Constitution, plus exactement au passé, ce dernier devenant l'un des fondements majeurs de l'ordre constitutionnel. Autrement dit, la Constitution n'est plus tournée vers l'avenir mais plutôt vers le passé, qu'elle souhaite à la fois ressusciter et sanctuariser. À cet égard, la révision constitutionnelle russe de 2020 inscrit le passé au cœur du texte constitutionnel pour mieux légitimer l'exercice du pouvoir politique. Le nouvel article 67 § 2 « [l]a Fédération de Russie, unie par une histoire millénaire, préservant la mémoire des ancêtres, qui nous ont transmis des idéaux et la foi en Dieu, ainsi que la continuité dans le développement de l'État russe, reconnaît l'unité étatique historiquement établie » fait écho au long article signé de Vladimir Poutine, mis en ligne sur le site du Kremlin le 12 juillet 2021, intitulé « Sur l'unité historique des Russes et des Ukrainiens »

8 D. LANDAU, « Abusive Constitutionalism », *UCDL Review*, 2013, p. 189.

et au discours du 21 février 2022, justifiant la reconnaissance des républiques autoproclamées de Donetsk et de Lougansk par cette même unité historique⁹. Cette révision constitutionnelle de 2020 introduit également un troisième alinéa à l'article 67 selon lequel « [l]a Fédération de Russie honore la mémoire des défenseurs de la Patrie, garantit la défense de la vérité historique. La dénégation de la signification de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie n'est pas admise ». Le discours constitutionnel se métamorphose alors : il n'est plus mémoire, mais se veut histoire, dont il impose la vérité et interdit la contestation.

Autre illustration, moins dramatique mais tout aussi d'actualité, la naissance d'une forme de « wokisme constitutionnel » voire de « *cancel culture* constitutionnelle ». Entendu comme la prise de conscience des injustices sociales mais aussi ethniques, culturelles, religieuses subies par des minorités, le wokisme peut se déployer dans le cadre constitutionnel : l'inscription, dans la Constitution, des injustices passées revêt une dimension symbolique mais également pratique, puisque la consécration constitutionnelle offre un fondement solide à l'adoption de tout un ensemble de normes juridiques destinées à compenser ou réparer ces injustices du passé. Quant à la *cancel culture*, elle peut trouver, dans le texte constitutionnel, un champ d'application particulièrement vaste, comme en témoignent les débats relatifs à la question de la suppression du mot « race » de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, repris du Préambule de la Constitution de 1946 : en interdisant les distinctions « selon la race », le constituant entendait, après-guerre, contrer, précisément, les thèses racistes mais légitimait, en creux, l'idée selon laquelle il existe des races, voire l'accréditait au regard du passé colonial français.

En témoigne encore la prolifération des lois mémorielles dans toute l'Europe et au-delà, qui proclament un devoir de mémoire aux objectifs multiples : ne pas oublier, se repentir, exorciser, réconcilier, exalter voire glorifier. Malgré leur diversité, ces lois montrent comment la norme, législative mais aussi constitutionnelle, peut être utilisée pour imposer une lecture officielle d'événements passés, qu'il s'agisse de les punir ou non. D'ailleurs, la multiplication des objectifs poursuivis par ces lois mémorielles s'accompagne d'une diversification des effets de cette lecture officielle du passé : celle-ci n'entrave pas seulement la liberté d'expression et/ou de la recherche mais peut s'étendre aux médias, la culture, l'éducation, l'associatif, comme en témoigne la dissolution de l'association Memorial, en Russie, chargée d'analyser les crimes du communisme au motif que ses activités portent atteinte aux lois et à la Constitution. En conséquence, la « mémorialisation » du passé ne se limite pas à l'espace public ; elle se répercute dans l'espace privé, l'histoire officielle conditionnant alors l'élaboration des mémoires privées, individuelles et collectives.

La journée d'études dont le présent ouvrage constitue les actes a permis de mettre en évidence les usages constitutionnels du passé, tout en soulignant les risques de son instrumentalisation. Elle a été l'occasion de confirmer que, paradoxalement, « le passé est tout à fait imprévisible », pour reprendre les termes de l'historienne Kristin Ross.

⁹ <https://www.franceculture.fr/emissions/le-cours-de-l-histoire/l-histoire-ukrainienne-vue-du-kremlin>.

Un projet pour et avec la jeune recherche. La journée d'études du 26 mars 2021 a été conçue comme un projet visant à impliquer et valoriser la jeune recherche. De la naissance du projet à la réalisation pratique du colloque, en passant par l'organisation du travail scientifique, le projet a été conçu avec et pour la jeune recherche. À partir de réflexions générales sur l'usage du passé dans les constitutions, le projet a ainsi été pensé collectivement autour d'une proposition de voyage dans le temps constitutionnel, d'où l'intitulé retenu pour la journée, en référence au mythique film de Robert Zemeckis, *Retour vers le futur*, et le visuel correspondant !

Le choix du format s'est rapidement porté sur une démarche originale de parrainage dont l'objectif était d'assurer les échanges et l'émulation intellectuelle entre les plus jeunes chercheurs et leurs aînés. Les doctorants ou jeunes docteurs ont pu proposer un sujet sur le thème de la journée avant de bénéficier de l'encadrement d'un parrain plus expérimenté – et, par la force des choses, moins jeune. En dépit des circonstances liées à l'épidémie de COVID, les parrains ont ainsi accompagné les jeunes chercheurs dans le travail de préparation de leur contribution et ont présenté conjointement le fruit de leurs travaux. L'expérience a conduit à des débats d'une particulière richesse, révélant l'enthousiasme de tous à l'égard de ce format.

Avant de refermer cette parenthèse introductive et de laisser le lecteur découvrir lui-même la richesse de l'ouvrage, il nous revient de remercier, vivement, les protagonistes de cette belle histoire scientifique :

- les parrains : M^{mes} et MM. Pierre-Nicolas Barenot (Maître de conférences à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne), Emmanuel Cartier (Professeur à l'Université de Lille), Nataşa Danelciuc-Colodrovschi (Assistante de recherches à l'Université d'Aix-Marseille), Mathilde Heitzmann-Patin (Professeur à l'Université du Mans), Fabrice Hourquebie (Professeur à l'Université de Bordeaux), Jean-Pierre Massias (Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour), Romain Rambaud (Professeur à l'Université de Grenoble-Alpes), Michel Verpeaux (Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
- le rapporteur de synthèse, M. Marcel Morabito (Professeur émérite de Sciences Po, associé à l'Institut Louis Favoreu), qui a accepté de préfacier l'ouvrage ;
- Les présidentes de table ronde : M^{mes} Audrey Bachert-Peretti (Maître de conférences à l'Université de Lorraine) et Kelly Picard (Maître de conférences à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne ;
- les jeunes chercheurs-organiseurs : M^{mes} et MM. Cédric Aguzzi, Dorottya Collet-Retkes, Maria Gudzenko, Pauline Mallejac, Arnaud Morando, Claire Parjouet, Clarisse Valmalette ;
- L'Institut Louis Favoreu de l'Université d'Aix-Marseille et l'Institut d'études ibériques et ibéro-américaines de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, l'UMR 7318 DICE ainsi que la revue *Confluences*.

Que l'histoire commence !

CONSTITUTION ET PASSÉ : DU FAIT À LA NORME

Ariane VIDAL-NAQUET¹

Contrairement à ce que laisse présupposer la célèbre formule révolutionnaire, « du passé faisons table rase », les Constitutions entretiennent, en réalité, des liens très étroits avec le passé. Une rapide recherche dans les textes constitutionnels, français comme étrangers, révèle de nombreuses références au passé² : références à des passés immédiats, par exemple le Bill of rights de 1689 qui s'ouvre par une longue liste de griefs imputés à Jacques II ou à des passés lointains voire immémoriaux comme le préambule de la Constitution chinoise ; références aux peuples autochtones ou indigènes, par exemple dans la Constitution bolivienne ; références aux grandes dates de la construction de l'État ou de l'unité nationale, à Cuba, en Égypte ou en Croatie ; références à des figures historiques, comme Atatürk en Turquie, le Che ou Simon Bolivar en Équateur, ou aux pères fondateurs, comme dans la Constitution de Centre Afrique ou de République dominicaine ; références aux héros, parfois précisément énumérés par exemple dans le préambule de la Constitution du Nicaragua, aux martyrs et aux victimes, par exemple dans le préambule de la Constitution bolivienne ; références à des événements particulièrement dramatiques, comme la traite, l'esclavagisme ou le génocide, dans le préambule de la Constitution rwandaise notamment ; références à des guerres, notamment les guerres d'indépendance, en Érythrée ou au Cap Vert ; références à des textes du passé, par exemple la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le Préambule de la Constitution de 1958 ; références à la durée du passé, notamment pour les Constitutions qui font référence à la coutume, à la tradition ou encore aux usages, par exemple la Constitution du Kenya ou de Roumanie... références que l'on trouve aussi bien dans les préambules, souvent considérés comme un récit des origines, que dans les dispositions transitoires, qui ont vocation, précisément, à organiser la transition entre le passé et le présent, ou dans le corps même du texte constitutionnel.

S'il existe plusieurs façons, pour la Constitution, de se saisir du passé, encore faut-il revenir au terme et à l'aporie qu'il soulève : le passé est défini comme le temps situé à une époque révolue. Par extension, ce terme désigne l'ensemble des faits, actions, événements qui se sont produits. Ainsi appréhendé, il contient une double dimension à la fois temporelle et matérielle. Dans sa dimension

1 Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 Analyse à partir du site *Constitute*, développé par le Comparative Constitutions Project sous la direction des professeurs Z. ELKINS, T. GINSBURG et J. MELTON en collaboration avec Google, [<https://www.constituteproject.org>].

temporelle, le passé renvoie à ce qui est arrivé, ce qui a existé au temps d'avant ; il renvoie essentiellement à une temporalité. Dans sa dimension substantielle, le passé évoque ce qui a existé réellement, ce qui peut être constaté de façon certaine ; il suggère alors une réalité, plus encore une vérité de ce qui s'est produit. Reste que, et la difficulté a bien été mise en évidence par les philosophes, le passé est passé ; il a été et il n'est plus selon l'aporie aristotélicienne. Il existe alors deux façons de rendre le passé présent, de le représenter, au sens fort du terme : l'histoire et la mémoire³. Classiquement opposées, ces deux notions semblent dichotomiques⁴. L'histoire se présente comme un récit sur ce qui s'est passé mais aussi comme une activité de connaissance ; elle « peut être considérée comme une science et l'objet même de cette connaissance », de même d'ailleurs que le droit désigne à la fois la science et l'objet même de la science. En tant que science, l'histoire vise à connaître et à rendre intelligible des faits, des événements passés selon une démarche scientifique qui lui est propre. Elle part du présent pour regarder, comprendre et expliquer le passé. La mémoire, en revanche, semble s'opposer conceptuellement à l'histoire. Elle n'a aucune prétention scientifique, aucune prétention à la véracité, aucune prétention même à l'exhaustivité. Elle va du passé au présent, puisqu'elle est une manière pour le passé d'être présent. Cette opposition a notamment été synthétisée par Jacques Le Goff : tandis que l'histoire relève de la connaissance, de l'objectivité voire de la justice, la mémoire relève de l'imagination, de la subjectivité, de la sélection. Ces deux façons de rendre présent le passé soulignent d'ailleurs, en creux, la difficulté à se saisir du passé sans recourir ni à l'histoire ni à la mémoire⁵. Autrement dit, le passé n'existe pas en dehors de ces deux canaux de représentation qui, seuls, permettent de rendre présent ce qui a été.

Définie d'un point de vue formel comme la norme adoptée et révisée selon une procédure particulière, distincte et plus contraignante que celles mises en œuvre pour les autres normes de l'ordre juridique, la Constitution entretient des liens paradoxaux avec le passé. D'un côté, elle se présente comme étant en rupture avec le passé : la Constitution est l'établissement d'un nouvel ordre juridique qui se substitue totalement à un autre. Plus encore, elle se définit, d'un point de vue formel, par cette rupture avec l'ordre juridique du passé. D'un autre côté, la Constitution peut, en pratique, avoir n'importe quel contenu et se saisir, en conséquence, du passé. Celui-ci, défini comme le temps situé à une époque révolue ainsi que, par extension, comme l'ensemble des événements qui s'y sont produits, peut être identifié de deux manières principales qui renvoient à la double dimension du terme : la dimension temporelle du passé, c'est-à-dire la référence à un temps révolu, qu'il soit ponctuel ou étalé sur une certaine durée, par exemple les traditions ou les coutumes, qui intègrent le facteur temps ; la dimension matérielle, par référence à des éléments du passé, qu'il s'agisse

3 Voir notamment l'ouvrage de P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Le Seuil, 2000.

4 Voir notamment J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Gallimard, 1998 et P. NORA, « Entre mémoire et histoire. La problématique des lieux », in *Les Lieux de mémoire*, tome 1, La République, Gallimard, 1984, p. XIX. Voir plus généralement sur les rapports entre histoire et mémoire et les rapprochements récents, P. M. NOEL, « Entre histoire de la mémoire et mémoire de l'histoire : esquisse de la réponse épistémologique des historiens au défi mémoriel en France », *Conserveries mémorielles* [En ligne], #9 | 2011, mis en ligne le 15 avril 2011, consulté le 5 mars 2022. URL : <http://journals.openedition.org/cm/820>.

5 G. BARTHOLEYNS, « Le passé sans l'histoire. Vers une anthropologie culturelle du temps », *Itinéraires* [En ligne], 2010-3 | 2010, p. 47-60 not. p. 60 : « Les historiens vivent dans la conviction que l'histoire et la mémoire sont les seuls modes d'existence du passé dans la société et que la façon dont nous utilisons le passé est essentiellement idéologique et patrimoniale ».

d'évènements, de personnages, de collectivités humaines ou encore de dates. Ainsi appréhendé, le passé est présent dans de très nombreuses dispositions constitutionnelles, illustrant un phénomène de « constitutionnalisation du passé ». Cette dernière peut être entendue dans un sens faible et un sens fort : au sens faible, la constitutionnalisation est simplement formelle et renvoie à l'inscription du passé dans le texte constitutionnel ; au sens fort, elle est substantielle et désigne la transformation du passé en norme constitutionnelle. Afin de rendre compte de cette double acception, il convient de s'interroger, au-delà du constat de la constitutionnalisation formelle du passé dans les Constitutions, sur la portée normative de cette constitutionnalisation. Entendue dans son sens purement formel, la constitutionnalisation du passé revêt une dimension éminemment axiologique : elle n'est ni neutre, parce que le passé est instrumentalisé, ni anodine, parce qu'elle conduit à la construction d'une mémoire constitutionnelle. Cette constitutionnalisation formelle peut s'accompagner d'une constitutionnalisation substantielle, qui consiste à conférer à des évènements passés le caractère de véritables normes juridiques et, plus encore, à protéger voire à sanctuariser le passé, le transformant en vérité historique et, ainsi, en norme scientifique.

I. La consécration du passé dans le texte constitutionnel : l'utilisation du passé au service de la construction d'une mémoire constitutionnelle

Le constat de l'inscription du passé dans les Constitutions suscite deux questions assez basiques. Pourquoi le constituant inscrit-il dans la Constitution des références au passé ? Cette première interrogation est peu dissociable des objectifs poursuivis par ce dernier et des modalités selon lesquels il se réfère au passé. Elle confirme que le passé est non seulement composé, pour reprendre la formule proposée par François Ost dans *Le temps du droit*, c'est-à-dire qu'il est construit à partir du présent, mais encore instrumentalisé. Seconde question : comment le constituant parle-t-il du passé ? Il s'agit, ici, d'insister sur la façon dont le constituant évoque le passé, le discours constitutionnel sur le passé se présentant comme une forme de mémoire constitutionnelle.

A. L'utilisation constitutionnelle du passé

La constitutionnalisation du passé est rarement neutre. Tel qu'il figure dans les Constitutions, le passé n'est pas seulement un ensemble de faits s'étant déroulés antérieurement ; il s'inscrit dans un discours constitutionnel construit qui poursuit, en le mobilisant, un certain nombre d'objectifs. Ces derniers sont étroitement liés aux façons dont le passé est évoqué dans les Constitutions, qui peuvent être identifiées comme des « modalités de l'appel au passé »⁶. La première, la modalité mémorielle invite à oublier ou, au contraire, à ne pas oublier le passé. Dans sa facette positive, elle

6 F. Ost, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob, 1999, p. 43, qui distingue ainsi le passé généalogique des fondations, le passé répétitif de la tradition, le passé chronologique de l'histoire événementielle et le passé intemporel des invariants juridiques. C'est également la démarche suivie par Ariana Macaya Lizano qui distingue, à partir de l'analyse de plus d'une centaine de préambules constitutionnels, quatre modalités de références au passé: l'appel à un passé source d'unité ou de fierté, la rupture avec un passé jugé douloureux ou traumatique, le recours à un récit des origines fortement mythifié ou l'utilisation du passé pour se projeter prospectivement vers le futur (A. MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, Droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2014, p. 264 et s.).

revêt une fonction commémorative qui peut prendre la forme de fêtes annuelles, comme au Kenya⁷ ou en Roumanie⁸, ou d'institutions mémorielles, par exemple la Commission de la mémoire nationale créée en Hongrie « afin que l'État conserve la mémoire de la dictature communiste »⁹. Dans sa facette négative, amnésique, elle cherche à effacer le passé voire à l'annuler. Le passé est ignoré dans le préambule de la Charte de 1814¹⁰, rejeté par la litanie qui ouvre la Constitution de 1791¹¹ ou encore la profession de foi de la Constitution hongroise¹². Il peut même être annulé, par exemple par le biais de dispositions rétroactives, comme la Charte de 1830 qui déclare nulles toutes les nominations et créations de pairs faites sous le règne précédent¹³.

La référence au passé peut, en deuxième lieu, revêtir une dimension morale, qu'il s'agisse de pardonner, de réparer ou, à l'inverse, de sanctionner. Dans sa dimension restauratrice, la constitutionnalisation invite à réparer les blessures du passé, par exemple la Constitution égyptienne¹⁴, prendre la forme de dispositions d'amnistie¹⁵, voire de dispositions compensatoires¹⁶. Elle peut revêtir et au contraire, une dimension punitive, notamment à travers des dispositions constitutionnelles qui visent à sanctionner les responsables de certains actes¹⁷, à les exclure de certaines fonctions ou de

7 La Constitution du Kenya institue, dans son article 9, trois commémorations annuelles : la fête du Maraka qui célèbre l'indépendance du Royaume Uni, la fête du Mashujaa qui commémore les héros de l'indépendance et la fête Jamhuri qui rappelle la mise en place de la République.

8 La Constitution de Roumanie fixe la fête nationale au 1^{er} décembre (art. 5), qui commémore la constitution de la Grande Roumanie en 1918.

9 Constitution hongroise, Article U « Afin que l'État conserve la mémoire de la dictature communiste, une Commission de la mémoire nationale est instituée. La Commission de la mémoire nationale révèle le fonctionnement du pouvoir de la dictature communiste, le rôle des personnes et des organisations détentrices du pouvoir communiste, et elle publie les résultats de son activité sous forme d'un rapport global ainsi que d'autres documents ».

10 Préambule de la Charte de 1814 : « Nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence ».

11 Préambule de la Constitution de 1791 « Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivait, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. – Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. – Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. – Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. – La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution ».

12 La profession de foi de la Constitution hongroise précise ainsi « Nous ne reconnaissons pas la suspension de notre constitution historique due à des occupations étrangères. Nous rejetons la prescription des crimes inhumains commis envers la nation hongroise et ses citoyens sous les dictatures national-socialiste et communiste. Nous ne reconnaissons pas la constitution communiste de 1949, du fait qu'elle a été le fondement d'un pouvoir tyrannique, nous la déclarons ainsi invalide ».

13 Article 68 de la Charte de 1830 : « Toutes les nominations et créations nouvelles de pairs faites sous le règne du roi Charles X sont déclarées nulles et non avenues ».

14 Selon la Constitution égyptienne, l'adoption de la Constitution permet de « fermer la porte de toute tyrannie et de toute corruption et de soigner les blessures du passé ».

15 Voir par exemple l'article 185 du titre XIV de la Constitution du Niger, qui amnistie tous les auteurs, co-auteurs et complices du coup d'État du 18 février 2010.

16 Voir par exemple l'article 12 de la Constitution du Mexique : « Les Mexicains qui ont combattu dans l'Armée constitutionnelle, ainsi que leurs enfants et veuves, ainsi que les autres personnes qui ont rendu des services à la Révolution ou à l'instruction publique, auront la priorité pour acquérir des terres conformément à l'article 27 et auront droit aux remises spécifiées par la loi ».

17 L'article U de la Constitution hongroise invite à sanctionner les responsables de la dictature communiste : le « Parti socialiste ouvrier hongrois et ses prédécesseurs en droit ainsi que les autres organisations politiques créées sous le signe de

certaines droits¹⁸ ou encore celles qui visent à poser l'imprescriptibilité ou aménager la prescriptibilité de certains actes du passé¹⁹.

Dans sa troisième dimension, interprétative ou herméneutique, la référence au passé permet de mieux comprendre la Constitution²⁰ et, plus précisément, d'interpréter les normes juridiques²¹. Le passé peut constituer une grille d'interprétation générale du texte constitutionnel, par exemple en Afrique du Sud²² ou en Hongrie²³. De façon plus ponctuelle, il peut être utilisé pour interpréter certaines normes constitutionnelles spécifiques, comme en France où le contenu des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est identifié à partir du passé, plus précisément des lois des Républiques antérieures à 1946. Enfin, la référence au passé peut revêtir une dimension normative, c'est-à-dire permettre la création de normes juridiques. Le passé est susceptible ainsi d'être pris en compte comme élément de fait pour justifier l'adoption de certaines normes juridiques, par exemple en Zambie où la Constitution prévoit que la Commission électorale doit délimiter les circonscriptions électorales en tenant compte, notamment, du passé²⁴. À cette dimension normative que l'on pourrait qualifier de justificative s'ajoute une dimension normative créative : le passé est alors pris en compte dans son aspect temporel afin de donner naissance à un certain type de normes juridiques reconnues par l'ordre juridique, comme la coutume ou la tradition.

Ces différentes modalités d'appel au passé se répercutent sur la Constitution par le phénomène de constitutionnalisation du passé rétroagit, en retour, sur la norme constitutionnelle elle-même. Il permet, notamment, de situer la Constitution par rapport au passé, de l'ancrer dans une histoire, de lui donner une épaisseur historique. Cette fonction référentielle renvoie, d'une certaine manière, à la critique traditionaliste, reprochant aux révolutionnaires de 1789 d'avoir rompu avec le passé et d'avoir ainsi ôté toute légitimité historique au nouvel ordre juridique ; « en cherchant ainsi à renouer la chaîne des temps, que de funestes écarts avaient interrompue », le préambule de la Charte

l'idéologie communiste en vue d'être à leur service étaient des organisations criminelles dont les dirigeants sont responsables de manière imprescriptible ».

18 À titre d'exemple, la Constitution italienne prévoit, parmi les dispositions transitoires et finales, des limitations temporaires au droit de vote et d'éligibilité des dirigeants responsables du régime fasciste ; la Constitution algérienne exige des candidats à la présidence de la République de justifier leur participation à la Révolution du 1^{er} novembre 1954 ou la non-implication des parents dans des actes hostiles à la Révolution du 1^{er} novembre 1954 (article 91 chap. 1 titre III).

19 Ainsi la Constitution hongroise précise que la dictature communiste a interrompu les délais de prescription pour certaines infractions pénales graves, délais qui reprennent à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (article U § 6, 7 et 8).

20 Voir par exemple le préambule de la Constitution égyptienne qui évoque le passé comme « source d'inspiration ».

21 À ce sujet, voir notamment E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, 2006, p. 512 : Le recours au passé sert de cadre à l'« éclairage contextuel ou substantiel du droit ».

22 L'article 39 de la Constitution invite la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle interprète la Déclaration des droits, à promouvoir les valeurs qui sous-tendent la Constitution et qui sont énoncées dans le Préambule, en rupture avec un passé douloureux – Sur ce point, voir notamment L. ORGAD « The preamble in constitutional interpretation », *International Journal of Constitutional Law* (I-CON) 714 (2011), p. 724 et s.

23 Selon l'article R de la Constitution hongroise, « (3) Les dispositions de la Loi fondamentale sont interprétées conformément à leur but, à la Profession de foi nationale y incorporée ainsi qu'aux acquis de notre constitution historique ». Voir notamment K. KOVACS et G.A. TOTH, « Hungary's constitutional transformation », *European Constitutional Law Review*, n° 7, 2011, p. 199.

24 Selon l'article 59 de la Constitution de Zambie, la Commission électorale doit prendre en considération, dans la délimitation des limites des circonscriptions, l'histoire, la diversité et la cohérence de la circonscription.

de 1814 revendique, à l'inverse, cet ancrage historique²⁵. Plus encore, cette fonction permet à la Constitution de se positionner par rapport au passé, soit pour le rejeter et se démarquer de l'ancienne Constitution, soit, au contraire, pour s'inscrire dans une continuité constitutionnelle. Ainsi le Bill of Rights de 1688 rompt avec l'ordre juridique passé, de même que le préambule de la Constitution du Japon de 1946 repose sur la rupture avec le régime antérieur, responsable des horreurs de la guerre²⁶. Mais la référence au passé peut inscrire la Constitution dans une histoire, souvent plus longue, pour l'exalter, par exemple le long préambule de la Constitution hongroise ou celui de la Constitution chinoise²⁷.

Elle permet encore de légitimer la Constitution, assumant une fonction justificatrice tantôt de la nouvelle Constitution dans son ensemble, tantôt de certains choix faits par le constituant ou encore de certaines normes constitutionnelles. Le passé permet d'asseoir la nouvelle Constitution, qu'elle se présente comme une réaction aux régimes précédents, par exemple le préambule de la Constitution de Gambie de 1996 qui justifie ainsi le coup d'État de 1994²⁸. Il permet de légitimer le choix de certaines institutions constitutionnelles, par exemple le préambule de la Charte de 1814 qui explique ainsi le retour de la pairie²⁹ ou la Constitution rwandaise qui justifie, de façon pudique, la création de la Commission nationale de Droits de la personne et de la Commission nationale de l'Unité et la Réconciliation et de la Commission nationale de lutte contre le génocide par la volonté de « contribuer à régler des problèmes majeurs du pays »³⁰. Le passé peut, encore, justifier l'adoption de certaines normes juridiques, auxquelles le passé ou, plus exactement sa temporalité, permet de donner une consistance juridique. C'est le cas par exemple de la coutume, de la tradition ou encore des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Enfin, la référence au passé revêt une fonction identitaire, permettant de caractériser et, surtout, singulariser une communauté, État, nation ou peuple. Parce que propre à chaque communauté, le passé permet de la définir mais aussi de la distinguer, de la démarquer des autres. Il explique les singularités identitaires ; le préambule de la Constitution de Bolivie, par exemple, rappelle les luttes du passé, le soulèvement indigène, l'indépendance, les luttes populaires de libération, les manifestations

25 Pour un exemple moins connu, voir la Constitution de 1795, article 372, cité par A. MACAYA Lizano, *op. cit.*, p. 297.

26 Préambule de la Constitution du Japon : « Nous, le peuple japonais, agissant par l'intermédiaire de nos représentants dûment élus à la Diète nationale, résolus à nous assurer, à nous et à nos descendants, les bienfaits de la coopération pacifique avec toutes les nations et les fruits de la liberté dans tout ce pays, décidés à ne jamais plus être les témoins des horreurs de la guerre du fait de l'action du gouvernement, proclamons que le pouvoir souverain appartient au peuple et établissons fermement cette Constitution [...] ».

27 Le début du préambule de la Constitution chinoise rappelle qu'il s'agit de « l'un des pays à la plus longue histoire dans le monde, à la culture splendide et à une glorieuse tradition révolutionnaire ».

28 Préambule de la Constitution de Gambie « Nos espoirs et aspirations comme peuple sont reflétés dans l'enthousiasme et la ferveur avec lesquels nous nous sommes donnés à la tâche de la construction de la nation après l'obtention de l'indépendance. Néanmoins, dans le passé récent, le gouvernement auto-perpétué a rapidement donné lieu à des abus de pouvoir et autres vices qui empêchaient le bien-être du peuple gambien. Le peuple souverain de Gambie, approuva alors le changement de gouvernement le 22 juillet 1994 pour rectifier ces maux » citée par A. MACAYA LIZANO, *op. cit.*, p. 275.

29 Préambule de la Charte de 1814 « Nous avons enfin cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés. Ainsi, nous avons vu dans le renouvellement de la pairie une institution vraiment nationale, et qui doit lier tous les souvenirs à toutes les espérances, en réunissant les temps anciens et les temps modernes ».

30 Constitution du Rwanda, article 176

indigènes, sociales et syndicales, les guerres, les luttes pour la terre et le territoire, pour expliquer que c'est « avec la mémoire de nos martyrs » que « nous construisons un nouvel État »³¹. Façonnant l'identité nationale, le passé est source de fierté comme le souligne, par exemple, le préambule des Constitutions albanaise³² ou hongroise³³ ; plus encore, la préservation de cette identité nationale telle que modelée par le passé peut être érigée en un objectif étatique³⁴ tandis que la profession de foi hongroise considère que la protection de l'identité enracinée dans la « Constitution historique » est une « obligation fondamentale de l'État »³⁵.

Ces propositions de typologies sont révélatrices des usages multiples du passé. La référence au passé est rarement désintéressée : son inscription dans la Constitution remplit un certain nombre de fonctions qui rétroagissent sur les modalités de l'appel au passé. Au-delà, ces typologies révèlent des usages non pas strictement juridiques mais, plus largement, politiques voire sociaux du passé, notamment dans sa fonction référentielle, légitimatrice et identitaire, rappelant que la Constitution est le projet politique d'une société afin d'organiser l'exercice et la limitation du pouvoir. Cette dimension axiologique de la référence au passé est confirmée par la nature du discours constitutionnel du passé.

B. Le discours constitutionnel sur le passé

Comment la Constitution parle-t-elle du passé ? Le discours constitutionnel est un discours profane sur le passé, un discours juridique sur le passé et non un discours historique. La Constitution ne parle donc pas d'un passé historique mais d'un passé mémoriel, celui dont elle veut garder la mémoire. Ce discours conduit à la confection d'une mémoire constitutionnelle, qui constitue la formalisation et la protection, dans et par la norme suprême, de la mémoire d'un peuple.

Le passé constitutionnalisé présente un certain nombre de caractéristiques³⁶, étroitement liées aux fonctions qui lui sont assignées, qui le rapprochent de la mémoire et l'éloignent de l'histoire. La première est celle de la sélectivité. Les Constitutions n'ont aucune prétention à l'exhaustivité ;

31 Préambule de la Constitution de Bolivie

32 Préambule de la Constitution d'Albanie « Nous, peuple albanais, fier et conscient de notre histoire ... ».

33 Profession de foi de la Constitution de Hongrie « Nous sommes fiers que notre roi Saint Étienne ait placé l'État hongrois sur des fondations solides et qu'il ait fait entrer notre patrie dans l'Europe chrétienne. Nous sommes fiers de nos ancêtres qui se sont battus pour la préservation, la liberté et l'indépendance de notre pays. Nous sommes fiers des remarquables œuvres intellectuelles des Hongrois. Nous sommes fiers que notre peuple se soit battu pendant des siècles pour défendre l'Europe, et qu'il ait enrichi les valeurs communes de celle-ci par son talent et labeur ».

34 Le préambule de la Constitution du Maroc énonce, par exemple que « le Royaume du Maroc entend préserver, dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale une et indivisible. Son unité, forgée par la convergence de ses composantes arabo-islamique, amazighe et saharo-hassanie, s'est nourrie et enrichie de ses affluents africain, andalou, hébraïque et méditerranéen »

35 Profession de foi de la Constitution de Hongrie : « Nous respectons les acquis de notre constitution historique et la Sainte Couronne qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois ainsi que l'unité nationale. Nous considérons que la protection de notre identité enracinée dans notre constitution historique est une obligation fondamentale de l'État ».

36 Certaines de ces caractéristiques sont empruntées à B. F. HAVEL, « In Search of a Theory of a Public Memory: The State, the Individual, and Marcel Proust », *Indiana Law Journal*, n° 3, vol. 80, 2005, p. 60, cité par A. MACAYA LIZANO, *op. cit.*, p. 461 et à A. von Andreas, « Norms and Narrative », *German Law Journal*, 2017, p. 309-329, not. p. 319.

elles n'abordent qu'un certain nombre d'évènements ou de figures ou d'actions passés, de sorte que le passé est à la fois concentré sur certains épisodes et discontinu sur la durée³⁷. La Constitution hongroise, par exemple, est polarisée sur la dictature communiste, qui alimente un grand nombre de dispositions et le discours s'apparente alors à une forme de catharsis constitutionnelle. En sens inverse, d'autres épisodes historiques, généralement moins glorieux, peuvent être volontairement passés sous silence, par exemple la révolution culturelle ignorée dans le préambule de la Constitution chinoise. Deuxième caractéristique, liée à la première, le passé est souvent mythifié, qu'il s'agisse des périodes de domination ou de gloire ou, au contraire, de périodes sombres. Les références renvoient à un passé indéterminé, à des périodes qui ne sont pas forcément identifiables dans le temps³⁸, à des histoires très longues voire millénaires³⁹, à des personnages plus ou moins légendaires ou, plus exactement, évoqués sous forme de légendes⁴⁰. Le discours constitutionnel n'échappe d'ailleurs pas à une certaine emphase dans l'exposition de ce passé comme en témoigne le préambule de la Constitution égyptienne⁴¹ ou à une certaine poésie, par exemple le préambule de la Constitution bolivienne⁴². Troisième caractéristique, le passé constitutionnalisé se présente sous la forme d'une histoire téléologique, orientée vers le progrès. Le discours constitutionnel articule les faits, les épisodes historiques de manière à leur restituer une cohérence, une logique profonde, voire un but, par exemple le préambule de la Constitution algérienne⁴³, celui de la Constitution chinoise⁴⁴

37 En ce sens, voir A. MACAYA LIZANO, *op. cit.*, p. 562.

38 A. VON ANDREAS, « Norms and Narrative », *op. cit.*, p. 318 qui mentionne une « unreliable narration ». Voir par exemple le préambule de la Constitution de Lituanie qui commence ainsi « Le peuple lituanien

- ayant fondé l'État lituanien il y a de nombreux siècles,
- ayant établi ses bases légales sur les statuts de la Lituanie et sur les constitutions de la République de Lituanie,
- ayant défendu avec persévérance pendant des siècles sa liberté et son indépendance,

[...]. »

39 Voir ainsi le préambule de la Constitution algérienne qui évoque son histoire « plusieurs fois millénaire », le préambule de la Constitution du Vietnam qui parle d'une « histoire millénaire » ou encore le titre premier de la Constitution croate qui fait référence à « l'identité millénaire de la nation croate et la continuité de son existence politique ».

40 Ainsi le préambule de la Constitution slovaque commence par rappeler « l'héritage politique et culturel de nos ancêtres, ainsi que les expériences séculaires de luttes pour notre existence nationale et notre propre État, Dans l'esprit de l'héritage spirituel des saints Cyrille et Méthode et du legs historique de la Grande Moravie » ou encore la Constitution de la République dominicaine dont les représentants du peuple invoquent « le nom de Dieu, guidés par l'idéologie de nos pères fondateurs, Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella et Francisco del Rosario Sánchez, et le héros de la Restauration d'établir une République libre, indépendante, souveraine et démocratique, inspirés par les exemples des luttes et des sacrifices de nos héros et héroïnes immortels... ».

41 Le préambule de la Constitution égyptienne commence ainsi « Au début de l'histoire, l'aube de la conscience humaine a augmenté et a brillé dans les cœurs de nos grands ancêtres, unissant leur bonne intention de construire le premier État central qui régit et organisé la vie des Égyptiens sur les rives du Nil. C'est là qu'ils ont créé les merveilles les plus étonnantes de la civilisation et où leurs cœurs ont levé les yeux vers les cieux avant que la Terre ne connaisse les trois religions révélées »

42 Voir par exemple le préambule de la Constitution cambodgienne qui s'ouvre de cette manière « Nous, le peuple du Cambodge, Être les héritiers d'une grande civilisation, une nation prospère, puissante, grande et glorieuse dont le prestige rayonnait comme un diamant » ou celui de la Constitution bolivienne « Dans les temps anciens, des montagnes ont surgi, des rivières se sont déplacées et des lacs se sont formés. Notre Amazonie, nos marécages, nos hautes terres, nos plaines et nos vallées étaient couvertes de verdure et de fleurs ».

43 Ainsi le préambule de la Constitution algérienne de 1996, long de quinze paragraphes, retrace les grands épisodes depuis le Royaume numide jusqu'à l'indépendance, présentée comme l'« aboutissement d'une longue résistance aux agressions menées contre sa culture, ses valeurs et les composantes fondamentales de son identité que sont l'Islam, l'Arabité et l'Amazighité ». En ce sens, voir A. MACAYA LIZANO, *op. cit.*, p. 282.

44 Ainsi le préambule de la Constitution chinoise retrace les grandes étapes de la construction de la nation en l'orientant vers la tâche historique de renversement de l'impérialisme et du féodalisme.

ou encore celui de la Constitution égyptienne⁴⁵. Cette reconstruction évolutionniste permet d'introduire des liens de causalité entre les faits et de les intégrer ainsi dans une histoire globale⁴⁶.

Ainsi caractérisé, le discours constitutionnel sur le passé mérite d'être analysé comme une forme de mémoire⁴⁷. Plus encore, la Constitution pourrait être rangée parmi les lieux de mémoire chers à Pierre Nora⁴⁸. La définition très large de lieux de mémoire – « de l'objet le plus matériel et concret, éventuellement géographiquement situé, à l'objet le plus abstrait et intellectuellement construit » – s'applique parfaitement à la Constitution. Bien que non spécifiquement traitée dans les différents tomes de l'ouvrage, cette dernière s'intègre parmi les lieux immatériels et construits de la mémoire⁴⁹ et s'insère pleinement dans la démarche proposée par l'historien : « partir des lieux, au sens précis du terme, où une société [...] consigne volontairement ses souvenirs ou les retrouve comme partie nécessaire de sa personnalité : lieux topographiques [...], lieux monumentaux [...], lieux symboliques [...], lieux fonctionnels [...] »⁵⁰. Elle s'inscrit d'autant mieux dans cette logique que l'historien vise aussi à montrer que la mémoire est toujours l'objet de stratégies de pouvoir et qu'elle relève de processus constants de légitimation.

Cette mémoire possède un certain nombre de caractéristiques liées à sa nature constitutionnelle. Elle se présente, tout d'abord, comme l'expression du pouvoir constituant. Toute une série de questions se pose aussitôt : qui est le rédacteur de la Constitution ? Qui en est l'auteur ? A-t-elle été adoptée par une assemblée, législative ou constituante, ou par le peuple par autant de distinctions qui contribuent à déterminer le degré de consensus qui a présidé à l'élaboration de la mémoire constitutionnelle⁵¹. Dans quel contexte politique a-t-elle été adoptée, le fruit de quels compromis politiques est-elle ? La mémoire constitutionnelle est-elle toujours écrite par les vainqueurs ? En outre, cette dernière n'est pas figée. Elle évolue, sous l'influence des interventions successives du pouvoir de révision voire de l'interprétation que peuvent en retenir les organes d'application, notamment les juges. En Hongrie, le long article U de la loi fondamentale de Hongrie condamnant le passé

45 Faisant de l'Égypte le « berceau de l'humanité » et le « cœur du monde entier », le préambule précise qu'il est aussi « un exemple de progrès pour l'humanité dont la révolution de 2011 est l'apogée ».

46 En ce sens, voir L. FONTAINE, « Les évolutions du genre constitutionnel : premiers éléments d'une « radiographie » engagée » (sur le site www.ledroitdelafontaine.fr) qui relève « la construction constitutionnelle d'un récit national et l'existence d'une continuité historique » : elle souligne que l'histoire vise à introduire de la cohérence dans le texte constitutionnel, à lui donner un sens, une direction et à introduire entre les événements un lien causal, qui se présente comme l'inverse du lien d'imputation cher à Kelsen.

47 Comme le souligne J. Le Goff, la mémoire accepte d'être sélective ; elle relève du mythe, de l'appropriation ; elle est une manière de rendre présent le passé et appelle donc le passé dans le présent, à l'inverse de l'histoire qui regarde le passé depuis le présent.

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

49 Qui se distingue des lieux à dominante matérielle (portatifs, topographiques) et des lieux à dominante fonctionnelle (dont l'objet est de recueillir la mémoire).

50 P. NORA, « Mémoire collective », in J. LE GOFF, R. CHARTIER, J. REVEL, *La nouvelle histoire*, Paris, Retz, 1978, p. 401.

51 Soulignant que les Constitutions post-communistes ont été approuvées tantôt par des majorités qualifiées du Parlement (Par exemple 2/3 en Croatie, Hongrie, 3/5^e en République tchèque, 3/4 en Bulgarie) tantôt par référendum (par exemple en Roumanie ou en Pologne), démontrant ainsi un large consensus, voir K. MIKLOSSY, H. NYSSONEN, « Defining the New Polity: Constitutional Memory in Hungary and Beyond », *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 26, n° 3, 2018, en ligne, p. 5.

communiste a été introduit par la loi constitutionnelle de 1993⁵² ; en Russie, l'inscription de celle-ci comme successeur de l'URSS, le rappel de l'histoire millénaire et la mémoire des ancêtres sont issus de la révision constitutionnelle de 2020⁵³. Cette mémoire peut également évoluer sous l'influence de l'interprétation retenue par le juge constitutionnel, qu'il s'agisse pour celui-ci d'interpréter les normes constitutionnelles relatives au passé ou, plus largement, d'interpréter l'ensemble des dispositions constitutionnelles à la lumière du passé. La référence au passé est, par exemple, une directive générale d'interprétation dans la Constitution hongroise⁵⁴. Plus encore, cette mémoire constitutionnelle peut faire l'objet d'une protection spécifique, sous la forme de clauses d'éternité. Ainsi, à Cuba, la Constitution affirme le caractère « irrévocable » du socialisme et du système politique et social établi depuis la Révolution de janvier 1959, de sorte que l'acquis socialiste porté par la révolution de 1959 semble placé à l'abri du pouvoir de révision⁵⁵.

Expression du pouvoir constituant, cette mémoire constitutionnelle est une mémoire commune ou, plus exactement, collective. Racontant le passé d'un peuple dans son ensemble, elle se présente généralement sous une forme inclusive, voire œcuménique, cherchant à intégrer ou à absorber les contre-histoires ou les histoires partielles pour les fondre dans le récit commun⁵⁶. Elle peut ainsi être qualifiée de mémoire collective, au sens où l'entend P. Nora, c'est-à-dire comme « ce qui reste du passé dans le vécu des groupes, ou ce que les groupes font du passé »⁵⁷. Elle présente une double dimension, à la fois collective, en ce qu'elle façonne l'identité du groupe⁵⁸, et individuelle, dans la mesure où le cadre juridique et, plus particulièrement, constitutionnel influence les mémoires individuelles. Il s'agit, par ailleurs, d'une mémoire publique ou, plus précisément, d'une démonstration publique, voire officielle de la mémoire. Ce caractère est accentué par le devoir de mémoire que l'on peut trouver dans certaines Constitutions, que ce soit sous forme d'évènements ou d'institutions

52 Il condamne le passé communiste de la Hongrie (article U, par. 1), appelle à la mise en évidence du véritable du fonctionnement de la dictature communiste (article U, par. 2), établit une commission de la mémoire nationale (article U, par. 3), oblige les détenteurs du pouvoir sous la dictature communiste à tolérer des déclarations factuelles sur leur rôle et leurs actes (article U, par. 4), permet de réduire leurs pensions légales et autres avantages (article U, par. 5), prolonge le délai de prescription pour les infractions pénales non poursuivies commises sous la dictature communiste (article U, par. 6 à 8), exclut toute indemnisation des victimes (article U, par. 9) et prévoit le transfert de documents aux archives publiques (article U, par. 10).

53 Selon la Constitution russe, Art 67 § 2. « La Fédération de Russie, unie par une histoire millénaire, préservant la mémoire des ancêtres, qui nous ont transmis des idéaux et la foi en Dieu, ainsi que la continuité dans le développement de l'État russe, reconnaît l'unité étatique historiquement établie.

3. La Fédération de Russie honore la mémoire des défenseurs de la Patrie, garantit la défense de la vérité historique. La dénégation de la signification de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie n'est pas admise. »

54 Selon l'article R de la Constitution hongroise, « (3) Les dispositions de la Loi fondamentale sont interprétées conformément à leur but, à la Profession de foi nationale y incorporée ainsi qu'aux acquis de notre constitution historique ».

55 L'article 4 de la Constitution cubaine de 2019 précise que « le système socialiste entériné par la Constitution est irrévocable », reprenant une disposition ajoutée en 2002 à la précédente Constitution de 1976.

56 Voir par exemple le préambule de la Constitution du Maroc qui précise que le Royaume du Maroc entend « préserver, dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale une et indivisible. Son unité, forgée par la convergence de ses composantes arabo-islamique, amazighe et saharo-hassanie, s'est nourrie et enrichie de ses affluents africain, andalou, hébraïque et méditerranéen.

57 P. NORA « La mémoire collective », *op. cit.* : « En première approximation, la mémoire collective est le souvenir ou l'ensemble de souvenirs, conscients ou non, d'une expérience vécue et/ou mythifiée par une collectivité vivante de l'identité de laquelle le passé fait partie intégrante ».

58 Voir A. MACAYA LIZANO, *op. cit.*, p. 458.

commémoratives. Plus largement, elle peut être rattachée à une forme de mémoire institutionnelle⁵⁹. En ce sens, elle est une mémoire d'État, permettant de caractériser et de singulariser ce dernier. Parce qu'elle est une mémoire à la fois commune et collective, publique et officielle, institutionnelle et étatique, cette mémoire constitutionnelle présente des caractéristiques qui empruntent à l'histoire. En effet, alors que la mémoire a longtemps été considérée comme relevant de la sphère individuelle, étant privée, partielle et particulière, l'histoire est commune, publique et partagée. Cette mémoire constitutionnelle se pare ainsi des vertus traditionnellement accordées à l'histoire et s'inscrit dans un mouvement plus large de « révolution mémorielle » qui rapproche la mémoire de l'histoire⁶⁰.

Cette constitutionnalisation du passé pourrait n'être qu'une illustration d'un mouvement plus général de l'extension de l'objet des Constitutions. Celui-ci n'étant pas limité, une Constitution peut avoir, théoriquement, n'importe quel contenu – ce qui n'empêche que l'on puisse identifier, de manière empirique, des « constantes » constitutionnelles. Rien n'empêche qu'une Constitution se saisisse du temps, du passé comme du futur d'ailleurs, qui s'invite lui aussi dans les textes constitutionnels, à travers, par exemple, les notions de « générations futures » ou d'engagement ou de responsabilité pour le futur⁶¹. Mais la constitutionnalisation du passé ne se limite pas à ce mouvement d'inscription formelle du passé dans le texte constitutionnel. Elle se double, en effet, d'un processus de normativisation du passé, qui conduit à transformer le passé en norme juridique et, plus encore, à protéger le passé par la norme juridique.

II. La normativisation du passé par le texte constitutionnel – la transformation du passé en norme juridique au service de la protection constitutionnelle du passé

Si les Constitutions contiennent de nombreuses références au passé, encore faut-il déterminer la portée de cette constitutionnalisation. Cette dernière peut n'être, en effet, qu'un effet d'affichage, voire un phénomène de mode et n'engendrer aucune obligation correspondante. Elle peut, à l'inverse, s'accompagner de la naissance de véritables normes juridiques relatives au passé, qu'il s'agisse d'insérer le passé dans des normes juridiques, c'est-à-dire dotées d'une force prescriptive et intégrées dans un ordre juridique globalement efficace et sanctionné, et/ou de protéger le passé par le biais d'un ensemble de normes juridiques qui visent à imposer une vérité historique. La normativisation est juridique dans le premier cas et devient même scientifique dans le second.

59 Ce terme est également utilisé par K. MIKLÓSSY et H. NYSSONEN, « Defining the New Polity: Constitutional Memory in Hungary and Beyond », *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 26, n° 3, 2018.

60 En ce sens, voir P. M. NOEL, « Entre histoire de la mémoire et mémoire de l'histoire : esquisse de la réponse épistémologique des historiens au défi mémoriel en France », *op. cit.*

61 Par exemple le préambule de la Constitution de l'Équateur évoque un profond engagement envers le présent comme envers le futur et contient plusieurs dispositions en ce sens.

A. L'intégration du passé dans la norme juridique

L'inscription du passé dans la Constitution pose deux types de questions qui renvoient, plus généralement, aux relations entre les faits et la norme, entre factualité et normativité. La première porte sur le point de savoir si la Constitution, en tant que norme juridique, peut contenir des dispositions relatives au passé, donc relatives aux faits, sans perdre ou, à tout le moins, affaiblir son caractère normatif. La seconde porte sur la question de savoir comment des dispositions relatives au passé peuvent acquérir un caractère normatif et convertir ainsi la factualité en normativité.

La Constitution peut-elle contenir des dispositions relatives au passé ? L'opposition traditionnelle entre les faits et les normes provoque une incompatibilité apparente entre la Constitution, entendue comme une norme, et le passé, défini comme un ensemble de faits qui se sont déroulés à une époque révolue⁶². Cette opposition se répercute sur tout une série d'oppositions secondaires qui caractérisent le passé et la Constitution, qu'il s'agisse de la temporalité, opposant ce qui a été pour le passé à ce qui est ou sera pour la norme, de la matérialité, opposant ce qui est descriptif pour le passé et ce qui est prescriptif pour la Constitution, ou encore de la vérifiabilité, opposant ce qui est vrai ou faux pour le passé, ce qui est respecté ou non pour la Constitution. En matière de temporalité, le passé a été à une époque révolue tandis que la Constitution s'adresse au présent voire au futur ; elle n'a aucune prétention à régir les faits passés, sur lesquels elle ne peut rétroagir. Du point de vue de la matérialité, le passé est censé décrire l'existence de faits qui se sont déroulés à une époque révolue, alors que la Constitution pose des règles d'organisation du pouvoir sous la forme de normes de comportement. Enfin, en matière de falsifiabilité, pour reprendre la terminologie de Popper, si les faits peuvent être vrais ou faux et le passé peut être vérifié, la Constitution n'est ni vraie ni fausse ; elle peut seulement être observée ou non.

Classique, cette dichotomie entre les faits et les normes entraîne-t-elle pour autant l'impossibilité pour la Constitution de parler du passé ? La loi de Hume interdit seulement de déduire des faits, et donc du passé, une norme juridique. Elle n'empêche pas qu'une norme juridique puisse se saisir du passé. En revanche, une norme juridique qui se contenterait d'énoncer des faits sans les assortir d'une conséquence juridique méconnaît le principe d'imputation propre à la norme juridique et également cher à Kelsen. Ce principe, selon lequel « si A est, B doit être », se présente comme un lien logique unissant un présupposé, ou des conditions, et la conséquence, ou des effets⁶³. Il se distingue

62 Rattachée aux stoïciens (voir S. GOYARD-FABRE, *La normativité du droit. Son autorité, sa légitimité*, Broché, 2015, not. p. 18 et s.), cette opposition se trouve au cœur de courants de pensée très différents (à ce sujet, voir notamment R. OGIEN, « Repenser les relations entre les faits, les normes et les valeurs », *Les sciences de l'éducation*, 2012, 1, (45), p. 17-31, not. p. 21 : « Pour Hume, ce sont des raisons logiques qui interdisent le passage du monde des faits au monde du droit ou au monde des valeurs : « Du fait, par exemple, que tout le monde est plus ou moins xénophobe, il ne suit pas logiquement que c'est bien ou que c'est ce qui doit être ». Pour Kant, « ce sont des raisons métaphysiques qui excluent ce passage. Le monde des faits est celui des causes, de la nature ; le monde des valeurs est celui des raisons et de la liberté. Ce ne sont pas du tout les mêmes lois qui régissent les deux » ». Pour Kelsen, ce sont des raisons scientifiques qui guident « l'opposition fondamentale qu'il fait entre le domaine des normes, du devoir-être (le *sollen*), et celui des phénomènes physiques ou naturels (le *sein*) »).

63 Sur ce point voir notamment A. BAMDÉ, « La norme technique », in *Théorie générale du droit*, Posted août 13, 2016, <https://aurelienbamde.com/2016/08/13/la-norme-technique/>.

du principe de causalité, ainsi défini « si A est, B est », qui gouverne, pour sa part, le monde des faits. En vertu de ce principe d'imputation, la norme ne peut se contenter de poser des faits. Ce raisonnement a été appliqué, en France, à la question des lois dites mémorielles : la loi devant être revêtue d'une portée normative, parce qu'elle est une norme juridique, elle ne peut se contenter d'énoncer des faits sans les assortir d'aucune conséquence normative, c'est-à-dire de normes de comportement⁶⁴. Le raisonnement est transposable à la Constitution, si ce n'est que la normativité constitutionnelle n'est pas une exigence constitutionnelle mais une exigence ontologique : la Constitution étant une norme, elle ne peut se contenter de poser des faits. Plus exactement, une Constitution qui se contente de poser des faits sans les assortir d'un énoncé prescriptif affaiblit voire dénature sa composante normative⁶⁵.

De fait, la constitutionnalisation du passé peut parfaitement s'accompagner d'un processus de normativisation c'est-à-dire, plus précisément, de l'intégration du passé dans une norme juridique. Rien n'empêche, en effet, d'assortir les faits passés, envisagés alors comme le présupposé, d'un certain nombre d'effets susceptibles de se présenter sous plusieurs formes déontiques. Le passé est alors intégré dans un énoncé qui pose une obligation de comportement. Des faits passés de génocide peuvent parfaitement être intégrés dans un énoncé qui pose une obligation (il faut commémorer annuellement la fin du génocide du XXX), d'interdiction (il est interdit de nier l'existence du génocide du XXX), d'une permission (il est possible d'amnistier les responsables du génocide du XXX) ou encore d'une habilitation (la Commission vérité et justice est compétente pour déterminer les conditions de réparation du génocide du XXX). Ainsi appréhendé, le passé se trouve absorbé au sein d'une norme juridique, qui pose une obligation de comportement sous la forme d'un lien d'imputation. Le caractère mixte de ces normes a parfois été souligné par une partie de la doctrine, les qualifiant de « faits normatifs »⁶⁶ ; elles pourraient tout aussi bien être qualifiées de « normes mnémoniques »⁶⁷.

La distinction entre le prescriptif et le descriptif n'est, toutefois, pas toujours évidente. Un même énoncé peut, par exemple, être interprété tantôt de manière purement descriptive et donc factuelle, tantôt de manière prescriptive et donc normative. Il en va par exemple ainsi de l'article U de la loi fondamentale de Hongrie qui condamne le passé communiste : pour la Commission de Venise, la généralité des termes utilisés et l'imprécision des obligations posées incitent à conférer à ces dispositions un caractère « moral et politique », tandis que sa localisation, au sein d'une partie normative de la loi fondamentale, et non pas dans le préambule, plaide pour son caractère prescriptif. Par ailleurs, un

64 En France, le Conseil constitutionnel déduit notamment de l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon lequel : « La loi est l'expression de la volonté générale... », que la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative (voir par exemple la décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012).

65 En ce sens, voir O. PFERSMANN, « Le droit est-il narratif, la narrativité est-elle juridique ? », *Lextenso, Droit & littérature*, 2019, n° 3, p. 169 à 179, not. p. 174 : « Le point est que leur narrativité affaiblit ou annule leur normativité, car elle est tellement indéterminée qu'aucun ensemble précis d'actions ne se trouve déontiquement modalisé ».

66 Voir par exemple J.L. HALPÉRIN, « Histoire du droit et histoire des normes », transcription Guillaume Calafat, séminaire de lecture en Sciences Sociales, Rome, 27 janvier 2012. [<http://semefr.hypotheses.org/427>], qui propose, « pour rester dans la lignée de Kelsen » de parler de « faits normatifs ».

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

énoncé purement descriptif peut être combiné avec un énoncé prescriptif. La combinaison peut être spatiale, auquel cas un énoncé descriptif peut être assorti d'un énoncé complémentaire prescriptif : la Constitution du Rwanda débute, dans son préambule, par la reconnaissance de l'existence du génocide tutsi, qui semble factuelle, mais cette reconnaissance est complétée, dans le corps même de la Constitution, par un engagement de l'État à faire prévenir et punir le crime de génocide⁶⁸. La combinaison peut être temporelle, un énoncé descriptif étant ensuite complété par un énoncé prescriptif. L'éventualité d'une mutation du descriptif en prescriptif a alimenté les craintes de la Commission de Venise à propos de la Constitution hongroise, notamment de la mention selon laquelle la Constitution communiste de 1949 était nulle et non avenue : comme le souligne la Commission, cette disposition est susceptible d'être complétée, ultérieurement, par des dispositions qui l'assortiraient de conséquences juridiques précises⁶⁹.

En conséquence, la constitutionnalisation du passé se double de conséquences normatives : des événements passés sont intégrés dans des normes juridiques qui imposent des obligations à l'État voire imposent des obligations aux particuliers, illustrant ainsi la possibilité d'un double effet, à la fois vertical et horizontal de la constitutionnalisation du passé. Plus encore, le passé peut se trouver protégé par un ensemble de dispositions normatives qui visent à le sanctuariser. La normativisation du passé dépasse alors la sphère juridique pour s'étendre à la sphère scientifique.

B. La transformation du passé en norme scientifique

La normativisation du passé s'accompagne, dans certaines Constitutions, d'une protection normative du passé. La question se déplace alors : le passé n'est pas seulement à l'origine de normes juridiques ; il devient l'objet de normes juridiques qui visent à le défendre, à le préserver voire à l'imposer. Ce faisant, le passé constitutionnalisé s'éloigne de la mémoire constitutionnelle et prétend se rapprocher de l'histoire en tant qu'objet de connaissance scientifique. Il n'est plus seulement une norme juridique mais tend à devenir une vérité, se rapprochant alors d'une norme que l'on pourrait qualifier de « scientifique ».

La protection du passé peut se faire, tout d'abord, par l'instauration d'un devoir juridique de mémoire. Il ne s'agit pas, là, du simple souvenir voire de la glorification du passé⁷⁰, de l'instauration de fêtes commémoratives que l'on trouve dans un certain nombre de Constitutions – parfois même jusqu'aux dates de vacances calées sur des faits historiques⁷¹ – ou de la création de certaines

68 Le préambule de la Constitution rwandaise commence par le rappel du génocide commis contre les Tutsis et l'histoire tragique du pays et contient un engagement à prévenir et punir notamment le crime de génocide ; ce dernier, qui pourrait être considéré comme purement déclaratif, est expressément repris l'article 10 du chapitre III qui contient un engagement explicite de l'État à défendre et faire respecter ces principes.

69 Commission de Venise, Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, n° 621/2011, 87^e séance plénière des 17 et 18 juin 2011, 2011, p. 8.

70 Que l'on peut trouver par exemple dans la Constitution de l'Angola, annexe III « Nous honorons notre passé et notre histoire ».

71 L'article J1 de la Constitution hongroise contenu dans les « Fondations » détermine les dates des vacances en mémoire de la révolution et de la guerre d'indépendance de 1848-1849, en mémoire de la fondation de l'État et en mémoire de la révolution de 1956.

institutions commémoratives, comme la Commission nationale de lutte contre le génocide rwandais⁷² ou le Comité de la mémoire nationale en Hongrie⁷³, mais de la consécration constitutionnelle d'un devoir de mémoire, posant l'obligation de se souvenir du passé. Ce devoir de mémoire pèse sur l'État, pour lequel il constitue tantôt un objectif⁷⁴, tantôt un engagement voire un devoir⁷⁵ ; il peut également peser sur les particuliers, comme le précise l'article 52 de la Constitution du Rwanda⁷⁶. Ce devoir juridique de mémoire, illustré au niveau législatif par la généralisation des lois mémorielles, se trouve ainsi transposé au niveau constitutionnel. Certes, les termes retenus par les différentes Constitutions semblent génériques mais ils peuvent parfaitement donner ainsi naissance à de véritables obligations juridiques, notamment s'ils sont interprétés en relation avec d'autres dispositions constitutionnelles. Surtout, ils constituent un fondement constitutionnel à l'adoption d'autres normes permettant de concrétiser ce devoir de mémoire, notamment des normes législatives.

Un tel devoir de mémoire est d'autant plus prescriptif qu'il tend à rapprocher voire à confondre mémoire et histoire. Le passé peut être présenté, dans certaines Constitutions, comme une forme d'histoire décrite en apparence de façon objective, neutre et scientifiquement démontrée. La Constitution croate, par exemple, contient un titre premier, intitulé « fondations historiques » qui débute ainsi : « Considérant les faits historiques présentés et les principes universellement acceptés du monde moderne ». Le discours s'éloigne ainsi de la mémoire constitutionnelle et se présente comme une vérité historique. À cet égard, une confrontation entre l'histoire constitutionnelle, entendue ici comme discipline scientifique, et la mémoire constitutionnelle pourrait permettre d'illustrer, dans de nombreuses Constitutions, une certaine tendance à la déformation historique et au révisionnisme constitutionnel⁷⁷. Ce risque est encore accru dans les Constitutions qui assignent à l'État le devoir de « participer » à l'écriture de l'histoire, par exemple la Constitution algérienne⁷⁸, de « protéger »

72 Constitution du Rwanda, art. 179 C « la Commission nationale de lutte contre le génocide est une institution publique autonome chargée notamment de : 1° organiser une réflexion permanente sur le génocide, ses conséquences et les stratégies de sa prévention et de son éradication ; 2° mettre en place un centre de recherche et de documentation sur le génocide ; 3° plaider la cause des rescapés du génocide à l'intérieur comme à l'extérieur du pays ; 4° concevoir et coordonner toutes les activités en vue de perpétuer la mémoire du génocide de 1994 ; 5° entretenir des relations avec d'autres institutions nationales et internationales qui partagent la même mission ».

73 Constitution hongroise, article U § 3 : « Afin que l'État préserve la mémoire de la dictature communiste, un Comité de la mémoire nationale est mis en place. Le Comité de la mémoire nationale doit révéler le fonctionnement de la dictature communiste en termes de pouvoir et le rôle des individus et des organisations qui détenaient le pouvoir communiste, et publier les résultats de son activité dans un rapport détaillé et d'autres documents ».

74 La Constitution de l'Équateur titre VI, chp 1, article 276 assigne à la structure du développement l'objectif de restaurer, préserver et de valoriser la mémoire sociale et le patrimoine culturel ; l'article 380 titre VII chap. 1 section 5 donne la responsabilité à l'État de préserver, par des politiques durables, notamment la mémoire collective constitutive de l'identité équatorienne.

75 Constitution algérienne, titre II, chap. II, article 84 : « L'État garantit le respect des symboles de la Révolution, la mémoire de la Shouhada' et la dignité des personnes à leur charge et celles des moudjahidines ».

76 Selon l'article 52 C de la Constitution du Rwanda, « l'État ainsi que toute personne ont le devoir de préserver et de protéger les sites mémoriaux du génocide Tutsi ».

77 Voir notamment A. MACAYA LIZANO, *op. cit.*, p. 286, qui cite les cas de manipulations historiques pour la Corée du Nord, de la Chine ou de l'Iran. On pourrait également rappeler que le préambule de la Constitution française de 1958 présente la France comme vainqueur de la seconde guerre mondiale.

78 L'article 84 de la Constitution algérienne précise que l'État doit s'efforcer de promouvoir l'écriture de l'histoire et son apprentissage aux jeunes générations.

l'histoire dans la Constitution lituanienne⁷⁹ ou encore de garantir « la vérité historique » et même d'interdire « la dénégation de la signification de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie » dans la Constitution russe⁸⁰, transformant l'écriture de l'histoire en compétence étatique et portant atteinte, potentiellement, à la liberté d'expression.

La protection constitutionnelle du passé est également illustrée par l'adoption d'un certain nombre de dispositions en matière d'éducation, d'enseignement, de médias, de culture. Plusieurs Constitutions imposent un devoir d'enseignement du passé, qui pourrait être lu en relation avec le passé tel qu'il est constitutionnalisé. En Algérie, par exemple, il est tentant de faire le lien entre le préambule très prolixe sur l'histoire du pays et les dispositions constitutionnelles relatives à l'implication de l'État dans l'écriture de l'histoire ou à l'interdiction faite aux établissements d'enseignement de porter atteinte aux valeurs de la révolution de novembre⁸¹. Il en va de même à Cuba, où la Constitution précise que l'État doit mener une politique éducative, scientifique et culturelle qui promeuve la connaissance de l'histoire de la nation, disposition difficilement dissociable du long préambule qui énonce les étapes marquantes de la construction cubaine⁸².

D'autres Constitutions contiennent des dispositions relatives à la recherche et, plus particulièrement, la recherche historique. De nombreuses encouragent la recherche et posent le principe de la liberté de la recherche, notamment en histoire. À l'inverse, d'autres Constitutions sont assez prescriptives sur la façon de faire l'histoire : la Constitution brésilienne, par exemple, prévoit que l'enseignement de l'histoire brésilienne doit prendre en compte la contribution des différentes cultures et des groupes ethniques dans la formation du peuple brésilien⁸³. De manière plus subtile, certaines Constitutions, tout en affirmant la liberté de la recherche historique, font le lien avec le discours constitutionnel sur le passé. Cela pourrait être le cas de la Constitution hongroise : si l'article X précise que la Hongrie garantit la liberté de la recherche scientifique, que l'État n'a pas le droit de décider en matière de vérité scientifique et que seuls les scientifiques en disposent, cette liberté de la recherche doit être conciliée avec la longue profession de foi qui donne un contenu à l'histoire du passé. Le passé constitutionnalisé n'est plus seulement une mémoire constitutionnelle mais devient une histoire officielle entre les mains de l'État.

79 Voir par exemple l'article 42 de la Constitution lituanienne qui précise que si « La culture, la science et la recherche ainsi que l'enseignement sont libres », « L'État soutient la culture et la science et protège l'histoire, l'art et tous les autres monuments et objets du patrimoine culturel de la Lituanie ».

80 Selon l'article 67 de la Constitution de la Russie, introduit lors de la révision de 2020 « 2. La Fédération de Russie, unie par une histoire millénaire, préservant la mémoire des ancêtres, qui nous ont transmis des idéaux et la foi en Dieu, ainsi que la continuité dans le développement de l'État russe, reconnaît l'unité étatique historiquement établie.

3. La Fédération de Russie honore la mémoire des défenseurs de la Patrie, garantit la défense de la vérité historique. La dénégation de la signification de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie n'est pas admise ».

81 Ainsi, l'article 10, titre 1, chp. II de la Constitution algérienne précise que « Les établissements ne doivent pas se livrer à des actes portant atteinte à la morale islamique et aux valeurs de la révolution de novembre » ; l'article 84 prévoit que « l'État doit s'efforcer de promouvoir l'écriture de l'histoire et son enseignement auprès des jeunes générations ».

82 Voir l'article 32 de la Constitution cubaine.

83 Constitution du Brésil, titre IX, art. 242§ 1.

Ces différentes manifestations méritent d'être mises en relation avec l'émergence d'une nouvelle forme de constitutionnalisme, un « constitutionnalisme mnémonique »⁸⁴. Certes, nombreuses et souvent anciennes sont les Constitutions qui constitutionnalisent le passé et qui, ce faisant, définissent les contours d'une mémoire constitutionnelle. Plus nouvelles, en revanche, sont les Constitutions qui « normativisent » le passé, soit qu'elles le transforment en norme constitutionnelle, soit qu'elles l'imposent comme norme scientifique⁸⁵. Ce constitutionnalisme mnémonique dépasse la simple dimension commémorative et mémorielle pour valoriser le passé en tant que tel : ce dernier se trouve érigé en un élément fondateur de l'ordre constitutionnel et, plus largement, de l'ordre juridique dans son ensemble. Le passé n'est plus seulement un facteur explicatif du présent, permettant de le rendre cohérent et intelligible, mais devient un guide pour l'avenir ; il n'est pas un héritage qu'il faut porter mais un projet collectif à construire ; il n'est plus un passé expiatoire mais, au contraire, un passé motif de fierté, déculpabilisateur et auto-satisfait⁸⁶, qui devient le fondement de l'identité collective. Le passé alimente non seulement la Constitution mais se trouve encore concrétisé par de nombreuses normes juridiques prises sur son fondement : des lois mémorielles, des institutions, des dénominations de rues ou encore des dates de vacances. Il justifie l'adoption de mesures pénales mais aussi de mesures civiles ou administratives. Il peut conditionner l'accès à certains statuts ou fonctions et pourrait même conditionner l'accès à certains droits et libertés, voire à la citoyenneté. Reposant sur l'instrumentalisation du passé, ce constitutionnalisme mnémonique rappelle que si la Constitution est un outil de limitation du pouvoir politique, elle est également un puissant outil de légitimation de celui-ci. Comme le martèle l'un des slogans de 1984 : « Qui contrôle le passé contrôle le futur : qui contrôle le présent contrôle le passé »⁸⁷.

84 Pour reprendre le terme utilisé par P. RICOEUR dans son ouvrage *La mémoire, l'histoire, l'oubli, préc.* Ce terme est celui proposé par U. BELAVUSAU, "Final Thoughts on Mnemonic Constitutionalism", *VerfBlog*, 2018/1/15, <https://verfassungsblog.de/final-thoughts-on-mnemonic-constitutionalism> ; U. BELAVUSAU et A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS, "Mnemonic Constitutionalism in Central and Eastern Europe", *European Papers*, Vol. 5, 2020, n° 3, p. 1231-1246, dont conclusions s'inscrivent dans le cadre du projet MELA "Memory Laws in European and Comparative Perspective ».

85 Voir notamment l'étude de K. MIKLOSSY, H. NYSSONEN, « Defining the New Polity: Constitutional Memory in Hungary and Beyond », *op. cit.*

86 En ce sens, voir notamment l'étude K. MIKLOSSY, H. NYSSONEN, « Defining the New Polity: Constitutional Memory in Hungary and Beyond », *op. cit.*

87 Cité par E. HEINZE, « Should Governments Butt out of History? », mars 12, 2019, *Free Speech Debate*, disponible à l'adresse suivante SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3355963>.

CONSTITUTIONS MÉMORIELLES, RÉVISIONNISTES, AMNÉSIQUES QUELLE MÉMORISATION CONSTITUTIONNELLE DU PASSÉ ? *

Pauline MALLÉJAC¹

Des plus anciennes constitutions toujours en vigueur aux constitutions plus récentes, le passé semble avoir occupé une place considérable. Alors qu'il est généralement question de savoir comment rédiger ou interpréter la norme constitutionnelle au regard de son passé, cette étude a pour ambition d'analyser la place qu'occupe le passé, et plus particulièrement la mémoire, dans les constitutions.

Le passé, considéré comme un temps situé dans une époque révolue, englobe tout ce qui se situe avant le présent. Il s'analyse au travers de l'évocation d'évènements, de moments ou périodes précis², de textes anciens, de personnalités, ou encore même de l'usage de certains termes. « (L)'histoire et la mémoire sont deux rapports au passé qui ont chacune leur logique propre et qu'on ne peut pas hiérarchiser. Elles peuvent être parfois en conflit, mais elles ont besoin l'une de l'autre³ ». L'histoire et la mémoire s'opposent et se complètent, la première prônant une forme de *vérité* scientifique et la seconde une forme de *fidélité* mémorielle⁴. Alors que l'histoire est un terme employé afin de permettre une reconstruction scientifique, savante et abstraite du passé, la mémoire offre une dimension commémorative du passé. Comme l'affirmait Saint Augustin, la mémoire est le « présent du passé⁵ ». Il est ainsi plus pertinent d'utiliser le terme de « mémoire » dans cet article plutôt que celui « d'histoire » car l'une des finalités d'une constitution n'est pas de retracer scientifiquement l'histoire, mais de cultiver la mémoire de certaines expériences passées.

La mémoire se subdivise en deux catégories : la mémoire individuelle et la mémoire collective⁶. La première est propre à chaque personne et il ne peut y avoir « deux mémoires totalement identiques⁷ ».

* Sous le parrainage de Michel Verpeaux, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

1 Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 A. MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, Issy-les-Moulineaux, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 340.

3 G. NOIRIEL, « De l'histoire-mémoire aux "lois mémorielles" : Note sur les usages publics de l'histoire en France », *Études arméniennes contemporaines*, n° 15, janvier 2012, p. 35-49.

4 V. notamment P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Le Seuil, « L'ordre philosophique », 2000, p. 374.

5 A. D'HIPPONE, *Confessions (Livre XI)*, trad. de M. DE SAINT-VICTOR, Paris, Charpentier, 1841, Chapitre XX, p. 344.

6 V. notamment les travaux de M. Halbwachs dans lesquels la notion de mémoire collective fut développée.

7 G. NOIRIEL, « De l'histoire-mémoire aux "lois mémorielles" », *loc. cit.*

La seconde suppose un passage de l'individuel au collectif en rassemblant les mêmes expériences afin d'acquérir une visibilité sur la scène publique. Cette mémoire collective, pour cette étude, ne saurait toutefois dépasser le cadre national propre à chaque constitution puisqu'elle s'adapte au contexte particulier l'entourant. Seule la place de la mémoire collective nationale dans les constitutions sera ainsi étudiée.

L'empreinte du passé dans les constitutions n'est pas homogène car elle dépend souvent des contextes géographique, historique et politique dans lesquels elle s'insère. « Toutefois, les constitutions font l'objet des tendances propres à la globalisation du droit. [...] (I) est possible de constater un développement de l'étude comparative des constitutions qui tente de révéler l'existence de "tendances constitutionnelles" parmi les constitutions du monde, malgré la diversité des contextes et d'époques d'adoption⁸ ». Ainsi, quand bien même le contenu des constitutions est variable, certains éléments permettent de catégoriser la place de la mémoire dans les constitutions. Pour cette étude, seront seulement analysées les constitutions qui renvoient au droit *formellement* constitutionnel, c'est-à-dire le droit formalisé dans des textes caractérisés dont les conditions de production et de révision dans l'ordre juridique sont les plus renforcées par rapport aux conditions « ordinaires » de toutes les autres normes du système. Seront exclues les constitutions coutumières et les constitutions transitionnelles qui, soit parce qu'elles renvoient au droit matériellement constitutionnel⁹, soit parce qu'elles sont exceptionnelles et temporaires, fausseraient l'analyse objective de l'empreinte de la mémoire dans les constitutions. Ne seront donc étudiées que les constitutions formelles à vocation pérenne qui sont actuellement en vigueur¹⁰. Pourront être utilisés le préambule, l'introduction ou bien les articles des constitutions pour se rendre compte de la place de la mémoire. Sera alors dressée une modélisation des mémoires présentes dans les constitutions selon des similitudes ou des différences. L'empreinte du passé dans les constitutions n'étant pas homogène, une même constitution pourrait s'insérer dans plusieurs de ces modèles.

Bien que fidèle au passé, la mémoire n'a pas pour objet une reconstruction scientifique, savante et abstraite du passé. Pour autant, cette mémoire n'exclue pas de son discours le véritable passé. Les éléments du passé présents dans les constitutions (les événements, les personnalités, les périodes, etc.) retracent-ils un véritable passé ? Finalement, les constitutions opèrent-elles fidèlement la mémorisation du véritable passé ?

La réponse à cette question ne semble pas catégorique puisque les constitutions peuvent, avec une part de subjectivité, fidèlement mémoriser le passé (I), mais elles peuvent également l'altérer (II).

8 A. MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, op. cit., p. 239.

9 Par opposition au droit formellement constitutionnel, le droit *matériellement* constitutionnel prend le contenu pour objet, v. notamment L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 83.

10 Le droit formellement constitutionnel exclut *ipso facto* la Grande Bretagne, la Nouvelle-Zélande, etc.

I. La « mémorisation constitutionnelle » du passé : une mémoire partiellement fidèle

La sincérité n'est pas la vérité. Néstor A. Braunstein a opéré une différence entre la sincérité et la vérité :

« (est) sincère non pas celui qui dit la vérité sur quelque chose ou sur lui-même, mais celui qui dit ce qu'il pense vraiment, ce qu'il croit être vrai. C'est ainsi que l'on peut exprimer sincèrement les plus grandes faussetés. Convaincu de la vérité de son erreur, méconnaissant la participation de sa fantaisie ou de son manque d'information, le sincère s'identifie à l'objet de sa conviction¹¹ ».

La mémoire n'est donc que partiellement fidèle au passé. Elle est sincère (A) mais, en présentant une part de subjectivité, devient adaptée (B).

A. Constitution mémorielle positive, une mémoire sincère

Le passé ne peut être ignoré dans les constitutions. Selon François Ost, « (une) société coupée de ses racines, orpheline de son histoire, voit son accès au futur barré¹² ». Ce passé, présent dans les constitutions, correspond plus spécifiquement à la mémoire collective nationale. Ainsi, en optant pour une mémoire collective, l'individu retient des souvenirs impersonnels dans la mesure où ceux-ci intéressent l'ensemble de la nation. Ces souvenirs impersonnels peuvent même ne pas avoir été directement vécus par les individus destinataires du texte, soit parce qu'ils n'étaient pas présents géographiquement, soit parce qu'il s'agissait d'une tout autre époque.

L'intervention de l'État dans le domaine mémoriel invite ainsi quiconque ayant vécu (ou non) ce passé à se (re)mémorer ses origines et racines. Pour forger l'identité de la nation et permettre ainsi l'appropriation de l'identité nationale, cette mémoire constitutionnelle tente d'être sincère, c'est-à-dire marquée par une certaine franchise et une fidélité ne se bornant pas seulement à dire le passé, mais aussi et surtout à s'assurer qu'elle reflète correctement la réalité. L'on peut ainsi parler d'une mémoire « historique »¹³ qui génère un savoir dont la volonté est la connaissance objective¹⁴. Tel est par exemple le cas de la Loi fondamentale de la Hongrie qui, dans son préambule, rappelle sa fierté à l'égard du saint patron de la Hongrie – Saint Étienne I^{er} – pour avoir bâti l'État hongrois sur des bases solides il y a plus de 1 000 ans. C'est aussi le cas de la Constitution du Bangladesh qui énonce qu'elle a établi la République populaire souveraine et indépendante depuis le 26 mars 1971 après une lutte historique pour la libération nationale ; ou encore de la Constitution du Cambodge qui offre une place prépondérante à la civilisation d'Angkor qui exista jadis.

11 N. A. BRAUNSTEIN, « Victimes de leur sincérité », in A. MICHELS (dir.), *Actualité de l'hystérie*, Toulouse, ERES, 2001, p. 247.

12 F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 25.

13 Par opposition à une mémoire autobiographique qui représenterait le passé sous une forme continue et dense comme le résumé de notre vie. V. notamment M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, Paris, Puf, 1968, p. 67-78.

14 *Ibid.*

Au-delà de garder en mémoire des événements passés pour l'identité de la nation, la mémoire permet de justifier le système en place. Cette mémoire historique, puisqu'elle tend à être objective et ainsi non instrumentalisée, permet d'assurer l'existence durable de la nation qui peut avoir confiance en son texte constitutionnel. Cette mémoire sincère peut s'exprimer de deux manières, soit en reflétant ce dont la société tend à s'éloigner, soit ce vers quoi elle aspire. Ainsi, « (il) existe une sorte de dépendance par rapport au passé qui tient, d'une part, aux éléments hérités des systèmes préexistants ; et d'autre part, et *a contrario*, à la volonté de s'extraire du système préexistant¹⁵ ».

La mémoire dans les constitutions, en présentant une forme de continuité avec le passé, témoigne alors d'une fierté nationale qu'il faut absolument garder en mémoire, à laquelle il faut rendre hommage, voire lui octroyer une consécration juridique. Tel est par exemple le cas lorsque les constitutions s'attachent à des textes anciens comme la Constitution française de 1958 qui fait référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. La Constitution béninoise de 1990 réaffirme quant à elle son attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations unies de 1945 et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981. Certaines constitutions prévoient même qu'une autre loi constitue le fondement même de la société comme c'est notamment le cas de la Constitution égyptienne de 2014 qui dispose en son article 2 que « (les) principes de la Charia islamique¹⁶ sont la principale source de législation ». Ces textes constituent alors des sources juridiques fiables sur lesquelles les citoyens peuvent se reposer.

D'autres constitutions s'attachent à mémoriser un passé particulier dont la réaction de l'État ou du peuple face à des événements passés est à valoriser comme c'est notamment le cas de la lutte du peuple angolais qui a résisté à l'occupation colonialiste¹⁷, le cas des sacrifices et luttes historiques du peuple afghan¹⁸, ou le cas de l'indépendance du *Commonwealth* de l'Angleterre par le peuple de Barbade¹⁹. L'Algérie, à deux reprises, utilise la Révolution du 1^{er} novembre 1954 en tant qu'exemple pour en déduire des symboles nationaux ou des obligations et interdictions. En effet, l'article 5 dispose que l'« emblème national et l'hymne national sont des conquêtes de la Révolution du 1^{er} novembre 1954. Ils sont immuables ». Ces souvenirs, parce qu'ils ont été vécus et qu'ils sont glorifiants, doivent être rappelés dans les constitutions.

Ces exemples montrent que les constituants ont pour volonté de marquer la fierté à l'égard du passé en s'en inspirant. Toutefois, les constitutions peuvent *a contrario* marquer l'embarras du passé dans l'objectif de rompre avec lui. En mémorisant ce passé douloureux et traumatique, les constitutions

15 F. HOURQUEBIE, « La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnelles », in X. PHILIPPE et N. DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Bayonne, Institut universitaire Varenne diff. LGDJ-Lextenso, 2014, p. 49.

16 La Charia est la loi canonique de l'Islam qui régit la vie religieuse, politique et sociale de certains États musulmans.

17 Préambule de la Constitution d'Angola de 2010.

18 Préambule de la Constitution de l'Afghanistan de 2004.

19 Préambule de la Constitution de la Barbade de 1966.

peuvent s'empêcher de le répéter²⁰. Elles instituent un pardon « entendu au sens large, comme cette capacité de la société “à solder le passé” : le dépasser en le posant, le libérer en brisant le cycle sans fin de la vengeance et du ressentiment²¹ ». Elles instituent également une promesse « entendue au sens large, comme cette capacité de la société à “créditer l'avenir”, s'y engager par des anticipations normatives qui en baliseront désormais le déroulement²² ». La mémoire semble donc véritablement sincère.

Cependant, même s'il est encombrant, le passé peut être utile à bien des égards. Les constitutions peuvent alors simplement reconnaître leurs propres erreurs du passé. L'exemple le plus parlant est celui de la Loi fondamentale allemande de 1949 qui tire les leçons de son passé : « Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant ». Un autre exemple est celui de la Constitution du Gabon de 1991 dans laquelle le peuple gabonais est « conscient de sa responsabilité devant Dieu et l'histoire ».

Les textes constitutionnels peuvent également reconnaître les souffrances de leur passé comme la Constitution sud-africaine de 1996 qui affirme que « Nous, peuple sud-africain, reconnaissons les injustices de notre passé ; Honorons ceux qui ont souffert pour la justice et la liberté dans notre pays ; Respectons ceux qui ont travaillé pour construire et développer notre pays [...] ». C'est également le cas de la Constitution burkinabaise de 1991 qui considère « le lourd tribut payé par les filles et les fils du Burkina Faso ». La Constitution rwandaise de 2003 qui, « (a)u lendemain du génocide, planifié et supervisé par des dirigeants indignes et autres auteurs (ayant) décimé plus d'un million de filles et fils du Rwanda », souhaite combattre l'idéologie du génocide, éradiquer les divisions ethniques et régionales et la dictature. D'autres constitutions, de manière un peu plus étonnante, reconnaissent les souffrances du passé d'autres États. C'est le cas notamment de la Constitution lettonne qui dans le paragraphe 2 de l'alinéa 3 de son préambule affirme que « (les lettons) honorent leurs combattants de la liberté, commémorent les victimes des puissances étrangères, condamnent les régimes totalitaires communistes et nazis et leurs crimes ». Bien des constitutions en viennent même à qualifier juridiquement des faits historiques comme la Constitution de Timor-Leste qui, en son article 163, évoque les événements ayant eu lieu entre le 1^{er} janvier et le 25 octobre 1999 comme des crimes graves²³. D'autres utilisent le passé pour obliger ou interdire certaines pratiques et commémorations. La Constitution rwandaise prévoit ainsi que « (l)'État a le devoir de veiller à la conservation du patrimoine culture national ainsi que des mémoriaux et site du génocide », que

20 V. notamment F. MÉGRET, « Le traitement du passé par la transition constitutionnelle : quelle articulation avec la justice transitionnelle ? », in X. PHILIPPE et N. DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Bayonne, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 61.

21 F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 35.

22 *Ibid.*, p. 35.

23 Suite à un référendum organisé par l'ONU, les Timorais choisirent leur indépendance par rapport à l'Indonésie. Toutefois, les milices pro-indonésiennes ne dépendant pas du gouvernement refusaient de reconnaître la victoire au référendum en faveur de l'indépendance. Dans une démonstration de force, les milices pro-indonésiennes ont lancé une chasse sanglante aux indépendantistes avec de nombreuses tueries.

« (l)'État et chacun ont le devoir de préserver et de sauvegarder les sites commémoratifs du génocide des Tutsis » (article 52). Dans le même sens, la Constitution polonaise de 1997 interdit les partis politiques et autres organisations qui ont recours dans leurs programmes aux méthodes et pratiques totalitaires du nazisme, du fascisme et du communisme (article 13).

Il est enfin des textes constitutionnels qui reconnaissent un passé éprouvant, tout en refusant de lui accorder une quelconque valeur juridique. Il ne s'agit dès lors pas d'une forme de négationnisme qui viserait à nier l'existence même de certains éléments du passé. Il en va ainsi de la Loi fondamentale hongroise de 2011 qui considère la Constitution communiste de 1949 nulle et non avenue puisqu'elle fut la base d'un régime tyrannique (point n° 20 du préambule) et qui ne reconnaît pas non plus la suspension de la Constitution historique imposée par les occupations étrangères (point n° 19 du préambule).

Nous l'avons observé, la mémoire constitutionnelle historique forge l'identité de la nation. Elle permet de légitimer le système en place soit en opérant une continuité avec un passé glorieux, soit en opérant une rupture avec un passé douloureux. La mémoire historique, en étant sincère, joue ici un rôle fondateur normatif des valeurs et idées projetées par la nation. Toutefois, en consacrant ses propres valeurs, cette mémoire historique ne peut pleinement être fidèle au passé puisqu'une large part de subjectivité la caractérise.

B. Constitution mémorielle négative, une mémoire adaptée

Cette mémoire « historique » se veut sincère et la plus objective possible mais ne peut être la vérité, et ce pour plusieurs raisons.

Comme cela a été précisé, la mémoire vise à sauver de l'oubli des événements, des lieux, des personnes, etc.

« Ce rapport au passé est omniprésent dans toutes les sociétés car tous les êtres humains ont une mémoire qui leur est propre. Cette mémoire est subjective et même affective. Elle est faite des souvenirs laissés par les événements, les bonheurs et les souffrances que nous avons vécus ; elle conserve les traces du passé que nous avons intériorisées²⁴. »

La mémoire, par définition, s'oppose ainsi à l'histoire par sa subjectivité. C'est en effet ce qu'en a conclu Marie-Claire Lavabre lorsqu'elle affirma que « (tout) est mémoire dès lors que le rapport au passé engage l'identité de groupes sociaux, larges ou étroits – États, Nations, Églises, partis, associations – plutôt que la connaissance du passé en tant que telle²⁵ ». En l'occurrence, les constitutions usent d'un passé qui engage l'identité de l'État plutôt que la connaissance du passé en tant que telle – c'est-à-dire l'histoire – surtout que celle-ci ne constitue évidemment pas son objectif premier.

24 G. NOIRIEL, « De l'histoire-mémoire aux "lois mémorielles" », *loc. cit.*

25 M.-C. LAVABRE, « Peut-on agir sur la mémoire ? », in *La mémoire, entre histoire et politique*, Documentation française, 2001, p. 8.

Pour reprendre un exemple précédent, la Loi fondamentale hongroise, en indiquant Saint Étienne I^{er} comme le fondateur de l'État hongrois, opère un rapport au passé qui engage l'identité de l'État. Il ne s'agit dès lors plus d'un fait historique mais d'une mémoire historique. Cette grande part de subjectivité afférente à la mémoire relativise ainsi la fidélité de la mémorisation constitutionnelle du passé.

La mémoire propose de surcroît un passé choisi, orienté, ajusté. Cette adaptation semble appropriée à l'État puisqu'elle est rédigée de façon à harmoniser les perceptions de l'histoire nationale. Comme nous l'avons vu, elle forge l'identité de la nation et justifie le système en place. Une explication de ce phénomène paraît probante : nous sommes, par toute évidence, cernés par l'invisible.

En effet, « dans l'expérience courante, seule une infime partie du monde nous apparaît de façon (faussement) directe ; encore n'est-ce pas la plus importante, et elle se révèle en outre éminemment trompeuse. Qu'est-ce que je ne "vois" pas ? Ce qui se situe dans l'espace en dehors de la dimension extrêmement réduite de ce qui m'est présent ; ce qui est passé, irrévocablement révolu, et ne m'est donc plus accessible (du moins directement) ; [...]. Ces limites de la condition humaine sont bien entendu indépassables : aucune révolution politique ou spirituelle ne les effacera²⁶ ».

Le passé, retracé par une mémoire individuelle devenue collective au sein des constitutions, ne saurait *ipso facto* être capable de retracer le passé dans sa globalité.

Cette mémoire sincère est orientée car elle présente une part d'instrumentalisation dans les constitutions. Pourquoi choisir tel événement plutôt qu'un autre ? Telle personnalité plutôt qu'une autre ? Telle mémoire plutôt qu'une autre ? Pourquoi le préambule de la Loi fondamentale allemande n'évoque que « la responsabilité devant Dieu et les hommes » sans évoquer les atrocités commises lors de la Seconde Guerre mondiale ? La mémoire constitutionnelle poursuit un objectif précis et les textes constitutionnels éclairent sur le devenir de l'État et les orientations souhaitées. Frédéric Mégret affirmait que « (ces) occasions solennelles de rappeler comment une nouvelle constitution puise sa légitimité dans un passé traumatique ne sont pas que des rhétoriques et permettent souvent de justifier certaines orientations constitutionnelles plus ou moins implicites²⁷ ».

Plus largement, dans quelle mesure peut-on considérer qu'un passé peut ou doit participer à la construction constitutionnelle de la mémoire plutôt qu'un autre ? Il est alors ici question de sélectionner un passé selon plusieurs critères. Tout d'abord, la construction d'une mémoire collective s'effectue par les représentations du passé qui sont majoritairement partagées par ceux qui se les remémorent. Ce passé doit alors toucher, de près ou de loin, suffisamment de citoyens pour pouvoir figurer dans la constitution. Tel est par exemple le cas du génocide au Rwanda qui a décimé plus d'un million de Rwandais²⁸ ou encore de la Seconde Guerre mondiale qui a fait entre 22 et 25 millions de

26 G. HAARSCHER, « Le temps du droit et l'expérience totalitaire », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 161.

27 F. MÉGRET, « Le traitement du passé par la transition constitutionnelle : quelle articulation avec la justice transitionnelle ? », *loc. cit.*, p. 76.

28 V. notamment le préambule de la Constitution du Rwanda.

morts militaires et entre 38 et 55 millions de morts civils²⁹. De plus, ce passé doit être particulièrement marquant et surtout important pour être institué comme référence de l'identité communautaire, un génocide ou tout autre évènement d'ampleur équivalente ne pouvant que marquer les esprits. Le passé, pour être érigé en mémoire constitutionnelle, doit également être accepté par l'État ; tel n'était par exemple pas le cas de la guerre d'Algérie encore considérée lors de l'entrée en vigueur de la Constitution française de 1958 comme des « événements » d'Algérie. Enfin, ce passé doit être considéré comme nécessaire et utile dans les constitutions, soit pour s'en inspirer, soit pour s'en détacher. Ces critères sont toutefois uniquement laissés à l'appréciation des constituants puisqu'ils sont libres d'utiliser ou non un passé.

Cette mémoire n'est finalement pas aussi libre, inconditionnée et absolue qu'il n'y paraît ; les constituants faisant, à juste titre, ce qui leur semble bon.

Une constitution mémorielle pourrait alors être définie comme un texte constitutionnel qui rassemble des éléments fidèles d'un passé choisi pour façonner une mémoire collective nationale et historique visant à sauver de l'oubli un passé glorieux ou douloureux en le prenant comme modèle à suivre ou en le rejetant.

Toutes les constitutions ne sont toutefois pas pleinement mémorielles puisqu'un paradoxe de la mémoire est celui de l'oubli ; loin de s'opposer à la mémoire, l'oubli lui est en réalité complémentaire. Les constitutions ne sont pas non plus mémorielles lorsque la mémoire est manipulée. Dans ces deux cas, la mémoire est *oublieuse*.

II. L'altération de la « mémorisation constitutionnelle » du passé : une mémoire oublieuse

L'oubli, au sens large du terme, peut être perçu de deux manières. D'une part, il peut avoir une dimension négative en ce qu'il ne recense pas tous les éléments indispensables à la compréhension d'un fait ou d'un évènement historique. D'autre part, Paul Ricœur avait vu en l'oubli une dimension positive, c'est-à-dire une « réserve qui a la capacité de préserver [...] dans la mesure où l'ayant-été prévaut sur le n'être plus dans la signification attachée à l'idée du passé³⁰ ». Dans les constitutions, qu'il s'agisse de la dimension positive ou négative, la mémoire peut être oubliée de deux façons. Soit l'oubli est la conséquence d'une mémoire manipulée (A). Soit la mémoire est strictement oubliée, c'est-à-dire omise (B). Qu'il s'agisse d'une mémoire manipulée ou d'une mémoire absente, les constitutions ne semblent pas opérer fidèlement la mémorisation du passé.

29 P. DOYLE, *La Seconde Guerre mondiale en chiffres. Une autre lecture du conflit, de son déroulement et de son bilan humain*, Contre-dires, 2014.

30 F. DOSSE, « Travail et devoir de mémoire chez Paul Ricœur », *Inflexions*, vol. 25, n° 1, 2014, p. 65.

A. Constitutions révisionnistes, une mémoire manipulée

« Autant [...] la mémoire peut-elle être fondatrice et instituante, [...] autant peut-elle s'avérer manipulatrice et mystificatrice. Faute d'une réflexion critique sur lui-même, le temps de la mémoire pourrait donc se révéler trompeur et oppressif³¹ ». Le passé peut ainsi être revisité, amplifié, réinterprété, exagéré, minimisé. Les régimes politiques, généralement dictatoriaux ou autoritaires, peuvent se servir d'un passé manipulé pour en tirer leur propre mémoire dans l'objectif d'asseoir leur légitimité et imposer leur propre ordre juridique³². « Celui qui a le contrôle du passé a le contrôle du futur. Celui qui a le contrôle du présent a le contrôle du passé³³ ». Ici, le présent et le futur précèdent le passé puisque les faits passés sont manipulés ; contrairement aux constitutions mémorielles dans lesquelles le passé précède le présent et le futur. Cette manipulation des faits historiques est d'autant plus complexe lorsqu'elle figure dans les constitutions. En effet, le texte constitutionnel correspond à un acte fondateur par lequel « une société se constitue une identité et décide de l'ordre sociétal voulu³⁴ ». La constitution est considérée comme la manifestation solennelle du contrat social qui oblige la société à la respecter. Mais la constitution reflète-t-elle véritablement la mémoire collective de la société lorsque les faits sont manipulés ?

Le reniement de ce passé laisse place à ce que François Ost appelle des « oublis faussaires ». Ces derniers correspondent aux « mille et une formes de pieux mensonges de l'histoire officielle qui, pour légitimer un régime ou renforcer une idéologie, en prennent à l'aise avec la simple vérité des faits [...]»³⁵. Il s'agit alors d'un oubli volontaire du non-oubli de la mémoire.

Il est possible de faire la différence entre des constitutions amplificatrices et réductrices. Les constitutions *amplificatrices* permettent de manipuler un passé en l'amplifiant, en l'exagérant, en créant un mythe qui déforme et manipule les véritables faits historiques. Généralement, les constitutions amplificatrices mettent en avant un *leader* sans qui l'État n'aurait pu ou ne pourrait exister. Les exemples les plus significatifs sont ceux de la Corée du Nord et de la Chine. En effet, la Constitution nord-coréenne réécrit l'histoire nationale en glorifiant le dictateur Kim Il Sung et en le plaçant au cœur de l'histoire. Elle fait de lui le *leader* suprême sans qui l'État nord-coréen n'aurait pu exister. À titre d'exemple, elle dispose que « (l)e grand camarade Kim Il Sung a été le fondateur de la République populaire démocratique de Corée et le père de la Corée socialiste » ou encore que

« (l)e camarade Kim Il Sung est l'auteur des immortelles idées du Juche et, en organisant et en dirigeant la lutte révolutionnaire antijaponaise sous sa bannière, il a créé les glorieuses traditions révolutionnaires et a réalisé la cause historique de la restauration nationale. Il a jeté des bases solides pour l'édification d'un État indépendant et souverain dans les domaines politique, économique, culturel et militaire et, sur cette base, il a fondé la République populaire démocratique de Corée ».

31 F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 52.

32 V. en ce sens A. MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, op. cit., p. 258.

33 G. ORWELL, 1984, Paris, Gallimard, 1950, p. 54.

34 « Qu'est-ce que la Constitution ? À quoi sert-elle ? », site du Conseil constitutionnel, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/qu-est-ce-que-la-constitution-a-quoi-sert-elle].

35 F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 135.

La Constitution chinoise, quant à elle, retrace la « glorieuse tradition révolutionnaire » ayant commencé dès 1840 et s'étant prolongée au fil des siècles. Mao Zedong, président du Parti communiste de Chine fait la fierté du pays puisqu'il a renversé l'impérialisme, le féodalisme et le capitalisme bureaucratique et qu'il a fondé la République populaire de Chine, puis le socialisme. Il a consolidé et renforcé la dictature du prolétariat, la sécurité et la défense nationales de la Chine. Il a développé l'économie du pays, les progrès dans les domaines de l'éducation, de la science, de la culture, de l'enseignement des idéologies socialistes ; « le niveau de vie de la population s'(étant) considérablement amélioré ». La Constitution chinoise a ainsi décidé de mettre au cœur du récit Mao Zedong pour qui les citoyens chinois doivent une totale reconnaissance. Un soulèvement contre le parti communiste de Mao Zedong serait alors impensable et indigne du leader.

Un autre exemple est celui de la Turquie qui considère le fondateur de la République de Turquie, Atatürk, comme le leader immortel et le héros inégalé. Cette immortalité atteste de la volonté de faire perdurer l'idéologie de son héros dans le système en vigueur ; et en somme vouloir contrôler le futur.

Une autre forme de manipulation des faits historiques se trouve dans les constitutions *réductrices*. Ces dernières minimisent le passé en lui empêchant d'avoir la même intensité que la réalité pour justifier la mise en place d'un régime autoritaire ou totalitaire. Tel est l'exemple d'un passage de la Constitution iranienne de 1979 qui affirme que la caractéristique fondamentale de la grande Révolution islamique d'Iran

« est sa nature idéologique et islamique. Après avoir connu le mouvement constitutionnel anti-despotique et le mouvement anticolonialiste centré sur la nationalisation de l'industrie pétrolière, le peuple musulman d'Iran a appris de cette expérience coûteuse que la raison évidente et fondamentale de l'échec de ces mouvements était leur absence de fondement idéologique. [...] C'est ainsi que la conscience éveillée de la nation, sous la direction de l'éminent marji' al-taqlid, l'ayatullah al-'Uzma Imam Khomeyni, en est venue à percevoir la nécessité de poursuivre une ligne authentiquement islamique et idéologique dans ses luttes ».

Ainsi, ces mouvements anti-despotique et anticolonialiste centrés sur la nationalisation de l'industrie pétrolière sont considérablement minimisés, alors qu'en réalité ils apportaient au pays les avancées de la modernisation. De plus, aucune crise socio-économique n'était à constater. Cette minimisation des faits historiques permet alors à l'Iran d'embrasser un islamisme traditionnel comme fondement de l'organisation politique et juridique³⁶.

Même en étant au sommet de la hiérarchie des normes, les constitutions peuvent réinterpréter le passé en lui inculquant un autre sens. L'oubli de cette mémoire fidèle n'est pas seulement le produit de la « mauvaise foi » ; il est aussi le corollaire logique de la mémoire.

36 Ch. CHAFIQ, « L'exemple iranien : paradoxes et interrogations », *Partage du savoir*, 2011, p. 33.

B. Constitutions amnésiques, une mémoire absente

Contrairement aux constitutions mémorielles et aux constitutions révisionnistes, les constitutions amnésiques, sont touchées par une perte partielle ou totale de la mémoire. Cette amnésie peut prendre différentes formes, tout comme l'amnésie médicale. Elle peut être permanente ou temporaire, globale ou sélective. Dans les constitutions, cette amnésie est permanente ou temporaire selon la manière dont l'État fait ressurgir des faits historiques ; elle peut être globale ou sélective lorsque les constitutions oublient totalement ou seulement des passages de leur passé. Pour le cas des constitutions, cette amnésie est rétrograde³⁷ puisqu'elle affecte l'évocation des événements antérieurs³⁸.

Se distinguent les constitutions anosognosiques des constitutions muettes. Les constitutions *anosognosiques* sont le corollaire direct des constitutions mémorielles adaptées. En effet, tout ce qui se trouve dans l'invisible, c'est-à-dire ce qui est inévitablement oublié par la mémoire collective, présente une forme d'amnésie. Ces constitutions méconnaissent alors leurs propres troubles puisqu'elles n'en ont pas conscience.

Contrairement aux constitutions anosognosiques qui n'ont pas connaissance de leurs propres troubles, les constitutions *muettes* ont des « trous de mémoire qui ne sont pas fortuits³⁹ ». Comme l'affirmait François Ost, il y a aussi bien une « politique de la mémoire » qu'une « politique de l'oubli », qui pourrait être conservateur⁴⁰. L'oubli serait alors tout aussi bien menaçant que nécessaire. Menaçant, tout d'abord, en omettant de témoigner des faits historiques nécessaires à l'identité ou à la compréhension. Nécessaire ensuite pour plusieurs raisons. Cet oubli « répond à la nature discontinue du temps dont la poursuite [...] est entrecoupée de pauses et d'intervalles, traversée de ruptures et de surprises⁴¹ ». Il permet de se sortir d'un passé tumultueux, de contrer l'immobilisme de la mémoire et être ainsi capable d'innovation. Enfin, cet oubli est fondamental puisqu'une constitution qui mettrait tout en mémoire serait invivable et inopérante par son manque de clarté et de lisibilité. Ces oublis sont généralement des « oublis-refoulement » selon lesquels l'amnésie collective oublie des massacres, des génocides, des crimes contre l'humanité, des droits de l'homme, des périodes honteuses des tranches peu glorieuses du passé qu'on préférerait ne plus voir apparaître⁴². Ces oublis-refoulement pourraient également être simplement des périodes peu importantes, non nécessaires.

37 « Rétrograde » s'oppose à « antérograde » qui signifie que la perte de mémoire ou la difficulté à mémoriser concerne des événements postérieurs à la cause déclenchante de l'amnésie, donc ici la rédaction de la constitution.

38 F. EUSTACHE et B. DESGRANGES, « Amnésie. Quand la mémoire s'enfuit », in J.-F. MARMION, *Troubles mentaux et psychothérapies*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2016, p. 59-63.

39 V. en ce sens N. LORAUX, « Pour quel consensus ? », in *Politiques de l'oubli. Le genre humain*, Paris, Éditions Complexe, 1988, p. 15.

40 F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 52.

41 *Ibid.*, p. 129.

42 *Ibid.*, p. 136.

Cette politique de l'oubli se place à l'encontre du devoir de mémoire. En effet, le devoir de mémoire est un impératif controversé puisqu'il est utilisé et inventé dans l'espace public et la politique. Le « devoir de mémoire » est un terme qui a été développé en France et qui présente un impératif moral du souvenir. Toutefois, Johann Michel écrivait que « (c'est) l'usage officiel, c'est-à-dire politique, du devoir de mémoire qui pose véritablement problème, lorsque la mémoire obligée devient en même temps commandée, et parfois soumise aux caprices du prince, à la démagogie du législateur et aux pouvoirs de pression⁴³ ». Ainsi, il ne peut y avoir de devoir de mémoire dans les constitutions tout d'abord parce que la politique de l'oubli est indispensable mais aussi parce que l'injonction de mémorisation tomberait sous le coup de la volonté politique.

Il semble compliqué, voire impossible, de déterminer quelle constitution serait anosognosique ou muette, sauf à opérer une interprétation génétique des constitutions⁴⁴. Toutefois, il existe de nombreux exemples de constitutions dans lesquelles la perte de mémoire est partielle ou totale. Ariana Macaya Lizano a réalisé une étude dans le cadre de sa thèse à partir des textes constitutionnels en vigueur au 1^{er} janvier 2014 de cent quatre-vingt-douze pays. Elle en a conclu à partir de cet échantillon que trente-six textes constitutionnels étaient dépourvus de préambule – alors que les mémoires collectives y figurent généralement le plus souvent – comme les Constitutions de l'Arabie Saoudite de 1992, du Chili de 1980, du Liban de 1926 et bien d'autres. De plus, des cent cinquante-six constitutions dotées d'un préambule, quarante-huit ne font aucune référence au passé comme celles du Cap Vert de 1980, du Costa Rica de 1949, de la Grèce de 1975, de la Jordanie de 1952, etc⁴⁵.

Outre l'absence totale de mention faite au passé dans certains préambules, d'autres oublient des événements ou des faits importants comme la Constitution française de 1958 qui ne fait référence qu'aux textes anciens. Elle n'évoque pas, par exemple, les raisons du passage de la IV^e à la V^e République. Peut-être est-ce ici une constitution anosognosique, l'État français ne reconnaissant que bien plus tard ses propres erreurs durant la guerre d'Algérie. Ces oublis sont simplement refoulés, prêts à revenir sous quelque forme que ce soit, y compris par la voie normative, tel est par exemple le cas des lois mémorielles en France qui exposent un point de vue officiel sur des événements historiques non mentionnés dans la Constitution de 1958.

« L'oubli comme la mémoire demandent donc à être revisités, sélectionnés, triés, dépassés, subsumés dans un temps qui ne se réduise pas à la seule déclinaison du passé⁴⁶ ». Les constituants mémorisent le passé selon leur propre interprétation et leur propre volonté.

43 J. MICHEL, *Le devoir de mémoire*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 4125, 2018.

44 L'interprétation génétique permet de trouver le sens du texte selon la volonté de son auteur, en l'occurrence du constituant.

45 Pour plus de détails, v. A. MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, *op. cit.*, p. 240-241.

46 F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 123.

HISTOIRE ET ROMAN NATIONAL, QUELS ENJEUX POUR LES CONSTITUANTS ?

ESSAI DE TYPOLOGIE DES PRÉAMBULES CONSTITUTIONNELS

Clarisse VALMALETTE¹

« Dans les moments de transition d'une Constitution à l'autre, à la suite d'une révolution au moins juridique, les pouvoirs constituants originaires cherchent tout particulièrement à présenter la nouvelle Constitution comme la bonne réponse aux attentes de la communauté politique en instillant dans les têtes et les cœurs des raisons d'y croire². »

Si une constitution est « le cadre et le miroir »³ d'une société, c'est dans son préambule que se concentrent les rayons de l'identité historique. Reflet privilégié du roman national, les préambules constitutionnels diffusent « l'image que la société entend donner d'elle-même⁴ ». Les constitutions filtrent le passé pour l'inscrire dans une légitimité au long cours, quitte à travestir les faits. Ce n'est un secret pour personne, ce récit national ou « mémoire nationale » fait le jeu d'un certain détournement des faits historiques à des fins politiques. En particulier, les préambules constitutionnels œuvrent pour la réception du récit national au sein de la communauté politique.

L'étude proposée épouse les tenants d'une nouvelle école de l'historiographie qui a pour objet *l'histoire de la mémoire*. Ce ne sont plus les événements passés en eux-mêmes qui sont interrogés, mais la signification du temps écoulé entre l'évènement et le présent. Les travaux de François Hartog, en particulier son ouvrage sur les *régimes d'historicité*, s'inscrivent dans ce courant. Au travers de ce concept, il propose de cerner les modifications du rapport de la société au temps et, par là, tracer une histoire des métamorphoses de la mémoire⁵. Pierre Nora résume ainsi cette mutation : « [...] non plus les actions mémorisées ni même commémorées mais la trace de ces actions et le jeu de ces

1 Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 H. DUMONT, « À quoi sert un préambule constitutionnel ? Réflexion de théorie du droit en marge du débat sur l'inscription d'un principe de laïcité dans un préambule ajouté à la Constitution belge », in Y. CARTUYVELS, A. BAILLEUX, D. BERNARD *et al.*, *Le droit malgré tout*, Presses de l'Université Saint-Louis, [Openédition Books], 2018, § 37, [DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pusl.23775>]

3 B. MATHIEU, « La Constitution cadre et miroir des mutations de la société », *RFDC*, 2014/4, n° 100, p. 1011-1019.

4 H. DUMONT, *op. cit.*, § 31.

5 F. HARTOG, *Régimes d'historicité*, Paris, Seuil, 2003.

commémorations ; pas les événements pour eux-mêmes, mais leur construction dans le temps, l'effacement et la résurgence de leurs significations [...]»⁶.

L'instrumentalisation du passé opérée par les préambules constitutionnels doit être rapprochée de l'efficacité symbolique attachée aux « rites d'institution » de Pierre Bourdieu. Les rites d'institutions sont des actes – au sens sociologique – qui signifient à une personne son « essence », c'est-à-dire ce qu'elle est, son identité, sa définition sociale. Selon Bourdieu, la simple énonciation de cette essence incite cette personne à se conduire en conséquence⁷. Il décrit la magie performative de ces rites d'institution par leur capacité à transformer « du même coup la représentation que la personne investie se fait d'elle-même et les comportements qu'elle se croit tenue d'adopter pour se conformer à cette représentation⁸ ».

De la même façon, les références historiques des préambules constitutionnels contribuent à définir l'identité historico-sociale de la communauté politique. Le constituant détermine, à travers les références historiques en particulier, la définition sociale de la société. Il choisit une manière de raconter l'histoire qui lui permet de conférer à la société une identité sociale claire. Est-elle courageuse, unie, indépendante, résistante, responsable ? Cette définition sociale est essentielle car elle incitera la société à se comporter en cohérence avec cette identité. Par ce biais, les constituants agissent sur le comportement de la société et nourrissent son aspiration à prêter allégeance à la nouvelle constitution.

Afin d'analyser la diversité des identités sociales conférées par les constituants au travers des préambules, nous proposons de les classer sous la forme d'une typologie. Elle s'appuie sur un corpus de 108 préambules issus de l'ensemble des Constitutions écrites contemporaines à vocation pérenne. Échappent à cette définition formelle de la constitution, les constitutions coutumières et de forme souple telles que celle du Royaume-Uni, du Canada ou de la Nouvelle-Zélande⁹. Au sein du texte constitutionnel, seul le préambule retiendra notre attention, car c'est là que les références historiques sont les plus abondantes et leur interprétation la plus significative¹⁰. Le terme préambule désigne ici ce qui précède le corps du texte constitutionnel, à l'exception du discours politique annonçant la constitution et de la formule de promulgation¹¹. Sur les 194 constitutions en vigueur à ce jour, 152 sont dotées d'un préambule et parmi ceux-ci 108 font référence au passé.

6 P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard « Quarto », 1997, cité par F. DOSSE, « Histoire », in S. MESURE et P. SAVIDAN, *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF « Quadrige », 2006, p. 541-542.

7 P. BOURDIEU, « Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. n° 43, juin 1982, p. 60.

8 *Ibid.*, p. 59.

9 La tradition anglo-saxonne confère aux paragraphes introductifs une dimension pragmatique au style peu lyrique et ainsi moins prompts au développement des références historiques.

10 Le format de cette étude ne se prête pas à l'analyse des références constitutionnelles au passé concernant par exemple les mécanismes de droits positifs qui ont bien souvent vocation à concrétiser les déclarations symboliques des préambules. On pense en particulier aux amnisties, immunités pour crimes liés au régime passé, la compétence de tribunaux spécialisés, la création d'infractions liées aux exactions du régime précédent, les systèmes de compensations judiciaires pour les dommages causés par la puissance occupante.

11 L. HEUSCHLING, « Chapitre I. La Constitution formelle », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, t. 1, p. 281-282.

Sans s'étendre sur la question de la normativité des préambules, il convient de rappeler qu'alors que certains auteurs rejettent toute portée normative des énoncés qu'ils contiennent¹², une majorité considère à l'instar de Hugues Dumont que, « de par sa seule existence, [ils offrent] en permanence aux organes d'application du droit une ressource herméneutique potentiellement mobilisable¹³ ». Nous considérerons ici que, s'ils ont une portée symbolique évidente, les préambules constitutionnels ne sont pas systématiquement revêtus des caractères de la normativité. Cette étude ressort par conséquent davantage de la science politique que de la science juridique.

Le corpus des préambules constitutionnels a été formé à partir d'une définition large des références historiques. Ces dernières recouvrent *les formulations explicites ou implicites évoquant un ou plusieurs faits passés*, au moment de la rédaction du texte, qu'ils soient lointains ou immédiats, qu'ils soient relatifs à l'histoire nationale, étrangère ou internationale. Les références historiques sont marquées par une grande diversité. Il peut s'agir de dates, d'évènements, de personnalités, de textes, d'adages, de mythes, de régimes politiques révolus, de guerres, de l'expression d'une responsabilité historique, d'adversaires, de martyres, de rites ou encore de symboles.

L'interprétation sémiotique et contextuelle permet d'identifier les références pertinentes. Le caractère historique des références *implicites* s'apprécie au regard du contexte historique dans laquelle la référence est créée. Par exemple, le préambule béninois affirme son « opposition fondamentale à tout régime fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, [...] », faisant ainsi directement écho à l'histoire récente du pays marquée par de nombreux coups d'État et la dictature d'orientation marxiste-léniniste. Il ne s'agit toutefois pas d'étendre le critère à l'ensemble des faits passés ayant influencé l'écriture constitutionnelle, comme le fait le Professeur Xavier Philippe¹⁴.

Un certain nombre de préambules ne contient pas de référence historique au sens défini ci-dessus. Si « une Constitution n'évoque pas l'histoire par hasard¹⁵ », son silence n'est pas non plus anodin. Il est possible d'interpréter ce silence par la volonté des constituants d'éviter d'attiser des conflits liés à des divergences dans l'interprétation des événements passés¹⁶, ou d'épargner les victimes de la réouverture des blessures engendrées par un passé traumatisant, ou bien encore, la force fédérative du passé peut être considérée comme négligeable¹⁷, voire nuisible à la légitimité de l'autorité investie par la constitution¹⁸. Le préambule de la Constitution américaine par exemple

12 E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, PUF, 1999, p. 57-58.

13 H. DUMONT, *op. cit.*, § 17.

14 Il identifie en particulier les références historiques implicites au sein des dispositions particulièrement développées et précises, le choix de termes ou de procédures spécifiques. X. PHILIPPE, « L'incidence de l'histoire sur l'écriture constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, n° spécial 20^e anniversaire, 2014/3-4, p. 401-410.

15 F. GARDE, « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4, n° 64, p. 810.

16 J. BROCH, « De l'ancien sur les lois mémorielles : La loi du 19 janvier 1816 relative à l'anniversaire de l'exécution de Louis XVI », *Revue de la recherche juridique*, 2018, n° 2, p. 571.

17 Les exemples des États-Unis, de l'Arabie saoudite pourraient soutenir cette hypothèse en expliquant l'absence de références historiques par l'histoire récente de l'État au moment où la constitution est rédigée.

18 M. FERRO, « Les oublis de l'histoire », *Communications*, n° 49, 1989, p. 57-66.

est selon François Garde tourné vers l'avenir, il « se fixe comme objectifs la liberté et la poursuite du bonheur, [il] est tournée vers l'avenir et n'a pas besoin de rappeler l'arrivée du Mayflower ou la guerre d'Indépendance contre les Anglais¹⁹... ».

Pour rendre compte de la diversité des références historiques des préambules, la typologie est apparue comme la méthode la plus appropriée. La typologie permet de donner un sens intelligible, cohérent et rationnel à des données très hétérogènes²⁰. Il s'agit pour paraphraser Durkheim, de substituer à la multiplicité des préambules, un nombre restreint de types²¹. La typologie postule donc des invariants dans la rédaction des préambules constitutionnels qui transcendent les particularités historiques et culturelles de chaque État. Une certaine distanciation est nécessaire par rapport aux situations spécifiques de chaque État pour accomplir l'exercice de généralisation. La démarche n'est pas purement historique car les références historiques identifiées font l'objet d'une analyse pour partie décontextualisée²². La réduction du réel ne saurait toutefois conduire à son extrapolation en tenant pour universelle une situation qui n'est explicable que par la spécificité de son contexte.

Parmi les différents types de classifications, l'étude présentée s'est appuyée sur la méthode dite de *l'agrégation autour d'unité-noyau* selon les termes de Jean-Paul Grémy et Marie-Joëlle Le Moan²³, également appelée la « méthode des tas »²⁴. Celle-ci s'inscrit dans une logique descriptive des phénomènes empiriques. Il s'agit de classer de manière incrémentale les unités (les préambules) au sein d'unités-noyaux qui dessinent progressivement les bases de la typologie finale. Les préambules seront ici classés dans une seule catégorie à la fois, ces dernières étant exclusives les unes des autres.

Parmi les recherches antérieures ayant pour objet le classement des préambules en fonction du type de références historiques, aucune n'emporte la conviction, soit en raison de leur application, soit en raison de leur construction. La typologie ébauchée par le Professeur Xavier Philippe distingue les Constitutions reposant sur un passé « rejeté », « conforté » ou « négocié »²⁵. Or, cette proposition n'a pas de vocation exhaustive si bien que certaines Constitutions contemporaines ne trouvent pas leur place au sein de cette trichotomie. Ariana Macaya Lizano distingue, quant à elle, l'appel au

19 F. GARDE, *op. cit.*, p. 810. L'absence de références historique s'explique aussi par le rôle plus ou moins symbolique joué par le préambule d'une constitution selon les cultures et les époques, comme c'est le cas des constitutions coutumières de *common law*. Également parmi les Constitutions antérieures à la seconde Guerre Mondiale, seules les Constitutions irlandaise et lettone comportent des telles références.

20 D. SCHNAPPER, *La compréhension sociologique. Démarche de l'analyse typologique*, édition revue et augmentée, Paris, PUF « Quadrige », 2005, p. 1.

21 E. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF « Quadrige Grands textes », p. 79.

22 Selon Jacques COENEN-HUTHER, « le raisonnement sociologique présente souvent ce caractère historique mais il se distingue du raisonnement purement historique par des « moments de raisonnement expérimental » alternant avec des phases de « raisonnement naturel ». J. COENEN-HUTHER, « Compréhension sociologique et démarches typologiques », *Revue européenne des sciences sociales*, XLIV-135, 2006, p. 201, [<https://doi.org/10.4000/ress.272>], § 11.

23 J.-P. GRÉMY et M.-J. LE MOAN, « Analyse de la démarche de construction de typologies dans les sciences sociales », *Informatique et sciences humaines*, n° 35, 1977.

24 Elle se distingue de la méthode wébérienne de l'*idéal-type* et de celle appelée par ces mêmes auteurs *la réduction de l'espace d'attributs*, en ce qu'elle est inductive et ne requiert aucune construction théorique préalable. J. COENEN-HUTHER, *op. cit.*, p. 202.

25 X. PHILIPPE, *op. cit.*, 402-409.

passé comme fondement tantôt positif, tantôt négatif²⁶. Bien qu'elle apparaisse aisée à mettre en œuvre, cette classification n'emporte pas de valeur explicative suffisante s'agissant du processus de constitutionnalisation du passé.

La présente typologie tente de proposer une classification la plus explicative possible en utilisant des critères clairs et rationnels. Il doit cependant être souligné que les Constitutions analysées utilisent un style rédactionnel relativement homogène car la quasi-totalité d'entre elles a été rédigée durant la seconde moitié du xx^e siècle. Le corpus des Constitutions contemporaines présente une certaine uniformité liée au mouvement de globalisation du droit²⁷, qui a conditionné la délimitation des quatre catégories proposées. La typologie dépend de cette homogénéité, de sorte qu'elle n'est pas véritablement transposable à des textes constitutionnels d'autres époques. Ainsi, les préambules des Constitutions plus anciennes n'entrent pas toujours dans l'un des types proposés²⁸.

Nous interrogerons les objectifs poursuivis par les constituants qui ont recours aux références historiques au sein des préambules constitutionnels. Pour reprendre la logique de la théorie des rites d'institution de Bourdieu, nous pourrions dire que les constituants posent sur la nation une identité historico-sociale dans le but de faire *advenir* ce qu'ils disent qu'elle est. Nous avons pu identifier quatre types d'identité : la nation « apaisée » aspirant à une reconstruction et à la pacification des conflits, la nation « légitimante » rassemblée contre un ennemi, la nation « indépendante » qui émane de la confirmation de la souveraineté de l'État, et enfin la nation « unie » attachée à la commémoration d'un héritage identitaire.

Lorsque Maurice Hauriou décrit les crises du régime d'État, il distingue les crises de croissance de l'État et celle de l'âge adulte²⁹. Durant sa jeunesse, « l'État encore jeune travaille à se fonder, cherche à établir son pouvoir et est lui-même le théâtre de luttes violentes pour la conquête du pouvoir³⁰ ». Nous associerons à cette phase les États dont les préambules constitutionnels œuvrent pour le rétablissement de l'ordre constitutionnel, soit par le biais de la réconciliation, soit par celui de la désignation d'un ennemi (I). Au cours de sa vie adulte, « l'État, plus mûr et déjà fondé, cherche à réaliser dans son sein la liberté politique en même temps que la justice sociale³¹ », poursuit Hauriou. Seront associés à cette seconde phase les États dont les préambules constitutionnels cherchent, non plus à mettre fin à une crise, mais à conforter le socle de fondation de l'État (II).

26 A. MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2014, p. 268 et s.

27 « Ce processus est celui par lequel les sociétés non occidentales ont été sommées d'adopter règles, procédures, institutions, catégories et mode de raisonnements juridiques, jusqu'à reconfigurer à des degrés divers leur identité individuelle et collective dans le lexique et les termes du juridisme occidental, dans l'une ou l'autre de ses diverses versions », M. XIFARAS, « Après la Théorie Générale de l'État : le Droit Global ? », *Ius Politicum* [en ligne], n° 8, 2012, [<http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8-Xifaras.pdf>] ; M. TUSHNET, « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Virginia Journal of International Law*, n° 1, Vol. 50, 2009, p. 985-1006.

28 Par exemple, parmi les quinze Constitutions de l'histoire française postrévolutionnaire, neuf font référence explicitement ou implicitement au passé, mais deux seulement trouvent leur place dans l'une des catégories exposées. Il s'agit des Constitutions de 1791 et de 1946 classées dans la première catégorie « Nation apaisée ».

29 M. HAURIOU, « Chapitre VII. Les crises et maladies du régime d'État », in *Principes de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 2^e éd., 1916, p. 774.

30 *Idem.*

31 *Idem.*

I. La mémoire au service du rétablissement de l'ordre étatique à la suite d'une période de crise

Les préambules concernés par ces deux premières catégories ont pour particularité de mettre en avant une période troublée ayant nui au développement de l'État. La crise, ou les crises, peuvent être restituées de deux manières par le constituant : soit dans une volonté d'apaiser les tensions et de favoriser la réconciliation (A), soit dans une volonté de diriger la responsabilité sur un ennemi désigné (B). En somme, la force fédérative de ces deux catégories de préambules est puisée soit *au sein* de la collectivité par la reconnaissance et la rédemption des erreurs passées, soit *à l'extérieur* de la collectivité, au travers de l'indignation éprouvée et cultivée envers un ennemi.

A. La nation « apaisée » : une reconstruction de l'État par la pacification³²

Tentatives de coups d'État au Bénin, guerre civile en Guinée-Bissau, crimes de guerre au Japon, génocide au Rwanda, apartheid en Afrique du Sud, crise constitutionnelle en Côte d'Ivoire, les pays concernés par cette catégorie ont tous été ébranlés par une crise profonde. Une majorité de pays africains y figurent. L'État lutte pour apaiser les tensions et promouvoir la réconciliation, la stabilité politique, voire la démocratie ou l'État de droit à la suite de cette période de crise. Le constituant insiste sur le rétablissement d'une certaine normalité et formule ses espoirs pour l'avenir.

Il était coutume, depuis l'Antiquité, qu'après une période de crise, les autorités politiques utilisent *l'oubli* comme moyen d'apaiser des tensions³³. Aujourd'hui, à l'inverse, dès qu'un sentiment collectif de crise se présente, la tendance consiste davantage à imposer un exercice « d'auto-réflexion sur les normes et les valeurs sous-jacentes les plus fondamentales de l'État³⁴ ». Certaines de ces valeurs font appel à l'histoire et c'est au sein du préambule constitutionnel qu'elles s'expriment la plupart du temps, le corps même de la constitution étant à cet égard moins approprié que le préambule.

Le passé est ici relaté avec une certaine *neutralité*, dans le but de ne favoriser aucun des protagonistes en conflit durant la période de crise, qu'ils soient internes ou externes à l'État. C'est dans une perspective de pacification, voire de réconciliation que le constituant mentionne l'époque révolue. Contrairement à la catégorie des « nations résistantes » qui sera évoquée plus tard³⁵, le constituant évite d'attiser les tensions latentes en s'interdisant tout particulièrement la désignation claire et définitive d'un responsable. À ce titre, la Constitution béninoise se garde bien de mentionner les

32 Les États concernés sont les suivants : Afrique du Sud, Bénin, Burundi, Cap Vert, Côte d'Ivoire, Guinée, Guinée Bissau, Japon, Mali, Niger, Ouganda, Pakistan, Pologne, Rwanda, Soudan du Sud, Swaziland, Tadjikistan, Togo, Tunisie.

33 Julien Broch rappelle qu'en vertu d'une « tradition héritée de la Grèce et de Rome, qui, en passant par le Moyen Âge, la Renaissance et l'époque baroque, a survécu jusqu'à la Charte de 1814 [...] il était de bonne politique, à l'issue des périodes de troubles, d'imposer l'oubli à leurs protagonistes, afin d'apaiser les âmes, d'entretenir une paix publique réputée précaire », J. BROCH, *op. cit.*, p. 571. La Charte de 1814 avait même fait de l'oubli une obligation constitutionnelle en prescrivant dans son article 11 que « toutes recherches des opinions et votes émis jusqu'à la restauration sont interdites. Le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens », O. RUDELLE, « Table rase, terre d'oubli et lieux de mémoire. La France et ses constitutions », *Revue française de science politique*, 47^e année, n° 2, 1997, p. 249.

34 H. DUMONT, *op. cit.*, § 7.

35 V. I.B. La légitimation de l'ordre constitutionnel par la désignation d'un ennemi.

auteurs des tentatives de coups d'États de 1980, 1984 et 1988 ou encore le régime marxiste-léniniste du Président Kérékou et se contente d'évoquer « une évolution constitutionnelle et politique turbulente depuis son accession à l'indépendance³⁶ ».

En ne désignant aucun responsable, le constituant semble faire porter la responsabilité – et donc le devoir de reconstruire le pays – à l'ensemble de la communauté. La société dans son ensemble serait responsable d'avoir laissé les conflits dégénérer. Le peuple dans son entier doit donc fournir sa part d'efforts pour rebâtir une société stable et paisible. La responsabilité que porte le peuple peut s'exprimer de diverses manières : devant sa propre conscience³⁷, devant Dieu³⁸ mais aussi devant la nation et l'humanité³⁹ ou encore devant les générations passées, présentes et futures⁴⁰. Elle peut aussi se manifester par la volonté de corriger les erreurs passées⁴¹ en guérissant les divisions⁴². Par exemple, la Constitution japonaise jure dans son préambule de « ne jamais plus être les témoins des horreurs de la guerre du fait de l'action du gouvernement ». La Constitution de Côte d'Ivoire, quant à elle, promet de tirer les leçons de son histoire constitutionnelle et politique.

Tirer les leçons de l'histoire, c'est bien là l'ambition de ces Constitutions. Luc Heuschling fait remarquer que, tel un Janus à deux visages, « l'auteur du préambule a souvent le regard tourné à la fois vers le passé et l'avenir⁴³ ». Les blessures de l'histoire ne sont pas mentionnées sans asseoir solidement les espoirs de l'avenir. Si les préambules s'exercent traditionnellement « à une interprétation du passé national et à l'ébauche d'un avenir espéré⁴⁴ », les résolutions qui figurent dans cette catégorie de préambules résonnent avec davantage de profondeur que dans les autres Constitutions. Elles marquent le contraste entre les malheurs subis par la collectivité et sa détermination à ne plus jamais les revivre. Pour reprendre les mots d'Ernest Renan, « [une] nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé ; elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune⁴⁵ ».

36 De la même manière, la Constitution rwandaise ne mentionne à aucun moment l'ethnie Hutu, pas plus que la Constitution sud-africaine n'évoque la domination blanche. Ces omissions volontaires et l'emploi d'un ton neutre manifestent l'intention des constituants de pacifier les conflits.

37 C'est le cas dans le préambule de la Constitution polonaise.

38 Par exemple dans le préambule de la Constitution Burundaise.

39 C'est le cas dans le préambule de la Constitution de Côte d'Ivoire.

40 Par exemple, le préambule de la Constitution du Tadjikistan.

41 Le préambule de la Constitution de Guinée Bissau énonce qu'« avec le Movimento Reajustador du 14 novembre, le Parti a réorienté ses actions, en corrigeant les erreurs qui entravaient l'édification d'une société unie, forte et démocratique ».

42 C'est le cas de la Constitution sud-africaine qui ambitionne de « guérir les divisions du passé et établir une société fondée sur les valeurs démocratiques, la justice sociale et les droits fondamentaux de l'homme ».

43 L. HEUSCHLING, *op. cit.*, p. 284.

44 J. HUMMEL, « Les préambules de Constitution : une forme du “genre littéraire utopique” ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° 31, 2011, p. 208.

45 E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Conférence prononcée à la Sorbonne le 11 mars 1882. Ce désir de continuer la vie commune, évoqué par Ernest Renan, se concrétise ici par la volonté de contribuer à l'effort de reconstruction. Les préambules de cette catégorie invitent à fournir ces efforts de reconstruction en encourageant la *réconciliation* mais pas uniquement. La Constitution rwandaise manifeste son souhait de restaurer la tranquillité nationale, la dignité et la fierté du peuple. Elle envisage de reconstruire l'État sur la base de la réconciliation de punir les crimes de génocides, de lutter contre le négationnisme du génocide et le révisionnisme, éradiquant l'idéologie du génocide et toutes ses manifestations, divisionnisme et discrimination basée sur l'ethnicité, la région ou tout autre fondement. Au Burundi, le constituant appuie

Le rétablissement de l'ordre étatique à la suite d'une période de crise ne prend pas toujours cette forme. Au lieu d'employer un ton réservé et neutre, certains préambules optent pour la désignation d'un ennemi responsable des maux passés. Cette instrumentalisation du passé sert en réalité la légitimation du pouvoir investi par la constitution.

B. La nation « résistante » : une légitimation de l'ordre constitutionnel par la désignation d'un ennemi⁴⁶

Au sein de cette catégorie, les références historiques des préambules ont pour ambition de légitimer l'ordre établi par la constitution et plus particulièrement, les autorités investies par le texte. Cette légitimation s'opère toujours par la désignation plus ou moins explicite d'un ennemi opposé à l'autorité légitime.

Le terme « ennemi » est ici volontairement utilisé car, à l'inverse de l'adversaire, l'ennemi manifeste une volonté de nuire, et c'est bien par ce biais que les constituants cherchent à provoquer l'hostilité voire le désir de vengeance. Pour le sociologue Edgar Morin, cette désignation abstraite et en termes généraux de l'ennemi fait courir le risque de son essentialisation et par suite, à sa criminalisation⁴⁷. C'est en évoquant le mal que l'ennemi a perpétré et le bien que l'on peut à présent espérer à la suite de sa disparition, que le nouvel ordre constitutionnel se trouve légitimé. L'ennemi était celui qui empêchait jusqu'à présent l'établissement d'un système politique juste, démocratique, pacifié, intègre ou transparent.

Il est admis dans le domaine des sciences humaines que les passions – ici la défiance envers un ennemi – « jouent un rôle majeur dans la constitution du politique⁴⁸ ». La pensée de Carl Schmitt, vivement critiquée sur ce point, met en lumière le calcul politique des rédacteurs des préambules concernés. Carl Schmitt estime que « l'identité du groupe n'est jamais aussi puissante qu'à l'épreuve de l'adversité⁴⁹ ». Pour lui, l'ennemi serait même nécessaire à l'existence d'une nation car celle-ci ne peut se définir en termes uniquement positifs, la caractérisation négative étant, selon lui, indispensable. L'identité de la nation s'opère au travers même de la notion d'ennemi c'est-à-dire de l'Autre ; « d'où la permanence [chez Carl Schmitt] du discours sur l'ennemi qui cherche à le dévaloriser, le barbariser, le déshumaniser, [...]»⁵⁰.

ses vœux de réconciliation sur la garantie posée par les Accords d'Arusha. Au-delà de la réconciliation, le constituant de Guinée Bissau aspire à une république plus démocratique et félicite le parti d'Amilcar Cabral d'avoir permis la transition démocratique dans les années 1990. En Côte d'Ivoire, le constituant est « désireux de bâtir une nation fraternelle, unie, solidaire, pacifique et prospère, et soucieux de préserver la stabilité politique ».

46 Les États concernés sont les suivants : Corée du Nord, Hongrie, Iran, Lybie, Namibie, Népal, Portugal, République du Congo, Soudan, Tchad, Thaïlande, Yémen.

47 E. MORIN, *Mes philosophes*, Paris, « Pluriel », 2014, p. 65.

48 H. PIERRE, « De la nécessité de l'ennemi », *Inflexions*, 2015/1 (N° 28), p. 18.

49 Hervé Pierre reprenant l'idée de Carl Schmitt (*La Guerre civile mondiale, essais (1943-1978)*, Paris, Chercheurs d'ère, 2007), *ibidem*.

50 P. GAUCHON, J.-M. HUISSOUD, « Chapitre premier. La puissance en concepts », in P. GAUCHON (dir.), *Les 100 mots de la géopolitique*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2019, p. 20.

Dans le corpus de préambules dont il est question, l'ennemi est généralement désigné parmi les autorités investies du pouvoir dans le(s) régime(s) précédent(s). Par exemple au Tchad, les « régimes successifs » sont accusés d'avoir encouragé « le népotisme, le tribalisme, les violations des droits de l'Homme avec pour conséquences la guerre, les violences politiques, la haine, l'intolérance et la défiance entre communautés ». Plus subtilement, le préambule de la Thaïlande suggère que les crises constitutionnelles ont été causées par « la faute de personnes qui ont ignoré ou désobéi aux règles de gouvernance du pays » par des actes de corruption, de fraude, d'abus de pouvoir, par leur « manque de sens des responsabilités envers la nation et le peuple ». De manière plus externe encore, la Corée du Nord désigne comme ennemi à combattre les « offensives vicieuses des forces alliées impérialistes », afin de faire face à l'effondrement du système socialiste mondial.

La désignation de l'ennemi participe de la légitimation du pouvoir en place. Par exemple en Corée du Nord, le préambule fonde les espoirs futurs sur la « doctrine du Juche » dont le « Camarade Kim Il Sung » est à l'origine et que Kim Jong a approfondi. Au Tchad, c'est le commencement d'une nouvelle démocratie qui prend sa source dans la Conférence souveraine nationale du 7 avril 1993 et tire sa légitimité de « deux décennies d'expérimentation », du Forum inclusif de N'Djamena organisé du 19 au 27 mars 2018 et de l'approbation par le peuple du processus de réforme constitutionnelle. L'espoir est longuement développé par la Constitution iranienne qui relate les différentes étapes de la révolution contre le régime despotique jusqu'à l'adoption de la Constitution. Elle explique que « le régime est maintenant purgé des impuretés idéologiques étrangères et de la tyrannie ». Au Pakistan, la déclaration des fondateurs du pays promet un État basé sur la démocratie, les principes de l'Islamisme et la justice sociale.

Les crises traversées par ces préambules ne leur sont sans doute pas spécifiques en termes de réalité historique. En revanche, la représentation qu'en ont et qu'en font les constituants au travers des préambules traduit les enjeux liés au rétablissement de l'ordre étatique à la suite de ce contexte de crise. D'autres préambules s'attachent, à l'inverse, à conforter la fondation de l'État.

II. La mémoire au service de la confirmation de la fondation de l'État

D'après la définition traditionnelle, l'État comporte trois éléments constitutifs : une population, un territoire et un pouvoir souverain. Les préambules orientés vers la fondation de l'État s'attachent à consolider ces trois piliers fondamentaux dont dépend l'existence de l'État. Si une grande majorité de préambules constitutionnels assurent une place de choix à l'indépendance ou à la souveraineté, en utilisant quelque fois l'impératif d'intégrité du territoire (A), l'unité du peuple sert également à rappeler que l'État n'existe pas sans un sentiment partagé d'appartenance nationale (B).

A. La nation « souveraine » : l'affermissement de l'indépendance de l'État⁵¹

L'indépendance est considérée comme l'enjeu déterminant de l'histoire des 40 pays concernés. Ils ont tous connu une forme de colonisation ou d'occupation. En particulier, les colonisations espagnoles, britanniques, portugaises et l'occupation américaine ont exercé une forte influence dans leur histoire récente. La Russie échappe cependant à ce constat⁵².

Cette catégorie de préambules se caractérise par la commémoration d'une phase d'indépendance achevée depuis plusieurs années.

Les termes utilisés pour désigner l'indépendance de l'État varient. On trouve les termes « indépendance⁵³ » ou plus souvent celui de « souveraineté⁵⁴ ». De façon un peu plus implicite, il est parfois fait mention du processus de création de l'État⁵⁵. D'autres encore consacrent leur droit à l'autodétermination⁵⁶. La Gambie affirme : « nous avons eu notre mot à dire sur notre manière d'être gouvernés », tandis que la Constitution de la Palestine insiste sur la lutte « pour l'identité nationale et l'autodétermination ».

Afin de marquer l'importance de cette phase d'indépendance par rapport aux autres événements de l'histoire du pays, ces préambules mentionnent avec lyrisme le prix payé pour l'indépendance. Ils accordent en général une place importante aux sacrifices des femmes et des hommes qui ont combattu pour la libération de l'État⁵⁷. Le préambule les érige en héros et en martyrs⁵⁸. Il est fréquent que le constituant prenne le temps d'énumérer les classes de la population qui ont spécialement souffert au cours du processus d'indépendance⁵⁹. Le préambule cubain rend ainsi hommage aux

51 Les États concernés sont les suivants : Angola, Arménie, Azerbaïdjan, Barbade, Bangladesh, Biélorussie, Birmanie, Bolivie, Corée du Sud, Croatie, Cuba, Équateur, Érythrée, Gambie, Haïti, Honduras, Irlande, Kenya, Kirghizstan, Laos, Lettonie, Moldavie, Mozambique, Nicaragua, Ouzbékistan, Palestine, Pérou, République dominicaine, Sao-Tomé, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka, Taïwan, Timor-Oriental, Turquie, Ukraine, Vanuatu, Viêt-Nam, Zambie, Zimbabwe.

52 Toutefois l'effondrement de l'URSS en 1990 qui va de pair avec la perte considérable de sa zone d'influence, explique pour partie la volonté d'orienter le préambule vers l'assurance de sa souveraineté.

53 La Constitution de l'Érythrée évoque par deux fois une bataille héroïque et révolutionnaire pour l'indépendance ; l'Irlande mentionne quant à elle le droit à l'indépendance de la nation. Citent également le terme « indépendance » les Constitutions de Barbade, de Bolivie, de Cuba, de Gambie, d'Haïti, du Laos, de Lettonie, de Lituanie, des Seychelles, de Samoa et de Tuvalu.

54 C'est le cas dans les Constitutions arménienne, angolaise et russe.

55 Le préambule de la Constitution biélorusse évoque un « droit inaliénable à l'autodétermination, soutenu par l'histoire séculaire du développement de l'État biélorusse ». Ou encore la Constitution ukrainienne explique que la volonté du peuple est « fondée sur l'histoire pluriséculaire de la construction de l'État ukrainien et sur le droit à l'autodétermination réalisé par la nation ukrainienne, tout le peuple ukrainien ».

56 C'est le cas des Constitutions biélorusse et ukrainienne.

57 Les préambules mentionnent « le sacrifice collectif » et « les hommes et femmes qui ont perdu la vie pour la défense de la patrie » comme dans la Constitution angolaise par exemple. La Constitution de République dominicaine fait référence aux « exemples des luttes et des sacrifices de nos héros et héroïnes immortels » tandis que la Constitution du Pérou « commémore le sacrifice de toutes les générations précédentes de notre patrie ». Au Venezuela, le préambule rend hommage à l'« héroïsme et [aux] sacrifices de nos ancêtres aborigènes » pendant que la Constitution du Zimbabwe exalte « les femmes et hommes courageux qui ont sacrifié leur vie ».

58 On peut citer à titre d'exemple la Constitution bolivienne (« Honneur et gloire aux martyrs de l'effort héroïque constitutif et libérateur, qui ont rendu possible cette nouvelle histoire ») et celle du Timor oriental (« un hommage sincère à tous les martyrs de la Mère Patrie »).

59 L'exemple le plus représentatif est celui de la Constitution cubaine qui rend hommage aux ancêtres, aux indigènes, aux esclaves, aux patriotes, aux travailleurs, aux fermiers et aux étudiants.

esclaves, aux indigènes, aux travailleurs, aux fermiers, aux étudiants. Pour achever ces élégies, les préambules constitutionnels ne manquent pas de rappeler les luttes et les batailles endurées⁶⁰. Ils insistent bien souvent sur la longueur séculaire de ces conflits et sur l'acharnement des combattants. Par exemple, le Timor oriental en profite pour détailler longuement l'organisation de la résistance au travers des « trois fronts⁶¹ ».

Cette phase d'indépendance n'a de sens et de pertinence que si elle s'inscrit dans un mouvement continu avec la naissance antérieure du peuple accédant à l'autonomie. L'exemple de la Lettonie est particulièrement clair à cet égard car la Constitution rappelle que la Lettonie d'aujourd'hui trouve immédiatement son fondement dans la « première Lettonie indépendante » (entre 1920 et 1940) et prétend que la longue période d'occupation de l'Union soviétique n'a jamais existé.

Les préambules insistent à ce titre sur le caractère logique et la légitimité historique de la souveraineté de l'État⁶². La création de l'État peut notamment se présenter comme un commandement des ancêtres ou d'un acte en leur honneur⁶³. Le préambule arménien rappelle le « commandement suprême de leurs ancêtres amoureux de libertés », tandis que la Constitution des îles Marshall, empreinte de poésie, affirme la fierté envers leurs ancêtres « qui se sont aventurés audacieusement au travers des eaux inconnues du vaste océan pacifique il y a plusieurs siècles. Ils ont répondu avec habileté aux défis constants de maintenir une existence dénudée sur ces petites îles, dans leur noble quête de bâtir une société distincte qui leur est propre ». En outre, l'État peut être considéré comme ayant toujours existé⁶⁴. On perçoit cette position à La Barbade qui précise que « l'indépendance a

60 La Constitution de l'Angola mentionne une « lutte longue et acharnée », celle de Bolivie la « bataille héroïque des indigènes », tandis qu'en Birmanie le préambule rappelle que « le peuple national a lancé des luttes anticolonialistes et des luttes de libération nationale, avec une unité de force, en sacrifiant des vies » et qu'à Sao Tomé, la Constitution se souvient que « pendant cinq siècles, le peuple sao-toméen a été enfermé dans une lutte dure et héroïque contre la domination coloniale ».

61 Le préambule détaille que « la Résistance est divisée en trois fronts. Le front armé a été mené par les glorieuses Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste (FALINTIL) dont l'entreprise historique est à saluer. L'action du front clandestin, astucieusement déclenchée en territoire hostile, a entraîné le sacrifice de milliers de vies de femmes et d'hommes, en particulier de jeunes, qui ont lutté avec abnégation pour la liberté et l'indépendance. Le front diplomatique, harmonieusement mené dans le monde entier, a permis d'ouvrir la voie à la libération définitive ».

62 On perçoit avec clarté la logique du narratif à travers les préambules lao (« Le peuple multiethnique laotien existe et s'est développé sur cette terre bien-aimée depuis des milliers d'années. À partir du milieu du XIV^e siècle, à l'époque de Chao Fa Ngum, nos ancêtres ont fondé le pays unifié de Lane Xang et l'ont transformé en une terre prospère. Depuis le XVIII^e siècle, le territoire laotien a été menacé et envahi à plusieurs reprises par des puissances extérieures. Notre peuple a renforcé les traditions héroïques et inébranlables de ses ancêtres et s'est battu continuellement et avec persévérance pour obtenir l'indépendance et la liberté ») et letton (« L'État de Lettonie, proclamé le 18 novembre 1918, a été créé par l'unification des terres lettones historiques et sur la base de la volonté inébranlable de la nation lettone d'avoir son propre État et son droit inaliénable à l'autodétermination afin de garantir l'existence et le développement de la nation lettone, de sa langue et de sa culture à travers les siècles ». En Croatie, le préambule souligne « l'identité millénaire de la nation croate et la continuité de son statut d'État, confirmée par le cours de toute son expérience historique au sein de différentes formes d'États et par la préservation et la croissance de l'idée d'un État national, fondé sur le droit historique de la nation croate à la pleine souveraineté ».

63 Le préambule du Kirghizstan le formule de la sorte : « Agissons sur les ordres de nos ancêtres pour vivre en paix ». En Russie, le préambule demande de « vénérer la mémoire des ancêtres qui nous ont transmis leur amour pour la Patrie ».

64 En Biélorussie également, le préambule énonce que l'« histoire séculaire a toujours soutenu le droit à l'autodétermination et à l'existence de l'État ». Des affirmations telles que « l'histoire séculaire de l'État national de Géorgie » ou l'« existence éternelle de la patrie turque » traduisent en outre cette continuité au sein du roman national. Certains préambules utilisent la référence au territoire pour appuyer cette permanence de l'État. Le préambule de l'Azerbaïdjan énonce que « le peuple azerbaïdjanais, [perpétue] les traditions de plusieurs siècles de son statut d'État ».

toujours caractérisé les habitants » de l'île. Le préambule de la Constitution de Palestine est sans doute le plus éloquent à cet égard puisqu'il rappelle l'attachement du peuple à ses terres ancestrales et explique cette « relation organique entre le peuple palestinien, son histoire et sa terre » non seulement par la présence de leurs « pères et ancêtres qui ont vécu sur cette terre », mais aussi par la capitale Jérusalem dont il est rappelé qu'elle abrite « le premier tombeau et la troisième mosquée à laquelle s'est rendu de nuit le prophète et la terre natale de Jésus. ».

Au-delà de la mention de la date de l'indépendance qui est le symbole le plus frappant de la création de l'État⁶⁵, les constituants s'appuient également sur l'acte juridique qui a entériné la souveraineté nationale⁶⁶. Il peut s'agir d'un traité⁶⁷ ou de la première constitution de l'État indépendant. Le préambule de la Barbade a choisi le premier parlement comme symbole de souveraineté.

L'indépendance n'est pas l'unique ressort utilisé par les préambules constitutionnels pour conforter la fondation de l'État. Le constituant peut aussi chercher à rassembler la collectivité autour de la commémoration de son héritage identitaire.

B. La nation « unie » : la commémoration d'un héritage identitaire⁶⁸

« Comment partager l'avenir si le passé divise ? », s'interrogeait François Garde dans la *Revue française de droit constitutionnel*⁶⁹. C'est bien aux fragmentations de la société que les constituants des préambules relevant de cette dernière catégorie tentent de remédier.

L'hommage à l'héritage identitaire de l'État est certainement la composante des préambules qui vient généralement à l'esprit. L'héritage commun d'une collectivité constitue un puissant moyen de créer ou de recréer les liens d'appartenance à la communauté, au-delà des fragilités et des limites qui peuvent l'affecter. Le discours se rapportant à l'héritage identitaire puise dans un foyer d'émotions valorisant les liens qui forment l'identité collective⁷⁰.

65 C'est le cas dans les préambules des Constitutions du Mozambique, de Sao-Tomé, du Timor oriental, du Viêt Nam ou encore des Îles Samoa.

66 Il peut être fait référence à la première Constitution de l'État indépendant (par exemple dans les Constitutions de l'Angola, de Cuba et de Birmanie), à la déclaration d'indépendance (comme dans les Constitutions d'Arménie, de Lettonie et de Moldavie), au référendum d'indépendance comme c'est le cas dans la Constitution de la Macédoine, à la convention constitutionnelle ayant rédigé la constitution (par exemple dans la Constitution des Îles Samoa), à la date d'adoption de la constitution (c'est le cas dans la Constitution du Tuvalu).

67 À titre d'exemple, il est possible de citer les Constitutions de Barbade, de Sao-Tomé, du Timor oriental, du Viet Nam.

68 Les États concernés sont les suivants : Afghanistan, Albanie, Algérie, Andorre, Bahamas, Burkina Faso, Cambodge, République d'Afrique centrale, Chine, Égypte, Salvador, Fidji, France, Gabon, Guatemala, Guyana, Irak, Kazakhstan, Madagascar, Îles Marshall, Micronésie, Palaos, Papouasie Nouvelle Guinée, Sénégal, Îles Salomon, Syrie, Turkménistan,

69 F. GARDE, *op. cit.*, p. 808.

70 H. DUMONT, *op. cit.*, § 37.

Le désir d'affermir l'unité nationale transparaît à travers l'évocation des coutumes et des traditions⁷¹ ou de la mémoire des peuples ancestraux⁷². L'unité peut de manière plus implicite être véhiculée par la mention de textes historiques⁷³, dans la plupart des cas la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Ces textes, même de portée internationale, se présentent ici comme un patrimoine commun. Il peut s'agir également de références à la religion⁷⁴.

Les constituants sont plus enclins à recourir à des moyens d'identification plus larges et plus consensuels. L'un de ces moyens est la référence aux douleurs du passé. Pour Ernest Renan, « la souffrance en commun unit plus que la joie. En fait de souvenirs nationaux, les deuils valent mieux que les triomphes, car ils imposent des devoirs, ils commandent l'effort en commun⁷⁵ ». C'est sans doute pour cette raison qu'un certain nombre de préambules utilise le ressort des épreuves endurées pour consolider l'unité du peuple. Ces références aux épreuves se distinguent de la catégorie « nation apaisée », car elles n'appartiennent pas uniquement au passé immédiat ; ces épreuves peuvent être des événements disséminés dans l'histoire du pays. En outre, le préambule n'affiche pas ici une volonté de guérir ces blessures et de pacifier le pays, mais plutôt de *commémorer* ces événements afin d'unir le peuple autour de ces souvenirs.

71 Par exemple, le Préambule de la Constitution burkinabaise considère le peuple comme « Dépositaire des coutumes et des traditions de notre société », tandis qu'à Madagascar la Constitution évoque « le dynamisme de ses valeurs culturelles et spirituelles à travers le "fanahy maha-olona" ». En outre, le préambule constitutionnel en Papouasie Nouvelle Guinée « rendre hommage à la mémoire de nos ancêtres, source de notre force et origine de notre héritage commun – reconnaître les coutumes et les sagesses traditionnelles de notre peuple qui nous sont parvenues de génération en génération – nous engager à garder et à transmettre à ceux qui viendront après nous nos nobles traditions et les principes chrétiens qui sont les nôtres aujourd'hui », pendant que celui des Îles Salomon affirme que « Nous, peuple des Îles Salomon, fiers de la sagesse et des dignes coutumes de nos ancêtres, conscients de notre héritage commun et diversifié ».

72 Deux exemples l'illustrent à commencer par le préambule de la Constitution des Bahamas qui rappelle qu'« il y a quatre cent quatre-vingt-un ans, la redécouverte de cette famille d'îles, de rochers et de foins annonçait la renaissance du Nouveau Monde [...] », mais également la Constitution de Papouasie Nouvelle Guinée entend « rendre hommage à la mémoire de nos ancêtres, source de notre force et origine de notre héritage commun ».

73 Par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (évoquée par la Constitution du Burkina Faso), le credo « ZO KWE ZO » du père fondateur du pays Barthélémy Boganda (mentionnée dans la Constitution de la République d'Afrique centrale), la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et la préambule de la Constitution française de 1946 (cités dans la Constitution française), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (rappelée dans la Constitution du Gabon) ou encore la Convention relative aux droits de l'enfant de 1981 (mentionnée dans la Constitution du Sénégal).

74 Par exemple, la Constitution afghane énonce qu'« Au nom d'Allah, le Très Bienfaisant, le Très Miséricordieux Louange à Allah, le maître et le soutien des mondes ; et louange et paix à Mohammad, son dernier messenger et ses disciples et adeptes, Nous, le peuple d'Afghanistan : Croyant fermement en Dieu tout-puissant, s'appuyant sur sa volonté divine et adhérant à la Sainte religion de l'Islam ». Il est aussi question de religion dans le préambule égyptien : « C'est ici que [...] leurs cœurs levaient les yeux vers le ciel avant que la terre ne connaisse les trois religions révélées. L'Égypte est le berceau des religions et la bannière de gloire des religions révélées. Sur sa terre, Moïse a grandi, la lumière de Dieu est apparue, et le message est descendu sur le mont Sinaï. Sur sa terre, les Égyptiens ont accueilli la Vierge Marie et son bébé et ont offert des milliers de martyrs pour défendre l'Église de Jésus. Lorsque le sceau des messagers Mohamed (Paix et bénédictions soient sur lui) a été envoyé à toute l'humanité pour parfaire la morale sublime, nos cœurs et nos esprits se sont ouverts à la lumière de l'Islam. Nous étions les meilleurs soldats sur terre pour combattre pour la cause de Dieu, et nous avons diffusé le message de la vérité et des sciences religieuses dans le monde entier ». Toutefois, ces références confessionnelles peuvent apparaître plus risquées voire contre-productives que d'autres car elles sont susceptibles « de fragiliser la capacité de la constitution à servir de symbole intégrateur pour des gens appartenant à des confessions minoritaires (tels que les musulmans en Europe occidentale) », E. SMITH, « Les fonctions symboliques des constitutions », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, t. 1, p. 787.

75 E. RENAN, *op. cit.*

Il peut s'agir d'une part des combats héroïquement menés comme en Algérie (c'est la « longue chaîne de luttes qui a fait de l'Algérie une terre de liberté et de dignité »). Le préambule afghan se remémore les injustices, la misère et les désastres innombrables qui ont atteint leur pays, les sacrifices, les batailles historiques, le jihad et la résistance du peuple. Le préambule irakien est un autre exemple de la consolidation de l'unité dans la souffrance puisqu'il se souvient des « ténèbres du ravage des saintes cités et du Sud lors de l'Intifada Chaabaniya [en 1991] et brûlés par les flammes de la douleur des charniers, les marais, al-Dujail⁷⁶ ».

Une autre partie des préambules choisit de rappeler l'héritage civilisationnel glorieux que reçoit le peuple au titre de cette unité. C'est dans cette catégorie de références historiques que les développements sont les plus abondants et les plus exaltés⁷⁷. La fierté unificatrice s'exprime ici sans réserve. Au Cambodge, on glorifie la civilisation d'Angkor ancienne prospère, puissante, dont le « prestige est radieux comme un diamant ». Le préambule de la Constitution chinoise ne tarit pas d'éloges sur la longévité du pays, presque un record dans le monde précise-t-elle ; il mentionne sa « splendide culture » et sa « tradition révolutionnaire glorieuse », ainsi que les glorieux accomplissements du régime communiste dans tous les domaines (économique, sociale, éducation...). Le plus éclatant est sans doute le préambule égyptien qui voit dans ce pays le « berceau de l'humanité » et le « cœur du monde entier ». L'Égypte est un carrefour culturel, commercial et civilisationnel, elle crée les plus incroyables merveilles de la civilisation et constitue « un exemple de progrès pour l'humanité dont la révolution de 2011 est l'apogée ».

76 La Constitution égyptienne offre un autre exemple : « Nous sommes en train de rédiger une Constitution qui ferme la porte à toute corruption ou tyrannie, guérit les blessures du passé, du temps du vieux Paysan éloquent aux victimes de la négligence et aux martyrs de la révolution de notre temps, et soulage notre peuple de l'injustice dont il souffre depuis longtemps ».

77 Il apparaît incontournable de citer le préambule irakien affirmant que « Nous, peuple de Mésopotamie, patrie des apôtres et des prophètes, lieu de repos des imams vertueux, berceau de la civilisation, artisans de l'écriture et maison de la numération. Sur notre terre, la première loi faite par l'homme a été adoptée, et le plus ancien pacte de gouvernance juste a été inscrit. Sur notre sol, les saints et les compagnons du Prophète ont prié, les philosophes et les scientifiques ont théorisé, et les écrivains et les poètes ont excellé ». Le préambule de Micronésie est tout aussi exalté : « Pour faire une nation composée de nombreuses îles, nous respectons la diversité de nos cultures. Nos différences nous enrichissent. Les mers nous rassemblent, elles ne nous séparent pas. Nos îles nous soutiennent, notre nation insulaire nous élargit et nous rend plus forts. Nos ancêtres, qui ont élu domicile sur ces îles, n'ont déplacé aucun autre peuple. La Micronésie a commencé à l'époque où l'homme explorait les mers en radeaux et en canoës. La nation micronésienne est née à une époque où les hommes voyagent parmi les étoiles ; notre monde lui-même est une île. Nous étendons à toutes les nations ce que nous attendons de chacune d'entre elles : la paix, l'amitié, la coopération et l'amour dans notre humanité commune. Avec cette Constitution, nous, qui avons été les pupilles d'autres nations, devenons le fier gardien de nos propres îles, maintenant et pour toujours ». Enfin, la Constitution syrienne fournit un exemple lumineux de ce type de discours : « La civilisation arabe, qui fait partie du patrimoine de l'humanité, a été confrontée, au cours de sa longue histoire, à de grands défis visant à briser sa volonté et à la soumettre à la domination coloniale, mais elle s'est toujours élevée, grâce à ses propres capacités créatives, pour exercer son rôle dans la construction de la civilisation humaine. [...] La société syrienne, avec toutes ses composantes et ses composantes et par le biais de ses institutions et organisations populaires, politiques et civiles, a réussi à accomplir des réalisations qui ont démontré la profondeur de l'accumulation civilisationnelle représentée par la société syrienne, sa volonté inébranlable et sa capacité à suivre le rythme des changements et à créer l'environnement approprié pour maintenir son rôle humain en tant que puissance historique et efficace dans la marche de la civilisation humaine ».

Conclusion

Que le constituant aspire à une nation apaisée, résistante, souveraine ou unie, l'effet performatif de cet énoncé n'est pas systématique. Bourdieu admet qu'en pratique, sa théorie des rites d'institution peut rencontrer des exceptions : « il y a l'héritier indigne, le prêtre qui jette le froc aux orties, le noble qui déroge ou le bourgeois qui s'encanaille⁷⁸ ». En matière constitutionnelle, ces « accidents » sont sans doute plus fréquents qu'il n'y paraît.

Le professeur Eivind Smith mesure l'efficacité symbolique de ces qualifications selon la perception positive ou négative du discours constitutionnel par ses destinataires. Le symbole peut ainsi produire l'adhésion ou la répulsion. Si les rédacteurs poursuivent nécessairement les effets positifs qui sont énoncés au travers de cette typologie, il ne va pas toujours de même à l'égard l'ensemble de la communauté politique. Certains membres qui, par exemple, se seront sentis écartés des débats importants, les partisans de l'ancien régime, ou encore les groupes d'opposition politique, auront tendance à éveiller les effets négatifs du symbole véhiculé par la référence historique. La Constitution japonaise a ainsi aggravé le sentiment d'humiliation du Japon face à la puissance militaire des États-Unis dans certaines franges conservatrices du paysage politique⁷⁹. En Lettonie, le rejet implicite, dans la Constitution, de la période d'occupation de l'Union soviétique alimente toujours aujourd'hui les tensions latentes entre la majorité de la population et la minorité russophone⁸⁰. Si cette typologie a vocation à enfermer le discours historique des préambules dans des types de portée théorique, seule la réception concrète du préambule au sein de la communauté à laquelle il s'adresse permettra de juger de l'efficacité de ce discours.

78 P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 61.

79 E. SMITH, *op. cit.*, p. 781-785.

80 *Ibid.*, p. 788.

CONTINUITÉ MATÉRIELLE DU DROIT INFRACONSTITUTIONNEL ET CHANGEMENT CONSTITUTIONNEL : LE TRAITEMENT DU PASSÉ *

Cédric AGUZZI¹

Lorsque l'on tente de déterminer la plus ancienne norme juridique faisant partie du droit positif français, la réponse semble être l'ordonnance de Villers-Cotterêts, édictée par François I^{er} en août 1539. Antérieure de plus de quatre siècles à la Constitution de 1958, résistant à la succession d'une quinzaine de Constitutions différentes depuis la Révolution française, ses articles 110 et 111 sont toujours appliqués par le Conseil d'État² comme par la Cour de cassation³. Sous cet exemple, le constat semble être celui de la continuité du droit infraconstitutionnel, opposée à la rupture et au changement constitutionnel⁴.

La constatation de cette survie du droit ancien aux changements constitutionnels s'explique, au premier abord, de façon logique : les Constitutions, de manière générale, « s'écrivent au futur et leurs auteurs se soucient peu du passé⁵ ». En principe, l'action de la Constitution dans le temps est ainsi dirigée vers l'avenir, sans qu'elle ne revête un effet rétroactif. L'effet de la Constitution ancienne cesse lors de son abrogation, alors que ses conséquences sont conservées⁶.

Sous cette apparente simplicité surviennent deux problèmes : norme suprême de l'ordre juridique, la Constitution constitue « le fondement médiat ou immédiat de toute règle de droit », elle est « la source de l'édifice normatif⁷ », la norme qui détermine le processus de production des normes qui lui sont subordonnées et donc leur fondement de validité. Si la nouvelle Constitution n'a pas pour effet

* Sous le parrainage du Professeur Emmanuel Cartier, Professeur, Droit public, Université de Lille, ULR 4487, Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit.

1 Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 CE, 22 novembre 1985, *Quillever*.

3 Cass, Com., 13 décembre 2011, n° 10-26389.

4 Voir G. LIET-VEAUX, *La Continuité du droit interne, essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Librairie du Recueil Sirey ; Rennes, Impr. de l'Ouest, 1943.

5 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 83, 2010, p. 498. Renvoyant à P. ARDANT, « Le temps dans les Constitutions écrites », in *La République, Mélanges en l'honneur de P. Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 503.

6 *Idem*, p. 498. Renvoyant à J.-M. AUBY, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA*, n° 3, 1967, p. 131 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^e éd., 2001, p. 1151 et s., n° 1338 et s. ; J. MOREAU, « De l'abrogation en droit public français », *JCP A*, n° 42, 2005, p. 1557.

7 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

de remettre en cause la totalité du droit infraconstitutionnel antérieur à son entrée en vigueur, elle impose cependant que « tous les actes subordonnés, quelle que soit leur date d'édiction, ne soient pas en contradiction avec elle⁸ ». Le premier problème à relever est donc celui de la *réception* du droit infraconstitutionnel ancien par la nouvelle Constitution. Cette réception peut être réalisée selon divers moyens, la nouvelle Constitution pouvant prévoir directement l'abrogation des actes édictés avant son entrée en vigueur comme ne pouvant pas préciser le devenir de ces normes⁹.

D'autre part, si les Constitutions n'ont généralement qu'un effet postérieur à leur entrée en vigueur, certaines normes peuvent prévoir explicitement la remise en cause rétroactive des normes juridiques antérieures. Nous pouvons, par exemple, évoquer les différentes ordonnances postérieures à la Libération, qui déniaient rétroactivement la légalité du Régime de Vichy et prévoient la nullité de plusieurs dispositions prises sous l'empire de la III^e République ou de l'État français, la plus connue étant l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental¹⁰. Le second problème à évoquer est donc celui de la remise en cause d'une partie du droit antérieur par la nouvelle Constitution, soit l'*anéantissement* de l'ordre juridique ancien par cette dernière.

Il convient, néanmoins, de préciser la notion de Constitution qui sera utilisée dans cette étude : si le traitement du sujet est limité aux Constitutions écrites et si le critère formel pourrait clarifier la distinction entre « Constitution » et « droit infraconstitutionnel », la seule prise en compte de la forme constitutionnelle ne permettrait pas de traiter de certaines normes juridiques ayant un « objet » constitutionnel malgré l'absence d'une procédure spécifique et renforcée de production normative. C'est le cas des « petites » Constitutions, définies comme des « normes provisoires, parfois même formalisées, souvent uniquement matérielles, intermédiaires entre la Constitution révolue et la Constitution future encore au stade de projet¹¹ ». Ces normes transitoires, temporaires, souvent adoptées en rupture par rapport à l'ancienne Constitution, sont pourtant essentielles à l'analyse de ce sujet, puisque se confrontant directement à cette dernière et pouvant parfois prévoir le devenir des normes édictées sous son empire.

8 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC*, vol. VI, 1990, p. 220.

9 La Constitution grecque de 1975 prévoit ainsi, à son article 111, que « toute disposition de loi ou d'acte administratif réglementaire contraire à la Constitution est abrogée dès l'entrée en vigueur de celle-ci ». À l'inverse, la Constitution française de 1958 ne contient pas de dispositions expresses relatives à l'abrogation des normes antérieures à son entrée en vigueur.

10 L'ordonnance du 9 août 1944 prévoit, dans son article 1^{er}, que « la forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister », déniaient toute légalité au Régime de Vichy. Son article 2 prévoit la nullité de « tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française », celle-ci devant être expressément constatée, quand l'article 3 prévoit une liste limitative de dispositions dont la nullité est expressément constatée, étant incluse la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. La remise en cause du droit antérieur par l'ordonnance du 9 août 1944 ne se limite pas donc aux normes édictées par le « Régime de Vichy » entendu *stricto sensu*, soit à partir du moment où le pouvoir constituant est confié par l'Assemblée nationale au gouvernement dirigé par le Maréchal Pétain, mais aux actes postérieurs à l'intronisation du Gouvernement Philippe Pétain, le 16 juin 1940, jusqu'à la mise en place du Gouvernement provisoire de la République française.

11 O. PFERSMANN, in L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz Droit public-Science politique », 2003, p. 102 et s. Cité par E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 513.

Concernant l'ordonnance du 9 août 1944, sa procédure de création ne se distingue pas d'autres ordonnances ne concernant pas la matière constitutionnelle. S'il existe une distinction formelle, tirée de l'ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la Libération nationale, entre les « ordonnances », actes législatifs, et les « décrets », actes réglementaires¹², les normes ayant vocation à déterminer l'organisation des pouvoirs publics après la Libération¹³, auxquelles l'on pourrait ajouter l'ordonnance du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération, ne prévoient cependant pas de procédure spécifique relative à la modification de normes constitutionnelles. Il faudra alors attendre la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, pour constater la présence d'une norme définissant l'organisation des pouvoirs publics adoptée selon une procédure spécifique, constituée par le référendum¹⁴. Dans cette période couvrant la caractérisation de la France libre (et des entités qui lui y ont succédé) comme gouvernement en exil jusqu'au rétablissement de la légalité républicaine sur la totalité du territoire français, il est difficile de déterminer une procédure formelle de création des normes matériellement constitutionnelles distincte de la procédure « législative », même si certaines ordonnances, outre l'avis du Comité juridique¹⁵, font l'objet d'un avis préalable de l'Assemblée consultative provisoire¹⁶. Concernant l'ordonnance du 9 août 1944, s'il a déjà été constaté qu'elle ne peut être formellement définie comme une norme constitutionnelle¹⁷, elle revêt matériellement un objet constitutionnel, désignant, dans son article 1^{er}, la forme du Gouvernement de la France comme étant et demeurant la République.

12 Les ordonnances édictées par les autorités de la France libre sont considérées comme des actes législatifs selon l'article 4 du décret du 3 juin 1943. Le Conseil d'État confirmera ensuite la valeur législative des ordonnances dans un arrêt du 22 février 1946, *Botton*. Cité par E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *op. cit.*, p. 525.

13 L'ordonnance du 9 août 1944 se réfère à l'ordonnance du 3 juin 1943 ainsi qu'à celle du 3 juin 1944.

14 E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *op. cit.*, p. 526.

15 Le Comité juridique, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du 6 août 1943, « 1) émet les avis consultatifs qui, aux termes des lois en vigueur au 16 juin 1940, devraient être émises soit par les sections administratives, soit par l'assemblée générale du Conseil d'État, notamment les décrets pris en la forme de règlements d'administration publique et les décrets rendus l'une des sections du Conseil d'État entendu ; 2) étudie [...] la révision des textes législatifs et réglementaires appliqués dans les divers territoires relevant de l'autorité du Comité, en vue d'assurer l'uniformité de la législation et sa conformité avec les principes en vigueur le 16 juin 1940 ; 3) procède à la mise en forme juridique des projets d'ordonnances ou de décrets réglementaires qui doivent être soumis aux délibérations du Comité français de libération nationale ». E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique "républicain"*, Paris, LGDJ, 2005, p. 110 ; E. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse, Université de Lille, 2019, p. 196.

16 Les avis de l'Assemblée consultative provisoire, créée par l'ordonnance du 17 septembre 1943, ne s'imposent pas juridiquement au Comité français de la Libération nationale mais demeurent obligatoires concernant le budget du Comité (article 18 de l'ordonnance) ainsi que concernant « l'adoption de toute législation touchant au statut des libertés individuelles », « l'organisation des pouvoirs publics » et « la structure économique et sociale du pays » (décret du 29 avril 1944 relatif aux avis formulés par l'Assemblée consultative provisoire en matière législative). L'article 20 de l'ordonnance du 17 septembre 1943 fait également apparaître que l'avis de l'Assemblée consultative « sera demandé sur le projet d'ordonnance relatif à l'élection et à la réunion ultérieure de l'Assemblée chargée de procéder à la constitution du Gouvernement provisoire ». E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 434 ; E. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, *op. cit.*, p. 199.

17 L'argument du parallélisme des formes pourrait être soulevé, dans la mesure où l'ordonnance du 9 août 1944 prévoit la nullité expresse de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Cependant, l'ordonnance fait bien référence à « l'acte dit » loi constitutionnelle, pour dénier toute validité à cette norme. En outre, la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 fait débat concernant sa validité : certains auteurs considèrent que la délégation du pouvoir constituant par l'Assemblée nationale au gouvernement dirigé par le Maréchal Pétain était irrégulière, dans la mesure où elle n'avait pas fait l'objet d'une délégation expresse. Voir, par exemple, J. LAFERRIERE, *Le Nouveau Gouvernement de la France*, Sirey, 1941. Le doyen Vedel, à l'inverse, affirmait la validité de cette loi constitutionnelle. G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 277.

Il paraît alors préférable, dans le cadre de cette étude, d'adopter une définition matérielle de la Constitution pour y inclure ce type de normes : la Constitution, au sens matériel, serait alors constituée d'un ensemble de normes qui prévoient l'organisation et le fonctionnement de l'État, selon la définition classique¹⁸. À ce critère de définition, nous pouvons ajouter celui posé par Kelsen, qui définit matériellement la Constitution comme « la norme qui gère l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques¹⁹ ». Loin de s'opposer, ces deux définitions sont complémentaires et renvoient donc à l'idée d'un ensemble de normes qui vont déterminer la forme du régime politique de l'État et prévoir le processus de création des normes infraconstitutionnelles de portée générale. Cette définition matérielle de la Constitution permet, d'une part, de préciser la différence entre les normes « constitutionnelles » et les normes « infraconstitutionnelles », les secondes étant donc les normes produites par les procédures prévues par la Constitution. D'autre part, elle montre que la Constitution, en définissant l'organisation et le fonctionnement de l'État, met en place le régime politique de ce dernier. L'on peut ainsi citer Georges Burdeau, qui exprimait le fait que la Constitution est « la règle par laquelle le souverain légitime le Pouvoir en adhérant à l'idée de droit qu'il représente et détermine en conséquence les conditions de son exercice²⁰ » : la Constitution ne définit pas seulement les conditions de validité des normes qui lui sont subordonnées mais vient aussi poser la forme de régime politique et les principes politiques et moraux correspondant à la conception du Souverain.

La définition que l'on peut retenir du changement de Constitution découle de cette conception matérielle de la Constitution. La notion de « changement » de Constitution suppose tout d'abord qu'il y ait une Constitution existante. Le concept doit donc être limité aux cas où l'on observe une continuité de l'État au changement de Constitution. Le « changement » ne doit donc pas se comprendre comme celui où l'adoption d'une nouvelle Constitution est concomitante de la création d'un nouvel État mais comme le cas où une nouvelle Constitution est adoptée alors que la personnalité juridique de l'État survit au changement²¹. En second lieu, ce changement doit être *intégral*. Une modification partielle de la Constitution a, certes, des conséquences sur les normes antérieures à la modification : il suffit de penser à la notion de « changement de circonstances », exception à l'autorité de chose jugée du Conseil constitutionnel dans la procédure de question prioritaire de constitutionnalité pour démontrer qu'une norme déclarée constitutionnelle ne l'est que dans l'état

18 J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 1947, p. 268.

19 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. V. FAURE, B. LAROCHE, Paris, LGDJ ; Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 179.

20 G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV, le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1983, p. 49.

21 C'est, par exemple, la thèse de Carré de Malberg, qui précise que l'État persiste malgré la discontinuité constitutionnelle : un changement de Constitution, « fût-il radical et intégral, n'implique, ni un renouvellement de la personne juridique État, ni davantage une modification essentielle dans la collectivité qui trouve en l'État sa personnification ». R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 2, *op. cit.*, p. 493. Kelsen, quant à lui, résout le problème que pose un changement révolutionnaire de Constitution dans une théorie où État et ordre juridique désignent la même chose, en expliquant qu'un État ayant subi un changement révolutionnaire reste identique « si sa population et son territoire restent en gros les mêmes », recourant ainsi aux critères classiques de définition de l'État en droit international. H. KELSEN, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité. Les principes et leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international public*, 1929, p. 615.

actuel du droit. Une révision constitutionnelle pourra alors modifier cet état et justifier un réexamen de la constitutionnalité d'une disposition législative²². Le changement intégral d'une Constitution implique cependant l'instauration d'un nouvel ensemble définissant les conditions de création des normes infraconstitutionnelles de portée générale, pouvant ainsi remettre théoriquement en cause la conformité de toutes les normes de l'ordre juridique ancien à la nouvelle Constitution, ce qui imposera la compatibilité des normes infraconstitutionnelles de l'ordre juridique ancien. Est alors entendu comme « changement de Constitution » le moment où l'on peut observer, dans un État continu, le remplacement intégral des normes constitutionnelles, se traduisant par la mise en place d'un régime politique et d'une procédure de création des normes infraconstitutionnelles de portée générale distincts des précédents, réunis dans un ou plusieurs textes écrits pouvant faire l'objet d'une formalisation.

Cette définition s'éloigne de la distinction normativiste entre révolution et continuité juridique²³ pour privilégier une vision plus intuitive du changement de Constitution. Suivant celle-ci, le passage de la IV^e à la V^e République est bien un « changement » de Constitution, manifesté par l'adoption d'un texte prévoyant le régime politique de la V^e République et des procédures spécifiques de production de normes juridiques, alors que l'on peut noter une continuité juridique entre la Constitution de 1946 et celle de 1958²⁴. À l'inverse, l'utilisation de l'article 11 de la Constitution de 1958 pour réviser le mode d'élection du président de la République en 1962, analysée par certains auteurs comme étant une révolution juridique, constituée par un changement irrégulier des normes de production des normes constitutionnelles, n'est pas constitutive d'un « changement » de Constitution, selon la définition retenue par cette étude.

Ce nouvel ordonnancement juridique créé par le changement de Constitution pose donc la question de la validité de l'ordre ancien. Fondement du nouvel ordonnancement juridique, la Constitution « ne saurait tolérer, en tant que norme suprême, que les normes de rang inférieur qui lui sont contraires puissent faire partie de l'ordre juridique nouveau et, *a fortiori*, y être maintenues²⁵ ». Survient alors une étape de *réception* du droit ancien par la nouvelle Constitution, par « l'exclusion ou l'incorporation des normes infraconstitutionnelles anciennes à l'ordre juridique nouveau²⁶ ». Le problème posé par l'incorporation du droit infraconstitutionnel ancien à l'ordre juridique nouveau n'est donc pas celui du rapport entre deux ordres juridiques distincts, mais celui de la réception d'un ordre juridique par un autre, où le fondement du droit ancien ne pourra être que le texte fondamental

22 Voir par exemple, CC, n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *M^{me} Marine Le Pen*.

23 La révolution juridique serait le moment où la modification des dispositions de la Constitution intervient en dehors des règles prévues à cet effet, marquant une rupture juridique dans la production des normes constitutionnelles. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 249.

24 La procédure d'adoption de la Constitution de 1958 s'apparente ainsi à une révision « totale » de la Constitution de 1946, réalisée par le biais de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui établit une procédure de révision de la Constitution dérogoratoire à celle de l'article 90 de la Constitution de 1946, en confiant le pouvoir de révision au « gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 » et prévoyant des limites procédurales et de fond à son exercice.

25 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 500.

26 *Idem*, p. 500.

le plus récent²⁷. La question est donc celle de la compatibilité entre le droit antérieur et la nouvelle Constitution, dans un ordre juridique déterminé par cette dernière. La réception du droit antérieur pourra alors se faire de manière tacite, n'étant acceptable que si le droit ancien est compatible avec la nouvelle Constitution, par l'application du principe *Lex posterior derogat priori* ou de manière expresse en régissant directement le sort du droit ancien²⁸.

Surviennent alors deux temps, qui seront mentionnés successivement dans cette étude. Le premier est celui de la réception des normes infraconstitutionnelles anciennes dans l'ordre juridique nouveau et donc celui de la *confrontation* du droit ancien avec la nouvelle Constitution (I). Cette dernière va prévoir, de manière plus ou moins explicite, le devenir du droit ancien en imposant le respect et la suprématie des nouvelles dispositions constitutionnelles au droit antérieur. Le second temps, quant à lui, est celui de la *conciliation*, dans lequel les autorités d'application du droit mettront en œuvre les dispositions prévues par la Constitution, afin de corriger les incompatibilités qui peuvent se créer entre la nouvelle Constitution et le droit infraconstitutionnel ancien (II).

I. Le temps de la confrontation : l'intégration du droit infraconstitutionnel ancien à l'ordre juridique nouveau

Les rapports organisés entre la nouvelle Constitution et le droit infraconstitutionnel sont marqués par l'hétérogénéité des techniques utilisées pour imposer la compatibilité du droit infraconstitutionnel antérieur à la Constitution. Ces techniques diffèrent tant sur la procédure utilisée – la Constitution pouvant ainsi régir plus ou moins explicitement le sort du droit ancien – que sur leurs effets, dans la mesure où la remise en cause rétroactive du droit infraconstitutionnel antérieur peut parfois être constatée. À cette hétérogénéité des procédures (A) s'oppose l'homogénéité des buts recherchés : la tendance est plutôt celle de l'intégration du droit infraconstitutionnel ancien à l'ordre nouveau, en privilégiant la continuité du droit et la cohérence de l'ordre juridique (B).

A. L'hétérogénéité des procédures : la réception des normes infraconstitutionnelles anciennes par la nouvelle Constitution

Le changement de Constitution provoque l'abrogation, *de facto* ou *de jure* suivant le mode de changement utilisé, de l'ancienne Constitution. Celle-ci, remplacée par la nouvelle, cesse de produire des effets pour l'avenir. Ses conséquences sur le passé, cependant, sont conservées et se manifestent par le contenu de l'ordre juridique ancien, dont le fondement de validité était tiré de la Constitution abrogée lors du changement²⁹. Si la validité des normes infraconstitutionnelles antérieures s'apprécie « au moment de [leur] production et par rapport aux normes qui conditionnent cette production³⁰ »

27 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 279. Cité par J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 221.

28 *Idem*, p. 221.

29 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 498.

30 *Idem*, p. 499.

et si la nouvelle Constitution ne vise pas au « renouvellement » de la validité de la norme ancienne, cette dernière recherche cependant une compatibilité permettant à la norme antérieure de se maintenir au sein du nouveau système³¹. En d'autres termes, l'on remarque que la réception du droit infraconstitutionnel ancien se résout lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution « par l'exclusion ou l'incorporation des normes infraconstitutionnelles anciennes au sein de l'ordre juridique nouveau », la solution se déduisant de « l'absence de contradiction entre la norme inférieure venant du système précédent et la norme suprême fondant le système suivant³² ». Dans ce cas, la nouvelle Constitution ne remet pas en cause le passé. Elle ne vise que l'exclusion, pour l'avenir, de la norme infraconstitutionnelle antérieure si cette dernière est incompatible avec la Constitution. La logique est donc binaire : soit la norme est compatible avec la nouvelle Constitution et sera intégrée à l'ordre juridique défini par celle-ci, soit la norme est incompatible et sera abrogée.

Ce rapport de compatibilité entre la nouvelle Constitution et les normes infraconstitutionnelles anciennes peut être plus ou moins explicite. La première hypothèse, qui semble être la plus répandue, est celle où le sort des normes infraconstitutionnelles antérieures à la Constitution n'est pas directement mentionné par celle-ci³³. C'est notamment le cas de la Constitution du 4 octobre 1958, qui ne prévoit pas directement – y compris dans ses dispositions transitoires – de dispositions s'intéressant explicitement à sa compatibilité avec le droit qui la précède. La seule mention du droit infraconstitutionnel antérieur à 1958 est la procédure de délégalisation de l'article 37 alinéa 2, qui prévoit que les textes de forme législative intervenus dans les matières appartenant au domaine du règlement « peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État ». Fruit de l'innovation de 1958 sur la séparation entre les domaines de la loi et du règlement, la mention par la Constitution du droit infraconstitutionnel antérieur à 1958 se limite donc à un simple reclassement des lois antérieures dont le contenu concerne le domaine du règlement, sans se prononcer sur leur compatibilité avec la Constitution.

Le fait que la Constitution ne prévoie pas explicitement la réception du droit infraconstitutionnel antérieur ne signifie cependant pas que cette réception n'est pas organisée. Par sa nature même, elle impose que le droit infraconstitutionnel antérieur lui soit subordonné et donc qu'il soit compatible avec celle-ci. Sa réception se fait donc tacitement, n'étant acceptable que « s'il n'existe pas de contradiction avec la nouvelle norme constitutionnelle³⁴ », étant directement organisée par les autorités d'application du droit.

La Constitution peut également mentionner explicitement le sort du droit infraconstitutionnel antérieur, en prévoyant son maintien partiel ou total dans l'ordre juridique³⁵ : les Constitutions françaises de 1814, 1830, 1848 et 1852³⁶ mentionnent ainsi de manière générale les normes

31 *Idem*, p. 500.

32 *Idem*, p. 500.

33 *Idem*, p. 501.

34 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 221.

35 *Idem*, p. 221.

36 Article 68 de la Charte constitutionnelle de 1814, article 59 de la Charte de 1830, article 112 de la Constitution de 1848 et article 56 de la Constitution de 1852.

infraconstitutionnelles (« le Code civil et les lois actuellement existantes » pour les deux premières ; « les dispositions des codes, lois et règlements existants » pour les deux dernières) restent en vigueur malgré le changement de Constitution, à la condition qu'elles ne soient « pas contraire à la Constitution » et cela « jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ». L'incompatibilité est ici exprimée négativement : le principe reste le maintien du droit infraconstitutionnel antérieur tant que n'est pas constatée l'incompatibilité avec la Constitution en vigueur. L'incompatibilité peut également être mentionnée positivement, l'article 110 de la Constitution grecque de 1975 prévoyant par exemple que « toute disposition de loi ou d'acte administratif réglementaire contraire à la Constitution est abrogée dès l'entrée en vigueur de celle-ci ». Ces clauses abrogatives présentes dans les Constitutions sont pourtant exprimées de façon générale, laissant une grande latitude aux autorités d'application du droit pour déterminer le maintien ou l'exclusion des normes antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution. En l'absence de précisions apportées ultérieurement par le législateur ou le juge, elles demeurent ainsi inapplicables, laissant la transition se réaliser « au coup par coup, au gré des manifestations de volonté du législateur et des précisions éventuellement apportées par le juge sur la portée de ces clauses abrogatives³⁷ ».

Si l'on compare la réception implicite des normes infraconstitutionnelles anciennes à la réception explicite, l'absence de clause abrogative explicite n'empêche pas la réception des normes infraconstitutionnelles de s'effectuer par les autorités d'application du droit, principalement par le juge. Dans le second cas, la clause abrogative régit théoriquement le sort du droit antérieur, mais une formulation trop générale ne conduit finalement qu'à la même solution, puisqu'il sera nécessaire aux autorités d'application du droit de préciser la portée de ces clauses. Elles apparaissent ainsi presque superfétatoires, dans la mesure où la Constitution impose par sa nature qu'il soit procédé à l'exclusion de normes lui étant contraires. Finalement, dans les deux cas, l'abrogation d'une disposition contraire à la Constitution sera effectuée de manière expresse par le législateur ou le pouvoir réglementaire selon la valeur juridique de la norme concernée ou bien par le juge³⁸. Ce contrôle de compatibilité n'est alors finalement qu'un contrôle de *constitutionnalité* des normes, effectué par le juge constitutionnel ou les juges ordinaires selon les conditions prévues par la Constitution en vigueur.

Le cas est cependant différent lorsque la nouvelle Constitution prévoit un mécanisme de remise en cause rétroactif du droit antérieur. Ce n'est alors pas seulement la compatibilité des normes juridiques antérieures qui est remise en cause mais bien leur validité, dans la mesure où la Constitution antérieure sera frappée de nullité par la nouvelle Constitution. Il faut alors distinguer deux hypothèses : celle de la transition exclusive et celle de la transition réceptive³⁹. La première consiste en la substitution rétroactive du nouvel ordre juridique au précédent en privant rétroactivement de validité les normes constitutionnelles constituant le fondement de l'ordre juridique mais l'hypothèse, radicale, ne fait l'objet d'aucune application concrète. La seconde, quant à elle, consiste à

37 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 502.

38 *Idem*, p. 502.

39 E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 21.

« réceptionner en partie les normes infraconstitutionnelles antérieures, au sein d'un ordre juridique rétroactivement constitué ». La transition réceptive permet alors de garantir la sécurité juridique en préservant les normes réceptionnées de l'anéantissement et d'opérer une sélection volontaire des normes conservées, considérées comme conformes aux prescriptions de la nouvelle Constitution⁴⁰.

Cette solution a été utilisée plusieurs fois dans l'histoire, notamment par la Constitution hongroise de 1920⁴¹ et la Constitution grecque de 1945⁴². C'est également la solution qui a été choisie lors de la Libération, puisque l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental⁴³ dénie rétroactivement toute validité au régime de Vichy, son article 1^{er} disposant que « la forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister », son article 2 prévoyant la nullité de « tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française », devant être expressément constatée, quand l'article 3 constate expressément la nullité de « l'acte dit "loi constitutionnelle du 10 juillet 1940" », des « actes constitutionnels » pris sur le fondement de cette dernière (donc, le fondement de validité de tous les actes infraconstitutionnels du Régime de Vichy), ainsi que des « actes ayant institué des juridictions d'exception », « imposé le travail forcé pour le compte de l'ennemi, » ceux « relatifs aux associations dites secrètes » et, enfin, tous ceux qui « établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif ».

Ces cas de transitions réceptives sont constitutifs d'une *fiction juridique* : pour rejeter un passé conflictuel (la Constitution soviétique de 1919 pour le cas hongrois, l'occupation allemande et un régime de collaboration avec l'ennemi durant la Seconde Guerre mondiale pour les cas grecs et français), son existence juridique va être niée, ce qui est matérialisé par l'anéantissement de l'ordre juridique. Cependant, pour éviter l'anéantissement total de l'ordre juridique frappé de nullité, l'on va procéder à une reconstruction fictive du passé en rattachant certains actes juridiques de cet ordre à un auteur et/ou à une source de validité différents⁴⁴. La Constitution hongroise de 1920 va prévoir que certaines dispositions peuvent être maintenues « dans les cas où cela paraîtrait nécessaire⁴⁵ », quand la Constitution grecque de 1945 prévoit que la nullité doit être expressément prononcée ainsi qu'une ratification rétroactive d'actes « édictés en vue de la conservation ou de l'intérêt de l'État

40 *Idem*, p. 20.

41 Loi fondamentale hongroise n° 1 de 1920, paragraphe 9 : « Les dispositions de toute espèce édictée comme loi populaire, ordonnance ou sous un autre nom par les organes des soi-disant République du peuple et République des Conseils sont nulles. Sont également nulles les prescriptions et décisions de toute espèce des prétendus Conseils nationaux et de leurs organes. »

42 Acte constitutionnel n° 58 du 27 juin 1945 relatif à la liquidation des actes de législation de la période de l'occupation étrangère.

43 Ainsi que les cinq ordonnances additionnelles publiées entre le 11 octobre 1944 et le 2 novembre 1945 et celles du 4 août 1944 concernant Saint-Pierre et Miquelon, du 10 juillet 1944 concernant la Guadeloupe et la Martinique et du 15 septembre 1944 concernant les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

44 E. CARTIER, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire : du déni à la réception du passé conflictuel », *Actes du IX^e Congrès de l'AFDC*, 2014, p. 5.

45 Article 3 du paragraphe 9 de la Loi fondamentale hongroise n° 1 de 1920. Cité par E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 24.

grec⁴⁶ ». De manière similaire, l'anéantissement des actes postérieurs au 16 juin 1940 réalisé par l'ordonnance du 9 août 1944 n'est pas total. La nullité prévue par l'article 2 doit être « expressément constatée » et l'article 7 prévoit que « les actes de l'autorité de fait, se disant "gouvernement de l'État français" dont la nullité n'est pas expressément constatée dans la présente ordonnance ou dans les tableaux annexés, continueront à recevoir provisoirement application⁴⁷ ». Ces normes sont ainsi provisoirement réceptionnées par le nouvel ordre juridique et, si elles ne sont pas expressément annulées, peuvent ensuite faire l'objet d'une validation définitive et intégrer l'ordre juridique reconstitué⁴⁸.

La remise en cause rétroactive de l'ordre juridique ancien reste cependant rare. Utilisée pour dénier toute légalité et légitimité à une « autorité de fait », elle ne semble pas avoir été mise en œuvre depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les transitions constitutionnelles récentes privilégiant la solution de l'abrogation, non rétroactive⁴⁹. Faisant exception, la Constitution hongroise de 2011 avait précisé dans son Préambule la mention suivante : « nous ne reconnaissons pas la Constitution communiste de 1949, puisqu'elle fut la base d'un régime tyrannique ; par conséquent, nous la proclamons nulle et non avenue ». Cette mention fut critiquée par la Commission de Venise en raison des risques juridiques qu'elle posait mais les autorités hongroises ont indiqué à la Commission que la déclaration de nullité ne revêtait simplement qu'une valeur politique⁵⁰.

Ces méthodes de réception du droit infraconstitutionnel ancien sont donc marquées par leur hétérogénéité. Pouvant prévoir une réception implicite ou explicite, ne causer qu'un problème de compatibilité entre le droit ancien ou l'ordre nouveau ou, au contraire, pouvant remettre en cause de manière rétroactive l'existence de l'ordre juridique ancien, elles concourent cependant à une logique commune. Nous pouvons constater que la rupture avec l'ordre ancien n'est jamais pleinement

46 Articles 4 et 7 de l'Acte constitutionnel n° 58 du 27 juin 1945 relatif à la liquidation des actes de législation de la période de l'occupation étrangère, *ibid.*, p. 24.

47 De plus, l'article 8 de l'ordonnance du 9 août 1944 prévoit la validation rétroactive des « décisions des juridictions d'exception visées à l'article 3 lorsqu'elles ne relèvent pas de l'ordonnance du 6 juillet 1943 et des textes subséquents relatifs à la légitimité des actes accomplis pour la cause de la libération et à la révision des condamnations intervenues pour ces faits », malgré la nullité expresse de « tous les actes qui ont institué des juridictions d'exception » mentionnée par l'article 3. L'article 9, quant à lui, prévoit la validation rétroactive et provisoire des actes administratifs postérieurs au 16 juin 1940, comme tempérament à la nullité de « tous les actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 » prévue par l'article 2 et devant être constatée expressément.

48 E. CARTIER, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire : du déni à la réception du passé conflictuel », *op. cit.*, p. 8.

49 Les révolutions récentes, des processus engagés dans les années 1990 en Europe de l'Est jusqu'au Printemps arabe, montrent le recours à des solutions plus classiques de réception du droit infraconstitutionnel antérieur sans remise en cause rétroactive. La Constitution égyptienne de 2014, par exemple, précise à son article 224 que « les dispositions des lois et règlements antérieures à la Constitution demeurent en vigueur et ne peuvent être amendées ou annulées, que selon les règles et procédures prévues par la Constitution. ». *Idem*, p. 10.

50 La Commission de Venise avait ainsi émis la crainte que « la nullité *ex tunc* pourrait faire perdre leur base légale à toutes les normes étatiques promulguées sous l'ancienne Constitution, et les frapper elles aussi de nullité. Cette affirmation pourrait, en outre, être mise à profit pour rejeter la riche jurisprudence de la Cour constitutionnelle hongroise, elle aussi fondée sur cette constitution "nulle et non avenue", alors qu'elle a considérablement aidé la Hongrie à devenir un État démocratique attaché à la primauté du droit. Même des institutions constitutionnelles comme le Parlement perdraient leur légitimité et devraient être considérées comme privées d'existence juridique ». Commission de Venise, *Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie*, n° 621/2011, 87^e séance plénière des 17 et 18 juin 2011, 2011, p. 8.

effectuée. Même dans les cas les plus extrêmes, où l'ordre juridique antérieur fait l'objet d'un anéantissement, celui-ci ne peut rester que partiel. Il y a ainsi, sous cette pluralité des procédures, la recherche d'un but commun, qui est celui de la cohérence juridique et morale de l'ordre juridique nouveau.

B. L'homogénéité du but : la cohérence juridique et morale du nouvel ordre juridique

S'il a pu être constaté une opposition entre deux techniques utilisées pour permettre la réception des normes infraconstitutionnelles antérieures dans l'ordre juridique nouveau, distinguant entre la remise en question de la compatibilité du droit ancien et celle de sa validité, celles-ci visent néanmoins les mêmes objectifs. Le but du Souverain, lors du changement de Constitution, semble alors être celui de la cohérence juridique et morale de l'ordre juridique nouvellement institué.

Dans le cadre d'une abrogation de la Constitution précédente, le but recherché est celui de la compatibilité entre le droit infraconstitutionnel ancien et la nouvelle Constitution. Cette dernière impose par sa nature la conformité de toutes les normes de l'ordre juridique à ses prescriptions et donc, par conséquent, la compatibilité des normes qui lui sont antérieures. L'on peut alors déterminer un double sens à la notion de « cohérence juridique » : le premier sens, déjà évoqué, est celui de *compatibilité*. Il est simplement tiré de la nature de la Constitution. Étant la loi fondamentale de cet ordre juridique et ayant vocation à le régir dans son ensemble, « aucune norme ne peut exister en dehors d'elle. Il faut que toutes puissent être intégrées au sein de l'ordre juridique nouvellement créé, quelle que soit l'époque à laquelle l'une ou l'autre [norme] a été édictée⁵¹ », d'où l'exclusion ou l'incorporation des normes juridiques antérieures à la Constitution, selon leur compatibilité avec les prescriptions de cette dernière. Cette « cohérence » juridique est donc réalisée par la compatibilité de l'ensemble des normes infraconstitutionnelles aux prescriptions constitutionnelles en vigueur.

Dans un second sens, la « cohérence juridique » peut s'entendre comme la *stabilité*, c'est-à-dire la garantie de conserver une sécurité juridique malgré la transition constitutionnelle. C'est précisément le but recherché par la mention explicite, dans les Constitutions françaises du XIX^e siècle, de normes restant en vigueur malgré le changement constitutionnel. Louis XVIII exprimait par exemple, à propos du maintien du Code civil par la Charte constitutionnelle de 1814, que « nous sommes trop convaincus des maux que l'instabilité de la législation peut causer dans un État, pour songer à une révision générale des cinq codes qui étaient en vigueur dans notre royaume au moment où nous avons donné à nos peuples la charte constitutionnelle⁵² », preuve de la conception par le souverain de la nécessité d'une certaine stabilité du contenu de l'ordre juridique.

51 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 500.

52 Ordonnance du 17 juillet 1816. Cité par E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 18.

Dans le cadre de l'abrogation de la Constitution, la réception du droit infraconstitutionnel antérieur est la norme quand l'exclusion se fait par la voie de l'exception, par la mention explicite de l'abrogation de certaines dispositions dans la Constitution ou parce qu'elle est prévue implicitement. Cela ne signifie cependant pas que cette réception est automatique, puisqu'elle dépend, bien entendu, du contenu de l'ordre juridique antérieur. Comme le précise Jérôme Trémeau, « la mise à jour de la législation antérieure à la nouvelle Constitution est d'autant plus nécessaire que les innovations apportées sont grandes ou que les différences entre les deux lois constitutionnelles sont marquées. À l'inverse, la capacité de la Constitution d'intégrer les normes déjà promulguées lors de sa survenance sera renforcée si le texte auquel elle s'était substituée lui était proche par son esprit ou ses institutions⁵³ ». L'on peut ainsi évoquer la cohérence « morale » de l'ordre juridique, renvoyant à « l'idée de droit » défendue par Georges Burdeau.

Si les transitions constitutionnelles réalisées dans l'histoire constitutionnelle française ont pu globalement permettre la continuité du droit infraconstitutionnel – à l'exception notable de la parenthèse vichyste – l'on peut l'expliquer par le fait que la discontinuité constitutionnelle et la multiplicité des formes de gouvernement n'ont pas remis en cause une certaine stabilité dans les principes politiques et moraux formant la base du droit constitutionnel français, comme pouvait le noter le doyen Vedel⁵⁴. Il y a, évidemment, une dimension politique et morale dans tout ordre juridique. Hart émettait notamment l'idée de « contenu minimum du droit naturel », qu'il définit comme « la relation de “nécessité naturelle” entre l'assignation d'un certain contenu moral minimum aux règles juridiques et la réalisation du projet minimal de conservation que les hommes forcent en s'associant⁵⁵ ».

Cette cohérence juridique et morale est également présente dans le cas de l'anéantissement de la Constitution antérieure, soit dans le cas où il y a une remise en question rétroactive de l'ordre juridique par la nouvelle Constitution. Ici, le mécanisme est inversé : l'anéantissement est le principe quand la survie est l'exception, puisque les normes conservées doivent être rattachées à un nouveau fondement de validité. Dans ces hypothèses, le conflit politique et moral est profondément lié à la reconstruction de l'ordre juridique.

Pour prendre l'exemple de la transition constitutionnelle opérée lors de la Libération, la question de la légalité est liée avec celle de la légitimité. Il s'agit, d'une part, de prononcer l'anéantissement du Régime de Vichy, de ses prémisses (sont visés par l'article 2 de l'ordonnance les actes juridiques « promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 ») jusqu'à la Libération et de priver le régime de toute légitimité en qualifiant ses institutions politiques et notamment le chef

53 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 221.

54 Le doyen Vedel constatait, en observant l'élaboration des lois constitutionnelles de la III^e République, « une lente élaboration d'un consensus national minimum qu'avaient préparé depuis 1789 nos vicissitudes politiques : le suffrage universel venu des Républiques ; le régime parlementaire expérimenté par les monarchies, l'ossature administrative héritée des Empires, l'égalité juridique et le respect de la propriété à l'œuvre depuis 1789 ». G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 17.

55 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Les voies du droit, PUF, 1988, p. 42. Renvoyant à H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, 1976, p. 239.

de l'État français et son Gouvernement d'« autorité de fait⁵⁶ ». Vichy est donc « considéré comme une autorité à la fois inconstitutionnelle et illégitime⁵⁷ ». À l'inverse, la volonté de priver Vichy de sa légalité et de sa légitimité s'accompagne également de l'inscription rétroactive de la France libre dans la continuité républicaine, la République n'ayant jamais cessé d'exister « en droit⁵⁸ ». Cette inscription de la France libre dans la continuité républicaine est également matérialisée par les caractéristiques de l'anéantissement des normes juridiques vichystes : l'article 3 de l'ordonnance constate expressément la nullité des normes fondant la validité juridique du Régime de Vichy (la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 et les actes constitutionnels résultant de la délégation du pouvoir constituant au gouvernement dirigé par le Maréchal Pétain) mais également des dispositions contraires aux principes de la République, comme les discriminations fondées sur la qualité de juif.

La cohérence morale de l'ordre juridique est donc recherchée par l'anéantissement du droit antérieur. La cohérence juridique, quant à elle, est préservée dans la mesure où l'anéantissement n'est jamais total. Si la nullité de « tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit » est la norme, celle-ci doit être « expressément constatée » comme le prévoit l'article 2. Il va donc exister une survie relative de ces normes dont la nullité n'est pas constatée et qui continuent provisoirement de s'appliquer, frappés de « l'appellation infamante » d'« actes dits » lois, décrets ou arrêtés, en attendant une validation définitive par leur rattachement au nouvel ordre juridique institué⁵⁹. La cohérence juridique est ainsi maintenue dans les deux sens définis précédemment : dans le sens de la *compatibilité*, celle-ci est résolue par le fait que la survie soit théoriquement l'exception. Dans le sens de la *stabilité*, la survie relative des normes infraconstitutionnelles permet d'éviter la présence de vides juridiques causés par la transition constitutionnelle.

Le rapport entre le droit infraconstitutionnel ancien et la nouvelle Constitution est donc bien celui d'une *confrontation* entre le contenu de l'ordre juridique antérieur et les prescriptions de la nouvelle Constitution. La *résolution* surviendra ensuite, sous l'empire de la nouvelle Constitution, en étant effectuée par les autorités d'application du droit. Si le législateur ou le pouvoir réglementaire, selon la valeur juridique de la norme concernée, pourront corriger une incompatibilité en abrogeant expressément une disposition incompatible avec la nouvelle Constitution, c'est surtout au juge auquel échoit cette mission, en tant qu'« organe chargé de l'application de la Constitution nouvelle⁶⁰ ».

56 Et non de « gouvernement de fait », qui aurait pu permettre la validation *a posteriori* de ses actes. Voir E. CARTIER, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire : du déni à la réception du passé conflictuel », *op. cit.*, p. 8.

57 *Idem*, p. 8.

58 Article 1^{er} de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

59 E. CARTIER, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire : du déni à la réception du passé conflictuel », *op. cit.*, p. 8.

60 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 502.

II. Le temps de la résolution : la régulation du nouvel ordonnancement juridique par les autorités d'application du droit

Dans tous les cas évoqués, la transition constitutionnelle n'est jamais immédiate. Celle-ci s'échelonne dans le temps, sous l'empire de la nouvelle Constitution. La tâche revient alors aux autorités d'application de la nouvelle Constitution d'assurer « le passage de l'ordre ancien à l'ordre nouveau⁶¹ ». L'on entend, par ces autorités d'application, principalement le législateur et le juge. Le rôle amené à jouer par l'autorité chargée de l'application de la nouvelle Constitution dépend alors du type de transition constitutionnelle.

Dans le cas de l'anéantissement de la Constitution antérieure, c'est en principe le législateur⁶² qui sera amené à réintroduire définitivement les normes infraconstitutionnelles de l'ordre juridique antérieur, comme le prévoit par exemple l'ordonnance du 9 août 1944, par le biais d'un rattachement volontaire, provisoire et rétroactif de ceux-ci à l'ordre juridique nouveau. Néanmoins, dans le cas des normes juridiques édictées par le régime de Vichy, la validation a pu être explicite comme implicite. Si l'article 7 de l'ordonnance prévoyait que les actes de Vichy non expressément annulés par l'ordonnance ou les tableaux auxquels elle renvoie verront leur application provisoire prendre fin « au fur et à mesure de la constatation expresse de leur nullité prévue à l'article 2 », la logique du système de réception du droit édicté par l'État français a conduit à une situation dans laquelle la validation, supposée être une mesure d'exception au regard de la nullité énoncée par l'article 2 de l'ordonnance, a finalement été la règle⁶³. L'on pouvait ainsi observer, concernant les normes édictées par le Régime de Vichy, « l'absence de révision générale de la législation de l'État français », qui a eu pour conséquence de transformer « leur maintien provisoire [...] en validation implicite⁶⁴ ». Une fois la transition constitutionnelle réalisée, le rôle du juge sera alors déterminant pour réguler l'ordre juridique nouvellement institué.

Dans les cas, plus fréquents, de l'abrogation de la Constitution antérieure, la réception des normes devient le principe et leur exclusion l'exception, amenant ainsi un contrôle des normes infraconstitutionnelles avec la nouvelle Constitution, principalement opéré par les juridictions. Ce contrôle appartient au contentieux « constitutionnel », au sens large, puisqu'il amène finalement à la confrontation entre la Constitution et une norme antérieure à celle-ci. Dans les deux cas, la

61 *Idem*, p. 503.

62 C'est la solution retenue par l'ordonnance du 9 août 1944, qui ne fait pas référence au juge dans son dispositif. Cependant, les ordonnances relatives au rétablissement de la légalité républicaine dans les colonies prévoyaient que le Comité temporaire du contentieux, puis le Conseil d'État, puissent être saisis de questions relatives à la détermination des actes faisant l'objet d'une nullité ou d'une validation. E. CARTIER, « L'application contentieuse de l'ordonnance : la jurisprudence des juridictions suprêmes », Intervention au colloque « Rétablir la légalité républicaine », 27 octobre 2014, organisé par la fondation Charles de Gaulle et le Conseil d'État à l'occasion du 70^e anniversaire de l'ordonnance du 9 août 1944.

63 E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 389.

64 J.-M. SAUVÉ, « Rétablir la légalité républicaine », Introduction du colloque « Rétablir la légalité républicaine », 27 octobre 2014. Renvoyant à M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *JCP, éd. G, I*, 1944, p. 441. Paxton notait d'ailleurs qu'« en feuilletant les codes de droit criminel, civil, commercial, on trouve ici et là des articles datant du début des années 40. La Libération ne fait pas table rase ». R. PAXTON, *La France de Vichy, 1940-1944*, Le Seuil, 1997, p. 402.

régulation nécessaire de l'ordre juridique institué pose ainsi la question de l'identification du juge compétent pour l'effectuer. Concernant les lois antérieures à la Constitution, elle évoque ainsi le rôle du juge constitutionnel (A). Cependant, le rôle du juge ordinaire a pu concurrencer l'office du juge constitutionnel, voire constituer le moyen principal de régulation des conflits entre la nouvelle Constitution et le droit infraconstitutionnel antérieur à celle-ci (B).

A. Le juge constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution

La question de la compétence du juge constitutionnel de contrôler les lois antérieures à la Constitution amène plusieurs remarques. En premier lieu, cette compétence n'a pu se réaliser qu'avec la mise en place d'une « juridiction » constitutionnelle, soit un organe chargé exclusivement du contrôle de la conformité des lois à la Constitution, suivant le modèle élaboré par Kelsen⁶⁵. En second lieu, si l'on s'intéresse plus spécifiquement aux caractéristiques du contrôle devant être réalisé, le juge doit être compétent pour effectuer un contrôle *a posteriori* d'une loi antérieure à la Constitution.

L'exemple italien est alors évocateur. L'Italie, après avoir connu la dictature fasciste, avait mentionné dans la Constitution de 1947 une liste de droits fondamentaux et mis en place un contrôle de constitutionnalité des lois confié à une juridiction spécifique⁶⁶. Les constituants italiens avaient d'ailleurs explicitement indiqué vouloir « dresser des obstacles à la restauration de gouvernements tyranniques comme le gouvernement fasciste⁶⁷ ». Si le but était d'empêcher la restauration du fascisme, il restait cependant à savoir si la Cour constitutionnelle pouvait juger le fascisme antérieur. En outre, la Constitution italienne n'avait pas prévu de clause abrogative du droit antérieur, « découlant non seulement de la survivance des lois anciennes, mais du fait que les nouvelles, au lieu de se substituer, avaient intégré ou modifié des principes fondamentaux de cette dernière⁶⁸ ». La question de la compétence de la Cour constitutionnelle italienne à juger les lois antérieures à la promulgation de la Constitution était ainsi laissée ouverte.

La Cour constitutionnelle italienne a alors, dès sa première décision, résolu cette question. La sentence n° 1 du 14 juin 1956, qui concernait la conformité à la Constitution d'une loi de 1931, va énoncer le principe selon lequel « l'illégitimité constitutionnelle s'étend à l'ensemble des lois, quelle que soit leur date d'entrée en vigueur dans l'ordonnement juridique⁶⁹ ». Selon l'explication donnée par Jérôme Trémeau, la motivation de la Cour pour arriver à cette solution est la suivante : elle va d'abord s'intéresser à la distinction entre l'abrogation implicite⁷⁰ et l'illégitimité

65 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197-257.

66 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 230.

67 C. MORTATI, propos évoqués par A. PIZZORUSSO, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, p. 1.

68 V. ONIDA, « L'attuazione della costituzione fra Magistratura e corte costituzionale », in *Scritti in onore di Mortati*, vol. 4, Giuffrè, 1977, p. 510. Cité par J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 230.

69 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 231.

70 Le juge va alors constater que la loi a été implicitement abrogée parce que les dispositions nouvelles sont « radicalement contradictoires, incompatibles [...] avec les dispositions anciennes ». Le juge fait ainsi le « constat de la contradiction

mité constitutionnelle. S'ils reposent tous deux sur le conflit entre la loi et la Constitution, c'est seulement dans le cas où la loi est incompatible avec la Constitution qu'elle pourra être considérée comme abrogée. Or « la relation de congruence entre la loi et la Constitution est indépendante de la date de promulgation de l'acte législatif », donc « l'inconstitutionnalité est donc la cause déclarative de l'abrogation ». La Cour va ensuite constater que « la déclaration d'inconstitutionnalité relève bien de sa juridiction selon l'article 136, sans que ni l'article 134 de la Constitution, ni la loi constitutionnelle du 8 février 1948 ne distinguent entre lois antérieures et postérieures aux textes constitutionnels ». Il en résulte que toutes les lois pourront faire l'objet d'un renvoi à la Cour, quelle que soit leur date de promulgation⁷¹.

La Cour constitutionnelle italienne précisera les caractéristiques du contrôle sur les lois antérieures à la Constitution : seule la violation de règles de fond sera sanctionnée par le juge et non la violation de règles de forme, qui n'existaient pas au moment de l'adoption de la loi. Il s'agit donc bien d'un contrôle restreint de la conformité matérielle de la loi à la Constitution. En outre, la déclaration d'inconstitutionnalité invalide la loi à partir de la date d'édiction de la Constitution⁷². Cette décision, si elle consacre la capacité de la Cour à contrôler les lois antérieures à la Constitution, montre également qu'elle n'entend pas remettre en cause le principe de réception du droit antérieur⁷³. Suivant cette jurisprudence, la Cour a pu ainsi contrôler « la conformité du Code pénal et de procédure pénale, du texte unique de sécurité publique, du Code civil et processuel, de la législation corporatiste, et plus généralement des lois fascistes avec les principes de liberté politique, religieuse, économique et d'égalité reconnus par la Constitution⁷⁴ ».

La reconnaissance par la Cour constitutionnelle de sa compétence à être saisie des lois antérieures à la Constitution ne consacre pas, pour autant, son exclusivité à connaître de ce contentieux. La Cour de cassation italienne a notamment considéré que « s'il existe une opposition entre une telle loi et une norme constitutionnelle reconnue par le juge comme étant d'application immédiate, il y a alors abrogation », en vertu du principe *Lex posterior derogat priori* posé par le Code civil italien. Le renvoi à la Cour constitutionnelle est ainsi dépendant de la compétence du juge pour constater la caducité. Si « le conflit oppose une norme constitutionnelle dont le juge ne connaît pas l'efficacité abrogative », naît la question de constitutionnalité qui implique l'intervention de la Cour constitutionnelle⁷⁵. Dans la sentence n° 193 de 1985, la Cour constitutionnelle précisera l'articulation des compétences entre juge ordinaire et juge constitutionnel, en n'excluant pas que le juge ordinaire puisse constater l'abrogation d'une loi, tout en rappelant sa compétence concernant l'« illégitimité » constitutionnelle. Le système italien illustre ainsi un système de compétences concurrentes mais qui

insurmontable entre une règle antérieure et une règle postérieure ». La technique est notamment utilisée par le juge administratif français, qui constate l'abrogation implicite d'une loi par une Constitution postérieure. Certains auteurs la considèrent comme étant un contrôle de constitutionnalité déguisé. Voir sur ce point, B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 3^e éd, LexisNexis, 2020, p. 124-125.

71 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 231.

72 Cour constitutionnelle italienne, Sentence n° 127, 1966.

73 J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *op. cit.*, p. 232.

74 *Idem*, p. 231-232.

75 Cour de cassation italienne, décisions du 25 juillet 1956 et du 26 octobre 1957. *Idem*, p. 233-234.

apparaissent finalement comme complémentaires dans la mesure où le juge *a quo* renverra systématiquement une loi antérieure à la Constitution dont la constitutionnalité peut être contestée devant la Cour constitutionnelle⁷⁶.

En France, la compétence du juge constitutionnel pour connaître la constitutionnalité d'une loi antérieure à la Constitution n'a pu se préciser qu'avec l'instauration du Conseil constitutionnel en 1958 et, plus encore, par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, même si le Conseil pouvait éventuellement connaître d'une loi antérieure à 1958 par l'application de sa jurisprudence néo-calédonienne⁷⁷. Concernant la question prioritaire de constitutionnalité, celle-ci n'est pas limitée au contrôle des dispositions législatives promulguées postérieurement à la Constitution. Il est d'ailleurs à noter que le projet initial de loi constitutionnelle visait à restreindre la QPC aux dispositions législatives postérieures à la Constitution⁷⁸ mais la disposition fut amendée par l'Assemblée nationale en première lecture. Il paraissait ainsi illogique « d'exclure du champ du contrôle de constitutionnalité les lois qui présentaient le plus grand risque d'être entachées d'inconstitutionnalité » et, au sein d'une même loi constitutionnelle, « de dissocier les dispositions antérieures à la Constitution des dispositions modifiées postérieurement à la Constitution », puisque la version initiale du projet de loi constitutionnelle ne fermait pas la porte d'un contrôle d'une loi par rapport à une disposition constitutionnelle résultant d'une révision constitutionnelle postérieure⁷⁹.

Le cas s'est présenté à plusieurs reprises, rapidement après l'entrée en vigueur de la QPC⁸⁰ : le Conseil s'est alors prononcé, par exemple, sur la conformité à la Constitution des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante⁸¹ ; sur le décret du 19 juillet 1793 relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs (l'exemple est d'autant plus notable que la QPC portait sur la disposition telle qu'interprétée « par l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 27 mai 1842⁸² ») ou encore

76 *Idem*, p. 234.

77 CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10 : « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». L'application de la jurisprudence néo-calédonienne à une disposition législative antérieure à 1958 s'est notamment manifestée dans la décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, l'article 25 de la loi examinée limitant le champ d'application de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Le Conseil avait alors contrôlé l'article 21 de l'ordonnance, le déclarant conforme au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe de dignité de la personne humaine. V. CC, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 10-11.

78 Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, article 26 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, dans les conditions et sous les réserves fixées par une loi organique. »

79 G. ÉVEILLARD, « Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi », *RFDA*, 2011, p. 353.

80 CC, décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

81 CC, décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018, *M^{me} Murielle B.*

82 CC, décision n° 2014-430 QPC du 21 novembre 2014, *M^{me} Barbara D. et autres*.

sur des dispositions de la loi du 10 août 1927 sur la nationalité⁸³. Notamment, cette dernière décision portait sur l'application des articles 1^o et 3^o de l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1927 sur la nationalité, abrogés par l'ordonnance du 19 octobre 1945 mais qui demeuraient opposables aux enfants nés entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924 et à leurs descendants. Dans cette QPC, soulevée par un requérant dont l'arrière-grand-père s'était vu appliquer le régime prévu par la loi de 1927, le Conseil constitutionnel était confronté à une disposition législative abrogée, antérieure à la Constitution de 1958, mais continuant à produire des effets. Il avait alors censuré la disposition législative mais limité l'effet utile de l'abrogation à une rétroactivité restreinte, ne réservant le bénéfice de l'inconstitutionnalité qu'aux « seules personnes nées à l'étranger d'une mère française entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924 à qui la nationalité française n'a pas été transmise du fait de ces dispositions. » ainsi que « leurs descendants », sur la base des « instances introduites à la date de publication de la présente décision et non jugées définitivement à cette date⁸⁴ ».

La perspective ouverte par la QPC d'un contrôle de constitutionnalité portant sur les dispositions législatives antérieures à 1958 suscite plusieurs séries de remarques. Premièrement, l'on peut s'interroger sur les caractéristiques du contrôle effectué sur ces normes : si le Conseil ne contrôle que la conformité des dispositions législatives « aux droits et libertés que la Constitution garantit⁸⁵ » en QPC, ce qui exclut donc le volet procédural de la Constitution de 1958, il est cependant possible d'invoquer un grief tiré de l'incompétence négative du législateur « dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit⁸⁶ ». Le Conseil, assez logiquement, considère qu'il n'est pas possible d'invoquer l'incompétence négative à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution de 1958 dans le cadre du contrôle *a posteriori*⁸⁷, ce qui l'aurait conduit à contrôler les compétences du législateur d'un régime politique antérieur. Le contrôle de constitutionnalité des dispositions antérieures à 1958 semble donc, comme pour la Cour constitutionnelle italienne, être réduit au contrôle de la conformité matérielle, sans pour autant noter une différence particulière concernant le contrôle sur le fond des dispositions antérieures à 1958, son intensité dépendant du droit ou de la liberté en cause⁸⁸. L'on peut cependant s'interroger, concernant la QPC, sur l'effectivité de ce contrôle, privé de l'examen de l'exigence de protection par le législateur d'un droit ou d'une liberté⁸⁹.

En second lieu, la procédure de la QPC amène également à s'intéresser au renvoi de la question au Conseil constitutionnel, donc l'analyse par les juges du filtre des conditions posées par l'article 61-1 de la Constitution – notamment le fait que la QPC doive porter sur une « disposition législative » – et les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Le Conseil d'État a alors été amené

83 CC, décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018, *M. Jaime Rodrigo F.*

84 E. CARTIER, « Retour vers le futur », *Titre VII*, n° 2, 2019. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

85 Article 61-1 de la Constitution.

86 CC, décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark.*

87 CC, décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz.*

88 Sur les caractères du contrôle de proportionnalité : V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

89 Voir en ce sens, P. RRAPI, « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, 2012. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

à préciser le filtrage opéré dans le cadre d'une QPC portant sur des normes antérieures à 1958 : il a notamment considéré qu'une QPC ne pouvait pas porter sur une disposition de nature législative antérieure à 1958 si ses effets sur la situation en litige ont été définitivement produits avant l'entrée en vigueur de la Constitution⁹⁰.

Concernant le caractère législatif de la norme juridique contestée, la juridiction administrative a également expressément écarté du champ de la QPC les lois antérieures à 1958 modifiées sur le fondement de l'article 37 al 2, dans la mesure où celles-ci revêtent un caractère réglementaire⁹¹. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé l'articulation entre le recours pour excès de pouvoir portant sur le refus du Premier ministre de faire droit à une demande de modification par décret d'un texte de forme législative⁹² et sa compétence de juge du filtre : dans une telle situation, où le recours pour excès de pouvoir est combiné avec une QPC portant sur la même disposition, le Conseil d'État estime qu'il peut rejeter la requête sans examiner la QPC⁹³. La logique est ainsi semblable à d'autres arrêts où, « lorsque le rejet du recours ne fait aucun doute, sans impliquer son examen au fond, le juge peut statuer sans se prononcer sur la requête soulevée devant lui ». Le Conseil d'État évite ainsi de transformer la contestation des refus de délégalisation en voie d'entrée pour de potentielles QPC et donc de « dévoyer l'objet du recours contre les refus de procéder à la délégalisation d'un texte de forme législative, qui conduit à s'interroger principalement sur des questions de répartition des compétences entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif ou d'exercice par le Premier ministre de son pouvoir réglementaire » en faisant de celui-ci le « porteur d'un débat de fond sur la constitutionnalité de la disposition⁹⁴ ».

Enfin, concernant les cas d'anéantissement de l'ordre juridique, si la réception des normes issues du Régime de Vichy est une question théoriquement résolue par l'ordonnance du 9 août 1944 (qui distingue entre actes expressément annulés et actes provisoirement validés dont la nullité doit être expressément constatée), la pratique montre une grande disparité de solutions. Ainsi, certaines normes connaîtront une validation provisoire qui, en l'absence de disposition expresse, se transformera en validation tacite. D'autres, quant à elles, seront validées ou abrogées en partie, voire réintroduites postérieurement dans l'ordre juridique malgré leur annulation expresse⁹⁵. Concernant la QPC, se pose ainsi la question de la recevabilité d'une disposition législative issue du Régime de Vichy n'ayant jamais fait l'objet d'une validation expresse. La question semble être assez facilement résolue, dans la mesure où ni le Conseil d'État, ni le Conseil constitutionnel ne font la différence entre les dispositions législatives validées explicitement et implicitement. Le Conseil d'État n'établit pas de différence entre les « actes dits » loi et les lois validées expressément dans son filtrage⁹⁶, suivant

90 CE, 4 mai 2016, *M^{me} D.A et autres*, n° 395466.

91 CE, 1^{er} juillet 2011, n° 348413.

92 CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, n° 164789.

93 CE, 28 septembre 2010, *Société World Actu Magazines Ltd*, n° 441171.

94 G. ODINET, C. BARROIS DE SARIGNY, « Le contentieux du refus de délégalisation n'est pas un bon prétexte à QPC », *Gazette du Palais*, n° 39, 2020, p. 30.

95 D. LOCHAK, « Conclusions : L'œuvre législative de Vichy, d'hier à aujourd'hui », in *L'œuvre législative de Vichy, d'hier à aujourd'hui. Ruptures et continuités*, Dalloz, 2017, p. 279.

96 Voir par exemple, CE, 8 octobre 2012, n° 360928.

sa jurisprudence de principe en la matière⁹⁷. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, saisi d'une loi vichyste non validée expressément, se contente de contrôler sa conformité à la Constitution. Son commentaire de la décision *Alain L.*, portant sur la loi du 23 juin 1941, se borne par exemple à constater que la loi « a été maintenue en vigueur en 1944, aucun texte n'étant venu constater de façon expresse sa nullité en application du deuxième alinéa de l'article 2 de l'ordonnance du 9 août 1944 », en soulignant l'application de la disposition par le Conseil d'État⁹⁸, ce qui montre le rôle qu'est amené à jouer le juge administratif dans la réintroduction dans l'ordre juridique des dispositions issues du Régime de Vichy.

Ces exemples montrent que le juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution, semble limiter son office au contrôle de la constitutionnalité matérielle de celles-ci. Ils illustrent également que, par le fonctionnement des procédures, le juge constitutionnel est confronté aux juges ordinaires. Pour ces derniers, leurs compétences vont également concerner un contentieux « constitutionnel », au sens large, qui sera celui des normes infralégislatives mais également celui de la loi par l'utilisation de l'abrogation implicite, ce qui amène à s'interroger sur la concurrence possible avec l'office du juge constitutionnel.

B. Le juge ordinaire, juge du contentieux « constitutionnel » dans les rapports entre la Constitution et les normes antérieures

Dans les systèmes juridiques où le contrôle de constitutionnalité de la loi est assuré par une juridiction spécifique, la compétence du juge ordinaire ne lui permet pas de contrôler la constitutionnalité de la loi. Si la compétence du juge administratif est reconnue concernant le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires, sous réserve de l'application de la théorie de la loi-écran, se pose la question de l'application dans un litige d'une loi incompatible avec la Constitution en vigueur.

Pour résoudre, dans l'office du juge ordinaire, les problèmes de compatibilité que peut poser une loi antérieure à la Constitution, c'est ainsi la technique de l'« abrogation implicite » qui sera utilisée. Celle-ci peut se définir comme « l'intervention d'un texte qui, sans faire aucune allusion aux textes qu'il abroge, se borne à édicter une règle de droit qui se révèle inconciliable avec les dispositions en vigueur ». Les normes antérieures sont donc abrogées par l'application du principe *Lex posterior derogat priori*, selon lequel une norme « peut disparaître à la suite de l'intervention d'une norme de niveau au moins égal dans la hiérarchie des normes, qui la modifie ou l'abroge et pourvu que l'auteur l'ait voulu explicitement ou implicitement⁹⁹ ». Une loi antérieure à la Constitution pourra donc être abrogée en raison du fait qu'elle est inconciliable avec cette dernière, que la Constitution prévoie des clauses abrogatives ou non, en se fondant « sur la volonté, révélée ou supposée, de la

97 CE, 3 janvier 1945, *Vincent*.

98 Commentaire de la décision du CC, n° 2014-426 QPC du 14 novembre 2014, *Alain L.* Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

99 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 507.

part de l'auteur de la norme nouvelle de mettre fin aux effets de la norme ancienne¹⁰⁰ ». C'est donc d'abord de la contradiction entre la loi antérieure et la nouvelle Constitution que naît l'abrogation implicite, qui est ensuite justifiée par « l'intention présumée du constituant d'abroger les dispositions anciennes jugées inconciliables »¹⁰¹.

Cette technique est notamment utilisée par le Conseil d'État, qui avait précisé, dès un avis de 1799, que « c'est un principe éternel qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente ou toute disposition de la loi précédente contraire à son texte ; principe applicable, à plus forte raison, à la constitution, qui est la loi fondamentale de l'État¹⁰² ». La Cour de cassation, quant à elle, avait accepté de se fonder sur les clauses abrogatives générales des Chartes de 1814 et 1830 pour pratiquer l'abrogation implicite¹⁰³ mais a finalement refusé d'utiliser cette technique, exprimant clairement dans sa jurisprudence qu'il « n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'inconstitutionnalité des lois quelle que soit la date de leur promulgation¹⁰⁴ ». L'utilisation de l'abrogation implicite par les juges ordinaires semble être néanmoins répandue en Europe ; il a pu être constaté qu'elle était utilisée en Italie, auquel on peut ajouter les exemples allemand et espagnol¹⁰⁵.

L'abrogation implicite apparaît ainsi comme une forme détournée de contrôle de constitutionnalité de la loi antérieure à la Constitution, permettant au juge de contourner l'écran législatif. Elle est pourtant justifiée, par le Conseil d'État lui-même, comme étant d'une nature différente de celle du contrôle de constitutionnalité : « s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle¹⁰⁶ ». La justification de la différence entre abrogation implicite et contrôle de constitutionnalité semble donc être le critère chronologique, puisque là où le juge ordinaire se refuse à contrôler la conformité de la loi postérieure à la Constitution, il admettra l'utilisation du mécanisme de l'abrogation implicite pour les lois antérieures à celle-ci, qui se conclut également par « la suppression de la norme incompatible avec la norme postérieure¹⁰⁷ ». Également, l'intensité du contrôle semble réduite à la compatibilité entre la loi antérieure et la Constitution¹⁰⁸.

100 *Idem*, p. 508.

101 C.-E. SENAC, « Le "constat" juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, n° 4, 2008, p. 7.

102 CE, Avis, 4 nivôse an VIII. Cité par S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 507.

103 Voir, sur ce point, J.-L. MESTRE, « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques », in *La Cour de Cassation et la Constitution de la République, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994 organisé par la Cour de Cassation et le GERJC*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 35-67.

104 Cass, Crim., 18 novembre 1985. Cité par C.-E. SENAC, « Le "constat" juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *op. cit.*, p. 8.

105 C.-E. SENAC, « Le "constat" juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *op. cit.*, p. 8.

106 CE, Assemblée, 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, n° 259584. *Idem*, p. 8.

107 C.-E. SENAC, « Le "constat" juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *op. cit.*, p. 8.

108 S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *op. cit.*, p. 510.

La différence reste néanmoins tenue, *a fortiori* lorsque l'abrogation implicite n'est pas limitée au changement de Constitution mais est également utilisée concernant les révisions constitutionnelles. « Traditionnellement associée à l'idée selon laquelle c'est le passage d'un ordre juridique à un autre qui autorise le juge à constater l'abrogation implicite des lois anciennes¹⁰⁹ », elle fut pourtant utilisée pour abroger les dispositions issues de la loi du 13 juillet 1992 au regard de leur incompatibilité avec la Charte de l'environnement, inscrite au Préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Le Conseil d'État avait alors déclaré que « l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a implicitement mais nécessairement eu pour effet de les abroger¹¹⁰ », ouvrant ainsi le champ de l'abrogation implicite à toute loi antérieure à une révision constitutionnelle.

L'on peut ainsi s'interroger sur la concurrence possible entre l'abrogation implicite et la QPC mais il conviendrait plutôt d'évoquer une logique de complémentarité, dans la mesure où le Conseil d'État a immédiatement accepté de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur une disposition législative antérieure à la Constitution de 1958¹¹¹. De plus, abrogation implicite et QPC n'ont pas le même champ d'application : l'abrogation implicite se limite certes aux lois antérieures aux dispositions constitutionnelles mais elle permet l'abrogation d'une disposition litigieuse au regard de toute norme constitutionnelle, y compris celles intéressant la répartition des compétences¹¹². La QPC, quant à elle, permet de vérifier la conformité de toute disposition législative, antérieure ou postérieure à une norme constitutionnelle, mais seulement au regard des droits et libertés garantis par la Constitution¹¹³. L'abrogation implicite apparaît ainsi comme un moyen, pour le juge ordinaire, de participer à la cohérence de l'ordre juridique, en épurant celui-ci des dispositions incompatibles avec la Constitution.

La juridiction administrative a pu être également amenée à préciser – voire à restreindre – les effets de l'anéantissement d'une Constitution. Concernant la réception des actes de Vichy non expressément validés, survivant partiellement à l'anéantissement de l'ordre juridique vichyste, l'on peut alors constater que la périphrase « acte dit » n'a qu'une influence symbolique : ces « actes dits », demeurent régis « par les actes constitutionnels de l'État français, c'est-à-dire par des actes censés ne jamais avoir existé » et continuent à bénéficier de la place dans la hiérarchie des normes que l'ordre juridique de l'État français leur attribuait¹¹⁴. La valeur juridique de ces actes fut alors confirmée par le Conseil d'État, dans l'arrêt *Vincent*, refusant de contrôler un acte dit « loi » dans le cadre du recours pour excès de pouvoir en raison de son caractère législatif¹¹⁵.

109 C.-E. SENAC, « Le “constat” juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *op. cit.*, p. 10.

110 CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, n° 305314.

111 CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 322419.

112 Voir par exemple, CE, 12 février 1960, *Société Eky*, où le Conseil d'État procède à l'abrogation implicite de l'article 4 du Code pénal, issu de la loi du 12 février 1810, celui-ci étant incompatible avec les dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution, dans la mesure où il prévoyait que les contraventions ne pouvaient pas être punies de peines qui ne soient pas prévues par une loi.

113 O. LE BOT, « L'abrogation implicite d'une loi par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 », *Constitutions*, 2010, p. 117.

114 E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 388-389.

115 CE, 3 janvier 1945, *Vincent*. *Idem*, p. 389.

Le Conseil d'État va être ainsi amené, par le biais du contrôle de légalité, à « restructurer » l'ordre juridique en prenant en compte les actes édictés par l'État français qui n'ont pas fait l'objet d'une annulation expresse. De la même manière, les actes subséquents d'actes dits « lois » faisant l'objet d'une validation provisoire, définitive ou d'une abrogation ménageant leurs effets passés vont être réceptionnés comme étant des actes administratifs, non pas « inexistantes mais annulables », susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹¹⁶. La réception de ce droit vichyste a cependant pu faire l'objet d'un « réajustement matériel », où la juridiction administrative va notamment utiliser les principes généraux du droit afin de diminuer la portée effective d'un acte de Vichy n'ayant pas fait l'objet d'une annulation expresse : c'est notamment la solution adoptée par l'arrêt *Dame Lamotte*, dans lequel le Conseil d'État va aller contre la lettre du texte qui prévoyait que l'octroi de la concession prévu par la loi du 17 août 1940 était insusceptible de recours, en estimant qu'il existait un principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir¹¹⁷. Confronté aux limites de son office de juge de la légalité et à l'ambivalence du régime posé par l'ordonnance du 9 août 1944, le Conseil d'État a donc joué un rôle essentiel dans la structuration de l'ordre juridique, ainsi que dans la conciliation entre la légalité républicaine et la réception des actes issus de l'État français.

La remise en question de l'anéantissement juridique est cependant notable concernant la responsabilité de l'État pour des faits commis par les autorités de Vichy. Après avoir admis dans un premier temps la responsabilité de l'État¹¹⁸, le Conseil d'État avait conclu dans ses arrêts *Époux Giraud*¹¹⁹ et *Demoiselle Remise*¹²⁰ que le régime juridique posé par l'ordonnance du 9 août 1944 aboutissait à l'irresponsabilité de l'État, « du fait d'agissements pris sur la base de textes dont la nullité avait été constatée après la Libération¹²¹ ». L'arrêt *Papon* du 12 avril 2002¹²² consacre alors un revirement de jurisprudence, en caractérisant l'existence d'une faute de service engageant la responsabilité de l'État du fait d'actes commis sous l'Occupation. Rappelant, dans un premier temps, les actes et agissements des autorités françaises qui ne résultaient pas directement d'une contrainte de l'occupant et qui ont permis ou facilité les opérations qui ont été le prélude à la déportation puis citant ensuite l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944, le Conseil d'État a considéré que « la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant “gouvernement de l'État français” qui “établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif” [...] ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ». Pour le juge administratif, « tout au contraire, les dispositions précitées de l'ordonnance ont, en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif ».

116 CE, 7 juin 1946, *Giry*. *Idem*, p. 400.

117 CE, 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*. *Idem*, p. 411.

118 CE, 30 janvier 1948, *Toprower* ; 2 février 1950, *Dame Duez*.

119 CE, Assemblée, 4 janvier 1952, *Époux Giraud*.

120 CE, 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise*.

121 F. MELLERAY, « Chronique », *AJDA*, 2002, p. 837.

122 CE, Assemblée, 12 avril 2002, *Papon*, n° 238689.

La motivation lie donc la nullité avec l'illégalité des actes juridiques, puisqu'elle est perçue comme un indice de grave illégalité des actes. Pourtant, « l'ordonnance de 1944 entend renvoyer au néant les actes qui, en raison de la gravité des vices qui les entachent, ne peuvent pas être compatibles avec la législation républicaine », refusant par principe « d'opérer un lien entre la nullité absolue et l'illégalité manifeste ». Le Conseil d'État adopte ainsi, pour pouvoir mettre en cause la responsabilité de l'État républicain sur le fondement d'actes commis par le Régime de Vichy, une lecture *contra legem* de l'ordonnance de 1944¹²³. Il ne fait ici que suivre un changement de conception politique du lien entre Vichy et la République, amorcé par le Président Chirac lors de son discours du Vélodrome d'Hiver de 1995, rompant alors avec le refus, du Général de Gaulle jusqu'à François Mitterrand, de considérer que la République avait une responsabilité dans les actes du Régime de Vichy. Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Papon*, adopte ainsi une position contraire au texte de l'ordonnance du 9 août 1944 et souligne une continuité de l'État qui remet en cause l'anéantissement de l'ordre juridique vichyste¹²⁴. Cette position sera ensuite confirmée par l'avis contentieux *Hoffman* du 16 février 2009¹²⁵ dans lequel le Conseil d'État, devant se prononcer sur la responsabilité de l'État concernant la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites durant la Seconde Guerre mondiale, réaffirmera le raisonnement élaboré dans l'arrêt *Papon*¹²⁶.

Cette reconnaissance politique, puis juridique, de la responsabilité de l'État républicain dans les actes commis par le Régime de Vichy fait alors naître une double conception : il y a, d'une part, l'acceptation de la responsabilité de la France, « patrie des Lumières et des Droits de l'Homme, terre d'accueil et d'asile » qui, « ce jour-là, accomplissait l'irréparable ». Il y a, de l'autre, « une certaine idée de la France, droite, généreuse, fidèle à ses traditions, à son génie », qui « n'a jamais été à Vichy » mais était présente « dans les sables libyens et partout où se battent des Français libres », « à Londres, incarnée par le Général de Gaulle¹²⁷ ». Ce paradoxe entre la reconnaissance de l'imputation à l'État républicain d'actes commis par le Régime de Vichy et le maintien d'une continuité républicaine matérialisée par la France libre s'est ainsi illustré concernant le statut des archives du

123 P. BLACHER, « Les interprétations de l'ordonnance du 9 août 1944 », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 397.

124 Voir en ce sens, M. VERPEAUX, « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 513-526.

125 CE, Avis, 16 février 2009, *Hoffman-Gleman*, n° 315499.

126 Le Conseil d'État interprète ainsi la nullité tirée de l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 comme « n'ayant pas pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par les autorités et services de l'État dans l'application de ces actes » mais sanctionnant « l'illégalité manifeste de ces actes », qui, en « méconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils sont consacrés par le droit public français », ont établi ou appliqué une telle discrimination à l'encontre des juifs et donc, « nécessairement admis que les agissements d'une exceptionnelle gravité auxquels ces actes ont donné lieu avaient le caractère d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État ». Cette référence aux droits fondamentaux liés au régime républicain est ensuite réaffirmée par le Conseil d'État, puisqu'il précise également que ces persécutions antisémites, « en rupture absolue avec les valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine », ont provoqué des « dommages exceptionnels et d'une gravité extrême ».

127 J. CHIRAC, Discours du Vélodrome d'Hiver, 16 juillet 1995. Cette assimilation de Vichy à la France fut depuis reprise par tous les présidents de la République ayant succédé à Jacques Chirac, jusqu'à Emmanuel Macron qui déclarait que « Vichy ce n'était certes pas tous les Français [...] mais c'était le gouvernement et l'administration de la France », qui put « compter sur les ressources vives du pays pour mener sa politique de collaboration ». Séparer Vichy et la France, voir Vichy comme « une parenthèse en 1940 ouverte et refermée en 1945 » apparaît ainsi comme un mensonge, « commode », mais faux, pour le président Macron. Voir E. MACRON, Déclaration du 16 juillet 2017 en hommage aux victimes de la Rafle du Vel d'Hiv, cité par F. MELLERAY, « Où était l'État français entre 1940 et 1944 ? », *RFDA*, 2018, p. 770 et s.

Général de Gaulle de la période 1940-1942. Le Conseil d'État avait admis le caractère d'archives publiques de ces documents, « procédant de l'activité de l'État », en se fondant sur les articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance du 9 août 1944. Déclarant que « la France libre et la France combattante et, par la suite, le Comité français de la libération nationale et le Gouvernement provisoire de la République française, ont été, à compter du 16 juin 1940, dépositaires de la souveraineté nationale et ont assuré la continuité de la République¹²⁸ », il avait également pris le soin de préciser que cette solution ne remettait pas en cause la responsabilité de l'État concernant les agissements de « l'autorité de fait » vichyste ainsi que le caractère d'archives publiques des documents procédant de son activité politique et administrative^{129 130}.

La fiction de la continuité républicaine permise par la France libre est ainsi maintenue mais, dans le même temps, celle de la nullité du Régime de Vichy a été atténuée. Les guillemets sont cependant conservés, le Conseil d'État évoquant toujours « l'autorité de fait » vichyste. Vichy n'est donc pas l'« État »¹³¹ mais apparaît comme une autorité administrative et politique concurrente à celle de la République, « se réclamant de l'État mais n'agissant pas en son nom » dont les documents résultant de son activité ne pourraient être regardés comme des archives publiques que par « un raisonnement qui ne pourra être que d'assimilation¹³² ». Pour se prononcer sur la qualification de documents du Maréchal Pétain comme archives publiques, la Cour de cassation, quant à elle, n'avait pas fait référence à l'ordonnance du 9 août 1944 ou au caractère d'« autorité de fait » du gouvernement de l'État français mais simplement considéré que « le caractère public d'une archive de l'État est déterminé par le constat qu'elle procède de l'activité de celui-ci dans sa mission de service public¹³³ ».

Ces derniers éléments illustrent la survivance du passé malgré l'anéantissement et, finalement, la continuité du droit et de l'État. Lorsque la Constitution est tournée vers l'avenir, la solution est l'intégration de l'ordre juridique ancien et la régulation progressive de l'ordre juridique nouveau. Lorsqu'elle est tournée vers le passé, l'anéantissement ne peut jamais être total, ne serait-ce que pour garantir la cohérence et la sécurité juridique de l'ordre juridique nouveau. Assurée par les autorités d'application du droit, la réception par un ordre juridique des normes antérieures à celui-ci démontre ainsi une exigence de cohérence et de continuité s'opposant à la discontinuité constitutionnelle.

128 CE, Ass, 13 avril 2018, *Association du Musée des lettres et manuscrits, société Aristophil*, n° 410939.

129 Voir E. CARTIER, « The Art of Using Legal Fiction as a Legal Revolution Solution: the Case of Vichy », in *Revolution, Transition, Memory and Oblivion. Reflections on Constitutional Change*, Edward Elgar Publishing [EE], 2020, p. 126-143. *Spec.*, p. 140-143.

130 Voir également E. CARTIER, « *Ubi Fabula, Ibi Jus* », in *La V^e République. Mélanges en l'honneur de Didier Maus*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2023, p. 217-226.

131 Sur ce point, le rapporteur public Édouard Crépey évoque « l'impasse théorique » que serait « l'existence simultanée de deux États pour le même peuple ». Le caractère étatique des institutions de Vichy semble donc être écarté par le Conseil d'État, même si l'avis contentieux *Hoffman* affirmait « le rôle joué par l'État » dans les déportations. E. CREPEY, « Les manuscrits du général de Gaulle à Londres : des archives d'État », Conclusions sur CE, Ass, 13 avril 2018, *Association du Musée des lettres et manuscrits, société Aristophil*, n° 410939, *AJDA*, 2018, p. 820 et s ; CE, Avis, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*, n° 315499. Cité par F. MELLERAY, « Où était l'État français entre 1940 et 1944 ? », *op. cit.*, p. 770 et s. Voir également, sur l'assimilation de la France libre à un État par le Conseil d'État, O. BEAUD, « Retour sur la question des télégrammes du général de Gaulle », *Recueil Dalloz*, n° 43, 2018, p. 2373.

132 E. CREPEY, « Les manuscrits du général de Gaulle à Londres : des archives d'État », *op. cit.*, p. 820.

133 Cass, Civ. 1^{re}, 22 février 2017, *Société Librairie Jean-Claude Vrain*, n° 16-12.922.

La table rase n'est jamais pleinement recherchée et encore moins concrétisée. L'exemple de Vichy est alors évocateur : régime « nul et non avenue » selon le Général de Gaulle, privé de toute légalité par une ordonnance pour laquelle la République n'a jamais cessé d'exister « en droit », la fiction juridique se heurte à l'histoire et à l'évolution des conceptions.

DE L'USAGE DE LA MÉMOIRE COLLECTIVE AU SEIN DES CONSTITUTIONS DE TRANSITION *

Claire PARJOUET¹

« J'écris ce "Devoir de mémoire" parce qu'au Congo-Brazzaville, il y a aujourd'hui une interrogation morale et civique profonde. [...] J'écris ce "Devoir de mémoire" pour que l'avenir soit fondé sur la vérité et la justice. [...] J'écris ce "Devoir de mémoire" parce que le Congo-Brazzaville est aujourd'hui dans une phase où chaque citoyen, chaque cadre, chaque intellectuel, chaque responsable politique, est de fait responsable des actes qu'il pose, pour justifier des centaines de milliers de Congolais meurent par l'égoïsme des Congolais. J'écris ce "Devoir de mémoire" pour rendre justice aux régions et aux personnes dont la mémoire est salie². »

Au Congo-Brazzaville, comme au sein de nombreuses sociétés marquées par la violence, la construction d'une mémoire collective apaisée est un véritable enjeu. Plus spécifiquement dans le cas d'une transition démocratique, cette construction répond aux besoins de stabilisation et de réconciliation suite aux crimes commis.

En effet, le plus souvent, le processus de démocratisation est initié par l'essoufflement d'un régime autoritaire et/ou par la résolution d'un conflit armé. Il a pour ambition « l'installation d'une forme de démocratie³ » et suppose, dans certains cas, la tenue d'une transition constitutionnelle. Cette dernière vise « la réalisation d'un objectif donné, à savoir la construction d'une autre organisation étatique⁴ », soit l'adoption d'une nouvelle constitution⁵. L'ampleur des transformations

* Cet article a été rédigé sous le parrainage de Fabrice Hourquebie, Professeur des universités.

1 Doctorante, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

2 C. BANIAFOUNA, *Devoir de mémoire. Congo Brazzaville (15 octobre 1977-31 décembre 1999)*, Paris, L'Harmattan, « Congo Démocratie », vol. 4, 2001, spé. p. 17-18.

3 G. O'DONNELL, P.C. SCHMITTER, *Transitions from authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press, 1993, spé. p. 6.

4 J.-P. MASSIAS, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », cité dans V. CHIU, « Le concept de "transition constitutionnelle" dans la pensée de Giuseppe de Vergottini », *IX^e Congrès français de droit constitutionnel*, Lyon, 26-28 juin 2014, spé. p. 6.

5 Schématiquement, il est possible de scinder la transition constitutionnelle en deux phases. Dans un premier temps, ce processus, lorsqu'il est révolutionnaire, suppose une phase déconstituante qui aboutit à l'abrogation de la norme fondamentale antérieure. Dans un second temps, la phase reconstituante a pour dessein l'élaboration d'une nouvelle constitution qualifiable de démocratique.

nécessaires à la réalisation de ces deux objectifs n'est pas sans conséquences sur le quotidien des sociétés concernées ; c'est donc en partie afin de réguler les multiples déstabilisations qu'elles entraînent que les transitions démocratiques et constitutionnelles sont de plus en plus fréquemment structurées par une constitution de transition.

À la différence de la constitution définitive, issue de la transition et élaborée pour structurer le système institutionnel pour une durée future indéterminée, la constitution de transition est par nature temporaire, destinée à agencer le moment transitionnel. Pour y parvenir, elle comprend trois catégories de dispositions. Tout d'abord, les dispositions constitutives ont pour objet de régir le fonctionnement institutionnel durant la période de transition. S'ajoutent ensuite les dispositions déconstituantes, qui confirment l'abrogation de l'ancienne constitution. Enfin les dispositions constituantes définissent la procédure d'élaboration de la future constitution. Ces trois types de dispositions composent l'objet caractéristique des constitutions de transition, et permettent leur identification⁶. Ainsi, la constitution de transition peut être appréhendée comme la première pierre du futur régime, comme un premier pas vers l'objectif de la démocratie. Les choix opérés par le pouvoir constituant de transition ne sont pas sans conséquences : ils peuvent permettre simultanément de solder les comptes du passé, gérer les difficultés présentes et construire le régime démocratique à venir. C'est dans cette triple perspective que l'usage de la mémoire collective semble pertinent.

Par définition, la mémoire collective « [englobe] les représentations du passé partagées par l'ensemble des membres d'un groupe social » et « se présente comme un ciment indispensable, qui assure la cohésion du groupe, fonde son identité et assure sa continuité dans le temps⁷ ». Subjective, 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 donner⁸ ».

Lorsqu'elle est réalisée dans le cadre d'une transition démocratique cette construction mémorielle doit idéalement soutenir le processus en cours, et notamment favoriser la réconciliation, entendue comme le « processus par lequel une société passe d'un passé divisé à un avenir partagé⁹ ». À l'inverse des situations où l'amnésie est préférée, il s'agit alors de permettre une cohabitation des anciens ennemis sans pour autant oublier le passé, de favoriser le vivre ensemble grâce à la constitution d'une mémoire collective apaisée¹⁰. L'imaginaire collectif et les symboles sont pleinement employés dans ce processus de construction mémorielle, tout comme les normes juridiques et plus particulièrement les constitutions de transition. En ce sens, au sein de ces textes constitutionnels atypiques, comme pour toute constitution, l'omniprésence de la

6 Ces critères de définition de la Constitution de transition découlent de ceux définis par Nicoletta Perlo pour catégoriser les Constitutions provisoires. Voir N. PERLO, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *IX^e Congrès de Droit Constitutionnel*, 26-28 juin 2014, Lyon, [en ligne].

7 J. CHEVALLIER, « Droit et mémoire », in *Lex Electronica*, 2010, p. 640-658, spé. p. 641.

8 *Ibid.*, spé. p. 642.

9 P. HAZAN, « Réconciliation », in V. CHETAIL (dir.), *Lexique de la consolidation de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 337-364, spé. p. 337.

10 *Ibid.*, spé. p. 337.

mémoire favorise l'adhésion de la société. Mais plus que cela, dans un contexte de transition démocratique et constitutionnelle, les choix mémoriels réalisés participent au bon déroulement de l'ensemble du processus¹¹.

D'une part comme une narration explicite et subjective des événements passés. En effet, elle transparaît au sein de dispositions relatant des faits marquants, qu'il s'agisse du Préambule ou du corps de la constitution de transition. L'étude des choix mémoriels opérés dans ce cadre révèle une fonction légitimante de l'emploi de la mémoire : justifier par les événements passés la mise en œuvre d'une transition démocratique et constitutionnelle (I). D'autre part, plus implicitement, la mémoire collective représente un enjeu pour la construction du futur régime. Tout d'abord, parce que le souvenir des événements récents paraît hanter tout pouvoir constituant. Il s'agit alors pour les auteurs de la constitution de transition d'utiliser la mémoire collective pour travailler à la non-répétition des exactions commises par le passé. Ensuite, parce que construire un récit national réconciliateur est préférable pour la consolidation démocratique. En apaisant les tensions, la réconciliation est censée éviter le retour de la violence. Une seconde fonction émerge donc : garantir la non-répétition des erreurs du passé (II).

I. La mémoire collective, une reconstruction légitimante du passé

Outre la structuration d'un système institutionnel relais, les constitutions de transition participent à la légitimation de la transition démocratique et constitutionnelle. La légitimation est ici entendue au sens de « faire admettre, reconnaître [...] comme justifiable par l'équité, le droit naturel, la raison, un motif supérieur¹² » le processus mis en œuvre. Le plus souvent, cette justification émane de la rupture vis-à-vis d'un passé marqué par l'autoritarisme ou la généralisation des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire.

Dans ce contexte, le recours à la mémoire collective et sa retranscription au sein d'un texte constitutionnel paraissent être utilisés à la fois pour expliquer la démarche entreprise (A) et pour justifier – ou non – la participation des principaux protagonistes au processus (B).

11 Il s'agira ici de s'attacher à l'analyse de seize Constitutions de transition élaborées dans le cadre des transitions démocratiques et constitutionnelles mises en œuvre en Afrique durant la troisième vague de démocratisation. Afin d'identifier les Constitutions de transition parmi les nombreux instruments normatifs élaborés dans le cadre des transitions démocratiques et constitutionnelles africaines, opérées entre 1989 et 2019, l'auteure a recherché les trois catégories de dispositions précédemment définies. Les effets de la suspension constitutionnelle se révélant similaires dans les faits à ceux de l'abrogation, l'auteure a choisi d'inclure également les textes constitutionnels de transition suspendant ou constatant la suspension des Constitutions antérieures. Ce travail d'identification des Constitutions de transition africaine ne prétend pas à l'exhaustivité. Le cas des transitions constitutionnelles légales, qui se traduisent par la révision de la Constitution antérieure, ne sera pas abordé dans le cadre de cette étude. Sur le concept de troisième vague, voir S. HUNTINGTON, *The third wave – Democratization in the late twentieth century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991.

12 Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, article « légitimer », <https://www.cnrtl.fr/definition/l%C3%A9gitimer>, consulté au mois de septembre 2020.

A. Les dispositions mémorielles en vue de justifier la transition

Dans le cadre d'une procédure constituante la mémoire collective est utilisée pour conférer une identité à la constitution. Les références historiques employées concernent le long terme, comme la référence récurrente aux personnalités ayant conduit les processus d'indépendance par exemple¹³. À l'inverse, les rédacteurs des constitutions de transition ont le plus souvent recours à une mémoire plus récente. Le passé proche est employé pour expliquer, justifier, soutenir la mise en place du processus de démocratisation. L'étude comparée des constitutions de transition révèle la pluralité formelle de ces références au passé. Lorsqu'elles sont présentes, les dispositions mémorielles peuvent prendre la forme explicite d'un récit national, ou transparaître au sein de dispositions plus programmatiques. Mais, quelle que soit leur forme, elles semblent destinées à confirmer la rupture avec le régime précédent.

C'est à cette fin que les auteurs des constitutions de transition emploient le plus souvent les préambules¹⁴. Leur étude permet de constater le recours à différentes catégories de références. Sans que la liste présentée ici soit exhaustive, il est possible de distinguer les éléments mémoriels qualifiant le régime autoritaire antérieur, le récit des événements ayant conduit au processus de démocratisation et le discours de sacralisation des victimes.

Les références explicites visent ainsi parfois la description du régime antérieur. Ce portrait peut être rapide, comme au sein de la Charte nationale provisoire tchadienne du 28 février 1991¹⁵, ou plus long comme dans le cas de l'Acte fondamental congolais du 4 juin 1991¹⁶. En effet, la Conférence nationale souveraine congolaise¹⁷, distingue ainsi trois dimensions du régime qualifié de « totalitaire » de Denis Sassou Nguesso. Tout d'abord, la corruption des valeurs de la société congolaise qui résulte des pratiques politiques :

« [L]a dignité, la liberté, la paix, la prospérité et l'amour de la patrie ont été, sous le monopartisme en particulier, hypothéqués ou retardés par le totalitarisme, la confusion des pouvoirs, le népotisme, le tribalisme, le régionalisme, les inégalités sociales, les violations des libertés fondamentales. »

13 Sur l'importance des données « contextuelles » pour l'exercice du pouvoir constituant, voir notamment F. HOURQUEBIE, « Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transitions ? », in *Annuaire international de justice constitutionnelle. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 30-2014, 2015, p. 587-602 ; F. HOURQUEBIE, « La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnel », in X. PHILIPPE (dir.), N. DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transition constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 47-60.

14 Sur les seize Constitutions de transition étudiées, seules quatre ne comprennent pas de récit national au sein de leur Préambule.

15 Seul est mentionné « le pouvoir dictatorial de terreur, délation, torture et liquidations physiques, qui a sévi au Tchad depuis 1982 » : Charte nationale provisoire, 28 février 1991, République du Tchad, [en ligne], spé. Préambule.

16 Acte fondamental du 4 juin 1991, in W. DANDOU, *Un nouveau cadre constitutionnel pour le Congo-Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, « Études Africaines », 2006, p. 315-323, spé. Préambule.

17 La Charte de transition de la République du Tchad du 5 avril 1993 pourrait également illustrer les propos qui suivent.

Ensuite, le préambule de l'Acte fondamental revient sur les modalités d'accès au pouvoir, employées – selon la Conférence – jusqu'alors : « [l]e coup d'État, en s'inscrivant dans l'histoire politique du Congo comme le seul moyen d'accéder au pouvoir, a annihilé toute vie démocratique ». Enfin, le préambule aborde la question des violations des droits de l'homme. La Conférence congolaise réaffirme « avec fermeté la protection des droits et libertés du citoyen congolais¹⁸ » et réhabilite « [les] victimes de l'intolérance du monopartisme dans tous leurs droits civils¹⁹ » de manière générale, tout en portant une attention particulière aux assassinats politiques. Ainsi, tout en décrivant le régime antérieur, la Conférence nationale souveraine paraît opérer un « travail de réécriture symbolique d'un nouvel imaginaire social » qu'elle a souhaité « fixer dans la mémoire collective par l'adoption d'un Acte Fondamental dont le préambule sera repris en ces termes dans la Constitution adoptée le 15 mars 1992 par référendum populaire²⁰ ». Ce serait donc pour mieux empêcher sa reproduction que ce passé est remémoré, sanctuarisé au sein de la Constitution de transition.

Pour signifier la rupture, les auteurs des constitutions de transition choisissent parfois de recourir au récit des événements ayant conduit à la mise en œuvre de la transition démocratique. Cette retranscription peut retracer le processus de négociations ayant conduit à l'adoption de la constitution de transition. La Charte constitutionnelle de transition centrafricaine et la Constitution de transition de République démocratique du Congo – toutes deux issues de tractations inclusives menées suite à un conflit armé – en sont deux exemples²¹.

Il est également possible que les auteurs choisissent d'insister sur le rôle du peuple dans le déclenchement du processus. L'initiative du *demos* souverain est fréquemment associée à l'intervention d'un autre acteur, d'une institution ou d'un belligérant chargé de conduire la transition. En ce sens, la Conférence nationale souveraine togolaise explique dans un premier temps que « [l]e Peuple Togolais a manifesté de diverses manières et à diverses époques, plus particulièrement le 5 octobre 1990, son attachement à la liberté, à la justice et aux principes d'une démocratie pluraliste ». Le lien est ensuite tissé de l'intervention populaire à l'entrée en scène de la Conférence :

« L'aspiration à ces nobles idéaux a contraint le gouvernement monolithique et totalitaire instauré depuis le 14 avril 1967 à promulguer des lois relatives à l'amnistie générale, à la libéralisation de l'expression politique et à la signature du décret de convocation de la Conférence nationale²². »

18 G. MENGA, *Congo. La transition escamotée*, Paris, L'Harmattan, « Points de vue », 1993, spé. p. 39-41.

19 C. BANIAFOUNA, *Congo Démocratie. Les déboires de l'apprentissage*, Paris, L'Harmattan, « Congo Démocratie », vol. 1, 1995, spé. p. 63-64.

20 A. KOUVOUAMA, « Conférence nationale et modernité religieuse au Congo », in CURAPP, *Questions sensibles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 387-412, spé. p. 395.

21 Loi n° 13-001 portant Charte constitutionnelle de Transition, 18 juillet 2013, [en ligne] ; Constitution de la Transition, *JORZ*, n° spécial, 44^e année, 5 avril 2003.

22 Acte n° 7 du 23 août 1991 portant loi constitutionnelle organisant les pouvoirs durant la période de transition, *Journal officiel de la République Togolaise*, 36^e année, n° 44, 17 décembre 1991, spé. Préambule.

Un procédé similaire est employé par le pouvoir constituant de transition malien, le rôle joué par l'armée étant volontairement atténué. En effet, suite à la répression sanglante des manifestations des 22, 23, et 24 mars 1991, le président Moussa Traoré est démis de ses fonctions par l'armée et le général Amadou Toumani Touré met en place un Conseil de réconciliation nationale (« CRN »). Dès le 31 mars, le Comité de transition pour le salut du peuple (« CTSP »), composé de civils et de militaires, est créé. Cette collaboration inédite résulte de la volonté d'une « adhésion » populaire à l'intervention de l'armée, afin d'éviter une reproduction de « l'échec de toutes les tentatives antérieures de coup d'État²³ ». Or, cette intervention salvatrice est diminuée dans la rédaction des trois premiers considérants de l'Acte fondamental n° 1/CTSP :

« Considérant la lutte du Peuple Malien pour l'instauration d'une société fondée sur un idéal de liberté, de démocratie et de justice sociale a abouti le 26 mars 1991, à la suspension de la Constitution du 2 juin 1974 et à la dissolution des institutions mises en place par celle-ci.

« Considérant que depuis cette date, le Conseil de Réconciliation nationale exerce effectivement le pouvoir d'État [...]

« Considérant le rôle du Comité de Coordination des Associations et Organisations démocratiques dans la lutte du Peuple Mali pour l'instauration d'une démocratie pluraliste²⁴. »

Plus spécifiquement, l'intervention du *demos* dans le processus de démocratisation tend à être sacralisée au sein des constitutions de transition élaborées depuis le Printemps arabe. L'image du martyr se révèle récurrente, tout comme l'emploi du champ lexical relevant du sacré. En ce sens, la Loi constituante tunisienne fait référence « aux âmes des martyrs et aux sacrifices des Tunisiens à travers les générations²⁵ ». De façon similaire, la Charte constitutionnelle pour la transition soudanaise signée le 4 août 2019, mentionne la « glorieuse révolution de septembre 2018 » et le respect pour « les vies des martyrs²⁶ ». Le Conseil national de transition libyen est plus disert. Il affirme sa foi :

« en la révolution du 17 Février 2011 soit 14 Rabi premier 1432 de l'hégire, dirigée par le peuple libyen dans les différentes régions du pays, en signe de fidélité aux martyrs de cette révolution honorable qui ont sacrifié leur vie pour acquérir leur liberté et vivre honorablement sur le sol de la patrie et pour recouvrer leurs droits bafoués par Kadhafi et son régime déchu²⁷. »

23 A. TOUMANI TOURÉ, « Comment j'ai pris le pouvoir, pourquoi je l'ai quitté », Supplément gratuit à *Jeune Afrique*, « Grandes interviews », n° 1753-1754, 1996, spé. p. 22-23 ; Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme, « Soutenir les défenseurs des droits de l'Homme au Mali », Rapport n° 219/1, 1999, spé. p. 9-12.

24 Acte fondamental n° 1/C.T.S.P., 31 mars 1991, *Journal officiel de la République du Mali*, 33^e année, n° 8, 30 avril 1991, p. 279-284, spé. Introduction.

25 Loi constituante n° 2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Journal officiel de la République Tunisienne*, 2011 n° 097, 23 décembre 2011, spé. Préambule.

26 *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. Préambule.

27 Déclaration constitutionnelle du Conseil national de transition, 3 août 2011, traduction présentée par le site *L'Express*, [en ligne].

Qu'ils soient associés ou non, ces différents types de références mémorielles semblent être employés afin de justifier le processus de mutation constitutionnelle et politique en cours et de poser les limites vers un retour non admissible. En ce sens, la démocratisation est assimilée à l'ouverture d'un « nouveau chapitre » dans l'histoire nationale ou à la construction d'un « nouvel ordre » selon les expressions respectivement employées dans les Constitutions de transition éthiopienne et sud-africaine²⁸.

Confortant cette volonté de transformation du régime politique, certaines dispositions en réfèrent implicitement à la mémoire collective. Cette dernière sert alors de point de repère pour le futur, influant sur le programme des dirigeants durant la transition. Par exemple, les références mémorielles – absentes du préambule – transparaissent au sein de la Constitution de Transition du Burundi, qui précise dans son article 4 :

« La période du Régime de Transition est consacrée à la réalisation des objectifs suivants : [...] 3. réconcilier et unir les Burundais et jeter les bases d'un Burundi démocratique et uni [...] 6. veiller à l'adoption de mesures convenues pour faire face aux conséquences des actes commis dans le passé et éviter toute répétition du génocide, de l'exclusion et de l'impunité²⁹».

Cette disposition semble employer des références mémorielles non pour justifier l'initiative de la transition démocratique, mais pour rassurer quant à l'objectif du processus : éviter la reproduction du passé³⁰.

Selon le contexte et l'identité du pouvoir constituant de transition, les différents types de références mémorielles peuvent ou non être associés. Le choix opéré parmi ces modalités d'expression mémorielle apparaît principalement guidé par les nécessités du moment. Plus que des éléments d'appropriation du texte par les différents acteurs, ils semblent soutenir la mise en place d'un processus de démocratisation. S'ajoute à ce premier aspect le travail de justification de la participation des principaux protagonistes.

B. Les dispositions mémorielles en vue de soutenir la participation

Parmi les protagonistes de la transition siègent parfois des soutiens de l'ancien régime, ou des parties belligérantes s'étant affrontées par le passé. Dans un tel contexte, marquer la volonté de rompre avec les pratiques politiques antérieures sans stigmatiser les acteurs est un impératif. Le choix des dispositions mémorielles se révèle alors être un enjeu pouvant travailler à la pacification des relations, comme à en accroître la conflictualité. Les difficultés rencontrées dans le cadre des

28 *Transitional Period Charter of Ethiopia*, n° 1, 22 juillet 1991, [en ligne], spé. Préambule ; *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993, version de 1994, [en ligne], spé. Préambule.

29 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, Journal officiel de la République du Burundi, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 4.

30 La même conclusion pourrait être tirée de l'étude de l'Ordonnance n° 2010-001 portant organisation des pouvoirs publics pendant la période de transition nigérienne.

processus zairois et burundais sont particulièrement éloquentes à ce sujet. Par la confrontation des mémoires retranscrites, le premier illustre l'importance de ces dispositions pour les différents acteurs.

En effet, en République démocratique du Congo (« RDC »), la première transition démocratique est caractérisée par sa conflictualité politique. La mouvance présidentielle soutenant le Maréchal Mobutu Sesse Seko – au pouvoir depuis 1965 – et l'opposition menée par Étienne Tshisekedi se révèlent incapables de trouver un accord pour mener le processus à son terme. Il en résulte la succession de trois textes constitutionnels³¹. Un point d'achoppement en particulier rend tout dialogue impossible : la légitimité reconnue à chaque acteur. L'éternel opposant au Grand Léopard estime que seule la Conférence nationale souveraine de 1992 jouit de l'autorité nécessaire à l'élaboration d'un nouveau texte constitutionnel, tandis que le Maréchal refuse d'envisager toute perte de pouvoir. Ce conflit politique se trouve retranscrit au sein des dispositions mémorielles présentes au sein des deux premiers textes constitutionnels.

En effet, l'Acte adopté par la Conférence nationale souveraine le 4 août 1992 s'attache à rappeler la nature du régime précédent. Selon le premier alinéa de son préambule, le « Peuple congolais, réuni en Conférence nationale Souveraine » observe « la crise profonde, multiforme et persistante à laquelle le pays est confronté depuis de nombreuses années ». Un portrait saisissant du régime de Mobutu est ensuite dressé. Puis, les délégués de la Conférence constatent « l'incapacité totale des institutions en place d'apporter des solutions à cette situation tragique » pour finalement convenir de « la nécessité de rompre avec l'ordre ancien³² ». En ce sens, les dispositions mémorielles choisies ici paraissent justifier la disparition des institutions de l'ancien régime, le Maréchal Mobutu demeurant toutefois Président de la République durant la transition.

La position inverse est présentée dans l'Acte harmonisé du 2 avril 1993, rédigé par les membres de l'Assemblée nationale, affiliée à Mobutu. Certes, est également constatée « la crise profonde, multiforme et persistante à laquelle le pays est conforté³³ ». Mais, en raison de l'emploi du présent de l'indicatif, il apparaît que l'idée de crise est assimilée aux événements récents, et non au régime du Président Mobutu. Dans ce sens, le préambule mentionne la nécessité que la transition soit « une période de rassemblement de toutes les filles et tous les fils du pays », « non conflictuelle », « conduite dans la neutralité et générée dans un esprit de collaboration entre toutes les institutions sans exclusive ni militantisme partisan³⁴ ». L'accusation est à peine voilée, tandis qu'à l'inverse, la philosophie politique défendue depuis le début des années 1970 par le Grand Léopard – la politique de l'authenticité³⁵ – est amplement mise en avant.

31 Parmi ces trois textes constitutionnels, seul l'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition correspond à la définition de la Constitution de transition utilisée dans le cadre de cet article.

32 Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition, 4 août 1992, [en ligne], spé. Préambule.

33 Loi n° 93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 34^e année, avril 1993, spé. Préambule.

34 *Ibid.*

35 Cette doctrine de l'authenticité n'implique pas de développements économique, politique ou social prédéfinis, mais emploie ces derniers au service de la protection de la culture nationale : Voir à ce sujet B. W. WHITE, « L'incroyable machine d'authenticité : L'animation politique et l'usage public de la culture dans le Zaïre de Mobutu », *Anthropologie et Sociétés*, 2006, p. 43-63 ; K. L. ADELMAN, « The Recourse to Authenticity and Negritude in Zaire », *The Journal of Modern African Studies*, vol. 13, n° 1, 1975, p. 134-139.

La volonté du Président Mobutu de faire de la culture zaïroise une priorité transparaît notamment au sein du texte constitutionnel qui affirme le souci de « sauvegarder et de promouvoir les valeurs qui nous sont propres³⁶ ». En faisant référence à la politique de l'authenticité, le préambule de la Loi constitutionnelle du 2 avril 1993 prépare et justifie le retour de Mobutu sur le devant de la scène constitutionnelle. Ce dernier n'a en effet jamais quitté la scène politique, dont il est d'ailleurs resté un protagoniste majeur. Néanmoins, cette loi constitutionnelle rétablit l'ordre initial des choses : Mobutu redevient un Président aux pouvoirs importants.

Appliqué par une partie seulement de la classe politique, l'Acte harmonisé du 2 avril 1993 cède le pas à l'Acte constitutionnel de la transition du 8 avril 1994. Cette nouvelle constitution est adoptée par la majorité des acteurs politiques, en l'absence des fervents partisans d'Étienne Tshisekedi³⁷.

Dans ce contexte, le nouveau texte reprend le préambule de 1993 duquel sont évincés les paragraphes les plus agressifs vis-à-vis de l'opposition. Sont en revanche ajoutés des éléments attestant de la volonté de démocratiser le régime politique. Ainsi, les représentants du peuple sont toujours « [s]oucieux de restaurer les valeurs morales et spirituelles, de garantir notre indépendance politique, économique et culturelle, d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité », mais « dans le cadre du projet de la nouvelle société démocratique ». Apparaît également la volonté de conduire une transition dans « la neutralité et gérée dans un esprit de collaboration entre toutes les institutions suivant les principes de partage équitable et équilibré du pouvoir, et de non-exclusion³⁸ ».

Le choix des dispositions mémorielles au sein de ces différents actes constitutionnels n'est donc pas anodin : elles semblent utilisées de façon à justifier la présence de chaque acteur. Dans le cas burundais, les tensions au sujet de la mémoire collective retranscrite aboutissent à l'absence de récit national au sein de la Constitution de transition.

Indépendant depuis le 1^{er} juillet 1962, le Burundi connaît rapidement des tensions politiques. Elles donnent lieu à cinq principales périodes de violences en 1965, 1972, 1988, 1991 et 1993. Ce dernier conflit civil trouve son origine dans l'assassinat, le 21 octobre 1993, du premier Président de la République hutu élu — Melchior Ndadaye — et de plusieurs personnalités de premier plan. Dans un contexte de conflit politique et ethnique, la prise de pouvoir par la force de Pierre Buyoya le 25 juillet 1996 entraîne une nouvelle instabilité au sommet de l'État. Un embargo international est mis en place dès le 31 juillet, et des négociations de paix sont finalement entamées au mois de juin 1998³⁹.

36 Loi n° 93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 34^e année, avril 1993.

37 G. DE VILLERS, *Zaïre, La transition manquée, 1990-1997*, Paris, L'Harmattan, « Cahiers Africains », 1997, spé. p. 191.

38 Acte constitutionnel de la transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 35^e année, avril 1994, spé. Préambule.

39 Sur l'histoire de la violence au Burundi, voir notamment J. HIRSCHY, C. LAFONT, « Esprit d'Arusha, es-tu là ? La démocratie burundaise au risque des élections de 2015 », *Politique africaine*, 2015, n° 137, p. 169-189 ; É. MATIGNON, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des thèses », n° 45, 2013.

La question de la mémoire collective apparaît rapidement, notamment concernant la qualification des exactions commises.

Après la signature d'un accord sur la plate-forme politique du régime de transition le 6 juin 1998⁴⁰, le Gouvernement, l'Assemblée nationale, plusieurs partis politiques, groupes armés et représentants des organisations de la société civile rédigent une Déclaration fixant le cadre des négociations. Cette Déclaration du 21 juin 1998 prévoit notamment, afin de « résoudre le conflit burundais par des voies pacifiques et de mettre fin à toutes les formes de violence », la mise sur pied d'une « Commission sur la nature du conflit burundais, les problèmes de génocide et de l'exclusion et leurs solutions ». Le choix de la dénomination de cette Commission en dit long sur l'importance de la qualification des violences pour la poursuite du processus, d'autant qu'elle fait l'objet de deux réserves de la part des signataires. En effet, l'Alliance des vaillants et le Parti indépendant des travailleurs mentionnent leur préférence pour un intitulé plus simple : « génocide et sécurité⁴¹ ».

Cette susceptibilité terminologique concernant la qualification des événements s'explique : chaque partie ayant pris part au conflit civil cherche à justifier son intervention, tout en refusant d'être publiquement accusée d'avoir commis des exactions. La prise en considération de cette tension entre l'objectif des négociations et les intérêts des parties est retranscrite au sein de l'article 16 du Règlement de procédure des négociations d'Arusha :

« Tout au long des négociations, les partis doivent faire montre de retenue pour éviter toute action ou parole susceptible de blesser d'autres délégations et de vicier l'atmosphère des négociations, en particulier, les délégations doivent absolument éviter de citer des noms et de pointer du droit, tout en préservant la vérité qui est vitale pour instaurer la paix et parvenir à la réconciliation⁴². »

Et la mise en application de cette disposition est rigoureuse⁴³. De fait, les rapports de séance attestent de la difficulté des discussions au sein de la Commission sur la nature du conflit burundais. Pour les partis politiques et groupes armés hutus, la reconnaissance du massacre de leurs élites en 1965 et 1972 et la sanction des « concepteurs et [...] exécutants du génocide contre les Hutus en 1972⁴⁴ » sont nécessaires. À l'inverse, les parties tutsis insistent sur « les massacres de 1993 », confirment l'influence de « l'idéologie du génocide » rwandais sur les Hutus du Burundi et concluent que « [l]'existence de cette idéologie hutu extrémiste justifie selon eux un régime militaire fort dominé par les Tutsi⁴⁵ ».

40 Accord sur la plate-forme politique du régime de transition, 6 juin 1998, [en ligne].

41 Déclaration des participants aux négociations de paix sur le Burundi impliquant toutes les parties au conflit burundais, 21 juin 1998, [en ligne].

42 Règlement de procédure des négociations de paix impliquant toutes les parties au conflit burundais, 1998, [en ligne], spé. art. 16.

43 Voir par exemple : Minutes de la première session plénière tenue à Simba Hall, Centre international de Conférence d'Arusha, 13 octobre 1998, Documents de négociation Arusha III, octobre 1998, 65 p., [en ligne], spé. p. 3.

44 Déclaration du Dr Jean Minani pour le FRODEBU, 16 octobre 1998, Documents de négociation Arusha III, octobre 1998, [en ligne], spé. p. 35-46.

45 International Crisis Group, « L'effet Mandela. Évaluation et perspectives du processus de paix burundais », *Rapport ICG Afrique Centrale*, n° 13, 2000, spé. p. 3-4.

Ainsi, réconcilier ces deux perceptions de l'histoire apparaît complexe. Au point que, le seul accord trouvé à ce sujet reste le constat du désaccord ; le Protocole I de l'accord d'Arusha ratifié le 28 août 2000 ne tranche aucune des questions mémorielles posées concernant les exactions durant la période postcoloniale⁴⁶. Adopté suite à cet accord, le préambule de la Constitution de transition burundaise ne comporte aucun récit national. Seul son article 4 fait référence « aux conséquences des actes commis dans le passé » et à la nécessité d'« éviter toute répétition du génocide, de l'exclusion et de l'impunité⁴⁷ ». Étant donné le déroulement des négociations préconstituantes, il est possible de supposer que l'absence de récit national soit un choix, destiné à assurer la stabilité du processus. La comparaison de ces deux processus révèle l'importance des choix mémoriels opérés au sein des constitutions de transition pour les acteurs. Tantôt utilisés pour conforter la démarche des protagonistes, tantôt absents pour éviter d'exacerber les tensions, ils se révèlent être de véritables enjeux lors de la rédaction constituante.

Travailler à la légitimation de la transition constitutionnelle et démocratique demande ainsi idéalement d'opérer un filtrage au sein des choix mémoriels, un « *vetting* mémoriel » ayant pour objectif d'assurer la participation la plus large possible sans remettre en cause la réalité des crimes commis par le passé. L'expression de « *vetting* mémoriel » est proposée par le Pr Fabrice Hourquebie. De manière générale, le processus de *vetting* a pour objectif « la vérification et le filtrage institutionnel », soit

« des réformes notamment en matière de système de sécurité (“RSS”) et de justice – afin de permettre la responsabilité pénale à l'égard des violations du passé supposées et de s'assurer que des institutions politiques efficaces et équitables puissent prévenir les éventuels abus à venir – de désarmement, démobilisation et réinsertion⁴⁸. »

Le *vetting* mémoriel pourrait dès lors être conçu comme ayant pour objectif la construction d'une mémoire collective sélective, assurant la reconnaissance des exactions et crimes commis par le passé tout en évitant de formuler des accusations directes, lesquelles pourraient déstabiliser le processus en cours. Apparaît alors, de façon plus sous-jacente, le rôle central de la mémoire collective dans la construction du futur régime.

II. La mémoire collective, une construction protectrice du futur

Qu'il soit post-autoritaire ou post-conflit, le processus de démocratisation se présente comme un nouvel espoir : celui de mettre un terme aux exactions commises. C'est en partie dans cette optique qu'apparaissent les mécanismes de justice transitionnelle⁴⁹. Conçus comme un ensemble

46 Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, Arusha, 28 août 2000, Protocole I, [en ligne], spé. art. 3.

47 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, Journal officiel de la République du Burundi, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 4.

48 F. HOURQUEBIE, « Les processus de transition, justice, vérité et réconciliation dans l'espace francophone. Guide pratique », Rapport pour l'Organisation internationale de la francophonie, 2^e éd., 2021, [en ligne], spé. p. 26.

49 Pour une définition de la justice transitionnelle, voir notamment J.-P. MASSIAS, « Justice transitionnelle », in O. BEAUVALLLET (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Paris, Berger-Levrault, p. 594-597.

de « processus d'accompagnement de la crise et d'orientation vers la sortie de la crise⁵⁰», ces mécanismes s'ordonnent autour des quatre piliers définis par Louis Joinet : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à réparation et les garanties de non-répétition⁵¹. La concrétisation de ces quatre droits doit théoriquement aboutir à la réconciliation, laquelle reste la meilleure garantie de non-reproduction des violences. Et pour ce faire, l'emploi de la mémoire collective par le pouvoir constituant de transition est à prendre en considération.

En effet, la construction d'une mémoire collective réconciliée participe à la réalisation du droit à la vérité (B), tandis que l'affirmation de nouveaux droits fondamentaux – plus contextualisés – marque une volonté de non-répétition (A).

A. Les droits fondamentaux, un enseignement mémoriel

Pour une société marquée par la commission de crimes de masses, la construction d'un État de droit protecteur des droits fondamentaux est primordiale. Cette nécessité transparaît généralement au sein des constitutions de transition.

Pour mieux signifier la transformation du régime, la Constitution de transition burundaise tisse un lien entre l'application du droit et la fin des violences, puisque la mise en application des accords d'Arusha par les institutions de la transition doit permettre de « mettre fin au conflit burundais par l'édition d'un État de droit⁵²». Dans le même esprit, la Conférence nationale souveraine congolaise insiste sur « [la] ferme volonté [du peuple congolais] de bâtir un État de droit⁵³», ce qui, selon les termes de Guy Menga, « constitue une nouveauté [...] [p]arce que tout simplement cela n'a pas existé par le passé dans notre pays⁵⁴».

Mais, outre les affirmations concernant la construction d'un État de droit⁵⁵ – dont l'évaluation ne peut se faire que sur le long terme – la rupture immédiate avec l'ancien régime transparaît par l'affirmation des droits fondamentaux⁵⁶. Or, il ne s'agit pas uniquement de retranscrire le contenu des différents instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Certes, les auteurs des constitutions de transition font le plus souvent le choix d'en référer aux normes internationales,

50 F. HOURQUEBIE, « Les processus de justice transitionnelle dans l'espace francophone : entre principes généraux et singularités », *Les cahiers de la justice*, n° 3, 2015, p. 321-331, spé. p. 322. Voir plus généralement F. HOURQUEBIE, « Les processus de transition, justice, vérité et réconciliation dans l'espace francophone. Guide pratique », *op. cit.*

51 Voir L. JOINET, « L'administration de la justice et les droits de l'Homme des détenus. Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », *Rapport pour la Commission de Droits de l'Homme*, 49^e session, 2 octobre 1997, E/CN.4 Sub.2/1997/20/Rev.1.

52 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, *Journal officiel de la République du Burundi*, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 3.

53 Acte fondamental du 4 juin 1991, in W. DANDOU, *Un nouveau cadre constitutionnel pour le Congo-Brazzaville*, *op. cit.*, spéc. Préambule.

54 G. MENGA, *Congo. La transition escamotée*, *op. cit.*, spé. p. 39-41.

55 Pour un autre exemple voir, Acte fondamental n° 1/C.T.S.P., 31 mars 1991, *Journal officiel de la République du Mali*, 33^e année, n° 8, 30 avril 1991, p. 279-284, spé. Préambule.

56 X. PHILIPPE, « La spécificité du droit de transition dans la construction des États démocratiques. L'exemple de l'Afrique du Sud », in L. SERMET (dir.), *Droit et démocratie en Afrique du Sud*, Paris, L'Harmattan, 2002, 234 p., p. 33-55, spé. p. 52.

mais pour ensuite ajouter leur propre Charte des droits fondamentaux⁵⁷. Cette dernière se révèle alors être un mécanisme de justice transitionnelle en soi. En effet, dépassant les obligations juridictionnelles traditionnelles, les mécanismes de justice transitionnelle « couvrent également les mesures de réhabilitation et de réinsertion ainsi que d'autres plus symboliques – telles qu'excuses officielles, garantie de non-répétition, construction de mémoriaux ou cérémonies commémoratives – mais auxquelles les victimes sont particulièrement attachées⁵⁸ ». Selon cette définition, la formulation de dispositions relatives aux droits fondamentaux peut s'apparenter à la fois à la reconnaissance des violences passées et à la consécration de la volonté de ne pas voir les comportements fautifs se répéter.

Pour y parvenir, le pouvoir constituant de transition tient généralement compte de la mémoire collective. En effet, afin de signifier la dénonciation du régime précédent ou la fin du conflit connu, les auteurs des constitutions de transition insèrent des dispositions atypiques pour l'observateur extérieur, mais résonnant de façon particulière pour les citoyens. De fait, pour mieux « [placer] l'individu au centre du débat », le renouveau des droits fondamentaux paraît devoir être « adapté au contexte transitoire en général et au contexte relatif à chaque État spécifiquement⁵⁹ ». Selon Nada Youssef, « il n'existe pas de liste unique des droits fondamentaux ». Plus que cela, « [c]ette liste diffère d'un État à l'autre et évolue selon les mentalités, les mœurs et le développement démocratique et culturel de chaque pays⁶⁰ ». Par conséquent, dans un contexte de démocratisation, « [c]e sont évidemment les droits qui ont été les plus méconnus par le système précédent qui sont promus avec le plus de vigueur⁶¹ ». Outre la rupture symbolique, l'espoir de voir ces nouveaux droits véritablement protégés sonne alors comme une réparation collective et une garantie de non-répétition.

Une première illustration peut être tirée de la Constitution de transition soudanaise du 4 août 2019. En plus de lister les droits fondamentaux désormais en vigueur, le premier article du chapitre consacré à cette question opère une mise au point fondamentale. Il spécifie expressément ce qu'implique l'existence d'une charte des droits : les droits fondamentaux doivent être respectés par le gouvernement et faire l'objet d'une politique de développement⁶².

Cette précision n'est pas anodine. Le pouvoir constituant de transition revient sur une définition *a priori* acquise, puisque les normes constitutionnelles antérieures comprenaient leur propre corpus de droits fondamentaux⁶³. Par conséquent, transparaît au sein de la Constitution de transition

57 Seules cinq Constitutions de transition ne mentionnent pas les principaux instruments internationaux protégeant les droits de l'homme. Sur les seize constitutions de transition africaines, quatorze comprennent un Titre ou un Chapitre relatif aux droits fondamentaux.

58 A.-M. LA ROSA, X. PHILIPPE, « Justice transitionnelle », in V. CHETAIL (dir.), *Lexique de la consolidation de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 257-273., spé. p. 265.

59 N. YOUSSEF, *La Transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, Paris, Éditions Publibook Université, « Droit et Science politique », 2011, spé. p. 191.

60 *Ibid.*, p. 193.

61 *Ibid.*, p. 192.

62 *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. art. 41.

63 *Sudan Interim National Constitution*, 2005, [en ligne], spé. Chapitre II ; *Constitution of the Republic of Sudan*, 1998, [en ligne], spé. Part.1.

un élément qui vise possiblement à rassurer les citoyens, et relève indirectement de la mémoire collective des violences passées⁶⁴.

La même remarque peut être faite concernant le *Bill of Rights* de la Constitution intérimaire d'Afrique du Sud⁶⁵. À titre d'exemple, dans une société marquée par les crimes de l'*apartheid*, « le principe d'égalité sous toutes ses formes fut placé au centre du débat⁶⁶ ». Ainsi, après avoir affirmé l'égalité de tous devant la loi, l'article 8 définit exhaustivement le principe de non-discrimination :

« *No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language*⁶⁷. »

Cette volonté de ne pas reproduire les injustices passées transparaît d'autant plus au regard du régime de la preuve en matière de discrimination :

« *[p]rima facie proof of discrimination on any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established*⁶⁸. »

Mais, le plus marquant reste le fait que non seulement la discrimination est interdite, mais que la disposition l'interdisant ne concerne pas les mesures visant à protéger ou rétablir les groupes sociaux ayant fait l'objet de politiques discriminantes par le passé⁶⁹. Cet alinéa a ainsi permis la mise en place de politique de discrimination positive – ou *affirmative action* – qui « menée dans ce pays constitue essentiellement un compromis politique destiné à contenir le risque d'affrontements, toujours présent, entre les deux communautés⁷⁰ ». La mémoire collective est donc employée ici à la fois pour réagir face aux crimes du passé, mais également afin d'éviter leur répétition.

Cette analyse de la mémoire collective comme le soubassement des droits fondamentaux est soutenue par l'étude de la jurisprudence constitutionnelle de transition, lorsqu'elle existe⁷¹. De fait, l'intervention du juge dans le contexte de la transition apparaît fondamentale non seulement pour

64 Sur l'histoire politique du Soudan, voir : M. RAIMBAUD, *Le Soudan dans tous ses états. L'espace soudanais à l'épreuve du temps*, Paris, Karthala, 2012 ; A.-L. MAHÉ, « Soudan : après la chute d'Omar el-Béchir, les défis de la transition », *Politique étrangère*, 2019, n° 4, p. 99-112.

65 X. PHILIPPE, « La spécificité du droit de transition dans la construction des États démocratiques. L'exemple de l'Afrique du Sud », art. cit., spé. p. 52.

66 N. YOUSSEF, *La Transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, op. cit., spé. p. 192.

67 *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993, version de 1994, [en ligne], spé. art.8.

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

70 T. LAMARCHE, « Réflexions sur l'*Affirmative Action* à partir de l'exemple de l'Afrique du Sud », in L. SERMET (dir.), *Droit et démocratie en Afrique du Sud*, op. cit., p. 185-207, spé. p. 187. Voir également : C. SALCEDO, *La transition démocratique sud-africaine*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, « Collection des thèses », n° 52, 2011, spé. 356-383.

71 Seules les juridictions constitutionnelles du Congo Brazzaville, de la République démocratique du Congo, de la République Centrafricaine, du Niger, du Burundi et d'Afrique du Sud semblent être intervenues par le biais de décisions ou d'avis durant le processus de transition. La jurisprudence sud-africaine reste à ce jour la plus accessible et la plus dense.

travailler à la construction d'un réel État de droit, mais également pour préciser le sens des dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme. L'enjeu est alors la concrétisation des droits fondamentaux. Or, comme l'explique le Pr Xavier Philippe, « [u]ne autre caractéristique des droits fondamentaux dans les régimes de transition démocratique repose sur l'absence de définition de leur contenu ». En effet, « les constituants peuvent avec la meilleure volonté du monde tenter de cadrer ces droits avec la plus grande précision possible, l'absence d'expérience et de jurisprudence en la matière constitue également l'une des caractéristiques du droit de transition⁷² ». En résulte la nécessité de recourir d'une part à la jurisprudence étrangère et internationale, et d'autre part aux valeurs et à l'histoire nationale.

La décision *The State versus T. Makwanyane and M. Mchunu* rendue par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud le 6 juin 1995 en fait la démonstration⁷³. Saisie d'un renvoi préjudiciel afin de contrôler la constitutionnalité du recours à la peine de mort, la juridiction doit confronter l'article 277 du Code de procédure pénale aux articles 9, 11(2) et 241(8) de la Constitution intérimaire. Alors qu'aucune disposition constitutionnelle ne proscriit expressément la peine de mort, les articles 9 et 11(2) protègent respectivement le droit à la vie, et l'interdiction de la torture – qu'elle soit physique, mentale ou émotionnelle – et de tout traitement inhumain et dégradant. L'article 241 quant à lui comporte des mesures transitoires déterminant quelle législation est applicable dans le cadre des procès en cours⁷⁴.

Pour rendre leur décision, les juges constitutionnels ont bénéficié d'une grande « liberté en matière d'interprétation constitutionnelle⁷⁵ ». Cette liberté leur a néanmoins imposé de construire un mode de raisonnement propre, dont le recours à l'histoire et à la mémoire collective fait partie. En effet, comme le rappelle le Président Chaskalson, le système d'interprétation établi au sein de la décision *Zuma and others*⁷⁶ repose sur une lecture des différentes dispositions du Chapitre III tenant compte des valeurs sous-jacentes de la Constitution⁷⁷. Pour y parvenir, et proposer une approche idoine de l'article 11, le Président souligne l'importance de tenir compte de l'histoire nationale et du contexte d'adoption de la Constitution intérimaire :

« *I need say no more in this judgment than that section 11(2) of the Constitution must not be construed in isolation, but in its context, which includes the history and background to the adoption of the Constitution, other provisions of the Constitution itself and, in particular, the provisions of Chapter Three of which it is part.*⁷⁸ »

72 X. PHILIPPE, « La spécificité du droit de transition dans la construction des États démocratiques. L'exemple de l'Afrique du Sud », art. cit., spé. p. 53.

73 CCT3/94, S v Makwanyane and Another, 6 juin 1995, [en ligne].

74 *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. art. 9, 11, 241.

75 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spé. p. 429.

76 CCT5/94, S v Zuma and Others, 22 septembre 1995, [en ligne].

77 CCT3/94, S v Makwanyane and Another, 6 juin 1995, [en ligne], spé. par.9.

78 *Ibid.*, par.10.

Dans le même sens, les juges Ackermann, Didcott et Mahomed soulignent l'importance de construire un nouvel ordre constitutionnel qui soit en rupture avec le passé⁷⁹. Cette volonté d'offrir une protection des droits fondamentaux adaptée au contexte sud-africain se traduit par un recours à la mémoire collective. À titre d'exemple, le Président Chaskalson – dans son examen de l'article 277 du Code de procédure pénale – rappelle « *the arbitrariness inherent in the application of section 277 in practice* » par le passé. En effet, selon le Président, la décision de condamner ou non l'accusé à la peine capitale tenait à de nombreux facteurs – dont la chance puisque « *[a]t every stage of the process there is an element of chance* » –, et parmi eux, « *[r]ace and poverty*⁸⁰ ».

Cet exemple de référence au système d'*apartheid*, la volonté de rompre avec le passé et le choix d'interpréter les dispositions du Chapitre III en fonction des nouvelles aspirations de la société sud-africaine confirment le recours à la mémoire collective. Employée afin de consolider la rupture avec les pratiques antérieures, elle se présente dès lors comme un instrument de construction de mécanismes de non-répétition adéquats, dont les droits fondamentaux font partie. Néanmoins, pour consolider la transition, la mémoire collective doit également être confrontée à l'histoire afin de répondre au besoin de vérité et ainsi, travailler à la réconciliation.

B. Les Commissions Vérité, une réconciliation mémorielle

Il ne s'agit plus ici de s'intéresser à la mémoire collective existante, mais d'envisager la construction d'une mémoire apaisée future, et de la considérer comme un objectif imposé par certaines constitutions de transition. Dans une optique de réconciliation, la recherche de la vérité – qui découle du droit de savoir – se présente comme une nécessité. Comme l'explique Louis Joinet, tout l'enjeu est de « faire connaître la vérité par un compromis politique qui conduit à transformer une situation de conflit en situation de paix sans pour autant faire l'impasse sur un passé de violences extrêmes »⁸¹.

Pour y parvenir, les Commissions Vérité se sont rapidement imposées⁸². Ces commissions d'enquête non judiciaires – généralement appelées Commissions de vérité et de réconciliation (« CVR ») – ont pour principale fonction de « (ré)tablir la vérité par la collecte d'informations précises et nombreuses, notamment de témoignages individuels⁸³ ». Il leur revient, à la suite d'un travail d'enquête portant sur les violations graves des droits de l'homme commises sur un territoire durant une période déterminée, de présenter un récit national, le plus souvent au sein d'un rapport. Ce dernier restitue le résultat des investigations et témoignages, tente d'expliquer les causes de la violence afin d'éviter sa reproduction, et propose parfois des moyens de réparation individuels et collectifs⁸⁴.

79 *Ibid.*, spé. par.156, 190, 262-263.

80 CCT3/94, S v Makwanyane and Another, 6 juin 1995, [en ligne], par.48-51.

81 L. JOINET (dir.), *Lutter contre l'impunité : dix questions pour comprendre et agir*, Paris, La découverte, « Sur le vif », 2002, spé. p. 60.

82 Voir à ce sujet : L. M. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », *Revista Derecho del Estado*, n° 34, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 103-125.

83 L. JOINET (dir.), *Lutter contre l'impunité : dix questions pour comprendre et agir*, op. cit., spé. p. 61.

84 J.-P. MASSIAS, K. PICARD, « Les piliers de la justice transitionnelle », *Revue du droit public*, 2018, n° 4, p. 961-984, [en ligne].

Ainsi, une fois rendu public, il participe à « [l]a reconnaissance officielle des faits du passé », laquelle « est nécessaire pour panser les blessures [et] remplit un rôle psychologique important en reconnaissant une vérité longtemps déniée⁸⁵ ». L'objectif est donc double et contradictoire : reconnaître les violences subies par les victimes et en comprendre leurs causes d'une part, et construire un récit inclusif afin de fonder le futur vivre ensemble sans exclure les anciens bourreaux d'autre part.

Dès lors, l'élaboration d'une mémoire nationale consensuelle est un enjeu pour les commissaires. D'autant que, souvent conflictuelles, les mémoires individuelles et collectives interviennent à double titre dans le travail des CVR. En amont d'une part, les recherches menées par les différentes commissions se fondent dans un premier temps sur le récit des différents témoins. La mémoire est donc un des premiers matériaux utilisés par les CVR. En aval d'autre part, étant donné que la rédaction du rapport soutient l'élaboration d'une mémoire nationale, tenant idéalement compte de l'ensemble des mémoires individuelles et collectives. Cette construction mémorielle peut être considérée comme une réparation symbolique pour les victimes et leurs proches, dans le sens où la publication du travail des commissions atteste de la réalité des violences commises⁸⁶. En ce sens, il est possible de parler d'une « vérité sociale ou dialogique », « c'est-à-dire celle que la société fait sienne », qui « émerge donc à l'issue du processus de justice transitionnelle, en tant que production de cette justice⁸⁷ ». Comme l'expliquent le Pr Jean Pierre Massias et Kelly Picard,

« [l]a vérité sociale possède une dimension collective intrinsèque. Elle comporte des éléments de réponse à la question de savoir comment cette situation a pu survenir, quelles ont été les personnes impliquées, les facteurs déclencheurs ou les conséquences sur la société. Elle implique toutefois un travail d'interprétation et de mise en cohérence de ce récit historique national de la part des autorités judiciaires ainsi que des historiens⁸⁸. »

Dès lors, étant donné l'instabilité du contexte dans lequel ils interviennent, se pose la question des modalités de protection juridique de ces mécanismes de justice transitionnelle et de leurs travaux. Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez souligne à ce sujet que la « concrétisation normative peut avoir lieu à tous les échelons hiérarchiques d'un ordre juridique. En effet, diverses normes peuvent être mobilisées tant au niveau réglementaire qu'au niveau législatif, ainsi qu'au niveau constitutionnel⁸⁹ ». Or, comme le souligne l'auteur : « [l]e type de norme mobilisé entraîne des conséquences considérables qui ne peuvent être négligées ni au moment de son application, ni lors de son contrôle, ni en ce qui concerne sa modification⁹⁰ ». *De facto*, la constitutionnalisation des Commissions Vérité leur assure une protection supérieure à celle permise par la légalisation. À ce sujet, l'auteur précise : « [d]ans ces dernières années, nous pouvons constater un phénomène très intéressant qui n'a pas été

85 L. JOINET (dir.), *Lutter contre l'impunité : dix questions pour comprendre et agir*, op. cit., spé. p. 61.

86 *Ibid.*

87 J.-P. MASSIAS, K. PICARD, « Les piliers de la justice transitionnelle », art. cit.

88 *Ibid.*

89 L.-M. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, *Justice transitionnelle et Constitution*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des thèses », n° 171, 2018, spé. par. 32.

90 *Ibid.*, spé. par. 33.

assez souligné par la doctrine : certaines CVR ont été incorporées directement dans la Constitution lors d'une période de transition⁹¹». Par exemple, trois Constitutions de transition africaines prévoient l'instauration de commissions d'enquêtes, et selon des modalités différentes : la Constitution de transition burundaise, la Constitution de transition de République démocratique du Congo et la Constitution de transition soudanaise⁹².

Cette insertion au sein d'une constitution de transition n'est pas anodine : elle marque la volonté de protéger la construction d'une mémoire collective apaisée par le recours au texte suprême, et celle de rassurer quant à l'objectif du processus de démocratisation. En ce sens, elle répond donc à la fois au besoin de rassurer les différents acteurs – et plus particulièrement les anciens bourreaux – quant à leur participation et aux effets du processus, et aux attentes de la société en termes de reconnaissance des violences subies. Il s'agit dès lors pour le pouvoir constituant de transition de trouver un équilibre entre les attentes de chacun.

En République démocratique du Congo par exemple, de nombreuses négociations concernant la mise en place d'une Commission ont été menées tout au long du processus de paix, avant que la question ne soit abordée dans la Constitution de transition⁹³. Cependant, le texte constitutionnel se révélant lacunaire quant au mandat ou à la composition de l'institution, la mise en place effective de la Commission demandera de nouveaux mois de discussion. En effet, la Constitution de transition précise que la Commission vérité et réconciliation compte parmi les « Institutions d'appui à la démocratie⁹⁴ », ayant notamment pour mission de « consolider l'unité nationale grâce à une véritable réconciliation entre les congolais⁹⁵ ». Mais, aucune précision supplémentaire n'est apportée, « [l]'organisation, les attributions et le fonctionnement des Institutions d'appui à la démocratie [étant] déterminés par des lois organiques⁹⁶ ». Par la suite, ce choix constitutionnel permet à la logique des composantes de reprendre le dessus. Au point que

« la CVR, voulue pourtant neutre et impartiale, devait être composée des membres provenant aussi bien de la société civile (assumant la présidence de la Commission) que des Composantes et Entités ayant pris part à la guerre et donc certains membres étaient présumés auteurs de crimes et de graves violations des droits de l'Homme⁹⁷. »

91 L. M. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », art. cit., spé. p. 109.

92 La Constitution de transition soudanaise fait référence à une *Transitional Justice Commission*, dont l'organisation et les fonctions devraient également être précisées au sein d'une loi. Il est cependant encore trop tôt pour pouvoir en analyser les effets. *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. art. 38.

93 N. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R. D. CONGO*, Paris, L'Harmattan, « Espace Kinshasa », 2008, spé. p. 45.

94 Constitution de la Transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 44^e année, 5 avril 2003, spé. art. 154.

95 *Ibid.*, spé. art. 155.

96 *Ibid.*, spé. art. 160.

97 N. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R. D. CONGO*, op. cit., spé. p. 50 ; Loi créant et organisant la Commission Vérité et Réconciliation, 30 juillet 2004, in N. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R. D. CONGO*, op. cit., p. 169-186, spé. art. 8.

Conséquence de cette inclusivité :

« [o]n doit de fait noter que la logique des Composantes et Entités a entraîné jusqu'au sein de l'institution une lutte sourde, mais très active, focalisée sur la défense des intérêts de certains leaders de ces groupes venus aux commandes à la suite de la guerre et des massacres, réels ou présumés⁹⁸. »

Si les attentes des protagonistes du processus semblent respectées, la déception des citoyens congolais fut grande, puisque la situation aboutit au « non-accomplissement de la manifestation de la vérité (enregistrement des plaintes, enquêtes, audiences, réparations, guérisons des traumatismes, examen des requêtes en amnistie, cérémonies de pardon, etc.), volet qui était pourtant le plus attendu tant par la population que la communauté internationale⁹⁹ ».

La Constitution de transition burundaise quant à elle apporte des éléments supplémentaires, lesquels font écho aux précédents propos concernant la problématique mémoire du conflit burundais :

« La Commission nationale pour la Vérité et la Réconciliation est chargée d'enquêter sur les violations des droits de l'homme, de promouvoir la réconciliation et de traiter des revendications découlant des pratiques se rapportant au conflit burundais. La Commission est également chargée de clarifier l'histoire du Burundi en vue d'éclairer le peuple burundais sur son passé¹⁰⁰. »

Pour parvenir à remplir sa mission, l'institution dispose d'un mandat de deux ans, au terme desquels elle doit établir un rapport¹⁰¹. L'article 231 précise enfin les modalités et les conditions de nomination des membres de la Commission, l'article 233 renvoyant les questions d'organisation et de fonctionnement à une loi organique¹⁰². Pour autant, la mise en œuvre de la Commission demandera également un certain temps. Elle a été précédée par de nouvelles négociations, fondées sur le Rapport Kavakure du 11 mars 2005 qui comprend : « l'avant-projet de loi portant création de la CVR, les recommandations et orientations méthodologiques à l'intention de la CVR et les propositions relatives au budget de fonctionnement de la CVR ». Elles aboutiront à un Accord-cadre le 2 novembre 2007¹⁰³. Les attentes de la population ont également été prises en considération. Le processus d'élaboration de la CVR burundaise a vu « la mise en place de CN ("Consultations nationales"), larges et inclusives comme préalable à l'application des mécanismes de transition¹⁰⁴ ». Ce n'est qu'en 2014 que la loi portant création de la CVR sera finalement votée.

98 *Ibid.*, spé. p. 52.

99 *Ibid.*, spé. p. 48.

100 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, *Journal officiel de la République du Burundi*, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 229.

101 *Ibid.*, spé. art. 232.

102 *Ibid.*, spé. art. 231 et 233.

103 É. MATIGNON, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, *op. cit.*, spé. au par. 51.

104 É. MATIGNON, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, *op. cit.*, spé. par. 50.

Ainsi, le choix de recourir à une CVR et les modalités de son organisation font l'objet de nombreuses négociations en amont comme en aval du processus constituant de transition, entre les acteurs politiques de la transition. À ce titre, les choix du pouvoir constituant de transition ne sont pas sans conséquences : ils impactent notamment la rapidité et l'efficacité du processus. Cependant, bien que n'apportant pas nécessairement les réponses attendues, en répondant aux craintes des populations de voir les violences impunies, la promesse de ces Commissions demeure un élément de légitimation de la transition et de sa constitution.

Qu'elle soit employée pour construire des mécanismes de protection des droits adaptés ou pour rassurer quant à l'objectif du processus de démocratisation en cours, la mémoire collective se révèle être une ressource non négligeable pour le pouvoir constituant de transition. Ce constat souligne la spécificité des constitutions de transition, révélant leur emploi comme instrument de pacification et de réconciliation, et ouvre ainsi de nouveaux champs de réflexion pour le droit constitutionnel.

LE RECOURS À L'HISTOIRE DANS LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE DE LA HONGRIE VERS LA DÉMOCRATIE ILLIBÉRALE

Dorottya COLLET-RETKES¹

Après la chute du régime communiste, la révision constitutionnelle, élément inhérent à une transition démocratique, est survenue de manière progressive en Hongrie, et cela est en partie dû à la particularité de l'histoire constitutionnelle hongroise.

À l'image du Royaume-Uni, la Hongrie ne possédait pas de constitution écrite. En effet, la Constitution hongroise était dite historique, millénaire, et cela jusqu'en 1949. La Constitution de la République populaire de Hongrie du 20 août 1949 a été le premier texte constitutionnel écrit en Hongrie, une constitution stalinienne établissant le cadre juridique du régime communiste.

Avec le sentiment de changement dû au déclin de l'Union soviétique à la fin des années 1980, il n'y eu pas de doute sur la nécessité d'élaborer un nouveau cadre juridique pour la Hongrie, laissant derrière les décennies du régime communiste oppressant la vie politique et les libertés des personnes. Cependant, en dépit de plusieurs tentatives, les divisions politiques n'ont pas permis l'adoption d'une nouvelle Constitution. La loi XX de 1949 a été profondément modifiée en 1990 et les années suivantes, mais sans éradiquer totalement la Constitution communiste, si ce n'est sa numérotation. La loi XL de 1990 sur la révision de la Constitution hongroise commençait par « La loi XX de 1949 sur la Constitution de la République de Hongrie se modifie comme suit ». Le changement de régime fut donc clairement posé dans cette modification. La situation qui en résulta, néanmoins, fut la modification du contenu, alors que le cadre restait celui imposé par la dictature communiste. Cela n'a donc pas permis de marquer une vraie rupture avec le passé communiste et de retrouver pleinement l'identité constitutionnelle hongroise.

Tout comme la plupart des partis politiques hongrois, le Fidesz-KDNP², mouvement conservateur-chrétien, avait également comme but l'adoption d'une nouvelle constitution. Ce fut l'une des promesses de campagne lors des élections législatives de 2010. Les résultats de ces élections ont permis à la coalition des partis conservateur-chrétiens de l'emporter avec une majorité supérieure

1 Doctorante, Université de Szeged, Hongrie.

2 KDNP, Kereszténydemokrata Néppárt, en français : Parti chrétien-démocrate.

à deux-tiers des sièges du Parlement, majorité nécessaire à l'adoption d'une réforme générale de la Constitution. Ainsi commençait donc le gouvernement de Viktor Orbán, réélu depuis à deux reprises (en 2014 et en 2018) avec toujours la majorité des deux-tiers, dans une alliance entre son parti, le Fidesz, et le KDNP. Ce règne de dix années de la majorité conservatrice-chrétienne, dont la légitimité fut incontestable pour la majorité du peuple hongrois, a permis une continuité dans la transformation juridique et sociétale de la Hongrie, menant jusqu'à la démocratie illibérale tant critiquée à la fois par l'opposition hongroise et par une majorité des gouvernements occidentaux. Pour comprendre véritablement ces mouvements, il est donc nécessaire d'examiner en premier lieu la transformation constitutionnelle de la Hongrie, pour ensuite mieux comprendre ce que Viktor Orbán entend dire par « illibéralisme ».

I. La nouvelle Loi fondamentale de la Hongrie, fondement du concept de démocratie illibérale

La Constitution hongroise s'est développée à travers la vie de la Nation et l'histoire millénaire du peuple hongrois, de manière vivante, sur la période allant jusqu'en 1949. À la suite du changement de régime, un débat important s'est dégagé sur le mode opératoire. Or, le simple retour à une Constitution historique paraissait difficile après la Constitution écrite de 1949 en vigueur pendant quarante ans. Dans le même temps, la volonté de créer une continuité avec la Constitution millénaire était fortement présente. Après de nombreuses modifications de la Constitution de 1949, une nouvelle Loi fondamentale a été adoptée par le Parlement hongrois le 18 avril 2011, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

II. Les principaux éléments de la nouvelle Constitution

L'idée de cette Loi fondamentale était de créer une structure constitutionnelle fondée sur des principes et valeurs stables et constants, laissant tout de même une marge de manœuvre nécessaire afin de pouvoir l'adapter aux besoins de l'époque. Ce faisant, le pays a retrouvé et refondé son identité constitutionnelle nationale, mais en suscitant des débats juridiques importants. En effet, la référence à la Constitution historique incluse dans la Loi fondamentale n'a pas provoqué des réactions unanimes, surtout en ce qui concerne l'idée de son interprétation par la Cour constitutionnelle³.

3 L'ancien juge constitutionnel Imre Vörös critique cette disposition de la Loi fondamentale, puisque dans son opinion, elle crée une insécurité juridique en imposant une obligation d'interprétation insuffisamment encadrée ; dans « A történeti alkotmány az Alkotmánybíróság gyakorlatában », *Közjogi Szemle*, 2016/4., p. 44-57.

ANDRÁS ZS. VARGA, président de la Kúria (Cour suprême) considère, au contraire, que la solution de la Loi fondamentale pour résoudre le paradoxe « constitution écrite – continuité constitutionnelle » est bien trouvée et que sans la référence à la Constitution historique, la nouvelle Loi fondamentale aurait été déracinée. Selon lui, la Loi fondamentale ne prévoit pas l'application de la Constitution historique comme droit en vigueur, mais elle la fixe plutôt comme un cadre d'interprétation ; dans « Történeti alkotmányunk vívmányai az Alaptörvény kógens rendelkezésében », *Iustum Aequum Salutare*, XII. 2016. 4., p. 83-89.

Dans les deux premières parties de la Loi fondamentale, respectivement intitulées « Profession de foi » et « Dispositions fondamentales », les mentions à l'histoire sont nombreuses, telles que le respect des acquis de la Constitution historique et la Sainte Couronne, qui représente la continuité étatique constitutionnelle et l'unité de la nation, la protection de l'identité se dégageant de la Constitution historique qui est l'obligation fondamentale de l'État, la non-reconnaissance de la suspension de la Constitution historique en raison des invasions étrangères, la fierté que le roi Saint Étienne ait construit l'État hongrois sur des bases solides, ainsi que la fierté des ancêtres qui ont combattu pour la sauvegarde, la liberté et l'indépendance du pays. Il est également statué que la Loi fondamentale est une alliance entre les Hongrois du passé, du présent et du futur et un cadre vivant exprimant la volonté de la nation, la forme dans laquelle le peuple souhaite vivre. Finalement, le constituant prévoit aussi l'obligation d'interpréter la Loi fondamentale en harmonie avec ses dispositions et avec les acquis de la Constitution historique⁴.

À côté de ce lien créé entre la Constitution historique et la Loi fondamentale, il y a des dispositions qui sont considérées comme fondamentales dans un pays membre de l'Union européenne. Les principes de l'État de droit et de la démocratie sont explicitement prévus dans les « Dispositions fondamentales » : la Hongrie est un État indépendant et démocratique, ayant une République comme forme ; la source du pouvoir public est le peuple⁵ ; le fonctionnement de l'État hongrois se fonde sur le principe de la séparation des pouvoirs⁶. Le pouvoir du contrôle judiciaire y est prévu, même élargi, en ce qui concerne notamment les compétences de la Cour constitutionnelle, grâce au recours constitutionnel⁷. Cependant, parallèlement à cela, la possibilité de l'*actio popularis* ne figure plus dans la nouvelle Loi fondamentale⁸.

Les articles I à XXIX du Chapitre intitulé « Libertés et responsabilités » sont consacrés aux droits fondamentaux, civiques et politiques, tels que la protection de la vie et de la dignité humaine, l'interdiction de la torture, du traitement inhumain ou dégradant, l'interdiction du trafic d'êtres humains, le droit à la liberté et à la sécurité personnelle, le droit à la vie privée et familiale, à la pensée et à la religion. Le droit à la religion inclut le libre choix, la liberté de changer et de pratiquer la religion, de manière individuelle ou en communauté, publiquement ou en privé. La séparation du fonctionnement de l'État et des communautés religieuses est également posée. On y retrouve le droit de rassemblement et de la libre expression, la reconnaissance et la protection de la liberté et variété de la presse, ainsi que le principe de l'égalité devant la loi, avec une mention particulière à l'égalité entre les hommes et les femmes.

4 Loi fondamentale de la Hongrie, Article R (3).

5 Id. Article B.

6 Id. Article C (1).

7 En vertu de l'Article 24 (2) de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle contrôle non seulement la législation, mais également l'application des lois par d'autres instances judiciaires sans parler du recours constitutionnel exceptionnel qui permet de saisir la Cour constitutionnelle même en dehors des procédures judiciaires lorsque l'application ou la simple entrée en vigueur d'une disposition résulterait la violation des droits constitutionnellement protégés.

8 La possibilité pour une personne de demander le contrôle constitutionnel d'une norme législative, sans que cette personne ait un intérêt juridique concret en lien avec la norme en question, n'existe plus. Ces personnes peuvent notifier l'ombudsman, qui peut lui-même décider de saisir la Cour constitutionnelle si la demande lui semble bien fondée. Les personnes ayant un intérêt juridique peuvent toujours directement saisir la Cour pour demander le contrôle de constitutionnalité d'un texte normatif.

Dans la première partie de la Loi fondamentale, intitulée « Profession de foi » (ce qui correspond au Préambule), le pouvoir constituant fait mention de certaines considérations, comme la base-même de la fondation juridique de la Hongrie. Pour illustrer, sans rechercher l'exhaustivité, on y trouve la valorisation des traditions religieuses diverses ; la reconnaissance des minorités nationales comme élément constituant de l'État et membre de la communauté politique hongroise ; la reconnaissance de la dignité humaine comme base de l'existence ; ainsi que l'affirmation selon laquelle la liberté individuelle ne peut se dégager pleinement qu'en collaboration avec autrui.

Souligner les dispositions mentionnées ci-dessus paraissait important pour l'analyse qui va suivre. En effet, s'y ajoutent certaines autres dispositions qui peuvent paraître plutôt étranges, voire discutables, dans un État de droit, membre de l'Union européenne. Telles en sont les critiques en tout cas. Il s'agit, par exemple, de la protection du mariage comme institution entre un homme et une femme et la protection de la famille comme fondement de la survie de la nation, ou encore la protection du fœtus dès la conception. Tout ceci s'explique par le tournant politique de 2010 et la légitimité qu'un gouvernement conservateur-chrétien s'est vu attribuer par le peuple hongrois afin d'élaborer une nouvelle forme d'organisation étatique, fait qui est justement au cœur de ce que le Premier ministre hongrois appelle illibéralisme.

III. Les avis de la Commission de Venise sur la nouvelle Constitution hongroise

La Commission de Venise – organe consultatif du Conseil de l'Europe composé d'experts indépendants en droit constitutionnel – a pu se prononcer, à plusieurs reprises⁹ depuis 2011, sur la Loi fondamentale et des textes législatifs hongrois. À des fins d'analyse, il convient d'en retenir deux : son avis concernant la globalité de la Loi fondamentale, publié le 20 juin 2011¹⁰, ainsi que l'avis sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale, publié le 17 juin 2013¹¹.

La Commission commence par noter que la Constitution de 1949 – la première Constitution écrite du pays – est la seule à ne pas avoir été entièrement réécrite à la suite de la chute du communisme. La Constitution communiste a été modifiée en 1989 mais le Préambule du texte amendé indiquait bien que celle-ci resterait en vigueur à titre temporaire jusqu'à l'adoption d'une nouvelle Constitution. Dans leurs observations liminaires, les experts rappellent les inquiétudes exprimées par la société civile sur le manque de transparence du processus d'adoption et la consultation insuffisante de la

9 Avis sur trois questions juridiques découlant du processus de rédaction de la nouvelle Constitution hongroise ; Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie ; Avis concernant la loi CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux de la Hongrie ; Avis concernant la loi CCVI de 2011 sur le droit à la liberté de conscience et de religion et le statut juridique des églises, confessions et communautés religieuses de Hongrie ; Avis sur la loi CLI de 2011 relative à la Cour constitutionnelle de Hongrie ; Avis concernant la loi CLXIII de 2011 relative aux services du Parquet et la loi CLXIV de 2011 relative au statut du Procureur général, des Procureurs et des autres agents du Parquet, ainsi qu'à la carrière professionnelle au sein du Parquet de la Hongrie ; Avis concernant les lois cardinales (organiques) sur le pouvoir judiciaire qui ont été modifiées à la suite de l'Avis CDL-AD(2012)001 sur la Hongrie.

10 CDL-AD(2011)016, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 87^e session plénière (Venise, 17-18 juin 2011).

11 CDL-AD(2013)012, Adopté par la Commission de Venise à sa 95^e session plénière (Venise, 14-15 juin 2013).

société hongroise. La Commission avait également critiqué le calendrier serré d'élaboration, d'examen et d'adoption du texte et les opportunités limitées ouvertes au débat entre les forces politiques, les médias et la société civile. La Commission traite la question de lois organiques et les règles d'interprétation dans ses observations générales, puis le Préambule (« Profession de foi »), les Fondements, le Chapitre « Liberté et responsabilité », et finalement « l'État » dans ses observations particulières. Dans son avis de 2013 sur le quatrième amendement, il y a de nombreux sujets traités. Il s'agit, sans rechercher l'exhaustivité, de la protection du mariage, du passé communiste, de la reconnaissance des Églises, de la limitation de la liberté d'expression ainsi que de la Cour constitutionnelle.

A. Les références historiques dans la Loi fondamentale

La mention de la Constitution historique apparaît quatre fois dans la Loi fondamentale, dont trois dans le Préambule, et une fois dans l'Article R, au Chapitre « Fondements ». Cependant, tandis que le Préambule est une déclaration politique incluant les principes et valeurs importants pour la population, l'Article R mentionne la Constitution historique comme cadre d'interprétation. La Commission juge cette formulation floue, vague et insuffisamment définie.

Le Préambule contient des références nationales, historiques et culturelles, comme le roi Saint-Étienne ou la tradition chrétienne, la culture et la langue hongroise. La Commission note qu'elle ne saurait négliger l'importance de ces facteurs pour les Hongrois et dans l'existence même de la Nation. La Commission note avec satisfaction que l'aspect religieux n'est pas limité à la chrétienté, puisque le Préambule mentionne spécifiquement que « nous respectons les différentes traditions religieuses de notre pays ». Même si la Commission se montre plutôt ouverte à des affirmations incluses dans le Préambule – insistant sur son caractère politique – des inquiétudes sont exprimées quant à l'Article R paragraphe 3, qui prévoit que le Préambule doit guider l'interprétation de l'ensemble du texte de la Loi fondamentale. Il semblerait donc qu'il ait une valeur juridique. Or, comme le note la Commission, le Préambule ne présente pas la précision d'un texte juridique. Des problèmes peuvent en résulter, par exemple, pour l'interprétation du paragraphe sur la Constitution de 1949 – « Nous ne reconnaissons pas la Constitution communiste de 1949 [...] nous la déclarons nulle et avenue. » Les autorités hongroises ont cependant informé la Commission que la déclaration de nullité de la Constitution de 1949 avait simplement une valeur politique.

B. Responsabilité pour les Hongrois vivant en dehors des frontières de la Hongrie

La Commission note également l'importance que le constituant doit accorder aux relations amicales avec les pays voisins. En effet, le Préambule dit vouloir « préserver l'unité intellectuelle et morale de notre Nation brisée par les tourments du siècle dernier. » L'article D dispose que la Hongrie porte la responsabilité de la situation des Hongrois vivant hors des frontières du pays. La Commission reconnaît les efforts d'inclusion du constituant, notamment celui présent au Préambule qui proclame que « les minorités ethniques vivant avec nous font partie de la communauté politique

hongroise et sont des éléments constitutifs de l'État ». Concernant la « responsabilité » de l'État pour les Hongrois hors frontière, il s'agit d'un sujet qui tient au cœur des partis conservateurs-chrétiens en Hongrie. Au cours des dix dernières années, nous avons pu voir comment cela s'est traduit en pratique. Des programmes économiques, des bourses d'études et d'autres formes de soutien sont offerts aux Hongrois du bassin des Carpates, ainsi qu'aux Hongrois de la « mère patrie » afin de leur faire découvrir les minorités hongroises vivant dans les pays voisins. Du point de vue du gouvernement hongrois, ce programme est aussi bénéfique pour les pays voisins puisque cela participe à la croissance économique et incite les entrepreneurs et les jeunes à rester chez eux au lieu de partir à l'Ouest. Pour les minorités hongroises, cela aide à garder et à préserver leur identité hongroise face aux politiques de pression et d'assimilation.

C. Le mariage comme institution protégée en tant qu'union entre un homme et une femme

L'article L prévoit la défense de l'institution du mariage comme étant une « union de vie fondée sur un engagement volontaire entre un homme et une femme, ainsi que la famille, comme fondement de la viabilité de la Nation. Les liens familiaux sont fondés sur le mariage ou les relations entre parents et enfants. La mère est la femme, le père est l'homme »¹².

Cette formulation a fait l'objet de nombreuses critiques, en ce qu'elle vise une définition restreinte de la famille, excluant les couples de même sexe et les transgenres. Nonobstant, elle n'apparaissait pas comme contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui affirmait dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 que : « bien que [...] l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, [...] il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel »¹³. Bien que certains États membres aient légalisé le mariage homosexuel :

« le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives »¹⁴.

Dans le même sens, l'article 9 de la Charte de l'Union européenne stipule que « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. » La Commission conclut que la définition du mariage relève de la compétence de l'État et ne semble pas interdire l'union entre des personnes de même sexe – la possibilité de l'union civile existe depuis 2009 – même si cette dernière ne bénéficie pas de la même protection constitutionnelle que le mariage.

12 Version actuelle. Ce paragraphe a été modifié depuis l'adoption de la Loi fondamentale. La dernière phrase a été ajoutée par le 9^e amendement constitutionnel, en vigueur depuis le 23 décembre 2020.

13 *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, par. 58., CEDH, 2010.

14 *Id.* par. 105.

D. Religion et Églises, liberté de presse et interdiction de discrimination

L'article VII de la Loi fondamentale est consacré à la liberté de pensée, de religion et de conscience. Même si la possibilité de coopération entre l'État et les communautés religieuses est prévue pour des buts communs, la séparation entre ces derniers est clairement indiquée. Selon la Commission, cette prévision ne crée pas une église d'État mais peut être vue comme un apport à l'action générale de l'État dans ce domaine, et peut même renforcer son rôle neutre. Cependant, deux ans plus tard, la Commission indique qu'alors que la version originale de l'article VII de la Loi fondamentale a été jugée conforme à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'Avis sur la nouvelle Constitution hongroise de 2011, le quatrième amendement de la Loi fondamentale élève au niveau constitutionnel la procédure de reconnaissance parlementaire des Églises, sans possibilité de recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵. La Commission a également critiqué cette procédure dans son Avis concernant la loi CCVI de 2011 sur le droit à la liberté de conscience et de religion et le statut des Églises, confessions et communautés religieuses de Hongrie¹⁶.

La Commission trouve problématique que l'Article IX n'érige pas la liberté de la presse en droit de l'individu, mais en obligation de l'État :

« Cette liberté semble alors dépendre de la bonne volonté de ce dernier et de son désir de s'acquitter de ses obligations dans un esprit de liberté, ce qui a des effets sur la teneur, l'orientation et la qualité de cette protection, ainsi que sur les chances de succès d'un contrôle de légalité en cas d'atteinte à des droits constitutionnels¹⁷. »

L'article IX, par. 5 semble avoir été inclus en réaction à plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle quand il dispose que :

« Le droit à la liberté d'expression ne peut être exercé afin de violer la dignité de la nation hongroise ou de toute communauté nationale, ethnique, raciale ou religieuse. Les membres de ces communautés peuvent tenter une action en justice contre l'expression d'une opinion qui porte atteinte à leur communauté, en invoquant la violation de leur dignité humaine conformément à la loi. »

Le document d'information fourni par le gouvernement souligne que cette disposition a été adoptée pour combattre les discours racistes (dirigé contre la communauté rom) et antisémites en Hongrie. Cependant, la Commission doute que tout exercice de la liberté d'expression visant à « violer la dignité de toute communauté ethnique, raciale ou religieuse » soit un discours de haine du type mentionné. Les termes employés pourraient se prêter à une marge d'application très large car ils manquent de la clarté et de la précision nécessaires pour être conformes à la condition selon laquelle toute limitation de la liberté d'expression doit être « prévue par la loi »¹⁸.

15 L'avis de la Commission de Venise sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale, 2013.

16 CDL-AD(2012)004, adopté par la Commission de Venise à sa 90^e session plénière (Venise, 16-17 mars 2012).

17 CDL-AD(2011)016, *op. cit.*, par. 74.

18 CDL-AD(2013)012, *op. cit.*, par. 52.

La Commission regrette que l'article XV ne mentionne pas l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle – omission commune à la majorité des constitutions européennes. Cependant, l'article en question est formulé de manière ouverte : « la Hongrie assure à tous le respect des droits fondamentaux, sans discrimination fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, le handicap, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la situation patrimoniale, la naissance ou toute autre situation ». Il reviendra donc à la Cour constitutionnelle hongroise d'interpréter cette disposition comme interdisant aussi d'autres formes de discrimination, notamment fondées sur l'orientation sexuelle. La Commission note que la loi hongroise CXXV de 2003 sur l'égalité de traitement et la promotion de l'égalité des chances interdit la discrimination fondée, entre autres, sur l'orientation et l'identité sexuelles dans le domaine de l'emploi, de l'éducation, du logement, de la santé et de l'accès aux biens et aux services.

Dans ses conclusions, la Commission se félicite de voir la Hongrie adopter une nouvelle Constitution visant à renforcer la démocratie fondée sur la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux et la primauté du droit et des efforts déployés pour mettre en place un ordre constitutionnel qui reflète les valeurs et les normes démocratiques communes à l'Europe, et un régime des libertés et des droits fondamentaux compatible avec les traités auxquels le pays est partie. Elle observe que le système parlementaire et la forme de gouvernement actuels – la République – ont été conservés. La Commission note par ailleurs qu'il a été tenu compte d'une partie des recommandations qu'elle avait formulées en mars 2011 en réponse à une demande d'assistance des autorités sur des questions juridiques soulevées dans le processus constitutionnel.

La Commission indique – en se référant aux argumentations du gouvernement hongrois – que « Le simple fait qu'une disposition figure dans la constitution d'un autre pays ne signifie pas qu'elle convienne aussi dans une autre » et que « Le droit constitutionnel comparé ne peut être réduit à la recherche d'une disposition consacrée dans la constitution d'un autre pays pour justifier sa nature démocratique dans la constitution d'un autre pays »¹⁹. Finalement, la Commission souligne que :

« la Loi fondamentale hongroise ne devrait pas servir d'instrument politique. Il ne faudrait pas méconnaître la distinction capitale entre politique ordinaire et politique constituante et la subordination de la première à la seconde, au risque de saper la démocratie et la prééminence du droit en Hongrie²⁰. »

19 *Id.*, par. 139.

20 *Id.*, par. 146.

IV. Dix ans de démocratie illibérale, confirmation de l'usage des préceptes historiques de la Loi fondamentale

Le terme « démocratie illibérale » utilisé par le Premier ministre hongrois le 26 juillet 2014 dans son discours²¹ à l'Université d'été de Bálványos (ou *Tusványos*²²) a profondément bouleversé la scène politique hongroise et européenne, soulevant de graves accusations et des inquiétudes concernant le respect du principe de l'État de droit en Hongrie. Ce discours a fait grand écho, marquant la volonté du gouvernement hongrois d'assumer une vision bien définie : la rupture avec le modèle de la démocratie libérale que le pays a adopté avec enthousiasme après la chute de l'Union soviétique.

Préalablement à l'analyse des textes de Viktor Orbán sur l'illibéralisme, il convient de noter ce qui fut déjà un signe évident des changements profonds que le gouvernement FIDESZ-KDNP allait entreprendre. Selon M. Orbán et son gouvernement, un nouveau contrat social a été conclu à la suite des élections législatives de 2010. Il était donc nécessaire d'élaborer un nouveau système, dénommé « Système de coopération nationale »²³. Le Parlement hongrois a adopté, le 14 juin 2010, la déclaration politique de coopération nationale²⁴. Dans le texte commençant par « Qu'il soit paix, liberté et consensus », le Parlement proclame que les Hongrois ont décidé de fonder le « Système de coopération nationale » lors des élections d'avril 2010. Le Parlement et le gouvernement se voient donc attribuer l'obligation de construire ce nouveau système d'une manière déterminée et sans concession :

« Nous, les députés du Parlement, proclamons que le nouveau système politique et économique basé sur la volonté populaire sera élevé sur les piliers indispensables pour la prospérité, la vie digne et liant les membres de la Nation hongroise dans sa diversité. Travail, foyer, famille, santé et ordre seront les piliers de notre futur commun ».

Grâce à la coopération dans ce nouveau système, il serait possible de changer l'avenir de la Hongrie, de rendre la Patrie forte et de garantir la réussite. Quatre ans plus tard, ce sont ces mêmes logique et argumentation qui se retrouvent dans le discours du Premier ministre hongrois prononcé à *Tusványos*.

A. Première mention de l'illibéralisme

Au cours du discours du 26 juillet 2014 à l'Université d'été de Bálványos, Viktor Orbán commence par indiquer clairement que le pouvoir gouvernant en Hongrie – grâce aux deux-tiers des mandats obtenus lors des élections démocratiques – est un pouvoir civique, chrétien et national. Alors que,

21 VIKTOR ORBÁN, « A munkaalapú állam korszaka következik », 2014; [<https://2015-2019.kormany.hu/hu/a-miniszterelnok/ beszedekek-publikaciok-interjuk/a-munkaalapu-allam-korszaka-kovetkezik>] ; consulté le 17/10/2020.

22 Rencontres des ateliers de réflexion de la vie politique à grande échelle du bassin des Carpates, se tenant chaque année à Tusnádfürdő – Băile Tuşnad en roumain –, en Roumanie, depuis 1990. Les discours de Viktor Orbán prononcés dans ce cadre sont habituellement le point de départ de la saison politique, où le Premier ministre partage son analyse de la Hongrie et du monde, explique son raisonnement, et peint les grandes lignes de ce qu'il est à attendre dans le futur proche et à moyen terme.

23 En hongrois Nemzeti Együttműködés Rendszere, NER.

24 Az Országgyűlés 1/2010. (VI. 16.) OGY politikai nyilatkozata a Nemzeti Együttműködésről.

pendant longtemps, le point de repère de toute réflexion, de toute appréhension et de toute analyse de la classe politique hongroise fut le changement de régime, après 2008, les événements que le monde a observés ont créé la nécessité d'un changement de paradigme. Ce changement de régime doit devenir une expérience et non plus la référence. En 2008, et par la suite, nous avons été témoins d'un changement dans le rapport de force financier, commercial, économique et militaire, ce qui est considéré par le Premier ministre comme le nouveau grand changement mondial, après les deux Guerres mondiales et les années 1990. Pour fonder cette analyse, il cite quelques exemples, tels que le patriotisme économique promu par le président Barack Obama²⁵, ou une publication d'*Open Society Foundations*²⁶, dans laquelle il est affirmé qu'en Europe occidentale, la classe des ouvriers blancs a été oubliée car les pouvoirs ont été trop occupés par la gestion de la situation des migrants²⁷.

La question de la compétition entre les nations a fait surface, en d'autres termes, celle des éléments qui assure à un peuple un certain succès. Selon M. Orbán, une course a débuté dans la recherche du modèle d'État susceptible de rendre une nation la plus compétitive possible sur la scène internationale. Le but du gouvernement hongrois était, par conséquent, de trouver – en s'éloignant, si nécessaire, des dogmes occidentaux dominants – la forme d'organisation de la société hongroise capable d'améliorer la compétitivité de la Hongrie pour les décennies à venir. Il fallait donc prononcer une phrase, qualifiée de sacrilège par l'ordre mondial libéral : une démocratie n'est pas nécessairement libérale. Il explique ceci en deux dimensions : la gestion des relations entre individus ainsi que celles entre l'individu et la société. L'organisation libérale de la société se fonde sur le principe selon lequel tout ce qui ne porte pas atteinte à la liberté d'autrui est permis. Cependant, il ne s'agit pas de quelque chose qui va de soi : qui en décide ? Qui va dire ce qui heurte la liberté d'autrui ? Et à partir de quand ? Étant donné le fait que ces questions ne sont pas clarifiées, la loi du plus fort prime. C'est contre ces dérives que le gouvernement hongrois a donc proposé un nouveau point de départ intellectuel pour organiser la société, qui serait de ne pas faire aux autres « ce que tu ne veux pas que les autres te fassent ».

En ce qui concerne l'individu et la société, M. Orbán cite des exemples qu'il considère comme des échecs des gouvernements libéraux précédents : échec au niveau de la protection des familles, échec en ce qui concerne la prévention du surendettement du pays, échec pour ce qui est de la protection des biens nationaux, échec en ce qui concerne l'obligation clairement et ouvertement imposée aux gouvernements de servir les intérêts nationaux, tout comme pour l'obligation de reconnaître l'appartenance des Hongrois vivant en dehors des frontières du pays à la nation hongroise. La mission qui a été confiée au gouvernement en 2010 fut, selon le Premier ministre, d'élaborer un nouveau système, un nouveau modèle de société qui rendra la Hongrie compétitive

25 Discours prononcé par BARACK OBAMA le 2 juillet 2014 au Georgetown Waterfront : [<https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2014/07/02/president-obama-speaks-economy-and-infrastructure>] ; consulté le 27/10/2020.

26 Les fondations Open Society (Open Society Foundations en anglais) ont été fondées par George Soros, l'un des plus grands philanthropes au monde qui a fait don, depuis 1984, de 32 milliards de dollars de sa fortune personnelle, bâtie sur les marchés financiers.

27 « Europe's White Working Class Communities », Open Society Foundations, 2014 : [<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/7b86d2ae-494e-4da4-9b1a-cfb67ad1bf90/white-working-class-overview-20140616.pdf>] ; consulté le 24/10/2020.

et qui remédiera aux échecs précédemment cités. Le pouvoir politique a donc tenté de faire en sorte que le travail et les intérêts de l'individu soient reconnus et liés à la vie de la Nation et du pays, et ce lien devrait être renforcé. La Nation hongroise n'est pas un simple ensemble d'individus, mais une communauté qu'il faut organiser, renforcer, construire. « Dans ce sens donc, cette nouvelle Hongrie est un pays illibéral, qui ne nie pas les valeurs fondamentales du libéralisme, mais ne met pas cette idéologie au centre de l'organisation étatique ». Viktor Orbán considère que ce mouvement de réorganisation étatique, prenant ses racines dans l'intérêt national, crée, certes, des conflits au sein de l'Union européenne mais que l'appartenance de la Hongrie à l'Union ne l'exclut pas en tant que telle.

B. Bilan des six années d'illibéralisme et perspectives d'avenir

Six ans plus tard, M. Orbán revient²⁸ sur l'état de cette politique et se concentre plus spécifiquement sur les tensions politiques entre libéralisme et conservatisme chrétien-démocrate. Il explique qu'à l'époque de la guerre froide et du rideau de fer, il y avait une alliance contre un ennemi commun, entre les libéraux-sociaux et le courant national-conservateur. Après la disparition de cet ennemi soviétique, il y eut pendant un certain temps l'idée que ces deux mouvements unis dans l'antitotalitarisme puissent continuer à travailler ensemble, oubliant – ou tout simplement ne voulant pas faire face à – la réalité, le fait que leurs fondements s'opposent frontalement, leur confrontation devenant donc inévitable.

Selon Viktor Orbán, de plus en plus nombreux sont ceux qui « se dégagent de l'étouffement de la pensée correcte unique, du sens unique à donner à la démocratie, du carcan de l'interprétation correcte unique de l'Europe et de l'Occident ». La doctrine selon laquelle la démocratie ne peut être que libérale s'est effondrée :

« Ceux qui prétendent que la séparation des pouvoirs, les libertés publiques et politiques, la protection de la propriété privée et les limites apportées à l'exercice du pouvoir, autrement dit [...] l'État de droit, ne peuvent s'envisager que dans le cadre intellectuel du libéralisme et ne peuvent se réaliser qu'au travers des instruments de la démocratie libérale se trompent. »

Le Premier ministre présente et assume pleinement des différences fondamentales entre la politique libérale et conservatrice sur des sujets tels que l'immigration, la question de subsidiarité au sein de l'Union européenne ou sur la politique d'éducation. Il indique cependant clairement qu'il va falloir maintenir la cohésion de l'Europe et trouver des moyens de collaboration en tenant compte du contexte actuel.

28 L'Université d'été de Bálványos n'a pas eu lieu en 2020 en raison du coronavirus. Viktor Orbán a donc publié un essai de rentrée au lieu de son discours traditionnel dans le quotidien hongrois Magyar Nemzet le 21 septembre 2020. VIKTOR ORBÁN, « Együtt újra sikerülni fog », 2020 : [<https://magyarnemzet.hu/belfold/egyutt-ujra-sikerulni-fog-8692965/>] ; consulté le 20/10/2020.

En ce qui concerne la subsidiarité, il explique que les libéraux ont comme préférence de transférer aux organes internationaux le nombre le plus élevé possible de compétences gouvernementales nationales, alors que les chrétiens-démocrates retiennent leur enthousiasme car ils voient que ces organes ont tendance à recourir aux appréciations arbitraires, en appelant *Rule of Law* ce qui n'est que *Rule of Blackmail*. En matière de migration, la politique libérale et la politique conservatrice mènent un combat à la vie à la mort. Selon Viktor Orbán, le fait que les traditions nationales et religieuses de ces invités non sollicités s'écartent – et s'opposent même – des nôtres ne compte pas pour les libéraux. Le camp conservateur et chrétien-démocrate refuse en revanche cette expérimentation sur l'homme et sur la société, car il estime que le risque d'une tension interculturelle chronique est trop grand pour pouvoir être assumé.

Il explique également que la stratégie politique des libéraux est basée sur la division du monde politique en deux parties. D'un côté, les libéraux, qui sont des gens honnêtes et qui admettent que tout homme honnête doit parvenir, sur la base des lois du bon sens, à des convictions politiques identiques dont il convient de tirer des conséquences identiques et, de l'autre, ceux qui se sont égarés des chemins du libéralisme parce qu'ils sont incapables de progresser avec leur temps, avec l'histoire, dont le but tellement évident est de nous faire parvenir au bonheur procuré par les valeurs universelles libérales, la paix universelle et le gouvernement mondial. C'est pour cette raison que, du point de vue des « libéraux-gogos », Trump, Johnson, les chrétiens qui suivent l'enseignement du Nouveau Testament, les Juifs qui suivent celui de l'Ancien, tous les Ayatollahs, les dictateurs de tout poil, les communistes et les nazis et surtout les chrétiens-démocrates d'Europe centrale, font partie du même camp. La démocratie chrétienne n'a pas d'autre choix que de pénétrer dans l'arène de la confrontation ouverte, tant au niveau intellectuel que politique. Elle doit se dresser sur ses talons et prononcer les quatre phrases capables de changer l'ensemble de la politique européenne : nos principes de base chrétiens ne sont pas libéraux ; ils ont vu le jour avant le libéralisme ; ils s'opposent au libéralisme ; le libéralisme est aujourd'hui en train de les détruire.

Pour le Premier ministre hongrois, il n'y a rien d'étonnant à ce que les pays d'Europe centrale aient choisi un avenir différent, exempt d'immigration. Il n'est pas surprenant non plus que la politique des V4 soit focalisée sur l'amélioration de leur compétitivité. Il n'est pas étonnant que ce qui était prévisible avec un minimum de bon sens soit arrivé. L'Occident a perdu son attractivité aux yeux de l'Europe centrale et le mode de vie de ces derniers ne semble pas attrayant pour les Occidentaux. Il faut maintenir la cohésion de l'Europe dans les années à venir sans que cette tendance ne se renverse.

Pour conclure, Viktor Orbán fait référence à la nouvelle Loi fondamentale pour expliquer que :

« L'alternance gouvernementale de 2010 et la révolution constitutionnelle nous ont donné la possibilité de déconstruire les cadres et les structures qui servaient les intérêts de l'élite libérale. La politique nationale a rompu avec le mode de gouvernement étroitement élitiste [...] et a bâti notre nouveau cursus politique sur des mesures basées sur la volonté de la société. Sa base est la liberté, c'est-à-dire la capacité de décider librement. »

Il est évident dans ce qui est décrit ci-dessus que l'argumentation du gouvernement hongrois repose sur le fait que les changements entrepris depuis 2010 sont politico-idéologiques, mais ne portent pas atteinte à l'État de droit comme l'évoquent certains représentants politiques et institutions de l'Union européenne. Selon le pouvoir gouvernant, il serait plutôt une incapacité à supporter les systèmes de valeurs auxquels le gouvernement hongrois et une majorité des Hongrois sont attachés, basés sur une certaine idée de la nation, de l'immigration, du mariage et de la famille.

Conclusion

Le glissement vers l'illibéralisme en Hongrie a bel et bien commencé en 2010, par la réforme constitutionnelle, même si le terme n'est utilisé pour la première fois par Viktor Orbán qu'en 2014. Les thèmes sélectionnés et traités dans cette étude – mariage, religion, mentions historiques – témoignent de ce processus. En prenant en compte le ton de l'essai de rentrée du Premier ministre hongrois paru en septembre 2020, l'ère de l'illibéralisme ne semble pas pour le moment toucher à sa fin. La position dominante et prise comme point de départ de son gouvernement est la suivante : est libre celui qui est en position de décider. Viktor Orbán justifie cette attitude par l'histoire plus que millénaire des Hongrois dans le Bassin des Carpates, dont la question centrale a toujours consisté à gagner ou à regagner une Hongrie libre et indépendante. C'est cette pensée qui imprègne l'histoire de la Hongrie. Or, au regard de l'argumentation invoquée depuis des années, cette mentalité est menacée par les objectifs du réseau de George Soros, disposant de ressources humaines et matérielles illimitées. Ces derniers veulent créer, par l'accélération de l'immigration, une société ouverte et ethniquement mélangée, démanteler le processus de décision national et le remettre entre les mains de l'élite mondialisée. La politique nationale du gouvernement hongrois a rompu avec le mode de gouvernement étroitement élitiste et idéologiquement marqué et a bâti un nouveau *cursus* politique sur des mesures basées sur la volonté de la société. Sa base est la liberté, c'est-à-dire la capacité à décider librement.

C'est dans cette logique de confrontation – déjà vue – que le Premier ministre hongrois mobilise son électorat moins d'une année avant les élections législatives de 2022. Selon lui, le sort du combat entre l'élite mondialisée et la résistance nationale n'est pas joué. L'élite mondialisée se prépare en 2022 à une bataille déterminante et ils auront derrière eux les médias internationaux, les bureaucrates bruxellois et les organisations non gouvernementales déguisées en organisations de la société civile. Le Premier ministre termine son essai par un ordre de combat : « Il est temps de se mettre en ordre de bataille. Après les difficiles années de gouvernement, il faut retourner sur le champ de bataille électoral. Un grand choc nous attend en 2022. Préparez-vous ! »

L'ASSISTANCE CONSTITUTIONNELLE ET L'HISTOIRE

L'EXEMPLE DE LA PROMOTION DE LA DÉMOCRATIE

PAR LA COMMISSION DE VENISE

Maria GUDZENKO¹

Prima facie, le droit international est indifférent à l'histoire nationale, qu'il s'agisse des récits du passé des collectivités humaines ou des traditions juridiques des États. Si l'histoire est une matière qui inspire son évolution, elle n'a pas vocation à influencer le droit applicable². Une certaine tolérance aux spécificités historiques nationales s'observe en droit international et européen des droits de l'homme³, même si, « [e]n principe, les droits de l'homme sont des droits strictement individuels. Les aspects historiques et collectifs de la situation échappent à notre compétence matérielle »⁴.

Or, cette indifférence de principe fut relativisée récemment, le droit international ayant pris un tournant pro-démocratique avec la chute du mur de Berlin⁵. Le début des années 1990 fut marqué par le développement progressif des mécanismes de promotion de la démocratie au niveau universel et régional⁶ et la naissance de ses principales techniques : l'observation internationale des élections⁷, la (re)construction post-confliktuelle des États démocratiques⁸ et l'assistance constitutionnelle et

1 Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 Comme l'ensemble de règles juridiques internes conformément à article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969.

3 D. SZYMCAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, A. Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, p. 53 ; v. aussi J.-F. FLAUS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, n° 65, p. 5-22.

4 Opinion dissidente du juge Zupančič dans CEDH [GC], *Ždanoka c. Lettonie*, n° 58278/00, Arrêt, 16 mars 2006.

5 Sur les implications juridiques de la saisie de la problématique de la démocratisation par le droit international, v. T. M. FRANCK, « The Emerging Right to Democratic Governance », *The American Journal of International Law*, 1992, Vol. 86, n° 1, p. 46-91 et G. H. FOX, B. R. ROTH, « Introduction: the spread of liberal democracy and its implications for international law », in G. H. FOX, B. R. ROTH (dir.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 1-22.

6 V. notamment l'article magistral de T. M. FRANCK, « The Emerging Right to Democratic Governance », *The American Journal of International Law*, 1992, Vol. 86, n° 1, p. 46-91 ; v. aussi, pour la portée du droit à des élections libres consacré dans les traités internationaux et régionaux, G. H. FOX, « The right to political participation in international law », in G. H. FOX, B. R. ROTH (dir.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 48-90.

7 S. D. HYDE, *The pseudo-democrat's dilemma: why election observation became an international norm*, Ithaca, Cornell University Press, 2011, 245 p.

8 J. D'ASPROMONT, « Les administrations internationales de territoire et la création internationale d'États démocratiques », *European Society of International Law*, avril 2018 [En ligne]. URL : <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/DAspremont.pdf> (consulté le 25 février 2020).

électorale⁹. Les deux dernières techniques, de par le fait d'immixtion – qu'elle soit internationalement sanctionnée¹⁰ ou consentie par les autorités nationales – dans le processus constituant, entrent nécessairement en rapport avec le contexte historique national. À la différence de missions de reconstruction des États de grande envergure, impliquant souvent la mise en place des mécanismes *ad hoc*¹¹, l'assistance constitutionnelle présente une activité permanente. Elle se prête donc à une étude systématique des relations qu'elle entretient avec l'histoire – *lato sensu* – des États assistés.

L'assistance constitutionnelle implique la participation¹² d'un organisme relevant du droit international dans le processus d'écriture et de révision des textes constitutionnels ainsi que des lois organisant les institutions politiques¹³. Cette participation est présentée sous forme de conseils aux autorités politiques nationales en vue de perfectionner la réforme constitutionnelle envisagée ou en cours et ce, à partir de standards internationaux existants¹⁴. Ainsi, cette activité des organisations internationales et régionales porte sur les questions fondamentales du droit constitutionnel. Si une telle activité est exercée par diverses agences chargées de la promotion de la démocratie¹⁵, il n'existe qu'un seul organisme pour lequel il s'agit de sa principale activité statutaire – la Commission pour la démocratie par le droit, dite la Commission de Venise.

La Commission de Venise, créée par un accord partiel de certains États membres du Conseil de l'Europe le 10 mai 1990¹⁶, est un « organe consultatif indépendant »¹⁷. Elle est composée d'experts indépendants nommés par les États membres et siégeant à la Commission à titre individuel¹⁸. Elle possède le mandat large, contenu dans l'article 1^{er} de son Statut (révisé en 2002)¹⁹. Celui-ci, rédigé de

9 K. HAACK, *The United Nations Democracy Agenda*, Manchester, Manchester University Press, 2011, 168 p.

10 Pour les cas d'assistance électorale mandatée par le Conseil de sécurité dans le cadre des opérations de maintien de la paix, v. R. RICH, « Crafting Security Council mandates », in E. NEWMAN, R. RICH (dir.), *The UN role in promoting democracy: Between ideals and reality*, Tokyo, United Nations University Press, 2004, p. 62-85.

11 T. CAROTHERS, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 125-128.

12 M. De Wisser, « A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 63, n° 4, Fall 2015, p. 1007.

13 V. VOLPE, « Drafting Counter-Majoritarian Democracy. The Venice Commission's Constitutional Assistance », *Heidelberg Journal for International Law*, Vol. 76, 2016, p. 817.

14 L'assistance constitutionnelle se distingue ainsi des *constitutions internationalisées*, lesquelles naissent en tant que traités internationaux et s'imposent dans un État déterminé du fait de l'obligation internationale. V. H. TOURARD, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000.

15 V. K. HAACK, *op. cit.*, sur les Nations Unies ; v. aussi R. FAWN, *International Organizations And Internal Conditionality: Making Norms Matter*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, 335 p. sur le Conseil de l'Europe (hormis l'activité de la Commission de Venise) et l'OSCE/BIDDH.

16 Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Résolution 90 relative à un accord partiel portant création de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*, adoptée par le Comité des Ministres le 10 mai 1990 lors de sa 86^e session.

17 Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Résolution (2002) 3, Statut révisé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*, adoptée par le Comité des Ministres le 21 février 2002 lors de la 784^e réunion des Délégués des Ministres, Article 1.1.

18 *Ibid.*, Article 2.1.

19 *Ibid.*, v. le préambule. Le passage de l'accord partiel à l'accord élargi permet notamment aux États non-membres du Conseil de l'Europe d'adhérer à la Commission de Venise et d'entrer dans le champ *ratione personae* de ses activités. Ainsi, avec l'accord élargi, à la date du 1^{er} mai 2020, la Commission compte 62 États membres, dont 15 États tiers au Conseil de l'Europe. Sur les modalités d'adhésion et sur les demandes d'avis émanant des États tiers à la Commission de Venise, v. S. GRANATA-MENGHINI, « La Commission de Venise du Conseil de l'Europe : méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/2, n° 55-56, p. 73.

façon peu précise afin de ne pas circonscrire la marge d'action des experts indépendants, comprend les activités de renforcement de « la compréhension des systèmes juridiques des États participants, notamment en vue du rapprochement de ces systèmes », de la promotion de l'État de droit et de la démocratie et de l'examen des « problèmes posés par le fonctionnement, le renforcement et le développement des institutions démocratiques »²⁰. Ces activités sont organisées autour de trois axes substantiels auxquels la Commission consacre son travail d'assistance : les institutions démocratiques et les droits de l'homme, y compris les révisions constitutionnelles ; la justice constitutionnelle ; les élections, les référendums et les partis politiques²¹.

La vocation initiale de l'institution était d'offrir une assistance dans l'organisation des institutions publiques et des lois fondamentales aux pays en transition démocratique, tels les pays d'Europe centrale et orientale, après la chute du mur de Berlin²². À ce titre, elle participa à la quasi-totalité des processus constituants des démocraties européennes nées après 1989²³. À présent, alors que la plupart de transitions démocratiques en Europe sont achevées – qu'elles soient couronnées du succès ou pas – la Commission a réinventé sa mission pour y inclure l'amélioration continue des institutions démocratiques dans l'espace européen ainsi que la diffusion des standards démocratiques dans les pays tiers²⁴. Tout au long de son activité, le travail d'assistance de la Commission se matérialise sous la forme d'avis concernant les réglementations nationales des États membres et d'études générales offrant des lignes directrices et des explications sur les sujets faisant encore partie du mandat de l'institution.

Les normes de référence, faute d'être esquissées dans le Statut, sont définies et forgées par la Commission elle-même. Elles forment un « patrimoine constitutionnel européen »²⁵, lequel est élaboré sur la base des expériences constitutionnelles des démocraties occidentales et de certains instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme²⁶. La recherche des normes de référence implique alors que les experts indépendants procèdent à des exercices de droit comparé, d'interprétation et de synthèse des « bonnes pratiques » qui ont vocation à guider les

20 *Ibid.*, Article 1.1.

21 P. CRAIG, « Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy », *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2017, Vol. 2, p. 61-63 ; v. aussi le découpage thématique sur le site officiel de la Commission de Venise : <https://www.venice.coe.int/webforms/events/> (consulté le 4 mai 2020).

22 S. GRANATA-MENGHINI, *op. cit.*, p. 70.

23 G. BUQUICCHIO, S. GRANATA-MENGHINI, « The Venice Commission Twenty Years On. Challenge Met But New Challenges Ahead », in M. van Roosmalen, B. VERMEULEN, F. van Hoof, M. OOSTING (dir.), *Fundamental Rights and Principles. Liber Amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 242.

24 V. VOLPE, *op. cit.*, p. 816.

25 D. ROUSSEAU, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », in Commission de Venise, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996 en coopération avec le Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Faculté de droit, Université de Montpellier, coll. « Science et technique de la démocratie », n° 18, CDL-STD(1996) 018, p. 8-23 ; P. GARRONE, « Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral », *RDP*, 2001, n° 5, p. 1418.

26 Les sources privilégiées à cet effet sont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les observations et les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe et la production normative du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE, lequel participe, tout comme l'Union européenne, aux travaux de la Commission.

autorités nationales dans le cadre des réformes démocratiques²⁷. Ce patrimoine « se construit et évolue tout comme la démocratie »²⁸. L'enrichissement continu de ces normes de référence s'opère non seulement à travers les études générales mais aussi dans le cadre des activités d'assistance plus ponctuelles, la création et l'application des « bonnes pratiques » étant souvent des processus simultanés. Cette activité normative ambitieuse, bâtie sur un mandat à formulations lacunaires, est rendue possible grâce à son caractère non sanctionné, relevant de la *soft law* au sens de *soft instrumentum*²⁹.

Si la Commission de Venise peut élaborer des études et des lignes directrices de sa propre initiative³⁰, elle doit être saisie par un État membre, une organisation participante ou par un organe du Conseil de l'Europe afin de rendre un avis sur un texte juridique particulier³¹. La vision traditionnelle de l'assistance par la Commission est celle de commentaires apportés par les experts indépendants sur une norme de droit interne « au stade de la rédaction plutôt qu'après l'adoption des textes »³² ou des « interventions généralisées *ex ante* »³³. Il n'en reste pas moins que les avis peuvent porter sur une loi déjà adoptée lorsqu'un État en entend rectifier les déficiences³⁴ ou lorsque les organes du Conseil de l'Europe en sont particulièrement préoccupés³⁵. La Commission peut également participer au contrôle *ex post* des atteintes aux droits de l'homme. Ainsi, une part importante d'avis sollicités par les organes du Conseil de l'Europe, notamment par la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire, font suite aux condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme³⁶. Dans de tels cas, la Commission assiste l'État concerné dans la mise en place des mesures générales nécessaires à l'exécution de l'arrêt de la Cour.

À ce jour, il n'existe pas de méthode systématique et satisfaisante de suivi de la mise en œuvre des recommandations de la Commission³⁷. Le contrôle est possible lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur le même problème dans le même pays à plusieurs reprises³⁸. En général, le degré d'adhésion aux recommandations est variable et dépend de plusieurs facteurs, comme la pression

27 S. BARTOLE, « International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission », *Rivista AIC*, 2014, n° 4, p. 5.

28 P. GARRONE, *op. cit.*, p. 1418.

29 J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1039.

30 Article 3.1. du Statut révisé.

31 Article 3.2. du Statut révisé.

32 P. GARRONE, *op. cit.*, p. 1420.

33 P. CRAIG, *op. cit.*, p. 70.

34 *Avis conjoint (avec OSCE/BIDDH) sur la législation électorale de la Norvège*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85^e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) ; *Avis sur la loi relative aux juridictions administratives et la loi relative à l'entrée en vigueur de la loi sur les juridictions administratives et certaines règles transitoires (Hongrie)*, adopté par la Commission de Venise à sa 118^e session plénière (Venise, 15-16 mars 2018).

35 *Avis sur la législation relative aux médias (Loi CLXXXV sur les services médiatiques et les médias, Loi CIV sur la liberté de la presse et législation concernant l'imposition des recettes publicitaires des médias) de Hongrie*, adopté par la Commission de Venise à sa 103^e session plénière (Venise, 19-20 juin 2015).

36 *Avis sur la loi sur les partis politiques de la Fédération de Russie*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 90^e session plénière (Venise, 16-17 mars 2012).

37 W. HOFFMANN-RIEM, « The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact », *European Journal of International Law*, 2014, Vol. 25, n° 2, p. 588.

38 *Ibid.*, p. 589.

des autres organisations internationales³⁹, l'intégration des avis dans les mécanismes de conditionnalité démocratique⁴⁰ mais avant tout la volonté des autorités nationales de procéder à des réformes qui peuvent avoir pour effet de fragiliser leur position dominante⁴¹. La réception des avis dépend de la légitimité que possède la Commission – mais aussi sa production normative – dans l'espace européen.

La légitimité est le paramètre central de l'effectivité des normes internationales. Elle peut être sommairement définie comme la propriété d'une règle ou d'une institution créatrice de la règle d'atteindre la mise en conformité de ses destinataires – les États – par rapport à celles-ci. Cela est notamment possible lorsque ces destinataires croient que cette règle ou institution sont apparues et agissent en accord avec les principes procéduraux (*right process*) qui sont généralement acceptés⁴². Sans qu'il soit question de s'attarder sur la problématique générale de la légitimité, il est nécessaire de s'intéresser aux principes de « *right process* » qui sous-tendent la légitimité de la Commission de Venise.

La légitimité de la promotion de la démocratie en général, et par le droit en particulier, résiste actuellement à plusieurs épreuves. Il s'agit de la stagnation du processus de démocratisation depuis 2006⁴³, des critiques envers les standards démocratiques de la part de plusieurs pays de l'Europe centrale et orientale⁴⁴, de l'apparition et la consolidation des régimes semi-autoritaires⁴⁵ ou des « démocraties illibérales »⁴⁶. La Commission de Venise, agence chargée de la promotion de la démocratie, est ainsi directement affectée par ces tendances. S'y rajoute le positionnement contre-majoritaire des experts internationaux⁴⁷ face aux législateurs titulaires de la légitimité démocratique, fut-elle d'orientation illibérale. En raison de l'importance du contexte politique, historique et culturel national pour l'assistance constitutionnelle pertinente, les élus nationaux sont à même de défendre la législation nationale critiquée par la Commission en faisant valoir une meilleure connaissance des besoins de la société en question.

39 *Ibid.*, p. 594 sur le rôle de l'UE dans le suivi des recommandations de la Commission de Venise par les autorités hongroises.

40 V. notre analyse des réformes des réglementations du financement des partis politiques en Moldavie et en Ukraine dans le cadre de mise en œuvre des accords d'association avec l'UE in Colloque « Les partis politiques dans les pays d'Europe centrale et orientale : entre droit, politique et culture », Aix-en-Provence, 5 et 6 décembre 2019, à paraître.

41 G. BUQUICCHIO, S. GRANATA-MENGHINI, *op. cit.*, p. 248 sur la reprise des anciennes recommandations de la Commission par la nouvelle majorité ukrainienne en 2010.

42 T. FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 24 : « *Legitimacy is a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull towards compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process* ».

43 L. DIAMOND, « Facing Up to the Democratic Recession », *Journal of Democracy*, 2015, Vol. 26, n° 1, p. 141-155.

44 T. CAROTHERS, « The Continuing Backlash Against Democracy Promotion », in P. BURNELL, R. YOUNGS (dir.), *New Challenges to Democratization*, New York, Routledge, 2010, p. 59-72 ; R. FAWN, « Battle over the box: international election observation missions, political competition and retrenchment in the post-Soviet space », *International Affairs*, 2006, Vol. 82, n° 6, p. 1133-1153.

45 T. CAROTHERS, « Closing Space for International Democracy and Human Rights Support », *Journal of Human Rights Practice*, 2016, Vol. 8, p. 358-377.

46 T. RISSE, N. BABAYAN, « Democracy promotion and the challenges of illiberal regional powers: introduction to the special issue », *Democratization*, 2015, Vol. 22, n° 3, p. 381.

47 M. BADER, « The Challenges of OSCE Electoral Assistance in the Former Soviet Union », *Security and Human Rights*, 2011, Vol. 22, n° 1, p. 9-18.

En dépit de la légitimation classique des règles de droit international – le consentement de l'État à être lié par celles-ci⁴⁸ – la Commission de Venise est amenée à légitimer son action par d'autres moyens. Sur le plan juridique, elle peut avoir plusieurs fondements : le fait pour un organisme d'obéir, dans le cadre de son activité, aux règles procédurales bien établies, en respectant les termes de l'habilitation à produire des normes⁴⁹ ; la réussite de cet organisme dans la production des « bonnes » décisions, bien motivées, ancrées dans les normes internationales existantes ou prenant en compte l'ensemble d'éléments du contexte⁵⁰ ; l'expertise des personnalités y siégeant ; l'existence de mécanismes de responsabilité (*accountability*) de cet organisme⁵¹.

La Commission semble ainsi renforcer sa légitimité en tant qu'institution en s'associant étroitement avec d'autres institutions régionales puissantes, comme la Cour européenne des droits de l'homme⁵² ou l'Union européenne⁵³. Mais, plus encore, sa légitimité en tant qu'institution dépend de la légitimité de sa production normative⁵⁴, laquelle est fonction de la qualité des recommandations⁵⁵. Il s'agit notamment de présenter des avis suivant une méthodologie uniforme, traitant les pays assistés de façon équitable et cohérente⁵⁶. Il est également question d'ancrer les avis dans la pratique antérieure de la Commission, tant du point de vue de la forme des avis qu'en ce qui concerne les normes de référence. La Commission doit également faire preuve d'attention particulière aux traditions juridiques, culturelles, politiques, économiques, religieuses et autres⁵⁷ et ce, afin de produire des avis pertinents, susceptibles d'être réceptionnés par les autorités nationales⁵⁸. Selon l'une des membres de la Commission, « Chaque avis et rapport élaboré pour un contexte spécifique est unique et la solution n'est pas interchangeable avec celle prévue pour un autre État »⁵⁹. La Commission étant composée d'experts disposant d'une expérience solide en droit public ou en sciences politiques, ses avis doivent refléter une approche à la fois individualisée et ancrée dans les

48 Dans le cas de la Commission de Venise, comme c'est le cas de l'ensemble d'organes produisant de la *soft law*, les États parties ont explicitement exclu la possibilité d'être liés par sa production normative. L'Accord partiel établissant la Commission ne contient aucune mention de consentement des États à être liés par sa production normative, à la différence notamment de l'Article 46 CEDH pour la Cour de Strasbourg.

49 D. MARDON, « *Soft law*, droits fondamentaux et légitimité », in M. A. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*. Actes du colloque de Grenoble (CRJ), 4 et 5 février 2016, Paris, A. Pedone, 2017, p. 133. Le mandat de la Commission de Venise étant vaste en raison de l'indétermination des dispositions relatives à sa compétence et la procédure d'élaboration des avis malléable en fonction de la question posée et du pays assisté, la légitimité de celle-ci ne saurait être recherchée dans respect des règles de procédure ni dans la capacité de l'organisme de ne pas outrepasser les limites de sa compétence.

50 V. à propos de la « légitimité du résultat », F. DE LONDRAS, K. DZEHTSIAROU, « Mission impossible? Addressing non-execution through infringement proceedings in the European Court of Human Rights », *ICLQ*, 2017, Vol. 66, p. 469.

51 C. BINDER, « Anything New Since the End of the Cold War? Or International Law Goes Domestic: International Electoral Standards and Their Legitimacy », *Anuario Espanol de derecho internacional*, 2011, Vol. 27, p. 450-451.

52 P. CRAIG, *op. cit.*, p. 70.

53 S. GRANATA-MENGHINI, *op. cit.*, p. 76.

54 Sur l'influence de la légitimité de la production normative d'une institution internationale de protection des droits de l'homme sur la légitimité de cette institution même, v. *mutatis mutandis* F. De Londras, K. DZEHTSIAROU, *op. cit.*, p. 467-469.

55 D. MARDON, *op. cit.*, p. 136.

56 P. CRAIG, *op. cit.*, p. 64.

57 W. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 583.

58 G. BUQUICCHIO, S. GRANATA-MENGHINI, *op. cit.*, p. 245.

59 A. Ubeda de Torres, « La régionalisation par la coordination interétatique : le rôle catalyseur de la Commission de Venise », in S. DOUBÉ-BILLÉ (dir.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Cahiers de droit international », 2012, p. 163.

normes de référence précises. Certes, l'effectivité des recommandations de la Commission de Venise ne dépend pas uniquement du caractère persuasif des arguments exposés⁶⁰. Mais l'amélioration de la qualité des avis permet de renforcer la légitimité du discours porté par la Commission et d'atténuer les critiques du « double standard » et d'appréciation « politisée » de certains États récalcitrants⁶¹.

Parmi les facteurs passés en revue par les experts de la Commission, l'histoire politique et les traditions juridiques des États membres, ainsi que l'historique des réglementations commentées, méritent une attention particulière. Les traditions constitutionnelles et les leçons du passé ont un rôle majeur dans le processus constituant, que ce soit sous forme de points de référence ou d'obstacles à franchir. Cette importance accrue des facteurs historiques nationaux pour les organismes internationaux intervenant dans les domaines intéressant l'exercice de la souveraineté étatique⁶² – constitutionnel et électoral – avait déjà été soulignée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux droits politiques⁶³. À titre de considération des éléments du contexte, la Commission de Venise est nécessairement amenée à se prononcer sur l'histoire constitutionnelle et politique des pays assistés. L'analyse des références à l'histoire dans la pratique de la Commission permettrait de comprendre la manière dont elle façonne sa « légitimité du résultat ».

En vue de ces considérations, dans quelle mesure les références à l'histoire dans la pratique de la Commission de Venise constituent-elles un véritable outil de légitimation de sa production normative ?

En vue d'apporter la réponse à cette question, il a été procédé à l'étude de l'ensemble des avis de la Commission de Venise portant sur la démocratie et formant ainsi un « patrimoine électoral européen », lequel est « un aspect spécifique du patrimoine constitutionnel européen »⁶⁴. Il s'agit des recommandations générales et des avis sur les États membres du Conseil de l'Europe⁶⁵ concernant le choix du système électoral et les standards du droit électoral en particulier. Une telle délimitation s'impose au vu du rôle central de l'assistance électorale pour la transition et la consolidation démocratiques de nombreux États européens, au cœur du mécanisme de conditionnalité interne du Conseil de l'Europe. L'angle d'analyse choisi présente également un intérêt majeur puisque les règles de recrutement des élites dirigeantes touchent le cœur de la souveraineté étatique. Une approche encore plus attentive du contexte politique et des traditions juridiques nationales constitue alors le gage de la légitimité de l'intervention de la Commission sur ce terrain épineux.

60 W. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 540.

61 M. BADER, « The Challenges of OSCE Electoral Assistance in the Former Soviet Union », *op. cit.*

62 La présente expression renvoyant à la substance de certaines branches du droit et ne doit pas être confondue avec la notion de « domaine réservé », lequel se définit comme « celui des activités étatiques où la compétence de l'État n'est pas liée par le droit international ». V. IDI, *La détermination du domaine réservé et ses effets*, Session d'Aix-en-Provence – 1954, 29 avril 1954.

63 J.-F. Flauss., *op. cit.*, p. 9.

64 P. GARRONE, *op. cit.*, p. 1419.

65 En vue d'assurer la cohérence de l'analyse effectuée et la pertinence des solutions proposées il serait opportun d'exclure du champ de la présente étude les avis concernant les États tiers au Conseil de l'Europe.

L'étude des références à l'histoire indique que celles-ci remplissent des fonctions bien discernables dans la motivation des avis de la Commission de Venise, renforçant ainsi la qualité de l'argumentation développée (I). Il n'en reste pas moins que, au-delà de ces usages ponctuels, la Commission ne dispose pas de méthodologie cohérente quant au discours sur l'histoire, ce qui semble affaiblir la valeur légitimatrice de ces références (II).

I. Des références téléologiques puissantes à l'histoire...

La documentation générale de la Commission de Venise fait transparaître quatre fonctions de l'histoire. Ces fonctions se retrouvent également dans les avis par pays, où les fonctions légitimatrices des références à l'histoire sont appliquées et développées.

A. Les usages de l'histoire variés

Avant de s'interroger sur la téléologie des usages de l'histoire, il convient de rapporter quelques observations préliminaires sur la polyvalence des références à l'histoire dans la documentation générale de la Commission de Venise.

1. Les usages polyvalents des références à l'histoire

a. En premier lieu, ces considérations se retrouvent dans un éventail assez large des thématiques liées au droit électoral, sans qu'un domaine auquel les références à l'histoire seraient spécifiques se dessine. Elles se retrouvent tant dans la documentation sur les partis politiques, leurs modes de financement et d'organisation interne⁶⁶, que dans les rapports portant sur le mandat des élus, couvrant les incompatibilités⁶⁷ et la question du mandat impératif⁶⁸. Les références à l'histoire sont également présentes dans les rapports sur le choix du système électoral⁶⁹, les droits de participation

66 *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues*, Adoptées par la Commission de Venise lors de sa 41^e réunion plénière (Venise, 10 – 11 décembre, 1999) ; *Lignes directrices et rapport sur le financement des partis politiques*, 23 mars 2001 ; *Guidelines and explanatory report on legislation on political parties : some specific issues*, Adopted by the Venice Commission at its 58th Plenary Session (Venice, 12-13 March 2004) ; *Opinion on the prohibition of financial contributions to political parties from foreign sources*, Adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session (Venice, 17-18 March 2006) ; *Code de bonne conduite en matière de partis politiques*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 77^e Session plénière (Venise, 12-13 décembre 2008) et *Rapport explicatif*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 78^e session plénière (Venise, 13-14 mars 2009) ; *Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques par l'OSCE/BIDDH et la Commission de Venise*, Adoptées par la Commission de Venise lors de sa 84^e session plénière (Venise, 15-16 octobre 2010) ; *Rapport sur le mode de désignation des candidats au sein des partis politiques*, Adopté par la Commission de Venise à sa 103^e session plénière (Venise, 19-20 juin 2015) ; *Lignes directrices conjointes de la Commission de Venise et de l'OSCE/BIDDH sur la réglementation des partis politiques*, Adoptées par la Commission de Venise lors de sa 125^e session plénière (en ligne, 11-12 décembre 2020).

67 *Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 93^e session plénière (Venise, 14-15 décembre 2012).

68 *Rapport sur le mandat impératif et les pratiques similaires*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 79^e session plénière (Venise, 12-13 juin 2009). V. aussi sur le sujet connexe, *Rapport sur la révocation populaire de maires et d'élus locaux*, Adopté par la Commission de Venise à sa 119^e session plénière (Venise, 21-22 juin 2019).

69 *Rapport sur les systèmes électoraux. Tableau de l'offre et critères de choix*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 57^e session plénière (Venise, 12-13 décembre 2003) ; *Rapport sur les quorums et autres aspects des systèmes électoraux restreignant l'accès au Parlement (II)*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 82^e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010) ; *Rapport sur les systèmes électoraux proportionnels : l'attribution des sièges à l'intérieur des listes (listes ouvertes/bloquées)*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 102^e session plénière (Venise, 20-21 mars 2015).

des minorités⁷⁰, les passages sur le découpage électoral⁷¹ et sur la création des organes indépendants chargés d'administration d'élections au niveau national⁷², ainsi que portant sur d'autres thématiques⁷³.

Il est alors difficile, à l'étude de la documentation générale, d'identifier un domaine d'action où le recours à l'argument historique serait particulièrement pertinent. En même temps, pour certains domaines, la Commission reprend des arguments historiques des avis antérieurs, faisant preuve de la pratique constante. Tel est notamment le cas des passages relatifs aux « inégalités historiques » concernant la justification de l'action positive en faveur des minorités ou des références à la « tradition d'indépendance du pouvoir politique » pour justifier le besoin de créer des commissions électorales indépendantes.

b. En deuxième lieu, les références à l'histoire ne se rapportent pas non plus à une période passée précise et le degré de précision de ces références est également variable. La motivation des avis peut bien contenir de simples évocations d'une « histoire »⁷⁴, assez fréquentes dans les rapports, sans précision ultérieure sur sa portée. Il se peut aussi que les références à l'histoire, bien que plus précises, ne contiennent qu'une généralisation synthétique tirée de l'analyse comparée des événements historiques de plusieurs pays européens⁷⁵. La question de savoir à qui cette histoire

70 *Rapport sur les règles électorales et les actions positives en faveur de la participation des minorités nationales aux processus de décision dans les pays européens*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 62^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2005) ; *Rapport sur le double vote des personnes appartenant à des minorités nationales*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 75^e session plénière (Venise, 13-14 juin 2008).

71 *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, adoptés par la Commission de Venise lors de ses 51^e et 52^e sessions (Venise, 5-6 juillet et 18-19 octobre 2002), *Lignes directrices*, § 2.2 et *Rapport explicatif*, § 14 ; *Rapport sur la délimitation des circonscriptions et la répartition des sièges*, Adopté par la Commission de Venise à sa 113^e session plénière (Venise, 8 – 9 décembre 2017).

72 *Le patrimoine électoral européen*, 18 février 2002, p. 4-5 et 14-15 ; *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, *op. cit.*, *Lignes directrices*, § 3.1. et *Rapport explicatif*, § 17, 69, 70, 76 et 78 ; *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe. Étude de synthèse sur certains défis et problèmes récurrents*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 67^e session plénière (Venise, 9-10 juin 2006) ; *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe. Étude de synthèse sur certains défis et problèmes récurrents*, Pris en note par la Commission de Venise à sa 124^e session plénière en ligne (8-9 octobre 2020).

73 V. notamment sur le contentieux électoral devant le Parlement comme juge de sa propre élection, *Le patrimoine électoral européen*, *op. cit.*, p. 17 et *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, *op. cit.*, *Rapport explicatif*, § 94. V. aussi sur les droits de participation politique des personnes effectuant un service militaire, *Rapport sur l'abolition des restrictions au droit de vote aux élections législatives*, Entériné par la Commission de Venise lors de sa 61^e session plénière (Venise, 3-4 décembre 2004), § 47. V. aussi *Rapport sur l'abus de ressources administratives pendant les processus électoraux*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 97^e session plénière (Venise, 6-7 décembre 2013) et *Report on the identification of electoral irregularities by statistical methods*, Taken note of by the Council for Democratic Elections at its 61st meeting (Venice, 15 March 2018) and the Venice Commission at its 114th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2018), concernant la fraude électorale.

74 Pour le meilleur exemple d'évocation non spécifique de l'histoire, voy. *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, *op. cit.*, *Rapport explicatif*, § 76 : « En outre, la commission électorale centrale peut comprendre : [...] – un représentant du ministère de l'Intérieur. Toutefois, la présence d'un représentant du ministère de l'Intérieur au sein de la commission n'est pas toujours souhaitable pour des raisons propres à l'histoire du pays. Au cours de ses missions d'observation des élections, l'Assemblée s'est déclarée préoccupée, à plusieurs reprises, par le transfert des responsabilités précédemment attribuées à des commissions électorales multipartites et de plein droit à une institution qui relevait du pouvoir exécutif. ».

75 *Rapport sur le double vote des personnes appartenant à des minorités nationales*, *op. cit.*, § 51 : « L'histoire est très instructive à cet égard. Lorsqu'il y avait autrefois (par exemple, au sein d'une démocratie ancienne) libre adhésion de l'ensemble ou d'une partie d'une minorité à des partis politiques nationaux, indépendamment de son identité ethnique, et que son intégration sociale était donc en cours, il pouvait être préférable d'éviter de réserver un siège à un parti politique

appartient reste alors ouverte pour le lecteur. Dans ce genre de référence, l'histoire cesse d'être le récit sur le passé et devient une pratique rhétorique à la portée des rapporteurs.

L'interprétation de la portée de telles évocations est ainsi laissée à la discrétion des États parties, ce qui peut se prêter à des incompréhensions. Il n'en reste pas moins que des analyses plus détaillées du contexte historique de l'apparition d'une telle ou telle norme se retrouvent dans la pratique de la Commission. Plusieurs exemples de telles excursions dans l'histoire méritent d'être cités : l'histoire des dissolutions des partis politiques dans les anciennes démocraties européennes au cours du xx^e siècle⁷⁶, un récit des origines du mandat impératif dans le droit romain, dans la pratique du royaume de Léon et Castille datant du xv^e siècle et dans l'expérience de la Commune de Paris de 1871⁷⁷, des évocations du régime de non-cumul des mandats dans le temps de la Grèce antique⁷⁸. Cette sélection des objets d'analyse historique approfondie montre que l'histoire, pour la Commission de Venise, recouvre les événements et les anciennes structures juridiques pouvant appartenir à n'importe quel moment du passé. Ainsi, son acception de l'histoire est plus que large, lui permettant de moduler les références à celle-ci en fonction des objectifs poursuivis.

c. En troisième lieu, si les références à l'histoire sont assez fréquentes dans la documentation générale, elles ne sont pour autant pas systématiquement incorporées dans la motivation. Analyse qualitative mise à part⁷⁹, une certaine évocation de l'histoire s'observe dans environ 73 % d'avis⁸⁰. Il convient également d'observer que, pendant plus de vingt ans d'activité de la Commission – de 1999 à 2020 – la fréquence des références à l'histoire reste invariable.

La plupart d'avis où la Commission omet de mentionner l'histoire sont des lignes directrices, lesquelles synthétisent les bonnes pratiques pour faciliter leur incorporation dans les droits nationaux des États membres. Une telle omission des justifications à partir de l'histoire paraît légitime. En même temps, certaines lignes directrices contiennent des références assez sommaires à l'histoire, comme c'est le cas du Code de bonne conduite en matière électorale⁸¹ ou des Lignes directrices sur

représentant une minorité [...] » et § 52 : « Lorsqu'une démocratie vient de s'implanter après plusieurs années de totalitarisme et de répression des minorités qui ont été privées de toutes les protections internationales de rigueur, il serait peut-être opportun de prévoir, à titre transitoire, des sièges réservés pour les minorités aux assemblées électorales. ». V. aussi *Report on the identification of electoral irregularities by statistical methods*, op. cit., § 79 : « Indeed, there is a history of electoral fraud being particularly conducted in the periphery of countries, and/or in regions with different ethnicities. Historically and still today, there are cases where some parts of a country are ruled by authoritarian sub-national governments that do not allow the same political freedoms as other regions. »

76 *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues*, op. cit., p. 19.

77 *Rapport sur le mandat impératif et les pratiques similaires*, op. cit., § 4-9.

78 *Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques*, op. cit., § 39.

79 V. *infra*.

80 Parmi les 40 avis à la portée générale de la Commission de Venise intéressant le droit électoral et répertoriés sur son site officiel, 29 avis contiennent une référence explicite à un certain fait historique, indifféremment du degré de précision de la référence citée.

81 Dans sa partie prescriptive – à la différence de la motivation contenue dans le *Rapport explicatif* – le Code dispose notamment que, pour le découpage électoral, « Le critère géographique et les délimitations administratives voire historiques peuvent être pris en considération ». *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, op. cit., *Lignes directrices*, § 2.2. Pour ce qui est de l'obligation de mettre en place un organe impartial chargé d'administration des élections, celle-ci concerne les États parties où l'histoire de la démocratie est marquée par « l'absence d'une longue tradition d'indépendance de l'administration face au pouvoir politique », v. *ibid.*, § 3.1.

la législation en matière de partis politiques.⁸² Hormis ces références, les évocations de l'histoire se retrouvent dans les documents de type « rapport », lesquels présentent une motivation plus extensive.

d. Enfin, une telle polyvalence, peut-elle s'expliquer par les différences dans la composition des rédacteurs des avis ? Certes, les rapporteurs de la Commission peuvent avoir des approches différentes à la motivation des recommandations. En revanche, tous les avis doivent être adoptés par l'ensemble de la Commission de Venise, laquelle privilégie le consensus et la cohérence dans sa pratique. Ainsi, les divergences des styles rédactionnels seront nécessairement gommées au terme de la procédure, y compris avec le concours du membre du Secrétariat qui participe également à la rédaction. En tout état de cause, malgré cette polyvalence, les usages téléologiques qui se dessinent se prêtent aisément à l'exercice de classification en fonction des objectifs poursuivis par la Commission.

2. *Les usages téléologiques des références à l'histoire*

La classification des références à l'histoire en fonction de la finalité poursuivie par les arguments fait ressortir quatre catégories principales, lesquelles ne se recoupent que très rarement dans les motivations analysées. De manière générale, les arguments tirés de l'histoire motivent les standards électoraux élaborés par la Commission. Ces références peuvent ainsi justifier la légitimité de ces standards (a), élargir (b) ou rétrécir (c) la marge d'appréciation de l'État dans leur application ou, enfin, aider à moduler l'applicabilité de certaines lignes directrices en fonction de l'ancienneté des institutions démocratiques du pays (d).

Or, certaines références n'impliquent pas de conséquences particulières pour les standards européens en matière électorale ni pour leur applicabilité. Tel est par exemple le cas des excursions dans l'histoire de certains États parties pour tracer les origines de l'apparition d'une pratique qui fait objet des commentaires dans le rapport⁸³. De telles références sont toutefois marginales.

a. La légitimation des standards européens en matière électorale à l'aide de l'histoire. La Commission de Venise recourt à l'histoire pour insister sur l'importance – ou, au contraire, sur l'obsolescence – d'un standard en matière électorale. En premier lieu, l'argument tiré de l'histoire d'un État en particulier ou de plusieurs États partageant l'histoire commune ou proche peut justifier, voire ordonner la mise en place de mesures particulières. À titre d'exemple, le double vote pour les personnes appartenant à des minorités nationales est recommandé « si un État se relève d'une expérience totalitaire et qu'il

82 V. notamment *Lignes directrices conjointes de la Commission de Venise et de l'OSCE/BIDDH sur la réglementation des partis politiques*, *Lignes directrices conjointes de la Commission de Venise et de l'OSCE/BIDDH sur la réglementation des partis politiques*, 2020, *op. cit.*, § 2 où la Commission évoque les différences dans les approches relatives à la réglementation nationale des partis politiques conditionnées par « les évolutions historiques et les contextes politico-culturels spécifiques à chaque pays ». V. pour le même usage, *ibid.*, § 27, 29 et 177.

83 *Rapport sur les systèmes électoraux proportionnels : l'attribution des sièges à l'intérieur des listes (listes ouvertes/bloquées)*, *op. cit.*, § 10-12, sur les origines et les particularités des élections au scrutin proportionnel en Norvège ou encore *Rapport sur les systèmes électoraux. Tableau de l'offre et critères de choix*, *op. cit.*, § 37, sur l'histoire de l'instauration du scrutin majoritaire en France.

est nécessaire de favoriser l'intégration de la minorité dans la vie politique de la nation. C'est là un exemple de discrimination positive que peut justifier l'histoire d'un pays [...]. »⁸⁴. De même, la Commission insiste sur l'attention accrue à l'établissement et à la mise à jour des listes électorales « dans les démocraties nouvelles ou émergentes, surtout dans les périodes d'après-guerre avec leurs cohortes de réfugiés et de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays »⁸⁵. Enfin, pour introduire les mesures temporaires spéciales dans la législation relative aux partis politiques en faveur de certains groupes sous-représentés, il convient aussi de se référer aux inégalités historiques dans un pays donné⁸⁶.

En second lieu, le fait qu'une expérience historique de certains pays européens ait conditionné l'apparition d'une pratique peut être repris par la Commission pour légitimer l'existence d'un standard européen. La bonne pratique peut ensuite être réceptionnée à l'échelle européenne, y compris dans les États n'ayant jamais vécu d'expérience similaire. Par exemple, la prohibition du financement des partis politiques depuis l'étranger se justifie par l'expérience du siècle dernier, laquelle est pertinente pour certaines démocraties où les régimes soviétique et nazi finançaient des partis étrangers contre influence⁸⁷. Il en serait de même pour les jeunes démocraties ayant récemment accédé à une indépendance apparemment fragile⁸⁸. Dans le même ordre d'idées, les restrictions sur le financement des partis politiques par certaines personnes morales se justifient par l'histoire de la corruption politique dans certains États européens⁸⁹.

Enfin, une excursion dans l'histoire peut servir à délégitimer une pratique obsolète mais persistant toujours dans certains pays. Tel est notamment le cas du mandat impératif, dont l'histoire, telle que retracée par la Commission, sert à montrer son incompatibilité avec les préceptes de la démocratie libérale. La sélection des exemples du mandat impératif concerne certaines sociétés historiques et les divers régimes communistes⁹⁰. Le mandat impératif apparaît alors comme réservé aux régimes historiques obsolètes, voire antidémocratiques, avant qu'ils ne soient supplantés par la démocratie libérale.

b. L'élargissement de la marge nationale d'appréciation en ce qui concerne les institutions traditionnelles. Tout comme la Cour européenne permet à certains impératifs d'ordre historique de justifier l'ample marge nationale d'appréciation en matière du droit à des élections libres⁹¹, l'expérience passée de certains États peut les autoriser à limiter la portée de certaines prescriptions de la Commission. La documentation générale souligne fréquemment la flexibilité des standards européens face aux « divergences [...] profondément ancrées dans l'expérience politique et historique ou dans

84 *Rapport sur le double vote des personnes appartenant à des minorités nationales*, *op. cit.*, § 58. Nous soulignons.

85 *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe*, 2006, *op. cit.*, § 62.

86 *Lignes directrices conjointes de la Commission de Venise et de l'OSCE/BIDDH sur la réglementation des partis politiques*, 2020, *op. cit.*, § 134, 140 et 175.

87 *Opinion on the prohibition of financial contributions to political parties from foreign sources*, *op. cit.*, § 10.

88 *Ibid.*, § 8-10.

89 *Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques par l'OSCE/BIDDH et la Commission de Venise*, *op. cit.*, § 173.

90 *Rapport sur le mandat impératif et les pratiques similaires*, *op. cit.*, § 4-9 et 39.

91 J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 8.

la trajectoire institutionnelle et les traditions démocratiques du pays »⁹². Dans la plupart d'avis, des allusions sommaires à l'histoire servent à souligner l'adaptabilité de ses exigences⁹³ ou l'impossibilité d'arrêter un modèle unique⁹⁴.

Or, parfois la Commission prévoit la « rigidification »⁹⁵ de la marge nationale d'appréciation pour l'application de certains standards européens en présence d'impératifs d'ordre historique. Par exemple, la pratique de désigner le Parlement comme juge de sa propre élection, bien que contraire au principe d'impartialité du contentieux électoral, peut exceptionnellement être tolérée en première instance « là où il est connu de longue date »⁹⁶. Il en est de même pour la pratique de révocation de maires et d'élus locaux, admissible si bien encadrée et existant en vertu des « traditions juridiques et constitutionnelles du pays »⁹⁷. Il convient toutefois de souligner que la Commission recourt à l'argument historique dans de tels cas non pas en vue de justifier une dérogation par rapport aux standards européens, mais bien pour confier à l'État une marge lors de leur application, marge qui n'est jamais illimitée⁹⁸. La Commission le souligne expressément, en avertissant que « les différences dictées par des spécificités locales ne sauraient remettre en cause ou affaiblir le caractère universel des principes de la démocratie »⁹⁹.

c. Le rétrécissement de la marge nationale d'appréciation par le rejet préventif des arguments tirés de l'histoire. La flexibilité de l'approche de la Commission de Venise n'implique cependant pas que l'invocation de toute spécificité historique nationale soit couronnée de succès. Ainsi, pour anticiper des arguments historiques dont la validité est douteuse pour la Commission, certains avis font état de cas où la marge d'appréciation ne peut pas être étendue ainsi. Dans le cas notamment des restrictions aux droits de participation politique des militaires, « les expériences spécifiques du passé en matière de relations entre les civils et les militaires » ne sauraient « servir d'excuse pour priver automatiquement de leurs droits de vote les personnes qui effectuent leur service militaire »¹⁰⁰. De même, le vote négatif (ou le vote « contre tous »), bien qu'hérité de « la tradition communiste consistant à organiser des élections non concurrentielles », constitue une mauvaise pratique aux yeux de la

92 *Code de bonne conduite en matière de partis politiques, op. cit., Rapport explicatif*, § 92.

93 V. pour d'autres exemples *Report on term-limits. Part II – Members of parliament. Part III – Representatives elected at sub-national and local level and executive officials elected at sub-national and local level*, Adopted by the Venice Commission at its 118th Plenary Session (Venice, 15-16 March 2019), § 46 ; *Rapport sur les systèmes électoraux proportionnels : l'attribution des sièges à l'intérieur des listes (listes ouvertes/bloquées)*, *op. cit.*, § 8 et 24 ; *Rapport sur les mesures pour améliorer le caractère démocratique des élections dans les États membres du Conseil de l'Europe*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 90^e session plénière (Venise, 16-17 mars 2012), § 14.

94 *Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques par l'OSCE/BIDDH et la Commission de Venise, op. cit.*, § 1 et 4 ; *Opinion on the prohibition of financial contributions to political parties from foreign sources, op. cit.*, § 6.

95 Y. LÉCUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 496.

96 *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif, op. cit., Rapport explicatif*, § 94.

97 *Rapport sur la révocation populaire de maires et d'élus locaux, op. cit.*, § 63, 71, 90, 93.

98 V. pour un autre exemple à propos du standard du financement public des partis politiques et la tradition suisse d'autofinancement des partis, *Lignes directrices et rapport sur le financement des partis politiques, op. cit., Rapport*, p. 9.

99 *Code de bonne conduite en matière de partis politiques, op. cit., Rapport explicatif*, § 92.

100 *Rapport sur l'abolition des restrictions au droit de vote aux élections législatives, op. cit.*, § 47.

Commission car favorisant « l’apathie de la population à l’égard de la politique »¹⁰¹. Pour reprendre l’analogie avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, « [t]antôt le poids de l’histoire est un facteur d’élargissement de la marge d’appréciation de l’État. Tantôt le poids de l’histoire s’efface au profit d’un recul de la marge d’appréciation de l’État »¹⁰².

d. La modulation du standard applicable en fonction de l’histoire politique du pays. Enfin, les références à l’histoire peuvent servir de base pour la différenciation des destinataires de la norme proposée, laquelle a pour effet le dédoublement des standards applicables. Une telle différenciation est opérée par le biais d’une classification des États selon l’ancienneté de leurs institutions démocratiques. Les États sont divisés en « anciennes » démocraties, ou bien « démocraties établies », d’une part, et les « nouvelles » ou « jeunes » démocraties¹⁰³, d’autre part. Cette distinction est au cœur du travail de la Commission, laquelle insiste sur l’absence de « solution unique »¹⁰⁴ aux problèmes en matière de consolidation de la démocratie. La classification binaire en fonction du passé démocratique permet de moduler la règle applicable en fonction des caractéristiques du destinataire, donnant lieu à un « double standard » justifié par l’impératif d’adaptabilité. La distinction en question ne disparaît pas dans les travaux récents de la Commission malgré son relatif abandon par la Cour européenne des droits de l’homme en 2020¹⁰⁵.

La plupart d’avis imposent ainsi aux « nouvelles » démocraties des exigences plus importantes qu’aux anciennes, en raison de l’absence de la culture politique laquelle s’acquiert au fil des années d’expérience démocratique. Ainsi, en matière de financement des partis politiques, l’intérêt « récent » de l’ensemble de démocraties européennes pour la question de sa réglementation surprend la Commission. « Si la chose peut se comprendre pour les pays qui n’ont entamé qu’il y a peu de temps leur marche vers la démocratie, elle apparaît plus surprenante pour les anciennes démocraties qui ont déjà une longue expérience du pluralisme politique, du combat électoral, des campagnes législatives, voire présidentielles. »¹⁰⁶.

Pour ne retenir que quelques exemples des exigences plus élevées à l’encontre des « jeunes » démocraties, le recours aux commissions électorales impartiales pour l’administration des élections mérite d’être mentionné. « Ainsi, si des démocraties établies peuvent confier sans problème à l’administration la gestion de l’ensemble du processus électoral, de l’enregistrement des électeurs à la proclamation des résultats, cela est à éviter dans les nouvelles démocraties où l’administration

101 *Rapport sur le droit électoral et l’administration des élections en Europe*, 2006, *op. cit.*, § 142. Sur la discussion du vote « contre tous » et l’argument tiré des traditions constitutionnelles des États post-communistes. voy. *infra*, Partie II – B – § 2.

102 J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 8.

103 Dans les travaux récents de la Commission, l’expression « démocraties nouvelles » renvoie aux États membres du Conseil de l’Europe « qui ont introduit des démocraties libérales dans les années 1990 », v. *Rapport sur le droit électoral et l’administration des élections en Europe*, 2020, *op. cit.*, § 23.

104 A. UBEDA DE TORRES, *op. cit.*, p. 163.

105 V. de manière plus détaillée E. HOLMØYVIK, « Strasbourg slams old democracies on elections », *Verfassungsblog*, 1^{er} août 2020 [En ligne]. URL : <https://verfassungsblog.de/strasbourg-slams-old-democracies-on-elections/> (consulté le 15 mars 2021).

106 *Lignes directrices et rapport sur le financement des partis politiques*, *op. cit.*, p. 5.

risque d'être politisée¹⁰⁷. » En raison de cette circonstance, les Lignes directrices du code de bonne conduite en matière électorale, prescrivent que, « En l'absence d'une longue tradition d'indépendance de l'administration face au pouvoir politique, des commissions électorales indépendantes et impartiales doivent être créées, du niveau national au niveau du bureau de vote. »¹⁰⁸. Il en est de même pour l'invitation des missions d'observation internationale d'élections¹⁰⁹, la précision accrue de la réglementation des partis politiques¹¹⁰, la formation des électeurs aux nouvelles lois et technologies électorales¹¹¹, la publication et l'accessibilité des listes électorales peu pratiquées dans les démocraties établies¹¹², le marquage des doigts pour éviter le vote multiple¹¹³, l'interdiction du vote par correspondance pratiqué de longue date au Royaume-Uni¹¹⁴, la limitation des mandats présidentiels¹¹⁵, des bulletins de vote uniques et intégraux au lieu de bulletins séparés pour chaque candidat pourtant habituels en France¹¹⁶, la tenue des élections par circonscriptions uninominales déconseillée aux « pays où une culture politique démocratique n'est pas suffisamment établie »¹¹⁷ et bien d'autres mesures visant à compenser l'histoire récente des institutions démocratiques dans certains États. Un cas isolé d'exigences plus élevées à l'encontre des « démocraties établies » peut être évoqué, celui des seuils électoraux admissibles pour le scrutin proportionnel. Ainsi, l'ancienneté du système partisan de celles-ci commanderait un seuil plus bas que celui applicable dans les « nouvelles » démocraties où le système partisan serait encore en cours de formation¹¹⁸.

Les avis par pays partagent les mêmes caractéristiques et les références à l'histoire y remplissent également les mêmes fonctions. De même, bien qu'il soit possible de croire que les avis sur les législations concrètes seraient plus précis que la documentation générale, ceci ne semble pas être le cas.

B. Les usages de l'histoire développés dans les avis par pays

La flexibilité de la Commission de Venise lorsqu'elle dialogue avec les autorités nationales l'amènerait nécessairement à fournir une appréciation plus précise et nuancée du contexte du pays concerné. Une telle appréciation faciliterait la production de recommandations individualisées et,

107 *Le patrimoine électoral européen*, *op. cit.*, p. 4-5. V. de même *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe*, 2020, *op. cit.*, § 22-23 et 26 pour une évocation plus récente.

108 *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, *op. cit.*, *Lignes directrices*, § 3.1. Voy. aussi *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe*, 2006, *op. cit.*, § 21-24.

109 *Ibid.*, *Rapport explicatif*, § 89.

110 *Guidelines and explanatory report on legislation on political parties: some specific issues*, *op. cit.*, p. 2.

111 *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe*, 2006, *op. cit.*, § 51.

112 *Ibid.*, § 68 : « Cette pratique n'est certainement pas un exemple à suivre pour les démocraties nouvelles ou émergentes de la région. ». Voy. dans le même ordre d'idées, § 139 : « Le modèle espagnol est quant à lui très insolite et ne saurait être recommandé aux démocraties nouvelles ou émergentes en Europe : il permet aux partis politiques de produire leurs propres bulletins de vote – conformes à un modèle approuvé – et de les distribuer avant et pendant le jour du scrutin. ».

113 *Ibid.*, § 138.

114 *Rapport sur le vote à l'étranger*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 87^e session plénière (Venise, 17-18 juin 2011), § 17.

115 *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe*, 2020, *op. cit.*, § 107.

116 *Ibid.*, § 199.

117 *Ibid.*, § 254.

118 *Rapport sur les quorums et autres aspects des systèmes électoraux restreignant l'accès au Parlement (II)*, *op. cit.*, § 68.

partant, plus légitimes aux yeux de ses destinataires. La procédure de préparation des avis par pays est, de surcroît, plus propice à la prise en compte du contexte par les rapporteurs dans la mesure où elle permet les visites du pays et les échanges abondants avec les autorités nationales à tous les stades de la préparation du rapport. De telles possibilités de collecte des données, souvent reflétées dans les avis par pays, ne débouchent cependant pas sur une plus grande qualité de l'argument historique. Quelques avis, surtout dans les domaines l'appelant impérativement ou en réponse à l'argumentation des autorités nationales, passent en revue l'historique du problème du pays concerné. Toutefois, la plupart se bornent à invoquer des récits historiques sans rapport direct avec l'État destinataire de la recommandation voire font état de généralisations sur l'histoire de la démocratie en Europe.

1. *Les usages rares de l'histoire des pays concernés par les avis*

Les cas, relativement peu nombreux, de l'analyse de l'histoire des pratiques électorales font apparaître quelques applications intéressantes des fonctions des références à l'histoire. Les références à l'histoire élargissant la marge nationale d'appréciation retrouvent notamment leur place centrale. Ainsi, la Commission de Venise applique sa pratique constante en matière du contentieux électoral devant le Parlement national comme juge de sa propre élection dans un avis demandé par la Norvège. Ce type de contentieux, bien que devant être assorti de la possibilité de faire appel devant une juridiction, peut survivre puisque « La Norvège a une *longue tradition d'élections démocratiques*, qui jouit d'un niveau élevé de confiance publique. Le droit norvégien actuel relatif à la résolution des litiges électoraux repose sur des *traditions constitutionnelles et légales*, qui maintiennent une séparation des pouvoirs afin de garantir la souveraineté du Parlement »¹¹⁹.

Les circonstances historiques peuvent aussi justifier l'existence d'un *but légitime* poursuivi par l'État. Tel est notamment le cas de la décision du Royaume-Uni de soumettre l'inscription des électeurs en Irlande du Nord à des exigences plus élevées que les autres parties du pays. De surcroît, le recours au vote par correspondance, pratiqué « à la demande » en Grande-Bretagne, doit être « justifié » pour les citoyens résidant en Irlande du Nord. En examinant cette discrimination, la Commission de Venise a conclu à son caractère non arbitraire. La justification objective et raisonnable de ladite politique a été établie « en fonction de *circonstances historiques* : conflits politiques au sein de l'Irlande du Nord ; fait que la fraude électorale est considérée comme un problème important dans la société d'Irlande du Nord ; méfiance à l'égard du système de vote à distance ; problèmes de fraude persistante et manque de transparence dans les élections antérieures »¹²⁰. De même, la dérogation à l'égalité de la force électorale pour le découpage des circonscriptions pour les élections municipales de la ville de Mostar en Bosnie-Herzégovine paraît légitime pour la Commission. Cette dérogation a pour effet d'assurer une représentation équitable de divers groupes ethniques y résidant, objectif

119 *Avis conjoint* (avec OSCE/BIDDH) *sur la législation électorale de la Norvège*, *op. cit.*, § 42-44.

120 *Avis sur le droit électoral du Royaume-Uni*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 73^e session plénière (Venise, 14-15 décembre 2007), § 55.

primordial au vu de « l'histoire des violences interethniques pendant la guerre de 1992-1994, les divisions ethniques qui ont suivi et le retour partiel des réfugiés et des personnes déplacées »¹²¹.

Il n'en reste pas moins que, dans certains cas, les justifications étatiques tirées de l'histoire font l'objet du contrôle approfondi de la part de la Commission. Les lois dites de lustration en constituent la meilleure illustration. Les lois de lustration de l'Albanie¹²², de la Macédoine du Nord¹²³ et de l'Ukraine¹²⁴ ont été adoptées chacune près de vingt ans après la chute des régimes autoritaires dont l'héritage elles visaient. Le but légitime dans l'ensemble de ces cas peut être aisément établi pour ce qui concerne les « jeunes » démocraties dans la mesure où « certains représentants du régime communiste constituent toujours une menace pour le régime démocratique »¹²⁵. Cependant, compte tenu du moment tardif de l'introduction des lois de lustration, les arguments historiques ne suffisent pas à eux seuls aux yeux de la Commission, surtout en absence de garanties procédurales adéquates. Elle a donc procédé au contrôle strict du but légitime. Pour la Commission, « l'application de mesures de lustration à raison d'actes commis après la fin du régime totalitaire ne peut se justifier qu'au regard de conditions historiques et politiques exceptionnelles »¹²⁶. Ayant établi ce critère, elle a recherché s'il a été rempli dans ces trois cas. Elle a conclu par l'invalidation des arguments historiques présentés.

Enfin, la Commission exige, tout comme la Cour EDH, que le rapport de proportionnalité puisse être établi entre les mesures prises et le but légitime poursuivi. Par exemple, la Commission avait retenu comme justifiable le système d'inscription sur les listes électorales par ménage – ne nécessitant que la preuve de la résidence pour s'inscrire – au vu de « la méfiance qu'inspire traditionnellement aux Britanniques l'utilisation publique d'informations à caractère privé »¹²⁷. En revanche, l'absence de garanties supplémentaires dans la mise en œuvre de ce système le rend propice à la fraude électorale¹²⁸. La Commission a finalement recommandé au Royaume-Uni de revenir sur ce système. Il en est de même pour la recommandation de prévoir l'appel devant un tribunal des décisions du Parlement statuant comme juge de sa propre élection en Norvège¹²⁹.

121 *Mémoire amicus curiae pour la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine sur certaines dispositions de la loi électorale de la Bosnie-Herzégovine, de la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et du statut de la ville de Mostar*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 84^e session plénière (Venise, 15-16 octobre 2010).

122 *Avis amicus curiae relatif à la loi sur l'intégrité des hauts fonctionnaires de l'administration publique et des élus de l'Albanie*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 80^e session plénière (Venise, 9 et 10 octobre 2009).

123 *Mémoire amicus curiae sur la loi relative aux conditions limitant l'exercice de fonctions publiques, à l'accès aux documents et à la publication des noms de ceux qui ont coopéré avec les organes de sécurité de l'état (« loi de lustration ») de « l'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 93^e session plénière (Venise, 14-15 décembre 2012).

124 *Avis final sur la loi relative à l'intégrité du gouvernement (loi de lustration) de l'Ukraine, telle qu'elle résulterait des amendements soumis à la Verkhovna Rada le 21 avril 2015*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 103^e Session plénière (Venise, 19-20 juin 2015).

125 *Ibid.*, § 70.

126 *Ibid.*, § 71.

127 *Avis sur le droit électoral du Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 17.

128 *Ibid.*, § 33.

129 *Avis conjoint (avec OSCE/BIDDH) sur la législation électorale de la Norvège*, *op. cit.*, § 44.

2. *Les usages stratégiques des récits historiques européens indéterminés*

Malgré l'accessibilité des données sur l'histoire des institutions faisant l'objet des commentaires de la Commission, dans la plupart de cas, les rapports se bornent à mentionner l'histoire dans la liste des arguments à prendre en considération sans en préciser le sens (a). En même temps, certains avis contiennent des arguments forts tirés de l'histoire comparée des institutions européennes (b). Enfin, pour ce qui est de la classification des États en « anciennes » et « nouvelles » démocraties, celle-ci n'est que très peu explicitée dans les avis par pays (c). Certaines de ces généralisations des récits historiques renforcent la motivation des avis.

a. La pratique rhétorique consistant à avancer le contexte historique de façon axiomatique, ne nécessitant pas de développement ultérieur, transparait dans certains avis. Ce type d'énoncé souligne la flexibilité de l'approche de la Commission, même si l'argument historique ne sera pas abordé de façon extensive. À titre d'exemple, en examinant la loi et la pratique turques relatives à la dissolution des partis politiques, la Commission a fait quatre références au « contexte historique particulier »¹³⁰ justifiant potentiellement des mesures plus restrictives que la moyenne européenne, dont deux à la « spécificité politique, constitutionnelle et historique turque »¹³¹. Ces énoncés n'ont toutefois pas été explicités par la suite.

b. Certaines références à l'histoire, plus précises que de simples évocations, motivent les recommandations à partir de récits globaux de l'histoire en Europe. L'illustration la plus significative de cette pratique argumentative se retrouve dans l'avis sur la réglementation des élections locales et régionales en Croatie de 2002. En l'espèce, une meilleure précision de la loi croate en matière de financement des campagnes électorales était recommandée en vue de remédier à « la menace d'un traitement préférentiel de certains partis ou de corruption » et ce, puisque « L'histoire n'est pas avare d'exemples de phénomènes de ce genre »¹³². Cette référence se rapporte à une histoire indéterminée, vraisemblablement à une certaine synthèse des histoires de certains pays européens. De même, la recommandation d'interdire la participation aux activités des partis politiques pour les échelons supérieurs du ministère public d'Azerbaïdjan serait « particulièrement valable dans les démocraties émergentes, surtout celles ayant une longue histoire d'ingérence politique dans la poursuite des infractions pénales »¹³³. Enfin, pour dénoncer les restrictions sur l'existence des petits partis politiques en Russie, les rapporteurs insistaient sur le fait que « [l]'histoire regorge d'exemples de grands partis politiques dont l'assise a soudainement reculé de façon catastrophique »¹³⁴.

130 *Avis sur les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à l'interdiction des partis politiques en Turquie*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 78^e Session plénière (Venise, 13-14 mars 2009), § 22, 30, 66 et 112.

131 *Ibid.*, § 30 et 66.

132 *Avis sur la loi sur l'élection des membres des organes représentatifs des collectivités locales et régionales de la Croatie*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 50^e session plénière (Venise, 8-9 mars 2002), § 43.

133 *Avis sur la loi sur les partis politiques de la République d'Azerbaïdjan*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 59^e session plénière (Venise, 18-19 juin 2004), § 16.

134 *Avis sur la loi sur les partis politiques de la Fédération de Russie*, *op. cit.*, § 29.

Une telle indétermination des références à l'histoire permet à la Commission de signaler une pratique déplorable de façon diplomatique, sans pour autant aller jusqu'à incriminer l'État concerné par l'avis, toujours dans l'objectif de maintenir des relations cordiales avec les autorités nationales et, partant, de favoriser la conformité (*compliance*) des États. Cette fonction puissante des références historiques comparées transparaît dans l'avis sur le système électoral moldave de 2017, où la Commission place la proposition moldave d'introduire le scrutin mixte dans le contexte de « l'expérience historique [...] d'États de la même région qui ont une histoire et une culture politique proches », en renvoyant à ses autres avis¹³⁵.

c. Quant aux références à l'histoire permettant de moduler les standards électoraux applicables, les résultats des classifications des pays en « anciennes » ou « nouvelles » démocraties sont, dans la plupart de cas, présentés comme étant évidents, ne nécessitant de motivation supplémentaire. Mais plus fondamentalement encore, le fait de classer un pays comme étant une « ancienne » ou « nouvelle » démocratie implique souvent, pour les rapporteurs, de rendre un jugement sommaire sur le contexte historico-politique du pays concerné par l'avis et partant, d'en déduire les recommandations. Une telle approche transparaît notamment dans deux avis relatifs aux lois électorales arméniennes, où la Commission applique ses standards établis pour les « jeunes » démocraties sans aller en détail sur le contexte historico-politique du pays. Ainsi, le fait que l'Arménie soit une « nouvelle » démocratie justifierait la recommandation d'introduire le marquage des doigts¹³⁶, ainsi que les mesures législatives visant à garantir l'immunité des candidats à la présidence de même que celle des membres des commissions électorales¹³⁷. Pour ce qui concerne ces derniers, leur immunité est légitime, aux yeux de la Commission, au regard de considérations générales sur le parcours historique des « jeunes » démocraties, où « l'appareil bureaucratique serait resté le même que sous le régime colonial ou communiste, ou un autre régime autoritaire, et n'aurait pas été considéré capable d'acquiescer l'esprit d'impartialité et d'indépendance nécessaire »¹³⁸. Bien qu'un tel manque de précision puisse être considéré comme regrettable, il semble être justifié pour ce qui concerne les « nouvelles » démocraties dans la mesure où, lors des visites des pays, les interlocuteurs de la Commission lui font généralement part des problèmes proches ou similaires.

En outre, certains avis utilisent la référence à la pratique établie de longue date dans les « anciennes » démocraties afin d'inviter sa transposition par des « nouvelles » démocraties. Par exemple, l'une des raisons pour lesquelles la Commission de Venise déconseille le maintien du vote négatif dans les pays postcommunistes tient à son caractère « complètement inhabituel dans les

135 *République de Moldova – Avis conjoint (avec l'OSCE/BIDDH) sur les projets de lois modifiant et complétant certains textes législatifs (système électoral pour l'élection du Parlement)*, Adopté par la Commission de Venise à sa 111^e session plénière (Venise, 16-17 juin 2017), § 27.

136 *Avis conjoint relatif au projet de code électoral de la République d'Arménie par la Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 67^e session plénière (Venise, 9-10 juin 2006), § 55.

137 *Avis sur la question de l'immunité des personnes impliquées dans le processus électoral en Arménie*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 76^e session plénière (Venise, 17-18 octobre 2008), § 38-39.

138 *Ibid.*, § 26.

démocraties établies »¹³⁹. Il n'en reste pas moins que cette stratégie argumentative n'est pas courante dans les recommandations de la Commission et que ses usages isolés remontent aux années 2000-2001 ; elle semble alors être dépassée.

Le recensement et la classification téléologique des références à l'histoire dans la pratique d'assistance électorale de la Commission de Venise montrent plusieurs façons de renforcer la qualité de l'argumentation et la pertinence de ses avis. Grâce à la variété de fonctions de références à l'histoire, ainsi qu'à leur usage stratégique, la Commission enrichit la présentation des éléments de contexte pris en considération. Or, il peut également être soutenu que la démarche de la Commission paraît incomplète et peine à receler certaines caractéristiques critiquables de sa pratique d'assistance constitutionnelle. Ces éléments, une fois révélés, affaiblissent la force légitimatrice des références à l'histoire dans les avis.

II. ... À un récit incomplet de l'histoire des démocraties européennes

Les références téléologiques à l'histoire montrent que l'appréhension du passé des pays assistés par la Commission est sporadique et hétérogène. Cela constitue une brèche dans sa méthodologie, ce qui affaiblit le discours porté par les experts de la Commission récusant les solutions « prêtes-à-porter » en faveur d'une meilleure individualisation. L'incohérence méthodologique observée devrait être évitée surtout à la lumière des critiques émanant des États récalcitrants, de plus en plus nombreux à participer à la « désintégration démocratique » en Europe¹⁴⁰. Ainsi, la confrontation entre le « patrimoine électoral européen », composé de solutions juridiques conçues dans les démocraties établies de l'Europe de l'Ouest, d'une part, et l'« héritage de l'empire »¹⁴¹ dans certains pays postsoviétiques, d'autre part, aurait pu être mieux nuancée.

A. L'absence de cohérence méthodologique : histoire, facteur subsidiaire

Il convient de rappeler que c'est la capacité de comprendre les spécificités nationales d'un État assisté – y compris sa tradition juridique – qui constitue la base la plus solide de la pertinence des avis et des relations de confiance entre les autorités nationales et la Commission¹⁴². Or, le rôle de l'histoire en général et des traditions juridiques des États en particulier semble être subsidiaire, voire résiduel, au vu de trois conclusions qui s'imposent à la lecture des avis et des rapports. Tels sont les constats de l'absence de l'autonomie des arguments tirés de l'histoire, de leur utilisation aléatoire et non répartie de façon équitable. Ces éléments semblent témoigner en outre d'un certain conservatisme

139 *Loi de la République d'Azerbaïdjan relative aux élections législatives*, Commentaires adoptés par la Commission de Venise lors de sa 44^e réunion plénière (13-14 octobre 2000), § 7 ; voy. pour une constatation similaire, *Avis relatif à la loi ukrainienne sur l'élection des députés du peuple adoptée par la Verkhovna Rada le 13 septembre 2001*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 48^e réunion plénière (Venise, 19-20 octobre 2001), p. 12.

140 Z. CSAKY, « Nations In Transit 2020: Dropping The Democratic Façade », *Freedom House*, avril 2020, p. 1-2 [En ligne]. URL: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-04/05062020_FH_NIT2020_vfinal.pdf (consulté le 6 mai 2020).

141 M. BADER, « The Legacy of Empire: A Genealogy of Post-Soviet Election Laws », *Review of Central and East European Law*, 2012, Vol. 37, n° 4, p. 449.

142 S. BUQUICCHIO, G. GRANATA-MENGHINI, *op. cit.*, p. 242.

de la Commission de Venise dans la mesure où elle est réticente à éprouver la compréhension envers des pratiques historiquement conditionnées des « nouvelles démocraties ».

1. *L'absence légitime de l'autonomie des arguments tirés de l'histoire*

Les particularités historiques, même lorsqu'elles constituent des raisons puissantes à l'appui d'une solution juridique, ne suffisent jamais à constituer un argument décisif à l'appui des recommandations. Lorsque l'argument historique est important, il est généralement complété des considérations sociopolitiques, des principes constitutionnels allant en même sens ou de droit comparé. Ainsi, l'avis sur la différenciation des systèmes électoraux de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, s'appuyant essentiellement sur les « circonstances historiques » justifiant la particularité de cette dernière, relève à titre de corroboration les facteurs de « méfiance à l'égard du système de vote à distance, problèmes de fraude persistante et manque de transparence dans les élections antérieures »¹⁴³. De même, le fait de confier le contentieux électoral au Parlement en Norvège se justifie non seulement par l'ancienneté de l'institution mais aussi par le principe de séparation des pouvoirs « afin de garantir la souveraineté du Parlement »¹⁴⁴. Enfin, les règles dérogeant au principe de l'égalité de la force électorale dans la ville de Mostar en Bosnie-Herzégovine, justifiées au vu de « l'histoire des violences interethniques pendant la guerre de 1992-1994 »¹⁴⁵, trouvent une légitimation supplémentaire dans la circonstance que « des solutions analogues ont été adoptées en ce qui concerne Sarajevo et d'autres villes européennes dont la composition est aussi multiethnique ou multilingue »¹⁴⁶.

Dans les cas susmentionnés, l'argument tiré des spécificités historiques est décisif dans la mesure où son retrait entraînerait un avis négatif de la Commission sur les réglementations commentées¹⁴⁷. Or, dans la plupart des avis de la Commission, c'est l'histoire qui a vocation à devenir un argument secondaire, évoqué à titre corroboratif afin de démontrer la prise en compte de plusieurs éléments du contexte. Cette fois-ci, l'argument tiré de l'histoire peut tant revêtir un passage intéressant dans la motivation générale qu'un élément tout à fait secondaire qui ne participe guère à l'explication de la recommandation suggérée. Il peut, par exemple, permettre de retracer les origines soviétiques de la pratique des « urnes mobiles » pour permettre le vote à domicile, sans que cette circonstance ait une quelconque incidence sur la désapprobation d'une telle modalité de vote par la Commission¹⁴⁸. De même, les références à l'histoire des votations

143 *Avis sur le droit électoral du Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 55.

144 *Avis conjoint (avec OSCE/BIDDH) sur la législation électorale de la Norvège*, *op. cit.*, § 42.

145 *Mémoire amicus curiae pour la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine sur certaines dispositions de la loi électorale de la Bosnie-Herzégovine, de la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et du statut de la ville de Mostar*, *op. cit.*, § 35.

146 *Ibid.*, § 37.

147 V. notamment sur le contentieux électoral devant le Parlement comme juge de sa propre élection, *Le patrimoine électoral européen*, *op. cit.*, p. 17 et *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, *op. cit.*, *Rapport explicatif*, § 94 qui déconseillent aux « nouvelles » démocraties d'adhérer à cette institution, indépendamment de quelconque souci de « garantir la souveraineté du Parlement ».

148 *Avis sur la loi électorale de la République de Moldova*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 53^e session plénière (Venise, 13 et 14 décembre 2002), § 65.

passées, faute de pouvoir moduler les critiques des rapporteurs, peuvent rassurer l'État destinataire en faisant observer le progrès qu'il avait réalisé jusque-là¹⁴⁹.

Une telle tendance à enrichir les avis de la Commission est compréhensible dans la mesure où la variété des arguments améliore en général leur motivation. En présence de plusieurs considérations tenant au contexte dans lequel s'inséreront les recommandations de la Commission, la priorité donnée aux réalités sociopolitiques actuelles semble être tout à fait pertinente. En même temps, le choix de s'appuyer ou non sur un argument historique semble dépendre de l'ancienneté du régime démocratique auquel s'adresse la Commission. Le choix du degré de précision de cet argument n'est, en outre, pas cohérent dans sa pratique. Ces deux dernières observations témoignent de faiblesses dans la qualité de la motivation et dans la cohérence de la pratique de la Commission, gageures de sa légitimité.

2. *L'évocation souvent aléatoire des arguments tirés de l'histoire*

Dans certaines circonstances, une référence détaillée à l'histoire est nécessaire à la compréhension de la pertinence d'une recommandation. Il est notamment question des mesures qui visent directement à agir sur les problématiques complexes héritées du passé, comme les violences interethniques¹⁵⁰ ou les institutions autoritaires¹⁵¹. De même, l'histoire peut servir à remettre en cause une pratique peu souhaitable¹⁵² du point de vue du « modèle archétypal du constitutionnalisme européen »¹⁵³ ou, au contraire, expliquer la pertinence d'une telle ou telle réglementation¹⁵⁴, souvent en absence du consensus sur la question¹⁵⁵.

Or, il semble parfois difficile de retrouver la corrélation entre l'importance alléguée des « spécificités historiques » et la qualité – comprise notamment à travers la précision – des références à l'histoire dans les avis de la Commission. Il convient de rappeler l'avis de 2009 *sur les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à l'interdiction des partis politiques en Turquie*¹⁵⁶. Après s'être référé quatre fois à l'importance de la tradition constitutionnelle de la Turquie, l'avis n'a fait que répertorier les spécificités du contentieux turc de dissolution des partis politiques. Alors que l'argument semble être au cœur du raisonnement de la Commission, la vision Kémaliste de l'État, de la Constitution et des partis politiques, laquelle transparaît dans le Préambule de la Constitution

149 *Avis conjoint (avec OSCE/BIDDH) sur la loi portant modification de certaines dispositions législatives relatives à l'élection du Président de l'Ukraine adopté par la Verkhovna Rada d'Ukraine le 24 juillet 2009*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 80^e Session plénière (Venise, 9-10 octobre 2009), § 40.

150 *Mémoire amicus curiae pour la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine sur certaines dispositions de la loi électorale de la Bosnie-Herzégovine, de la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et du statut de la ville de Mostar*, *op. cit.*, § 35.

151 *V. supra* sur les lois de lustration.

152 *V. supra* à propos du mandat impératif.

153 *V. VOLPE*, *op. cit.*, p. 812.

154 *Opinion on the prohibition of financial contributions to political parties from foreign sources*, *op. cit.*, § 10.

155 *Rapport sur les systèmes électoraux. Tableau de l'offre et critères de choix*, *op. cit.*, § 37 ; *Rapport sur le double vote des personnes appartenant à des minorités nationales*, *op. cit.*, § 58.

156 *Avis sur les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à l'interdiction des partis politiques en Turquie*, *op. cit.*

turque¹⁵⁷, n'a pas retrouvé sa place dans l'avis. De même, une référence à une « expérience historique » non identifiée peut très bien s'avérer être, en substance, une référence à la culture politique du pays¹⁵⁸. *A contrario*, un doute peut être émis à l'égard de la pertinence de la référence assez précise au droit romain et celui de la Grèce antique dans la discussion relative à la limitation du nombre de mandats dans le temps¹⁵⁹.

Ainsi, au-delà des sujets appelant incontestablement le recours à l'histoire, comme c'est le cas des lois électorales inspirées directement par les événements du passé, l'étude du contexte historique paraît assez sporadique. Cette tendance fait de l'histoire un facteur contextuel assez faible. Il s'agit alors d'un paramètre que la Commission s'habilite elle-même à prendre en compte, mais omet de le faire de façon uniforme. Or, une prise en compte plus attentionnée et fréquente¹⁶⁰ des traditions juridiques des pays destinataires des avis permettrait de renforcer la confiance de ces derniers envers les recommandations. Cependant, les efforts de la Commission quant à l'étude des traditions juridiques ne semblent pas échapper à la critique de « deux poids – deux mesures ».

3. *Le caractère non équitable de la qualité des références à des traditions juridiques*

L'analyse croisée des avis par pays de la Commission relève en outre une tendance intéressante. La qualité des références à l'histoire – et notamment à des traditions juridiques – semble varier selon l'ancienneté du régime démocratique. À la lecture des avis sur les « nouvelles démocraties », pourtant majoritaires en quantité, l'on pourrait s'imaginer que leurs traditions juridiques sont une « table rase » pour la Commission.

Hormis les cas susmentionnés des lois relatives à la lustration et des aperçus sommaires du contexte post-conflit dans les pays de l'ex-Yougoslavie, les références à des traditions juridiques des pays d'Europe centrale et orientale ne semblent pas viser l'objectif de conciliation du standard européen avec les institutions politiques enracinées depuis longtemps dans la culture juridique du pays. En d'autres termes, si une telle conciliation est recherchée par rapport au contexte politique actuel, tel n'est pas le cas du passé. Ainsi, les références à l'histoire des institutions politiques sont succinctes et peu concrètes, reprenant souvent les caractéristiques des « nouvelles démocraties » qui peuvent être retrouvées dans le *Rapport sur les systèmes électoraux* du décembre 2003¹⁶¹.

157 Pour les détails v. M. KOÇAK, E. ORUCU, « Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Court of Human Rights », *European Public Law*, 2003, Vol. 9, n° 3, p. 407 sq.

158 *République de Moldova – Avis conjoint* (avec l'OSCE/BIDDH) *sur les projets de lois modifiant et complétant certains textes législatifs (système électoral pour l'élection du Parlement)*, adopté par la Commission de Venise à sa 111^e session plénière (Venise, 16-17 juin 2017), § 27.

159 *Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques*, *op. cit.*, § 39.

160 Sans pour autant militer en faveur d'une considération quasi-systématique de l'argument historique, surtout dans les avis et les rapports qui ne s'y prêtent pas, comme par exemple : *Report on the timeline and inventory of political criteria for assessing an election*, Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venise, 15-16 October 2010) ou *Rapport sur la fixation de la date de l'élection*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 72^e session plénière (Venise, 19-20 octobre 2007).

161 *Rapport sur les systèmes électoraux. Tableau de l'offre et critères de choix*, *op. cit.*, § 102.

Cela contraste avec une discussion approfondie des traditions juridiques dans les « démocraties établies », en vue de concilier les standards électoraux avec les spécificités historiques de celles-ci¹⁶². Si un « double standard » en termes de modulation des normes proposées peut aisément se comprendre¹⁶³, il semble que, en matière électorale au moins¹⁶⁴, les traditions juridiques des « nouvelles démocraties » s’effacent au profit des caractéristiques sommaires dont se servent les experts. Le fait pour un pays de tomber dans cette dernière catégorie semble constituer une prise en compte suffisante de son contexte historique¹⁶⁵.

Un tel déséquilibre pourrait s’expliquer par le fait que les pratiques des démocraties établies dont l’aperçu historique est contenu dans les avis de la Commission seraient les seules à même à constituer le « patrimoine constitutionnel européen »¹⁶⁶, à la différence de celles des États d’Europe centrale et orientale. Cette vision semble être également corroborée par les avis à la portée générale par deux considérations qui peuvent en être dégagées. En premier lieu, la majeure part de références historiques détaillées dans ceux-ci concerne les démocraties établies de l’Europe de l’Ouest, surtout lorsqu’il est question de montrer les différentes approches européennes¹⁶⁷. Les références aux expériences des « nouvelles démocraties » concernent surtout la prise en compte, par le droit électoral, de l’héritage autoritaire¹⁶⁸. En second lieu, le *Rapport sur les systèmes électoraux* précité préconise de privilégier le contexte politique du moment à l’étude du passé des « nouvelles démocraties » assistées. La mesure du « degré initial de fragmentation des forces politiques » et de la « nature des allégeances » s’opère en priorité à travers l’analyse des résultats de la « première élection générale »¹⁶⁹, le passé étant un facteur subsidiaire. Enfin, il serait difficile de considérer comme pertinentes les expériences historiques autoritaires pour la construction des nouvelles sociétés démocratiques.

162 V. notamment *Avis sur le droit électoral du canton du Tessin*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 47^e réunion plénière (Venise, 6-7 juillet 2001), où l’un des arguments contre les pratiques des listes bloquées et de découpage des circonscriptions en vue d’éventuel choix en faveur du scrutin majoritaire tenait au fait que de telles mécanismes n’ont jamais existé en Suisse dans le passé. V. aussi *Avis sur le droit électoral du Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 17 et § 34 évoquant la nécessité de conciliation des impératifs anti-fraude avec le « respect traditionnel des Britanniques pour la vie privée » (§ 17) et le caractère historiquement enraciné de la pratique du vote par correspondance (§ 34).

163 V. *supra*.

164 Cf. *Avis sur la loi fédérale sur la Prokuratura (Parquet) de la Fédération de Russie*, Adopté par la Commission lors de sa 63^e session plénière (Venise, 10-11 juin 2005) pour un contre-exemple concernant la séparation des pouvoirs.

165 Une telle considération succincte transparait, par exemple, dans l’*Avis sur la loi sur l’élection des membres des organes représentatifs des collectivités locales et régionales de la Croatie*, *op. cit.*, § 43 ou dans l’*Avis sur la question de l’immunité des personnes impliquées dans le processus électoral en Arménie*, *op. cit.*, § 25-39, ce dernier recommandant plusieurs « bonnes pratiques » se basant sur un catalogue de recommandations standardisées pour les « nouvelles démocraties ». Des allusions plus individualisées peuvent être faites, sans pour autant atteindre le degré de précision des références à l’histoire dans les avis concernant les « démocraties établies ». V. par exemple *Avis sur la loi sur les partis politiques de la République d’Azerbaïdjan*, *op. cit.*, § 16 ou *Avis sur la loi électorale de la République de Moldova*, *op. cit.*, § 62.

166 S. BARTOLE, *op. cit.*, p. 5.

167 V. de manière générale *Rapport sur les systèmes électoraux. Tableau de l’offre et critères de choix*, *op. cit.*. V. aussi *Rapport sur les systèmes électoraux proportionnels : l’attribution des sièges à l’intérieur des listes (listes ouvertes/bloquées)*, *op. cit.*, § 10-12, avec toutefois certaines références aux pays baltes.

168 *Rapport sur le double vote des personnes appartenant à des minorités nationales*, *op. cit.*, § 58.

169 *Rapport sur les systèmes électoraux. Tableau de l’offre et critères de choix*, *op. cit.*, § 104 sq.

4. *Vers un certain conservatisme dans l'appréhension du « patrimoine électoral européen » ?*

En construisant un « modèle archétypal du constitutionnalisme européen »¹⁷⁰ en privilégiant l'appui sur les traditions juridiques des démocraties établies, la Commission de Venise semble éprouver un certain conservatisme dans l'appréhension des standards électoraux dont elle n'est pas à l'origine. Certes, les experts de la Commission sont souvent à l'initiative des pratiques novatrices, lesquelles ne sont pas tirées de l'étude comparée des législations des États européens. À cet égard, l'exemple du principe de stabilité du droit électoral, nécessitant la consécration supra-législative des systèmes électoraux¹⁷¹, mérite d'être évoqué. Or, face aux pratiques peu connues, voire récusées dans les démocraties établies de l'Europe de l'Ouest – excepté les règles de protection des minorités, semble-t-il¹⁷² – la Commission éprouve en général une certaine réticence.

Ainsi, les pratiques critiquées, à savoir celui de mandat impératif, des « urnes mobiles » ainsi que du « vote hostile à tous » le sont non seulement au regard de principes du droit électoral que la Commission a fait les siens, mais aussi en raison du fait qu'elles sont étrangères aux lois électorales des démocraties établies. Dans le cas où seuls les principes de droit électoral avaient gouverné les critiques de la Commission, la survie du contentieux électoral devant les assemblées parlementaires dans les démocraties établies, laquelle paraît être une entorse évidente à l'exigence du procès équitable¹⁷³, paraîtrait incohérente.

Il convient, par ailleurs, d'observer que lorsque la Commission avait à se prononcer sur la révocation populaire des titulaires des mandats élus (*recall*), laquelle est pratiquée dans certaines démocraties européennes – tant jeunes qu'établies – elle a pris soin de distinguer ce procédé de la révocation résultant du mandat impératif¹⁷⁴. Elle a ainsi rappelé, en citant ses travaux antérieurs sur la question qu'« elle a[vait] brièvement mentionné la révocation par les électeurs et reconnu, à propos de l'Ukraine, qu'étant donné qu'il existe des précédents dans les pays démocratiques, 'il serait malaisé de formuler une critique directe de ce principe' »¹⁷⁵. Il peut être présumé que la référence aux « pays démocratiques » concerne au premier chef les lois électorales des démocraties occidentales établies. Ainsi, le recours déséquilibré aux références à l'histoire de ces dernières, combiné avec la considération peu satisfaisante des traditions juridiques des « nouvelles démocraties » peine à masquer le fait que les pratiques développées dans des pays d'Europe centrale et orientale ne sauraient trouver leur place dans le « patrimoine électoral européen ».

170 V. VOLPE, *op. cit.*, p. 812.

171 *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif, op. cit.*, II – 2 b).

172 V. par exemple P. GARRONE, S. GRANATA-MENGHINI, « Minority Rights Questions Addressed by the Venice Commission in 2008 », *European Yearbook of Minority Issues*, 2008, Vol. 7, p. 545-557 ; P. GARRONE, « Minority Rights Questions Addressed by the Venice Commission in 2010 », *European Yearbook of Minority Issues*, 2010, Vol. 9, p. 589-602.

173 Il est curieux de constater par ailleurs que, l'exigence de respect du contradictoire mise à part, le Code de bonne conduite en matière électorale n'insiste pas sur le caractère équitable du procès en matière électorale, faisant écho à la jurisprudence restrictive mais toujours en vigueur de la Cour de Strasbourg. V. CEDH, *Pierre-Bloch c. France*, n° 120/1996/732/938, Arrêt, 21 octobre 1997.

174 *Rapport sur la révocation populaire de maires et d'élus locaux, op. cit.*, § 63.

175 *Ibid.*

Certes, il serait vain d'exiger de la Commission un travail historique et anthropologique à chaque fois qu'un avis est en préparation. Il mérite de rappeler qu'elle est souvent contrainte par les délais assez stricts et des disponibilités assez limitées des rapporteurs¹⁷⁶. Il est aussi vrai que les avis ne sont pas destinés à être des « thèses de doctorat »¹⁷⁷. Or, sans demander l'impossible ni renoncer à la flexibilité au cœur du travail d'assistance électorale, il serait faisable de remédier à l'absence de cohérence méthodologique en tendant vers une meilleure harmonisation des éléments du contexte historique. La considération du contexte général en gagnerait ainsi en uniformité et en solidité, ce qui améliorerait en définitive le caractère persuasif des avis de la Commission.

Pour ne retenir qu'un seul exemple où l'amélioration pourrait être cruciale, il convient d'examiner la pratique de « vote hostile à tous », laquelle semblait constituer un point de désaccord entre les arguments (pseudo-)historiques des États postcommunistes, d'une part, et les « bonnes pratiques » endossées par la Commission de Venise, d'autre part.

B. Pour une considération approfondie des arguments tirés de l'histoire : cas du « vote hostile à tous »

Le choix de « voter contre tous », permettant à l'électeur « d'exprimer sur le bulletin de vote le mécontentement que lui inspirent les candidats et les partis ou coalitions »¹⁷⁸, est peu connu dans les démocraties établies de l'Europe de l'Ouest¹⁷⁹. Cependant, il trouva souvent sa place dans les années 1990-2000 dans les bulletins de vote de plusieurs États postcommunistes membres du Conseil de l'Europe, dont l'Arménie (jusqu'en 2006)¹⁸⁰, l'Azerbaïdjan (jusqu'en 2003)¹⁸¹, la Russie (jusqu'en 2006)¹⁸² et l'Ukraine (jusqu'en 2011)¹⁸³. Il s'agissait de prévoir une case « contre tous » à la fin de chaque bulletin de vote lors des élections nationales ou municipales pour permettre aux électeurs mécontents du choix proposé de manifester leur position civique plutôt qu'à s'abstenir. Suivant l'exemple russe, deux conséquences juridiques en découlaient de 1997 jusqu'en 2006. En premier lieu, la Commission électorale centrale devait prendre note de ces bulletins et de publier le nombre de suffrages obtenus par le « contre tous » lors de la proclamation officielle des résultats ; cela valait

176 P. CRAIG, *op. cit.*, p. 66.

177 *Ibid.*, p. 76.

178 *Recommandations conjointes sur le droit électoral et l'administration des élections en Arménie par la Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE*, Avis n° 269/2003, § 40.

179 La pratique ne semble exister que pour certaines élections locales espagnoles, v. « Escons en Blanc dejará tres concejalías vacías en Catalunya », *EP Catalunya*, 8 juin 2011 [En ligne]. URL : <https://www.europapress.es/catalunya/noticia-escons-blanc-dejara-tres-concejalias-vacias-catalunya-20110608174059.html> (consulté le 8 mai 2020).

180 *Joint Opinion On Draft Amendments To The Electoral Code Of The Republic Of Armenia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR*, Adopted by the Venice Commission at its 67th plenary session (Venice, 9-10 June 2006), § 24, option toutefois conserve pour les élections locales non compétitives.

181 « Je vote contre tous ! » [Голосую против всех !], *IZ.ru*, 14 juin 2006 [En ligne]. URL : <https://iz.ru/news/315435> (consulté le 8 mai 2020).

182 « La Douma a supprimé la case 'contre tous' » [Дума устранила графу «против всех»], *BBC Russian*, 30 juin 2006 [En ligne]. URL : http://news.bbc.co.uk/hi/russian/russia/newsid_5134000/5134264.stm (consulté le 8 mai 2020).

183 « Élections 2019 : où est la case 'contre tous' ? » [Выборы 2019: куда исчезла графа «против всех»], *Kanal Ukraina*, 31 mars 2019 [En ligne]. URL : <https://kanalukraina.tv/news/vybory-2019-kuda-ischezla-grafa-protiv-vseh> (consulté le 9 mai 2020).

donc une reconnaissance officielle du vote blanc. En second lieu, lorsque le candidat arrivant en tête recueille moins de suffrages que le « contre tous », les résultats du scrutin devraient être invalidés¹⁸⁴. Les mêmes conséquences furent attachées au vote hostile à tous par les législations arménienne et azérie ; les lois électorales ukrainiennes n'ont cependant pas retenu l'option d'invalidation des résultats du scrutin lorsque le « contre tous » en sortait victorieux¹⁸⁵.

En répondant à plusieurs demandes d'avis sur les lois électorales arménienne, azérie et ukrainienne, la Commission recommanda d'exclure cette option des bulletins de vote afin de ne pas créer un terrain propice à « l'apathie politique et l'indifférence vis-à-vis des partis »¹⁸⁶, pouvant « aboutir à des contestations de la légitimité des élections et, par là même, porter atteinte au régime démocratiquement élu »¹⁸⁷. Déjà, l'apathie de la société à l'égard du choix politique proposé semble être problématique à la Commission dans les « nouvelles démocraties », alors qu'elle ne le serait pas dans les démocraties établies de longue date. Ainsi, la Commission de Venise reconnaît comme acceptable la pratique du vote blanc « dans le cadre d'une longue tradition électorale » si les électeurs « sont prêts (ou obligés) à participer aux élections mais ne souhaitent pas voter pour l'un des candidats ou partis »¹⁸⁸. Face au fort problème d'abstentionnisme électoral en Europe occidentale le maintien du « double standard » sur la question paraît peu justifié.

Qui plus est, le traitement par la Commission de Venise de l'argument en faveur de cette pratique, tiré de l'héritage soviétique et ayant trait à la culture politique de ces pays, semble être insatisfaisant, créant l'illusion d'un rejet par préterition d'un élément de leur tradition électorale.

1. *L'appréhension incomplète de la pratique à pédigrée controversé*

Pour rappel, dans l'ensemble des avis sur la question, la Commission de Venise se réfère à cette pratique comme inconnue dans les démocraties établies de longue date, invitant l'Arménie, l'Azerbaïdjan et l'Ukraine à y renoncer¹⁸⁹. Cependant, malgré le fait que le « vote hostile à tous » était une option assez répandue à l'Est de l'Europe, avec quatre pays y ayant adhéré dans le passé, la Commission ne s'est guère saisie de sa provenance ni de sa justification. Elle a simplement fait remarquer que cette case prend ses origines « de la tradition communiste des élections non compétitives »¹⁹⁰ dans l'Avis de 2003 sur la législation électorale arménienne.

184 I. McALLISTER, S. WHITE, « Voting 'Against All' in Postcommunist Russia », *Europe-Asia Studies*, 2008, Vol. 60, n° 1, p. 70.

185 *Ibid.*, p. 84.

186 *Recommandations conjointes sur le droit électoral et l'administration des élections en Arménie par la Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE*, *op. cit.*, § 40.

187 *Loi de la République d'Azerbaïdjan relative aux élections législatives*, *op. cit.*, § 7.

188 *Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe. Étude de synthèse sur certains défis et problèmes récurrents*, 2020, *op. cit.*, § 202.

189 *Ibid.* ; *Avis relatif à la loi ukrainienne sur l'élection des députés du peuple adoptée par la Verkhovna Rada le 13 septembre 2001*, *op. cit.*, p. 12 ; *Recommandations conjointes sur le droit électoral et l'administration des élections en Arménie par la Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE*, *op. cit.*, § 40.

190 *Recommandations conjointes sur le droit électoral et l'administration des élections en Arménie par la Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE*, *op. cit.*, § 40.

Cependant, une étude sommaire de son pédigrée montre les potentialités significatives pour la Commission pour confronter de manière persuasive cette « tradition communiste ». La case « contre tous » proprement dite n'existant pas en Union soviétique, les électeurs souhaitant manifester leur opposition à l'ensemble de candidats présentés par le Parti communiste choisissaient souvent de rayer l'ensemble de noms¹⁹¹. Une telle action valait *de facto* le vote « contre tous ». Cela permettait alors d'offrir une illusion de choix dans le système dépourvu du multipartisme. En prenant en compte la diffusion et l'internalisation de la culture politique soviétique pendant que les États en question faisaient partie de l'URSS, il peut certes être affirmé que la tradition politique soviétique constitue leur « patrimoine » historique commun. Or, la présentation de la technique politique utilisée par les citoyens lors des élections monopartites en tant qu'une véritable option offerte aux électeurs par les lois électorales soviétiques ne peut qu'être critiquable. De plus, sa transposition au contexte des élections compétitives et multipartites en transformant le vote contre le candidat unique en vote « contre tous les candidats » ne semble pas être évidente dès lors que le choix entre les candidats est, cette fois-ci, présent. Ainsi, la référence à l'histoire en la matière ne semble guère être opérante en ce qui concerne le vote hostile à tous.

Une justification plus logique semble découler du phénomène de « diffusion autoritaire » décrit par le politologue Max Bader¹⁹². Il s'agit d'une tendance pour les États postcommunistes à emprunter les éléments de la législation électorale des anciennes lois soviétiques ou des lois russes en vigueur à la date de la transposition. Souvent les emprunts sont réalisés sans qu'il soit procédé à la modification de la formulation. Son étude montre que la « diffusion autoritaire » jouit d'un degré de conformité supérieur par rapport aux recommandations formulées par les organisations régionales de promotion de la démocratie. Max Bader retrace notamment les origines de cette clause dans les législations des États postsoviétiques non pas dans une « tradition communiste », mais dans la législation électorale russe d'avril 1991, où la transformation de la pratique politique de vote négatif a pris ses contours¹⁹³. Ainsi, tout comme un nombre assez conséquent de règles électorales empruntées¹⁹⁴, le « vote hostile à tous » s'est retrouvé dans les législations des États concernés non pas en tant qu'expression de leurs traditions juridiques mais en tant qu'inspiration du droit étranger, en l'occurrence du droit russe. Or, en se mettant d'accord avec la version « historique » de la provenance de ladite règle, la Commission s'est placée sur un terrain épineux de confrontation entre une « tradition » nationale et une « bonne pratique » européenne.

191 I. McALLISTER, S. WHITE, *op. cit.*, p. 68. La possibilité de voter soit pour, soit contre le candidat unique qui se présentait faisait toutefois partie des lois électorales soviétiques de 1989 à 1991, pendant la *perestroïka*.

192 M. BADER, « Democracy Promotion and Authoritarian Diffusion: The Foreign Origins of Post-Soviet Election Laws », *Europe-Asia Studies*, 2014, Vol. 66, n° 8, p. 1350-1370.

193 M. BADER, « Democracy Promotion and Authoritarian Diffusion: The Foreign Origins of Post-Soviet Election Laws », *op. cit.*, p. 1364.

194 *Ibid.*, p. 1359 sq.

2. *L'illusion d'un rejet par prétériorité de la tradition électorale des États postcommunistes*

Le caractère succinct de la discussion des racines du « vote hostile à tous » se prête à des critiques de considération insuffisante, voire erronée, des traditions juridiques et de la culture politique des « nouvelles démocraties ». Or, en démasquant le phénomène de « diffusion autoritaire » dans ses avis – le nombre d'avis sur les dysfonctionnements idoines dans plusieurs pays postcommunistes invitant à s'en rendre compte, – la Commission aurait pu immuniser davantage sa pratique des critiques émanant des États récalcitrants. Sans pour autant recourir au « *naming and shaming* », étranger à l'idée d'assistance au législateur national, les rapporteurs auraient pu renforcer leur argumentaire en mettant clairement en relief le choix entre les « bonnes pratiques » européennes et « l'héritage de l'Empire » qui 'incombait ou pesait ? aux autorités nationales.

Enfin, en récusant l'idée même du vote « contre tous » comme étant étrangère aux principes du droit électoral européen, mais plus particulièrement aux « bonnes pratiques » tirées des législations électorales des démocraties établies, la Commission semble avoir omis de considérer les arguments qui plaident en sa faveur dans les États postcommunistes. Les transitions démocratiques imparfaites dans les quatre États ayant eu recours au vote « contre tous » ont donné lieu à des régimes semi-autoritaires en Azerbaïdjan et en Russie et à des démocraties électorales fragiles en Arménie et en Ukraine¹⁹⁵. Dans de telles circonstances, un procédé permettant de marquer la perception par les citoyens du choix électoral comme étant imposé, entre les alternatives qui ne sont pas capables de les représenter véritablement, peut avoir une valeur ajoutée¹⁹⁶. Un résultat élevé obtenu par le « contre tous » peut notamment être un marqueur assez prononcé de l'absence de liberté effective de se porter candidat dans un régime semi-autoritaire ou dans une démocratie illibérale. Dans la mesure où des régimes en voie de consolidation autoritaire recourent de plus en plus aux poursuites pénales contre les opposants politiques, permettant d'infliger la sanction d'inéligibilité à leur encontre¹⁹⁷, le vote hostile à tous peut jouer un rôle majeur dans la dénonciation du caractère non démocratique des élections. En renonçant à considérer les effets positifs de la case « contre tous » sur la mobilisation des citoyens contre les pratiques d'autoritarisme électoral, la Commission peut devenir sujette aux critiques non seulement de la part des États en question mais aussi de la part de la société civile.

195 Z. CSAKY, *op. cit.* V. aussi Freedom House, « Freedom in The World 2020. A Leaderless Struggle for Democracy. Highlights from Freedom House's annual report on political rights and civil liberties », *FreedomHouse.org*, 2020 [En ligne]. URL : https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW_2020_REPORT_BOOKLET_Final.pdf (consulté le 30 juin 2020).

196 V. en même sens I. Shukan, « L'instrumentalisation des règles électorales en Russie et en Ukraine (2004-2009) », *RDP*, 2009, n° 4, p. 1155 *sq.*

197 Concernant l'opposant politique Ilgar Mammadov en Azerbaïdjan, v. CEDH, *Procédure fondée sur l'article 46 § 4 dans l'affaire Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, n° 15172/13, Arrêt, 29 mai 2019. Concernant l'opposant politique Alexeï Navalnyy, v. notre commentaire de l'ensemble des arrêts de la Cour de Strasbourg le concernant, M. GUDZENKO, « On The Legal Status Of The Russian Extra-Parliamentary Opposition: Making A Good Case Before The European Court Of Human Rights? », *L'Observateur des Nations Unies*, 2019-2, Vol. 47, p. 25-59.

Si la discussion par la Commission du « vote hostile à tous » n'a pas fait l'objet de joute entre les autorités nationales et les experts¹⁹⁸, elle n'a pas pour autant été décisive lorsque les autorités nationales renoncèrent à cette pratique. Ainsi, pour ce qui concerne l'Arménie, la Commission de Venise avait réitéré sa recommandation de supprimer cette case à l'occasion de trois avis¹⁹⁹, sans que les mesures de conformité soient prises par les autorités nationales. La décision de renoncer au « vote hostile à tous » avait été prise en juin 2006²⁰⁰, intervenant simultanément avec les débats parlementaires russes sur le même sujet, ce qui semble suggérer l'influence décisive de la « diffusion autoritaire » sur le législateur arménien. De même, c'est le contexte de consolidation autoritaire en Azerbaïdjan²⁰¹, et non pas la volonté de remédier à l'apathie des électeurs, qui semble avoir commandé la suppression de cette clause en 2003, trois ans après l'avis de la Commission. Enfin, en Ukraine, c'est le succès de la case « je ne soutiens aucun candidat » lors des élections présidentielles de 2010 – atteignant presque 4,36 % de suffrages exprimés²⁰² – qui a été décisif lors de son abandon en 2011, soit dix ans après que la Commission s'était prononcée.

Cet exemple permet de mettre en lumière une prise en compte insuffisante du contexte historique de la part de la Commission. Malgré le fort potentiel de légitimation dite « de résultat » de la production normative de la Commission de Venise, le caractère sommaire des références à l'histoire révèle autant d'occasions manquées. Une conclusion idoine s'impose à la lecture de *l'Avis sur la loi électorale de la République de Moldova* de 2002 concernant les urnes mobiles, « pratique héritée de l'ère soviétique »²⁰³ réceptionnée dans la législation russe et diffusée ainsi dans l'espace postsoviétique²⁰⁴. À la date actuelle, la République de Moldova maintient toujours cet élément de « l'héritage de l'Empire »²⁰⁵.

La bonne motivation des avis est le facteur central de leur légitimation dite « de résultat ». La pertinence des recommandations dépend de la capacité d'un organisme d'assistance constitutionnelle et électorale à être attentif au contexte politique, historique et culturel national. Pour ce qui concerne les facteurs historiques, la Commission de Venise a su les utiliser afin de renforcer la motivation des avis et ce, à travers leurs usages téléologiques puissants. En même temps, elle

198 Ce qui arrivait souvent pour d'autres domaines du droit électoral, v. R. FAWN, « Battle over the box: international election observation missions, political competition and retrenchment in the post-Soviet space », *op. cit.*

199 *Recommandations conjointes sur le droit électoral et l'administration des élections en Arménie par la Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE*, *op. cit.*, § 40 ; *Avis conjoint sur les projets d'amendements au code électoral de l'Arménie par la Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 61^e session plénière (Venise, 3-4 décembre 2004), § 31 ; *Final Opinion On The Amendments To The Electoral Code Of The Republic Of Armenia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR*, Adopted by the Venice Commission at its 64th plenary session (Venise, 21-22 October 2005), § 23.

200 *Joint Opinion On Draft Amendments To The Electoral Code Of The Republic Of Armenia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR*, *op. cit.*, § 24.

201 APCE, Résolution 1480 (2006), *The challenge of still unratified credentials of the parliamentary delegation of Azerbaijan on substantial grounds*. V. aussi CEDH, *Namat Aliyev c. Azerbaïdjan*, n° 18705/06, Arrêt, 8 avril 2010, § 78, la Cour de Strasbourg acceptant l'évidence de violations graves, de nature à compromettre le caractère démocratique des élections législatives de 2005.

202 « Élections 2019 : où est la case 'contre tous' ? », *op. cit.*

203 *Avis sur la loi électorale de la République de Moldova*, *op. cit.*, § 65.

204 M. BADER, « Democracy Promotion and Authoritarian Diffusion: The Foreign Origins of Post-Soviet Election Laws », *op. cit.*, p. 1362.

205 Article 55 § 4 du Code électoral moldave.

n'a pas exploité toutes les potentialités explicatives de l'histoire. Des usages plus systématiques et cohérents de l'argument historique, ainsi que l'intérêt porté à la provenance de certaines « mauvaises pratiques » récurrentes pourraient améliorer la motivation des recommandations de la Commission, de faire efficacement face aux dysfonctionnements relevés et de mieux mettre en évidence l'approche individualisée à chaque pays assisté.

LE TRAITEMENT DES LOIS MÉMORIELLES PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES

ILLUSTRATION DE L'INADAPTATION D'UN INSTRUMENT NORMATIF CONCURRENCÉ

Arnaud MORANDO¹

Le récit des événements historiques est l'un des ressorts les plus importants de construction identitaire d'une communauté, d'une Nation, ou d'une société politique. La mémoire et le passé deviennent, dès lors, un levier important dans les mains du pouvoir politique pour affirmer la continuité ou les ruptures dans l'histoire politique et juridique de l'État. La *damnatio memoriae* dont ont été frappés Marc-Antoine ou Néron par le Sénat romain, l'effacement des armoiries d'Anne Boleyn au château de Hampton Court par Henry VIII, la Fête de la Fédération décrétée par l'Assemblée constituante ou encore la loi du 16 janvier 1816 commémorant l'anniversaire de la mort de Louis XVI² sont autant d'appréhensions politiques de l'histoire et de construction d'une histoire officielle. Le développement d'une discipline historique scientifique n'a pour autant pas freiné, bien au contraire, l'ambition du pouvoir politique de qualifier les faits historiques afin d'apporter un traitement aux conséquences du passé ou de trancher les conflits mémoriels. La guerre russo-ukrainienne offre, pour notre plus grand désarroi, le spectacle non seulement d'un conflit militaire extrêmement violent mais aussi d'un combat idéologique fondé en partie sur une relecture officielle de l'histoire de ces deux États par le Kremlin. Le quinquennat d'Emmanuel Macron aura lui aussi été marqué par l'irruption de nombreux sujets relatifs à la confrontation des mémoires, plus particulièrement concernant la colonisation et la guerre d'Algérie³. L'usage du terme de « loi mémorielle » est lui relativement récent, et semble en lien avec l'émergence du concept de mémoire, comme objet de plus en plus prégnant de la recherche historique. D'origine française, et parfois usité par la doctrine anglo-saxonne par le terme « *memory laws* », la notion de loi mémorielle fait

1 Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France, ATER à l'Université de Montpellier (CERCOP).

2 J. BROCH, « De l'ancien sur les lois mémorielles : La loi du 19 janvier 1816 relative à l'anniversaire de l'exécution de Louis XVI », *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif*, 2018-2, 172, Aix-en-Provence, PUAM, 2019, p. 567-612.

3 Pour une entrée en matière sur ce point, voir la note « Apaiser les mémoires de la colonisation et de la guerre d'Algérie. », publiée sur le site officiel du Palais de l'Élysée le 26 janvier 2022. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/01/26/apaiser-les-memoires-de-la-colonisation-et-de-la-guerre-dalgerie>.

référence aux dispositions législatives visant à définir une interprétation du passé. En France, il s'agit au départ d'un corpus bien connu :

- La Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe
Dite Loi Gayssot
- La Loi n 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915
- La Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (dite « loi Taubira »)
- La Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.
- Enfin, la loi du 23 janvier 2012 sur la pénalisation de la négation des génocides reconnus par la loi ou encore certaines dispositions de la loi égalité et citoyenneté du 27 janvier 2017.
- Ces textes ont fait l'objet d'importants débats dans l'opinion publique et ont suscité une critique interne au droit et externe, notamment par la création de l'association d'historiens français *Liberté pour l'Histoire* emmenée par Pierre Nora et René Rémond. Le phénomène n'est pour autant pas franco-français. Depuis la fin des années 1980, le recours à la loi en matière de politique mémorielle se retrouve dans de très nombreux systèmes juridiques, et particulièrement en Europe centrale et orientale.

Les virulents débats⁴ autour de l'opportunité des lois mémorielles ont vite débouché sur la critique de leur éventuelle inconstitutionnalité. Toutefois, avant de revenir plus en détail sur cette question et d'étudier le traitement accordé par les juridictions constitutionnelles à ces textes, il convient de préciser les enjeux relatifs à la définition des lois mémorielles. Pour certains auteurs, les lois mémorielles ne correspondraient qu'aux lois dépourvues de normativité, se bornant à reconnaître ou consacrer une interprétation du passé⁵. Cette approche exclurait ainsi tous les textes disposant d'une valeur normative, notamment ceux créant une incrimination pénale de remise en cause de l'interprétation législative officielle du passé. Dans ce cas, la loi reconnaissant le génocide arménien, prise seule, ou la « loi Taubira » seraient des lois mémorielles, à l'inverse de la « loi Gayssot ». L'idée est alors de considérer que la « loi Gayssot » ne peut être distinguée de tout autre dispositif pénal.

La définition retenue dans cette étude est plus large et inclut ces dispositions répressives. Ainsi, dans cette contribution, les lois mémorielles seront définies comme les textes par lesquels le législateur précise ou fait sienne la qualification d'un événement passé. En effet, pénaliser la négation de la Shoah implique pour le législateur d'adopter et d'affirmer une interprétation historique claire de cet événement excluant toutes les autres.

4 Notamment M.-O. BARUCH, *Des lois indignes ? Les Historiens, la politique et le droit*, Paris, Tallandier, 2013.

5 À titre d'exemple : K. KONCZAL, « La législation sur l'histoire en Pologne : vers un régime victimo-héroïque. », in *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2020/3, n° HS 15.

Cette définition n'épuise cependant pas toutes les difficultés. Où situer par exemple la limite d'un événement passé ? En effet, le MELAP (*Memory laws in European and comparative perspective project*), projet de création d'une base de données des dispositifs législatifs et de la jurisprudence relative aux lois mémorielles, inclut, par exemple, dans son étude des lois mémorielles françaises, la loi du 13 novembre 2014 modifiant l'article 421-2-5 du Code pénal relatif au délit d'apologie d'actes de terrorisme. Selon nous, il existe ici une différence avec les lois mémorielles. Le terrorisme est un fait criminel qui constitue un enjeu d'ordre public et de politique pénale actuel à la différence des dispositifs mémoriels qui ne visent pas le fait historique en lui-même mais son récit historique.

Dès lors, pour qu'une loi soit définie comme mémorielle, son contenu doit avoir trait à un événement historique dont la qualification revêt un enjeu politique et symbolique au-delà des seuls débats des disciplines historiques et historiographiques. Pour prendre un exemple souvent évoqué en la matière, le massacre des hilotes par les Spartiates au cap Ténare ou l'enlèvement des Sabines peu après la fondation de Rome ne présentent pas d'enjeu mémoriel contemporain. En revanche, si l'enlèvement des Sabines venait à faire l'objet de débats mémoriels relatifs, par exemple, à la représentation du patriarcat et était officiellement qualifié de criminel, ou sa représentation artistique interdite, il s'agirait, selon cette définition, d'une loi mémorielle.

Une fois les lois mémorielles définies, un autre obstacle à l'étude de leur traitement par les cours constitutionnelles tient à la difficulté d'en établir une classification, au regard de leur grande hétérogénéité. Trois grands types de classifications ont pu être proposés. Tout d'abord, une classification historique des lois mémorielles. Il y aurait ainsi un premier mouvement historique concernant les lois pénalisant le négationnisme de la Shoah à la fin des années 1980-90, suivi de l'adoption de textes au cours du processus de décommunisation et d'intégration des nouveaux États issus du bloc soviétique dans l'Union européenne à la fin des années 1990 et au début des années 2000. Enfin, les lois mémorielles prises par les régimes nationalistes, populistes, et les démocraties illibérales d'Europe de l'Est exprimant une vision idéologique glorificatrice, souvent en réaction à la stratégie géopolitique russe, créant une véritable guerre mémorielle⁶ et un usage principalement diplomatique de ces textes⁷.

Peu utile pour le juriste, cette classification permet tout de même de comprendre l'intérêt renforcé actuel en Europe centrale et orientale pour l'étude des lois mémorielles, souvent sous le parrainage du monde intellectuel germanophone, où les questions mémorielles se voient

6 N. KOPOSOV, *Memory Laws, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge University Press, 2017.

7 Bien souvent lois d'Europe de l'Est, depuis la loi Polonaise de 1998 sur l'institut de la mémoire nationale visant à nier les crimes fascistes et staliniens dans une question, aussi, de lutte contre la politique extérieure russe et de ses vellétés d'ingérence en Europe de l'Est, ou loi ukrainienne sur le caractère génocidaire de l'*Holodomor*, famine organisée en Ukraine en 32-33.

accorder une place particulière⁸. Un tel intérêt s'illustre par la production contemporaine des lois mémorielles, très nombreuses en Russie, en Hongrie, en Ukraine notamment⁹.

Il convient par ailleurs d'évoquer la classification politique des lois mémorielles établissant une distinction selon l'objectif poursuivi par leurs auteurs. S'opposent ici les lois mémorielles de contrition, de culpabilité, de repentance ou de reconnaissance de victimes à celles visant la glorification, la déculpabilisation ou la victimisation du passé national. Les premières, principalement issues des États d'Europe de l'Ouest, expriment une demande de pardon officiel ou une posture de compassion étatique, souvent en réponse à des revendications mémorielles dirigées contre l'État. Les secondes sont des lois mémorielles de glorification, de reconnaissance officielle d'un roman national, souvent fantasmé, voire développant une approche historique révisionniste. Typiques de la politique mémorielle en Europe de l'Est, en Russie, dans les États baltes, notamment depuis les années 2010, ces lois présentent également une forte dimension diplomatique et géopolitique. Deux exemples parmi les plus significatifs peuvent être cités ; les textes russes relatifs à « la grande guerre patriotique » adoptés dans les années 2000 et 2010¹⁰, les lois polonaises « loi sur la Shoah » de 2018¹¹ ou encore la loi pénalisant la « propagation du communisme ou tout autre système totalitaire » de 2016.

Cette distinction est plus intéressante pour le droit constitutionnel car les critiques et les risques d'inconstitutionnalité de ces deux catégories de lois sont à distinguer. Les premières posent des questions classiques de respect des droits et libertés tels que la liberté d'expression ou la liberté de recherche. Les autres posent, au-delà, des enjeux démocratiques et de pluralisme politique¹². La pénalisation du seul négationnisme ou la pénalisation de toute expression contraire au roman historique national officiel et aux fondements idéologiques du pouvoir en place n'ont, de toute évidence, pas les mêmes répercussions démocratiques.

Enfin, une classification juridique des lois mémorielles sera retenue. Celles-ci peuvent être des lois pénalisant la négation, la minimisation ou la justification d'un événement historique qualifié et consacré par la constitution¹³ ou le législateur, telles que la Loi Gayssot en France ou la loi pénalisant « le mensonge d'Auschwitz » en Allemagne en 1994. Elles peuvent également prendre la forme de lois

8 Notamment par la création du MELAP, précédemment évoqué, ou encore un dossier complet consacré aux lois mémorielles par le *Verfassungblog*.

9 Voir notamment la base de données établie par le MELAP (*Memory laws in european and comparative perspective project*), <https://melaproject.org/>.

10 Loi du 5 mai 2014 réprimant « la négation des faits, établis par le jugement du Tribunal [de Nuremberg], ainsi que la diffusion de fausses informations concernant les actions de l'URSS pendant la Seconde Guerre mondiale. »

11 Loi du 26 janvier 2018 avec un premier article explicite : « [C]elui qui publiquement et contrairement aux faits attribue à la Nation polonaise ou à l'État polonais la responsabilité ou la coresponsabilité des crimes nazis commis par le Troisième Reich [...] ou d'autres infractions constituant des crimes contre la paix, contre l'humanité ou des crimes de guerre, ou qui d'une autre manière banalise grossièrement la responsabilité des vrais responsables de ces crimes, encourt une amende ou un emprisonnement jusqu'à 3 ans » L'objectif affiché de la loi était alors de défendre « la réputation de la République de Pologne et de la Nation polonaise ». Sur ce point : K. KOŃCZAL, « La législation sur l'histoire en Pologne : vers un régime victimo-héroïque. », *op. cit.*, n° 4.

12 Sur ce point, voir notamment : Y. GUTMAN, *Law & Society Review*, septembre 2016, Vol. 50, No. 3, p. 575-607.

13 Le préambule de la Loi fondamentale hongroise de 2011 constitue un exemple très significatif de déclaration mémorielle dans un texte constitutionnel. Il qualifie notamment la fondation de l'État hongrois par le Roi Saint-Étienne ou encore le régime de la Constitution communiste de 1949 de « régime tyrannique ». De nombreuses lois hongroises viennent concrétiser

de reconnaissance de la culpabilité pénale de personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, ou encore ouvrant droit à une réparation civile aux victimes d'un événement historique donné. À ce titre, la loi dite « de la mémoire historique » de 2007 en Espagne est significative. Les lois d'amnistie reconnaissant la responsabilité civile ou pénale mais excluant les poursuites constituent ici une sous-catégorie. Enfin, le dernier type de loi mémorielle correspond aux lois déclaratives se bornant à reconnaître ou qualifier un événement historique.

Au-delà des difficultés de classification, la diversité des dispositions législatives qualifiant des faits historiques dans le monde conduit à concentrer l'analyse sur les lois mémorielles et les décisions constitutionnelles dans les systèmes des États européens, avec plusieurs différences notables entre les États d'Europe de l'Est et d'Europe de l'Ouest. Cette contribution abordera à titre principal la jurisprudence du Conseil constitutionnel, fantastique cas d'étude présentant de manière saillante de nombreux traits présents en droit étranger, avec un éclairage de droit comparé. Outre d'évidentes contingences matérielles, le cadre géographique retenu s'explique par le patrimoine historique européen en grande partie commun, malgré les particularismes nationaux. L'appréhension des mêmes faits historiques rend la comparaison riche et pertinente, tant au regard des choix législatifs opérés que de leur analyse par les cours constitutionnelles. L'insertion des droits positifs nationaux considérés dans des organisations supranationales développant elles aussi une politique mémorielle, notamment au sein du Conseil de l'Europe, offre une autre justification.

Vient ensuite la question du traitement juridictionnel des lois mémorielles. Celles-ci font l'objet d'une importante jurisprudence des juridictions ordinaires, plus particulièrement sur les textes visant à réprimer le négationnisme ou le révisionnisme de l'Holocauste, et, dans une moindre mesure, du génocide arménien. La jurisprudence est également abondante devant la CEDH. Un premier constat, quelque peu décevant à l'aube de ce travail de recherches, doit être dressé. Il existe peu de décisions des juridictions constitutionnelles en la matière. De nombreuses lois mémorielles ne sont pas soumises au contrôle de constitutionnalité. Comment, dès lors, expliquer le peu d'occasions laissées aux juges constitutionnels de se prononcer ? Surtout, le traitement de ces lois par les cours constitutionnelles est-il spécifique ? En d'autres termes, la mémoire exprimée ou traduite dans le droit positif devient-elle une norme juridique comme les autres ou subit-elle un contrôle de constitutionnalité particulier ? Le cas échéant quelles sont ces différences et comment les expliquer ? Encore plus largement, que peut nous apprendre l'étude du contentieux constitutionnel des lois mémorielles sur l'adaptation d'un tel instrument normatif aux objectifs mémorielles et politiques qui lui sont assignés ?

La thèse défendue ici sera la suivante : le traitement des lois mémorielles par les cours constitutionnelles illustre l'inadaptation de ces lois comme instrument normatif de reconnaissance symbolique du passé et de la mémoire. En effet, la loi doit présenter un caractère déontique, normatif, incompatible avec l'objectif politique poursuivi. Cette inadaptation, exprimée malgré elle par la justice constitutionnelle, mal à l'aise face à ces textes, conduit à des stratégies d'évitement de la loi au profit d'autres

ces qualifications constitutionnelles, notamment la loi pénalisant l'usage ou la commercialisation des symboles des régimes totalitaires nazis ou soviétiques, codifiée à l'article 335 du Code pénal.

instruments normatifs, juridiques et non juridiques, par les acteurs de la politique mémorielle. L'étude des lois mémorielles devient alors un champ d'observation privilégié de la concurrence exercée sur le droit positif par d'autres formes de normativité et la relativisation de la loi comme outil de régulation. Ainsi, le fait que le juge constitutionnel tente vainement de dépolitiser les lois mémorielles soumises à son examen et semble refuser de confronter directement le contenu de ses textes (I) illustre l'inadaptation de la loi comme instrument mémoriel face à d'autres tentatives de régulation (II).

I. Le constat : une vaine tentative de dépolitisation des lois mémorielles par les cours constitutionnelles.

Les lois mémorielles, textes à la symbolique politique forte soulevant d'importantes questions quant à leur validité, font paradoxalement l'objet d'un contrôle de constitutionnalité centré prioritairement sur les considérations techniques, légistiques et déontiques. Cette volonté de dépolitiser les lois mémorielles semble mettre en lumière le malaise des cours constitutionnelles face à de tels textes et un refus de confronter directement celles-ci aux droits et libertés. Seules les lois réprimant le négationnisme de la Shoah font l'objet d'un véritable raisonnement constitutionnel relatif à la liberté d'expression, commun à l'ensemble des juridictions constitutionnelles considérées et à la CEDH. L'application de ce standard n'empêche pas le juge constitutionnel d'éviter une approche de front du contenu des lois mémorielles. Deux séries d'arguments mobilisés par les juridictions constitutionnelles démontrent cette prise de distance face au contenu des lois mémorielles. L'argument de la constitutionnalité de la négation de la Shoah en raison de sa qualification par une juridiction pénale internationale (A) et, plus largement, le choix paradoxal de confronter les lois mémorielles aux exigences déontiques et légistiques et non aux droits et libertés (B).

A. La dépolitisation partielle des lois pénalisant la négation des génocides : l'argument de la reconnaissance par une juridiction pénale internationale

Les jurisprudences constitutionnelles des systèmes concernés par cette étude tendent à considérer les lois de pénalisation de la négation ou de la justification de la Shoah comme une limite justifiée et proportionnée à la liberté d'expression. En effet, aucune annulation d'une telle loi n'a été prononcée. Ce standard est corroboré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui utilise le fondement de l'article 10 de la Convention européenne pour déclarer le caractère justifié de telles limitations à la liberté d'expression voire l'article 17 pour qualifier d'abus de droit le discours du négationnisme de la *Shoah*¹⁴. L'émergence de ce standard doit également à l'influence de la décision cadre du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2008 (n° 2008/913), invitant les États membres à « prendre les mesures nécessaires pour [...] que soient punissables [...] l'apologie, la

¹⁴ CEDH, *M'Bala M'Bala c. France* du 15 décembre 2015, voir également arrêt CEDH, *Garaudy c. France*, du 24 juin 2003.

négarion ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale »¹⁵.

La convergence matérielle des décisions des juridictions constitutionnelles en la matière s'illustre également à grand renfort d'arguments de droit comparé. À ce titre, l'arrêt 45/96 du 12 juillet 1996 de la Cour d'arbitrage Belge, sur la *loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale* est particulièrement significatif. La Cour considère en effet, au soutien de sa décision, qu'une telle loi est nécessaire afin que la Belgique ne devienne « un refuge pour les négationnistes européens »¹⁶.

Malgré ce consensus juridique et politique, ces lois ne font qu'à de rares occasions l'objet d'un véritable contrôle de constitutionnalité au regard des droits et libertés centré sur la nature du discours négationniste et ses rapports à la liberté d'expression dans une société démocratique. Ainsi, à la suite d'un recours individuel formé à l'encontre de la loi pénalisant l'approbation, la glorification ou la justification de l'idéologie nazie, la Cour constitutionnelle allemande considère que, par nature, un tel discours ne peut entrer dans le champ de la liberté d'expression et d'opinion compte tenu du fait que « la Loi fondamentale [et donc l'ordre juridique allemand] peut être vue comme le contre concept du totalitarisme du régime nazi »¹⁷. De même, le Tribunal constitutionnel espagnol, dans un arrêt du 7 novembre 2007, différencie négation et apologie d'un crime de génocide et confronte directement ces incriminations à la liberté d'expression et de recherche. En ce sens, le Tribunal, après une analyse très détaillée, déclare inconstitutionnelle la simple négation factuelle de la *Shoah*¹⁸, comme entrant dans le champ de la protection de la liberté d'expression et de la recherche protégées par l'article 20.1 CE, à la différence de l'apologie ou de l'incitation au génocide qui en serait exclues.

Ces rares exceptions mises à part, les juridictions constitutionnelles usent d'autres arguments davantage techniques ou procéduraux afin de dépolitiser, en quelque sorte, leur contrôle et de prendre une certaine distance vis-à-vis du contenu des lois concernées. L'un des arguments les plus présents et parmi les plus critiqués consiste, en ce sens, à justifier la différence de traitement accordée aux lois pénalisant la négation de la Shoah par rapport aux lois pénalisant la négation d'autres génocides – notamment le génocide arménien – par la qualification de génocide reconnu par une juridiction pénale internationale. L'idée est d'éviter un examen direct de la question de la nature des propos négationnistes, de leurs conséquences politiques et sociales et de leur confrontation aux droits et libertés. Les juridictions constitutionnelles semblent alors rechercher un argument objectif, technique, neutre,

15 Décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal du 28 novembre 2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/LSU/?uri=celex%3A32008F0913#:~:text=L'objectif%20de%20cette%20d%C3%A9cision,ensemble%20de%20l'Union%20europ%C3%A9enne>.

16 Cour d'arbitrage Belge, n° 45/96 du 12 juillet 1996, *loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale*, § B.7.15.

17 1 BvR 2150/08, 4 novembre 2009, communiqué de presse.

18 Tribunal constitutionnel espagnol, arrêt n° 235/2007 du 7 novembre 2007, § 6 « la simple transmission d'opinions, aussi méprisables soient-elles du point de vue des valeurs sur lesquelles repose [la] Constitution », traduction de l'auteur.

permettant de déclarer suffisamment précise l'infraction pénale de négationnisme de la Shoah. Le débat relatif à la liberté d'expression est ainsi déplacé vers un terrain moins sensible politiquement. La question se rapproche d'un enjeu de séparation des pouvoirs. Le législateur ne peut pas être juge pénal, il peut choisir et définir les catégories du droit pénal, les infractions, mais non qualifier un fait, le rattacher à l'une de ces catégories.¹⁹

L'argument demeure faible mais est mobilisé, en creux, par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2012-647 DC déclarant inconstitutionnelle la loi réprimant la négation des génocides reconnus par la loi considérant qu'« en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication »²⁰. Il fonde plus directement le premier refus de la Cour de cassation, en 2010, de transmettre une QPC contre la loi Gayssot, pour défaut de caractère sérieux « dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à [...] l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale »²¹.

L'argument est à nouveau utilisé, directement cette fois, par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC sur la loi Gayssot 2015-512 QPC : « la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi [...] cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi (Gayssot) »²², et négativement, dans la décision relative à la loi égalité et citoyenneté 2017²³. En droit comparé, l'article 457-3 du Code pénal luxembourgeois mentionne comme condition de la répression pénale de la négation des génocides le fait que l'acte historique en question ait reçu une telle qualification par « une juridiction ou autorité luxembourgeoise ou nationale ». La CEDH, enfin, dans son arrêt *Perinçek c/ Suisse* (2015) concernant la poursuite pénale en suisse d'un diplomate turc ayant nié publiquement le génocide arménien utilise également cet argument²⁴.

19 Sur ce point W. MASTOR, J.-G. SORBARA, « Réflexions sur le rôle du Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », *RFDA* 2012, p. 507.

20 Cons. 6.

21 C. Cass, crim., n° 12008 du 7 mai 2010.

22 CC, décision 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, (cons. 10).

23 L'article 73 de cette loi modifiait l'article 24 bis de la loi sur la liberté de la presse de 1881 introduit par la loi Gayssot. Le Conseil précise ainsi que « Des actes ou des propos peuvent ainsi donner lieu à des poursuites au motif qu'ils nieraient, minoreraient ou banaliseraient des faits sans pourtant que ceux-ci n'aient encore reçu la qualification de l'un des crimes visés » (cons. 196) », avant de conclure que « le législateur, en réprimant la négation, la minoration et la banalisation de certains crimes n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation judiciaire préalable, a porté une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui n'est ni nécessaire ni proportionnée » CC, 2016-745 DC du 26 janvier 2017, (cons. 197).

24 CEDH, *Perinçek c/ Suisse*, n° 27510/08 du 15 octobre 2015, « [...] les condamnations pour les crimes commis par le régime nazi, dont ces personnes niaient l'existence, avaient une base juridique claire, à savoir l'article 6, alinéa c), du Statut du Tribunal militaire international (de Nuremberg), annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 (paragraphe 19 ci-dessus).

La vérité judiciaire de la nature génocidaire de la Shoah justifierait alors la constitutionnalité de l'incrimination du négationnisme. Or un discours négationniste n'est pas poursuivi pénalement parce qu'il est faux mais parce qu'il porte atteinte à l'ordre public ou aux droits des victimes et de leurs descendants. L'usage de cet argument offre toutefois au juge constitutionnel un moyen de se soustraire à l'examen de la portée politique du discours et de présenter un critère – mauvais et hors de propos certes – mais neutre et objectif. Cette volonté de dépolitiser les lois mémorielles s'illustre encore plus clairement par le choix quasi systématique d'analyser la constitutionnalité des lois mémorielles sous l'angle de la déontologie et non directement de leurs potentielles atteintes aux droits et libertés.

B. Le paradoxe du contrôle de constitutionnalité des lois mémorielles : le choix de la critique légistique devant les droits et libertés

L'argument constitutionnel le plus souvent opposé aux lois mémorielles concerne l'atteinte injustifiée ou disproportionnée qu'elles constitueraient à la liberté d'expression et à la liberté de recherche. La limitation de la liberté d'expression est en effet évidente concernant les lois pénalisant le négationnisme, le révisionnisme, ou l'usage de symboles historiquement connotés comme l'article 335 de Code pénal hongrois interdisant l'usage de signes à connotations politiques totalitaires, visant la croix gammée, le signe SS, l'étoile rouge ou la faucille et le marteau. Elle peut être également indirecte pour des lois déclaratives. En effet, bien que celles-ci ne créent pas directement de norme, elles expriment la position officielle de l'État et pourraient entraîner, à ce titre, un phénomène d'autocensure des opposants à la vision historique du législateur. Toutefois, ces considérations traitant des droits et libertés sont grandement absentes du raisonnement du juge constitutionnel. C'est l'autre volet de la critique juridique des lois mémorielles, relatif à leurs caractéristiques normatives ou déontiques, c'est-à-dire leur capacité à prononcer une interdiction, une habilitation ou une autorisation claire, qui est privilégiée.

Trois enjeux déontiques ou légistiques méritent d'être présentés. La question de l'absence ou de la faible normativité des énoncés mémoriels ; l'imprécision des termes, des incriminations, contraires au principe de légalité des délits et des peines ; plus rarement, l'atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale²⁵.

Concernant l'absence de normativité des lois mémorielles, l'un des exemples les plus significatifs demeure le raisonnement complexe et hautement critiquable du Conseil constitutionnel dans sa décision 2012-647 DC relative à la loi réprimant la négation des génocides reconnus par la loi qui, couplée, avec la loi de 2001 reconnaissant le génocide arménien, pénalisait la négation de ce

Troisièmement, les faits historiques remis en cause par les intéressés avaient été jugés clairement établis par une juridiction internationale. » (§ 117).

25 Cet aspect sera écarté ici et concerne principalement la « loi de la mémoire historique » espagnole du 31 octobre 2007 complétant la loi d'amnistie du 15 octobre 1977 assurant la transition à l'issue de la dictature franquiste. En effet, malgré les nombreuses revendications visant à extraire les crimes franquistes du champ de cette amnistie, le tribunal constitutionnel espagnol s'est rangé derrière le principe de non-rétroactivité de la loi pénale et l'autorité de la chose jugée pour écarter une telle interprétation de la loi mémorielle de 2007. Sur ce point voir notamment : S. MICHONNEAU, « Récupérer la mémoire historique » par la loi ? L'impossible justice transitionnelle espagnole », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2020, n° 3, p. 87.

génocide. Saisi de la constitutionnalité de la seule loi de 2012, le Conseil fonde son raisonnement sur l'exigence de normativité de la loi qu'il tire de l'article 6 de la DDHC et glisse le commentaire suivant sur la loi de 2001 : « une disposition législative ayant pour objet de “reconnaître” un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi. »²⁶ En d'autres termes, la démonstration est la suivante : la loi de 2012 fait implicitement référence à une loi anormative pour créer une infraction pénale, elle constitue donc une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. L'absurdité du raisonnement est flagrante mais l'usage de l'argument de la normativité permet au juge constitutionnel, à nouveau, d'éviter de se confronter à la question de la nature du discours négationniste et ses conséquences dans le débat public.

Un détournement analogue de l'exigence de normativité est opéré par le Conseil dans sa décision 2016-745 DC sur la loi citoyenneté et sécurité prévoyant l'incrimination du négationnisme constitutif d'une incitation à la haine. Ce nouveau délit est considéré par le juge constitutionnel comme un doublon législatif vis-à-vis du délit d'incitation à la haine. Le législateur, en créant une incrimination pénale inutile, aurait ainsi adopté une disposition anormative ou insuffisamment normative portant une atteinte injustifiée à la liberté d'expression. La faiblesse du raisonnement ressort une nouvelle fois mais l'écran de fumée de la normativité permet, là aussi, au juge constitutionnel de s'épargner un pénible et risqué raisonnement sur la nature des expressions considérées et sur l'appréciation de l'objectif politique et mémoriel.

Encore plus fréquentes et généralisées sont les questions relatives à l'imprécision de la rédaction des lois mémorielles dans la jurisprudence des cours constitutionnelles. À ce titre, la Cour d'arbitrage belge en 1996, dans sa décision relative à la loi interdisant le négationnisme de la Shoah, consacre d'importants développements au pouvoir déontique de l'énoncé et sa clarté. Alors que le dispositif législatif interdit le fait de « nier », de « minimiser grossièrement », de « chercher à justifier » ou d'« approuver » la Shoah, la Cour souligne la volonté du législateur de « définir l'objet de la répression de manière restrictive et sans équivoque »²⁷ et estime, en ce sens, que « l'adjonction du terme “grossièrement” est d'une grande importance »²⁸. De même, la loi polonaise du 5 novembre 2009 pénalisant l'usage à des fins politiques ou la commercialisation de symboles faisant référence aux régimes totalitaires nazis et communistes a été déclarée partiellement inconstitutionnelle, dans une décision du 19 juillet 2011. Là aussi, le débat a largement porté sur la précision des termes de l'incrimination²⁹.

26 CC, Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, cons. 6.

27 Cour d'arbitrage Belge, n° 45/96 du 12 juillet 1996, *op. cit.* n° 14, § B.7.8.

28 *Ibid.*, § B.7.9.

29 Trib. Const. Polonais, 19 juillet 2011, n°K 11-9 : « En outre, le Tribunal a déclaré que 1) une norme pénale doit, de manière non ambiguë, indiquer à la fois la personne qui en est le destinataire, les caractéristiques d'un acte interdit, ainsi que le type de sanction pénale imposée pour la commission de cet acte interdit ; 2) le principe de spécificité indiqué à l'article 42 de la Constitution oblige le législateur à indiquer un acte interdit (ses caractéristiques) de manière à ce que ni le destinataire de la norme pénale ni les organes de l'autorité publique chargés d'appliquer la loi et de décoder le contenu de la réglementation, par le biais de l'interprétation de la norme pénale, n'aient de doutes quant à la correspondance de certains comportements *in concreto* avec ces caractéristiques ; 3) étant donné que la loi introduit une sanction en cas de comportement interdit,

Si, à première vue, la mobilisation des principes de clarté et d'intelligibilité de la loi pénale semble tout à fait cohérente pour contrôler la constitutionnalité d'une loi pénalisant certains discours historiques, cette motivation est en réalité souvent détournée afin d'éviter de centrer le raisonnement sur le contenu des propos incriminés. Le refuge rhétorique tiré de l'argument du degré de précision des lois mémorielles n'est d'ailleurs pas le seul apanage du juge constitutionnel. En effet, le verrou longtemps opposé par la Cour de cassation à l'examen de la constitutionnalité de la loi Gayssot reposait également sur des considérations déontiques. La Cour de cassation a pu ainsi estimer, lors de son premier refus, que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité. »³⁰ La Cour de cassation n'a pas mobilisé le contrôle habituel de la liberté d'expression. Selon elle, l'incrimination est claire donc il n'y aurait pas de question sérieuse d'atteinte à la liberté d'expression. Il semble s'agir d'une échappatoire argumentative pour ne pas traiter ce grief. Par sa seule clarté, une limite à la liberté d'expression ne saurait être décentement et logiquement considérée comme justifiée. En effet, si l'on admet qu'il soit très clairement interdit de tout dire, la liberté d'expression ne serait-elle pas pour autant atteinte ?

Le malaise de la Cour semblait d'autant plus profond qu'après deux refus de transmission sur le fondement de la liberté d'expression pour défaut de caractère sérieux de la question, la troisième QPC a été transmise au Conseil constitutionnel, cette fois-ci sur le fondement du principe d'égalité³¹. La Cour de cassation n'a ainsi pas eu à se contredire et s'est épargné des développements sur le terrain de l'atteinte à la liberté d'expression.

Les lois mémorielles font donc l'objet d'un contrôle paradoxal, centré sur leurs caractéristiques normatives et déontiques. Les juridictions constitutionnelles s'intéressent davantage aux considérations techniques pour éviter d'aborder l'appréciation de leur contenu. Ce constat illustre la limite de la légitimité de la justice constitutionnelle pour apprécier l'opportunité des qualifications historiques retenues par le législateur. Le juge constitutionnel semble mal à l'aise face au poids symbolique et politique des lois mémorielles. Cette contrainte déontique de la loi semble conduire les acteurs de la politique mémorielle à privilégier d'autres instruments normatifs d'expression de leurs revendications, certes moins contraignants mais plus efficaces. Ceci illustre, plus largement, le phénomène de concurrence normative subi par la loi face à d'autres formes de régulation.

l'individu ne peut pas être laissé dans l'ignorance du fait que certains comportements constituent ou non un acte interdit soumis à une telle sanction. » (Nous traduisons).

30 Cass. crim., QPC, 7 mai 2010, n° 09-80.774.

31 Cass. crim., QPC, 6 octobre 2015, n° 15-84.335.

II. Mise en perspective : La loi mémorielle, un outil normatif inadapté et concurrencé

L'inadaptation de la loi comme instrument normatif de politique mémorielle est rendue visible par le malaise des juridictions chargées de contrôler la constitutionnalité de ces textes. En effet, l'appréciation de l'objectif politique mémoriel fort porté par ces textes dépasse la légitimité du juge et est, en grande partie, incompatible avec certaines exigences déontiques et légistiques qui pèsent sur la loi. Cette contrainte technique conduit l'ensemble des acteurs de la politique mémorielle : pouvoirs publics, groupes de pressions ou militants, à mettre en œuvre des stratégies d'évitement de la loi au profit d'autres normes juridiques (A) ou extrajuridiques (B), jugées plus efficaces. La question mémorielle devient alors, plus largement, un éclairant cas d'étude de la mise en concurrence de la normativité juridique face à d'autres formes de régulation des comportements humains, interrogeant le rôle du droit et l'objet du juriste.

A. Les stratégies d'évitement de la loi en matière mémorielle au profit d'autres instruments normatifs encadrés par le droit

La loi, norme à caractère général produite par le Parlement, revêt dans les démocraties parlementaires une importance juridique et politique majeure. Voir une revendication de politique mémorielle concrétisée par un acte législatif semble, dès lors, représenter l'une des plus hautes formes de consécration du bien-fondé des revendications par l'onction démocratique de la représentation nationale. Cette volonté farouche de privilégier la loi à tout autre véhicule juridique susceptible de reconnaître un fait historique, afin d'accroître la valeur symbolique d'une telle reconnaissance, est un élément qui ne saurait être entièrement nié. Les revendications en faveur de la reconnaissance de la discrimination de l'État à l'égard des mineurs grévistes en 1948 et 1952 constituent à ce titre un exemple significatif. L'article 100 de la loi de finances française de 2015 reconnaît non seulement « le caractère discriminatoire et abusif du licenciement pour faits de grève des mineurs grévistes en 1948 et 1952 », les réhabilite individuellement dans leurs grades et distinctions militaires mais également collectivement en prévoyant l'insertion de ce pan de l'histoire sociale française dans les manuels scolaires et les programmes de recherche. La loi, et plus particulièrement la loi de finances, était vue par Christiane Taubira, alors garde des Sceaux, comme le support normatif idoine non seulement au regard de l'objectif d'indemniser les mineurs et leurs descendants mais également de la volonté de « les rétablir dans leur dignité et leur honneur »³².

Choisir la loi, comme la première partie de cette contribution le montre, n'est pas neutre au regard de l'office des juridictions constitutionnelles. Le malaise de ces dernières pour connaître des dispositions législatives mémorielles face aux droits et libertés fondamentaux constitutionnels n'est pas étranger aux législateurs nationaux qui n'hésitent pas à mettre en place des stratégies d'évitement de la loi, en matière mémorielle. Ces stratégies passent principalement par l'usage d'actes déclaratifs,

³² Communiqué de presse de Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 23 octobre 2014.

dépourvus de valeur juridique, tels que les résolutions, introduites en France dans l'article 34-1 de la Constitution par la révision de 2008. Ce type d'acte parlementaire anormatif, présents dans de nombreux États, est fréquemment utilisé en matière mémorielle afin de contourner la contrainte déontique de la loi et le risque contentieux devant la juridiction constitutionnelle. Cet objectif était tout à fait explicite à la lecture du rapport de la Mission d'information sur les questions mémorielles à l'Assemblée nationale, alors présidée par Bernard Accoyer. Le rapport rendu en 2008 et intitulé *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée* précise, en effet, que « le rôle du Parlement n'est pas d'adopter des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques, a fortiori lorsque celles-ci s'accompagnent de sanctions pénales. Mais le Parlement est dans son rôle quand il édicte des normes ou des limitations destinées à défendre des principes affirmés par le Préambule de la Constitution notamment pour lutter contre le racisme et la xénophobie. »³³ L'intérêt de ces textes serait donc double : éviter la contrainte déontique de la loi tout en gardant la valeur symbolique d'une prise de position officielle du Parlement. Le Sénat français n'a pas hésité à se saisir de cet instrument juridique en matière mémorielle, que l'on pense à la résolution « tendant à la reconnaissance de la répression d'une manifestation à Paris le 17 octobre 1961 » du 23 octobre 2012 ou encore à la proposition de résolution mémorielle « tendant à la pleine réhabilitation de la Commune et des communards », déposée le 19 octobre 2018. Plus largement, cet outil est également utilisé de manière intensive en Europe. La Pologne, à titre d'exemple, a adopté plus de 2000 résolutions parlementaires commémoratives et mémorielles³⁴. Nombreuses sont également les résolutions reconnaissant le génocide arménien³⁵.

Malgré leur absence de normativité, le recours aux résolutions en matière mémorielle peut s'avérer une stratégie payante d'évitement de la loi pour les acteurs de la politique de la mémoire. En effet, bien qu'elles ne créent pas de normes, elles peuvent présenter une effectivité importante. Exprimant la position officielle et solennelle du Parlement, les résolutions parlementaires emportent des effets symboliques et politiques majeurs. Juridiquement, elles peuvent être mobilisées comme source d'interprétation dans le raisonnement judiciaire. Ainsi, dans le cas de la Suisse, l'existence d'un « postulat », assimilable à une résolution parlementaire, reconnaissant le génocide arménien, a justifié la condamnation pénale d'un individu sur le fondement de l'article 261 bis du Code pénal incriminant la négation d'un génocide. Toujours dans le cas de la Suisse, la CEDH dans son arrêt *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, fonde l'existence de ce postulat pour expliquer que le requérant pouvait prévoir les poursuites dont il allait faire l'objet en Suisse³⁶.

33 *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Assemblée nationale, Rapport d'information n° 1262, novembre 2008, p. 181.

34 Voir notamment sur ce point : K. KOŃCZAL, « La législation sur l'histoire en Pologne : vers un régime victimo-héroïque. », in *Parlement[s]*, op. cit., n° 4.

35 Position de l'Assemblée de la République portugaise (Parlement portugais) sur le Génocide arménien, 26 avril 2019 ; Initiative de la Chambre des députés du Parlement italien appelant le Gouvernement italien à reconnaître le Génocide arménien, 10 avril 2019 ; Résolution reconnaissant et condamnant le Génocide arménien et les autres crimes contre l'humanité par Chambre des députés de République tchèque, 26 avril 2017 ; Résolution du Bundestag de la République fédérale d'Allemagne 2 juin 2016 ; Résolution de la Chambre des représentants du Royaume de Belgique, 24 juillet 2015.

36 CEDH, *Perinçek c/ Suisse*, n° 27510/08 du 15 octobre 2015. La Cour de Strasbourg juge le raisonnement de la juridiction pénale suisse ayant condamné des propos niant le caractère génocidaire des massacres d'Arméniens à partir de 1915 comme

Le cas, en Espagne, de l'exhumation de la dépouille du Général Franco, à l'issue d'un an de vifs débats politiques en 2019, constitue un autre exemple de l'effectivité des résolutions mémorielles. Le processus a été initié par l'adoption d'une résolution parlementaire non obligatoire pour le gouvernement, alors présidé par Mariano Rajoy, demandant l'exhumation du Général Franco du cimetière *de la Valle de los Caídos* vers le cimetière du Pardo. Ce n'est cependant qu'à la suite de l'alternance politique et par un acte gouvernemental pris par le nouveau président du gouvernement Pedro Sanchez que l'exhumation a été ordonnée.

Comme l'a démontré le Professeur Hochmann³⁷, les critiques de constitutionnalité en matière de droits et libertés, d'ingérence du Parlement dans le domaine historique ou diplomatique peuvent être également formulées à l'encontre des résolutions parlementaires. Cependant, la difficulté des lois mémorielles est, d'une part, pour le législateur comme pour les acteurs de la mémoire, le risque d'inconstitutionnalité et, d'autre part, pour le juge constitutionnel, la charge politique de ces textes. Les résolutions sont alors un moyen commode d'organiser juridiquement l'immunité constitutionnelle de la politique mémorielle.

Les stratégies politiques d'évitement de la loi au profit d'autres actes juridiques peuvent également passer par le choix, bien évidemment contraint par la répartition des compétences, de recourir à des actes réglementaires. Citons comme exemple le décret du Président de la République sur la proclamation du 24 avril comme journée nationale de commémoration du Génocide arménien du 10 avril 2019. L'enjeu est le même pour les arrêtés municipaux baptisant ou débaptisant des ouvrages publics ou des noms de rues. L'intérêt des actes réglementaires face à la loi se situe dans la nature du contrôle exercé par le juge administratif. Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sera bien souvent restreint et limité à l'erreur manifeste d'appréciation en la matière³⁸.

L'enjeu principal de ces contournements semble donc être l'organisation de l'immunité contentieuse des prises de position mémorielles des pouvoirs publics, ce que la Cour de cassation n'a pu qu'un temps maintenir par le verrou du filtre de la QPC concernant la loi Gayssot. L'inadaptation de la loi comme instrument normatif pertinent pour trancher les revendications mémorielles illustre plus largement comment d'autres normes, extrajuridiques, concurrencent le droit en la matière.

« [...] raisonnablement prévisible, compte tenu en particulier de l'adoption dans l'intervalle par le Conseil national du postulat portant reconnaissance du caractère de génocide des événements survenus en 1915 et les années suivantes » (§ 138).

37 T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites "mémorielles" sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *Droit et cultures* 2013-2.

38 À titre d'exemple, un arrêté municipal changeant la dénomination d'une voie ou d'un lieu public relève de l'unique compétence du Conseil municipal. Le juge administratif se contente de contrôler l'absence d'erreur manifeste d'appréciation quant au risque de trouble à l'ordre public engendré par ce changement de dénomination, voir notamment : CAA de Marseille, 12 novembre 2007, n° 06MA01409.

B. La mise en lumière de l'insaisissabilité par le droit de la mémoire : la concurrence des normativités extrajuridiques

Alors que les débats autour des concepts de *Cancel culture*, *woke* ou *call-out culture* et leur influence dans le débat public sont de plus en plus nombreux, la pression de la reconnaissance mémorielle s'exerce sur tous les acteurs de l'espace public. Le terrain des revendications mémorielles s'est déplacé des couloirs du Parlement vers les réseaux sociaux, les autorités administratives indépendantes comme le CSA, les « créateurs de contenu » (maisons d'éditions, éditeurs de manuels scolaires, médias, producteurs audiovisuel...). Les universités, les grandes entreprises, les organisations sportives sont concernées. À titre d'exemple, aux États-Unis, les grands clubs de *base-ball* comme les *Cleveland Indians* ou les *Washington Redskins* en football américain ayant un nom ou un logo faisant référence aux communautés amérindiennes ont procédé d'elles-mêmes à des modifications face aux accusations d'appropriation culturelle.

Les exemples en France sont nombreux comme les tensions autour de l'éventuel déboulonnage de statues d'hommes d'État. De la statue de Colbert devant l'Assemblée nationale ou plus récemment de Napoléon à Rouen, les revendications mémorielles délaissent bien souvent le terrain législatif. Ce décentrement de la politique mémorielle en dehors de l'enceinte parlementaire s'illustre de manière analogue par la désignation par le président de la République d'un comité scientifique, dirigé par l'historien Pascal Blanchard, chargé de dresser une liste de personnalités issues de la diversité, « portraits de France »³⁹ afin d'inciter les maires à renommer certains noms de rues ou d'espaces publics. L'incitation est caractéristique du *soft law* comme outil mémoriel. Sur la forme, la nomination de ce comité a d'ailleurs été annoncée dans un entretien réalisé pour le média *Brut* et publié sur YouTube le 4 décembre 2020⁴⁰, bien loin du Journal officiel.

Ces stratégies sont compréhensibles et paraissent cohérentes au regard de la nature des enjeux mémoriels qui relèvent en premier lieu du débat public, historique et médiatique. L'enjeu mémoriel est, avant tout, politique, sans doute même « trop politique » pour être saisi dans sa pleine mesure par les producteurs de normes juridiques et, surtout, par le juge constitutionnel. L'intérêt pour les acteurs et destinataires de la politique mémorielle de déplacer ces revendications en dehors du droit réside ainsi dans la possibilité d'éviter les contraintes déontiques de la norme juridique, plus particulièrement de la loi. Le risque contentieux de l'annulation par une juridiction, principalement constitutionnelle, est alors évacué. Par ailleurs, la crainte d'une perte d'effectivité de la politique mémorielle est à grandement relativiser au regard du levier important de régulation des comportements que représente la *soft law* dans une matière aussi symbolique, lourdes de conséquences médiatiques et sensibles aux tentatives de récupération politique.

Au-delà, ces stratégies permettent d'éviter et de contourner également les modes de production de la norme prévus par le droit et susceptibles de nuire à l'efficacité de l'objectif politique ou de

39 <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/sites/default/files/2021-03/Portraits-de-France-PRINT-2.pdf>.

40 Entretien disponible en intégralité sur le lien suivant : https://www.youtube.com/watch?v=IvkewyupR_8.

limiter la portée du message défendu. Plus précisément, contourner le Parlement et les organes et procédures classiques de production de la norme juridique permet de soustraire la revendication à la délibération et le débat, sources de compromis, de tempéraments ou d'atténuations. Cette éviction permet également d'échapper à l'interférence d'autres groupes de pression, la prise en compte d'autres revendications mémorielles susceptibles de nuancer l'appréhension historique du passé ou d'autres intérêts catégoriels en vue de les transcender pour satisfaire l'intérêt général, objectif de la procédure démocratique d'élaboration de la norme.

Le déplacement des enjeux de régulation en dehors et au-delà de la sphère juridique favorise ainsi la radicalité voire la violence du message et de la pression exercée sur les acteurs de la politique mémorielle et les institutions participant au débat public. Il est alors possible de s'affranchir des contraintes de l'État de droit, de refuser d'entrer dans le jeu du débat démocratique au nom du caractère absolu, intangible et indiscutable du message mémoriel porté, considéré bien souvent comme un pan identitaire et communautaire. La légitimité d'une revendication mémorielle n'a, dès lors, plus à être interrogée par des institutions neutres, extérieures à la passion du débat historique concerné. Seule compte la logique du rapport de force politique et social entretenu par les acteurs eux-mêmes.

La radicalité de ce combat et l'absence d'encadrement juridique permettent souvent d'assurer une efficacité de la régulation bien supérieure à celle offerte par la norme juridique, par des moyens plus rapides et directs, court-circuitant non seulement les canaux démocratiques traditionnels plus longs et incertains, mais également le droit à un recours juridictionnel effectif. La loi, malgré sa puissance symbolique et politique, est ainsi un instrument normatif largement inadapté pour se saisir des revendications mémorielles. Ce constat, rendu particulièrement sensible au regard du malaise des juges constitutionnels à se saisir du contenu de ces lois et à détourner l'attention sur leurs qualités légistiques ou déontiques, doit être mis en perspective face à un phénomène plus large de concurrence normative⁴¹. L'insuffisante efficacité de la loi et plus largement du droit, face à d'autres types de régulation remettent en cause non seulement les concepts de souveraineté, d'État de droit ou de démocratie, mais également la place et le périmètre de l'objet d'étude de la science du droit, incluant ou excluant ses nouvelles formes de normativité.

41 Sur ce point, voir notamment M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, Normativités concurrentes, Limal, Anthemis, 2012, p. 179.

TABLE DES MATIÈRES

RETOUR VERS LE FUTUR	7
QUELS USAGES CONSTITUTIONNELS DU PASSÉ ? <i>Marcel MORABITO</i>	
AVANT-PROPOS	11
<i>Ariane VIDAL-NAQUET, Manon BONNET, Julien PADOVANI</i>	
CONSTITUTION ET PASSÉ : DU FAIT À LA NORME	17
<i>Ariane VIDAL-NAQUET</i>	
I. La consécration du passé dans le texte constitutionnel : l'utilisation constitutionnelle du passé au service de la construction d'une mémoire constitutionnelle	19
A. L'utilisation constitutionnelle du passé	19
B. Le discours constitutionnel sur le passé	23
II. La normativisation du passé par le texte constitutionnel – la transformation du passé en norme juridique au service de la protection constitutionnelle du passé	27
A. L'intégration du passé dans la norme juridique	28
B. La transformation du passé en norme scientifique	30
CONSTITUTIONS MÉMORIELLES, RÉVISIONNISTES, AMNÉSQUES	35
QUELLE MÉMORISATION CONSTITUTIONNELLE DU PASSÉ ? <i>Pauline MALLÉJAC</i>	
I. La « mémorisation constitutionnelle » du passé : une mémoire partiellement fidèle	37
A. Constitution mémorielle positive, une mémoire sincère.....	37
B. Constitution mémorielle négative, une mémoire adaptée	40
II. L'altération de la « mémorisation constitutionnelle » du passé : une mémoire oublieuse	42
A. Constitutions révisionnistes, une mémoire manipulée.....	43
B. Constitutions amnésiques, une mémoire absente	45

HISTOIRE ET ROMAN NATIONAL, QUELS ENJEUX POUR LES CONSTITUANTS ?...47**ESSAI DE TYPOLOGIE DES PRÉAMBULES CONSTITUTIONNELS**

Clarisse VALMALETTE

- I. La mémoire au service du rétablissement de l'ordre étatique à la suite d'une période de crise.....52**
 - A. La nation « apaisée » : une reconstruction de l'État par la pacification.....52
 - B. La nation « résistante » : une légitimation de l'ordre constitutionnel par la désignation d'un ennemi.....54
- II. La mémoire au service de la confirmation de la fondation de l'État .55**
 - A. La nation « souveraine » : l'affermissement de l'indépendance de l'État.....56
 - B. La nation « unie » : la commémoration d'un héritage identitaire...58
- Conclusion.....61**

CONTINUITÉ MATÉRIELLE DU DROIT INFRACONSTITUTIONNEL**ET CHANGEMENT CONSTITUTIONNEL : LE TRAITEMENT DU PASSÉ.....63**

Cédric AGUZZI

- I. Le temps de la confrontation : l'intégration du droit infraconstitutionnel ancien à l'ordre juridique nouveau68**
 - A. L'hétérogénéité des procédures : la réception des normes infraconstitutionnelles anciennes par la nouvelle Constitution....68
 - B. L'homogénéité du but : la cohérence juridique et morale du nouvel ordre juridique.....73
- II. Le temps de la résolution : la régulation du nouvel ordonnancement juridique par les autorités d'application du droit.....76**
 - A. Le juge constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution.....77
 - B. Le juge ordinaire, juge du contentieux « constitutionnel » dans les rapports entre la Constitution et les normes antérieures82

DE L'USAGE DE LA MÉMOIRE COLLECTIVE AU SEIN DES CONSTITUTIONS**DE TRANSITION.....89**

Claire PARJOUET

- I. La mémoire collective, une reconstruction légitimante du passé...91**
 - A. Les dispositions mémorielles en vue de justifier la transition92

B.	Les dispositions mémorielles en vue de soutenir la participation ...	95
II.	La mémoire collective, une construction protectrice du futur	99
A.	Les droits fondamentaux, un enseignement mémoriel	100
B.	Les Commissions Vérité, une réconciliation mémorielle	104
LE RECOURS À L'HISTOIRE DANS LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE DE LA HONGRIE VERS LA DÉMOCRATIE ILLIBÉRALE		
109		
<i>Dorottya COLLET-RETKES</i>		
I.	La nouvelle Loi fondamentale de la Hongrie, fondement du concept de démocratie illibérale	110
II.	Les principaux éléments de la nouvelle Constitution	110
III.	Les avis de la Commission de Venise sur la nouvelle Constitution hongroise	112
A.	Les références historiques dans la Loi fondamentale	113
B.	Responsabilité pour les Hongrois vivant en dehors des frontières de la Hongrie	113
C.	Le mariage comme institution protégée en tant qu'union entre un homme et une femme	114
D.	Religion et Églises, liberté de presse et interdiction de discrimination ..	115
IV.	Dix ans de démocratie illibérale, confirmation de l'usage des préceptes historiques de la Loi fondamentale	117
A.	Première mention de l'illibéralisme	117
B.	Bilan des six années d'illibéralisme et perspectives d'avenir	119
	Conclusion	121
L'ASSISTANCE CONSTITUTIONNELLE ET L'HISTOIRE		
123		
L'EXEMPLE DE LA PROMOTION DE LA DÉMOCRATIE PAR LA COMMISSION DE VENISE		
<i>Maria GUDZENKO</i>		
I.	Des références téléologiques puissantes à l'histoire....	130
A.	Les usages de l'histoire variés	130
1.	<i>Les usages polyvalents des références à l'histoire</i>	<i>130</i>
2.	<i>Les usages téléologiques des références à l'histoire</i>	<i>133</i>
B.	Les usages de l'histoire développés dans les avis par pays	137
1.	<i>Les usages rares de l'histoire des pays concernés par les avis</i>	<i>138</i>

2.	<i>Les usages stratégiques des récits historiques européens indéterminés</i>	140
II.	... À un récit incomplet de l'histoire des démocraties européennes	142
A.	L'absence de cohérence méthodologique : histoire, facteur subsidiaire	142
1.	<i>L'absence légitime de l'autonomie des arguments tirés de l'histoire</i> ...	143
2.	<i>L'évocation souvent aléatoire des arguments tirés de l'histoire</i>	144
3.	<i>Le caractère non équitable de la qualité des références à des traditions juridiques</i>	145
4.	<i>Vers un certain conservatisme dans l'appréhension du « patrimoine électoral européen » ?</i>	147
B.	Pour une considération approfondie des arguments tirés de l'histoire : cas du « vote hostile à tous »	148
1.	<i>L'appréhension incomplète de la pratique à pédi grée controversé</i> .	149
2.	<i>L'illusion d'un rejet par préterition de la tradition électorale des États postcommunistes</i>	151
LE TRAITEMENT DES LOIS MÉMORIELLES PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES		155
ILLUSTRATION DE L'INADAPTATION D'UN INSTRUMENT NORMATIF CONCURRENCÉ		
<i>Arnaud MORANDO</i>		
I.	Le constat : une vaine tentative de dépolitisation des lois mémorielles par les cours constitutionnelles	160
A.	La dépolitisation partielle des lois pénalisant la négation des génocides : l'argument de la reconnaissance par une juridiction pénale internationale	160
B.	Le paradoxe du contrôle de constitutionnalité des lois mémorielles : le choix de la critique légistique devant les droits et libertés	163
II.	Mise en perspective : La loi mémorielle, un outil normatif inadapté et concurrencé	165
A.	Les stratégies d'évitement de la loi en matière mémorielle au profit d'autres instruments normatifs encadrés par le droit	166
B.	La mise en lumière de l'insaisissabilité par le droit de la mémoire : la concurrence des normativités extra-juridiques	168

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :

Cédric Hamel, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :

Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :

Cédric Hamel (Photo de Pawel Czerwinski sur Unsplash)

1^{er} trimestre 2023

Constitution et passé

Entre mémoire et histoire

Issu d'une journée d'études qui s'est tenue à Aix-Marseille Université en 2020, le présent ouvrage propose des réflexions sur les rapports que la Constitution entretient avec le passé, sur la façon dont elle le représente, l'appréhende, le traite voire l'utilise. Ce thème, abordé par les jeunes chercheurs de l'Institut Louis Favoreu sous le parrainage de chercheurs expérimentés, trouve, dans l'actualité, des résonances importantes avec, par exemple, la multiplication des lois mémorielles et des devoirs de mémoire, les débats soulevés par une « cancel culture » constitutionnelle ou encore la constitutionnalisation de « vérités » historiques.

Les différentes contributions analysent, dans une perspective historique et comparée, la façon dont la Constitution/les Constitutions se saisissent du passé : à cet égard, elles soulignent la diversité des manières de représenter le passé voire de se l'approprier et interrogent la spécificité du discours constitutionnel sur le passé. Elles analysent également la façon dont la/les Constitutions utilisent le passé, comment ce dernier intervient au soutien de la construction du récit constitutionnel et comment il peut être mobilisé par les différents acteurs constitutionnels, notamment le juge.



Ariane Vidal-Naquet est professeur des universités en droit public. En poste à Aix-Marseille Université depuis 2010, elle est rattachée à l'Institut Louis Favoreu – GERJC et co-dirige le Master 2 Pratique des droits fondamentaux. Elle consacre ses travaux de recherche et ses enseignements au droit constitutionnel, au contentieux constitutionnel ainsi qu'au droit des droits et libertés fondamentaux. Elle est, dans ces différentes matières, l'auteur de nombreuses publications, articles comme ouvrages.



est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).

