

LA CONSTITUTION, LE CHERCHEUR ET LA MÉMOIRE

ERWANN KERVICHE,

Allocataire de recherche,

GERJC-Institut Louis Favoreu, CNRS UMR 6201

« Tirer sur des moineaux à coups de canon ». La métaphore populaire ne saurait mieux caractériser le débat qui s'est fait jour au cours des années écoulées. Rarement juristes, historiens, sociologues et philosophes auront constitué un front si uni. Quels étaient donc ces moineaux, cibles de cette artillerie ? Quatre lois. Quatre lois qualifiées de « mémorielles » et susceptibles, selon leurs détracteurs, de mettre à mal les fondements mêmes de l'État de droit. Le législateur aurait en effet, en ces quatre occasions, outrepassé le cadre normatif fixé par l'article 34 de la Constitution en adoptant des lois « bavardes », anormatives, mais simultanément attentatoires à différentes libertés fondamentales. Accusations nourries par une pléthore de « Procureurs de la Constitution » en l'absence de saisine du Conseil constitutionnel, qui aurait eu le mérite de clore la polémique.

Il apparaît aujourd'hui que les réquisitoires enflammés contre des lois menaçant de faire basculer la République vers un régime totalitaire manquaient alors pour le moins de pondération. Si le débat a tant passionné, c'est probablement parce qu'il ne se bornait pas à ces seuls quatre textes, mais sous-tendait plutôt des questions autrement plus vastes, relatives à la loi, ses fonctions et son domaine, et à la Nation, sa constitution et son identité. C'est sans doute ce qui le rend aujourd'hui encore inépuisable, ce dont témoignent les travaux menés par la mission d'information de l'Assemblée nationale mise en place à l'initiative du Président Accoyer¹. Alors que la polémique appartient au passé, la question mémorielle se conjugue quant à elle résolument au présent.

Aborder cette problématique s'avère nécessaire afin de mieux appréhender à l'avenir les éventuelles interventions du Parlement sur ce terrain. Mais son traitement requiert cependant de contourner deux écueils de taille : celui d'une part de la banalité au prix du consensus, celui d'autre part du discrédit au prix de l'originalité. Car s'il est un point sur lequel le chercheur² peut se montrer sourcilleux, c'est précisément – au risque de tomber dans le pléonasme – à propos de la liberté de la recherche. Ce qui n'a pu que favoriser l'implication de la doctrine dans un débat dont il est ressorti que le Parlement

¹ Les comptes rendus de la mission d'information sont disponibles sur Internet à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/mi_questions_memorielles.asp.

² Il sera question dans le cadre de cette étude de l'enseignant-chercheur, dont les activités d'enseignement sont consubstantielles à la conduite de travaux de recherche scientifiques. C'est par le biais de la liberté de la recherche que l'enseignant-chercheur est en mesure d'aboutir à ses propres conclusions et de rendre celles-ci publiques au cours de ses enseignements. Si les deux fonctions sont indissociables, l'exercice de la seconde semble donc fortement conditionner celui de la première.

devait s'abstenir de s'aventurer sur les terres de l'historien au travers de lois « mémorielles »³ liberticides.

Cette conclusion ne résiste cependant que difficilement à une analyse apaisée que le temps écoulé autorise désormais. Cette créature doctrinale qu'est « la » loi mémorielle recouvre en effet des réalités trop disparates pour pouvoir être récusée d'un seul bloc. Ses critères de définition apparaissent si fragiles qu'un démantèlement de cette catégorie artificielle semble nécessaire afin de mieux en examiner le contenu (I). Une fois procédé à cette opération, il sera alors temps de démontrer que la participation du Parlement au débat mémoriel, en tant qu'organe co-exerçant la souveraineté nationale, loin de constituer un « attentat constitutionnel », est à la fois légitime et nécessaire (II).

I/ L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU DROIT MÉMORIEL

Deux principaux griefs ont été opposés aux lois mémorielles : l'un tenant à leur anormativité (A), l'autre à leur caractère historicide (B). Malgré leur puissance respective, une forme de contradiction ne manque pas de se dessiner entre ces accusations. D'autant que leur pertinence ne résiste que difficilement à une analyse autonome de chacun de ces textes.

A- Quant au caractère « anormal » des lois mémorielles

Les lois mémorielles seraient contraires à la Constitution en ce qu'elles ne satisferaient pas à l'exigence de normativité de la loi, exigence dont le juge constitutionnel s'est fait un gardien pointilleux ces dernières années (1). Regroupés au sein d'une catégorie de pure commodité, ces textes se révèlent en réalité plus hétérogènes que ne l'ont affirmé leurs détracteurs. C'est pourquoi il est nécessaire de les dissocier et de distinguer, au sein de chacun d'eux, entre dispositions déclaratives et dispositions prescriptives (2).

1- *Un amalgame précaire*

C'est au travers des lois dites « mémorielles » que le droit mou ou « à l'état gazeux » – parmi d'autres métaphores – aurait atteint son stade critique. La polémique ayant entouré l'adoption de la dernière d'entre elles, au printemps de l'année 2005, est en effet intervenue au moment même où le Conseil constitutionnel, ayant décidé de passer au crible les fameux « neutrons législatifs », resserrait considérablement son contrôle quant au respect par le législateur de l'exigence de normativité de la loi⁴. Ce n'est que quelques mois plus tôt que le Président Mazeaud avait dénoncé, dans un discours devenu fameux, les lois « bavardes »,

³ Si le terme « mémoriel » sera conservé dans le cadre de la présente contribution, c'est dans un sens purement fonctionnel, et non conceptuel, conformément à la distinction établie par le doyen Vedel, qu'il faudra l'entendre. La singularité de chacune des lois qualifiées comme telles apparaît en effet irréductible à une tentative de conceptualisation de cette notion, laquelle présente néanmoins un indéniable avantage pratique, à savoir de désigner quatre textes faisant référence à des événements ou épisodes historiques et dont l'inconstitutionnalité a été alléguée sur ce fondement. Le choix de conserver cette appellation relève non pas d'une volonté d'en perpétuer l'usage, mais au contraire de démontrer son caractère inefficace en tant que concept.

⁴ Après avoir posé le principe selon lequel il résulte, notamment, de l'article 6 de la DDHC, que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative », dans sa décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Rec.*, p. 116, le Conseil en a tiré les conséquences l'année suivante à l'occasion de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Rec.*, p. 72, en censurant des dispositions dépourvues de charge normative.

assimilées à un « rite incantatoire »⁵, et rappelé à la stricte observation de l'adage de Portalis selon lequel « la loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle rétablit, elle corrige, elle punit ou elle récompense »⁶. Concomitance qui n'a eu pour effet que de donner du grain à moudre aux contempteurs des lois mémorielles – et sans doute de conforter le Conseil dans sa détermination.

Créer une catégorie suppose un minimum d'homogénéité entre les éléments censés la composer. Il a donc été avancé que les lois dites « mémorielles » auraient pour caractéristique commune d'être dépourvues de caractère normatif, et par là même de saper dans ses fondements l'autorité de la loi. C'est d'ailleurs l'un des nombreux griefs retenus par les signataires de l'« Appel contre les lois mémorielles » en vue d'obtenir leur abrogation⁷. Ce critère est parfois même présenté comme le révélateur le plus fiable afin de déterminer si un texte doit ou non recevoir le label « mémoriel »⁸. La loi mémorielle serait donc le symbole d'une normativité artificielle désormais sanctionnée sans ménagement par le juge constitutionnel.

Pourtant, en retenant le postulat selon lequel la catégorie « législation mémorielle » recouvre effectivement les quatre textes dont l'abrogation a été sollicitée, force est de constater que le critère de leur anormativité n'est pas des plus convaincants. Si la loi « mémorielle », telle que définie abstraitement, est censée n'être la signification d'aucun acte de volonté, et par là même n'engendrer aucune modification au sein de l'ordonnement juridique, c'est alors l'existence même de ce concept qui se révèle problématique, tant le caractère anormatif de chacun des textes qu'il est censé englober ne relève pas de l'évidence. En s'en tenant à ce critère, la loi « mémorielle » est en réalité un concept sans contenu – ou en tous cas doté d'un contenu plus rachitique encore que celui qui lui est d'ordinaire attribué.

Le parallèle entre l'« apparition » des lois mémorielles – censée remonter à l'aube des années 1990 – et la dérive qualitative de la loi, offre en effet une vision partielle de ce que sont ces textes et des dispositifs mis en place par le législateur à l'occasion de leur adoption. Il apparaît en réalité nécessaire de procéder à une distinction *entre* ces lois, et plus encore *au sein* de ces lois, sur la base de ce qui relève soit de la pure déclaration, soit de la prescription. Encore faut-il, avant d'y procéder, préciser les termes de cette distinction. La déclaration se contente de constater ce qui est, sans apporter aucune modification, ni même prétendre à modifier, l'ordonnement juridique. Les dispositions déclaratives relèvent indéniablement du syndrome de la loi « bavarde » et constituent à ce titre l'antithèse de la prescription. Cette dernière ne se contente pas en effet de décrire *ce qui est*, mais ambitionne plutôt de déterminer *ce qui doit être*, et en tire les conséquences nécessaires notamment en fixant des obligations.

⁵ Pierre MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *La Semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales*, 2005, n° 3, p. 266.

⁶ PORTALIS, cité par Pierre MAZEAUD, *Ibid.*

⁷ « Appel contre les lois mémorielles », *L.P.A.*, 15 décembre 2006, n° 250, pp. 7-8. Le passage en question est ainsi rédigé : « ces lois (...) conduisent le législateur à outrepasser la compétence que lui reconnaît la Constitution en écrivant l'histoire. Les lois non normatives sont ainsi sanctionnées par le Conseil constitutionnel. Tel est le cas des lois dites "mémorielles" ».

⁸ Marc Frangi, qui a proposé et conceptualisé la notion de « loi mémorielle », estime ainsi que cette dernière « reconnaît l'existence d'un événement passé en se bornant à en affirmer la réalité mais sans créer de norme juridique. (...) Son texte, court, se limite à ce seul énoncé et n'en tire aucune conséquence juridique, en particulier aucune obligation », dans son article « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, n° I, p. 251.

Indubitablement, chacune des lois mémorielles comporte des dispositions appartenant à l'une et l'autre de ces catégories. Il suffit pour s'en convaincre de succinctement passer en revue les quatre textes auxquels a été accolée l'appellation tant controversée.

2- Une dissociation nécessaire

Dans cette catégorie hétéroclite des lois « mémorielles », celle qui y trouve probablement le moins sa place est incontestablement – et paradoxalement – la première d'entre elles, chronologiquement mais aussi symboliquement, à savoir la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite « loi Gayssot »⁹. Cette loi, après avoir recueilli le plus large consensus, est devenue rétroactivement polémique au cours de l'année 2005, lorsque de nombreux historiens, soutenus par des juristes et des sociologues, ont appelé à son abrogation, en l'amalgamant aux autres lois votées entre-temps. S'inscrivant dans le cadre d'une montée des thèses négationnistes notamment propagées par l'universitaire Robert Faurisson, la loi Gayssot entendait combattre la diffusion de ces idées, en introduisant un article 24 *bis* à la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881¹⁰.

Les critiques formulées à l'encontre de cette loi, bien que qualifiée de « mémorielle », sont assez spécifiques, dans la mesure où elle réprime un délit, sa normativité devenant dès lors difficilement contestable. Précisément, c'est sur son caractère excessivement prescriptif qu'ont été concentrées les attaques, et plus encore sur le fait que « cette loi est la mère de toutes les autres (...). L'excepter de l'abrogation aurait porté atteinte à la cohérence de notre position »¹¹, selon ses détracteurs. La loi Gayssot serait donc une sorte de victime collatérale, coupable d'être assimilable à des textes qui lui sont postérieurs, et qui n'ont pourtant que peu en commun avec elle. Car en effet, d'un point de vue strictement normatif, cette dernière est probablement la plus « pure » des quatre lois mémorielles : pas une seule de ses dispositions ne peut être suspectée d'être déclarative ou de « bavarder ». Plusieurs condamnations ont d'ailleurs été prononcées sur son fondement¹². Il s'agit donc d'un mauvais procès fait à la loi Gayssot, dans la mesure où non seulement sa charge normative ne fait aucun doute, mais plus encore sa fonction et son

⁹ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, *J.O.R.F.*, 14 juillet 1990, n° 162, p. 8333.

¹⁰ L'article 9 de la loi Gayssot est ainsi rédigé : « Seront punis [des mêmes peines que celles sanctionnant la provocation à la haine ou à la discrimination raciale] ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».

¹¹ René RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *Regards sur l'actualité*, 2006, n° 325, p. 24.

¹² Roger Garaudy a ainsi été condamné en 1998 pour son livre *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*. Relâché en première instance, faute d'imputabilité de la publicité au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, ce jugement sera infirmé et l'auteur condamné par la 11^e chambre de la Cour d'appel de Paris le 16 décembre 1998. Ses différents pourvois en cassation seront rejetés par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 septembre 2000 (pourvois n° 98-88200, 98-88201, 98-88202, 98-88203, 98-88204, arrêts non publiés). Le recours formé par l'auteur devant la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment fondé sur la violation des articles 9, 10 et 17 de la Convention, relatifs respectivement à la liberté de pensée, de conscience et de religion, à la liberté d'expression, et à l'interdiction de l'abus de droit, a quant à lui été déclaré irrecevable par la Cour de Strasbourg dans la décision *Garaudy c. France* en date du 24 juin 2003, requête n° 65831/01, les juges européens considérant que ce livre revêt « un caractère négationniste marqué », allant « à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, (...) à savoir la justice et la paix ».

rapport à la mémoire différent de ceux des trois autres textes – ce dont il sera question ultérieurement.

À l’instar de la loi Gayssot, la loi du 19 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915¹³, ne pose non plus, mais pour des motifs diamétralement opposés, aucune difficulté. Consistant en un article unique¹⁴, adopté à l’unanimité, celui-ci revêt incontestablement un aspect purement « déclaratif et symbolique » d’ailleurs revendiqué par les parlementaires eux-mêmes¹⁵. Même si plusieurs propositions de lois ont depuis été déposées et, pour certaines, discutées, en vue de rendre passible de poursuites pénales la négation du génocide arménien au même titre que celle de la Shoah, en l’état, la loi du 29 janvier 2001 revêt un caractère purement déclaratif. Elle ne désigne aucun coupable, n’organise aucun régime de sanction à l’encontre des auteurs du crime de génocide, ni aucun régime de réparation ou d’indemnisation des victimes de ce dernier – toutes choses que la loi aurait été, en l’espèce, bien en peine de faire.

Les plus sérieuses difficultés surgissent s’agissant des deux lois les plus récentes, à savoir celle du 21 mai 2001, dite « loi Taubira »¹⁶, et surtout celle du 23 février 2005¹⁷, qui a mis le feu aux poudres. Ces deux lois consistent en effet en un maelström de dispositions appartenant à chacune des deux catégories précédemment établies. Il est indubitable que ces deux textes ne revêtent pas un caractère purement et strictement déclaratif, loin s’en faut, même si tel est le cas de *certaines* de leurs dispositions. Peuvent être classés dans cette catégorie l’article 1^{er} de la loi Taubira¹⁸, fort semblable d’un point de vue rédactionnel à l’article unique de la loi du 29 janvier 2001, ainsi que l’article 1^{er} de la loi du 23 février 2005¹⁹. À la différence cependant de la loi du 29 janvier 2001, ces deux articles déclaratifs placés en tête du texte constituent une sorte de préambule destiné à introduire des dispositions à caractère normatif, ce qui rend sans doute leur « impuissance » moins flagrante.

S’agissant des dispositions normatives, doivent y figurer l’article 5 de la loi Taubira, modifiant la loi du 29 juillet 1881 en vue de permettre aux associations de plus de cinq ans d’existence et ayant pour objet la défense de la mémoire des esclaves ou de l’honneur de leurs descendants de se porter partie civile, notamment en cas d’injures ou de discriminations à caractère raciste. Il faut également ranger dans cette catégorie les articles 5 et 6 de la loi du 23 février 2005 qui, respectivement, sanctionnent pénalement les injures,

¹³ Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001, *J.O.R.F.*, 30 janvier 2001, n° 25, p. 1590.

¹⁴ L’article unique de la loi du 29 janvier 2001 est ainsi rédigé : « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 ».

¹⁵ Compte-rendu des débats du 18 janvier 2001, *J.O.R.F.*, 19 janvier 2001, n° 6 [I], A.N. (C.R.), p. 547.

¹⁶ 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, *J.O.R.F.*, 23 mai 2001, n° 119, p. 8175.

¹⁷ Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *J.O.R.F.*, 23 février 2005, n° 46, p. 3128.

¹⁸ L’article 1^{er} de la loi Taubira est ainsi rédigé : « La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l’océan Indien d’une part, et l’esclavage d’autre part, perpétrés à partir du XV^e siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l’océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l’humanité ». Encore faut-il préciser que la qualification de faits par la loi de crime contre l’humanité pourrait théoriquement avoir des conséquences juridiques, conférant ainsi à cette disposition un caractère normatif, mais cette dernière reste de fait déclarative car en l’occurrence plus personne n’est susceptible d’être poursuivi.

¹⁹ La disposition en question est ainsi libellée : « La Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l’œuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d’Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française ».

diffamations ou apologies des crimes commis contre les Harkis, et complètent le dispositif indemnitaire – cas unique parmi les quatre lois – mis en place par les textes antérieurs. Ces dispositions ne laissent planer aucun doute quant à leur caractère normatif, et n'ont en outre guère suscité la controverse.

Tel n'est évidemment pas le cas de celles qui ont mis le feu aux poudres, à savoir l'article 2 de la loi Taubira²⁰, ainsi et surtout que les premier²¹ et deuxième²² alinéas de la loi du 23 février 2005. Malgré leur qualité rédactionnelle discutable, ces dispositions ont – ou avaient, dans le cas du deuxième alinéa de l'article 4 – indéniablement une portée normative dans l'appréhension éducative, scientifique ou littéraire des questions traitées, un décret ayant d'ailleurs été pris en application de l'article 2 de la loi Taubira²³.

Pour autant, à moins de considérer que la normativité est intrinsèquement synonyme d'atteinte aux droits fondamentaux – point de vue que jusqu'ici personne n'a jugé bon de défendre –, faut-il se garder de toute conclusion hâtive. Le premier critère de définition de la loi « mémorielle », c'est-à-dire son anormativité, se révèle en grande partie inopérant. Mais ce constat pourrait ne donner que plus de force au second critère, à savoir le caractère « historicide » des textes dont il est question : s'ils sont effectivement prescriptifs, c'est donc bien qu'ils sont susceptibles de porter atteinte à la liberté d'expression ainsi à son corollaire qu'est la liberté d'enseignement et de recherche. Cette interprétation n'emporte cependant pas la conviction.

B- Quant à l'effet « historicide » des lois mémorielles

Il a été reproché au législateur de se parer, au travers des lois mémorielles, des habits de l'historien et de confondre par là même validité et vérité de la norme. En réalité, cette imputation est une nouvelle fois le fruit d'une assimilation génératrice de confusion. La loi Gayssot consacre effectivement une « histoire officielle », cette expression devant être en l'espèce délestée de son acception péjorative (1). Mais les autres lois s'inscrivent pour leur part au sein d'une « mémoire officielle » qui procède d'une logique différente (2).

²⁰ L'article 2 de la loi Taubira dispose : « Les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent ».

²¹ Rédigé de manière semblable à l'article 2 de la loi Taubira, le premier alinéa de l'article 4 dispose que « Les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite ». L'on relève simplement le choix du présent de l'indicatif plutôt que du futur et la soustraction de l'adjectif « conséquente » par rapport à la loi de 2001.

²² Cet alinéa prévoyait, avant d'être déclassé par le Conseil constitutionnel puis abrogé par décret le 15 février 2006, que « Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit ».

²³ Décret n° 2004-11 du 5 janvier 2004, *J.O.R.F.*, 6 janvier 2004, p. 431, instituant un comité dont la mission est de proposer au Ministre de l'Éducation l'adaptation des programmes scolaires, secondaires et supérieurs et de « suggérer » des programmes de recherche.

1- Lois mémorielles et « histoire officielle »

Du point de vue de leurs détracteurs, le Parlement français, en adoptant les lois mémorielles, se serait érigé en une sorte d'organe totalitaire, désireux de contrôler les âmes et les esprits, les paroles et les écrits. Telle est l'accusation la plus lourde portée à l'encontre des lois mémorielles²⁴, fustigées en ce qu'elles seraient la manifestation d'une volonté du législateur d'établir une « histoire officielle ». L'expression se voit encore renforcée par certains parallèles soulignant que « le discours mémoriel, dès lors qu'il est véhiculé par la loi dont l'autorité est générale et impersonnelle, s'apparente ainsi à un discours historicide propre aux régimes totalitaires »²⁵. Aucune des quatre lois n'étant passée sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel, les spéculations vont bon train sur l'atteinte que chacune porterait à la liberté d'enseignement et de recherche²⁶ et/ou à la liberté d'expression. Si les accusations varient sur ce point, il ne saurait en être tenu rigueur à leurs auteurs, dans la mesure où la liberté de diffuser librement le produit d'un effort scientifique, notamment au travers des activités d'enseignement, est consubstantielle à la liberté de la recherche. Ôter à un enseignant-chercheur la possibilité de rendre publiques les conclusions de ses travaux, sans cependant lui interdire formellement de les mener à bien²⁷, se révèle être une distinction des plus artificielles. Réciproquement, il s'avère impossible de restreindre la liberté d'enseignement et de recherche sans frapper de plein fouet la liberté d'expression.

L'objection est donc claire – et la crainte légitime : l'« histoire officielle » instaurée par le truchement des lois « mémorielles » interdirait notamment de chiffrer le nombre de morts dûs à l'Holocauste, d'enquêter sur la nature des crimes commis au cours de la décennie 1910 à l'encontre du peuple arménien, de discuter de la qualification juridique de l'esclavage ou encore d'explorer la face obscure de la colonisation sur les peuples conquis. La désormais fameuse affaire « Pétré-Grenouilleau » n'a fait qu'accentuer ces inquiétudes²⁸. Affaire que d'aucuns n'ont pas manqué de rapprocher²⁹ des démêlés avec la justice d'un autre historien, Bernard Lewis, pour ses prises de position sur le génocide arménien – qui à ses yeux n'en était pas un au sens strict³⁰.

²⁴ L'« Appel contre les lois mémorielles » affirme ainsi que ces dernières « violent non seulement la liberté d'expression, de manière disproportionnée, mais aussi et surtout la liberté de la recherche. En effet, le législateur restreint drastiquement le champ de recherche des historiens, notamment dans des domaines complexes ou controversés comme la colonisation ou s'agissant d'un crime comme l'esclavage pour lequel la recherche des responsabilités appelle une analyse approfondie et sans *a priori* », art. cit. (note n° 7).

²⁵ Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *R.F.D.C.*, 2006, n° 67, p. 529.

²⁶ Le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Rel.*, p. 30, qu'en vertu de l'article 11 de la Déclaration de 1789, « par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables », ce principe étant encore renforcé s'agissant des Professeurs d'Université, dont l'indépendance bénéficie de la protection spécifique d'un Principe fondamental reconnu par les lois de la République.

²⁷ Il en est ainsi du délit de négationnisme qui, en vertu de l'article 9 de la loi Gayssot, n'est constitué qu'en cas de diffusion publique des résultats de la recherche – ou de la prétendue recherche.

²⁸ Olivier Pétré-Grenouilleau, historien, avait souligné, dans un entretien accordé à la presse écrite, que seule la traite organisée par les Occidentaux était connue, alors que d'autres formes de ce commerce ont également pu exister. Agissant au titre de l'article 5 de la loi Taubira, un collectif engagea dans le courant de l'année 2005 une action en justice contre l'auteur de ces propos. La plainte fut finalement retirée au début de l'année 2006, mais l'affaire a largement contribué à alimenter la polémique autour des lois mémorielles.

²⁹ Annette WIEVIORKA, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », *Politeia*, 2006, n° 9, p. 35.

³⁰ Bernard Lewis avait affirmé, dans un entretien accordé au journal *Le Monde*, que les faits commis par l'Empire ottoman en Arménie au cours des années 1910 ne constituaient pas exactement un « génocide ».

Ces remarques en appellent plusieurs autres. La première est que le rapprochement des lois mémorielles et des méthodes propres aux régimes autoritaires, pour intimidant qu'il soit, manque de pertinence. Le propre de ces régimes est effectivement de substituer le faux au vrai, voire d'abolir cette distinction en entretenant la confusion, la norme n'étant destinée qu'à faire table rase de l'histoire « authentique » pour y substituer une histoire « officielle », la plupart du temps flanquée d'un dispositif de répression pénale – explicite ou non. Mais précisément, des quatre lois dénoncées, et contrairement à ce qui a pu être affirmé³¹, seule la loi Gayssot prévoit un tel dispositif et contient une norme pénale. Il est paradoxal de reprocher à la loi du 29 janvier 2001 son caractère « historicide », attentatoire à la liberté d'enseignement et de recherche, alors même qu'elle se trouve être purement platonique et que le principal grief qui puisse être retenu à son encontre est précisément celui de son anormativité.

Par ailleurs, la mise en exergue des « affaires » Pétré-Grenouilleau et Lewis afin de dénoncer la nocivité supposée des lois « mémorielles » ne produit pas l'effet escompté. En effet, la plainte qui visait le premier a été retirée, et il est très peu probable que dans le cas contraire elle eût abouti, le délit de négationnisme – si tant est qu'il y ait eu négation en l'espèce – ne concernant la contestation que du seul génocide juif³². S'agissant du second, celui-ci a été condamné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, six ans avant l'adoption de la loi du 29 janvier 2001, si bien que mettre en cause cette dernière pour dénoncer la condamnation dont Bernard Lewis a fait l'objet relève de l'anachronisme. L'historien était et reste après l'adoption de cette loi soumis aux devoirs traditionnels d'objectivité, de prudence et de bonne foi qui encadrent son travail scientifique³³. C'est en faisant montre de cette rigueur qu'il lui est possible de remettre en cause telle interprétation ou d'envisager tel événement sous un jour nouveau.

Sauf, précisément, lorsque la vérité historique est empiriquement incontestable. L'« histoire officielle », telle qu'elle est péjorativement entendue, consiste à substituer une vérité juridique à la vérité historique, le législateur imposant à l'historien ses propres conclusions. L'« histoire officielle » n'est cependant condamnable que lorsque, drapée dans l'autorité de la loi, elle précède, anticipe ou, plus encore, entrave la démarche de l'historien. Elle ne l'est pas lorsqu'elle ne fait que s'*adosser* aux travaux de ce dernier. Dans cette hypothèse, l'« histoire officielle » traduit une cristallisation de l'histoire sur un point particulier, plutôt que sa reconstruction factice. Tel est le cas de la loi Gayssot, qui n'érige pas en vérité législative une contre-vérité historique, mais ne fait en quelque sorte que « parapher » un travail de recherche scientifique.

L'action engagée sur le fondement de la loi Gayssot ayant – fort logiquement – été jugée irrecevable, c'est sur le fondement de l'article 1382 que Bernard Lewis sera condamné, pour manquement à ses devoirs d'objectivité et de prudence, à réparer le préjudice établi par les associations arméniennes de France et la LICRA (TGI Paris, 17^{ème} Chambre, 21 juin 1995, *L.P.A.*, 29 septembre 1995, n° 117, p. 17).

³¹ Le texte de la pétition « Liberté pour l'histoire », qui a connu un grand succès, affirmait ainsi que « (...) c'est en violation de ces principes que des articles de lois successives, notamment du 13 juillet 1990, du 29 janvier 2001, du 21 mai 2001, du 23 février 2005, ont restreint la liberté de l'historien, lui ont dit, *sous peine de sanctions*, ce qu'il doit chercher et ce qu'il doit trouver, lui ont prescrit des méthodes et posé des limites » (souligné par nous).

³² Le Tribunal correctionnel de Paris, dans son jugement en date du 18 novembre 1994, a rappelé que la loi Gayssot « a pour effet d'exclure de la protection contre la contestation (...) tous les autres crimes contre l'humanité comme, en l'espèce, ceux dont a été victime le peuple arménien en 1915 » : Sévane GARIBIAN, « Pour une lecture juridique des quatre lois "mémorielles" », *Esprit*, février 2006, p. 162.

³³ Voir sur ce point l'arrêt *Branly*, dans lequel les juges civils de la Cour de cassation estiment que la responsabilité de l'historien est engagée si ce dernier s'écarte du modèle de l'historien « prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité » : Cass. Civ., 27 février 1951, *D.*, 1951.329, note Desbois.

Dès lors, en consacrant cette « histoire officielle » qui converge vers l'Histoire, la loi Gayssot constitue-t-elle une limite à la liberté de la recherche ? Une telle interprétation apparaît contestable, dans la mesure où ce texte n'interdit pas de mener à bien une étude portant par exemple sur l'ampleur ou les éléments matériels du crime de génocide, mais d'exprimer une *opinion* contestant l'*existence* de ce dernier. Et bien qu'une telle restriction ait parfois pu être perçue comme contre-productive³⁴, l'Allemagne, l'Autriche et le Canada, notamment, ont également jugé bon d'y recourir³⁵. En tout état de cause, cette limite à la liberté d'expression n'est pas synonyme d'entrave à la liberté de la recherche, dans la mesure où le « chercheur » fait ici en réalité, sous couvert de l'objectivité du débat historique, œuvre idéologique.

La loi du 13 juillet 1990, en consacrant une « histoire officielle » qui n'est pas nécessairement synonyme de falsification, doit donc d'autant plus être distinguée des textes ultérieurs que ces derniers procèdent d'une logique distincte, à savoir l'émergence d'une « mémoire officielle ».

2- Lois mémorielles et « mémoire officielle »

Histoire et mémoire sont deux notions voisines et interdépendantes, mais non interchangeables. La mémoire, fondée sur un vœu de fidélité, « installe le souvenir dans le sacré », tandis que l'histoire, fondée sur un pacte de vérité, « l'en débusque, elle prosaïse toujours ». En somme, « la mémoire est un absolu, l'histoire ne connaît que le relatif »³⁶. Pour autant, ces deux notions n'entrent pas nécessairement en conflit, l'histoire pouvant nourrir la mémoire, laquelle peut, par ses approximations, ses occultations, voire ses mystifications, servir d'appui à l'historien – sans cependant que celui-ci puisse aspirer à corriger ses travers. Et même si « l'histoire, surtout contemporaine, a toujours été indirectement sous la dépendance de la mémoire »³⁷, la somme des mémoires individuelles et collectives n'est pas égale aux résultats que peut produire la recherche historique, les deux obéissant à des logiques distinctes. Les premières sont « affectives »³⁸, alors que la seconde se situe dans un ordre rationnel. Or, d'aucuns considèrent qu'« en faisant campagne pour obtenir une loi qui les reconnaisse, les mémoires cherchent à devenir histoire »³⁹.

Mais précisément, ce dernier point de vue revient à assimiler deux notions qui méritent d'être dissociées. À savoir d'une part l'« histoire officielle », consacrée par des dispositions – *nécessairement* prescriptives – qui n'autorisent l'expression d'aucune opinion ou interprétation divergente, et d'autre part la « mémoire officielle », qui peut *notamment* recouvrir des dispositions prescriptives, mais qui ne prétend pas pour autant imposer une vérité législative incontestable. La « mémoire officielle », bien que pénétrant, à l'instar de l'« histoire officielle », dans le champ de l'historien, ne s'en approprie pas les conclusions – comme le fait la loi Gayssot –, pas plus qu'elle ne l'empêche de mener à bien ses

³⁴ Paul Thibaut considère ainsi que « le révisionnisme de [Faurisson] (...) a provoqué des recherches sur la Shoah, lesquelles ont fait progresser la connaissance. La science réelle avance en réfutant les absurdités proférées par certains », A.N., Mission d'information sur les questions mémorielles, Compte-rendu n° 6, p. 9 (ci-après « Mission d'information »). Cette remarque est intéressante en ce qu'elle distingue clairement le négationnisme de la recherche, le premier relevant de la pure opinion, certes propre à stimuler la seconde, mais dont l'interdiction ne revient pas pour autant à entraver en droit l'exercice de la liberté de la recherche.

³⁵ René RÉMOND, *Quand l'État se mêle de l'Histoire*, Paris : Stock, 2006, p. 19.

³⁶ Pierre NORA, cité par Carole VIVANT, *L'historien saisi par le droit*, Paris : Dalloz, 2007, p. 8.

³⁷ Gérard NOIRIEL, A.N., Mission d'information, Compte-rendu n° 5, p. 4.

³⁸ René RÉMOND, art. cit. (note n° 11), p. 23.

³⁹ *Ibidem*.

recherches. Elle suggère et stimule, plus qu'elle ne contraint et réprime, sans pour autant faire fi de l'exigence de normativité de la loi. De sorte que la « mémoire officielle » n'est pas systématiquement synonyme de bavardage législatif, alors qu'à l'inverse l'« histoire officielle » n'en serait pas une si elle était dépouillée de son caractère prescriptif. Le parallélisme s'avère pertinent dans un cas, pas dans l'autre.

C'est au sein de cette « mémoire officielle » que doivent figurer les lois du 29 janvier 2001 ainsi que les lois Taubira et du 23 février 2005. Dans aucun de ces trois textes le Parlement n'« écrit l'histoire » : il ne fait que stimuler la mémoire, qui elle-même peut, il en a déjà été question, stimuler la recherche historique⁴⁰. L'historien peut certes s'estimer concurrencé sur son propre terrain, mais il n'en est cependant privé d'aucune parcelle. Il reste en effet libre d'appuyer, contester ou préciser – sa responsabilité pouvant toujours être mise en cause sur le fondement de l'article 1382 – l'appréciation portée par le législateur sur, respectivement, les évènements en Arménie, l'esclavage et la colonisation. Il en est ainsi s'agissant de la loi du 29 janvier 2001, dont l'article unique est en quelque sorte « suspendu dans le vide »⁴¹, mais également des deux textes postérieurs.

L'article 2 de la loi Taubira ne procède à aucune distinction entre programmes scolaires et programmes de recherche universitaire, tous deux devant accorder à l'esclavage et à la traite négrière « la place conséquente qu'ils méritent ». L'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la loi Mékachéra, ouvertement conçu comme un « copier-coller »⁴² du précédent, distingue quant à lui les programmes scolaires des programmes de recherche, ces derniers devant accorder à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, « la place qu'elle mérite ». La formule est, dans les deux cas, plus que pudique, mais permet au législateur de signifier qu'à ses yeux, ces questions sont sinon ignorées, du moins traitées par préterition. Sans pour autant qu'il en tire véritablement les conséquences – ce qui n'exclut cependant pas une obligation de mise en œuvre. Même si la détermination des programmes scolaires, et *a fortiori* celle des programmes de recherche universitaire, ne relève pas de la compétence du législateur⁴³, celui-ci, n'ayant jamais été rebuté à l'idée de s'immiscer notamment dans le domaine réglementaire, aurait pu se montrer beaucoup plus intrusif. Plus que leur absence de normativité, c'est en réalité la qualité déficiente de ces dispositions remarquablement floues qui laisse à désirer.

S'agissant de l'alinéa le plus controversé, l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 24 février 2005, abrogé après déclassement⁴⁴, tendant à faire « reconnaître » aux programmes scolaires « en particulier » le « rôle positif de la présence française outre-mer », celui-ci était à l'évidence moins timoré que les précédents et a d'ailleurs soulevé des tempêtes de

⁴⁰ À condition bien sûr que l'historien ne soit pas « paralysé » par l'aspect *moral* que peuvent revêtir ces lois, c'est-à-dire la crainte de se voir taxer de négationnisme au moindre questionnement sur un aspect particulier de la Shoah ou du génocide arménien, par exemple.

⁴¹ Il n'en irait bien évidemment pas de même si une proposition de loi visant à étendre le délit de négationnisme au génocide arménien était définitivement adoptée. Auquel cas, la loi du 29 janvier 2001 consacrerait à l'instar de la loi Gayssot une « histoire officielle ». D'aucuns pourraient alors considérer qu'une telle loi, à l'inverse de cette dernière, clorait un débat plus qu'elle ne s'adosserait aux travaux des historiens.

⁴² Compte-rendu des débats du 29 novembre 2005, *J.O.R.F.*, 30 novembre 2005, n° 99 [I] A.N. (C.R.), p. 7612.

⁴³ Dans sa décision n° 2006-203 L du 30 janvier 2006, *Rec.*, p. 37, le Conseil constitutionnel a motivé sa décision de déclasser le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 en considérant que « [l]e contenu des programmes scolaires ne relève ni des "principes fondamentaux de l'enseignement", que l'article 34 réserve au domaine de la loi, ni d'aucun principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine ».

⁴⁴ Décret n° 2006-160 du 15 février 2006, *J.O.R.F.*, 16 février 2006, n° 40, p. 2369.

protestation⁴⁵. Pour autant, il n'y est procédé à aucun bilan coûts-avantages susceptible d'exposer aux foudres de la loi celui qui viendrait à le contester. Cette dernière ne prétendait pas rayer des programmes scolaires les aspects négatifs de la colonisation, mais « donner à cette partie de l'histoire de notre pays la place qui lui revient et (...) la présenter de manière équilibrée, sans occulter ses parts d'ombre et de lumière »⁴⁶, ce dont témoigne l'emploi de la locution « en particulier ». Bien que regrettant de ne pas avoir plutôt employé l'adverbe « notamment », le parlementaire à l'origine de cette disposition a d'ailleurs pu récemment confirmer cette interprétation⁴⁷.

De toutes ces dispositions, aucune n'avait pour objet ni n'a provoqué un gel de la recherche. Ces « coups de menton » législatifs ont au contraire suscité un vif et riche débat non seulement au sein de la communauté scientifique, mais également de l'opinion publique. Il serait dès lors fort regrettable de prohiber au Parlement toute forme de stimulation mémorielle.

II/ LA LÉGITIMITÉ D'UNE « STIMULATION MÉMORIELLE »

L'intervention – souvent qualifiée péjorativement d'« immixtion » – du Parlement sur les questions mémorielles, de par les fonctions qu'elle revêt, est à la fois nécessaire et légitime (A). Ce constat ne règle cependant pas la question du canal par lequel doit, le cas échéant, être opérée cette « stimulation mémorielle », qui ne peut plus se faire, depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, au prix d'entorses au domaine et à la qualité de la loi (B).

A- Les fonctions politiques de la stimulation

La stimulation mémorielle à laquelle procède le législateur par le biais de la « mémoire officielle » revêt deux fonctions majeures. La première consiste à galvaniser la mémoire collective, clé de voûte de la Nation (1). Au travers de cet exercice de nature fondamentalement politique, c'est la légitimité du Parlement lui-même qui, par l'effet d'un cercle vertueux, peut sortir renforcée (2).

⁴⁵ Patrick FRAISSEIX, « Le droit mémoriel », *R.F.D.C.*, 2006, n° 67, p. 503 : « Ce "rôle positif" de la colonisation tend à induire l'idée que le *bilan coûts-avantages* historique est avéré, certain, *incontestable*, et qu'il convient ce faisant par la présente loi de l'authentifier, l'ériger en dogme face auquel aucun doute n'est permis, occulté qu'il était jusqu'alors pour des raisons de toute évidence infondées comme malveillantes » (souligné par nous).

⁴⁶ Rapport fait par Alain GOURNAC, n° 104, 2004, p. 21.

⁴⁷ Le député Christian Vanneste considère que « cet article était extrêmement équilibré : il *préconisait* simplement d'évoquer "en particulier" ce que la France avait fait de bien outre-mer. Cela n'empêchait en rien de mettre en évidence ce qu'elle a fait de moins bien et, encore moins, de commenter l'héroïsme des troupes issues de l'outre-mer venues se battre en métropole ». A.N., Mission d'information, Compte-rendu n° 2, p. 11 (souligné par nous).

1- Galvaniser la Nation

Au plus fort de la polémique ayant frappé les lois mémorielles, le Président de la République déclara qu'il « n'appartient pas à la loi d'écrire l'Histoire, *a fortiori* de la dicter »⁴⁸. Si l'on peut être en accord avec la seconde partie de la phrase, la première suscite quant à elle plus de réserves. Il ne revient pas en effet au Parlement d'« écrire l'Histoire » dans le sens où cette opération reviendrait à élaborer de toutes pièces, sur un mode impératif, *une histoire* consistant à éclipser l'Histoire. Encore faut-il préciser deux points. D'une part, le législateur peut converger vers cette dernière et apporter à l'historien l'appui de la loi, comme il l'a fait à l'occasion de la loi Gayssot, au travers de « mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la réputation d'autrui »⁴⁹, le négationnisme constituant une forme de diffamation historique. Dans ce cas, le Parlement « écrit l'Histoire » au sens littéral du terme : en la couchant sur le papier, il ne la mystifie pas, Histoire et histoire coïncidant dès lors. D'autre part et surtout, le Parlement est fondamentalement légitime à se prononcer, en parallèle du travail effectué par les historiens, sur des aspects historiques afin de stimuler une mémoire collective qui constitue le ciment de la citoyenneté et de l'identification à la Nation⁵⁰.

La qualité et l'opportunité des lois qualifiées de « mémorielles » peuvent être discutées. Mais *le principe même* de l'intervention parlementaire sur le terrain mémoriel ne saurait être intrinsèquement condamné. L'aspect symbolique de la mémoire implique nécessairement l'intervention de la représentation nationale. D'aucuns expliquent d'ailleurs, sur un ton pour le moins pessimiste, l'apparition des lois mémorielles par le fait que « la genèse nationale et collective que nous partageons est désormais en faillite »⁵¹. Cependant, cette appréciation, pour pertinente qu'elle soit, occulte le fait que la « mémoire officielle », destinée à galvaniser ou à tout le moins consolider une mémoire collective constituant l'ossature de la Nation, n'est pas apparue en 2001, ni même en 1990. Celle-ci n'est pas non plus consubstantielle à une « faillite mémorielle », ni d'ailleurs limitée au seul cas français.

Il est ainsi frappant de constater que les Préambules des textes constitutionnels établissent souvent une genèse – dont la véracité historique est parfois sujette à caution –, destinée à asseoir la légitimité de l'ordre politique nouveau et à favoriser l'émergence d'une Nation soudée par un corpus de valeurs. C'est notamment le cas de la Constitution du 4 octobre 1958⁵², mais aussi de la Constitution des États-Unis d'Amérique, presque toujours

⁴⁸ Déclaration du Président de la République en date du 9 décembre 2005, citée par Jacques ROBERT, « L'histoire, la repentance et la loi », *R.D.P.*, II, 2006, p. 289. Cette déclaration n'est pas dépourvue d'une certaine ironie, dans la mesure où trois des quatre lois accusées « d'écrire l'Histoire » sont passées sous sa signature entre 2001 et 2005, et que la dernière d'entre elles, la loi du 23 février 2005, qui a suscité la plus vive polémique, a été adoptée par une majorité élue sous sa bannière.

⁴⁹ Commission européenne des droits de l'Homme, *X. c/ R.F.A.*, 16 juillet 1982, requête n° 9235/81, *Décisions et Rapports*, 1982, n° 29, p. 194, à propos de la loi allemande réprimant le négationnisme.

⁵⁰ Ainsi que l'a précisé l'historien Gérard Noiriel, « à la différence des collègues qui ont ensuite lancé la pétition "Liberté pour l'histoire", nous n'avons jamais contesté l'idée que les parlementaires puissent légiférer sur le passé. (...) La mémoire collective concerne l'ensemble des citoyens et leurs représentants » : A.N., Mission d'information, Compte-rendu n° 5, p. 4.

⁵¹ Pierre NORA, A.N., Mission d'information, Compte-rendu n° 2, p. 14.

⁵² Le Préambule de la Déclaration de 1789 indique ainsi que « (...) l'ignorance, l'oubli et le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements (...) », de même que le Préambule de la Constitution de 1946 fait référence aux « régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine ».

flanquée de la Déclaration d'Indépendance de 1776⁵³. La loi du 6 juillet 1880⁵⁴, qui en un article unique « adopte le 14 juillet comme jour de fête nationale » – sans préciser s'il s'agit de célébrer le 14 juillet de 1789 ou de 1790, le premier étant plus sujet à controverse que le second –, ainsi que le décret du 27 avril 1848 abolissant définitivement l'esclavage⁵⁵ procèdent d'une logique similaire. Grâce à ces différents textes, « on crée les conditions d'unification de la cité en célébrant une nouvelle unité »⁵⁶. Il en va d'ailleurs de même s'agissant de l'ordonnance du 9 août 1944, selon laquelle le Gouvernement de Vichy n'a pas existé en droit⁵⁷. Même s'il s'agit là encore de revisiter un passé source de tensions, ce texte relève cependant plus d'une « histoire officielle » fallacieuse que de la « mémoire officielle »⁵⁸.

Se pose alors une question d'ordre éminemment politique. La « mémoire officielle » doit-elle se focaliser sur des événements dont le caractère fédérateur les expose peu à la polémique, ou doit-elle également – sinon uniquement – s'aventurer sur des questions plus sensibles, de manière à incorporer à la mémoire collective les difficultés ou les souffrances subies par une frange de la population ? D'aucuns considèrent qu'il s'agit là d'un objectif légitime, « à la fois pour renforcer le sentiment d'appartenance de ces groupes à la communauté nationale et pour éviter la crispation d'intérêts communautaires susceptibles d'affecter le fonctionnement harmonieux de la société »⁵⁹. Si les lois Taubira et du 29 janvier 2001 appartiennent incontestablement à la seconde catégorie, la loi du 23 février 2005 combine pour sa part ces deux aspects, dans la mesure où elle prend acte des souffrances endurées par la communauté harkie, tout en tentant de mettre en valeur les aspects *positifs* de la présence française outre-mer – même s'il ne s'agit pas là, loin s'en faut, d'un fait historique fédérateur⁶⁰. Les gouvernements australien et canadien viennent pour

⁵³ Laquelle entend démontrer le « despotisme absolu » du roi George III avant d'égrener les motifs pour lesquels « tout lien politique entre [les Colonies] et l'État de la Grande-Bretagne est et doit être entièrement dissous ».

⁵⁴ Loi du 6 juillet 1880 instituant un jour de fête nationale annuelle le 14 juillet, *J.O.R.F.*, 7 juillet 1880, p. 7681.

⁵⁵ Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises, *J.O.R.F.*, 21 août 1944, p. 194.

⁵⁶ Patrick WEIL, « Politique de la mémoire : l'interdit et la commémoration », *Esprit*, février 2007, p. 124.

⁵⁷ Décret du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire national, *J.O.R.F.*, 10 août 1944, p. 688. Son article 1^{er} dispose : « La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a jamais cessé d'exister ». Encore faut-il souligner le caractère pour le moins ambigu de l'intitulé de ce texte, dans la mesure où il entend porter « rétablissement » d'un régime censé n'avoir connu aucune interruption.

⁵⁸ Il a en effet fallu attendre l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État *Maurice Papon*, 12 avril 2002, *Leb.*, p. 139, pour que la responsabilité de l'État soit engagée. Jusqu'alors, le juge refusait d'imputer les préjudices nés des actes législatifs et réglementaires du Gouvernement de Vichy à l'État, ce dernier s'étant en quelque sorte « dématérialisé » et déplacé à Londres entre 1940 et 1944. La position antérieure à 2002 du juge administratif reflète la vision partielle et *contraignante* de l'Histoire qui sous-tend l'ordonnance du 9 août 1944.

⁵⁹ Marc FRANGI, art. cit. (note n° 8), p. 255. Dans le même sens, un parlementaire soulignait que « [l]a légitimité du Parlement français à se saisir de telles questions réside également dans notre responsabilité à permettre une intégration harmonieuse achevée et apaisée des Français d'origine arménienne et des Arméniens de France, mais aussi des Français d'origine turque et des Turcs de France », Compte-rendu des débats du 12 octobre 2006, *J.O.R.F.*, 13 octobre 2006, n° 82 [I], A.N. (C.R.), p. 6109.

⁶⁰ C'est sans doute la raison pour laquelle les lois du 29 janvier 2001 et Taubira, qui ne faisaient que dénoncer, ont été adoptées à l'unanimité, tandis que la loi du 23 février 2005, qui implique une forme de valorisation, a rencontré l'opposition d'une partie des parlementaires.

leur part de présenter, à quelques semaines d'intervalle, des excuses officielles aux populations autochtones de leurs pays respectifs pour les crimes commis à leur rencontre⁶¹.

L'entreprise apparaît cependant fort périlleuse. Il est certes difficile de soulever l'indignation en célébrant la Fête de la Fédération ou le Débarquement de Normandie. Mais tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de reconnaître le génocide arménien – qui peut amener la population turque à se placer en marge de la communauté nationale – ou l'esclavage – dont seules certaines formes, dans des espaces temporels et géographiques limités, sont considérées par la loi Taubira comme constitutives d'un crime contre l'humanité – et plus encore lorsqu'il s'agit d'insister sur le « rôle positif de la présence française outre-mer » – périphrase souvent comprise comme une apologie de la colonisation. Au lieu de cohésion, le risque est alors avant tout celui d'engendrer la division, se traduisant par l'éclosion de mémoires antagonistes et hiérarchisées, en contradiction avec les objectifs poursuivis par le législateur⁶². L'un d'entre eux à cependant été atteint : celui d'ouvrir un débat sur ces questions.

En tout état de cause, dans sa sélection des faits historiques susceptibles de faire l'objet d'une stimulation mémorielle, le Parlement doit donc faire montre de circonspection. D'autant plus que se joue là une partie de sa légitimité.

2- *Légitimer le Parlement*

L'image d'Épinal d'un Parlement qui ne serait qu'une chambre d'enregistrement des volontés de l'exécutif se voit sévèrement démentie par le parcours des lois mémorielles. Alors qu'une écrasante majorité des textes législatifs adoptés sous la V^e République a une origine gouvernementale⁶³, ces dernières ont en effet la particularité de toutes avoir été adoptées sur proposition parlementaire. La loi du 23 février 2005 faisant certes exception, à ceci près que l'alinéa le plus contesté, à savoir le deuxième de l'article 4, était issu d'un sous-amendement déposé en commission par le député Christian Vanneste⁶⁴. Et c'est encore sur la base d'une proposition de loi que l'Assemblée nationale a entendu placer sous un régime identique à celui de la loi Gayssot la contestation du génocide arménien⁶⁵.

Cet activisme des députés et sénateurs dans le cadre de l'adoption des lois mémorielles s'est également manifesté par un usage intensif de leur droit d'amendement, parfois au prix de quelques propositions manquant pour le moins de retenue : c'était à qui rendrait le plus vibrant hommage ou à l'inverse combattrait le plus vigoureusement

⁶¹ Le discours du Premier ministre australien en date du 13 février 2008 est disponible à l'adresse http://www.pm.gov.au/media/Speech/2008/speech_0073.cfm, celui du Premier ministre canadien en date du 11 juin 2008 à l'adresse <http://pm.gc.ca/fra/media.asp?id=2146>.

⁶² Un tel risque se dessine notamment au travers de l'article 5 de la loi Taubira, qui autorise les associations de descendants d'esclaves à se porter partie civile dans le cadre de poursuites pour discrimination, diffamation ou injure, et ce pour « défendre leur honneur » – non l'honneur « de la Résistance », comme le prévoit la loi Gayssot, mais leur honneur *personnel*, ce qui est sensiblement différent. L'on peut s'interroger sur la conformité de cette disposition avec le principe selon lequel « [l]es articles 1 à 3 de la Constitution s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance », dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Rev.*, p. 173.

⁶³ Jean-Luc WARSMANN, A.N., Rapport n° 892, 2008, pp. 368-371.

⁶⁴ Il est d'ailleurs intéressant de relever que cette disposition ne soulèvera aucune objection particulière jusqu'à l'adoption définitive du texte en février 2005, de même qu'une proposition de loi visant à abroger l'ensemble de l'article 4 de cette loi sera rejetée à l'Assemblée par 183 voix contre 94 en novembre de la même année : Compte-rendu des débats du 29 novembre 2005, *J.O.R.F.*, 30 novembre 2005, n° 99 [I], A.N. (C.R.), p. 7591.

⁶⁵ Proposition de loi n° 3030, adoptée par 106 voix contre 19, mais jamais inscrite à l'ordre du jour du Sénat : Compte-rendu des débats du 12 octobre 2006, *J.O.R.F.*, 13 octobre 2006, n° 82 [I], A.N. (C.R.), p. 6095.

quiconque oserait tempérer ces ardeurs. C'est ainsi qu'a été rejeté, dans le cadre de la discussion sur la proposition de loi visant à rendre passible de poursuites pénales la contestation du génocide arménien, un amendement visant à exclure du champ d'application de cette loi « les recherches scolaires, universitaires ou scientifiques » – une simple formalité, selon son auteur⁶⁶. Le rejet de cet amendement a cependant été justifié de la manière suivante : « Nous ne voulons pas d'un génocide au rabais »⁶⁷.

Une autre caractéristique réside dans le consensus originel ayant entouré l'adoption de ces lois⁶⁸, et ce malgré les réticences parfois ouvertement exprimées du Gouvernement à leur égard, en particulier s'agissant de la loi du 29 janvier 2001 et de son pendant adopté par l'Assemblée en octobre 2006. Lors des débats, le ministre délégué aux relations avec le Parlement, en 2001, comme le ministre des Affaires étrangères et le ministre délégué aux affaires européennes, en 2006, souligneront à plusieurs reprises l'avis défavorable du Gouvernement sur des textes s'ingérant dans la conduite des Affaires étrangères de la France – ce que le doyen Vedel dénonçait sous les traits d'une « diplomatie de forum grosse de périls et d'insuccès »⁶⁹.

Pour autant, ni le Gouvernement ni le Président de la République, s'étant accordés sur l'idée selon laquelle « ce n'est pas à la loi d'écrire l'Histoire »⁷⁰, n'étaient condamnés à se résigner face à cette mutinerie parlementaire. En 2001 et en 2005 – comme d'ailleurs en 1990, le Parlement ayant alors littéralement « écrit l'Histoire » –, les deux têtes de l'exécutif auraient pu saisir le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, probablement sous la forme d'une « saisine blanche », afin d'éviter des polémiques inutiles. De la même manière, le Gouvernement aurait pu au cours des débats faire jouer l'irrecevabilité tirée de l'article 41, de même qu'il pourrait tout à fait avoir recours à la procédure de délégalisation prévue à l'article 37, alinéa 2 afin de reprendre à son compte certaines dispositions autres que le seul alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 – l'analyse suivie par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2006-203 L étant parfaitement transposable à l'article 2 de la loi Taubira. Afin de faire prévaloir sa volonté, le Gouvernement aurait enfin pu, en ultime recours, puiser dans les ressources de l'article 49, « dont l'emploi n'est pas interdit pour faire prévaloir le respect d'une ou plusieurs dispositions de valeur constitutionnelle »⁷¹. Et sans vouloir établir un inventaire d'occasions ratées, le Président de la République était pour sa part en capacité d'imposer une nouvelle délibération en vertu de l'article 10, alinéa 2 de la Constitution – procédure certes très rarement utilisée, mais qui aurait en l'espèce le mérite de matérialiser la désapprobation présidentielle à l'égard de ces lois⁷².

⁶⁶ *J.O.R.F.*, 13 octobre 2006, n° 82, A.N. (C.R.), Articles, Amendements et Annexes, p. 3.

⁶⁷ Compte-rendu des débats du 12 octobre 2006, *op. cit.* (note n° 59), p. 6110.

⁶⁸ La loi Gayssot a été adoptée à l'unanimité moins une voix à l'Assemblée, puis à l'unanimité au Sénat ; les lois du 29 janvier 2001 et Taubira à l'unanimité dans les deux assemblées. Seule la loi du 23 février 2005 n'a pas fait l'objet d'un aussi large consensus. A également recueilli l'unanimité la loi du 18 octobre 1999, visant à substituer, dans les textes antérieurs, aux termes « opérations effectuées en Afrique du Nord », les termes « guerre d'Algérie » et « combats en Tunisie et au Maroc », *J.O.R.F.*, 20 octobre 1999, n° 244, p. 15647.

⁶⁹ Georges VEDEL, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », in *Mélanges en l'honneur de François Luchaire : François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2005, p. 49.

⁷⁰ Cet argument a été avancé par la ministre déléguée aux Affaires européennes lors des débats du 12 octobre 2006, *J.O.R.F.*, *op. cit.* (note n° 59), p. 6107, afin de dissuader les parlementaires d'ajouter des dispositions prescriptives à la loi du 29 janvier 2001.

⁷¹ Georges VEDEL, *art. cit.* (note n° 69), p. 50.

⁷² L'on ne peut par parenthèse que relever que c'est le 10 mai, date anniversaire de l'adoption de la loi Taubira, pourtant elle aussi accusée d'« écrire l'Histoire », qui a été choisie par le même Président de la République comme journée de commémoration de l'esclavage.

Le débat mémoriel constitue donc à l'évidence un terrain d'émancipation du législatif à l'égard de l'exécutif. Il ne s'agit certes pas d'un phénomène nouveau, puisqu'en 1979, déjà, le Sénat avait débattu et adopté à l'unanimité une proposition de loi tendant à déclarer le 8 mai jour férié, et ce malgré l'opposition conjointe du Président de la République et du Gouvernement – lequel était parvenu à bloquer la discussion du texte à l'Assemblée⁷³. Cette volonté de reconquête d'un pouvoir décisionnel au profit du Parlement, sur des questions de nature fondamentalement politique, a cependant pris une tournure parfois très vive au cours des débats⁷⁴, d'aucuns opposant, non sans manichéisme, une légitimité démocratique « aux compétences des spécialistes, [qui sont] dans leurs bureaux, sans débat »⁷⁵. Encore faut-il ajouter que le Parlement, afin d'imposer ses vues, a été aidé par le caractère passionnel des questions abordées. Difficile en effet d'arguer de ce qu'il ne lui revient pas d'« écrire l'Histoire » – en particulier lorsque tel n'est pas le cas – pour obtenir de lui qu'il s'abstienne de se prononcer sur des questions telles que les génocides juif et arménien, par exemple. Le Parlement n'a d'ailleurs pas résisté à la tentation de donner aux débats des accents dramatiques, soulignant sa pugnacité pour mieux dénoncer la pusillanimité dont l'exécutif serait le fer de lance.

Certes ce dernier a-t-il fait montre d'une passivité certaine dans la mise en pratique de son opposition proclamée aux lois soupçonnées d'« écrire l'Histoire », malgré la quantité d'outils constitutionnels à sa disposition pour ce faire. Néanmoins, le recours à l'un ou l'autre de ces derniers, au regard du ton des débats parlementaires, aurait vraisemblablement été interprété comme un message d'hostilité à l'égard des populations concernées. Très prosaïquement, le bénéfice juridique susceptible d'en être retiré était bien inférieur au risque politique encouru. D'aucuns ont pu qualifier cette attitude de « violation de la Constitution par consensus »⁷⁶. En réalité, l'inconstitutionnalité des lois mémorielles n'est pas l'évidence si souvent dénoncée, en particulier s'agissant de l'atteinte qu'elles porteraient aux libertés d'expression et d'enseignement et de recherche. Force est néanmoins de constater que la volonté d'émancipation du « pouvoir parlementaire »⁷⁷ a non seulement fait reculer l'exécutif, mais également entraîné un reflux de l'État de droit. Car en effet, assimiler la saisine du Conseil constitutionnel à un « déshonneur de la France »⁷⁸ n'est pas pour faciliter la collecte des signatures de soixante parlementaires – tout particulièrement s'agissant de lois adoptées à l'unanimité. De telles menaces étaient

⁷³ Patrick WEIL, art. cit. (note n° 56), p. 135.

⁷⁴ C'est au cours des débats relatifs à la loi du 29 janvier 2001 que cet antagonisme est apparu au grand jour, comme en témoigne cette intervention d'un député : « Je dirai aux tenants de la raison d'État au sein de notre exécutif, bicéphale, mais si solidement soudé sur cette question depuis deux ans, qu'il est grand temps que la France voit son Parlement s'émanciper, en matière de politique étrangère, de la logique des diplomates, de leurs savants équilibres pour que rien ne change jamais », Compte-rendu des débats du 18 janvier 2001, *op. cit.* (note n° 15), p. 563.

⁷⁵ Compte-rendu des débats du 12 octobre 2006, *op. cit.* (note n° 59), p. 6109. Certains auteurs en doctrine sont allés dans le même sens, notamment Bernard CUBERTAFOND, « Régressions du Parlement et du Conseil constitutionnel », *Politeia*, 2005, n° 8, p. 15 : « La question de fond est de savoir si les représentants du peuple peuvent encore délibérer sur les points fondamentaux de la politique. (...) La légitimité "scientifique ou technique" peut-elle l'emporter sur la légitimité démocratique ? »

⁷⁶ Bertrand MATHIEU, « Les lois mémorielles ou la violation de la Constitution par consensus », *D.*, 2006, n° 44, p. 3001.

⁷⁷ Il s'agit des termes employés par le communiqué commun du Président de la République et du Premier ministre, pourtant en période de cohabitation, pour préciser que le vote du 18 janvier 2001 « intervenu sur l'initiative du *pouvoir parlementaire* » relevait de la seule responsabilité de ce dernier (souligné par nous).

⁷⁸ Compte-rendu des débats du 18 janvier 2001, *op. cit.* (note n° 15), p. 552.

superflues, d'autant plus que le pouvoir législatif n'avait, à l'époque où ces lois ont été adoptées, probablement que guère à craindre d'une telle saisine⁷⁹.

L'opiniâtreté des parlementaires a néanmoins payé. D'aucuns ont pu voir dans cette volonté de reconquête d'une légitimité fonctionnelle – certes bien marginale, il faut le reconnaître, les questions mémorielles ne constituant pas non plus le « pain quotidien » des parlementaires – la simple quête d'un bénéfice électoral⁸⁰, débouchant par là même sur une « clientélisation de la loi »⁸¹. Certes serait-il naïf de prétendre à l'absence totale de telles préoccupations lors de l'adoption de ces textes⁸². Mais il s'agit là d'un faux débat, tant il semble tout aussi naïf d'exiger des représentants qu'ils fassent abstraction de leur source de légitimité. En définitive, les parlementaires ont allié l'utile à l'agréable, non seulement en provoquant une stimulation mémorielle, mais également en enrayant quelque peu la réduction de leur espace politique de délibération et de décision. Lequel ne va pas sans la détermination d'un cadre juridique rigoureux.

B- L'encadrement juridique de la stimulation

L'argument selon lequel la « mémoire officielle » constituerait le symptôme d'une dérive matérielle et qualitative de la loi n'est certes pas dénué de tout fondement. Mais fixer son attention sur le respect du seul article 34 de la Constitution ne doit cependant pas conduire à escamoter son article 3 (1), à la lumière duquel apparaît toute l'utilité du nouvel article 34-1, devenu nécessaire afin de ne pas cantonner le Parlement au seul vote de la loi (2).

1- Un dévoiement de l'article 34 ?

Un doute pourrait surgir, à la lecture des développements qui précèdent. Certes, la « stimulation mémorielle » apparaît légitime, en ce qu'elle peut amener à renforcer l'idée de Nation, et que de surcroît le Parlement lui-même peut tirer de cette opération un surcroît de légitimité. Telles sont les fonctions politiques de la stimulation. Mais, *en amont*, le Parlement dispose-t-il d'un titre quelconque pour procéder à cette stimulation ? Car en effet, il est probablement superflu de rappeler que depuis 1958 « la répartition de la loi n'est pas seulement formelle, mais matérielle. Le domaine de la loi n'est plus fixé par le législateur lui-même, mais par la Constitution »⁸³. D'aucuns pourraient alors en déduire que

⁷⁹ Il est probable que le juge constitutionnel, s'il était aujourd'hui saisi de ces lois, censurerait tout au plus leurs éléments purement déclaratifs, en application des jurisprudences 2004-500 DC et 2005-512 DC, à condition qu'ils soient suffisamment dissociables des autres dispositions (cf. *supra*). L'on peut cependant s'interroger sur le point de savoir quelle serait son attitude à l'égard de la loi du 29 janvier 2001, laquelle est *en tant que telle* purement déclarative. Probablement la censurerait-il, dans la mesure où les parlementaires peuvent désormais avoir recours aux résolutions, sans avoir à faire « bavarder » la loi (cf. *infra*).

⁸⁰ Voir en ce sens Marc FRANGI, art. cit. (note n° 8), p. 250 : « (...) le législateur français semble se tourner vers la production de textes de nature compassionnelle ou mémorielle pour lesquels il dispose encore d'une grande liberté de contenu et qui sont susceptibles d'avoir un effet électoral ».

⁸¹ Benjamin BEAUVERGER, « Liberté d'expression et lois mémorielles : la loi du 23 février 2005 devant le Conseil constitutionnel », *Politeia*, 2006, n° 9, p. 92.

⁸² Il n'est en effet pas difficile de constater que les débats relatifs à la loi Taubira ont été scandés par l'intervention de l'ensemble des parlementaires ultra-marins. S'agissant des lois du 29 janvier 2001 et du 23 février 2005 ainsi que de la proposition de loi adoptée par l'Assemblée en octobre 2006, dans chaque cas, la moitié ou plus de la moitié des intervenants lors des débats étaient issus de la seule région Provence-Alpes-Côte-d'Azur.

⁸³ Bertrand MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *R.D.P.*, 2007, p. 253.

le législateur s'est une nouvelle fois aventuré hors de son domaine de compétence matérielle en adoptant les quatre lois mémorielles, dénoncées comme une nouvelle preuve de ce que, s'agissant de la répartition des compétences normatives, « la révolution n'a pas eu lieu »⁸⁴.

Dénonciation qui n'est pas dépourvue de tout fondement. Au-delà du cas des dispositions purement déclaratives, dont il a déjà été question, les lois Taubira et du 23 février 2005 tendent en effet à compléter le contenu des programmes scolaires, alors même que rien ne semble donner compétence au législateur pour ce faire, de même que la loi du 29 janvier 2001 tend pour sa part à s'immiscer – certes indirectement – dans la conduite des relations diplomatiques⁸⁵. D'une manière générale, et en s'en tenant strictement au libellé du seul article 34 de la Constitution, force est de reconnaître que, même en l'interprétant très généreusement, il est difficile d'y trouver un fondement quelconque à une intervention du Parlement sur le terrain mémoriel. La loi Gayssot fait à cet égard une nouvelle fois exception, le législateur ayant compétence pour « fixer les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». Mais c'est précisément cet aspect qui rattache la loi Gayssot au domaine de l'« histoire officielle », synonyme d'impérativité, plutôt qu'à celui de la « mémoire officielle », qui ne prévoit pour sa part aucun dispositif répressif. Or c'est bien cette dernière qui semble poser problème quant aux limites assignées à la loi par la Constitution. Elle serait la traduction – voire le symbole – d'un retour à une conception purement formelle de la loi, en vertu de laquelle le législateur détient *de facto* la compétence de sa compétence, et devrait par conséquent être condamnée pour violation de l'article 34⁸⁶.

Cette analyse apparaît cependant à la fois contestable et incomplète. Contestable, en ce qu'elle tend à réduire le rôle du Parlement au seul vote de la loi, tout en enserrant fermement celle-ci dans le cadre contraignant du seul article 34. Or, le domaine de la loi dans la Constitution de 1958 n'est pas réductible à l'énumération à laquelle procède cet article. Celui-ci détermine en effet l'intensité de l'intervention du législateur dans un certain nombre de matières, mais ne revêt pas pour autant un caractère exhaustif, d'autres dispositions disséminées au sein de la norme fondamentale, en particulier dans la Déclaration de 1789, concourant à la définition des contours de la compétence matérielle du législateur. De sorte qu'il apparaît excessif de conclure, avant toute autre forme d'investigation, à l'inconstitutionnalité d'une loi au motif qu'elle aborderait une question ne trouvant aucun rattachement exprès à l'article 34.

Analyse incomplète surtout, en ce qu'elle fait abstraction d'un élément capital, à savoir qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution, le Parlement co-exerce la souveraineté nationale appartenant au peuple. Or, c'est précisément de par cette disposition que celui-ci a non seulement la légitimité, mais plus encore la *compétence* pour investir le terrain mémoriel. Si la loi est un acte juridique de caractère général et impersonnel, elle est aussi un acte d'essence politique, tutoyant une « volonté générale » dont l'expression ne saurait se satisfaire de la seule intervention du pouvoir réglementaire. La « mémoire officielle » peut à

⁸⁴ Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 10^{ème} éd., 2007, p. 723.

⁸⁵ Voir sur ce point Georges VEDEL, art. cit. (note n° 69), pp. 47-48.

⁸⁶ Si le Conseil constitutionnel a renforcé son contrôle et tend à faire preuve d'intransigeance à l'égard des dispositions dépourvues de caractère normatif, il reste cependant plutôt indulgent, pour des raisons pratiques d'ailleurs compréhensibles, à l'égard des dispositions à caractère réglementaire contenues dans un texte législatif. En témoigne la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Rec.*, p. 48, qui discrimine, sans pour autant les censurer, les dispositions ayant « à l'évidence, le caractère réglementaire », permettant ainsi au Gouvernement de les faire siennes. Encore faut-il préciser, pour être complet, que cette jurisprudence demeure isolée, le juge constitutionnel n'ayant pas depuis développé son contrôle en ce sens.

cet égard apparaître comme l'un des derniers prés carrés à l'intérieur desquels le Parlement est encore en mesure d'assurer au débat parlementaire une fonction proclamatoire et d'agir comme l'y autorise l'article 3 de la Constitution.

Sans doute est-il nécessaire de préciser ce propos. Exercer la souveraineté nationale n'excuse pas tout. Il ne s'agit pas, loin s'en faut, d'étendre à l'infini le domaine de la loi au nom de l'article 3. Il serait en effet fallacieux de prétendre que, eu égard à ce que les représentants du peuple exercent la souveraineté nationale, ils sont en droit de s'affranchir des contraintes constitutionnelles et ainsi « confisquer toutes les compétences qui peuvent être exercées au nom de l'État »⁸⁷. Ce serait en effet retomber dans les travers des III^e et IV^e Républiques, en rétablissant par là même la souveraineté parlementaire synonyme de légicentrisme. À cela s'ajouterait une curieuse conception de la hiérarchie des normes, dans la mesure où la norme réputée être à son sommet contiendrait ainsi une disposition qui organiserait sa propre infériorité – celle de la Constitution – par rapport à une autre norme – la loi – pourtant inférieure à elle dans la hiérarchie. Si telle avait été l'intention du constituant, celui-ci se serait probablement dispensé, notamment, de rédiger l'article 34. Ce dernier aurait-il en effet la moindre utilité s'il suffisait d'invoquer l'article 3 pour s'en affranchir ? La réponse est formulée dans la question.

Il s'agit plutôt de dissocier exercice de la souveraineté nationale et vote de la loi. Le premier ne saurait en effet se résumer à la production législative, elle-même n'ayant pas pour horizon indépassable le seul article 34. Si la Constitution de 1958 assigne effectivement un domaine à la loi, celui-ci ne disqualifie pas nécessairement l'intervention du Parlement sur le terrain de la « mémoire officielle », à condition que cette intervention ait une portée normative. Mais le Parlement doit également pouvoir, conformément à l'article 3 de la Constitution, se prononcer sur ces questions sans avoir à produire artificiellement une règle de droit lorsque tel n'est pas son objectif, comme dans le cas de la loi du 29 janvier 2001. De ce point de vue, l'introduction d'un article 34-1 au sein de la norme fondamentale, complément nécessaire à la loi, ne peut qu'être approuvée.

2- *Un complément à la loi : la résolution*

Sans chercher à le dénoncer ou à le cautionner, le choix par le Parlement d'emprunter le canal législatif afin de prendre position sur les questions mémorielles peut à tout le moins s'expliquer. Et l'explication est relativement simple : il n'avait en réalité pas le choix. S'est en effet manifestée avec force chez le constituant de la V^e République la volonté d'encadrer les actes législatifs adoptés par le Parlement, et plus nettement encore les actes non législatifs votés par ce dernier. Au cours des III^e et IV^e Républiques, les propositions de résolution formulées par les assemblées parlementaires avaient à maintes reprises pu constituer, parfois de manière très efficace, des moyens détournés de mise en cause de la responsabilité du Gouvernement⁸⁸. Il est donc apparu nécessaire, conformément aux principes directeurs du parlementarisme rationalisé, de mettre un terme à ces dérives. Face au silence intimidant de la Constitution sur ce point – silence qui a perduré jusqu'en 1992⁸⁹ –, les assemblées avaient tenté de réintroduire cette procédure dans

⁸⁷ Georges VEDEL, art. cit. (note n° 69), p. 49.

⁸⁸ Voir sur ce point Bruno BAUFUMÉ, « La réhabilitation des résolutions : une nécessité constitutionnelle », *R.D.P.*, 1994, p. 1399.

⁸⁹ Date à laquelle a été introduite, par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, la possibilité pour les assemblées de voter des résolutions afin de définir une position sur les textes de l'Union européenne soumis au Parlement conformément à l'article 88-4 de la Constitution. La loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4

leurs règlements respectifs, pour finalement se heurter de front à la fermeté du Conseil constitutionnel⁹⁰. Le droit de résolution s'est vu si efficacement encadré par les juges de la rue de Montpensier que, pendant près de cinq décennies, et mis à part le cas particulier de l'article 88-4, rares ont été les hypothèses de recevabilité d'une proposition en ce sens⁹¹.

Mais les avantages recherchés au travers de cette double limitation – implicite, du fait du constituant, avant d'être explicite, du fait du juge constitutionnel – se sont avérés bien minces en comparaison des inconvénients qui en sont nés. La quasi-impossibilité dans laquelle a été placé le Parlement de faire connaître son opinion sur des questions débordant le domaine de la loi par l'adoption de textes non normatifs, n'a pas en effet seulement contribué à la stabilité du Gouvernement. Elle est aussi l'une des causes de l'état dans lequel se trouve ce malade au chevet duquel n'a de cesse de se pencher la doctrine : la qualité de la loi. Le Parlement ne peut s'exprimer en adoptant une résolution ? Fort bien. Il le fera donc en votant la loi. Faut-il l'en blâmer ? Probablement pas. Car il y a là une logique : le Parlement n'avait pas à se priver d'intervenir dans des domaines relevant de l'exercice de la souveraineté nationale, à l'instar des questions mémorielles, au motif que l'ordonnancement juridique le contraignait pour ce faire à emprunter le seul canal législatif. Le domaine et la qualité de la loi ont donc été, par certains aspects, les victimes d'une forme d'intransigeance du constituant – même si cette attitude était, à l'aube de la V^e République, pleinement justifiée au regard des dérives ayant eu cours sous les précédentes Républiques.

Mais les temps et les textes ont changé. Conscient des désagréments nés de l'alternative laissée au Parlement entre le mutisme et le dépôt de propositions de loi ou d'amendements dont la portée normative est douteuse et la qualité suspecte, le Comité Balladur a entendu « permettre au Parlement d'exercer la fonction "tribunitienne" utile au fonctionnement de toute démocratie »⁹², en rétablissant un plein droit de résolution au profit des assemblées. Proposition qui a connu un parcours chaotique⁹³, avant d'être finalement soumise au Congrès réuni à Versailles le 21 juillet 2008, la loi constitutionnelle adoptée à cette occasion introduisant un nouvel article 34-1 au sein de la norme fondamentale⁹⁴. Dispositif dont le droit comparé démontre à la fois l'innocuité par rapport

février 2008 prévoit pour sa part d'introduire dans la Constitution un article 88-6 ouvrant aux assemblées une nouvelle possibilité d'adopter une résolution en matière communautaire, laquelle reste cependant conditionnée par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

⁹⁰ Saisi en application de l'article 61, alinéa 1^{er}, le juge constitutionnel a en effet considéré dans ses deux décisions n° 59-2 DC du 19 juin 1959, *Rec.*, p. 58 et n° 59-3 DC du 24 juin 1959, *Rec.*, p. 61, relatives respectivement aux Règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat, que ces derniers « ne pouvaient assigner aux propositions de résolution un objet différent de celui qui leur est propre, à savoir la formulation de mesures et décisions relevant de la compétence exclusive de [l'assemblée], c'est-à-dire les mesures et décisions d'ordre intérieur ayant trait au fonctionnement et à la discipline de [ladite] assemblée, auxquelles il conviendrait éventuellement d'ajouter les seuls cas expressément prévus par les textes constitutionnels et organiques tels que les articles 18 et suivants de l'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice ».

⁹¹ Voir sur ce point Jean-Luc WARSMANN, *op. cit.* (note n° 63), p. 243.

⁹² Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une V^e République plus démocratique*, 2007, p. 57.

⁹³ La commission des lois de l'Assemblée nationale a en effet dans un premier temps, sur proposition du rapporteur, supprimé cette disposition, qui sera rétablie par la commission des lois du Sénat, sous une forme modifiée par rapport au projet initial du Gouvernement, puis sera à nouveau sensiblement altérée par l'Assemblée en seconde lecture.

⁹⁴ Le premier alinéa du nouvel article 34-1 dispose que « Les assemblées peuvent voter des résolutions dans les conditions fixées par la loi organique ». Son second alinéa précise cependant que « Sont irrecevables et ne peuvent être inscrites à l'ordre du jour les propositions de résolution dont le Gouvernement estime que leur

à la stabilité gouvernementale et l'intérêt décisif en vue de permettre aux assemblées de faire connaître leur point de vue sur des questions qui n'appellent pas nécessairement une modification de l'ordonnement juridique⁹⁵.

Le droit de résolution ne contribue pas à « décrédibiliser le Parlement en le détournant de ses missions de délibération, de vote de la loi et de contrôle de l'action gouvernementale »⁹⁶. Bien au contraire, le droit de résolution permet de restaurer le Parlement dans sa fonction tribunitienne au titre du co-exercice de la souveraineté nationale, tout en contribuant à sauvegarder – ou plutôt rétablir – le domaine, la normativité et la qualité de la loi. Les parlementaires pourront donc s'exprimer sans emprunter les habits du législateur, ce dernier ayant d'autant moins d'excuses pour faire « bavarder » la loi que les résolutions ne sont pas limitées – à moins bien entendu que la future loi organique en décide ainsi – au seul domaine de compétence matérielle du législateur. La « mémoire officielle » va par conséquent pouvoir s'épanouir par le vecteur de l'article 34-1, de sorte que ce qui était jusqu'alors tolérable, ou à tout le moins compréhensible, devra désormais être sans ménagement frappé du sceau de l'inconstitutionnalité. Ainsi en serait-il d'une loi identique à celle du 29 janvier 2001, ou contenant des dispositions soit anormatives, soit étrangères au domaine de la loi pris dans toutes ses composantes, à l'instar de celles des lois Taubira et du 23 février 2005 relatives aux programmes scolaires. Si le Parlement estime que ces derniers méritent d'être éclaircis sur tel ou tel point, il pourra désormais le faire, sans polluer la loi, par l'adoption d'une résolution⁹⁷. Le schéma est donc relativement simple : à l'« histoire officielle » la force de la loi, à la « mémoire officielle » la souplesse de la résolution.

Reste qu'« après le vote des résolutions, leurs initiateurs plaideront certainement pour qu'il leur soit donné plus de force grâce au vote de dispositions législatives »⁹⁸. Une telle crainte n'est pas sans fondement, car pourquoi en effet se contenter de graver dans une résolution ce qui pourrait l'être dans le marbre solennel de la loi ? Le Conseil constitutionnel devra faire montre, si l'occasion lui en est donnée, de la plus grande vigilance sur ce point. En espérant cependant qu'un Parlement responsable saura, de lui-même, prendre les bonnes résolutions et se montrer à la hauteur de la confiance que lui a témoignée le constituant à l'occasion de la révision du 21 juillet dernier. Ou, sans avoir recours à ce clivage artificiel d'un point de vue strictement pratique, que les parlementaires sauront se montrer cohérents avec eux-mêmes.

adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard ». Cette disposition a été introduite par le Sénat afin de répondre à l'argument selon lequel la résolution serait un moyen de mettre en cause la responsabilité du Gouvernement par une autre voie que celles prévues à l'article 49.

⁹⁵ Voir sur ce point Jean-Luc WARSMANN, *op. cit.* (note n° 63), pp. 245-246.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 248.

⁹⁷ À condition que celle-ci ne prenne pas la forme d'une injonction, auquel cas elle subirait probablement les foudres du Gouvernement en application de l'article 34-1, alinéa 2.

⁹⁸ Jean-Luc WARSMANN, *op. cit.* (note n° 63), p. 253.

D'aucuns pourront considérer que la présente étude s'éloigne des rivages auxquels semblait l'amarrer son titre. Que ce soit pour s'en féliciter ou le déplorer, ils auront raison. Mais l'objet de cette contribution n'est pas de contrecarrer, avec une audace toute relative une fois le gros de la tempête passé, les accusations portées à l'encontre des lois mémorielles. Cette seule question ne pose en réalité que peu de difficultés : aucun de ces textes ne se révèle en effet, le temps écoulé depuis en atteste, attentatoire à la liberté d'expression ou à la liberté d'enseignement et de recherche – à l'exception de la loi Gayssot, qui constitue certes une limite à la première, mais non à la seconde. Une loi qui, précisément, met d'autant plus en exergue l'inadéquation du concept de « loi mémorielle ». Si l'effort de catégorisation et de classification est souvent nécessaire, il est cependant vain d'y procéder en empruntant des raccourcis.

D'autres – peut-être les mêmes – pourront-ils réprouber le débordement d'un cadre strictement juridique. Sans doute ceux-là auront-ils également raison, tant les deux objections sont liées. Encore faut-il ne pas voir dans ce débordement que pure digression. La question mémorielle, loin de boucher l'horizon du chercheur, l'incite au contraire à élargir son champ d'investigation. Incitation qui se fait obligation lorsqu'il s'agit de distinguer l'« histoire officielle », souvent convoquée avec trop d'empressement, de la « mémoire officielle », partie intégrante du co-exercice de la souveraineté nationale. L'incursion du Parlement sur le terrain de l'historien, loin de relever de l'abus de pouvoir tant décrié, s'avère en réalité nécessaire, parce que décisive, afin de stimuler, simultanément et parallèlement, la Nation dans son travail de mémoire et le chercheur dans sa quête de vérité.