



DICE UMR 7318

ILF-GERJC – AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ

CDPC – UNIVERSITÉ DE TOULON

IE2IA – UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

XXXVIII<sup>e</sup> TABLE RONDE INTERNATIONALE

# CONSTITUTION, HISTOIRE ET MÉMOIRE

**RAPPORTS NATIONAUX**

*(Documents provisoires  
ne pas citer)*

AIX-EN-PROVENCE  
9 et 10 septembre 2022

<https://dice.univ-amu.fr/dice/ilf>

Accès ouvert, libre et gratuit à la collection de l'**Annuaire international de justice constitutionnelle depuis 1985**

Les 35 volumes de l'*Annuaire international de justice constitutionnel* sont en ligne sur le site de PERSEE à cette adresse : <https://www.persee.fr/collection/aijc>

## SOMMAIRE

Liste des rapporteurs

Grille d'analyse proposée pour la XXXVIII<sup>e</sup> table ronde

Rappel des programmes des tables rondes et colloques internationaux antérieurs, des vingt-huit Cours internationaux et des universités d'été et d'automne organisés jusqu'ici

Rapports (documents provisoires)

ALLEMAGNE .....	23
ARGENTINE .....	51
BELGIQUE .....	85
BRÉSIL.....	113
CHILI.....	143
COLOMBIE .....	159
ESPAGNE .....	177
GRÈCE .....	207
ITALIE .....	233
JAPON.....	275
KOWEÏT.....	281
ROYAUME-UNI.....	303
SUISSE .....	317

**LISTE DES RAPPORTEURS  
À LA TABLE RONDE  
GRILLE D'ANALYSE PROPOSÉE**

LISTE DES RAPPORTEURS A LA TABLE RONDE DES 9 ET 10 SEPTEMBRE 2022

Afrique du Sud : X. PHILIPPE  
Allemagne : R. ARNOLD  
Argentine : F. ARLETTAZ  
Belgique : M. VERDUSSEN et É. DEGRAVE  
Brésil : D. TEIXEIRA DE OLIVEIRA  
Bulgarie : A. TSEKOV  
Canada : P. TAILLON  
CEDH : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA  
Chili : C. CERDA GUZMAN  
Colombie : G. LOPEZ DAZA  
Égypte : Y. ELASSAR  
Espagne : M. CARRILLO  
France : A. VIDAL-NAQUET  
Grèce : C. YANNAKOPOULOS  
Hongrie : P. KRUZSLICZ  
Italie : M. LUCIANI  
Japon : M. UENO  
Koweït : M. ALFILI  
Norvège : E. SMITH  
Pologne : M. GRANAT  
Portugal : V. PEREIRA DA SILVA  
Royaume-Uni : A. DUFFY MEUNIER  
Suisse : M. HOTTELIER  
Togo : K. HOUNAKÉ  
Tunisie : H. BEN MAHFOUDH

INSTITUT LOUIS FAVOREU  
XXXVIII<sup>e</sup> TABLE RONDE INTERNATIONALE  
DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

*Constitution, histoire et mémoire*

Aix-en-Provence  
9-10 septembre 2022

---

Grille d'analyse

---

La XXXVIII<sup>e</sup> Table ronde internationale de justice constitutionnelle entend appréhender la Constitution sous un angle temporel par le prisme de la mémoire et de l'histoire. Elle met en évidence le rapport de la Constitution avec le passé sous ces deux angles. Mémoire et histoire ne saisissent pas de la même manière le passé. Là où l'histoire, en tant que discipline, se veut produire un regard objectif et scientifique sur le passé, la mémoire n'apparaît que comme une trace subjective de ce passé. La première se situe dans le récit, dans la narration du passé ; la seconde, dans le mythe, dans la reconstruction, l'appropriation voire l'instrumentalisation du passé. Dimensions objectives et subjectives du passé se croisent, parfois se superposent dans les Constitutions et de grandes orientations générales quant à la prise en compte par les Constitutions du passé peuvent être tracées sans que la distinction entre l'histoire et la mémoire ne soit toujours très étanche.

Sous l'angle de l'*histoire*, la Constitution apparaît comme le fruit du passé et se révèle être, en elle-même, un moment de l'histoire constitutionnelle de l'État. Cette première dimension renvoie à plusieurs questions et, en premier lieu, à la question de l'interprétation des Constitutions au regard de leur inscription dans une histoire institutionnelle et politique et donc à l'usage de la méthode d'interprétation génétique ou historique. La perspective historique renseigne ainsi sur les significations des énoncés constitutionnels. La discipline historique est mobilisée dans la lecture des Constitutions, à la fois pour contextualiser et pour expliquer la Constitution en vigueur dans le temps. À cet égard, il y a peut-être une appréhension différente du passé selon le contexte constitutionnel et il faudra ici prendre en compte de manière spécifique le droit constitutionnel transitoire. La lecture des Constitutions peut se faire alors en termes de continuité et discontinuité constitutionnelle

L'histoire peut aussi être source de normativité, si l'on pense, par exemple, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, catégorie constitutionnelle générique

reconnue par le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, concrétisée par le Conseil constitutionnel en s'appuyant sur les grands principes consacrés par les lois républicaines antérieures à 1946. Si l'on peut faire l'histoire de tout, quelle histoire peut se faire « norme » ? Plus largement, sur cette question de normativité, la place de la coutume ou de la tradition constitutionnelles comme source formelle de normes juridiques dans les ordres juridiques doit être interrogée. Plus généralement, il s'agira de questionner l'intention derrière la mobilisation de l'argument historique, que ce soit dans le texte constitutionnel ou dans la motivation des décisions des juges constitutionnels.

Sous l'angle de la *mémoire*, la Constitution s'approprie le passé dont elle porte les traces à plusieurs égards. Cette mémoire est visible dans les Préambules des Constitutions comme dans les symboles de l'État, le drapeau, l'hymne, la langue, la devise... qui sont souvent le fruit d'une longue sédimentation dans l'histoire constitutionnelle. La place dans le texte constitutionnel de ces symboles, les débats et discussions qu'ont pu générer leur intégration dans la Constitution, leur valeur juridique comme la question de leur intégration dans des énoncés prescriptifs sont autant de questions soulevées par la constitutionnalisation du passé.

Enfin, le positionnement de la Constitution face aux lois mémorielles, tel qu'il est exprimé par les juridictions constitutionnelles, témoigne de ce qu'elle permet, interdit ou impose dans la gestion de la mémoire face à un certain nombre de libertés fondamentales et, en particulier, de la liberté d'expression et de la liberté de la recherche. La Constitution peut d'ailleurs consacrer des droits et libertés en matière mémorielle, un droit à la mémoire ou droit à l'oubli, une liberté de la recherche historique, et donc poser des normes visant à saisir le passé. Dans la Constitution ou dans la jurisprudence, la mobilisation du passé est ainsi susceptible d'interférer dans la protection des droits fondamentaux.

De manière combinée, *histoire* et *mémoire* nourrissent et inspirent l'action des acteurs constitutionnels qui peuvent la mobiliser dans leur pratique institutionnelle, sans que cela ne soit véritablement explicité dans le texte constitutionnel, pour l'intégrer, la rejeter ou l'adapter.

Rappel des programmes des Tables rondes et Colloques internationaux antérieurs, des vingt-huit cours internationaux et des universités d'été et d'automne organisés jusqu'ici

\*

T A B L E S   R O N D E S   I N T E R N A T I O N A L E S

I<sup>e</sup> Table ronde du 25 octobre 1984 :

**Les techniques juridictionnelles  
du contrôle de constitutionnalité des lois**

du 29 octobre 1984

**Dix ans de saisines parlementaires**

II<sup>e</sup> Table ronde du 24 octobre 1985

**Le droit de propriété  
dans les jurisprudences constitutionnelles européennes**

III<sup>e</sup> Table ronde du 22 octobre 1986

**L'interruption volontaire de grossesse  
dans les jurisprudences constitutionnelles européennes**

IV<sup>e</sup> Table ronde du 22 octobre 1987

**La liberté de l'information**

V<sup>e</sup> Table ronde du 20 octobre 1988

**Les juges constitutionnels**

VI<sup>e</sup> Table ronde du 12 juillet 1989

**Principe d'égalité et droit de suffrage**

VII<sup>e</sup> Table ronde du 11 juillet 1990

**Le principe de non-rétroactivité des lois**

VIII<sup>e</sup> Table ronde des 18 et 19 septembre 1992

**Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles  
La justice constitutionnelle et le pouvoir constituant :  
à propos des accords de Maastricht**

IX<sup>e</sup> Table ronde des 10 et 11 septembre 1993

**Constitution et partis politiques**

X<sup>e</sup> Table ronde des 16 et 17 septembre 1994

**Révision de la Constitution et justice constitutionnelle**

XI<sup>e</sup> Table ronde des 15 et 16 septembre 1995

**Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet**

XII<sup>e</sup> Table ronde des 13 et 14 septembre 1996

**L'école, la religion et la Constitution**

XIII<sup>e</sup> Table ronde des 12 et 13 septembre 1997

**Les discriminations positives**

XIV<sup>e</sup> Table ronde des 11 et 12 septembre 1998

**Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière**

XV<sup>e</sup> Table ronde des 10 et 11 septembre 1999

**Constitution et sécurité juridique**

- XVI<sup>e</sup> Table ronde des 15 et 16 septembre 2000  
**Constitution et secret de la vie privée**
- XVII<sup>e</sup> Table ronde des 21 et 22 septembre 2001  
**Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction**
- XVIII<sup>e</sup> Table ronde des 13 et 14 septembre 2002  
**Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux**
- XIX<sup>e</sup> Table ronde des 12 et 13 septembre 2003  
**Constitution et élections**
- XX<sup>e</sup> Table ronde des 17 et 18 septembre 2004  
**Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale  
À qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ?**
- XXI<sup>e</sup> Table ronde des 9 et 10 septembre 2005  
**Constitutions nationales et constitution européenne**
- XXII<sup>e</sup> Table ronde des 8 et 9 septembre 2006  
**Autonomie régionale et locale et Constitutions**
- XXIII<sup>e</sup> Table ronde des 14 et 15 septembre 2007  
**Constitution et liberté d'expression**
- XXIV<sup>e</sup> Table ronde des 12 et 13 septembre 2008  
**Constitution et famille(s)**
- XXV<sup>e</sup> Table ronde des 4 et 5 septembre 2009  
**Le juge constitutionnel et la proportionnalité**
- XXVI<sup>e</sup> Table ronde des 10 et 11 septembre 2010  
**Constitutions et droit pénal**
- XXVII<sup>e</sup> Table ronde des 9 et 10 septembre 2011  
**Juges constitutionnels et Parlements**
- XXVIII<sup>e</sup> Table ronde des 14 et 15 septembre 2012  
**Le juge constitutionnel et l'équilibre des finances publiques**
- XXIX<sup>e</sup> Table ronde des 6 et 7 septembre 2013  
**La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou  
conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie**
- XXX<sup>e</sup> Table ronde des 5 et 6 septembre 2014  
**Juges constitutionnels et doctrine**
- XXXI<sup>e</sup> Table ronde des 4 et 5 septembre 2015  
**Constitution et droits sociaux**
- XXXII<sup>e</sup> Table ronde des 9 et 10 septembre 2016  
**Migrations internationales et justice constitutionnelle**
- XXXIII<sup>e</sup> Table ronde des 8 et 9 septembre 2017  
**Juge constitutionnel et interprétation des normes**
- XXXIV<sup>e</sup> Table ronde des 7 et 8 septembre 2018  
**Égalité, genre et Constitution**

XXXV<sup>e</sup> Table ronde des 6 et 7 septembre 2019

**Constitution et environnement**

XXXVI<sup>e</sup> Table ronde du 11 septembre 2020

**L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ?  
Du terrorisme à l'urgence sanitaire**

XXXVII<sup>e</sup> Table ronde des 10 et 11 septembre 2021

**Constitution, libertés et numérique  
Les droits et libertés fondamentaux à l'heure numérique : évolution ou révolution ?**

XXXVIII<sup>e</sup> Table ronde des 9 et 10 septembre 2022

**Constitution, histoire et mémoire**

-----

**COLLOQUES INTERNATIONAUX**

**19 - 20 et 21 février 1981**

**COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES ET DROITS FONDAMENTAUX**

Rapport introductif général par Georges VEDEL (Membre du Conseil constitutionnel)

*Partie I*

*Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux*

par Otto BACHOF (Juge à la Cour constitutionnelle de Bade-Wurtemberg)

*Partie II*

*Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*

par Theo OEHLINGER (Juge suppléant à la Cour constitutionnelle autrichienne)

*Partie III*

*Finalité et limites de la protection des droits fondamentaux*

par Leopoldo ELIA (Président de la Cour constitutionnelle italienne)

Rapport de synthèse par Javier SALAS (Letrado del Tribunal constitucional español)

**12 au 13 juillet 1991**

**COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES ET DROITS FONDAMENTAUX  
(NOUVEAU BILAN : 1981-1991)**

Rapport introductif de Louis FAVOREU

La décision du 16 juillet 1971 par François LUCHAIRE



*Partie I*

*L'accès direct à la protection : techniques et résultats*

En Allemagne par Dietrich KATZENSTEIN  
En Autriche par Ludwig ADAMOVICH  
En Belgique par Anne RASSON-ROLAND  
En Espagne par Francisco RUBIO-LLORENTE  
Au Portugal par Luis NUNES DE ALMEIDA  
En Suisse par Peter SALADIN

*Partie II*

*Les bénéficiaires ou titulaires des droits fondamentaux*

En Allemagne par Armin DITTMANN  
En Autriche par Otto PFERSMANN  
En Belgique par Francis DELPEREE  
En Espagne par Pedro CRUZ  
En France par Franck MODERNE  
En Italie par Massimo LUCIANI et Nicoló ZANON  
Au Portugal par Armindo RIBEIRO MENDES  
En Suisse par Blaise KNAPP

C O U R S I N T E R N A T I O N A L  
D E J U S T I C E C O N S T I T U T I O N N E L L E

**I<sup>er</sup> - 7 au 13 juillet 1989**

**JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET DROITS FONDAMENTAUX**

*Justice constitutionnelle et droits fondamentaux, Introduction générale* par Louis FAVOREU (Prof. à l'Université d'Aix-Marseille III)

*Le principe d'égalité* par Francisco RUBIO LLORENTE (Vice-président du Tribunal constitutionnel espagnol, Prof. à l'Université de Madrid)

*La conception objective des droits fondamentaux* par Dietr GRIMM (Juge au Tribunal constitutionnel allemand, Prof. à l'Université de Bielefeld)

*La liberté d'enseignement* par Francis DELPEREE (Prof. à l'Université de Louvain, Directeur du Centre d'études constitutionnelles et administratives)

*Les techniques d'annulation des lois* par Gustavo ZAGREBELSKY (Prof. à l'Université de Turin)

\*

**II<sup>e</sup> - 6 au 12 juillet 1990**

**DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT REPRESSIF**

*L'influence du droit constitutionnel sur le droit pénal et procédural* par Albrecht WEBER (Prof. à l'Université d'Osnabrück)

*Les problèmes du contrôle de la constitutionnalité des lois pénales en Italie* par Alessandro PIZZORUSSO (Prof. à l'Université de Florence)

*Les articles 7 à 14 de la Charte canadienne en matière criminelle et pénale* par Patrice Garant (Prof. à l'Université Laval - Québec)

*Droit constitutionnel et droit répressif administratif* par Franck MODERNE, (Prof. à l'Université de Paris I)

*Droit constitutionnel et droit pénal : l'expérience américaine* par Cynthia VROOM (Avocat au barreau de Californie) et Steven E. LANDERS (Avocat au barreau de New York)

\*

**III<sup>e</sup> - 5 au 13 juillet 1991**

**DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT INTERNATIONAL**

*La répartition verticale des compétences dans l'introduction et l'application des normes internationales en droit interne* par Luis DIEZ-PICAZO (Prof. à l'Université de Málaga et à l'Institut universitaire de Florence)

*La répartition horizontale des compétences dans l'introduction et l'application des normes internationales en droit interne* par Georg RESS (Prof. à l'Université de Sarrebrück)

*Le contrôle de constitutionnalité des normes internationales (problématique et procédures)* par Massimo LUCIANI (Prof. à l'Université de Pérouse)

*L'utilisation des normes internationales comme normes de référence en contentieux constitutionnel* par Jorge MIRANDA (Prof. à l'Université de Lisbonne I)

*L'influence réciproque des jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme et des Cours constitutionnelles en matière de droits fondamentaux* par Joël RIDEAU (Prof. à l'Université de Nice).

\*

**IV<sup>e</sup> - 14-19 septembre 1992**

**LE JUGE CONSTITUTIONNEL ET LES POUVOIRS PUBLICS**

*La justice constitutionnelle dans le système de gouvernement* par Massimo LUCIANI (Prof. à l'Université de Pérouse) et Gustavo ZAGREBELSKY (Prof. à l'Université de Turin)

*La justice constitutionnelle et le pouvoir législatif* par Michel ROSENFELD (Prof. à Cardozo School of Law - New York)

*La justice constitutionnelle et le pouvoir exécutif* par Xavier PHILIPPE (Prof. à l'Université de la Réunion)

*La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire* par Th. S. RENOUX (Prof. à l'Université d'Aix-Marseille III)

\*

**V<sup>e</sup> - 6-11 septembre 1993**

**CONSTITUTION ET DROIT DE PROPRIETE**

*Le droit de propriété : perspectives générales* par Gunther PUTTNER (Prof. à l'Université de Tübingen)

*Les nationalisations en Europe de l'Ouest* par Pierre BON (Prof. à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur de l'Institut d'études juridiques ibériques et ibérico-américaines)

*Les privatisations en Europe de l'Ouest* par Luis NUNES DE ALMEIDA (Vice-Président du Tribunal constitutionnel portugais) et Armindo RIBEIRO-MENDES (Juge au Tribunal constitutionnel portugais)

*Nationalisations et privatisations en Europe de l'Est* par Leszek GARLICKI (Prof. à l'Université de Varsovie)

\*

**VI<sup>e</sup> - 12-17 septembre 1994**

**LES DROITS CONSTITUTIONNELS DES ETRANGERS**

*Le droit d'asile* par Franck MODERNE, (Prof. à l'Université de Paris I)

*Les droits économiques et sociaux* par Otto PFERSMANN ( Prof. à Lyon III, chargé de cours à l'Université de Vienne)

*Les droits civiques* par Francis DELPEREE (Prof. à l'Université de Louvain)

*La liberté individuelle* par Francisco RUBIO-LLORENTE (Prof. à l'Université Complutense de Madrid)

\*

**VII<sup>e</sup> - 11-16 septembre 1995**

### **CONSTITUTION ET MEDIAS**

*Les titulaires de la liberté de communication* par Michel FROMONT, (Prof. à l'Université de Paris I)

*Concentration des médias et indépendance à l'égard du pouvoir politique* par Roberto ZACCARIA ( Prof. à l'Université de Florence)

*Constitution et médias au Canada et aux États-Unis* par Karim BENYEKHEF (Prof. à l'Université de Montréal)

*Liberté d'expression et droit à l'information : la question des limites* par Marc CARRILLO (Prof. à l'Université Pompeu Fabra de Barcelone)

\*

**VIII<sup>e</sup> - 9-12 septembre 1996**

### **CONSTITUTION ET ELECTIONS**

*Les circonscriptions électorales* par Richard GHEVONTIAN et André ROUX, (Prof. à l'Université d'Aix-Marseille III)

*Les candidatures* par Jorge MIRANDA, (Prof. à l'Université de Lisbonne)

*Les systèmes électoraux* par Massimo LUCIANI, (Prof. à l'Université La Sapienza de Rome)

*Le contentieux électoral* par Francis DELPEREE (Prof. à l'Université de Louvain)

\*

**IX<sup>e</sup> - 8-11 septembre 1997**

### **LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE DU TRAVAIL**

*Le droit constitutionnel de grève* par Bertrand MATHIEU, (Prof. à l'Université de Dijon)

*Le droit constitutionnel des négociations et conventions collectives* par Fernando VALDÉS DAL-RÉ, (Prof. à l'Université de Madrid)

*La liberté syndicale, droit constitutionnel* par Bruno VENEZIANI, (Prof. à l'Université de Bari)

*Le principe constitutionnel d'égalité et le droit du travail* par Paul MARTENS (Juge à la Cour d'Arbitrage de Belgique)

\*

**X<sup>e</sup> - 7-10 septembre 1998**

### **CONSTITUTION ET BIOETHIQUE**

*Constitution et avortement* par Rainer ARNOLD, (Prof. à l'Université de Regensburg)

*Constitution et génome humain* par Bertrand MATHIEU, (Prof. à l'Université de Dijon)

*Euthanasie active et passive* par Charles BARON, (Prof. à l'Université de Boston)

*Constitution et procréation médicalement assistée* par Luis Maria DIEZ PICAZO (Prof. à l'Université Pompeu Fabra de Barcelone)

\*

**XI<sup>e</sup> - 6-9 septembre 1999**

**DROIT CONSTITUTIONNEL, DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT EUROPEEN**

*Problématique générale* par Patrick GAÏA, (Prof. à l'Université d'Aix-Marseille III)

*Le fédéralisme et l'Europe* par Francis DELPÉRÉE, (Prof. à l'Université catholique de Louvain)

*Le contrôle des actes communautaires par les juridictions nationales* par Antonio LOPEZ CASTILLO, (Letrado au Tribunal constitutionnel de Madrid)

*Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens* par Karl-Peter SOMMERMANN, (Prof. à l'Ecole supérieure des sciences administratives de Spire)

\*

**XII<sup>e</sup> - 11-14 septembre 2000**

**CONSTITUTION ET RELIGION**

*Les aspects collectifs de la liberté de religion* par Leszek GARLICKI, (Prof. à l'Université de Varsovie, Juge au tribunal constitutionnel polonais)

*Le principe de laïcité* par Michel TROPER, (Prof. à l'Université de Paris X).

*L'État et la religion* par Michel ROSENFELD, (Prof. à Cardozo School of Law, New York, Président de l'Association internationale de droit constitutionnel)

*La « réception » du constitutionnalisme dans les zones culturelles extra-occidentales : laïcité dans la pratique de la justice constitutionnelle japonaise* par Yoichi HIGUCHI, (Prof. à l'Université Waseda, Tokyo).

\*

**XIII<sup>e</sup> - 17-20 septembre 2001**

**L'INTERPRETATION DE LA CONSTITUTION  
PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL**

*Théories de l'interprétation constitutionnelle* par Otto PFERSMANN, (Prof. à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Prof. invité à l'Université d'Oxford)

*Normativité* par Karl-Peter SOMMERMANN, (Prof. à l'Ecole supérieure des sciences administratives de Spire)

*Structures* par Emanuele ROSSI, (Prof. à l'Ecole supérieure de Santa Anna de Pise)

*Contenus* par Michel ROSENFELD, (Prof. à Cardozo School of Law (New-York), Président de l'Association internationale de droit constitutionnel)

\*

**XIV<sup>e</sup> - 9-12 septembre 2002**

**LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE**

*Right of Privacy et vie privée* par Karim BENYEKHLIF, (Prof. à l'Université de Montréal).

*Le droit à la protection de l'intimité* par Francisco Javier MATIA PORTILLA, (Prof. à l'Université de Valladolid).

*Vie privée et nouvelles technologies* par Xavier PHILIPPE, (Prof. à l'Université d'Aix-Marseille III).

*La théorie des sphères* par Christoph GUSY, (Prof. à l'Université de Bielefeld).

\*

**XV<sup>e</sup> - 8-11 septembre 2003**

### **LA LOI**

*La loi nationale face à la construction européenne*, par Alessandro PIZZORUSSO, Professeur à l'Université de Pise, avec la collaboration de Paolo PASSAGLIA, Assistant à la Cour constitutionnelle italienne

*Le concept de loi*, par Luis Maria DIEZ PICAZO, Professeur des universités - Madrid

*Les substituts à la loi : les actes législatifs de l'exécutif*, par Pierre BON, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

*La loi et la Constitution*, par Michel ROSENFELD, Professeur à Cardozo School of Law - New York

\*

**XVI<sup>e</sup> - 14-16 septembre 2004**

### **LA REVISION DE LA CONSTITUTION**

*La notion de révision de la Constitution*, par Franck MODERNE, Professeur émérite à l'Université de Paris I

*Les procédures et la pratique de révision de la Constitution*, par Pedro CRUZ-VILLALÓN, Professeur à l'Université autonome de Madrid

*Le contrôle et les limites de révision de la Constitution*, par Jorge MIRANDA, Professeur à l'Université de Lisbonne

\*

**XVII<sup>e</sup> - 6-8 septembre 2005**

### **AUTONOMIES LOCALES ET CONSTITUTION**

*Autonomie locale et régionale et droit comparé en Europe*, par Alain DELCAMP, Professeur associé à l'Université Paul Cézanne Aix -Marseille III

*Aspects du droit constitutionnel de la décentralisation* par Michel VERPEAUX, Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne

*Les collectivités locales et l'Europe*, par Francis DELPÉRÉE, Professeur à l'Université de Louvain

*La démocratie locale en droit comparé*, par Massimo LUCIANI, Professeur à l'Université La Sapienza - Rome

\*

**XVIII<sup>e</sup> – 5-7 septembre 2006**

### **LA REPARTITION DES COMPETENCES NORMATIVES ENTRE LE PARLEMENT ET LE GOUVERNEMENT**

*Les actes du gouvernement avec force de loi : une perspective comparée*, par Luis Maria DIEZ PICAZO, Professeur des universités - Madrid

*Répartition des compétences normatives et application de la loi*, par Jean-Pierre DUPRAT, Professeur à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV

*Répartition des compétences normatives et qualité de la loi*, par Bertrand MATHIEU, Professeur à l'Université l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne

\*

**XIX<sup>e</sup> – 12-13 septembre 2007**

### **FAMILLE ET DROITS FONDAMENTAUX**

*Droits fondamentaux de la famille, droits fondamentaux dans la famille*, par Anne LEBORGNE et Joseph PINI, Professeurs à l'Université Paul Cézanne Aix -Marseille III

*La nouvelle famille*, par Tania GROPPPI, Professeur à l'Université de Sienne

*La famille devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, par Lech GARLICKI, Ancien Juge au Tribunal constitutionnel polonais, Juge à la CEDH

\*

**XX<sup>e</sup> – 10-11 septembre 2008**

### **URGENCE, EXCEPTION ET CONSTITUTION**

*Méthodologie et mécanismes institutionnels des états d'urgence et d'exception*, par Rainer ARNOLD, Professeur à l'Université de Regensburg

*États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise*, par Nicolas BONBLED et Céline ROMAINVILLE, Assistants du FNRS, département Droit public, Faculté de droit UCL, Louvain

*Évolution récente du droit des états d'exception : l'exemple du « US Patriot Act »*, par Wanda MASTOR, Professeur à l'Université de Limoges

*L'urgence constitutionnelle dans tous ses états* (discussion autour d'un cas pratique entre les participants au cours et les intervenants).

\*

**XXI<sup>e</sup> – 2-3 septembre 2009**

### **JUGE CONSTITUTIONNEL ET DROIT PENAL**

*Le Conseil constitutionnel, acteur de politique criminelle ?*, par Jean-François SEUVIC, Professeur à l'Université Nancy 2

*Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : la désillusion ?*, par Anne-Marie BOISVERT, Professeure à l'Université de Montréal

*Le traitement constitutionnel de la responsabilité pénale des ministres et des parlementaires*, par Marc VERDUSSEN, Professeur à l'Université catholique de Louvain

*Le juge constitutionnel et la sanction pénale* (discussion animée par Thierry Renoux, Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, autour d'un cas pratique entre les participants au cours et les intervenants).

\*

**XXII<sup>e</sup> – 8-9 septembre 2010**

**HIERARCHIE(S) ET DROITS FONDAMENTAUX**

*Typologies et hiérarchie(s) des droits de l'Homme*, par Ludovic HENNEBEL, Chercheur qualifié au FNRS, Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles

*Les droits intangibles*, par Constance GREWE, Professeur à l'Université Robert Schuman, Strasbourg

*Identités constitutionnelles et hiérarchies*, par Anne LEVADE, Professeur à l'Université Paris Est – Créteil Val de Marne

*Hiérarchie(s) et conflits de droits fondamentaux* (discussion animée entre les participants au cours et les intervenants).

\*

**XXIII<sup>e</sup> – 7-8 septembre 2011**

**LES EFFETS DES DECISIONS DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES**

*La modulation des effets dans le temps des juridictions constitutionnelles* par Xavier MAGNON, Professeur à l'Université Toulouse 1 - Capitole

*La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée* par Anne RASSON, Référendaire à la Cour constitutionnelle de Belgique

*La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués* par Paolo PASSAGLIA, Professeur à l'Université de Pise

*Les effets réciproques des décisions des juridictions régionales et des juridictions constitutionnelles nationales*, Table ronde animée par Patrick GAIA, Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, avec la participation de Laurence BURGORGUE-LARSEN, Professeur à l'Université Paris I et Ludovic HENNEBEL, Chercheur au FNRS, Centre Perelman de philosophie du droit, Université Libre de Bruxelles

\*

**XXIV<sup>e</sup> – 12-13 septembre 2012**

**CONSTITUTIONS ET MECANISMES D'INTEGRATION REGIONALE**  
**Interaction et régulation des rapports entre le droit constitutionnel et le droit européen**  
**par les Cours constitutionnelles et les Cours européennes**

*Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne*, par Patrick GAÏA, Professeur à Aix-Marseille Université

*L'adhésion de l'Union européenne à la Cour européenne des droits de l'Homme*, par Anne LEVADE, Professeur à l'Université Paris Est – Créteil Val de Marne

*La Cour constitutionnelle allemande et l'intégration européenne*, par Mattias WENDEL, Professeur à l'Université Humboldt de Berlin

*Les Cours constitutionnelles, frein ou moteur de l'intégration européenne ?* Table ronde animée par Patrick GAÏA, Professeur à Aix-Marseille Université

\*

**XXV<sup>e</sup> – 4 au 5 septembre 2013**

**LES DROITS CULTURELS**

*Le droit à la création culturelle*, par Mouna KRAÏEM DRIDI, Maître assistante à l'Université de Tunis II

*Existe-t-il un droit à la recherche de la vérité historique ?* Table ronde animée par Laurence GAY, Professeur à Aix-Marseille Université

*Le droit à l'identité culturelle*, par Valéria PIERGIGLI, Professeur à l'Université de Sienna

*Le droit à l'accès à la culture*, par Céline ROMAINVILLE, Chargée de recherche au FNRS

\*

**XXVI<sup>e</sup> – 3-4 septembre 2014**

### **CONSTITUTIONS ET TRANSITIONS**

*Les processus constitutants transitionnels : essai de typologie et analyse critique*, Frédéric MÉGRET, Professeur à l'Université Mac Gill, Québec

*Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transition ?* Fabrice HOURQUEBIE, Professeur à l'Université de Bordeaux

*Le contrôle des processus constitutants et du contenu des constitutions : faut-il un gardien des processus constitutants ?* Jean-Pierre MASSIAS, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

*Les constitutions de transition entre universalisme et particularisme : rôle et limites de l'ingénierie constitutionnelle comparée et internationale*, sous la responsabilité de Xavier PHILIPPE, Professeur à Aix-Marseille Université, Directeur de l'ILF GERJC CNRS UM7318

\*

**XXVII<sup>e</sup> – 2-3 septembre 2015**

### **CONSTITUTION ET SECURITE INTERIEURE**

*Les pouvoirs du chef de l'État dans le recours aux opérations extérieures*, Christian BEHRENDT, Professeur à l'Université de Liège, Belgique

*Le rôle du Parlement dans le déroulement des opérations extérieures*, Patrick TAILLON, professeur à l'Université de Laval, Québec

*Le contrôle juridique et juridictionnel des opérations extérieures : un contrôle impossible*, Haykel BEN MAHFOUDH, Professeur, Directeur du centre de droit international et européen, Université de Carthage, Tunisie

*Opérations de sécurité extérieure et protection des droits fondamentaux : la Constitution peut-elle justifier la participation ou la non participation à une opération extérieure ?* sous la responsabilité de Xavier PHILIPPE, Professeur à Aix-Marseille Université, Directeur de l'ILF GERJC CNRS UM7318

\*

**XXVIII<sup>e</sup> – 7-8 septembre 2016**

### **REFERENDUMS ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE**

Présenté par Massimo LUCIANI, Professeur à l'Université de la Sapienza, Rome ; Patrick TAILLON, Professeur à l'Université de Laval, Québec et Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, Directrice de recherches au CNRS, Aix-en Provence

Introduction : Typologie des référendums

Référendums et contraintes constitutionnelles et internationales



La recevabilité des référendums

La clarté de l'expression référendaire

Table-ronde : Référendums, juridictions constitutionnelles et situation de crise (politique, économique, identitaire...)

\*

Première université d'été du 4 au 7 septembre 2017

## **LE JUGE CONSTITUTIONNEL FACE AUX TRANSFORMATIONS DE LA DÉMOCRATIE**

La démocratie dans tous ses états. Regards croisés

Odina BENOIST, Gil CHARBONNIER, Pierre GARELLO, Olivier THOLOZAN, Hélène THOMAS, Joëlle ZASK, *Aix-Marseille Université*

Quelles nouvelles formes de la démocratie ?

Pierre ROSANVALLON, *EHESS et Collège de France* — Discutant : Dominique ROUSSEAU, *Université Paris 1 Sorbonne*

Démocratie globale et justice constitutionnelle

Mikhail XIFARAS, *Science Po Paris* — Discutant : Xavier MAGNON, *Aix-Marseille Université*

Justice constitutionnelle et contre-démocratie

Idris FASSASSI, *Université Paris II Panthéon Assas* — Discutant : Guy SCOFFONI, *Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence*

Justice constitutionnelle et démocratie hors de l'État

Miguel POIARES MADURO, *Institut Universitaire Européen de Florence* — Discutant : Denys SIMON, *Université Paris 1 Sorbonne*

\*

Université d'été du 3 au 6 septembre 2018

## **DÉMOCRATIE ET POPULISME**

Peuple, populisme et démocratie – regards croisés

Philippe ALDRIN, Odina BENOIST, Julien BROCH, Pierre GARELLO, Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, Hélène THOMAS - *Aix-Marseille Université*

Avec la participation de Manuel CERVERA-MARZAL, *Sociologue, UMR 7318 DICE, LabexMed*

Définir le populisme

Alain DIECKHOFF, *Directeur de recherches au CNRS, Directeur du CERJ, Sciences-Po Paris* – Discutant : Manuel CERVERA-MARZAL, *Sociologue, UMR7318 DICE, LabexMed*

Populisme et vote populaire

Laurence MOREL, *Maître de conférences à l'Université Lille 2* – Discutant : Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, *Directrice de recherches au CNRS, Directrice de l'UMR 7318 DICE*

Populisme et justice constitutionnelle

Carlos MIGUEL HERRERA, *Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise* – Discutant : Ariane VIDAL-NAQUET, *Professeur à Aix-Marseille Université*

Ce que le populisme dit de nos démocraties

Olivier IHL, *Professeur de sociologie historique et directeur honoraire de l'Institut d'études politiques de Grenoble* – Discutant : Damien CONNIL, *Chargé de recherches au CNRS, IE2IA, UMR 7318 DICE*

\*

3<sup>e</sup> université d'été du 9 au 12 juillet 2019

## **LA JUSTICE PRÉDICTIONNELLE**

#### L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

Thierry ARTIÈRES, Professeur d'Informatique à l'École Centrale Marseille

Alexis NASR, Professeur d'Informatique à Aix-Marseille Université

Jean-Jacques SCHNEIDER, Docteur en Informatique, Responsable du développement chez « La Provence Innovation »

Frédéric BÉCHET, Professeur d'Informatique, Directeur adjoint du LIS UMR 7020 CNRS, Aix-Marseille Université

#### LA JUSTICE PRÉDICTIONNELLE VUE PAR LE JUGE JUDICIAIRE

Eloi BUAT-MÉNARD, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

Olivier LEURENT, Directeur de l'École Nationale de la Magistrature

Mohamed MAHOUCHE, Magistrat, Coordonnateur régional de formation de l'École Nationale de la Magistrature

#### LA JUSTICE PRÉDICTIONNELLE VUE DU DROIT EUROPÉEN

Clémentina BARBARO, Juriste auprès de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice

Jean-Philippe WALTER, Commissaire à la protection des données du Conseil de l'Europe

#### LA JUSTICE PRÉDICTIONNELLE VUE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Marc CLÉMENT, Magistrat au Tribunal administratif de Lyon

Timothée PARIS, Membre du Conseil d'État

#### LA JUSTICE PRÉDICTIONNELLE : DU CONCEPT À SA VALORISATION ÉCONOMIQUE

Nicolas BUSTAMANTE, CEO de la startup « Doctrine »

Raphaël DÉCHAUX, Maître de conférences de droit public, ILF-GERJC UMR 7318 CNRS, Aix-Marseille Université

Frédéric LAURIE, Maître de conférences, Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et Mutations Sociales (LID2MS), Aix-Marseille Université

\*

4<sup>e</sup> université d'automne du 21 au 23 octobre 2020

### **L'OPINION PUBLIQUE AUJOURD'HUI REGARDS PLURIDISCIPLINAIRES**

#### LA RECHERCHE DE SENS : QU'EST-CE QUE L'« OPINION PUBLIQUE » AUJOURD'HUI ?

Régis PONSARD, *Université de Reims*

Julien BROCH, *Aix-Marseille Université*

Helène THOMAS, *Aix-Marseille Université*

Odina BENOIST, *Aix-Marseille Université*

Philippe ALDRIN, *Sciences Po Aix*

Magali NONJON, *Sciences Po Aix*

#### LES SCIENCES SOCIALES DE L'OPINION PUBLIQUE AUJOURD'HUI

Philippe ALDRIN, *Professeur, Sciences Po Aix*

#### L'OPINION PUBLIQUE SAISIE PAR LE DROIT

Romain RAMBAUD, *Professeur à l'Université de Grenoble*

#### PEUT-ON DISSOUDRE L'OPINION PUBLIQUE DANS LA DÉMOCRATIE DÉLIBÉRATIVE ?

Loïc BLONDIAUX, *Professeur de Science politique à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

#### MIEUX SAISIR L'OPINION PUBLIQUE PAR LES SONDAGES

Jérôme FOURQUET, *Directeur du département Opinion et stratégies d'entreprise de l'IFOP*

#### QUELLE(S) OPINION(S) PUBLIQUE(S) À L'HEURE DES RÉSEAUX SOCIAUX ?

Thierry VEDEL, *Chargé de recherches CNRS au CEVIPOF*

LE GOUVERNEMENT FACE L'OPINION DANS LES PÉRIODES DE CRISE  
Jérémy NOLLET, *Maître de conférences à Sciences Po Toulouse*

LA CRISE DU LIEN DÉMOCRATIQUE : ENTENDRE LES OPINIONS DU PUBLIC APRÈS NUIT  
DEBOUT ET LES GILETS JAUNES  
Albert OGIEN, *Directeur de recherche au CNRS, EHESS*

MENACES SUR LA DÉMOCRATIE : LIBERTÉS ET OPINIONS PUBLIQUES À L'ÉPREUVE DE L'ÉTAT  
D'URGENCE SANITAIRE  
Nicolas ROUSSELIER, *Maître de conférences à Sciences Po Paris*

\*

5<sup>e</sup> université d'automne du 6 au 8 octobre 2021

## LES MUTATIONS CONTEMPORAINES DU DROIT DE L'ANIMAL

### LE DROIT DE L'ANIMAL COMME CHAMP DISCIPLINAIRE

Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Agrégé de droit privé, Directeur de la RSDA*

Claire VIAL, *Professeure de droit public à l'Université de Montpellier*

Ève TRUILHÉ, *Directrice de recherches CNRS, Directrice du CERIC, Aix-Marseille Université*

Xavier PERROT, *Professeur d'histoire du droit à l'Université de Limoges*

Cédric SUEUR, *Maître de conférences en éthologie à l'Université de Strasbourg, membre de l'IUF*

Xavier MAGNON, *Professeur de droit public à Aix-Marseille Université, Directeur de l'ILF*

### LES MOTS DU DROIT DE L'ANIMAL

#### Présentation générale et mise en perspective

Sonia DESMOULIN-CANSELIER, *Chargée de recherche CNRS, Université de Nantes*

#### Le concept de bien-être animal

Mélina OGUEY, *Doctorante contractuelle à l'Université de Grenoble*

#### Dualité de définitions de la sensibilité animale en droit français

Émeline BERTHOME DORÉ, *Doctorante à l'Université de Nantes*

### LA FABRIQUE DU DROIT DE L'ANIMAL (PARTIS POLITIQUES, LOBBYS, ONG)

#### Les organisations militantes de la cause animale

Fabien CARRIÉ, *Maître de conférences en sciences politiques à l'Université Paris-Est Créteil*

#### L'animalisme comme idéologie politique. L'entrée en scène des partis animalistes en Europe

Samantha SIMON, *Doctorante en sciences politiques à l'Université de Lorraine*

#### Brève histoire sur le rôle et l'influence de la société civile dans l'édiction de normes protectrices de l'animal

Jérôme MELET, *Doctorant en Histoire du droit et des institutions - UBFC*

### LES INITIATIVES CITOYENNES EN DROIT DE L'ANIMAL

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, *Directrice de recherches CNRS, Directrice de l'UMR DICE, Aix-Marseille Université*

#### Vers une incrimination croissante des actions de soutien à la cause animale ?

Eugénie DUVAL, *Docteure en droit public, Chercheuse associée à l'Animal Welfare Program (Université de Colombie-Britannique, Canada)*

### DROIT DE L'ANIMAL, DROITS FONDAMENTAUX, DROIT CONSTITUTIONNEL

#### L'animal, objet du droit constitutionnel et sujet de droits fondamentaux ?

Olivier LE BOT, *Professeur de droit public à Aix-Marseille Université*

#### L'animal saisi par le référé-liberté. Recherche sur la protection de « l'animal en soi »

Nicolas GALLIFFET, *Docteur en droit public, ATER à Aix-Marseille Université*

#### Une autorité administrative indépendante pour garantir les droits des animaux ?

Pauline MALLÉJAC, *Doctorante contractuelle à Aix-Marseille Université*

**LA REPRÉSENTATION DES ANIMAUX DEVANT LES JURIDICTIONS ET L'ACTION AU NOM ET POUR LE COMPTE D'UN ANIMAL**

**La représentation des animaux en justice**

Laure MILANO, *Professeure de droit public à l'Université de Montpellier*

**L'animal appréhendé par les voies d'exécution**

Christine BERNARD, *Doctorante à l'Université de Grenoble, Huissier de justice (en exercice sur Privas - Ardèche)*

**L'ADAPTATION DES JURIDICTIONS (CHAÎNE PÉNALE, SPÉCIALISATION DES AVOCATS, FORMATIONS DES JUGES)**

**L'adaptation des juridictions**

François-Xavier ROUX DEMARE, *Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Brest*

**Le rôle des associations locales dans l'effectivité de la protection juridique de l'animal.**

Cécilia DARNAULT, *Docteure en droit privé et élève-avocate*

\*

6<sup>e</sup> université d'automne du 19 au 21 octobre 2022

**LES DROITS DE LA NATURE.  
PROTÉGER LE SYSTÈME-TERRE DANS ET PAR LA CONSTITUTION**

## **RAPPORTS PROVISOIRES**



## Rapport allemand

Rainer Arnold

### A. La Loi fondamentale allemande (LF) et l'histoire

#### I. La Loi fondamentale comme Constitution de transformation

*La rupture avec l'histoire immédiate antérieure - Influences partielles des conceptions constitutionnelles antérieures (Weimar 1919 - Reichsverfassung 1871 – Projet de Constitution de l'Église Saint-Paul 1849 - des racines plus lointaines) - Développements et innovations conceptuels et institutionnels*

1. La Constitution allemande, la Loi fondamentale, est une Constitution de transformation qui rompt avec la période historique sombre de la dictature et du mépris de l'homme par le régime nazi et qui cherche à éviter, dans sa propre construction, les faiblesses de la Constitution précédente, la Constitution de Weimar de 1919<sup>1</sup>, qui, outre la situation politique et économique générale très difficile, a contribué par son instabilité et son déséquilibre institutionnel à l'éclatement de la jeune démocratie et à l'émergence de la dictature. La Loi fondamentale de 1949 rompt avec le passé immédiat, elle est une réaction à cette période de l'histoire, mais elle se situe dans l'histoire et s'y inscrit.

Le caractère transformateur de la Loi fondamentale apparaît clairement dans son système de valeurs, qui place la dignité humaine au sommet et fait des droits fondamentaux des droits directement applicables, liant l'ensemble des pouvoirs publics, qui ne peuvent être limités que si la Constitution l'autorise (ou procède elle-même à la limitation), que le principe de proportionnalité est respecté et que l'essence est garantie. Le caractère de programme des droits fondamentaux,

---

<sup>1</sup> L'existence normative de la Constitution de Weimar a pris fin avec l'arrivée au pouvoir des nationaux-socialistes en 1933. Pendant la dictature de 1933 à 1945, il n'existait aucun instrument que l'on puisse qualifier de Constitution au sens propre du terme. Il s'agissait d'une période sans Constitution, sans État de droit ni droits fondamentaux, fondée sur l'arbitraire et les "ordres du Führer". V. R. Grawert in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, vol. I, 3e éd., 2003, § 6 Die nationalsozialistische Herrschaft (Le régime national-socialiste).

comme à l'époque de Weimar<sup>2</sup>, est évité, afin que les droits fondamentaux puissent avoir un effet direct et être invoqués devant les tribunaux. De même, les dérogations ponctuelles à la Constitution (c'est-à-dire les dérogations à la Constitution par une loi fondée sur une majorité qualifiée) ne sont pas admises. La procédure de révision constitutionnelle de l'art. 79 LF doit être respectée et le texte de la Constitution doit obligatoirement être modifié. Cela signifie qu'il n'existe que des modifications constitutionnelles d'application générale. En outre, la clause « d'éternité » (« d'intangibilité ») de l'art. 79 al. 3 LF constitue également une limite pour la modification de la Constitution en tant que telle.

Dans le domaine institutionnel également, des modifications importantes ont été apportées afin d'assurer la stabilité de la Loi fondamentale par rapport à la Constitution de Weimar : le chef de l'État, le président fédéral, a été conçu comme un personnage apolitique, contrairement au président du Reich de Weimar, et la concentration du pouvoir politique s'est faite au profit du chancelier, qui dépend de la majorité absolue du Parlement. La dissolution du Parlement est rendue quasiment impossible (et n'est réalisable par le président fédéral qu'en cas de nette instabilité politique, notamment en raison de la perte d'une question de confiance). Le droit d'ordonnance d'urgence du président de la République n'est pas inscrit dans la Loi fondamentale. Dans le droit électoral, la clause des cinq pour cent protège contre l'entrée des partis fragmentaires (souvent extrémistes) au Parlement et l'instabilité qui en résulterait pour un gouvernement. Ce verrou, fixé par une loi simple, a été confirmé par la Cour constitutionnelle.

On peut donc constater que le modèle du prédécesseur historique de la Loi fondamentale n'a en grande partie pas été repris pour la nouvelle Constitution. Néanmoins, il faut aussi constater que la Constitution de Weimar a été une étape sur le chemin historique menant à la Loi fondamentale, qu'elle a préparée à bien des égards, mais que les dangers et les déficits liés à l'éclatement de la démocratie et à l'avènement de la dictature devaient être évités avec la Loi fondamentale. Le modèle historique a donc montré la voie, mais a également mis en évidence ce qui devait être changé.

---

<sup>2</sup> Une partie des droits fondamentaux de l'époque de Weimar n'avaient pas le caractère d'un programme, mais étaient des droits clairement fixés sur le plan normatif, mais tous n'étaient finalement qu'un "programme" dans la mesure où ils étaient dépourvus de garantie fonctionnelle (contrairement à la loi fondamentale actuelle) et pouvaient être restreints sans limite par une loi adoptée à la majorité qualifiée du Parlement (le Reichstag). V. W. Frotscher/B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 17e éd., 2018, p.271-272.



2. Il est indéniable que des processus historiques essentiels au Moyen-Âge et au début des temps modernes ont contribué à l'élaboration des structures de la Constitution actuelle : on pense, dans le domaine des idées, au projet de la Constitution de l'Église Saint-Paul de 1849, idéaliste pour l'époque, avec les droits fondamentaux (inspirés par la Révolution française et par la médiation de la Constitution belge) et la forme précoce d'un recours constitutionnel individuel, à l'activité de la Cour de la Chambre impériale (« *Reichskammergericht* », à partir de 1495) et du Conseil de la Cour impériale (« *Reichshofrat* », à partir de 1497), précurseurs précoces d'une juridiction étatique et constitutionnelle ou au morcellement territorial existant depuis des siècles, éléments précoces de l'idée ultérieure de fédéralisme en droit constitutionnel.

La forte juridiction constitutionnelle qui caractérise aujourd'hui le système constitutionnel allemand est, du moins en partie, la conséquence d'un effet historique à long terme de l'idée de l'émancipation de l'individu par les droits fondamentaux et de la nécessité de les faire valoir personnellement, telle qu'elle a trouvé une puissante impulsion idéale dans le projet de la Constitution de l'Église Saint-Paul mentionnée plus haut. Si cette Constitution historique a échoué et n'est pas entrée en vigueur politiquement, elle n'en est pas moins restée un modèle puissant en tant que projet. Cette idée s'est poursuivie plus tard, en 1925, par le recours au contrôle des normes par le tribunal impérial (« *Reichsgericht* »)<sup>3</sup> et, renforcée par la conviction historique de devoir garantir les droits de l'homme par voie judiciaire, voire constitutionnelle, contre une future dictature, elle a été étendue et transposée dans la réalité politique.

## II. La genèse immédiate de la LF

La Loi fondamentale est également très marquée par le projet de *Herrenchiemsee*, qui a été influencé par la pensée juridique bavaroise, notamment par *Hans Nawiasky* et, en liaison avec lui, par *Wilhelm Hoegner*, le père de la Constitution bavaroise. C'est pourquoi il est également lié à la Constitution bavaroise, entrée en vigueur dès décembre 1946 suite à un référendum, dont la structure s'inspirait davantage de la Constitution de Weimar que la Loi fondamentale. Le projet de *Herrenchiemsee*, dont le principe

---

<sup>3</sup> Décisions du *Reichsgericht*, dans: Recueil affaires civiles (RGZ) vol. 111, 320 et suiv.

directeur, exprimé à l'article 1, place l'homme au centre du droit et en particulier du droit constitutionnel ("l'État est là pour l'homme, et non l'homme pour l'État"), a sans doute largement contribué à déterminer l'orientation marquée de la Loi fondamentale sur les valeurs. Les convictions et les valeurs de personnalités ayant émigré d'Allemagne pendant la dictature ont été intégrées dans ce projet. *Hans Nawiasky*, professeur de droit public à Munich, qui avait travaillé à Saint-Gall/Suisse pendant son émigration et dont les idées directrices pour une nouvelle Constitution allemande ont été présentées à la Convention de *Herrenchiemsee*, a exercé une influence considérable sur la conception des droits fondamentaux dans le projet de *Herrenchiemsee* et par le biais de ce projet sur la Loi fondamentale. Les idées de *Nawiasky* sur le droit supra-positif ont également conduit à accorder la priorité à l'homme et non à l'État. Le lien avec la dignité humaine en tant que valeur suprême, telle qu'elle est garantie par l'article 1 de la Loi fondamentale, est évident.

D'un point de vue historique<sup>4</sup>, il convient de noter que le ministre-président bavarois *Hans Ehard* avait convoqué la Convention sur l'île du lac Chiemsee, dans le sud de la Bavière, pour préparer (en rédigeant un rapport général concerté) les délibérations du Conseil parlementaire qui devait élaborer le texte définitif de la Loi fondamentale.<sup>5</sup>

L'influence directe du projet de *Herrenchiemsee* sur la conception de la Loi fondamentale par le Conseil parlementaire est très significative ; ce projet est à son tour largement influencé par les idées de *Hans Nawiasky* et, en partie, par le modèle de la Constitution bavaroise, qui, à son tour, montre un certain (mais pas très prononcé) emprunt structurel à la Constitution de Weimar, mais qui a également été influencé par la Constitution bavaroise précédente de 1918 dans certaines parties<sup>6</sup> (par exemple son §93 sur le recours constitutionnel à la Cour d'État, qui avait déjà été créée en Bavière en 1850<sup>7</sup>. Les compétences de la Cour d'État de Bavière ont été complétées en 1925<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Verfassungskonvent\\_auf\\_Herrenchiemsee#cite\\_ref-2](https://de.wikipedia.org/wiki/Verfassungskonvent_auf_Herrenchiemsee#cite_ref-2). Dazu vor allem Angela Bauer-Kirsch: *Herrenchiemsee. Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates*. 2005.

<sup>5</sup> *Ibidem* (note 1).

<sup>6</sup> <http://www.verfassungen.de/by/verf19-i.htm>

<sup>7</sup> Gesetzblatt für das Königreich Bayern 1850, p. 133 et suiv., <https://www.bavarikon.de/object/GDA-OBJ-00000BAV80000819?lang=de>

<sup>8</sup> voir le §70 de la Constitution de Bavière dans la version de 1925 ainsi que la loi sur la Cour d'État de 1920 dans la version de 1925

Outre l'influence directe du projet de *Herrenchiemsee* sur la Loi fondamentale, l'évolution constitutionnelle globale de l'Allemagne, c'est-à-dire le développement du constitutionnalisme au niveau central et décentralisé, au niveau des Länder, a également eu un impact sur la pensée juridique et a permis, après la fin du système monarchique, de prendre davantage conscience des idées de l'Église de Paul. La réalisation du système démocratique (le droit de vote des femmes a été introduit en 1918 dans la république de Weimar) a contribué à la percée, après la fin de la dictature du national-socialisme qui niait le droit et l'homme, vers le système libéral-démocratique anthropocentrique actuel d'un ordre de valeurs constitutionnel centré sur l'homme.

### III. Cas particulier de la réception de certaines dispositions de la Constitution de Weimar dans la LF

A cela s'ajoute encore un cas particulier, à savoir la réception directe du droit constitutionnel antérieur, comme cela a été fait à l'article 140 de la Loi fondamentale. Cette disposition reprend les articles 136 - 139 et 141 de la Constitution de Weimar de 1919, qui n'existe plus en tant que telle sur le plan normatif. Il s'agit de l'incorporation de ce que l'on appelle les articles sur l'église de la Constitution de Weimar, qui sont devenus une partie de la Loi fondamentale.

L'histoire est ainsi directement transformée en droit constitutionnel actuel. La raison en est que le Conseil parlementaire chargé de préparer la Loi fondamentale n'est pas parvenu à s'entendre sur une nouvelle réglementation des relations entre l'Église et l'État, de sorte que l'on a choisi la solution historique directe en intégrant simplement une partie de la Constitution précédente dans la Loi fondamentale.<sup>9</sup>

Les dispositions de la Constitution de Weimar à ce sujet concernaient l'exercice des droits et des devoirs indépendamment de la religion (art. 136 WRV),

---

<sup>9</sup> Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Neuausgabe des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart Band 1, hrsg. und eingeleitet von P. Häberle (Histoire de la création des articles de la Loi fondamentale. Nouvelle édition de l'Annuaire de droit public contemporain Volume 1, éditée et introduite par P. Häberle), 2010, p. 899 – 907. V. aussi S. Schmahl, in: H. Sodan, Grundgesetz, 4e éd., 2018, Art. 140 nm (=note marginale) 1.

l'interdiction d'une Église d'État, c'est-à-dire la séparation de l'État et de l'Église, et la possibilité d'accorder le statut de collectivités de droit public aux sociétés religieuses avec le pouvoir de prélever un impôt ecclésiastique (art. 137 WRV), les prestations de l'État aux sociétés religieuses (art. 138 WRV), le repos du dimanche et des jours fériés légaux (art. 139 WRV) et les prescriptions relatives aux actes religieux dans les établissements publics (Art. 141 WRV), etc.<sup>10</sup>

Par l'insertion des articles de la Constitution de Weimar, donc d'un ensemble de normes historiques, dans la Constitution actuelle, cet ensemble de normes devient une partie équivalente de la Constitution globale et participe à son unité fonctionnelle. Mais cela signifie également que ces normes historiques ne doivent pas être interprétées à la lumière de la Constitution de Weimar, mais à la lumière de la Loi fondamentale actuelle. Il faut donc procéder à une adaptation qui découle nécessairement de l'actualisation des normes historiques. Cela ouvre également la voie à l'influence des développements ultérieurs de la Loi fondamentale actuelle, en particulier à l'influence du droit prioritaire de l'UE<sup>11</sup>, reconnue par la Constitution.

L'ensemble des normes historiques est donc pleinement transposé dans le présent ; il est donc historique du point de vue du contenu, mais se rapporte au présent du point de vue de la fonction et est pleinement intégré dans le processus de vie de la Constitution.

#### IV. Interprétation historique du droit constitutionnel ?

Cette question peut être comprise de deux manières : D'une part, comme la question de savoir si l'histoire de la création de la norme est déterminante pour l'interprétation (primaire, égalitaire ou subsidiaire ?). D'autre part, cela peut être

---

<sup>10</sup> V. St. Koriath, Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften, dans: D.Merten/H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Manuel des droits fondamentaux en Allemagne et en Europe), vol. IV, 2011, § 97 (= pp.617 – 661 ainsi que St. Muckel, Schutz von Religion und Weltanschauung, dans: D. Merten/ H.-J. Papier, ibidem, §96 (=pp.541 – 615).

<sup>11</sup> V. l'art 17 TFUE:“ 1. L'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres.2. L'Union respecte également le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles.3. Reconnaisant leur identité et leur contribution spécifique, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec ces églises et organisations.” À cet égard J. Finke, dans : Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2e éd., 2020, § 33, notes marg. 10 – 12 (= p. 716-718).

compris comme la question de savoir si un certain concept dans la Constitution (par exemple le mariage, la famille, etc.) doit être compris dans un sens traditionnel. Cela signifie également deux choses : la manière dont ce terme devait être compris dans le langage courant et juridique au moment de l'élaboration de la Loi fondamentale, ou la manière dont il a été introduit dans la Constitution (par exemple dans le but de le consolider dans ce sens traditionnel) en référence à une tradition bien établie qui remonte à plus longtemps, parfois même à une période déjà assez longue, avant le moment de l'élaboration de la Constitution.

### La position de la Cour constitutionnelle fédérale (CCF)

La méthode d'interprétation dite historique fait partie des méthodes classiques, mais elle est généralement considérée comme étant de rang subsidiaire. La CCF recourt parfois à l'historique de la norme constitutionnelle, sans toutefois le faire régulièrement.

La raison essentielle est que l'interprétation d'une norme, et en particulier d'une norme constitutionnelle, cherche à déterminer *la volonté objective* de la loi, respectivement de la constitution, telle qu'elle se manifeste au moment de l'interprétation. L'histoire de l'élaboration d'une norme, c'est-à-dire la rétrospective historique, donne des informations sur la volonté subjective des créateurs de la loi ou de la Constitution. Selon l'opinion générale, la volonté de la loi est *objectivée*, c'est-à-dire détachée de la volonté des créateurs. La loi serait "plus intelligente" que les auteurs de la loi.

Ainsi, la CCF exprime en principe la restriction suivante : "Toutefois, l'histoire de la loi ne peut pas, en règle générale, revêtir une importance déterminante pour l'interprétation des différentes dispositions de la loi fondamentale".<sup>12</sup>

De plus, dans une décision du 19 février 1959 concernant l'extinction de tous les rapports de fonctionnaires issus du régime nazi, le CCF déclare : "On ne peut pas échapper à ces conséquences juridiques pour le rapport statutaire des fonctionnaires en postulant un principe de continuité surpositif ou nécessairement immanent à toute interprétation juridique". C'est donc à juste titre que la CCF nie l'existence d'un principe de "continuité"

---

<sup>12</sup> Vol. 6, 389, 431. Réitéré dans d'autres décisions: CCF vol.41, 291,309; vol. 45, 187, 227; vol. 62, 1, 45 (dans cette décision de manière détaillée et différenciée); vol. 111, 54, 91.

constitutionnelle/juridique. Elle exprime ainsi qu'avec la nouvelle Constitution, la Loi fondamentale, basée sur de nouvelles conceptions, une rupture s'est produite dans le développement historique.

" On ne peut pas échapper à ces conséquences juridiques pour le statut des fonctionnaires [*qui étaient en fonction avant la rédaction de la Loi fondamentale ; note de l'auteur*] en postulant un principe de continuité surpositif ou nécessairement immanent à toute interprétation juridique. Mais même si l'on part de ce postulat, on ne peut en tout cas pas en déduire une présomption pour le maintien d'institutions juridiques ayant un contenu spécifiquement constitutionnel [*appartenant au régime existant avant la Loi fondamentale ; note de l'auteur*] si la nouvelle Constitution - comme la Loi fondamentale - part d'une conception fondamentalement différente du droit et des valeurs et principes politiques qui soutiennent la constitution". <sup>13</sup>

Dans une autre décision importante de la CCF du 12 juillet 1994 sur les interventions armées de la *Bundeswehr* <sup>14</sup>, la Cour recourt intensivement, comme cela n'arrive que rarement, à l'histoire de l'institution des forces armées. Elle le fait parce que la conclusion, à savoir l'accord, en principe, préalable du Parlement pour une intervention armée, ne découle pas du texte de la Loi fondamentale, mais n'est que le résultat de la tradition et peut être considérée en tant que telle comme une exigence constitutionnelle immanente au droit allemand de la défense.

La CCF formule ainsi :

"Pour l'engagement militaire des forces armées, il faut tirer de la Loi fondamentale le principe d'une réserve parlementaire constitutive... Une telle réserve parlementaire correspond depuis 1918 à la tradition constitutionnelle allemande...". <sup>15</sup>

Dans cette décision, le CCF conclut ainsi :

"... Le choix d'un contrôle parlementaire étendu des forces armées qui s'exprime ainsi dans les dispositions de la Loi fondamentale, sur fond de tradition constitutionnelle allemande depuis 1918, fait apparaître un principe sous-jacent

---

<sup>13</sup> Vol. 6, 132,170.

<sup>14</sup> Vol. 90, 286, *Leitsatz* 3 a) : "La Loi fondamentale oblige le gouvernement fédéral à obtenir l'accord constitutif - en principe préalable - du Bundestag allemand pour l'engagement de forces armées".

<sup>15</sup> Vol. 90, 383.

à la Constitution sur la défense, selon lequel l'engagement de forces armées est soumis à l'approbation constitutive, en principe préalable, du Bundestag".<sup>16</sup>

Les éléments d'argumentation suivants sont donc mis en œuvre dans cette décision :

- (1) le contexte historique en tant que "tradition constitutionnelle allemande" (l'époque du national-socialisme est bien entendu exclue de la réflexion) remontant à l'époque de la Constitution de l'Empire de 1871<sup>17</sup>, à son article 11, alinéa 1, phrase 2, et à l'article 45, alinéa 2 de la Constitution de Weimar de 1919.
- (2) la genèse de l'article 59a de la Loi fondamentale (inséré dans la Loi fondamentale le 19 mars 1956 : déclaration de l'état de défense)<sup>18</sup>, qui a été abrogé dans le cadre de la législation sur l'état d'urgence le 24 juin 1968 et transféré à l'article 115a de la Loi fondamentale ;
- (3) les autres dispositions de la Loi fondamentale actuelle qui ont un rapport avec les forces armées et qui donnent une indication sur le sujet traité dans la décision.

En conclusion, on peut donc constater que la CCF procède à des explications argumentatives plus détaillées sur l'histoire de la Constitution ou sur l'histoire générale lorsque soit le texte de la Loi fondamentale lui-même ne permet pas d'obtenir des connaissances suffisantes, soit, surtout lorsqu'il s'agit d'une question importante et controversée dans la société, la référence à l'évolution historique et à la tradition qui en découle sert à renforcer le résultat obtenu à partir du texte normatif (qui n'est pas suffisamment convaincant en tant que tel).

### La perspective dogmatique

---

<sup>16</sup> Vol. 90, 387.

<sup>17</sup> Constitution qui a fondé l'Empire allemand qui, selon la jurisprudence de la CCF, existe encore aujourd'hui juridiquement en tant que sujet de droit, bien que sous le nom de République fédérale d'Allemagne et sous une autre forme territoriale. V. CCF vol. 31, 1, 15/16.

<sup>18</sup> Voir <http://www.verfassungen.de/gg/gg-a59a.htm>. Lors du débat, comme la CCF l'indique (vol. 90, 384), la Dr Schwarzhaupt a demandé un rattachement explicite à la Constitution de Weimar.

Cela se justifie également du point de vue de la dogmatique constitutionnelle : l'objectif normatif d'une Constitution est d'établir et de maintenir l'ordre juridique fondamental de l'État pour une durée indéterminée. De par sa nature, la constitution est dynamique et évolutive ; c'est un "instrument vivant". Il serait contraire à cette dynamique de projeter la volonté de la Constitution exclusivement sur le moment de son élaboration. L'ordre fondamental constitutionnel a pour mission de façonner la vie dans le sens des valeurs constitutionnelles. La facticité de la vie, qui est l'objet de réglementation de la Constitution, change. Sur une longue période, pendant l'existence de la Constitution, l'objectif de la réglementation et l'objet à régler peuvent s'éloigner trop de la relation initiale, s'il n'y a pas d'adaptation par l'interprétation ou la modification du texte constitutionnel.

Il faut donc retenir que la volonté historique du constituant ne peut être pertinente qu'à titre subsidiaire pour l'interprétation de la volonté constitutionnelle, soit pour la clarification et l'affirmation ultimes de cette volonté, soit lorsque les méthodes objectives d'interprétation n'ont pas permis d'aboutir à un résultat définitif.<sup>19</sup>

### L'exemple de la notion de mariage dans l'art. 6 LF

Dans ce contexte, il convient d'examiner de plus près la notion de mariage telle qu'elle est utilisée à l'article 6, à titre d'exemple et en tant que problème mettant en évidence les tensions entre tradition et politique.

Il ressort des débats au sein du Conseil parlementaire que la forme existante du mariage, telle qu'elle résultait également du droit civil, a certainement servi de base à l'article 6 LF. Il est compréhensible qu'il n'y ait pas eu de discussion sur ce point, car il n'était pas problématique à l'époque. Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle fédérale se base également sur le partenariat entre l'homme et la femme. Il ressort clairement de la jurisprudence que la protection du mariage et de la famille de l'article 6, paragraphe 1, de la Loi fondamentale se rattache "à la forme de vie existante"<sup>20</sup>, c'est-à-dire qu'elle se base sur la notion historiquement transmise. La Cour se réfère également à une décision de la CCF de 1971<sup>21</sup>, dans laquelle il est clairement expliqué que "(l)a mise en œuvre de la

---

<sup>19</sup> V. aussi Juge constitutionnel et interprétation des normes, Annuaire de Justice Constitutionnelle 2017, p. 79 – 526 (rapport allemand, R. Arnold, p.111 – 130).

<sup>20</sup> CCF vol. 105, 303, 345.

<sup>21</sup> CCF vol. 31, 58, 69.



décision de valeur de l'article 6, alinéa 1 LF ... nécessite une réglementation générale du droit de la famille qui définit et délimite juridiquement la communauté de vie entre un homme et une femme qui bénéficie de la protection de la Constitution en tant que mariage (cf. CCF vol. 28, 324, 361)". La Loi fondamentale ne définit pas le mariage, comme le dit expressément la Cour, mais confie cette tâche au législateur qui, dans le cadre de sa large marge de manœuvre, peut définir et aménager juridiquement le mariage. La Constitution contient donc une garantie d'institution, c'est-à-dire qu'elle garantit que l'institution du mariage existe dans l'ordre juridique et qu'elle doit être aménagée par le législateur. Mais sans définir le mariage, la Constitution fixe les principes de base qui découlent de la notion traditionnelle de mariage que la Loi fondamentale a "trouvée", selon l'expression de la jurisprudence, et qu'elle a donc reçue.

Le CCF a fait ces remarques sur l'image du mariage notamment dans la décision de 2002 sur la constitutionnalité du partenariat de vie.<sup>22</sup>

En 2017, l'article 1353 du BGB a été modifié comme suit : "Le mariage est conclu à vie par deux personnes de sexe différent ou de même sexe". Une large opinion dans la littérature estime que pour introduire légalement le mariage pour tous en modifiant la définition du mariage dans le Code civil, il aurait fallu procéder à une modification constitutionnelle formelle de l'article 6, paragraphe 1 LF.<sup>23</sup>

### La Constitution, un document soumis à l'évolution historique ? La figure controversée du changement constitutionnel (« *Verfassungswandel* »)

Cela conduit à la question très controversée de la reconnaissance de ce que l'on appelle le changement de Constitution<sup>24</sup>. Il s'agit du phénomène par lequel le sens d'une (ou de plusieurs) norme(s) constitutionnelle(s) change, mais dont le texte reste inchangé. Une partie de la littérature nie le droit à l'existence d'un tel phénomène, car il s'agirait d'un sous-cas de l'interprétation dynamique et évolutive de la Constitution et non d'un phénomène propre. Une autre partie de l'opinion admet son existence, mais n'est pas d'accord sur les conditions dans

---

<sup>22</sup>CCF vol. 105, 313 - 365

<sup>23</sup> Références chez H.Sodan, dans : H.Sodan (dir.), Grundgesetz, 4e éd., 2018, art. 6 nm 3.- Sur la notion de famille *ibidem* nm. 4.

<sup>24</sup> V. A. Voßkuhle, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, JuS 2019, 417; H.A.Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000, p. 79 et suiv., 87 et suiv.

lesquelles un tel changement constitutionnel se produit. Les points de vue sont ici très divergents. Par exemple, l'élargissement de la fonction des droits fondamentaux par la jurisprudence de la CCF (d'un droit de défense traditionnel à un ordre de valeurs objectif, puis à la base d'un devoir de protection de l'État concernant le bien protégé ancré dans le droit fondamental) est considéré comme un exemple significatif de changement constitutionnel. Ceci doit cependant être rejeté, car le droit fondamental présente dès le départ une structure fonctionnelle globale qui n'est "révélée" qu'au travers de l'interprétation constitutionnelle (éventuellement avec un décalage dans le temps).<sup>25</sup> En revanche, l'intégration progressive de l'ordre juridique allemand dans le système supranational de l'UE, avec ses multiples influences sur le droit constitutionnel interne, pourrait être considérée comme un changement constitutionnel.

Le lien avec notre thématique réside dans le fait que la reconnaissance d'un changement constitutionnel empêche un recours aux notions traditionnelles dans le cadre de l'interprétation de la Constitution, et est donc contraire à l'historicité de la Constitution.

Revenons brièvement à l'exemple cité du remplacement de la définition traditionnelle du mariage dans le BGB par le "mariage pour tous" : la garantie institutionnelle de l'art. 6, al. 1 LF n'aurait subi un changement constitutionnel vers une union de deux partenaires de n'importe quel sexe que si la simple fixation légale de la nouvelle définition avait été suffisante pour un changement constitutionnel. Le législateur ordinaire est, comme l'a déclaré la CCF, "le premier interprète de la Constitution".<sup>26</sup> Cependant, la Constitution est d'un rang supérieur, de sorte qu'une simple loi ne suffit pas. Il aurait fallu que la société change de mentalité dans ce sens sur une longue période. Or, ce n'est probablement pas le cas, compte tenu du caractère très controversé du sujet.

#### V. Le droit constitutionnel coutumier comme lien historique ?

Cette question ne se pose pas (ou peu) en Allemagne, contrairement à ce qui se passe dans certains autres pays. L'article 79, alinéa 1 LF est une barrière

---

<sup>25</sup> V, R. Arnold (dir.), La structure des droits fondamentaux- aspects choisis. La estructura de los Derechos fundamentales-cuestiones seleccionadas, Comparative Law Studies, R. Arnold (ed.), vol. 12, 2021.

<sup>26</sup> [http://www.bverfg.de/e/fs19991111\\_2bvf000298.html](http://www.bverfg.de/e/fs19991111_2bvf000298.html) nm.338.

constitutionnelle importante contre la formation de droit coutumier qui modifierait la Constitution existante (écrite ou non écrite). En effet, pour modifier le contenu de la Loi fondamentale, il faut obligatoirement modifier son texte. Or, le droit coutumier se forme justement en dehors du texte écrit.

Le droit coutumier résulte de l'interaction de deux éléments : L'exercice (la pratique), la *consuetudo*, et la conviction juridique, l'*opinio iuris*, en ce sens que cette pratique correspond au droit (constitutionnel). Cette pratique ne doit donc pas être contraire aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel. La durée pendant laquelle cette pratique doit exister pour constituer un droit coutumier n'est pas très claire ; généralement, on parle de la nécessité d'une pratique de longue durée.

La règle énoncée à l'article 79, alinéa 1, de la Loi fondamentale, selon laquelle une modification de la Constitution ne peut avoir lieu que si le texte de la Constitution est également modifié, est une contre-mesure contre une pratique abusive de l'époque de Weimar, à savoir les "interruptions constitutionnelles" (« *Verfassungsdurchbrechungen* »). On entendait par là une dérogation (ponctuelle) à la Constitution par une décision parlementaire prise à la majorité qualifiée (voire à l'unanimité). Le principe de la modification du texte, qui s'applique aujourd'hui, ne sert pas seulement de défense contre les interruptions constitutionnelles mentionnées, mais constitue également un obstacle à la formation d'un droit constitutionnel coutumier.<sup>27</sup>

Indépendamment de cela, le recours historique à la pratique avant l'adoption de la Loi fondamentale est très problématique, car les conceptions de l'ordre global, dans lequel s'inscrit également le droit coutumier, ont complètement changé. La Loi fondamentale, en tant que Constitution de la transformation, veut délibérément emprunter de nouvelles voies et ne pas recourir à une pratique pré-constitutionnelle. C'est tout à fait évident en ce qui concerne la pratique sous le régime national-socialiste, mais aussi sous la République de Weimar et auparavant sous l'Empire de 1871.

En revanche, comme nous l'avons déjà mentionné, il est possible, dans le cadre de l'interprétation, de jeter un regard sur l'histoire afin d'utiliser la tradition pour

---

<sup>27</sup> V. pour la thématique du droit coutumier en Allemagne H. A. Wolff (note 24), p.427- 449.

l'interprétation des normes actuelles. L'exemple de "l'armée parlementaire" est l'un des rares exemples où cela a été fait.

Par ailleurs, le droit coutumier pourrait se former dans le cadre du droit constitutionnel existant, dans une mesure très limitée, si cela permet de concrétiser une question ouverte. On cite parfois l'exemple du pouvoir du président fédéral de déterminer les symboles de l'État, ou encore la détermination de l'ordre des couleurs des drapeaux en Allemagne, telle qu'elle s'est fixée à la suite d'une longue pratique.<sup>28</sup>

## B. Constitution et mémoire

### Le préambule : histoire et mémoire

Le préambule d'une Constitution est une introduction normative au texte constitutionnel ayant un caractère d'orientation fondamentale, important pour l'interprétation de la Constitution, même si le préambule ne peut pas être invoqué directement devant les tribunaux. Il fait référence à l'histoire et résume l'idée de base de la politique constitutionnelle. Il explique dans quelle situation historique se trouve la Constitution, il jette un regard sur le passé et il se tourne vers l'avenir.

La référence à l'histoire du pays peut être générale et concerner des périodes plus lointaines, mais elle est souvent liée à l'histoire immédiate et donne la raison de créer une nouvelle Constitution.

Jetons un coup d'œil au préambule de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne en vigueur aujourd'hui : il a été modifié lors de l'événement le plus significatif de l'histoire allemande d'après-guerre, l'unification allemande.

Le préambule est à l'image de l'histoire dans la mesure où il énumère les *Länder* (les États membres) qui font partie de l'Allemagne, c'est-à-dire que 16 Länder sont actuellement énumérés comme membres de la République fédérale d'Allemagne, alors que la version en vigueur jusqu'en 1990 énumérait les 11

---

<sup>28</sup> V. BeckOK GG/Heintschel von Heinegg/Frau, 51e suppl.15.5.2022, GG Art. 22 nm. 4; C.D.Classen, dans: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz ; 7e éd. 2018, Art. 22 nm. 24.

Länder existant dans les zones occidentales de l'époque. Toutefois, diverses modifications sont intervenues au cours de la période qui a précédé l'unification allemande, notamment l'unification du Bade, du Wurtemberg-Baden et du Wurtemberg-Hohenzollern en 1953 pour former le Bade-Wurtemberg, et l'intégration de la Sarre en 1957. Nous pouvons donc voir que le préambule a considérablement changé dans le cours de l'histoire suite à l'unification allemande de 1990, mais qu'il est resté le même malgré les événements mentionnés de 1949 à 1990. Dans un premier temps (jusqu'en 1990), il a donc conservé textuellement son état d'origine et s'est donc révélé, dans un premier temps, fixe dans le cours de l'histoire<sup>29</sup>.

Le préambule, dans sa version de 1949 jusqu'à l'unification, indiquait que la Loi fondamentale n'avait pour but que d'établir une réglementation provisoire ; le préambule à partir de 1990 a ensuite exprimé que "l'unité et la liberté de l'Allemagne étaient désormais achevées" suite à l'exercice de la libre autodétermination par les Allemands dans les 16 Länder actuels. Ainsi, la Loi fondamentale s'applique désormais à tous les Allemands et n'est plus seulement un ordre provisoire.

Les préambules des constitutions des *Länder* (qui les ont créées en toute autonomie) également font référence à l'histoire immédiate de l'Allemagne, comme par exemple la Constitution bavaroise de 1946, en référence à la Seconde Guerre mondiale et au champ de ruines qu'elle a provoqué l'ancien "ordre étatique et social sans Dieu, sans conscience et sans respect pour la dignité de l'homme" :

"Face au champ de ruines auquel un ordre étatique et social sans Dieu, sans conscience et sans respect de la dignité humaine a conduit les survivants de la Seconde Guerre mondiale, et dans la ferme résolution d'assurer durablement aux générations allemandes à venir les bienfaits de la paix, de l'humanité et du droit, le peuple bavarois, se souvenant de son histoire plus que millénaire, se donne la Constitution démocratique suivante".

L'ancrage historique de la Constitution dans une longue histoire "plus que millénaire" est particulièrement souligné dans ce préambule.

Un autre exemple est la Constitution de la ville hanséatique de Brême de 1947 : "Ebranlée par l'anéantissement que le gouvernement autoritaire des nationaux-socialistes a provoqué au mépris de la liberté personnelle et de la dignité de l'homme dans la ville libre hanséatique de Brême, vieille de plusieurs siècles,...".

---

<sup>29</sup> V. v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, 7e éd. 2018, GG Überschrift, Verkündungsformel und Präambel, nm.22.

La référence à Dieu qui figure dans le préambule de la Loi fondamentale et dans certains préambules de la Constitution des *Länder* : "dans la conscience de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes..." a d'une part un caractère symbolique, en ce sens qu'elle doit documenter l'orientation fondamentale morale et humaine du nouvel ordre après la fin de la dictature nazie. Elle exprime également, indépendamment de cela, la religiosité de la société (qui est, toutefois, en train d'évoluer d'une certaine manière) et la culture sociale qui y est liée (certaines Constitutions des *Länder* ne contiennent toutefois pas une telle clause).

Les préambules ont également un lien avec l'histoire dans la mesure où les objectifs fondamentaux de l'État qu'ils expriment changent ou ont changé : l'unification allemande était un élément important du préambule de la Loi fondamentale jusqu'en 1990 (et à y aspirer était considéré comme une obligation normative de tous les organes de l'État) et a disparu par la suite. Les objectifs plus larges, l'intégration dans la communauté internationale et l'intégration européenne, ont été dès le début et sont des orientations générales qui revêtent une importance permanente.

## Les symboles de l'État

### La capitale

L'art. 22 LF désigne (en tant que norme constitutionnelle depuis 2006<sup>30</sup>) Berlin comme capitale de l'Allemagne et, dès sa version initiale, fixe le drapeau.

Berlin est devenue la capitale de l'Empire allemand en 1871 (elle était la capitale du Royaume de Prusse depuis 1701 et de la Confédération d'Allemagne du Nord depuis 1866)<sup>31</sup> et l'est restée à l'époque de Weimar, même pendant la dictature.

---

<sup>30</sup> BGBl. I S. 2034

<sup>31</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 96. EL (supplément) November 2021, GG (=LF) Art. 22 Rn. (notes marg.) 3-10, n.marg.3

Après la capitulation allemande du 8 mai 1945, un commandement allié (des quatre puissances victorieuses, jusqu'à ce que l'Union soviétique quitte le commandement dans le cadre de l'opposition Est-Ouest qui s'installait) prit en charge la souveraineté du "Grand Berlin".<sup>32</sup> Dans les zones occidentales, Bonn fut désignée comme capitale provisoire, mais avec un caractère symbolique important pour l'objectif permanent de la réunification, le Bundestag déclara lors de sa première séance le 30 septembre 1949 que le peuple allemand voulait que le Grand Berlin fasse partie intégrante de l'Allemagne et en soit et reste la capitale.<sup>33</sup>

## 2. Le drapeau fédéral

Conformément à l'article 22, alinéa 2 de la LF, le drapeau fédéral est noir, rouge et or. Il n'y a pas d'autre explication dans la Constitution.

Ce drapeau fédéral doit être considéré comme un symbole de la poursuite de la tradition de liberté et d'unité de l'Allemagne. Cela a déjà été formulé dans la proposition du projet de *Herrenchiessee* "comme étant fondé sur la tradition de l'Allemagne entière"<sup>34</sup> et a également été approuvé par la majorité du Conseil parlementaire (« *Parlamentarischer Rat* », PR)<sup>35</sup>. Le député *Dr. Bergsträßer* (SPD) le souligne également de manière impressionnante dans le PR, en expliquant : "La tradition du noir-rouge-or est l'unité et la liberté, ou peut-être devrais-je dire l'unité dans la liberté".<sup>36</sup>

Selon le député *Dr. Pfeiffer* (CSU), "la tradition du développement démocratique et des idéaux démocratiques en Allemagne (devrait être) maintenue".<sup>37</sup> Le projet de *Herrenchiessee* a également rejeté l'objection selon laquelle le caractère "provisoire et fragmentaire" de la Fédération en raison de sa division s'opposait en fait à l'adoption d'un drapeau et a souligné que l'adoption du drapeau de la

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, P. Häberle (dir.), 2010 (Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart vol.1 von 1951 (note 3), Tübingen, p. 211.

<sup>35</sup> V. *ibidem*, p. 217.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 213.

République de Weimar<sup>38</sup> ne signifiait en aucun cas une identification avec Weimar.<sup>39</sup>

Selon l'avis largement unanime de la littérature, ces couleurs remontent aux uniformes des "chasseurs de Lützow" pendant les guerres de libération contre Napoléon et ont été utilisées lors des événements importants liés au libéralisme et à l'aspiration à l'unité nationale (fête de la Wartburg en 1817<sup>40</sup>, fête de Hambach en 1832, assemblée nationale de Francfort dans l'église Saint-Paul en 1848/49, qui a élaboré le projet de Constitution de l'église Saint-Paul du 28 mars 1849<sup>41</sup>).<sup>42</sup>

L'ordonnance sur les drapeaux allemands du 13 novembre 1996<sup>43</sup>, qui contient également des dispositions sur le drapeau fédéral (celui-ci contient, outre les couleurs, l'aigle noir des armoiries), est pertinente.

Les couleurs fédérales sont celles qui sont utilisées pour les symboles de l'État.

Les jours de pavillon réguliers sont :

"Sauf ordre particulier, les drapeaux doivent être déployés les jours suivants :

- a) le jour de la commémoration des victimes du nazisme (27 janvier)
- b) le jour de la fête du travail (1er mai)
- c) la Journée de l'Europe (9 mai)
- d) le jour anniversaire de la promulgation de la Loi fondamentale (23 mai)
- e) l'anniversaire du 17 juin 1953
- f) l'anniversaire du 20 juillet 1944
- g) le jour de l'unité allemande (3 octobre)
- h) le jour du deuil national (2e dimanche avant le 1er Aven)
- i) le jour des élections au Bundestag allemand, et
- j) le jour des élections au Parlement européen.

---

<sup>38</sup> V. l'art. 3 de la Constitution de Weimar : « *Die Reichsfarben sind schwarz-rot-gold...* »

« Les couleurs du Reich sont le noir, le rouge et l'or... ».

<sup>39</sup> V. *ibidem*, p. 211.

<sup>40</sup> Le plus souvent, c'est la fête de Hambach en 1832 qui est citée comme le premier point de départ historique de l'utilisation de ces couleurs.

<sup>41</sup> Mais qui n'a pas fixé elle-même de drapeau.

<sup>42</sup> Sachs/Huber, 9e éd. 2021, GG Art. 22 nmarg. 7; Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 97e supplément du janvier 2022, GG Art. 22 nmarg. 12; v. Münch/Kunig/Heck, 7e éd. 2021, GG Art. 22 nmarg.18.

<sup>43</sup> Bundesgesetzblatt (Journal Officiel) Jahrgang (année) 1996 partie 1 Nr. 59, p.1729.



Le jour de la commémoration des victimes du nazisme et le jour de deuil national, les drapeaux doivent être mis en berne.

Les bâtiments de service des plus hautes autorités fédérales à Berlin et Bonn sont pavoisés quotidiennement".

C'est ce que prévoit le décret sur les drapeaux du gouvernement fédéral (depuis 2005)<sup>44</sup>.

### 3. Les armoiries

Les armoiries de la République fédérale sont représentées par l'aigle, symbole des rois (et l'aigle bicéphale, c'est-à-dire l'aigle à double tête des empereurs), qui remonte aux débuts du Saint Empire romain germanique et qui a existé jusqu'à la fin de cet empire en 1806.<sup>45</sup>

Dans l'empire de 1871, l'aigle à une tête était le blason (en référence à la tradition prussienne), tout comme dans la République de Weimar, qui a également servi de modèle à la République fédérale d'Allemagne.<sup>46</sup>

### 4. Jours de commémoration et jours fériés officiels<sup>47</sup> :

Les jours de commémoration se rattachent à un événement historique qui a revêtu une importance particulière pour l'État, que ce soit sur le plan des idées ou sur le plan politique, et veulent maintenir vivant le souvenir de cet événement et, par là même, des idéaux qui y sont liés. Ils veulent maintenir ces événements dans un contexte conceptuel dans la conscience collective de la société ou, si aucun ancrage dans la mémoire générale n'a encore eu lieu, provoquer un tel ancrage. La commémoration de ces jours est soulignée par des mesures spéciales de l'État, par exemple par des drapeaux, des manifestations publiques, etc. Les jours fériés légaux vont plus loin, comme en Allemagne le 3 octobre, jour de l'unité allemande, fixé par le traité d'unification de 1990.

---

<sup>44</sup>

[https://www.protokoll-inland.de/SharedDocs/downloads/Webs/PI/DE/Beflaggung/Rechtsgrundlagen/beflaggungserlass\\_breg\\_23052000.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.protokoll-inland.de/SharedDocs/downloads/Webs/PI/DE/Beflaggung/Rechtsgrundlagen/beflaggungserlass_breg_23052000.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

Drapeaux lors d'occasions spéciales: <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/beflaggung/beflaggungssituationen/besondere-beflaggungssituationen-node.html>

<sup>45</sup> <https://www.bundestag.de/parlament/symbole/adler/adler-198402>

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/nationale-gedenk-und-feiertage-node.html>

La proclamation du président fédéral *Heinrich Lübke* du 17 juin 1963<sup>48</sup>, qui déclarait le 17 juin "Jour de l'unité allemande" comme "Journée nationale de commémoration du peuple allemand", en souvenir du "soulèvement populaire à Berlin-Est et dans la zone occupée par les Soviétiques, qui a témoigné sans équivoque devant le monde entier du droit de tout notre peuple à la liberté et à l'autodétermination", est impressionnante et révélatrice du sens intrinsèque des jours de commémoration.

Le 17 juin avait déjà été déclaré jour férié légal par une loi de 1953 et le resta jusqu'à l'unification allemande du 3 octobre 1990, date à partir de laquelle - conformément à l'article 2, alinéa 2 du traité d'unification<sup>49</sup>- le jour de l'unité allemande devint jour férié légal à la place du 17 juin. La proclamation de 1963 reste cependant en vigueur : c'est ce que dit la lettre du 27 avril 1992 du directeur de la présidence fédérale à la présidente du Bundestag :

"...L'unité de l'Allemagne est achevée. C'est ce qu'exprime le 3 octobre, jour de l'unité allemande. En conséquence, le 17 juin n'est plus un jour férié légal et n'est plus le jour de l'unité. Les événements de 1953 font cependant partie intégrante de l'histoire allemande. La déclaration du président fédéral de l'époque en tient compte, au-delà des considérations liées à l'époque...." <sup>50</sup>

Le jour de l'unité allemande, les drapeaux sont déployés et une cérémonie est organisée, à laquelle le *Bundesrat* (Conseil fédéral) et un organe constitutionnel suprême sont invités et qui est organisée par le *Land* qui assure la présidence du *Bundesrat*.<sup>51</sup>

Le 17 juin, les drapeaux continueront à être déployés et une commémoration aura lieu au cimetière de Seestraße à Berlin-Wedding avec des représentants publics et un dépôt de gerbes. <sup>52</sup>

- Le 20 juin a lieu depuis 2015 la "Journée de commémoration des victimes de la fuite et de l'expulsion", une journée de commémoration pour l'Allemagne et le monde entier. <sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> BGBl. (Journal Officiel de la Fédération) I, p. 397.

<sup>49</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/einigtvtr/BJNR208890990.html>

<sup>50</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/17Juni/17-juni-node.html>

<sup>51</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/17Juni/17-juni-node.html>

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/20Juni/20-Juni-node.html>. Vgl. auch BGBl. I, 2014, S. 1599.

- Le 27 janvier, jour de la libération du camp de concentration d'Auschwitz en 1945, est la "Journée de commémoration des victimes du nazisme" avec un drapeau en berne et une heure de commémoration au Bundestag.<sup>54</sup> Cette date a été fixée par proclamation du président fédéral Roman Herzog en 1996.

- Le 11 mars est la "Journée nationale de commémoration des victimes de la violence terroriste", introduite en 2022, au cours de laquelle "(outre) la prévention, la déradicalisation et une défense efficace contre les dangers ainsi que la lutte contre l'extrémisme et la violence terroriste ...la situation des personnes concernées doit également être mise en avant".<sup>55</sup>

- Le 20 juillet est le jour de la "commémoration de la résistance à la tyrannie nazie à Berlin en 1944", qui a lieu sur les sites historiques (depuis 2015 dans la cour d'honneur du *Bendlerblock* ou au mémorial de *Berlin-Plötzensee*, où se trouve une exposition permanente) avec une cérémonie du gouvernement fédéral et des drapeaux.<sup>56</sup>

- Depuis la chute du Mur, la *Neue Wache* à *Berlin-Mitte* est le "Mémorial central de la République fédérale d'Allemagne"<sup>57</sup>, où chaque année, le deuxième dimanche avant le premier dimanche de l'Avent, le "Jour de Deuil national", en tant que "Journée de la mémoire des victimes de la guerre et de la tyrannie", donne lieu à des dépôts de gerbes par les représentants des plus hauts organes constitutionnels.<sup>58</sup>

La déclaration du chancelier allemand de l'époque, Helmut Kohl, montre clairement l'objectif de ce mémorial :

"La *Neue Wache* à Berlin sera à l'avenir le lieu du souvenir et de la commémoration des victimes de la guerre et de la tyrannie. En tant que mémorial central de la République fédérale d'Allemagne, il est un symbole important de l'Allemagne réunifiée et de son ordre fondamental libéral et démocratique déterminé par la dignité, la valeur et le droit de l'homme au sens

---

<sup>54</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/27Januar/27-januar-node.html>

<sup>55</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/11Maerz/11-maerz-node.html>

<sup>56</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/20Juli/20-juli-node.html>

<sup>57</sup> <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/nationale-gedenk-feiertage/volkstrauertag/volkstrauertag-node.html>

<sup>58</sup> *Ibidem*.

de la Loi fondamentale. Le gouvernement fédéral a choisi la sculpture "Mère et fils mort" de *Käthe Kollwitz* pour ce mémorial national, notamment parce que l'œuvre et le travail de cette grande artiste sont indissociables d'un État qui se sait toujours et constamment tenu par ces fondements. Le souvenir de la mort de millions d'innocents exhorte chacun d'entre nous à s'engager activement, toujours et partout, en faveur de notre démocratie libérale, à la défendre résolument contre ses ennemis et à promouvoir de toutes nos forces une cohabitation pacifique entre les hommes et les peuples. L'une de nos tâches les plus nobles est de transmettre ces idées aux générations futures, afin que les terribles expériences du passé ne se répètent plus jamais".<sup>59</sup>

#### 4. Symboles de l'État dans les *Länder*

Les 16 *Länder* allemands ont une qualité d'État. Ils possèdent leur propre Constitution, qu'ils ont eux-mêmes créée, leur propre système politique, leur propre ordre juridique. Ils sont donc autonomes par rapport à la Fédération et aux autres *Länder*. Conformément à l'article 28, alinéa 1, de la Loi fondamentale, les ordres des *Länder* ne doivent être en accord avec l'ordre juridique fédéral que sur certains principes fondamentaux : « L'ordre constitutionnel dans les *Länder* doit être conforme aux principes de l'État de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale ».

Cela signifie également que les *Länder* ont leurs propres symboles d'État et peuvent légitimement les définir eux-mêmes.

Prenons l'exemple de la Bavière :

Dans l'article 1 de la Constitution bavaroise du 2 décembre 1946, l'alinéa 2 fixe les couleurs du Land, le blanc et le bleu. Dans l'alinéa 3, il est délégué au législateur du Land de déterminer les armoiries du *Land*.

Il existe un grand et un petit blason d'État bavarois, dont la forme est précisément définie dans la loi sur le blason de l'État libre de Bavière du 5 juin 1950.<sup>60</sup>

Les grandes armoiries de l'État de Bavière reflètent l'histoire de la Bavière : elles se composent d'un écusson divisé en quatre parties, maintenu à gauche et à

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> <https://gesetze-bayern.de/Content/Document/BayWpG>

droite par deux lions. Les parties de l'écusson comprennent : a) en haut à gauche, un lion d'or, b) en haut à droite, le râteau franconien (c'est-à-dire trois pointes d'argent sur fond rouge (autrefois symbole de la dignité ducale des évêques de Würzburg, intégré aux armoiries de l'Électeur de Bavière au XIXe siècle avec le transfert de la Franconie à la Bavière, intégré aux armoiries du Royaume de Bavière (la Bavière est un royaume depuis 1806 !) par Louis Ier<sup>61</sup>; aujourd'hui, il symbolise les trois circonscriptions administratives franconiennes de Basse, Haute et Moyenne Franconie).<sup>62</sup>

c) en bas à gauche, le panier bleu, animal héraldique des comtes d'*Ortenburg*, dont la propriété et les armoiries ont été reprises par le duc de Basse-Bavière Henri au XIIIe siècle, puis par Louis le Bavarois (empereur allemand) et son fils au XIVe siècle (aujourd'hui symbole de la vieille Bavière : Basse-Bavière et Haute-Bavière<sup>63</sup>)<sup>64</sup>.

d) En bas à droite : les trois lions noirs superposés, issus des anciennes armoiries des *Hohenstaufen*, les ducs de Souabe de l'époque ; ils sont le symbole de la région administrative de Souabe.<sup>65</sup>

d) Au centre de l'écu, un petit écu, appelé écu du cœur, en blanc avec des losanges bleus, repris au XIIIe siècle par les *Wittelsbach* des comtes de *Bogen*, aujourd'hui caractéristique de la Bavière.<sup>66</sup>

En haut, la couronne du peuple, qui symbolise la souveraineté populaire et qui a remplacé la couronne royale en 1923.<sup>67</sup>

### . Sur l'hymne national :

L'hymne national n'est pas fixé dans la Loi fondamentale. En 1951, le chef de l'État de l'époque, le président fédéral *Richard von Weizsäcker*, a défini la troisième strophe du "Chant des Allemands" comme hymne national dans un échange de lettres avec le chancelier *Helmut Kohl*. Le chant date de 1841 et a

---

<sup>61</sup> Stefan Petersen, Fränkischer Rechen, Historisches Lexikon Bayerns, [https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Fr%C3%A4nkischer\\_Rechen](https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Fr%C3%A4nkischer_Rechen).

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> <https://www.bayern.landtag.de/parlament/staatssymbole/bayerisches-staatsswappen/>

<sup>64</sup> Wilhelm Volkert, Bayerisches Wappen, Historisches Lexikon Bayerns, [https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bayerisches\\_Wappen#Weitere\\_Wappenerwerbungen](https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bayerisches_Wappen#Weitere_Wappenerwerbungen).

<sup>65</sup> <https://www.bayern.landtag.de/parlament/staatssymbole/bayerisches-staatsswappen/>

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.

été composé par *Hoffmann von Fallersleben* ; la mélodie du chant est de *Franz Haydn* (mise en musique en 1797 du poème "*Gott erhalte Franz den Kaiser*").<sup>68</sup> Sous la République de Weimar, c'était l'hymne national à la demande du président *Ebert*, hymne qui a été détourné (dans sa première strophe) par les nationaux-socialistes, et en 1952, le président fédéral *Heuss*, avec l'intervention du chancelier *Adenauer*, l'a adopté comme hymne, à condition que seule la troisième strophe soit chantée lors des événements officiels.<sup>69</sup>

### III. Interdiction de recourir au passé

La Constitution elle-même ne contient pas d'interdictions explicites de recourir au passé. Toutefois, le principe de la primauté de la Constitution et l'obligation pour tous les pouvoirs publics de s'y conformer garantissent que seule la Loi fondamentale et son système de valeurs sont les maximes décisionnelles pour leurs activités. Les actions des institutions de l'État doivent être conformes à l'ordre fondamental libéral et démocratique. Cela signifie que l'orientation vers les idées nationales-socialistes serait pour cette raison contraire à la Constitution. Les associations et les partis politiques qui combattent l'ordre fondamental libéral-démocratique sont anticonstitutionnels, comme le dit la Loi fondamentale elle-même dans l'article 9, alinéa 2 et 21, alinéa 2 de la Loi fondamentale. L'obligation de la société, c'est-à-dire des personnes privées, de respecter cette interdiction est concrétisée par le droit législatif simple.

Sont par exemple importants dans ce contexte :

§ 130 al. 3 et 4 Code pénal<sup>70</sup>:

"... (3) Est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus ou d'une amende quiconque approuve, nie ou minimise, publiquement ou en réunion, un acte du type de ceux visés à l'article 6, alinéa 1, du Code pénal international, commis sous le régime du national-socialisme, d'une manière susceptible de troubler la paix publique.

---

<sup>68</sup> <https://www.bundestag.de/parlament/symbole/hymne/hymne-197462>

<sup>69</sup> Ibidem. Voir également le bulletin du service de presse et d'information du gouvernement fédéral n° 89/1991 du 27 août 1991.

<sup>70</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_130.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_130.html)

(4) Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une amende quiconque, publiquement ou en réunion, trouble la paix publique d'une manière qui porte atteinte à la dignité des victimes en approuvant, en glorifiant ou en justifiant le régime national-socialiste fondé sur la violence et l'arbitraire..."

Les autres normes importantes sont :

§ 86 Code pénal " <sup>71</sup>

1) Celui qui utilise des moyens de propagande

....

4. qui, de par leur contenu, sont destinés à poursuivre les aspirations d'une ancienne organisation nationale-socialiste, diffuse ou met à la disposition du public sur le territoire national ou fabrique, détient, importe ou exporte en vue de sa diffusion sur le territoire national ou à l'étranger, est puni d'une peine d'emprisonnement de trois ans au maximum ou d'une amende".

§86 a Code pénal <sup>72</sup>:

"(1) Est puni d'une peine d'emprisonnement de trois ans au plus ou d'une amende quiconque

1.

diffuse sur le territoire national des signes distinctifs d'un des partis ou groupements visés à l'article 86, alinéa 1, points 1, 2 et 4 ou alinéa 2, ou les utilise publiquement, dans une réunion ou dans un contenu qu'il diffuse (article 11, alinéa 3) ou

2.

produit, détient, importe ou exporte un contenu (article 11, alinéa 3) représentant ou contenant un tel signe distinctif, en vue de sa diffusion ou de son utilisation en Allemagne ou à l'étranger, de la manière visée au point 1.

(2) Les signes distinctifs au sens de l'alinéa 1 sont notamment les drapeaux, les insignes, les pièces d'uniforme, les slogans et les formes de salutation. Sont assimilés aux signes distinctifs visés à la première phrase ceux qui leur ressemblent à s'y méprendre.

(3) L'article 86, alinéas 4 et 5, s'applique mutatis mutandis."

---

<sup>71</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_86.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_86.html)

<sup>72</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_86a.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_86a.html)

La loi sur les rassemblements en tire les conséquences :

Voir l'article 15 de la loi bavaroise sur les rassemblements<sup>73</sup> (depuis la réforme du fédéralisme en 2006, le droit des rassemblements relève à nouveau des Länder).

(1) L'autorité compétente peut restreindre ou interdire un rassemblement si, au vu des circonstances visibles au moment de l'adoption de la décision, la sécurité ou l'ordre public sont directement menacés lors de la tenue du rassemblement ou si l'on se trouve dans un cas visé à l'article 12, alinéa 1.

(2) L'autorité compétente peut notamment restreindre ou interdire un rassemblement lorsque, compte tenu des circonstances connues au moment de l'adoption de l'arrêté

1. le rassemblement doit avoir lieu un jour ou un lieu auquel est attribué un sens rappelant le régime national-socialiste de violence et d'arbitraire, avec une force symbolique importante, et que par ce biais

a) il y a lieu de craindre une atteinte à la dignité des victimes,

ou

b) s'il y a un risque imminent d'atteinte grave à des conceptions sociales ou éthiques fondamentales ; ou

2. si le rassemblement approuve, glorifie, justifie ou minimise le régime national-socialiste violent et arbitraire, y compris par la commémoration de représentants éminents du national-socialisme, et qu'il existe ainsi un risque immédiat d'atteinte à la dignité des victimes.

(3) Les mesures visées aux alinéas 1 ou 2 doivent être prises en temps utile avant le début du rassemblement.

(4) Après le début du rassemblement, l'autorité compétente peut limiter ou dissoudre un rassemblement si les conditions d'une limitation ou d'une interdiction selon les alinéas 1 ou 2 sont réunies ou si des restrictions judiciaires sont enfreintes.

(5) L'autorité compétente peut exclure du rassemblement les personnes qui y participent et qui perturbent gravement l'ordre.

(6) Un rassemblement interdit doit être dissous.

---

<sup>73</sup> <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVersG08>



L'article 7 de la loi bavaroise sur les rassemblements est libellé comme suit :

### Interdiction de porter des uniformes et des tenues militaires

Il est interdit de

1. de porter des uniformes, des parties d'uniformes ou des vêtements similaires lors d'un rassemblement public ou non public, en tant qu'expression d'une opinion politique commune ; ou
2. de participer à un rassemblement public ou privé d'une manière qui contribue à donner au rassemblement ou à une partie de celui-ci un caractère paramilitaire de par son apparence extérieure, si cela crée un effet d'intimidation.

Cette interdiction est une réaction à l'expérience historique des rassemblements (et des défilés en plein air) (les "marches de provocation" nationales-socialistes) de l'époque du nazisme.



INSTITUT LOUIS FAVOREU  
XXXVIII<sup>EME</sup> TABLE RONDE INTERNATIONALE  
DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

*Constitution, histoire et mémoire*

Aix-en-Provence  
9-10 septembre 2022

---

Rapport sur l'Argentine

Fernando Arlettaz

Université de Saragosse (Espagne)

---

Ce rapport présente les aspects les plus importants de la relation entre Constitution, histoire et mémoire en droit argentin. Les limites de l'espace disponible empêchent cependant une considération plus détaillée du sujet. Les références bibliographiques et jurisprudentielles ont été choisies de manière à illustrer les différentes opinions qui existent relativement à cette thématique.

## **1. Histoire et Constitution**

### 1.1. Théorie constitutionnelle

S'approcher du rapport entre histoire et droit constitutionnel exige au préalable la clarification de certains présupposés théoriques qui mettent en question, finalement, le concept même de droit constitutionnel. On partira ici d'une relation de synonymie entre le concept de *Constitution* et celui de *droit constitutionnel*, même si dans quelques paragraphes de cette même

section on sera obligé d'introduire quelques distinctions pour mieux comprendre la position de certains auteurs. Dans le reste de ce rapport, et sauf indication contraire, on utilisera les deux expressions comme synonymes.

Si l'on considère la Constitution, au sens aristotélicien, comme la structure même de toute organisation politique, elle ne serait autre chose que la condensation de certaines pratiques historiques. La Constitution d'un État serait tout simplement la description des régularités identifiées dans les pratiques du pouvoir qui, justement en raison de leur caractère régulier, ont acquis une valeur normative. On pourrait bien qualifier cette Constitution comme *l'histoire faite norme*. Cette manière de saisir la Constitution empêche cependant toute distinction entre la dimension sociologique et la dimension normative de la Constitution. La norme, au sens prescriptif, s'identifie avec la normalité, au sens descriptif.

La pensée illustrée et les révolutions libérales ont inauguré un deuxième concept de Constitution : la Constitution comme un projet collectif conscient. Cette Constitution, contrairement à la Constitution aristotélicienne, vise l'avenir ; elle enferme un projet de transformation sociale. Le concept moderne de Constitution permet la distinction, établie et largement exploitée par la théorie positiviste du droit, entre la dimension normative et la dimension sociologique. La Constitution devient ainsi un projet normatif, une "charte de navigation" (Nino, 2005, p. 1) ; si les pratiques réelles ne se correspondent pas à la Constitution, il faut réformer les pratiques. La non-correspondance des pratiques au projet normatif est une anomie interprétée en termes de violation du droit.

La distinction préalable est parfois aussi décrite comme la distinction entre un type historique-traditionnel et un type rationnel-normatif de Constitution (Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, pp. 18-20). À ces types on ajoute parfois, entre autres, le type décisionnel, qui présente la Constitution comme le résultat d'une décision politique fondamentale (Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, pp. 21-25). La doctrine constitutionnelle argentine accepte largement le concept moderne de Constitution. Avec des nuances, la plupart des auteurs contemporains définissent la Constitution comme un acte normatif (et non seulement historique ou sociologique) qui, avec la force de norme suprême, définit la structure fondamentale de l'État (entre autres, Ekmekdjian, 2000a, t. I, pp. 30-32 ; Nino, 2005, pp. 2-4 ; Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, p. 11 ; Sola, 2010, pp. 22-23 ; Bidart Campos, 2013, chap. 1, no. 15 ; Ferreyra, 2013, p. 113 ; Ziulu, 2014, pp. 18-19)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La rigidité du texte constitutionnel argentin, qui exige pour sa réforme une convention constituante spécialement convoquée par une décision législative à majorité renforcée (article 30, voir ci-dessous), est aussi habituellement mentionnée pour expliquer la suprématie de la Constitution. Or, la doctrine argentine reconnaît qu'il s'agit d'une caractéristique du droit constitutionnel argentin qui n'est pas forcément partagée avec d'autres

Certains auteurs ajoutent à définition de Constitution déjà mentionnée l'exigence d'un texte écrit (par exemple : Ekmekdjian, 2000a, t. I, p. 45 ; Sola, 2010, pp. 22-23). De cette façon, la Constitution (droit constitutionnel écrit) ne serait qu'une partie du droit constitutionnel. Également, sous cette perspective, les normes de droit constitutionnel coutumier (voir ci-dessous), même en étant une partie du droit constitutionnel, ne feraient pas partie de la Constitution. Comme il a été expliqué au début de cette section, on utilisera dans ce rapport le concept de *Constitution* dans son sens large, comme synonyme de l'expression *droit constitutionnel*.

Il faut ici introduire une autre distinction, très répandue chez les constitutionnalistes argentins : la distinction entre droit constitutionnel formel et droit constitutionnel matériel (ou entre Constitution formelle et Constitution matérielle, compte tenu de la synonymie déjà établie) (Ekmekdjian, 1999, pp. 21-24 ; Ekmekdjian, 2000a, t. I, pp. 41-45 ; Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, p. 29 ; Bidart Campos, 2013, chap. 1, no. 16)<sup>2</sup>. Le droit constitutionnel formel est identifié avec le texte constitutionnel écrit ou même avec toutes les normes constitutionnelles (c'est-à-dire, avec la Constitution en tant que réalité normative). Le droit constitutionnel matériel, par contre, se trouve dans les pratiques sociologiques réelles qui font vivre ou mourir la Constitution formelle. La distinction entre droit constitutionnel formel (normatif) et droit constitutionnel matériel (réel ou sociologique) est très proche de la distinction entre ordre constitutionnel et ordre politique (Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, p. 16 ; Bidart Campos, 2013, chap. 1, no. 16).

La force du droit constitutionnel formel est mesurée en termes de validité ; la force du droit constitutionnel matériel, par contre, est mesurée en termes d'efficacité. Un problème théorique central est celui des rapports entre validité et efficacité. En effet, il peut y avoir des normes (formelles) parfaitement valides qui, cependant, ne sont pas efficaces. Et, inversement, il peut y avoir des normalités (matérielles) pleinement efficaces qui ne sont pas couvertes par une norme formelle. Le premier cas est celui de la désuétude des normes constitutionnelles (formelles) écrites. Le deuxième cas, celui des pratiques constitutionnelles qui s'opposent au droit constitutionnel (formel) écrit, c'est-à-dire, des coutumes *contra constitutionem*. Même si à première vue la distinction entre désuétude et coutumes *contra constitutionem* paraît nette, il

---

Constitutions, qui peuvent avoir une procédure flexible de modification sans perdre pour autant leur nature constitutionnelle.

<sup>2</sup> On utilise ici l'expression *droit constitutionnel matériel* et non *sources matérielles du droit constitutionnel* car cette deuxième a un sens différent en droit constitutionnel argentin. En effet, en général on utilise la deuxième expression pour parler des forces sociologiques sous-jacentes à la création du droit constitutionnel (les idées, les valeurs, les pratiques, etc.). Pour parler des sources de droit en tant que procédures de création normative on utilise l'expression *sources formelles*. De cette manière, la coutume constitutionnelle et les autres sources de droit non écrites peuvent être qualifiées de *sources formelles* (voir ci-dessous).

s'agit en réalité du même phénomène. En effet, la désuétude n'existe que grâce à une coutume : la coutume de ne pas obéir à une certaine disposition du texte constitutionnel écrit.

Quelques pratiques sont habituellement citées comme des exemples, en droit argentin, de désuétude ou de coutume *contra constitutionem*. Jusqu'en 1994, selon le texte constitutionnel, le Congrès devait autoriser l'absence du Président de la République du territoire de la capitale (article 87 alinéa 21 de la Constitution de 1853) ; or cette règle n'a jamais été appliquée. La règle toujours écrite (articles 55 et 89) qui établit un seuil de revenus personnels pour être président, vice-président ou sénateur ne s'applique plus. La règle selon laquelle les procédures criminelles doivent se faire par des jurys populaires (article 118) n'a pas été appliquée pendant longtemps (très récemment, les procédures pénales de quelques provinces et des tribunaux fédéraux ont été modifiées pour prévoir les jurys populaires).

La question posée est si et, le cas échéant, sous quelles conditions une pratique matérielle peut faire naître une norme de droit constitutionnel non écrit (c'est-à-dire, *de droit constitutionnel formel non écrit*, en acceptant que celui-ci est composé par toutes les normes constitutionnelles, écrites ou non écrites) même contre la norme de droit constitutionnel écrite (c'est-à-dire, *de droit constitutionnel formel écrit*). La primauté du droit écrit est tellement forte dans la mentalité juridique argentine que certains nient toute valeur normative aux pratiques contraires à celui-ci (par exemple, Linares Quintana, 1977, t. II, p. 475).

D'autres auteurs acceptent l'abrogation matérielle d'une norme de droit écrit seulement si elle est cohérente avec les fins et principes fondamentaux du texte constitutionnel écrit (Ziulu, 2014, p. 16) ou seulement par rapport aux normes opératives et non par rapport aux normes programmatiques (Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, pp. 56-57). Les auteurs proches d'une perspective jusnaturaliste ajoutent, à la force matérielle de l'abrogation, la condition que l'état de choses résultant de cette abrogation soit juste du point de vue du contenu (Bidart Campos, 2013, chap. 1, no. 32). Un exemple couramment utilisé est celui de l'abrogation matérielle de la règle qui exigeait une autorisation législative pour l'absence du président du territoire de la capitale, qui a été acceptée sans grande opposition des constitutionnalistes.

La distinction entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle se diffuse un peu si l'on accepte que le texte constitutionnel écrit n'existe que grâce aux décisions judiciaires qui en font l'application (en ce sens, par exemple, Sola, 2010, pp. 18-22). Dans cette approche, apparentée avec le réalisme juridique anglo-saxon, la Constitution formelle est ce que les juges disent qu'elle est, de sorte que le contenu effectif du droit constitutionnel est à trouver dans les arrêts des tribunaux et non dans le texte même de la Constitution écrite.

Il ne faut pas confondre le concept de droit constitutionnel matériel avec la définition matérielle du droit constitutionnel (même si, parfois, les deux idées apparaissent mêlées chez certains auteurs). Une définition matérielle du droit constitutionnel est celle qui aborde son concept (dans le sens de droit constitutionnel normatif, c'est-à-dire, formel) non à partir de sa procédure d'adoption (un pouvoir constituant, etc.) mais à partir de son contenu. Ainsi, par exemple, on pourrait dire que le droit constitutionnel formel est composé de toutes les normes (encore une fois, dans le sens de normes juridiques, non de normalité sociologique) qui organisent les pouvoirs de l'État. Si l'on adoptait un concept matériel du droit constitutionnel on devrait aussi accepter qu'il existe une zone de *réserve de la Constitution*, c'est-à-dire, que certains contenus appartiennent par leur propre nature à la matière constitutionnelle et ne peuvent être réglés que par le droit constitutionnel. En général, la doctrine argentine refuse l'existence d'une zone de réserve de la Constitution (par exemple : Nino, 2009, pp. 2-3 ; Sola, 2010, p. 24).

## 1.2. Traces historiques dans le texte constitutionnel argentin

Le texte constitutionnel actuellement en vigueur en Argentine est celui de 1853 avec les réformes de 1860, 1898, 1957 et 1994. En 1949 un nouveau texte constitutionnel a remplacé celui de 1853, mais il a été abrogé en 1957 quand la Constitution de 1853 a été rétablie (et modifiée légèrement). Un gouvernement militaire a introduit une réforme constitutionnelle en 1972, mais il s'agissait d'une réforme avec un délai d'échéance (voir la section 5.1 sur le droit constitutionnel transitoire) et elle a expiré sans devenir une réforme définitive du texte de 1853 (sur l'histoire constitutionnelle argentine voir en général : López Rosas, 1996 ; Moreno, 2021).

La Constitution de 1853 suit le modèle des Constitutions libérales du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle consacre un projet politique, organise le pouvoir de l'État et reconnaît les libertés publiques. Elle est rédigée, comme toutes les Constitutions de cette époque, de manière impersonnelle et met l'accent dans l'avenir du peuple qui se dit l'auteur du texte. Cependant, elle est aussi une réaction aux années de guerres civiles qui l'ont précédée, de sorte qu'on peut y trouver des traces de l'histoire immédiatement antérieure. On peut dire la même chose des réformes constitutionnelles postérieures. Ces traces apparaissent parfois explicitement, parfois implicitement dans le texte constitutionnel.

La Constitution de 1853 se présente comme un pacte constitutionnel entre les provinces argentines. L'idée dominante au moment de l'adoption de la Constitution, et répétée inlassablement depuis ce moment-là par les théoriciens du droit constitutionnel (par exemple, González Calderón, 1923, t. I, no. 272), était que, rompus les liens avec la monarchie espagnole,

la souveraineté était revenue aux peuples. Ces *peuples*, unités dépositaires des pouvoirs souverains, étaient les peuples des provinces de l'ancien vice-royaume du Río de la Plata. Selon le préambule de 1853, la Constitution était adoptée par "les représentants du peuple de la Confédération argentine", nommés "par volonté et élection des Provinces qui la composent". Le texte a été modifié en 1860, de sorte que depuis cette année les auteurs officiels de la Constitution ne sont plus les représentants du peuple de la "Confédération Argentine" mais ceux de la "Nation Argentine", quoique toujours nommés "par volonté et élection des Provinces qui la composent".

D'autre part, selon le même préambule, la Constitution est adoptée "conformément aux pactes préexistants" (sur ces pactes, voir Sagarna, 1937). Le plus important de ces pactes est celui adopté à San Nicolás de los Arroyos en 1852. Après la défaite du dictateur Rosas dans la bataille de Caseros, le vainqueur Urquiza a convoqué une réunion des représentants des provinces qui ont accordé l'adoption d'une Constitution. La province de Buenos Aires a participé à la réunion à San Nicolás, mais elle a été la seule à ne pas ratifier le Pacte. Par conséquent, elle n'a pas participé à la Convention constituante qui a adopté la Constitution de 1853. Les autres pactes mentionnés sont, probablement, les pactes fédératifs entre les provinces qui s'étaient succédé entre la formation du premier gouvernement provisoire autonome en 1810 et le Pacte de San Nicolás : entre autres, le Traité de Pilar (1820), le Traité du Quadrilatère (1822) et le Pacte Fédéral (1831).

Comme il a été expliqué, la province de Buenos Aires n'a pas participé à la Convention constituante de 1853. Elle s'est séparée du reste du pays, devenant un État indépendant. Après la bataille de Cepeda (1859), la Confédération Argentine a imposé à l'État de Buenos Aires sa réunification avec le reste du pays. Or, par le Pacte de San José de Flores (1859), l'État de Buenos Aires (qui allait devenir une province après la réunification) s'est vu reconnaître le droit de proposer des modifications à la Constitution de 1853, qui devaient être considérées par une Convention constituante convoquée par le Congrès Fédéral. Le même Pacte a garanti à la province l'intégrité de son territoire, la propriété de ses établissements publics et les ressources nécessaires pour le fonctionnement de l'État pendant cinq ans (ceci parce que, selon la Constitution de 1853, la douane de Buenos Aires, principale source de revenus de la province, devait être fédéralisée).

Une Convention provinciale a donc proposé des réformes à la Constitution fédérale. La Convention Complémentaire du 6 Juin 1860, signée entre le gouvernement de la Confédération et celui de Buenos Aires, a organisé les modalités de la Convention constituante fédérale. Cette dernière s'est réunie en septembre 1860 et a adopté la plupart des réformes proposées par



Buenos Aires. La légitimité de cette réforme a été largement débattue, car le texte de 1853 ne permettait de réformer la Constitution qu'après un délai de 10 ans (donc, seulement à partir de 1863).

L'article 31 de la Constitution de 1853 contenait le principe de suprématie du droit fédéral sur le droit provincial ; la réforme de 1860 a additionné une exception, en faveur de la province de Buenos Aires, relative "aux traités ratifiés après le Pacte du 11 novembre 1859 [le Pacte de San José de Flores]". Cette clause, qui n'a jamais été supprimée du texte constitutionnel, garantit à la Province de Buenos Aires les privilèges reconnus par les Pactes du 11 novembre 1859 et du 4 juin 1860. Il est discuté si cette clause maintient quelque application aujourd'hui ou si, par contre, il s'agissait d'une disposition purement transitoire qui a déjà épuisé tout son contenu (voir Ekmekdjian, 2000a, t. III, pp. 278-279).

En plus de ces traces expresses de l'histoire immédiatement antérieure à l'adoption du texte de la Constitution, on peut y trouver beaucoup d'autres dispositions qui ne s'expliquent que par l'histoire qui les a précédées. Ainsi, la forme fédérale de l'État (article 1) est due au triomphe du parti fédéral sur le parti centraliste dans les guerres civiles postérieures à l'indépendance ; le soutien de l'Église catholique par le gouvernement fédéral (article 2) est le résultat du compromis entre les secteurs libéraux et les secteurs conservateurs ; la création d'un marché national unique, par la suppression des douanes intérieures et la garantie de la libre circulation des marchandises et de la libre navigation intérieure (articles 9, 10, 11 et 12), s'explique par l'équilibre des forces politiques après les guerres civiles ; etc.

Ce genre de traces historiques peut être trouvé non seulement dans le texte originel de 1853 mais aussi dans les réformes qui l'ont suivi. Par exemple, la question de la fédéralisation de la ville de Buenos Aires, à laquelle s'opposait la province du même nom, a été une des raisons de la séparation de cette province du reste de la Confédération entre 1852 et 1859. La réincorporation de la province a été possible grâce à une concession : si la Constitution de 1853 avait déclaré la ville de Buenos Aires capitale de la Confédération (article 3), la réforme de 1860 a établi que la déclaration d'une ville comme capitale de la République et son statut de ville fédéralisée devaient se faire ultérieurement par une loi du Congrès fédéral et avec le consentement de la province impliquée (article 3). Cette loi ne serait adoptée qu'en 1880.

De la même manière, la suite traumatique de coups d'État et de gouvernements militaires qui a secoué le pays tout au long du XX<sup>e</sup> siècle retentit dans le texte de l'article 36 de la Constitution, incorporé par la réforme de 1994. Selon cet article, la Constitution se maintient en vigueur "même lorsque son observance est interrompue par des actes de force contre l'ordre institutionnel et le système démocratique". Ces actes sont "absolument nuls" et leurs auteurs

sont soumis aux peines correspondant à la haute trahison, “inhabiles à perpétuité à exercer des fonctions publiques et exclus du bénéfice de la grâce et de la commutation des peines”. Les citoyens ont “un droit de résistance contre ceux qui exécutent les actes de force” que la Constitution proscrit<sup>3</sup>.

## 2. Histoire et sources du droit constitutionnel

### 2.1. Le droit coutumier

L’existence d’un droit constitutionnel coutumier est un point délicat de la théorie constitutionnelle. Le concept moderne de Constitution, généralement fondé sur l’existence d’un texte écrit et codifié réunissant les normes suprêmes relatives à la structure fondamentale de l’État, paraît réfractaire à l’acceptation de la valeur juridique des pratiques matérielles. Néanmoins, les auteurs classiques du droit constitutionnel argentin du XIX<sup>e</sup> siècle ont manifesté une grande adhésion à la coutume comme source de droit. Inspirés du discours historiciste qui voit le droit écrit comme la simple consécration écrite d’un *esprit juridique* plus large, ils entendaient la coutume comme une autre manifestation (plus spontanée) de ce même esprit.

Pour Juan Bautista Alberdi, le grand théoricien de la Constitution de 1853, la loi devait “vivre profondément dans la conscience et les coutumes de la nation”, de sorte que “le véritable droit, le droit vivant” apparaissait sous l’expression de la coutume “garantie par sa généralité et sa durée” (Alberdi, 1886, pp. 200-201). Cette même idée peut être trouvée chez José Manuel Estrada, un autre classique constitutionnel. Pour lui, les coutumes “constituent la véritable loi, car les préceptes écrits dans les codes sont en eux-mêmes de simples abstractions, que les habits convertissent en règles concrètes et efficaces, parfois en les développant, parfois en les corrompant” (Estrada, 1901, p. 38). Par conséquent, les coutumes sont “des éléments complémentaires du droit écrit et font partie de la Constitution” (Estrada, 1901, p. 39).

Les auteurs contemporains acceptent la valeur de source juridique de la coutume, quoique en lui donnant une place secondaire par rapport au droit écrit. En général, les conditions

---

<sup>3</sup> Bien entendu, la nullité des actes du gouvernement surgi des actes de force ne serait pas effective pendant le temps que ce gouvernement inconstitutionnel maintiendrait effectivement le pouvoir. Pendant ce temps, la Constitution serait de fait suspendue et, avec elle, la clause qui prévoit la nullité des actes du gouvernement surgi de la force. Or, une fois l’ordre constitutionnel rétabli, l’effet de l’article 36 serait de nier toute validité aux actes de la période précédente. Une interprétation large de ce précepte (comme celle d’Ekmekdjian, 2000b) signifierait que tous les actes du gouvernement surgi de la force (ses actes législatifs, exécutifs, administratifs et juridictionnels, à l’exception peut-être des actes administratifs normaux et quotidiens exécutés par des fonctionnaires normalement nommés) seraient nuls. En d’autres mots, la doctrine de l’efficacité des actes des gouvernements de fait (voir section 2.1) ne saurait en aucun cas être applicable.

de validité de la coutume constitutionnelle sont les mêmes que les conditions de validité de la coutume en droit privé : un nombre important de conduites analogues, la répétition de ces conduites pendant une durée prolongée et la conviction (*animus*) que ces conduites constituent une pratique obligatoire (Quiroga Lavié et al, 2009, t. I, p. 55 ; Bidart Campos, 2013, chap. 1, no. 23 ; Ziulu, 2014, pp. 13-16).

La doctrine distingue trois types de droit coutumier (par exemple, Quiroga Lavié, 2009, t. I, pp. 56-57) : la coutume *secundum constitutionem*, qui précise le contenu de la Constitution écrite ; la coutume *praeter constitutionem*, qui se réfère à une matière non réglée par la Constitution écrite ; et la coutume *contra constitutionem*, qui est contraire au texte de la Constitution écrite. La validité du droit coutumier *secundum constitutionem* et du droit coutumier *praeter constitutionem* est généralement acceptée. Sur la validité du droit coutumier *contra constitutionem* les opinions sont divisées, comme on l'a analysé dans la section précédente.

La Constitution écrite ne fait aucun renvoi explicite à la coutume, ce qui rend difficile l'identification des coutumes *secundum legem*. Parfois on place dans cette catégorie la pratique de l'élection populaire des membres des Conventions convoquées pour la réforme de la Constitution. En effet, l'article 30 de la Constitution se limite à dire que la réforme constitutionnelle doit être faite "par une Convention convoquée à cet effet", sans établir la manière d'élire les membres de cette Convention. On peut plus facilement trouver des cas de coutumes *praeter constitutionem*. Par exemple, la pratique indique que le Congrès se prononce par des lois, même si beaucoup de ces lois n'ont pas une nature réellement législative parce qu'elles se réfèrent à des situations concrètes et non générales.

À côté du droit coutumier, certains auteurs parlent d'un *droit spontané*, c'est-à-dire, d'une source de droit qui permet la formation d'une norme à partir d'un nombre limité de cas (ou même à partir d'un seul cas). La seule condition pour la parution de ce droit spontané serait que ce nombre limité de cas (ou le cas unique) aient un caractère d'exemplarité (en ce sens, Bidart Campos, 2013, chap. 1, no. 23). La théorie du droit spontané est théoriquement faible et politiquement dangereuse. Du point de vue théorique, en effet, il est impossible de savoir *a priori* si une conduite isolée aura une force exemplaire. En tout cas, si après un certain temps, la pratique est effectivement répétée, on pourra constater l'apparition d'une norme de droit coutumier. Du point de vue politique, la théorie du droit spontané permet de considérer n'importe quel acte comme ayant force obligatoire. Si, à l'image de ce qu'il arrive avec la coutume *contra constitutionem*, l'on accepte la validité du droit spontané *contra constitutionem*,

n'importe quelle violation du droit en vigueur pourrait être automatiquement légitimé en la déguisant en norme de droit spontané.

La doctrine des gouvernements *de facto* pourrait être un bon exemple du fonctionnement du soi-disant droit spontané. Cette doctrine a été utilisée en Argentine depuis le XIX<sup>e</sup> siècle pour reconnaître la validité des actes des gouvernements arrivés au pouvoir en violation des règles constitutionnelles mais qui se sont maintenus de fait dans cette situation. Le premier antécédent de cette doctrine en droit argentin est un arrêt de la Cour Suprême de 1865 (*Baldomero Martínez*, Fallos 2:141, 1865) où la Cour a reconnu la légitimité du gouvernement du général Mitre, qui avait renversé les autorités constitutionnelles de l'époque. Pour justifier sa décision, la Cour a évoqué les "droits de la révolution triomphante et l'assentiment des peuples". En 1930, après le coup d'État contre le président Yrigoyen, la Cour Suprême a repris cette doctrine et a déclaré que le nouveau gouvernement constitué en violation du texte constitutionnel était légitime en vertu "de la possession de la force comme garantie de l'ordre et de la sécurité" (*Acordada du 10 septembre*, Fallos, 158:290, 1930).

Entre 1930 (date du premier coup d'État du XX<sup>e</sup> siècle) et 1983 (date de la fin de la dernière dictature militaire), l'Argentine a vécu plus de temps sous des gouvernements militaires *de facto* que sous de gouvernements élus selon les règles de la Constitution écrite. La discussion sur la légitimité de ces gouvernements et des actes (législatifs, exécutifs, judiciaires) adoptés par ceux qui exerçaient *de facto* des fonctions publiques a produit une intense activité doctrinaire (voir, par exemple, Sánchez Viamonte, 1946 ; Cayuso et Gelli, 1988 ; Groisman, 1989).

## 2.2. Le précédent judiciaire

On peut trouver deux définitions différentes du concept de *droit judiciaire*. Selon la première, le droit judiciaire est formé par un ensemble de décisions des tribunaux qui résolvent de la même manière des cas identiques ou semblables. Pour certains, cette forme de droit judiciaire est une espèce de droit coutumier dont la particularité est que la création normative est le résultat des pratiques d'un groupe spécifique de personnes (les juges) (Bidart Campos, 2013, chap. 1, nos. 26-27). La deuxième définition de *droit judiciaire* concerne le caractère obligatoire d'une décision judiciaire concrète, en général une décision adoptée par une haute juridiction (Cour Suprême ou Cour Constitutionnelle, par exemple). En ce deuxième sens, le droit judiciaire serait conformé par des précédents individuels, c'est-à-dire, par des décisions judiciaires auxquelles on attribue une force d'exemplarité pour des affaires postérieures.

La possibilité de qualifier la jurisprudence comme une source formelle de droit est largement discutée (voir Bulygin, 1991 ; Bulygin, 2001 ; Bulygin, 2003). En droit argentin, la règle générale est que la force des arrêts judiciaires est limitée à l'affaire décidée. Ceci veut dire que d'autres juges peuvent décider une affaire semblable de manière différente. Ceci vaut même en matière constitutionnelle. Lors de la crise économique de 2001, par exemple, les tribunaux ont adopté un grand nombre de décisions contradictoires sur la constitutionnalité du *corralito*, ce qui a généré un chaos dans l'interprétation constitutionnelle.

Ce qui plus est, il n'existe pas une obligation formellement établie pour les juges de suivre le critère des tribunaux de hiérarchie supérieure (même si, en général, les tribunaux inférieurs adaptent leurs décisions aux critères des tribunaux supérieurs pour éviter de les voir renversées). Le recours extraordinaire devant la Cour Suprême, créé par la loi 48 (article 14) en 1863, devait garantir l'uniformité des décisions judiciaires, car la Cour Suprême devait avoir toujours le dernier mot. Or, ceci n'était possible que dans un système judiciaire dans lequel le nombre d'affaires était très limité. Aujourd'hui, il est matériellement impossible que toutes les affaires soient décidées en dernière instance par la Cour Suprême. Celle-ci peut, en plus, refuser discrétionnairement de considérer une affaire si elle croit qu'elle n'a pas de transcendance suffisante pour une Cour Suprême (article 280 du Code de la Procédure Civile).

Exceptionnellement, quelques textes légaux établissent la nature contraignante de certaines décisions judiciaires. Ainsi, par exemple, la Loi 24.050 de 1991 a créé une Cour Nationale de Cassation Pénale dont les arrêts adoptés sous forme plénière établissent un critère obligatoire pour la propre Cour, les Tribunaux Oraux, les Cours d'Appel et pour tout autre organe judiciaire subordonnée à la Cour de Cassation (articles 10 et 11). La Loi 26.371 de 2008 a substitué le nom de *Cour Nationale* par celui de *Cour Fédérale* de Cassation Pénale et a créé une nouvelle Cour Nationale de Cassation en matière Criminelle et Correctionnelle pour la Capitale Fédérale (article 11 bis de la Loi 24.050 incorporé par la Loi 26.371). La Cour Nationale de Cassation remplit une fonction semblable à celle de la Cour Fédérale de Cassation (et jouit aussi de la compétence pour édicter des arrêts obligatoires) en matière de droit pénal commun dans la ville de Buenos Aires. En 1995 l'article 19 de la Loi 24.463 a établi la valeur obligatoire, pour les tribunaux inférieurs et dans des *affaires analogues*, des précédents de la Cour Suprême dictés en appel des décisions de la Cour Fédérale de la Sécurité Sociale. L'article a été abrogé en 2005. Comme le système argentin de contrôle de constitutionnalité est diffus, les règles sur la nature obligatoire de certains précédents qui viennent d'être mentionnées concernent tant le droit commun que le droit constitutionnel.

Les classiques du droit constitutionnel professaient une grande déférence envers les décisions judiciaires, en particulier envers celles de la Cour Suprême. José Manuel Estrada, par exemple, les décrivait comme “des interprétations genuines et obligatoires de la Constitution” (Estrada, 1901, p. 47). La Constitution de 1949, en vigueur jusqu’en 1955, avait établi que l’interprétation de la Constitution faite par la Cour Suprême par le recours extraordinaire et des lois ordinaires par le recours de cassation devait être appliquée obligatoirement par les juges fédéraux et provinciaux (article 97).

Aujourd’hui, malgré l’absence d’obligation légalement établie pour les juges de suivre les décisions préalables d’autres juges (de la même hiérarchie ou de hiérarchie supérieure), la plupart de la doctrine argentine considère le droit judiciaire dans le premier sens (un ensemble de décisions homogènes) comme une source du droit constitutionnel. Le droit judiciaire dans le deuxième sens peut aussi être une source de droit constitutionnel, tout en sachant cependant que l’autorité d’une décision judiciaire isolée n’est pas celle d’un ensemble cohérent de décisions.

La doctrine contemporaine reconnaît en effet que les précédents judiciaires sont une source de droit constitutionnel (Bidart Campos, 2013, chap. 1, nos. 28-30 ; Ziulu, 2014, p. 14), quoique en les plaçant dans un deuxième niveau par rapport aux autres sources. Ainsi, les précédents judiciaires sont en général vus comme un élément qui sert à interpréter les normes qui surgissent d’autres sources *générales*, comme le texte de la Constitution écrite ou les lois qui touchent à des matières constitutionnelles. La force contraignante attribuée à une décision ou à un ensemble de décisions dépend de plusieurs facteurs, comme par exemple : la hiérarchie du tribunal qui a adopté les décisions (les arrêts de la Cour Suprême, bien sûr, sont particulièrement considérés) ; si la décision a été adoptée à l’unanimité ou avec des opinions dissidentes ; le prestige du juge ou des membres du tribunal ; l’ancienneté du précédent et les changements politiques ou sociaux qui ont eu lieu depuis l’adoption de la décision ; les arguments utilisés dans la décision ; s’il s’agit d’une décision isolée ou d’un ensemble de décisions homogènes (Sola, 2010, p. 206).

Comme on vient de le dire, quoiqu’ils jouissent d’un grand prestige et d’une grande force argumentative, même les arrêts de la Cour Suprême n’établissent pas un critère formellement contraignant pour les juges inférieurs ou pour la propre Cour Suprême dans l’avenir. Or, la propre Cour Suprême a été oscillante à cet égard. Dans un vieux précédent (*Pastorino c. Ronillon Marino y cía.*, Fallos 25:364, 1883) elle a affirmé le principe selon lequel il existe un “devoir moral” des tribunaux inférieurs de se conformer à ses décisions ; les juges inférieurs pourraient cependant s’écarter de ces décisions quand, “selon leur avis, elles ne sont

pas conformes à des préceptes juridiques clairs, car aucun tribunal n'est infaillible et qu'il ne manque pas les décisions [de la Cour Suprême] qui se sont éloignées de ses propres précédents”.

Or, au fil des années, la Cour a essayé de renforcer la valeur de ses précédents. Dans un important arrêt de 1948 relatif à la constitutionnalité d'un impôt (*Santín*, Fallos 212:51, 1948) elle a dit que les juges ont liberté de jugement mais que “l'interprétation de la Constitution Nationale faite par la Cour Suprême a une autorité définitive pour l'administration de justice de toute la République” ; les juges inférieurs ne sont pas forcés à obéir aveuglément, mais ils doivent reconnaître “l'autorité supérieure” de la Cour Suprême. Ce renforcement est associé à l'idée que, selon la Cour, la méconnaissance de ses précédents signifie une offense à l'ordre constitutionnel (*Banco Hipotecario c. Desiderio Quiroga*, Fallos 189:292, 1941; *Pereyra Iraola*, Fallos 212:160, 1948 ; *Provincia de Córdoba c. Mattaldi Simón Ltda.*, Fallos, 205:614, 1948).

Plus tard, il a été expressément déclaré que la Cour Suprême décide seulement dans “les procès concrets qui lui sont soumis” et que son arrêt “n'est pas obligatoire pour des cas analogues” ; mais que les juges inférieurs “ont le devoir de conformer leurs décisions” à celles de la Cour Suprême (*Cerámica San Lorenzo*, Fallos 307:1094, 1985). L'ambiguïté est évidente : les décisions de la Cour Suprême ne sont pas obligatoires pour les juges inférieurs, qui ont cependant le devoir de se conformer à elles (?!). Ce critère a été postérieurement réitéré par la Cour (par exemple, *Rolón Zappa*, Fallos 311:1644, 1988 ; *Gay de Martín c. Plan Rombo*, Fallos 321:3201, 1998 ; *Caric Petrovic*, Fallos 325:1227, 2002 ; *Muller*, Fallos 326:1138, 2003 ; *Quadrum*, Fallos 327:2842, 2004 ; *Lortau*, Fallos 329:2614, 2006 ; *Romero*, Fallos 332:1488, 2009), combiné de temps en temps avec l'idée de la “valeur morale” des arrêts de la Cour Suprême (par exemple, *Molledo*, Fallos 311:2014, 1988).

Concernant la force contraignante des précédents pour la propre Cour Suprême, il est à noter que la Cour cite abondamment ses propres décisions et prétend montrer que chaque arrêt se place dans une ligne jurisprudentielle cohérente. Selon le propre critère du tribunal, l'autorité des précédents judiciaires n'est pas toujours décisive, mais si les circonstances de l'affaire à décider ne montrent pas clairement l'erreur ou l'inconvenance des décisions antérieurement adoptées, il faut appliquer les précédents (par exemple, *Baretta c. Córdoba*, Fallos 183:409, 1939 ; *González c. ANSES*, Fallos 323:555, 2000 ; *Arte Radiotelevisivo Argentino S. A. c. Estado Nacional*, Fallos 337:47, 2014). Or, ceci n'empêche pas la Cour de changer l'interprétation constitutionnelle quand elle le juge nécessaire, car si ses précédents doivent être suivis et respectés par elle-même, elle peut les modifier pour “des causes graves ou des raisons

de justice” (*Barreto c. Buenos Aires*, Fallos 329:759, 2006) ou encore pour “des causes graves et fondées” (*Schiffirin*, Fallos 340:257, 2017).

La Cour Suprême argentine se garde bien de maintenir la fiction selon laquelle elle ne fait qu’appliquer le texte constitutionnel. Elle ne reconnaît généralement pas qu’elle joue un rôle actif dans l’évolution constitutionnelle. Cependant, cette fiction ne peut pas cacher le fait que l’évolution de l’interprétation constitutionnelle suppose en réalité un changement du contenu matériel de la Constitution sans changement du texte. La jurisprudence de la Cour Suprême montre en effet des oscillations notoires dans plusieurs domaines. Par exemple, dans un premier moment elle a considéré que la pénalisation de la possession de stupéfiants destinés à la consommation personnelle n’était pas contraire au *principio de reserva* de l’article 19 qui protège la vie privée (*Colavini*, Fallos 300:254, 1978). Cependant, en 1986 la Cour a changé d’avis (*Bazterrica*, Fallos 308:1392, 1986) et a déclaré l’inconstitutionnalité de ce type pénal. En 1990 elle est revenue à son critère originel (*Montalvo*, Fallos 313:1333, 1990). Finalement, dans *Arriola* (Fallos 332:1963, 2009), elle a réaffirmé le critère de *Bazterrica*. Même si au milieu de ces revirements jurisprudentiels il y a eu la réforme constitutionnelle de 1994, le texte de l’article 19 (sur lequel se fondent les arguments pour et contre la pénalisation de la consommation de stupéfiants) est resté inchangé. Le contenu matériel de cet article, en revanche, a connu les changements manifestes dans ces oscillations jurisprudentielles.

Un autre exemple : l’Argentine ayant une longue histoire d’inflation, la Cour Suprême a néanmoins refusé pendant longtemps de reconnaître un droit à l’actualisation des montants des crédits sur la base des indices de dépréciation monétaire (par exemple, *Pacheco Santamarina de Bustillo*, Fallos 225:135, 1953 ; *Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c. Tornquist y Bernal*, Fallos 241:73, 1958). Mais elle a changé de critère et a reconnu que l’actualisation des valeurs des crédits venait imposée par la protection du droit de propriété (par exemple, *Roses y cía. c. Laurent*, Fallos 298:466, 1977 ; *Vera c. Sanidad S. A.*, Fallos 300:655, 1978 ; *Carlos E. Enríquez S. A.*, Fallos 301:759, 1979), l’exigence d’une indemnisation juste en cas d’expropriation (par exemple, *Santa Fe c. Nicchi*, Fallos 268:112, 1967 ; *Reconstrucción de San Juan*, Fallos 300:1059, 1978), ou le droit à une rémunération juste (par exemple, *Valdez c. Cintioni*, Fallos 301:319, 1979).

### 3. Histoire et interprétation constitutionnelle



### 3.1. Originalisme dans l'interprétation constitutionnelle

De manière générale, on peut dire qu'il existe deux manières d'interpréter le texte de la Constitution. Selon l'approche de l'originalisme, la tâche de l'interprète consiste à trouver le sens originel de la Constitution. Par contre, pour l'approche de la Constitution vivante (*living Constitution*) l'interprète doit s'efforcer de trouver le sens contemporain du texte constitutionnel.

Les originalistes se disent défenseurs de la volonté populaire. Pour eux, la démocratie consiste à être fidèle au texte que le pouvoir constituant a adopté. Toute autre interprétation, même sous prétexte d'adapter la Constitution aux circonstances actuelles, est en réalité une trahison à la volonté populaire exprimée par la voix du pouvoir constituant. Si les membres contemporains de la société ne sont pas d'accord avec les décisions constitutionnelles prises dans le passé, ils devraient modifier la Constitution par les procédures établies à cette fin, et non contourner son texte par une interprétation fictive. La position originaliste est conservatrice dans le sens qu'elle gèle la volonté populaire à un moment donné (le moment de l'adoption de la Constitution) au lieu d'essayer de trouver le contenu actuel de cette volonté populaire. Bien entendu, les originalistes répondent que, tant que le peuple ne s'est pas prononcé, on ne peut pas connaître sa volonté *actuelle*.

Une des critiques les plus fortes contre l'originalisme est qu'il est impossible de savoir avec certitude quelle a été la volonté *originelle* du peuple imprimée dans la Constitution. Les textes constitutionnels sont habituellement le résultat de compromis entre des secteurs avec des idées et des intérêts différents. La volonté des auteurs historiques du texte est parfois obscure. En plus, l'interprétation qu'on peut donner au texte adopté est différente de celle qu'on donnerait à la volonté *réelle* de l'auteur historique.

La perspective de la Constitution vivante permet de dépasser ces objections. Dans cette théorie, une interprétation démocratique exige la fidélité à la volonté actuelle du peuple, non à celle des ancêtres qui ont rédigé le texte constitutionnel. Or, la théorie de la Constitution vivante présente d'autres difficultés. En particulier, comment connaître le *sens actuel* de la Constitution ? Les opinions sur beaucoup de problèmes constitutionnels sont aujourd'hui aussi divisées qu'elles l'étaient il y a cinquante ou cent ans. Et même à supposer qu'il existe une volonté sociale majoritaire sur un sujet déterminé, comment pourraient les juges connaître ce contenu ? Devraient-ils s'appuyer sur des sondages d'opinion pour décider des affaires constitutionnelles ? Finalement, admettre que les juges doivent (et peuvent) trouver l'opinion sociale majoritaire et interpréter la Constitution à la lumière de celle-ci signifierait soustraire à

la Constitution sa fonction de protection des droits des minorités face aux abus des majorités (voir une critique de la théorie de la Constitution vivante en droit argentin dans Sagüés, 2003).

Les auteurs classiques de droit constitutionnel argentin, sans s'identifier expressément avec la théorie originaliste, donnaient un grand poids aux opinions des pères fondateurs. González Calderón affirmait que les expressions des pères fondateurs valaient "mieux que les opinions parfois capricieuses des écrivains" (González Calderón, 1923, t. I, no. 265). Le contexte historique de l'adoption du texte constitutionnel était aussi important. Pour José Manuel Estrada, par exemple, il était indispensable "de consulter l'histoire de chaque nation pour apprécier en son signifié substantiel la doctrine des clauses constitutionnelles, car elles se proposent non seulement de régler les actions futures, mais aussi de coordonner les éléments qui agissent quand elles sont adoptées, et réparer souvent les offenses du passé" (Estrada, 1901, p. 36).

Les auteurs contemporains, par contre, ne donnent pas forcément un poids spécial au contexte historique d'adoption de la Constitution ou aux opinions des pères fondateurs (voir quelques discussions sur l'interprétation constitutionnelle en général dans Mendonca et Guibourg, 2004, pp. 91-145 ; Caminos, 2014). Pour eux, ces éléments doivent être considérés, parmi beaucoup d'autres, pour comprendre de manière adéquate le texte de la Constitution. Ainsi, pour Bidart Campos, à côté des objectifs de l'auteur historique de la Constitution il faut aussi tenir compte d'une interprétation finaliste, qui adapte la Constitution aux changements des valeurs sociales (Bidart Campos, 2013, chap. III, no. 16). D'autres auteurs proposent de combiner une interprétation statique, qui tient compte du texte littéral de la Constitution, des opinions des pères fondateurs et des antécédents historiques, avec une interprétation dynamique, qui adapte la Constitution aux nouvelles réalités sociales (Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, pp. 82-89 ; Ziulu, 2014, pp. 39-40). Ekmekdjian suggère, en suivant une certaine jurisprudence de la Cour Suprême, que l'intention des auteurs de la Constitution est une limite à l'interprétation actuelle (Ekmekdjian, 2000a, t. I, pp. 60-61).

Les auteurs qui favorisent un constitutionnalisme dialogique voient l'interprétation constitutionnelle comme un processus de délibération collective sur le sens de la Constitution. Pour eux, l'interprétation de la Constitution doit imiter les discussions qui avaient lieu au moment de l'adoption de la Constitution. Il ne s'agit pas de reproduire les valeurs et les opinions originelles, mais les procédures : il faut entendre toutes les parties impliquées, recevoir les opinions de tous les intéressés, organiser des processus de consultation et de discussion collective, etc. (Gargarella, 2004 ; Gargarella, 2015).

La perspective dialogique semble intéressante à première vue. Mais, vue de plus près, elle ne donne pas de réponse aux grands problèmes d'interprétation constitutionnelle. Malgré la diversité d'expressions utilisées, la théorie dialogique se borne à un seul critère central : au moment d'interpréter la Constitution, il faut entendre toutes les parties intéressées. Or, à les entendre, on verra qu'il existe une multitude d'opinions divergentes : quelques-uns peuvent penser que le droit à la vie interdit toute forme d'avortement tandis que d'autres soutiennent que le droit à la vie privée permet aux femmes d'interrompre librement la grossesse jusqu'à un certain moment. Une fois toutes les positions entendues, comment fait-on pour choisir la bonne interprétation ? La théorie dialogique ne donne aucune réponse à cette question.

### 3.2. Le critère historique d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour Suprême

Jusqu'aux années 30 du XX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence de la Cour Suprême a montré une grande déférence pour le texte de la Constitution interprété selon la volonté de ses auteurs historiques. Cette forme d'interprétation statique ou originaliste a trouvé son principal défenseur dans le juge Bermejo, membre et président de la Cour pendant longtemps et dont les opinions ont marqué la jurisprudence des trois premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle.

Dans les arrêts *Hileret* (Fallos 98:20, 1903) et *Nougués* (Fallos 98:52, 1903), par exemple, la Cour s'est basée sur le critère de la volonté historique des auteurs de la Constitution pour disqualifier certaines mesures de planification économique adoptées par la province de Tucumán par rapport à l'industrie du sucre. La planification était en effet difficilement compatible avec l'idéal du libéralisme économique qui avait inspiré les constituants en 1853. Le même critère historiciste s'est répété dans d'autres arrêts (par exemple, *Méndez*, Fallos 127:429, 1918 ; *Griet*, Fallos 137:212, 1922).

Les grandes transformations économiques et l'intervention croissante de l'État, cependant, exigeaient de nouvelles théories interprétatives. Avec un précédent isolé dans *Ercolano c. Lanteri* (Fallos 136:161, 1922) et, plus droitement, à partir de l'arrêt *Avico c. De la Pesa* (Fallos 172:21, 1934) la jurisprudence a choisi une interprétation *dynamique* qui tient plus en compte les valeurs dominantes au moment de l'interprétation que la volonté historique de l'auteur du texte constitutionnel. L'interprétation dynamique apparaît explicitement, à partir de ce moment-là, dans beaucoup de décisions (par exemple, *Bressani*, Fallos 178:9, 1937 ; *Merck Argentina*, Fallos 211:162, 1948 ; *Kot*, Fallos 241:291, 1958 ; *Nación c. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 256:588, 1963 ; *Fernández Orquín c. Ripoll*, Fallos 264:416, 1966 ; *Peralta*, Fallos 313:1512, 1990 ; *Municipalidad de Buenos Aires c. ENTEL*, Fallos 320:2701, 1997).

Bien sûr, le principe général de l'interprétation dynamique peut se combiner avec une multitude de techniques d'interprétation différentes et déboucher par conséquent sur des résultats très différents.

Un exemple clair d'interprétation dynamique est celui de la constitutionnalité du régime civil relatif au divorce. Jusqu'aux années 80 du XX<sup>e</sup> siècle, la législation civile n'admettait pas le divorce avec dissolution du lien conjugal (le *divorce* autorisé par la loi argentine était en réalité une sorte de séparation légale qui ne rompait pas le lien et qui, par conséquent, ne permettait pas un nouveau mariage). La référence au contexte historique et social du moment de la décision a permis à la Cour Suprême de déclarer que l'impossibilité des personnes divorcées de se remarier était contraire à la Constitution (*Sejean*, Fallos 308:2268, 1986).

Cette préférence pour l'interprétation dynamique de la Constitution n'a pas cependant impliqué l'abandon total du critère historique d'interprétation, que la Cour récupère quand il lui est utile pour arriver à la solution qu'elle désire. Ainsi, dans beaucoup d'arrêts des trente dernières années, la Cour a affirmé que la première technique d'interprétation consiste à trouver la volonté de l'auteur de la Constitution (par exemple, *Asunción de funciones. Jueces en comisión*, Fallos 313:1232, 1990). Le critère de la volonté de l'auteur de la Constitution apparaît en effet dans de nombreux arrêts (par exemple, *Carbone*, Fallos 314:881, 1991 ; *Bergna*, Fallos 314:749, 1991 ; *Chocobar*, Fallos 319:3241, 1996 ; *Gorriarán Merlo*, Fallos 322:2488, 1999 ; *Aparicio*, Fallos 338:284, 2015 ; *Uriarte*, Fallos 338:1216, 2015).

En cohérence avec ce critère historiciste, la Cour recourt fréquemment à l'autorité des pères fondateurs pour interpréter le texte constitutionnel. Ainsi, par exemple, l'opinion des membres des Conventions constituantes (celle de 1853 et celles qui ont introduit des réformes postérieures) est souvent citée (par exemple, *Horvath*, Fallos 318:676, 1995 ; *Chaco c. Estado Nacional*, Fallos 321:3236, 1998 ; *Bussi*, Fallos 330:3160, 2007 ; *Ministerio de Cultura y Educación*, Fallos 331:1123, 2008 ; *Caligiuri*, Fallos 331:1927, 2008 ; *Sesma*, Fallos 326:2612, 2003 ; *Morales*, Fallos 334:144, 2011 ; *Camaronera Patagónica SA*, Fallos 337:338, 2014). Le grand théoricien du droit public argentin Juan Bautista Alberdi est aussi souvent évoqué (par exemple, *Estado nacional c. Arenera El Libertador*, Fallos 314:595, 1991 ; *Vera Barros*, Fallos 316:3043, 1993 ; *Horvath*, Fallos 318:676, 1995 ; *Video Club Dreams*, Fallos 318:1154, 1995 ; *Baca Castex*, Fallos 323:1374, 2000 ; *Mexicana de Aviación SA*, Fallos 331:1942, 2008).

Le recours à la volonté de l'auteur de la Constitution permet ou exige parfois de dépasser la teneur littérale des préceptes constitutionnels. Par exemple, la Constitution établit dans son article 18 que personne ne peut être jugé que par les tribunaux qui étaient compétents pour juger des délits imputés au moment de la (supposée) commission de ces délits. Une interprétation

littérale de cette norme signifierait que tout changement de la structure judiciaire mène à l'impunité des délits commis avant le changement et qui n'ont pas encore reçu de décision ferme (car les nouveaux tribunaux ne pourraient pas étendre leur compétence de manière rétroactive). Cette interprétation a été écartée par la Cour Suprême, selon laquelle on devait s'appuyer sur la volonté de l'auteur de la Constitution, qui était d'empêcher tout détournement arbitraire de la compétence des juges mais non d'empêcher des réformes générales de la structure judiciaire (*Jaramillo*, Fallos 17:22, 1875 ; *Grisolía*, Fallos 234:482, 1956). Un autre exemple de dépassement de la teneur littérale de la Constitution, cette fois-ci en matière de protection des droits et libertés, est l'arrêt *Urteaga* (Fallos 321:2762, 1998). La Cour a permis l'exercice de l'action d'*habeas data* par une personne qui n'était pas le titulaire des données personnelles qui devaient être dévoilées (il s'agissait du frère d'une personne *desaparecida* pendant la dernière dictature), malgré le texte strict de la Constitution qui restreint la légitimation à ce titulaire.

Dans d'autres arrêts la Cour fait référence aux fins de la Constitution (c'est-à-dire, à la *volonté de la norme*, comme une réalité différente de la *volonté historique de l'auteur de la norme*). C'est le cas, par exemple, des arrêts *Kot* (Fallos 249:296, 1958), *Municipalidad de Buenos Aires c. ENTEL* (Fallos 320:2701, 1997) ou *Chocobar* (Fallos 319:3241, 1996). Toutefois, la volonté de l'auteur historique de la Constitution n'est pas toujours facile à différencier de la finalité de la norme constitutionnelle (voir, par exemple, *Gauna*, Fallos 320:875, 1997 ; *Verbitsky*, Fallos 328:1146, 2004 ; *Halabi*, Fallos 332:111, 2009).

La Cour utilise aussi le critère d'interprétation systématique. La Constitution doit être interprétée comme un ensemble harmonique, où chaque règle doit être lue à la lumière des autres. Il faut faire une harmonisation entre toutes les normes de la Constitution, de sorte qu'elles reçoivent toutes le même poids (par exemple, *Batalla*, Fallos 272:62, 1970 ; *García de Machado*, Fallos 312:1681, 1989 ; *Unión de Fuerzas Sociales*, Fallos 315:71, 1992 ; *Chocobar*, Fallos 319:3241, 1996 ; *Chedid*, Fallos 320:74, 1997 ; *S., V. c. M., D. A.*, Fallos 324:975, 2001 ; *Sánchez*, Fallos 318:1602, 2005).

Le critère systématique est parfois présenté comme complémentaire du critère de la volonté de l'auteur de la Constitution. En effet, si chaque disposition de la Constitution doit être interprétée à la lumière des autres c'est parce qu'il n'est pas possible d'attribuer une contradiction à l'auteur de la Constitution ou de supposer qu'une disposition constitutionnelle est superflue (par exemple, *Bruno*, Fallos 311:460, 1988 ; *Chocobar*, Fallos 319:3241, 1996).

Selon la Cour, la jurisprudence constitutionnelle doit aussi considérer les conséquences de choisir une interprétation constitutionnelle. Ainsi, l'interprétation de la Constitution ne peut

pas déboucher sur une solution qui ne tient pas en compte les conséquences pratiques de la décision (par exemple, *Bressani*, Fallos 178:9, 1937 ; *Merck Química Argentina*, Fallos 211:162, 1948 ; *Bustos Núñez*, Fallos 240:223, 1958 ; *Asunción de funciones. Jueces en comisión*, Fallos 313:1232, 1990 ; *Cocchia*, Fallos 316:2624, 1993).

Finalement, la Cour a aussi signalé que l'interprétation de la Constitution doit tenir compte des circonstances sociales, politiques et économiques de chaque époque. Paradoxalement, ce critère a tantôt servi à l'élargissement du champ d'action des droits et libertés constitutionnels (par exemple, *Sejean*, Fallos 308:2268, 1986 ; *Verbitsky*, Fallos 328:1146, 2004 ; *Halabi*, Fallos 332:111, 2009), tantôt à leur restriction (par exemple, *Chocobar*, Fallos, 319:3241, 1996).

#### **4. La mémoire constitutionnelle : dimension symbolique**

Toute Constitution a une force symbolique propre, qui dérive principalement des valeurs politiques dont elle se dit porteuse. Dans le cas argentin, ces valeurs sont condensées principalement dans le préambule constitutionnel. Le préambule commence par l'énonciation du sujet politique qui est l'auteur du texte constitutionnel : "Nous, les représentants du peuple de la Nation argentine, réunis en Congrès général constituant". Puis, le préambule indique les antécédents immédiats de ce Congrès. Les représentants se sont réunis "par volonté et élection des provinces" qui composent la Nation argentine et "conformément aux pactes préexistants" (voir ci-dessus).

Le préambule continue par énoncer les objectifs de la Constitution : "constituer l'union nationale, renforcer la justice, consolider la paix intérieure, organiser la défense commune, promouvoir le bien-être général et assurer les bénéfices de la liberté". Ces objectifs doivent être garantis "pour nous [les auteurs de la Constitution], pour notre postérité et pour tous les hommes du monde qui veulent habiter sur le sol argentin". Pour finir, et avant d'"ordonner, décréter et établir" la Constitution, ses auteurs invoquent "la protection de Dieu, source de la raison et de la justice".

Le contenu du préambule ainsi que sa valeur juridique ont été analysés tant par des auteurs classiques du droit constitutionnel (Sarmiento, 1853, pp. 53-110 ; González Calderón, 1923, pp. 319-352) que par des auteurs contemporains (Ekmekdjian, 2000a, t. I, pp. 67-80 ; Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, pp. 75-78). En général, ces auteurs s'accordent à reconnaître la valeur du préambule comme instrument d'appui pour l'interprétation des dispositions de la Constitution. Le même critère a suivi la Cour Suprême dans ses arrêts (par exemple, *Barry*,

Fallos 319:2151, 1996 ; *Líneas de Transmisión del Litoral*, Fallos 332:2862, 1999 ; *Lépori*, Fallos 324:1710, 2001 ; *Gentini*, Fallos 331:1815, 2008 ; *Blanco*, Fallos 341:1924, 2018).

La Constitution argentine, à la différence d'autres textes constitutionnels, ne contient pas de dispositions sur les symboles nationaux. Le drapeau bleu clair-blanc-bleu clair a été institué comme symbole national par le Congrès de Tucumán (le même qui avait déclaré, quelques jours avant, l'indépendance du pays) en 1816 (décret du 20 juillet 1816). En 1818, un décret du Directeur Suprême a ajouté le soleil des incas au centre de la frange blanche du drapeau (Décret du 25 février 1818). Comme il existait une certaine anarchie sur les détails exacts du drapeau, un décret adopté en 1944 par le gouvernement militaire de l'époque a fixé ces détails (Décret 10.302/1944). Un décret présidentiel de 2010, sans déroger à celui de 1944, a actualisé les règles sur le drapeau en les adaptant aux normes de standardisation IRAM (Décret 1.650/2010).

L'écusson est un autre emblème national. Il a été adopté par l'Assemblée de 1813 (Décret du 12 mars 1813). Le Décret 10.302/1944 a détaillé son dessin et l'a déclaré officiellement un symbole national. Les paroles du chant national ont été écrites en 1812 par Vicente López y Planes et adoptées officiellement par l'Assemblée de 1813. Le Décret présidentiel du 30 mars 1900 a écourté la version des paroles qui sont chantées lors des événements publics. L'Assemblée de 1813 a aussi demandé à Blas Parera la musique pour le chant national. La musique a été améliorée en 1860 par Juan Pedro Esnaola. Le Décret 10.302/1944 a confirmé le caractère officiel des paroles et a approuvé la musique de Parera et Esnaola.

Le statut légal des normes sur les symboles nationaux est incertain. L'Assemblée de 1813 (qui a approuvé l'usage de l'écusson et les paroles, mais non la musique, du chant national) et l'Assemblée de 1816 (qui a adopté le drapeau) étaient des Assemblées constituantes, quoique celle de 1813 n'ait pas finalement adopté un texte constitutionnel et le texte constitutionnel de 1819 adopté par l'Assemblée constituée en 1816 a eu une très courte application. Le décret de 1944 qualifie les emblèmes qu'il régle comme "des institutions de nature constitutionnelle". Il semble en tout cas que, au-delà des décisions des Assemblées de 1813 et 1816, les symboles nationaux ont été largement acceptés par la pratique et leur utilisation fait partie du droit constitutionnel coutumier.

Le texte constitutionnel actuellement en vigueur contient une disposition sur le nom officiel du pays qui provient de la réforme constitutionnelle de 1860 (article 35). Selon ce texte, les dénominations utilisées depuis 1810, date de la formation du premier gouvernement autonome, sont des dénominations officielles du pays. Ces dénominations sont : *Provincias*

*Unidas del Río de la Plata* (Provinces Unies du Fleuve de la Plata), qui a été la première à être utilisée car le pays s'est formé justement comme une union de provinces qui se voulaient autonomes ; *República Argentina* (République Argentine), qui est le nom le plus couramment utilisé de nos jours ; et *Confederación Argentina* (Confédération Argentine), qui avait été le nom utilisé par la Constitution de 1853. Or, pour sanction des lois, le Pouvoir Législatif doit utiliser l'expression *Nación Argentina* (Nation Argentine).

La langue espagnole est, de fait, la langue officielle du pays. Il n'existe pas de dispositions constitutionnelle ou légale écrite à cet égard, mais il semble bien que le caractère officiel de l'espagnol relève d'une coutume constitutionnelle. Même si la réforme constitutionnelle de 1994 a reconnu le droit des peuples autochtones à une éducation "bilingue et interculturelle" (article 75 alinéa 17), aucune prévision constitutionnelle ne se réfère au statut légal des langues indigènes.

La réforme constitutionnelle de 1994 a aussi ajouté au texte constitutionnel une disposition sur la souveraineté argentine sur les îles Malouines. Ces îles, placées dans le sud de l'océan Atlantique, faisaient partie de l'empire espagnol en Amérique, ont été occupées de fait par le Royaume Uni en 1833 et sont revendiquées par l'Argentine depuis ce moment-là. La Guerre des Malouines de 1982 reste encore dans la mémoire des Argentins comme un fait tragique.

Selon la première disposition transitoire incluse par la réforme de 1994, "la Nation argentine ratifie sa souveraineté légitime et imprescriptible sur les îles Malouines, Géorgie du Sud et Sandwich du Sud et les espaces maritimes et insulaires correspondants, car ils font partie intégrante du territoire national". La même disposition ajoute que "la récupération desdits territoires et le plein exercice de la souveraineté, dans le respect du mode de vie de ses habitants et conformément aux principes du droit international, constituent un objectif permanent et inaliénable du peuple argentin".

## **5. Une Constitution pour l'avenir**

### **5.1. Le futur proche : le droit constitutionnel transitoire**

La Constitution argentine de 1853 ne comportait pas, dans sa version originelle, de dispositions de droit constitutionnel transitoire identifiées en tant que telles. Les réformes de 1860, 1866 et 1898 n'ont pas changé cette situation. Cependant, la Constitution de 1853 a placé,



parmi ses articles ordinaires, des dispositions qui allaient devenir inapplicables après un certain temps. C'étaient en fait des dispositions transitoires non identifiées avec ce nom. Ainsi, l'article 34 établissait le nombre de députés par province pour la première période législative et l'article 37 laissait dans les mains des gouvernements des provinces la décision sur les modalités d'élection des députés pour la première période législative. Ces articles ont été renumérotés comme articles 38 et 41 après la réforme de 1860 et sont toujours inscrits dans le texte de la Constitution (sous les numéros 46 et 49 après la réforme de 1994), même s'ils sont aujourd'hui inapplicables.

La Constitution de 1949 a été la première à inclure une section spécifique de dispositions transitoires. Quelques-unes de ces dispositions concernaient des aspects strictement formels, comme la date d'entrée en vigueur de la Constitution (deuxième disposition) et le serment d'obéissance à la Constitution par les autorités (troisième disposition). D'autres étaient relatives à l'organisation des pouvoirs publics, comme celle qui établissait le nombre et les compétences des ministères avant l'adoption de la loi spécifique par le Congrès (première disposition) et celle qui se référait à la durée des mandats des députés et des sénateurs en fonctions (sixième disposition). Une troisième catégorie de dispositions, finalement, avait une importance politique fondamentale : cette catégorie incluait l'autorisation aux pouvoirs législatifs provinciaux pour réformer leurs Constitutions (cinquième disposition) et l'obligation de renouveler l'accord du Sénat pour tous les ambassadeurs et juges en fonctions (quatrième disposition), ce qui allait permettre au gouvernement de nommer dans ces postes des personnes proches du parti péroniste.

Le rétablissement de la Constitution de 1853 en 1955 et la réforme à ce texte faite en 1957 n'ont pas non plus entraîné l'inclusion de dispositions transitoires. En revanche, la réforme constitutionnelle de 1994 a fait largement usage de cette technique. À l'exception de la disposition transitoire relative à la souveraineté argentine sur les îles Malouines déjà commentée (première disposition transitoire), elles concernent toutes l'application des réformes introduites en 1994.

Ainsi, quelques dispositions concernent le nombre, la durée des mandats et le mode d'élection des sénateurs (quatrième et cinquième dispositions) ainsi que la durée du mandat du président de la République (neuvième et dixième dispositions). D'autres sont relatives à la nomination et la durée des mandats de juges (onzième et treizième), les pouvoirs du chef du cabinet des ministres (douzième) et le fonctionnement du Conseil de la Magistrature (quatorzième). Il y a aussi des dispositions sur l'application du nouveau régime d'autonomie de la ville de Buenos Aires (septième et quinzième), sur la délégation législative (huitième), sur la

distribution des impôts recouverts par le gouvernement fédéral (sixième), sur les mesures positives en faveur des droits politiques des femmes (deuxième) et sur la réglementation du droit d'initiative législative populaire (troisième). Finalement, d'autres dispositions sont relatives à l'entrée en vigueur du nouveau texte (seizième et dix-septième dispositions).

Finalement, en matière de droit constitutionnel transitoire, il faut mentionner une réforme constitutionnelle tout à fait particulière, dans la mesure où elle devait être en vigueur seulement jusqu'à une date d'échéance déterminée. En 1972, le gouvernement militaire a déclaré par une loi la nécessité de la réforme constitutionnelle (Loi 19.608 de 1972). Cette même année, la même *Junta* de commandants militaires, "en exercice du pouvoir constituant", a adopté un document intitulé *Statut Fondamental* qui modifiait plusieurs dispositions de la Constitution (Statut Fondamental du 24 août 1972). La particularité de ce Statut était qu'il devait rester en vigueur seulement jusqu'au 24 mai 1977 ou jusqu'au 24 mai 1981 si une Convention constituante ne se prononçait sur la matière avant le 24 août 1976.

Comme il n'y a pas eu de Convention constituante dans le délai prévu, on pourrait supposer que les réformes introduites par le Statut sont restées en vigueur jusqu'en 1981. Or, le gouvernement démocratiquement élu en 1973 a appliqué seulement quelques dispositions du Statut, ce qui pose des doutes sur son efficacité réelle. D'ailleurs, en 1976 un coup d'État a renversé les autorités constitutionnelles de sorte que la Constitution (avec ou sans les modifications du Statut) a été suspendue *de facto*.

Le Statut Fondamental de 1972 a été tout à fait singulier dans sa nature, car aucun gouvernement militaire n'avait jusqu'à ce moment-là introduit de réformes au texte de la Constitution de 1853. Certes, le gouvernement militaire de 1955 avait abrogé la Constitution de 1949 et rétabli celle de 1853, mais il avait aussi convoqué une Convention constituante pour réformer cette dernière (et, simultanément, valider l'abrogation de la Constitution péroniste qu'il avait décrété sans aucune légitimation démocratique). Le gouvernement militaire de 1966 avait adopté un Statut pour l'organisation des pouvoirs du régime et le gouvernement militaire de 1976 allait faire de même ; ces Statuts prévalaient de fait sur la Constitution de 1853, dans la mesure où ils méconnaissaient les institutions démocratiques prévues dans cette dernière. Mais ils n'ont pas introduit de modifications au texte constitutionnel lui-même.

## 5.2. La réforme de la Constitution

La Constitution de 1853 a prévu la possibilité de sa réforme. Selon le texte de l'article 30 qui reste, en sa substance, inchangé depuis cette date-là, "la Constitution peut être réformée

totalemment ou partiellemment”. Or, la Constitution argentine est une Constitution rigide, dont la modification doit être faite par une Convention constituante spéciale et non par le Pouvoir Législatif ordinaire. Selon l’article 30, “la nécessité de réformer la Constitution doit être déclarée par le Congrès à la majorité de deux tiers, au moins, de ses membres ; mais cette réforme ne sera faite que par une Convention convoquée à cet effet”<sup>4</sup>.

Selon le texte originel de 1853, la première réforme ne pouvait être faite que dix ans après l’adoption de la Constitution, c’est-à-dire, pas avant 1863 (article 30). Or, en 1860, et comme condition pour la réincorporation de la province de Buenos Aires à la République, une grande réforme constitutionnelle a été mise en place. Si l’on s’en tient au texte de la Constitution de 1853, la réforme de 1860 a été une *réforme inconstitutionnelle de la Constitution*, car elle a été faite en violation des règles sur la réforme constitutionnelle. Les circonstances politiques, cependant, ont mené à l’acceptation de cette réforme, dont la validité n’est pas discutée de nos jours. La réforme de 1860, par souci de cohérence rétrospective, a éliminé l’interdiction de réformer la Constitution pendant dix ans.

En plus de la réforme de 1860, la Constitution a été réformée dans des aspects ponctuels, par une Convention constituante, en 1866 et en 1898. En 1949, le gouvernement péroniste a mis en place une nouvelle Constitution qui a remplacé celle de 1853. En 1955, le gouvernement militaire de l’époque a abrogé la Constitution péroniste et rétabli celle de 1853, cette dernière modifiée en 1957 par une Convention constituante convoquée par le même gouvernement militaire. En 1972, un autre gouvernement militaire a introduit, sans convoquer la Convention constituante, une réforme temporelle de la Constitution de 1853 (voir ci-dessus). La dernière réforme constitutionnelle date de 1994 et elle a été faite par une Convention constituante convoquée selon les règles de la Constitution.

La procédure de réforme est énoncée de manière très générale par l’article 30 de la Constitution. Selon cet article, la nécessité de la réforme doit être déclarée par le Congrès. La pratique historique est uniforme dans le sens de déterminer que cette déclaration est faite successivement par les deux chambres législatives (et non par une Assemblée législative unique composée des membres des deux chambres). La Constitution de 1853, avant la réforme de 1860, prévoyait que le droit d’initiative en cette matière correspondait au Sénat et non à la Chambre des Députés, ce qui laissait en clair que les deux chambres intervenaient séparément.

---

<sup>4</sup> Une deuxième manière de réformer la Constitution a été autorisée en 1994. Depuis cette date-là, en effet, le Congrès peut accorder à des traités internationaux sur les droits de l’homme la même valeur de suprématie du texte constitutionnel lui-même. Cette décision doit être adoptée à la majorité des deux tiers de la totalité des membres de chaque chambre législative (article 75 alinéa 22 de la Constitution). Cette disposition constitutionnell, quoique pour des aspects très concrets, autorise le Pouvoir Législatif à introduire directement une réforme constitutionnelle sans convoquer une Convention constituante.

La pratique historique indique aussi que le Congrès se prononce par une loi, même si cet aspect n'est pas indiqué dans l'article 30. Une première question qui reste ouverte est si le Pouvoir Exécutif peut exercer son droit de veto sur cette loi, comme il peut le faire sur les droit ordinaires. La deuxième question ouverte est relative à la manière de compter la majorité de deux tiers exigée par la Constitution. En 1860, 1866 et 1949 la nécessité de la réforme constitutionnelle a été déclaré par une majorité de deux tiers des membres présents lors du débat, mais qui n'atteignait pas les deux tiers de la totalité des membres de chaque chambre (comme il a été dit, la réforme de 1957 a été faite par une Convention constituante convoquée par un décret adopté par un gouvernement de fait et celle de 1972 directement par une disposition adoptée par le Pouvoir Exécutif du gouvernement militaire).

Un autre aspect débattu par les constitutionnalistes argentins est celui des limites substantifs de la réforme constitutionnelle. Trois limites possibles ont été énoncées. La première limite viendrait, pour certains auteurs, de l'existence de *cláusulas pétreas* (des *clauses de pierre*), c'est-à-dire, des parties substantives de la Constitution qui ne pourraient pas être changées par la procédure de la réforme constitutionnelle. D'autres pensent que la démocratie, le fédéralisme, le soutien de l'État à l'Église catholique et la forme républicaine de gouvernement auraient cette nature (Bidart Campos, 2013, chap. II, no. 7). D'autres voient des clauses de pierre là où le texte constitutionnel utilise un langage qui semble interdire tout changement, comme par exemple quand il établit que la peine de mort et la torture "sont abolies pour toujours" (article 18) ou que la confiscation générale des biens "est effacée pour toujours du Code Pénal argentin" (article 17) (Colautti, 1996, pp. 26-27).

Cependant, la Constitution n'indique pas qu'il y ait des dispositions constitutionnelles inchangeables ; bien au contraire, l'article 30 prévoit la possibilité de réformer la Constitution "totalement ou partiellement" (Quiroga Lavié et al., 2009, t. I, pp. 34-35). La doctrine qui proclame l'impossibilité de changer une partie de la Constitution, en plus de transparaître une vision essentialiste du droit constitutionnel, semble refléter les propres préférences idéologiques des auteurs qui la soutiennent et qui voudraient garder inchangés certains principes constitutionnels. En effet, la théorie des clauses des pierres n'est possible qu'à partir d'une conception essentialiste de la Constitution. Pour toute conception normative non-essentialiste, la nature de clause inchangeable ne peut être attribuée à une disposition constitutionnelle que par une autre norme constitutionnelle qui, à son tour, pourrait être modifiée.

Une deuxième limite aux réformes constitutionnelles viendrait du droit international public ou même des pactes entre les acteurs politiques et régionaux qui préexistent à l'adoption du texte constitutionnel, comme les "pactes préexistants" dont parle le préambule de la

Constitution argentine (Colautti, 1996, pp. 24-26). Les rapports entre le droit interne et le droit international en droit argentin sont assez complexes (voir Bazán, 2007 ; Paglieri, 2011 ; Arlettaz, 2017). Sur les “pactes préexistants”, voir ce qui a été dit ci-dessus.

Finalement, une troisième limite substantive à l’exercice du pouvoir de réforme pourrait venir des conditions établies par les pouvoirs constitués au moment d’ouvrir la procédure de réforme. En effet, comme il a été dit, la réforme constitutionnelle doit être faite par une Convention constituante spécifique, qui est convoquée par une décision des pouvoirs constitués. La pratique historique est hésitante à ce regard : si les lois qui ont déclaré la nécessité de la réforme constitutionnelle en 1860, 1866, 1898 et 1994 ont énoncé les aspects concrets qui seraient modifiés, celles qui ont ouvert la procédure constituante en 1949 et 1957 n’ont par contre aucunement limité les pouvoirs de la Convention constituante.

Dans un premier temps, la Cour Suprême a refusé de juger la validité des normes constitutionnelles introduites par la procédure de la réforme (sur le contrôle de constitutionnalité sur les réformes constitutionnelles, voir Ferreyra, 2007). Ainsi, relativement à l’article 14 bis introduit par la réforme de 1957, la Cour a considéré que les juges n’étaient pas compétents pour évaluer si, pour l’adoption de cet article, la Convention constituante avait respecté son propre règlement interne (*Soria de Guerrero*, Fallos 256:556, 1963). La Cour a plus tard changé d’avis et a accepté qu’il était possible de déclarer l’inconstitutionnalité d’une réforme constitutionnelle. Dans l’arrêt *Fayt*, la Cour a déclaré inapplicable une règle sur le mandat des juges incorporée par la réforme de 1994 parce qu’une telle modification n’avait pas été autorisée par la loi qui avait déclaré la nécessité de la réforme (*Fayt*, Fallos 322:1609, 1999). Il y a quelques années, finalement, la Cour, tout en maintenant le principe selon lequel les juges peuvent contrôler la validité des réformes constitutionnelles, a déclaré que ce contrôle devait se faire de manière très restrictive. Ainsi, la même règle qui avait été déclarée inapplicable dans l’arrêt *Fayt* a été considérée valide et applicable dans l’arrêt *Schiffrin* (Fallos 340:257, 2017).

## **6. La gestion de la mémoire à l’épreuve des libertés constitutionnelles**

### **6.1. Le droit à la mémoire**

La question du droit à la mémoire a été discutée en Argentine en relation étroite avec le droit à la vérité, entendu en tant que droit à connaître la vérité historique sur des événements traumatiques du passé récent (voir nos travaux Arlettaz, 2012 ; Arlettaz, 2013). Après la fin du

dernier régime dictatorial en 1983, le président Alfonsín a créé la Commission Nationale sur la Disparition de Personnes (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP), qui devait mener une enquête afin d'établir la vérité historique sur les graves crimes commis pendant la dictature, en particulier la disparition forcée de personnes (Décret 187/83). La Commission a élaboré et publié un rapport sous le nom de *Nunca más (Jamais plus)* qui contenait des preuves sur la disparition forcée d'environ neuf mille personnes, même si la Commission reconnaissait que le nombre réel des disparitions était beaucoup plus large (CONADEP, 1984).

Sur la base de ce rapport et d'autres preuves et témoignages, un tribunal civil a condamné en 1985 les principaux responsables du régime militaire (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*, 09/12/1985). La Cour Suprême de Justice, tout en changeant quelques détails techniques, a confirmé les condamnations (*Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto del Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 309:5, 1986).

La condamnation des hauts responsables de la répression illégale laissait cependant en suspens la question de la responsabilité de ceux qui avaient exécuté les ordres des membres des Juntas. Quand les tribunaux ont commencé à ouvrir des procédures pénales contre ceux-ci, la pression des Forces Armées a arraché au gouvernement l'adoption de deux lois qui, de fait, ont fonctionné comme des amnisties en faveur des auteurs matériels des délits : la Loi de Point Final (*Ley de Punto Final*, Loi 23.492 de 1986) a établi une date limite au-delà de laquelle il ne serait plus possible d'ouvrir des procédures pénales et la Loi du Devoir d'Obéissance (*Ley de Obediencia Debida*, Loi 23.521 de 1987) a présumé que les auteurs matériels des délits avaient agi sans la possibilité de désobéir les ordres qu'ils avaient reçues de leurs supérieurs hiérarchiques. Quelques années plus tard, le président Menem a gracié les hauts responsables qui avaient été condamnés en 1985 (Décrets 1.002/89, 1.003/89, 1.004/89 et 1.005/89).

Très tôt, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme a déclaré que la Loi de Point Final, la Loi du Devoir d'Obéissance et les décrets de grâce étaient contraires aux standards internationaux, dans la mesure où ils méconnaissaient le droit à la protection judiciaire des victimes de violations très graves aux droits de l'homme (Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport 28/92). Les tribunaux argentins, par contre, ont considéré pendant longtemps que ces dispositions étaient légitimes. Or, ce mêmes tribunaux ont ouvert depuis 1998 les *procédures pour la vérité (juicios por la verdad)* : des procédures

judiciaires tendant à établir publiquement la vérité des faits relatifs aux violations graves des droits de l'homme pendant la dernière dictature, sans pour autant condamner les responsables qui bénéficiaient encore de la protection de la Loi de Point Final, de la Loi du Devoir d'Obéissance et des décrets de grâce (sur les *juicios por la verdad* voir Andriotti Romanin, 2013 ; Garibian, 2014).

En 1998, le Congrès a abrogé la Loi de Point Final et la Loi sur le Devoir d'Obéissance (Loi 24952 de 1998). Cependant, il s'agissait d'une mesure de portée purement symbolique, puisque l'abrogation pour l'avenir n'empêchait pas les lois de continuer à produire leurs effets en vertu du principe d'application de la loi pénale plus douce. En 2001, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans une affaire contentieuse intentée contre le Pérou, a établi que, dans le cadre de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme, les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement d'exclusions de responsabilité visant à entraver l'enquête et la punition des violations graves des droits de l'homme (telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires et les disparitions forcées) sont inadmissibles (Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Barrios Altos vs. Perú*, 2001).

Deux ans plus tard, le Congrès argentin a déclaré nulles la Loi de Point Final et la Loi sur le Devoir d'Obéissance. La déclaration de nullité, à la différence de la simple abrogation pour l'avenir, a eu un effet rétroactif et a permis la réouverture des procédures qui avaient été fermées dans les années 80. En 2004, la Cour Suprême argentine a repris la jurisprudence interaméricaine et a déclaré que les responsables de graves violations de droits de l'homme ne pouvaient en aucun cas bénéficier de la prescription, l'amnistie, le droit de grâce ou n'importe quelle autre forme d'exclusion de la responsabilité pénale (*Arancibia Clavel*, Fallos 327:3312, 2004). Paradoxalement, l'arrêt *Arancibia Clavel* n'était pas relatif aux crimes de la dictature argentine, mais aux crimes de la dictature chilienne commis sur le territoire argentin. En tout cas, la Cour Suprême a immédiatement appliqué le même critère aux crimes de la dictature argentine et a déclaré la nullité de la Loi de Point Final et la Loi du Devoir d'Obéissance (*Simón*, Fallos 328:2056, 2005), ainsi que des décrets de grâce (*Mazzeo*, Fallos 330:3248, 2007).

La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a développé, à partir du droit d'accès aux tribunaux et du droit à un procès équitable, l'idée que la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme protège le droit à la vérité (parmi beaucoup d'autres : *Castillo Páez vs. Perú*, 1997 ; *La Cantuta vs. Perú*, 2006 ; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, 2006 ; *Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006). Il faut rappeler que, selon l'article 75 alinéa 22 de la Constitution, la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme jouit de suprématie constitutionnelle.

## 6.2. Le droit à l'oubli

La question du droit à l'oubli, c'est-à-dire, le droit d'une personne à ce que certaines informations lui concernant disparaissent des bases de données ou des sources d'information ou, au moins, cessent d'être disponibles pour le public après un certain temps, a été largement débattue surtout autour de normes qui protègent les données personnelles, l'honneur et la vie privée.

En Argentine, certaines dispositions légales ont consacré un droit à l'oubli dans des matières concrètes. Par exemple, relativement aux services d'information sur le crédit qui visent à réduire le risque de non-paiement dans les activités commerciales, les tribunaux avaient déclaré qu'il n'était pas possible de demander la suppression des données personnelles légitimement recueillies par les services d'information sur le crédit que si ces informations étaient fausses (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, *R., R. J. c. Organización Veraz SA*, 06/09/1996, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *Pochini, Oscar y otro c. Organización Veraz SA*, 08/09/1997). Après l'adoption de la Loi sur les données personnelles (Loi 25.326 de 2000), la Cour Suprême a reconnu qu'il existait aussi un droit à obtenir la rectification des données si elles étaient incomplètes ou inexactes (*Martínez c. Organización Veraz*, Fallos 328:797, 2005 ; *Di Nunzio c. The First National Bank of Boston y otros*, Fallos 329:5239, 2006).

En plus, selon la Loi sur les données personnelles, les entreprises d'information sur le crédit ne peuvent traiter que les données relatives aux cinq dernières années ; or, ce délai est réduit à deux ans s'il s'agit d'informations sur l'accomplissement des obligations et que le débiteur paie la dette (article 26). La jurisprudence des tribunaux civils a qualifié cette situation comme celle d'un véritable *droit à l'oubli*, a ordonné la suppression des données gardées au-delà du temps autorisé par la loi et, parfois aussi, a accordé des indemnités aux personnes qui avaient subi un préjudice (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, *Urbandt, Paula c. Banco Río de la Plata SA s/amparo*, 05/02/2008). D'autre part, la Cour Suprême a déclaré que le délai de cinq ans établi par la loi sur la protection des données est indépendant du délai de prescription de la dette ; par conséquent, il peut y avoir des créances exigibles qui ne doivent pas être traitées par les entreprises d'information sur le crédit (nonobstant l'obligation légale d'informer à la Banque Centrale sur les situations de non-paiement le cas échéant) (*Napoli*, Fallos 334:1327, 2011 ; CSJN, *Catania*, Fallos 334:1276, 2011).

Or, au-delà de ces dispositions concrètes, existe-t-il un droit constitutionnellement protégé à l'oubli ? La question est si, dans les cas où il n'y a pas en principe de responsabilité



en raison de la violation de l'honneur ou de la vie privée d'une personne (par exemple, parce que les informations gardées dans une base de données ou diffusées publiquement sont vraies et d'intérêt public) il est possible de demander, après un certain temps, la suppression des informations.

Au début, les tribunaux ont reconnu l'existence de ce droit, qui n'a pas de régulation légale, mais avec des différences relatives à l'appréciation des cas concrets. Dans une affaire de 2020, une Cour d'Appel de Buenos Aires a reconnu le droit à l'oubli relativement à des faits publics qui avaient eu lieu plus de vingt ans avant la décision judiciaire (*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s/derechos personalísimos*, 10/08/2020). L'affaire était importante non seulement parce que l'arrêt reconnaissait le droit à l'oubli, mais aussi parce qu'il ordonnait au moteur de recherche Google d'éliminer les informations controversées de la liste des résultats qui apparaît quand on tape le nom de la demanderesse. De cette manière, la Cour d'Appel reconnaissait que l'obligation de rendre effectif le droit à l'oubli concernait non seulement la page web où l'information était logée, mais aussi le moteur de recherche qui permettait d'accéder à cette page web.

La responsabilité des moteurs de recherche pour la diffusion de contenus nuisibles avait été reconnue, de manière exceptionnelle, par la Cour Suprême. Le principe général en la matière est que les moteurs de recherche n'ont pas une obligation de contrôler les contenus qu'ils tirent des pages web et présentent à l'utilisateur du net. Cependant, le moteur de recherche peut être tenu responsable s'il avait une connaissance effective du caractère nuisible d'un certain contenu et que cette connaissance n'a pas été suivie d'une activité diligente orientée à faire cesser les dommages. C'est donc le critère de la responsabilité civile subjective, fondée sur l'idée de faute, qui s'applique en l'espèce (*Rodríguez c. Google*, Fallos 337:1174, 2014 ; *Gimbutas*, Fallos 340:1236, 2017 ; *Mazza c. Yahoo*, Fallos 344:1481, 2021 ; *P., M. B. c. Google Inc.*, Fallos 344:1535, 2021). Les mesures de blocage provisoire du site web ou la restriction dans les résultats d'une recherche pendant la durée de la procédure principale ne peuvent être appliquées que dans les circonstances très exceptionnelles où le contenu de l'information ou de l'opinion est manifestement illicite (*Paquez*, Fallos 342:2187, 2019).

Or, cette jurisprudence se réfère toujours à des contenus qui sont en eux-mêmes une ingérence illicite dans l'honneur ou la vie privée d'une personne. Concernant les contenus licites, la Cour Suprême a récemment révoqué la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Denegri*, rejetant ainsi l'existence d'un droit à l'oubli constitutionnellement protégé. Pour la Cour Suprême, la reconnaissance du droit à l'oubli mettrait en danger le processus communicationnel garanti par la liberté d'expression. "Conclure que par le simple passage du

temps des nouvelles ou des informations qui faisaient partie de notre débat public perdent cet attribut met sérieusement en péril l'histoire aussi que l'exercice de la mémoire sociale qui se nourrit de différents faits de la culture, même lorsque le passé peut être considéré comme inacceptable et offensant selon les normes de l'actualité" (*Denegri*, Fallos 345:482, 2022). Dans le cas d'espèce, selon la Cour Suprême, aucune violation au droit à l'honneur ne pouvait être déclarée, car les faits passés que la demanderesse voulait cacher à l'accès public étaient des faits vrais et d'intérêt public auxquels cette personne (un personnage public) avait participé volontairement.

## 7. Références

Alberdi, Juan Bautista (1886). "Fragmento preliminar al estudio del Derecho", in Juan Bautista Alberdi, *Obras completas*, Buenos Aires, Tribunal Nacional (tome I).

Andriotti Romanin, Enrique (2013). "Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina", *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 94, 5-23.

Arlettaz, Fernando (2012). "La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva latinoamericana", in *Jornadas de Derechos Humanos y Memoria Histórica*, <http://derechosociales.unizar.es/Documenta/Arlettaz.%20doc.pdf>

Arlettaz, Fernando (2013). "Los crímenes de lesa humanidad ante la Corte Suprema de Justicia argentina", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 6, 108-120.

Arlettaz, Fernando (2017). "La obligatoriedad en el plano interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Lecciones y Ensayos*, 98, 17-50.

Bazán, Víctor (2007). "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, 5(2), 137-183.

Pagliari, Arturo S. (2011). "Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino", *Ars boni et aequi*, 7(2), 17-41.

Bidart Campos, Germán (2013). *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, EDIAR.

Bulygin, Eugenio (1991). "Sentencia judicial y creación de derecho", in Carlos Alchourrón et Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 355-367.

Bulygin, Eugenio (2001). "Creación y aplicación del derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 20, 427-446.

Bulygin, Eugenio. (2003). "Los jueces ¿crean derecho?", *Isonomía*, 18, 7-25.

Caminos, Pedro A. (2014). “Los aspectos institucionales en la interpretación constitucional”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 2, 83-110.

Cayuso, Susana ; Gelli, María Angélica (1988). “Lo jurídico y lo político en la doctrina de facto (El caso argentino en 1930)”, *Ideas en Ciencias Sociales*, III(7).

Colautti, Carlos E. (1996). *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad.

CONADEP, Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1984). *Nunca más*, Buenos Aires, Eudeba.

Ekmekdjian, Miguel Ángel (1999). *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma.

Ekmekdjian, Miguel Ángel (2000a). *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma (plusieurs tomes).

Ekmekdjian, Miguel Ángel (2000b). “Democracia, República y gobiernos de facto en la reforma constitucional de 1994”, in Miguel Ángel Ekmekdjian et Raúl Gustavo Ferrerya, *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1-34.

Estrada, José Manuel (1901 [1880]). *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco.

Ferreya, Raúl G. (2013). “Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios”, *Cuestiones constitucionales*, 29, 109-161.

Ferreya, Raúl G. (2017). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, México, Porrúa.

Gargarella, Roberto (2004). “Interpretación del derecho”, in Susana Albanese et al., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gargarella, Roberto (2015). “Interpretation and Democratic Dialogue”, *Revista da Faculdade de Direito*, 60(2), 41-65.

Garibian, Sévane (2014). “Ghosts Also Die Resisting Disappearance through the ‘Right to the Truth’ and the Juicios por la Verdad in Argentina”, *Journal of International Criminal Justice*, 12, 515-538.

González Calderón, Juan A. (1923). *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Lajouane (plusieurs tomes).

Groisman, Enrique I. (1989). “Los gobiernos de facto en el derecho argentino”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, pp. 35-45.

Linares Quintana, Segundo V. (1977). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra (plusieurs tomes).

López Rosas, José Rafael (1996). *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astera.

Mendonca, Daniel ; Guibourg, Ricardo A. (2004). *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons.

Moreno, Guillermo Raúl (dir., 2021). *Manual de historia constitucional argentina*, La Plata, EDULP.

Nino, Carlos Santiago (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

Quiroga Lavié, Humberto et al. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Sagarna, Antonio (1937). *Los pactos preexistentes en el preámbulo de la Constitución*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral.

Sagüés, Néstor P. (2003). “Un enfoque crítico acerca de la idea de constitución viviente”, *Dikaion. Revista de actualidad jurídica*, 12.

Sánchez Viamonte, Carlos. (1946). *Revolución y doctrina ‘de facto’*. Buenos Aires, Editorial Claridad.

Sarmiento, Domingo F. (1853). *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos.

Sola, Juan Vicente (2010). *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley.

Ziulu, Adolfo Gabino (2014). *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

## **Constitution, histoire et mémoire - Belgique**

**Elise DEGRAVE**

**Professeure à l'Université de Namur**

**Directrice de recherches au Namur Digital Institute (NADI)  
et au Centre de recherches Information, Droit et Société (CRIDS)**

**Co-directrice de la Chaire E-gouvernement**

et

**Marc VERDUSSEN**

**Professeur à l'Université de Louvain**

**Directeur du Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution (CRECO)**

Dans l'espace constitutionnel, la temporalité se décline au pluriel tant sont multidimensionnels les rapports qu'une Constitution entretient avec le temps. Ces rapports sont ici esquissés<sup>1</sup> par le prisme de deux notions – l'*histoire* et la *mémoire* – qui sont fondées sur des appréhensions différentes du passé (démarche objective versus démarche subjective) et ne procèdent pas des mêmes préoccupations (objectif de narration versus objectif d'appropriation). Ces notions sont d'autant plus délicates à distinguer et à concilier qu'elles interpellent toutes les disciplines des sciences humaines et font donc l'objet d'approches scientifiques diverses.

### **I. LA CONSTITUTION BELGE ET L'HISTOIRE**

En droit constitutionnel, la mobilisation de l'histoire peut être le fait des juges, et singulièrement des juges constitutionnels, dans leur travail d'interprétation (A). L'histoire peut aussi nourrir un processus politique de création de normes d'un nouveau type (B).

#### **A. L'histoire, source d'interprétation**

Dans sa mission de contrôle de constitutionnalité des lois et autres normes législatives, la Cour constitutionnelle est amenée à interpréter les normes constitutionnelles utilisées pour son contrôle et les normes législatives soumises à celui-ci. Quelle place réserve-t-elle à l'histoire dans son travail d'interprétation ?

---

<sup>1</sup> En raison du spectre très large du sujet de la table ronde, nous nous limitons, en prenant appui sur des exemples tirés du droit constitutionnel belge, à opérer quelques classifications et à établir des pistes de réflexion.

## 1. Quant à l'interprétation de la Constitution

Une distinction nous paraît devoir être faite entre la référence que peuvent faire les juges au contexte historique d'un énoncé constitutionnel et la référence à une évolution historique d'un énoncé constitutionnel qui s'en trouve ainsi contextualisé. Dans les deux cas, il est primordial que les juges s'attachent à motiver la mobilisation qu'ils font de l'histoire.

### a. La référence au contexte historique des énoncés constitutionnels

Si la Constitution est un pari sur l'avenir – spécialement dans un Etat fédéral comme la Belgique formé par désagrégation et traversé par de sensibles tendances séparatistes –, il reste qu'elle est avant tout le fruit du passé. Toute Constitution est, en effet, le produit d'une culture politique modelée par un processus historique. Comme le rappelle François Ost, le Constituant opère au sein d'une communauté narrative, fondée sur un imaginaire historique partagé, et la Constitution, de ce point de vue, est « le récit de l'histoire de la moralité politique de cette communauté »<sup>2</sup>.

En rédigeant le texte de la Constitution, le Congrès national de 1830-1831 a voulu se libérer d'une domination étrangère et de se défaire d'une gestion autoritaire. Pour autant, il n'a pas fait table rase du passé. Il s'est inspiré de plusieurs sources étrangères<sup>3</sup>. Elles sont anglaises, hollandaises et surtout françaises. On pense, s'agissant de ces dernières, à la Constitution de 1791 et à la Charte de la Monarchie de Juillet de 1815, mais aussi bien sûr à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Dans ces conditions, on comprend que l'interprétation de certaines dispositions constitutionnelles soit orientée par la filiation historique de ces dispositions.

Par exemple, l'article 25 de la Constitution, relatif à la liberté de la presse, dispose, en son alinéa 2, que « lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi », consacrant de la sorte un système de responsabilité dit 'en cascade' destiné à éviter que l'auteur ne subisse la pression que l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur pourraient être tentés d'exercer sur lui s'ils étaient passibles de poursuites alors même que l'auteur est connu et domicilié en Belgique. Amenée à donner une interprétation de ce système, la Cour constitutionnelle constate que,

---

<sup>2</sup> F. OST, *Raconter la loi – Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, pp. 23-24.

<sup>3</sup> Des études scientifiques ont été consacrées à l'influence des expériences étrangères sur les rédacteurs de la Constitution belge, sous la plume notamment d'E. DESCAMPS (*La mosaïque constitutionnelle – Essai sur les sources du texte de la Constitution belge*, Louvain, 1891) et de J. GILISSEN (« La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence », *Res Publica*, 1968, pp. 107-141). Certaines de ces études concernent plus spécifiquement les origines du Titre II de la Constitution, telles les contributions de J. VANDERLINDEN (« Aux origines du Titre II de la Constitution belge de 1831. Essai d'histoire constitutionnelle comparative », in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. 2, pp. 1193-1209) et de V. DUJARDIN (« Les droits constitutionnels originaires », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1<sup>er</sup>, pp. 37-75.

par-là, « le Constituant de 1831 entendait rompre avec le régime antérieur qui admettait les recours collectifs mettant en cause la responsabilité à la fois de l'auteur, de l'éditeur, de l'imprimeur et du distributeur »<sup>4</sup>.

De manière plus générale, la Cour constitutionnelle sera attentive, le cas échéant et sans pour autant se lier de manière systématique à la méthode originaliste (voy. ci-après, I.A.1.b.), à prendre en compte les raisons ayant justifié à l'époque l'adoption de telle ou telle disposition.

Par exemple, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en annulation dirigé contre la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, recours fondé sur la violation prétendue de l'article 21, alinéa 2, de la Constitution, qui impose l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux. Selon les requérants, le concept de mariage contenu dans cet article doit être interprété comme visant des partenaires de sexe différent. La Cour répond que cette disposition n'a pas la portée que les requérants lui confèrent. En effet, « par cette disposition, le Constituant a voulu mettre fin, en 1831, à la pratique, courante à cette époque, suivant laquelle certaines personnes, convaincues que la bénédiction du mariage religieux suffisait pour produire des effets civils, ne se mariaient que religieusement », de telle manière que l'alinéa 2 de l'article 21 de la Constitution ne règle « pas les conditions du mariage et n'a pas non plus pour objet ou pour effet de faire dépendre le mariage civil de l'une ou l'autre conception religieuse du mariage »<sup>5</sup>.

Dans tous les cas, cette « historicisation » des énoncés constitutionnels, et des règles dont ils sont porteurs, représente une démarche essentielle permettant de fournir des balises pour la compréhension du droit actuel, même si elle emporte des risques liés à la « difficulté de structurer les temporalités » : « les faits passés ne demeurent-ils pas toujours considérés à partir de la perspective d'aujourd'hui ? », s'interroge Aurore Gaillet<sup>6</sup>.

#### b. La contextualisation par l'évolution historique des énoncés constitutionnels

Personne ne contestera – c'est même devenu banal de le rappeler – que la teneur et la complexité des règles du droit constitutionnel ne peuvent être appréhendées uniquement au départ du texte de la Constitution et ne se comprennent qu'à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle qui leur est procurée et de leur application concrète sur le terrain politique. Comme l'écrit très bien Jacques Chevalier, « les énoncés constitutionnels ne prennent leur véritable signification qu'à travers les usages concrets qui en sont faits »<sup>7</sup>. Or, ces usages sont régulièrement redéfinis. Ils le sont par nécessité

<sup>4</sup> C.C., arrêt n° 47/2006, 22 mars 2006. Voy. égal. C.C., arrêt n° 17/2009, 12 février 2009.

<sup>5</sup> C.C., arrêt n° 159/2004, 20 octobre 2004.

<sup>6</sup> A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande – Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, Ed. La Mémoire du Droit, 2021, pp. 78-79.

<sup>7</sup> J. CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 284.

de faire face aux défis nouveaux auxquels l'Etat doit faire face. Francis Delpérée note ainsi que « la Constitution manque son but si, insérée dans le passé, elle ne rencontre pas les problèmes majeurs que les sociétés modernes sont amenées à affronter »<sup>8</sup>. Par ailleurs, les règles constitutionnelles prennent place dans un ensemble normatif plus vaste, qui s'enrichit constamment de règles nouvelles, auxquelles les règles existantes doivent s'adapter. En somme, la Constitution est prise dans un processus permanent d'ajustement qui conduit à faire vivre les énoncés constitutionnels.

b.1. La contextualisation de la Constitution concerne au premier chef les droits fondamentaux. On distingue trois formes de contextualisation.

*L'ancrage historique d'un énoncé constitutionnel peut céder par l'effet d'une évolution des conceptions sociales.* On en trouve un exemple dans la notion de mariage. La Constitution belge ne contient pas une disposition similaire à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit de se marier. Dans la Constitution adoptée en 1831, il est question de « mariage » dans une seule disposition, l'article 21, alinéa 2, déjà cité, qui dispose que « le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu ». Il est absolument évident qu'à l'époque, le mariage s'entend d'une union entre un homme et une femme. 173 ans plus tard, la Cour constitutionnelle est amenée à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe<sup>9</sup>. Non seulement la Cour se montre attentive aux raisons ayant justifié l'adoption de cette disposition – comme nous l'avons déjà souligné –, mais en outre elle admet l'adaptation spontanée d'un concept, celui de 'mariage', que la Constitution utilise sans le définir, laissant ce soin au législateur. En effet, les juges constitutionnels prennent acte du constat, fait par le législateur, d'une évolution des mentalités : « aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif, il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes du même sexe »<sup>10</sup>. Dès le moment où « le législateur conçoit désormais le mariage comme une institution ayant pour but principal la création, entre deux personnes, d'une communauté de vie durable », nous dit la Cour, « la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier ».

*L'ancrage historique d'un énoncé constitutionnel peut céder par l'effet d'une évolution des connaissances technologiques.* L'exemple de la notion de « presse » s'impose ici avec la force de l'évidence. Lorsque la Constitution proclame, à l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, que « la presse est libre », elle est dépassée par les évolutions technologiques des moyens d'information. En effet, la presse dont il est question en 1831, c'est forcément

<sup>8</sup> F. DELPERÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 30.

<sup>9</sup> C.C., arrêt n° 159/2004, 20 octobre 2004.

<sup>10</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1173/1, pp. 1-2.



la presse écrite, à l'exclusion donc des médias audiovisuels. A qui revient-il d'étendre cette liberté de la presse écrite à l'ensemble des médias ? Au Constituant ? Aux juges ? La Cour de cassation se montre très réticente à dépasser la lecture historique de l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution<sup>11</sup>. Par contre, elle admet que l'interdiction du délit de presse, consacré par l'article 150 de la Constitution, englobe également les agissements numériques, tels que la publication d'articles sur un *blog*. Dans un arrêt du 19 janvier 2002, la Cour de cassation affirme en effet que « le délit de presse visé à l'article 150 de la Constitution est l'atteinte aux droits soit de la société, soit d'un citoyen, par l'expression d'une pensée ou d'une opinion délictueuse dans un écrit imprimé ou numérique, qui a été diffusé dans le public »<sup>12</sup>.

*L'ancrage historique d'un énoncé constitutionnel peut céder par l'effet d'une évolution du droit.* Par exemple, la Cour constitutionnelle, tout en admettant que l'article 29 de la Constitution, siège du droit fondamental à l'inviolabilité du « secret des lettres », a pu être conçu comme absolu lors de l'adoption de la Constitution, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles ainsi que de conventions internationales, en ce qu'elles consacrent d'autres droits fondamentaux dont il est également nécessaire d'assurer le respect<sup>13</sup>. Et de citer la liberté individuelle, le droit à la vie ou encore le droit de propriété, spécialement au regard des atteintes qui sont portées à ces droits fondamentaux par des activités criminelles. C'est donc au nom de la protection de droits concurrents que la Cour a renoncé au caractère absolu du secret des lettres, que ces droits aient leur assise dans la Constitution elle-même ou qu'ils soient consacrés par des traités internationaux.

b.2. Si l'on passe du domaine des droits fondamentaux au registre institutionnel, on doit bien constater que les transformations politiques et juridiques dont l'Etat belge a été l'objet (démocratisation des droits électoraux, émergence progressive des partis politiques, adoption du système électoral proportionnel, ascendance de l'exécutif...) ont fait évoluer un régime parlementaire qui a pu s'adapter avec d'autant plus d'aisance que les dispositions constitutionnelles qui lui ont été consacrées en 1831 sont loin d'être toujours très précises, ni dénuées d'ambiguïtés<sup>14</sup>.

Ainsi, si le parlementarisme belge a pu, à ses débuts, être partiellement dualiste – le Gouvernement devait avoir la confiance du Parlement, mais aussi compter sur le soutien du chef de l'Etat, qui a pu se permettre de décider seul du renvoi de ministres ou de la dissolution des Chambres législatives – progressivement, à partir de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la Belgique a glissé d'un parlementarisme dualiste à un parlementarisme moniste : le Gouvernement est responsable devant le Parlement et, depuis 1993, devant

<sup>11</sup> F. JONGEN et A. STROWEL (avec la collab. de E. CRUYSMANS), *Droit des médias et de la communication – Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 89-91.

<sup>12</sup> Cass., arrêt du 19 janvier 2002, N° P.20.1182.F, p. 3.

<sup>13</sup> C.C., arrêt n° 202/2004, 21 décembre 2004.

<sup>14</sup> M. VERDUSSEN, « Responsibility of Governments, Accountability and Legitimacy in Belgium », in M. MORABITO et G. TUSSEAU (eds), *Responsibility of Governments, Accountability and Legitimacy in European Nations*, London, Routledge, 2022 (à paraître).

la seule Chambre des représentants, mais il est définitivement acquis que son existence n'est pas tributaire de l'accord du Roi, à qui il n'a pas à rendre des comptes. La cause principale de ce basculement réside dans le fait, constatable dans de nombreuses démocraties européennes, que « le gouvernement représentatif s'est indubitablement démocratisé depuis son établissement au sens où sa base s'est élargie et où l'ensemble représenté s'est immensément étendu »<sup>15</sup>. Désormais, et hormis les périodes de crise politique, l'influence personnelle du Roi n'a plus rien à voir avec ce qui a pu être observé lors des quatre premiers règnes. Les règnes de Baudouin (1951-1993) et de Albert II (1993-2013), puis celui de Philippe, ont permis de constater que désormais « la survie de la monarchie dépend en fin de compte de l'absence de toute ingérence royale dans la gestion effective de la chose publique »<sup>16</sup>. Le parlementarisme dualiste est définitivement enterré.

## 2. *Quant à l'interprétation des lois (et autres normes législatives)*

Des facteurs historiques peuvent peser dans un processus de légitimation constitutionnelle renouvelée ou prolongée de la loi, mais ils peuvent aussi, tout au contraire, contribuer à en ébranler la constitutionnalité.

### a. La légitimation de la validité constitutionnelle de la loi par le poids de l'histoire

Dans le contentieux des droits fondamentaux, la balance des intérêts inhérente au contrôle de constitutionnalité conduit parfois les juges à jauger la loi au regard des considérations historiques qui ont justifié son adoption et son maintien dans le temps. Plus ce temps est long, plus son poids – le poids de l'histoire – est élevé.

Un exemple paradigmatique nous est offert par la législation en droit du travail. La loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail a été longtemps fondée sur une distinction très ancienne entre les ouvriers et les employés, les deux catégories de travailleurs n'étant pas soumises aux mêmes règles dans leurs rapports avec les employeurs, par exemple en ce qui concerne les délais de préavis. Le 8 juillet 1993, la Cour constitutionnelle a répondu à des questions préjudicielles posées par des juridictions du travail sur le caractère discriminatoire ou non de cette différence de traitement<sup>17</sup>. Selon la Cour, « en fondant la distinction entre ouvriers et employés sur la nature principalement manuelle ou intellectuelle de leur travail, le législateur a établi une différence de traitement en fonction d'un critère qui pourrait difficilement justifier de manière objective et raisonnable qu'elle fût instaurée aujourd'hui ». Pour autant, ce constat ne permet pas de conclure qu'en n'ayant pas « supprimé tout de suite et totalement » cette distinction, mais en l'ayant seulement « atténuée », le législateur aurait violé les articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, la distinction contestée n'a pas été introduite par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, puisque son origine remonte au début du XX<sup>e</sup> siècle. Lorsqu'elle

<sup>15</sup> B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, p. 301.

<sup>16</sup> H. VAN IMPE, *Le régime parlementaire en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 135.

<sup>17</sup> C.C., arrêt n° 56/93, 8 juillet 1993.

a été instituée, poursuit la Cour, cette distinction « a pu trouver sa justification, compte tenu des mentalités régnant alors, dans les situations économiques et sociales nettement différentes qui caractérisaient les catégories respectives des ouvriers et des employés et qui pouvaient avoir une incidence sur les possibilités de retrouver, après licenciement, un emploi équivalent », de telle sorte qu'il y a lieu « de tenir compte du fait que ce qui reste de la distinction en cause, qui avait imprégné de nombreux domaines du droit social, s'explique par le poids de l'histoire ». « Il s'ensuit que le processus d'effacement de l'inégalité dénoncée, entamé depuis des décennies, ne peut être que progressif » et que « le fait qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une telle distinction ne suffit pas pour justifier sa brusque abolition ». La Cour en conclut que « le maintien de la distinction n'est pas manifestement disproportionné à un objectif qui ne peut être atteint que par étapes successives ». Toutefois, dix-huit ans après, le 7 juillet 2011, un second arrêt est rendu<sup>18</sup>, dans lequel la Cour admet que, depuis le premier arrêt, « de nouvelles mesures ont été prises qui tendent à rapprocher davantage les deux catégories de travailleurs ». Mais, le législateur dispose-t-il d'un temps illimité pour remédier à une situation jugée inconstitutionnelle ? Non, répond la Cour : « L'objectif d'une harmonisation progressive des statuts des ouvriers et des employés jugée préférable par le législateur à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles, spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective, ne justifie plus, dix-huit ans après que la Cour eut constaté que le critère de distinction en cause ne pouvait plus être considéré comme pertinent, que certaines différences de traitement, comme celles qui sont invoquées devant le juge *a quo*, puissent encore être longtemps maintenues, perpétuant ainsi une situation d'inconstitutionnalité manifeste ». Cependant, la Cour précise qu'en l'espèce, « le constat, non modulé, d'inconstitutionnalité entraînerait dans de nombreuses affaires pendantes et futures une insécurité juridique considérable et pourrait engendrer des difficultés financières graves pour un grand nombre d'employeurs », ce même constat pouvant par ailleurs « faire obstacle aux efforts d'harmonisation que la Cour, dans son arrêt n° 56/93, a incité le législateur à réaliser ». C'est la raison pour laquelle elle décide de donner une réponse affirmative aux questions préjudicielles posées, tout en maintenant jusqu'au 8 juillet 2013 au plus tard les effets des normes législatives inconstitutionnelles. Dans un premier temps, le poids de l'histoire est suffisamment important pour amener la Cour à conclure à l'absence de disproportion. Dans un second temps, ce poids semble avoir diminué dans une proportion qui incite la Cour à constater l'inconstitutionnalité.

Cet arrêt pose le problème plus général de l'utilisation dans le contentieux constitutionnel du « référent historique », sujet de la thèse de doctorat de Tamara Lajoinie<sup>19</sup>. On y verra plus spécifiquement la confirmation que les référents historiques ne se limitent pas à des faits historiques originaires, qui existaient au moment de la création de l'Etat, voire préexistaient à la naissance de l'Etat. Un fait historique peut mériter le statut de référent historique alors qu'il est survenu postérieurement à la création

<sup>18</sup> C.C., arrêt n° 125/2011, 7 juillet 2011.

<sup>19</sup> T. LAJOINIE, « Le référent historique dans le contentieux constitutionnel comparé », Thèse de doctorat en droit public soutenue le 17 décembre 2016, sous la direction du professeur Guy Scoffoni, Université d'Aix-Marseille.

de l'Etat. Ce qui est décisif, c'est le caractère « remarquable » du fait historique, qui se mesure à sa capacité à « structurer la conscience de la nation », à être « porteur d'une symbolique positive ou négative », à « faire sens », selon les expressions de l'auteure<sup>20</sup>. Par ailleurs, un fait historiquement remarquable n'est pas nécessairement voué à être mobilisé *ad vitam eternam* par les juges constitutionnels, tant il peut perdre de sa force, voire de sa pertinence. C'est là aussi une leçon de l'arrêt précité.

b. La remise en cause de la validité constitutionnelle de la loi par l'évolution de l'histoire

Une des vertus de la saisine par renvoi préjudiciel de questions de constitutionnalité réside en ceci qu'elle contribue à l'évolution de la loi. Une loi exempte, au moment de son adoption, de tout vice de constitutionnalité reste-t-elle nécessairement, *ad vitam aeternam*, à l'abri de tout reproche au regard de la Constitution ? L'écoulement du temps ne conduit-il pas parfois à devoir réinterroger la justification attribuée originellement à la loi et surtout le maintien du caractère raisonnable de cette justification ? Il en est ainsi tout spécialement des articles 10 et 11 de la Constitution : une différence de traitement, à l'origine admissible, peut devenir inconstitutionnelle « par l'effet d'un changement de circonstances ou d'une transformation du système de valeurs »<sup>21</sup>. On en donne quelques exemples.

Le premier exemple concerne l'affaire dite 'des lapins'. En 1997, des juges de paix interrogent la Cour constitutionnelle sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article *7bis* de la loi sur la chasse du 28 février 1882 qui, en son alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que les indemnités pour dommages causés par les lapins aux fruits et récoltes doivent être portées au double du dommage effectivement subi. N'y a-t-il pas là une discrimination par rapport aux auteurs d'une faute quelconque, mais aussi par rapport aux chasseurs, qui, pour les dégâts causés par d'autres gibiers, ne sont tenus de réparer que le dommage simple ? Dans ses arrêts de réponse<sup>22</sup>, la Cour relève que la norme incriminée trouve son origine dans une loi qui date de 1846, a été reprise telle quelle en 1882 et est restée inchangée depuis. Elle observe par ailleurs que l'adoption, puis le maintien, de cette norme visait à réagir contre le fléau qu'en raison de leur prolifération importante, les lapins représentaient, à l'époque, pour l'agriculture. La double indemnisation des dommages causés aux cultures par ceux-ci remplit ainsi un rôle à la fois préventif et répressif. Si on peut admettre qu'elle constituait à l'origine une mesure pertinente et proportionnée par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur, l'est-elle encore dans les circonstances actuelles ? Selon la Cour, « il n'est pas contesté que des changements

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges », *Rev. dr. ULB*, 2002, n° 26, p. 32.

<sup>22</sup> C.C., arrêt n° 5/98, 21 janvier 1998 ; arrêt n° 53/98, 20 mai 1998. Toujours à propos des lapins et de l'article *7bis* de la loi sur la chasse, mais concernant un autre aspect de la disposition, voy. égal. C.C., arrêt n° 125/2001, 16 octobre 2001 ; arrêt n° 44/2007 du 21 mars 2007. Sur ces différents arrêts, voy. F. VANDEVENNE, « Le principe d'égalité court plus vite que les lapins », *Rev. dr. ULg*, 2007, pp. 407-417. Comp. avec C.C., arrêt n° 43/2009, 11 mars 2009. Sur ce dernier arrêt, voy. Q. VAN ENIS, « La procédure simplifiée en matière de dégâts causés par le gros gibier en Région wallonne : la Cour constitutionnelle avait-elle déjà sorti le lapin de son chapeau ? », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1088-1092.

importants soient intervenus dans les circonstances de fait : la prolifération des lapins a été réduite fortement et de façon durable par l'effet de diverses maladies, dont la myxomatose, de telle sorte qu'il est difficile d'y voir encore aujourd'hui un fléau qui justifierait des mesures exceptionnelles ». Elle conclut que la norme soumise à son examen « n'est plus une mesure proportionnée par rapport à l'objectif du législateur ».

Le deuxième exemple montre que le potentiel évolutif du renvoi préjudiciel concerne aussi d'autres droits fondamentaux. En 2021, saisie d'une question préjudicielle posée par une juridiction d'instruction, la Cour constitutionnelle a constaté la violation de l'article 19 de la Constitution (liberté d'expression) par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 avril 1847 en ce qu'il réprime les offenses envers la personne du Roi. Selon la Cour, « bien qu'une ingérence dans la liberté d'expression qui est dictée par des motifs touchant à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale, à la sûreté publique ou à la prévention du crime poursuive en principe un objectif légitime, il y a lieu de tenir compte, en l'espèce, d'une part, du fait que la disposition en cause a été adoptée dans un contexte historique fondamentalement différent du contexte actuel et, d'autre part, de l'évolution des conceptions sur ce qui peut être jugé nécessaire dans une société démocratique ». On doit cependant constater que la Cour ne motive ni le bien-fondé ni la pertinence – au regard de l'ensemble de la motivation de l'arrêt – du constat qu'elle pose d'un changement de contexte historique, qui apparaît comme « un virage à peine négocié dans le raisonnement de la Cour »<sup>23</sup>.

La probabilité que la Cour constitutionnelle revienne sur des lois très anciennes est d'autant plus élevée que, par la voie préjudicielle, elle peut être saisie de toute loi, sans limite de temps, et que, par ailleurs, certaines lois encore applicables en Belgique remontent au régime hollandais (1815-1830), voire au régime français (1795-1815). En effet, les lois adoptées avant l'entrée en vigueur de la Constitution, le 25 février 1831, n'ont pas toutes été automatiquement abrogées, le Congrès national ayant inséré dans les 'Dispositions transitoires' du Titre VIII de la Constitution un article – il s'agit aujourd'hui de l'article 188 de la Constitution, rangé désormais dans les 'Dispositions générales' du Titre VII de la Constitution – qui prévoit qu'« à compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires sont abrogés ». Depuis sa création, la Cour constitutionnelle a ainsi été saisie de plusieurs questions préjudicielles ayant pour objet des dispositions législatives antérieures à 1831 et non modifiées depuis lors. Elles sont tirées du Code civil de 1804 et du Code d'instruction criminelle de 1806<sup>24</sup>.

## B. L'histoire, source de normativité

<sup>23</sup> M.-F. RIGAUX, « La Cour constitutionnelle et l'offense au Roi », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2022, p. 341.

<sup>24</sup> Voy. not., à propos des articles 1382 et 1383 du Code civil, C.C., arrêt n° 99/2014, 30 juin 2014 ; arrêt n° 111/2014, 17 juillet 2014 ; arrêt n° 7/2016, 21 janvier 2016 ; arrêt n° 136/2016, 20 octobre 2016 ; arrêt n° 7/2017, 25 janvier 2017 ; arrêt n° 79/2017, 15 juin 2017 ; arrêt n° 10/2018, 1<sup>er</sup> février 2018 ; arrêt n° 106/2018, 19 juillet 2018.

Les rapports entre histoire et normes peuvent être envisagés de deux manières au moins.

### *1. Des normes dont l'adoption est liée à un contexte historique déterminé*

Pour tout Etat, le contexte créé par la guerre est propice à l'adoption de normes non prévues par la Constitution, spécialement dans les Etats qui ont « une Constitution de temps de paix »<sup>25</sup>. Ce sont alors des circonstances historiques inimaginées qui astreignent les autorités politiques à échafauder des voies normatives inédites, dont la validité constitutionnelle sera avalisée subséquemment par les autorités juridictionnelles.

En Belgique, les 'arrêtés-lois de guerre' sont un exemple éclairant de ces normes atypiques. Il s'agit de règles exceptionnelles, de nature législative, adoptées durant les deux dernières guerres mondiales, par le Roi (pour les arrêtés-lois dits 'du Havre', adoptés durant la Première Guerre mondiale) ou et par les ministres réunis en Conseil (pour les arrêtés-lois dits 'de Londres', adoptés durant la Seconde Guerre mondiale), de leur propre initiative, dans des domaines relevant normalement du pouvoir législatif. L'adoption de ces arrêtés-lois a été rendue nécessaire par l'impossibilité des Chambres législatives de se réunir librement sur le territoire national. C'est la Cour de cassation qui a reconnu force de loi aux arrêtés-lois. Se fondant sur le principe général de la permanence de l'exercice du pouvoir, elle a considéré que « l'impossibilité pour l'une ou pour l'autre branches du pouvoir législatif d'exercer librement la souveraineté nationale concentre la totalité du pouvoir législatif entre les mains de celle qui a ou qui ont conservé cette liberté ». Plusieurs arrêtés-lois de guerre sont encore en vigueur à ce jour<sup>26</sup>. Ils ne peuvent être abrogés ou modifiés que par des normes législatives. A cet égard, les arrêtés-lois de guerre doivent être distingués des 'arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires', qui sont des arrêtés adoptés, également à titre exceptionnel, par le Roi, mais cette fois en vertu de lois particulières l'habilitant à régler temporairement certaines matières législatives pour autant qu'il y ait nécessité et urgence. De tels arrêtés ont été adoptés, eux aussi, durant les deux dernières guerres mondiales<sup>27</sup>. Cependant, la jurisprudence et la doctrine ont refusé, quasi unanimement, de reconnaître à ces arrêtés un caractère législatif.

### *2. Des normes qui sont le produit d'une consolidation historique*

Des normes juridiques, qui ne sont pas nécessairement écrites, émanent d'une consolidation dans la durée de règles et de principes. Il s'agit des principes généraux du droit et de la coutume.

---

<sup>25</sup> A. BUTTGEBACH, « L'extension des pouvoirs de l'exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge », *Belgique judiciaire*, 1935, pp. 393-394.

<sup>26</sup> Voy. par exemple l'arrêté-loi du 13 mai 1940 renforçant la répression de certains faits commis en temps de guerre (*Moniteur belge*, 16 mai 1940), modifié par une loi du 10 juillet 1996 (*Moniteur belge*, 1<sup>er</sup> août 1996) et une loi du 23 janvier 2003 (*Moniteur belge*, 13 mars 2003).

<sup>27</sup> Voy. par exemple l'arrêté-loi du 28 février 1947 relatif à la répression des abatages clandestins et du commerce de la viande et de la graisse provenant de ces abatages (*Moniteur belge*, 12 mars 1947), adopté sur la base des lois des 7 septembre 1939 et 14 décembre 1944 donnant au Roi des pouvoirs extraordinaires.

a. Les principes généraux du droit

Les principes généraux du droit sont des règles dont le fondement originaire se situe hors du droit, dans les « conceptions éthiques et politiques relatives à l'ordonnement que nous attendons du droit »<sup>28</sup>. On fait ainsi largement consensus sur « le caractère inconvenant de l'arbitraire, sur le principe *pacta sunt servanda*, sur l'illicéité de la discrimination, sur la nécessité de la séparation des pouvoirs, sur l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juges, sur les droits de la défense, ... »<sup>29</sup>.

A la force du temps, ces principes qui font consensus sont incorporés au droit, soit par le législateur, soit par le juge, et sont alors qualifiés de 'juridiques'. Par exemple, les articles du Code judiciaire qui organisent le respect des droits de la défense lors des différentes étapes de la procédure<sup>30</sup> peuvent être considérés comme la traduction légale du principe – non écrit – du contradictoire (ou « principe de l'égalité des armes » ou encore « principe du respect des droits de la défense »).

Ainsi donc, les principes généraux du droit s'expriment au travers du droit et doivent en être extraits pour être identifiés. En d'autres termes, « le juge 'reconnaît' (au sens d' 'admettre') le principe général du droit, parce qu'il le 'reconnaît' (au sens de 'distinguer') dans le système juridique »<sup>31</sup>.

Ce processus prend nécessairement du temps, pour identifier un potentiel principe général de droit, s'assurer de sa constance et veiller à ce que la consécration de ce principe fait bien la (quasi) unanimité parmi les juristes. Que son existence « est si certaine, si évidente, qu'elle n'a pas besoin d'être matériellement constatée par un texte »<sup>32</sup>. C'est d'ailleurs cette « unanimité d'adhésion », identifiée dans une certaine durée, qui fait que « ces principes généraux constituent du droit positif, exprimé par une volonté collective et que, partant, ils ont une force obligatoire pour tous les membres d'une communauté sociale, nationale ou même internationale »<sup>33</sup>.

b. La coutume

La coutume, c'est une règle de droit, en général non écrite, qui émane d'une pratique répétée pendant une certaine durée (ce qu'on qualifie d' « élément objectif » de la

---

<sup>28</sup> J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à 'valeur constitutionnelle' : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit* revisitées, vol. 1, Limal, Anthemis, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2012, vol. 1<sup>er</sup>, p. 538.

<sup>29</sup> *Idem*

<sup>30</sup> Il s'agit notamment de l'introduction de l'action par citation, qui doit être signifiée à la partie adverse pour le prévenir de l'action engagée et de la juridiction saisie. Il en va de même, notamment, des échanges de conclusions et de pièces, dont toutes les parties doivent avoir connaissance. Pour plus de détails, voy. Justice en ligne, Lexique, Principe du contradictoire, 24 janvier 2011, accessible ici <https://www.justice-en-ligne.be/Principe-du-contradictoire>.

<sup>31</sup> J. VELAERS, *op. cit.*, p. 542.

<sup>32</sup> W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1963, t. III, pp. 603-607.

<sup>33</sup> G. BEKAERT, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 172, cité par J. VELAERS, *op. cit.*, p. 542.

coutume) et tenue pour obligatoire par les individus concernés (qui est « l'élément subjectif » de la coutume).

« Une fois n'est pas coutume », dit le proverbe : la pratique doit, en effet, être répétée et continue pour être considérée, en tant que coutume, comme une source du droit. En d'autres termes, l'élément objectif de la coutume souligne qu'une pratique, pour devenir coutume, requiert une constance et une ancienneté qui lui donnent un caractère généralisé. Ainsi, « [s]ociologiquement, on peut voir dans la coutume un phénomène d'imitation dans le temps, une manifestation collective du souvenir et même une transposition, sur le plan social, du respect et de l'honneur qui est dû par l'homme à ses ancêtres »<sup>34</sup>.

Pour revêtir un caractère constitutionnel, une coutume ne peut s'inscrire en contradiction avec le texte de la Constitution. Qui plus est, elle doit, non seulement respecter l'esprit de ce texte, mais en outre « apparaître comme une conséquence logique et nécessaire des principes fixés par la Constitution » et être « une condition indispensable du fonctionnement harmonieux des institutions »<sup>35</sup>. Dans un ouvrage récent, Hugues Dumont et Matthias El Berhoumi citent quatre exemples de coutumes constitutionnelles applicables au niveau fédéral, en précisant qu'« il y a lieu de vérifier que le caractère juridiquement obligatoire des pratiques est attesté soit par les juges, si la règle sous-jacente est justiciable, soit par une autorité tierce suffisamment indépendante de ses auteurs, si elle ne l'est pas »<sup>36</sup>. *Primo* : en aucun cas, les ministres ne peuvent révéler la teneur des conversations qu'ils ont eues avec le Roi, car ce serait là une manière de dévoiler le poids respectif du Roi et des ministres dans telle ou telle décision et, partant, battre en brèche l'unité du pouvoir exécutif fédéral, cette règle – « exemple choisi d'une coutume constitutionnelle »<sup>37</sup> – étant exprimée par l'adage 'Nul ne peut découvrir la couronne'. *Deuxio* : en cas de démission du gouvernement fédéral, le Roi est tenu de désigner un 'formateur', chargé de négocier les termes précis d'un programme gouvernemental et de répartir les portefeuilles ministériels entre les partis politiques participant à la coalition gouvernementale. *Tertio* : un gouvernement démissionnaire est contraint de se limiter à expédier les affaires dites 'courantes', cette contrainte s'appliquant aussi à un gouvernement non démissionnaire en cas de dissolution du Parlement. *Quatro* : afin de garantir une indispensable solidarité ministérielle, le Conseil des ministres prend ses décisions selon la procédure du consensus. Ces exemples montrent l'inéluctabilité de coutumes constitutionnelles dans un Etat dont la Constitution a été adoptée il y a 191 ans, des pans entiers du texte constitutionnel étant resté inchangés

<sup>34</sup> C. RENARD et J. HANSENNE, *Sources du droit et méthodologie du droit*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1973, p. 45.

<sup>35</sup> M. UYTENDAELE, « La coutume constitutionnelle dans le droit public contemporain », in *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. LIV, *La coutume*, Bruxelles, De Boeck, 1989, p. 399.

<sup>36</sup> H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel – Approche critique et interdisciplinaire*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 311-314. Pour de plus amples développements, voy. H. DUMONT, « « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, Université Saint-Louis-Bruxelles, 2012, vol. 1<sup>er</sup>, pp. 581-634.

<sup>37</sup> F. DELPEREE et B. DUPRET, « Nul ne peut découvrir la couronne », *Les Cahiers constitutionnels*, Louvain-la-Neuve, Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1989, p. 16.



## II. LA CONSTITUTION BELGE ET LA MEMOIRE

La mémoire entre-t-elle dans le champ de la Constitution et est-elle un objet constitutionnel ? Si les réponses sont sans doute très variables d'un Etat à l'autre, force est de constater qu'en Belgique, la gestion de la mémoire est largement ignorée par la Constitution elle-même (**B**). Ce qui est certain, en revanche, c'est que la Constitution comme telle est porteuse de mémoire (**A**). Est-il besoin de préciser qu'il est surtout question de mémoire collective, et moins de mémoire individuelle.

### A. La Constitution, porteuse de mémoire

L'idée d'une Constitution porteuse de mémoire renvoie à la fonction symbolique reconnue au texte constitutionnel, qui sera plus ou moins grande en fonction d'un certain nombre de facteurs intrinsèques, qui touchent au contenu du texte constitutionnel et à la vision de ses rédacteurs, mais aussi de facteurs extrinsèques, qui tiennent aux modalités d'écriture de la Constitution, au processus d'adoption – par une assemblée constituante ou par un référendum ? –, à l'adhésion populaire qu'elle recueille, ou encore aux circonstances historiques ayant entouré son adoption<sup>38</sup>. Chaque Etat a besoin de symboles. Les femmes et les hommes qui y vivent aspirent à se reconnaître à travers quelques signes distinctifs. Ceux-ci leur renvoient l'image d'un groupe qui, en dépit de ses clivages et de ses particularismes, a une identité et une conscience qui lui sont propres. Au-delà de leur dimension instrumentale, les Constitutions exercent une fonction symbolique « de consécration, de conservation et de perpétuation, au moins partielle, des principes fondateurs de l'Etat », ce que reflètent les nombreuses métaphores imaginées au fil du temps : « fondement, assise, base, socle, point d'appui, point d'orgue, point de repère, signal de ralliement, sommet, couronnement, armure du citoyen, règle du jeu, tempo, Palladium, tabernacle, monument, horloge, parole du Créateur, bible, catéchisme... »<sup>39</sup>. On précisera toutefois qu'aussi enracinés soient-ils, ces principes fondateurs ne sont pas inscrits immuablement dans le marbre : ils ne sont pas rétifs à une réinterprétation à l'aune de données tirées du présent<sup>40</sup>. En toute hypothèse, on reconnaîtra aux juridictions constitutionnelles, par rapport à ces principes fondateurs, « un rôle d'activation de la mémoire collective »<sup>41</sup>.

Par-delà la charge symbolique de la Constitution elle-même, celle-ci renferme des règles ou recèle des valeurs qui sont autant de signes tangibles représentatifs de l'Etat, de

<sup>38</sup> M. VERDUSSEN, « Les fonctions et les finalités de la Constitution en période de transition démocratique », in P. COPPENS et M. DE NANTEUIL (dir.), *Transitions démocratiques – Constitution, Violence, Reconstruction*, Lormont, Ed. Le Bord de l'Eau, 2022 (à paraître).

<sup>39</sup> H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées, op. cit.*, vol. 1<sup>er</sup>, p. 104.

<sup>40</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 50.

<sup>41</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 224.

son unité, de son histoire, de son peuple... En constitutionnalisant ces symboles, le Constituant entend contribuer à les inscrire dans la mémoire collective.

Le premier de ces symboles, c'est le préambule. La Belgique fait pourtant partie d'un groupe minoritaire d'Etats dont la Constitution est dépourvue de préambule<sup>42</sup>. En 2016, la Chambre des représentants s'est interrogée sur l'opportunité d'insérer dans la Constitution un préambule à quelques années du bicentenaire de celle-ci. Cette idée pose question à deux égards<sup>43</sup>. Tout d'abord, on peut suspecter que la voie du préambule soit une manière sournoise de constitutionnaliser des principes ou des valeurs en se dispensant de les inscrire formellement dans le texte lui-même sous la forme de normes. En cela, un préambule peut être un aveu de faiblesse du Constituant quant à sa capacité à faire œuvre normative. Ensuite, la temporalité d'un préambule ajouté *ex post* interroge la signification même de la notion de préambule. N'est-il pas de l'essence d'un préambule d'accompagner l'adoption d'un texte constitutionnel, pas de tomber du ciel des décennies après ? Est-ce à dire que l'idée doit être abandonnée *ad vitam eternam* ? Nous ne le pensons pas. Un débat constituant substantiel, qui aboutirait à donner un nouveau souffle à la Constitution, justifierait la rédaction d'un préambule. Il marquerait symboliquement ce renouveau.

A défaut de s'ouvrir sur un préambule, la Constitution belge, dans son article 193, définit les couleurs de la Belgique qui, conformément à un arrêté du Gouvernement provisoire du 23 janvier 1831, se disposent verticalement sur le drapeau belge (noir, jaune, rouge). Ces couleurs symbolisent le deuil, la richesse et le sang versé par le peuple belge en vue de son indépendance<sup>44</sup>. Le même article 193 définit les armes du Royaume (« le Lion Belgique ») et la devise nationale (« L'Union fait la force »). Citons également l'article 194 qui fait de la ville de Bruxelles la capitale de la Belgique, ce qui est une manière pour le Constituant de témoigner sa reconnaissance aux bruxellois pour le rôle décisif qu'ils ont joué au moment de la Révolution de 1830<sup>45</sup>.

A la différence d'autres Etats<sup>46</sup>, il n'existe pas en Belgique une incrimination de l'outrage au drapeau national<sup>47</sup>, un tel comportement pouvant toutefois tomber sous le coup de la législation contre les discriminations et les incitations à la haine.

## B. La Constitution, régulatrice (ou non) de mémoire

<sup>42</sup> W. VOERMANS, M. STREMLER et P. CLITEUR, *Constitutional Preambles – A Comparative Analysis*, Elgar, 2017.

<sup>43</sup> M. VERDUSSEN, *Réenchanter la Constitution*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2019, pp. 125-126.

<sup>44</sup> R. BORN, « Article 193 », in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge – Lignes & Entreliques*, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 440.

<sup>45</sup> T. BOMBOIS, « Article 194 », in *ibid.*, p. 441.

<sup>46</sup> E. CARTIER, « L'outrage au drapeau : un flou de mise au point », *Droit de la photographie des images des artefacts visuels*, 1<sup>er</sup> septembre 2021 (<http://d-piav.huma-num.fr/items/show/21>).

<sup>47</sup> Des propositions de loi ont bien été déposées, mais n'ont jamais été adoptées. Voy. not. la proposition de loi 'tendant à réprimer l'outrage au drapeau national' (*Doc. parl.*, Ch. repr., 1974-1975, n° 148/1) et la proposition de loi 'complétant le Code pénal en vue de protéger, entre autres, le drapeau national belge' (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-285/1).

Qu'il s'agisse de s'approprier le passé afin d'exorciser les douleurs produites par certains faits historiques ou de traiter le présent afin d'éviter que le passé ne compromette l'avenir, la gestion de la mémoire doit normalement interpeller le Constituant. Ce n'est pas toujours le cas, comme le montre le cas de la Belgique.

### *1. Mémoire et clauses d'éternité*

La volonté de ne pas assister au retour de l'ancien régime conduit parfois le Constituant à soustraire à toute révision certaines dispositions constitutionnelles (droits fondamentaux, régime politique, principes fondateurs...) qui forment ainsi, au sein du corpus constitutionnel, un noyau intangible. On parle d'*'eternity clauses'* ou *'entrenchment clauses'*. Généralement, il s'agit d'immuniser des éléments constitutifs de l'identité nationale de l'État. Cette immunisation s'impose avec force lorsque le Constituant veut juguler la résurgence d'un passé douloureux. Lorsque de telles limites existent, il paraît assez naturel qu'un contrôle juridictionnel soit exercé ; dans les États où ce contrôle n'est pas prévu, il arrive que les juges s'y engagent de leur propre initiative<sup>48</sup>.

Empiriquement, la question de la présence de limites matérielles, tout comme le contenu et l'importance de ces limites, donne lieu à des réponses très diverses d'un État à l'autre<sup>49</sup>. Il en est ainsi pour des raisons qui tiennent à l'histoire politique et aux traditions constitutionnelles propres à chaque État : « *What might be a reasonable choice for some nations might be threatening to constitutionalism in others* »<sup>50</sup>. Les particularités propres à chaque Constitution doivent donc nous conduire au plus grand relativisme sur ce point<sup>51</sup>. La question des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante dérivée n'est pas une question métajuridique, mais une question juridique : ce qui est révisable et ce qui ne l'est pas, c'est à chaque État d'en décider, que ce soit par la voie du Constituant originaire (limites explicites) ou/et par la voie de la juridiction constitutionnelle (limites implicites)<sup>52</sup>.

En Belgique, toute disposition de la Constitution est révisable, en ce compris l'article 18 (« La mort civile est abolie ; elle ne peut être rétablie »). Une controverse divise toutefois la doctrine sur la valeur supra-constitutionnelle ou non des décrets du Congrès national du 18 novembre 1830, sur l'indépendance du peuple belge, et du 24 novembre 1830, relatif à l'exclusion perpétuelle de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> M. VERDUSSEN, « Modification constitutionnelle et justice constitutionnelle », in D. GUÉNETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Montréal, Yvon Blais/Anthemis, 2021, pp. 33-49.

<sup>49</sup> R. ALBERT, M. NAKASHIDZE et T. OLCAI, « The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments », *Hastings Law Journal*, 2019, vol. 70, pp. 639-670.

<sup>50</sup> M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Elgar, 2014, p. 31.

<sup>51</sup> Si l'on passe d'une approche empirique à une approche normative, on doit souligner que, dans certains États autoritaires, les ruptures constitutionnelles survenues par rapport au pacte fondateur de l'État montrent le caractère éminemment problématique de révisions votées dans un tel contexte : voy. M. VERDUSSEN, « Modification constitutionnelle et justice constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>53</sup> H. DUMONT, *op. cit.*, p. 128-130.

## 2. Mémoire et lois mémorielles

Le devoir de mémoire a amené des Etats – on pense spécialement à la France – à adopter des lois dites ‘mémorielles’, par lesquelles les élus de la Nation, au risque de déclencher une guerre des mémoires, reconnaissent officiellement l’existence de certains événements du passé, succombant par là à la tentation d’une « simplification manichéenne » de l’étude de l’histoire<sup>54</sup> et oubliant surtout que l’écriture de la vérité historique – aussi incontestable soit-elle – n’appartient pas au Parlement<sup>55</sup>. Le devoir de mémoire se heurte ici aux exigences de l’écriture de l’Histoire. Étonnamment, ces lois mémorielles sortent des prévisions constitutionnelles.

La Belgique n’a pas succombé à cette tentation. La Commission des Affaires étrangères du Sénat a bien adopté en 1998 un texte relatif au génocide des Arméniens de Turquie en 1915<sup>56</sup>, mais il s’agit d’une résolution et non d’une loi, qui plus est adoptée par une commission parlementaire et non en séance plénière. Par ailleurs, le texte se limite, pour l’essentiel, à inviter « le gouvernement turc à reconnaître la réalité du génocide perpétré en 1915 par le dernier gouvernement de l’empire ottoman ».

En revanche, le législateur fédéral a adopté, le 23 mars 1995, une loi qui tend ‘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’<sup>57</sup>. C’est une loi pénale, qui a donc une portée normative, à la différence des lois mémorielles, *sensu stricto*. Saisie par un historien, révisionniste notoire, d’un recours en annulation et d’une demande de suspension dirigés contre 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, la Cour constitutionnelle rejette le recours, en ce que notamment la loi ne viole pas le droit fondamental à la liberté d’expression<sup>58</sup>. Dans sa motivation, elle prend bien soin de relever qu’« au cours des travaux préparatoires, il a été confirmé à maintes reprises que la recherche scientifique en général et la recherche historique objective et scientifique relative au génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la

<sup>54</sup> T. TODOROV, *L’esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006, p. 77.

<sup>55</sup> Sur cette controverse, voy. A. HOUZIAUX (dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Paris, Ed. de l’Atelier, 2006 ; R. REMOND, *Quand l’Etat se mêle de l’histoire*, Paris, Stock, 2006. Pour une perspective constitutionnelle, voy. M. FRANGI, « Les lois mémorielles : de l’expression de la volonté générale au législateur historien », *Rev. dr. publ.*, 2005, pp. 241-266 ; J. ROBERT, « L’Histoire, la repentance et la loi », *ibid.*, pp. 284-291.

<sup>56</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 1997-1998, n° 1-736/3.

<sup>57</sup> *Moniteur belge*, 30 mars 1995. Sur l’origine et la genèse de cette loi, voy. O. GRANDJEAN, « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *Droit & Société*, 2011, vol. 77, pp. 141-150. Cette loi a été modifiée le 7 mai 1999 (*Moniteur belge*, 25 juin 1999) et le 17 août 2013 (*Moniteur belge*, 5 mars 2014). On signale également l’article 115 d’une loi du 5 mai 2019 (*Moniteur belge*, 24 mai 2019), qui érige en infraction pénale plus générale la négation, la minimisation, la justification ou l’apologie de crimes de génocide, de crimes contre l’humanité ou de crimes de guerre, mais en restreignant l’objet du discours haineux incriminé aux crimes établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale. Un recours en annulation a été introduit contre cette disposition, dénonçant l’approche minimaliste adoptée par le législateur fédéral à travers cette dernière précision, qui de facto exclut un certain de crimes du champ d’application de la loi. Ce recours a été rejeté par la Cour constitutionnelle : C.C., arrêt n° 4/2021, 14 janvier 2021.

<sup>58</sup> C.C., arrêt n° 45/96, 12 juillet 1996. Sur cette affaire, voy. B. RENAULD, *La lutte contre le racisme*, Waterloo, Kluwer 2011, pp. 119-128.

seconde guerre mondiale en particulier ne tombent nullement sous l'application de la loi », cette dernière procédant d'une double préoccupation : punir des manifestations d'opinions, d'une part, parce qu'elles « fournissent un terreau à l'antisémitisme et au racisme et constituent une menace pour une société démocratique, étant donné qu'elles tendent à la réhabilitation de l'idéologie nazie » et, d'autre part, parce qu'elles « sont infamantes et offensantes pour la mémoire des victimes du génocide, pour leurs survivants et en particulier pour le peuple juif lui-même ».

Cela étant, le procédé constitutionnel de l'enquête parlementaire, même s'il poursuit d'autres finalités, peut constituer une occasion pour le Parlement de porter un éclairage sur des volets problématiques du passé. C'est ainsi qu'une commission d'enquête parlementaire a été instituée en 2000 par la Chambre des représentants afin de « déterminer les circonstances exactes de l'assassinat de Patrice Lumumba et l'implication éventuelle des responsables politiques belges dans celui-ci ». Rappelons ici que l'ancien Premier ministre congolais a trouvé la mort au Katanga le 17 janvier 1961, après avoir été enlevé. Le rapport de la commission dite 'Lumumba' a été approuvé en séance plénière en 2002<sup>59</sup>. De ce rapport, il ressort que certains membres du Gouvernement, voire d'autres acteurs, ont eu une responsabilité morale dans les circonstances ayant conduit à la mort de Patrice Lumumba<sup>60</sup>. A la suite de cela, le fils de Patrice Lumumba a déposé plainte avec constitution de partie civile à l'encontre de dix personnalités belges pour crime de guerre, qualification qui rend l'action publique imprescriptible. L'affaire est toujours en cours d'instruction.

Un éclairage historique sur des événements du passé peut aussi résulter des travaux d'une commission parlementaire dite 'spéciale', non pourvue des prérogatives revenant aux commissions d'enquête. C'est ainsi que la Chambre des représentants a institué en 2020 une commission parlementaire spéciale chargée d'examiner l'Etat indépendant du Congo et le passé colonial de la Belgique au Congo, au Rwanda et au Burundi, ses conséquences et les suites qu'il convient d'y réserver, est chargée de faire la clarté sur l'Etat indépendant du Congo (1885-1908) et sur le passé colonial de la Belgique au Congo (1908-1960), au Rwanda et au Burundi (1919-1962) et d'en tirer des enseignements pour l'avenir. Les travaux de cette commission sont toujours en cours, son mandat ayant été prolongé.

Ces commissions parlementaires ne doivent pas être confondues avec d'autres commissions, à finalité historique, mises sur pied par des autorités gouvernementales. On citera, par exemple, la Commission d'étude sur le sort des biens des membres de la Communauté juive de Belgique spoliés ou délaissés pendant la guerre 1940-1945, dénommée 'Commission Buysse I', qui a été créée au sein des Services du Premier ministre en 1997 et qui a remis son rapport final en 2001<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-312/11.

<sup>60</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-312/7, p. 839.

<sup>61</sup> <https://www.combuysse.fgov.be/fr/commission-detudes-des-biens-juifs>

### 3. Mémoire et lois d'amnistie<sup>62</sup>

En Belgique comme dans de nombreux Etats voisins, l'amnistie est une mesure collective qui retire à certains faits pénalement punissables leur nature infractionnelle, le caractère répréhensible des faits amnistiés étant ainsi purement et simplement effacé. De deux choses l'une. Soit les faits amnistiés n'ont pas encore donné lieu à condamnation, auquel cas l'amnistie empêche ou éteint l'action publique à l'égard de ces faits. Concrètement, le ministère public n'est plus autorisé à engager des poursuites, le magistrat instructeur n'est plus habilité à continuer son instruction et la juridiction pénale doit décider que l'action publique est éteinte. Soit les faits amnistiés ont déjà donné lieu à des condamnations, auquel cas celles-ci sont anéanties rétroactivement par l'amnistie. Cet anéantissement emporte des conséquences précises. Ainsi, l'amnistie s'oppose à ce qu'il soit fait mention d'une condamnation amnistiée dans le casier judiciaire de l'intéressé. L'amnistie se distingue de la grâce, mesure prise à l'égard d'une ou de plusieurs personnes déterminées, qui les dispense de l'obligation d'exécuter tout ou partie de la peine à laquelle elles ont été condamnées. Outre qu'elle implique le prononcé d'une condamnation, elle n'a aucune incidence sur le caractère répréhensible des faits. Ajoutons qu'à la différence de la grâce, qui fait l'objet de l'article 111 de la Constitution, l'amnistie est ignorée par celle-ci.

En Belgique, des lois d'amnistie ont été adoptées, quoique de manière très discontinue dans le temps. Trois types principaux d'événements ont provoqué l'adoption de telles lois : les guerres, les grèves et les impôts. Dans tous les cas, le vote de ces lois obéit à des conjonctures politiques et revêt un caractère exceptionnel.

Pourtant, comme nous venons de l'indiquer, l'amnistie n'est pas consacrée par la Constitution. Seules certaines dispositions législatives y font allusion, de manière incidente<sup>63</sup>. On a pu soutenir que le silence du Constituant devait être interprété comme l'expression d'une interdiction de cette mesure exorbitante. A tort, selon nous. En effet, la Constitution consacre le principe de la légalité en matière pénale, qui repose sur l'idée que la répression pénale n'a un caractère démocratique que si elle trouve sa source dans un acte voté par des assemblées élues démocratiquement. Par une application dérivée de

---

<sup>62</sup> M. VERDUSSEN et E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge – Amnistie, grâce et prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Voy. égal. M. VERDUSSEN et E. DEGRAVE, « Belgique », in H. RUIZ-FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La clémence saisie par le droit – Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de l'Université de Paris I, 2007, pp. 345-392 ; M. VERDUSSEN, « L'amnistie : contours juridiques et enjeux sociétaux », in *De la mémoire ou de l'oubli – L'amnistie en question(s)*. Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2018 (<https://academie-editions.be/accueil/342-de-la-memoire-ou-de-loubli-lamnistie-en-questions.html>), pp. 7-16. Ces études abordent d'autres figures du 'pardon social' que l'amnistie, à savoir la grâce et la prescription, et donc d'autres formes de 'clémence pénale'. Sur la limitation de la possibilité pour les Etats de recourir à ces formes de clémence pénale par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les tensions produites par cette jurisprudence, voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La clémence pénale et les droits de l'homme. Réflexions en marge de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La peine dans tous ses états – Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 125-149.

<sup>63</sup> Voy. par exemple l'article 4, 1°, de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen, ou encore l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, approuvé par la loi belge du 22 avril 1997.

la théorie de l'acte contraire, c'est au même pouvoir législatif qu'il revient d'amnistier les faits qu'il a précédemment érigés en infractions pénales. Dans la mesure où ils ont le pouvoir de créer des infractions, les législateur – le législateur fédéral, mais également les législateurs des entités fédérées – ont aussi celui de les effacer, chacun dans les limites des matières qui relèvent de leurs attributions. En conséquence, la légitimité constitutionnelle de l'amnistie n'est pas sérieusement disputable. Pourtant, on peut regretter que l'amnistie ne soit pas expressément envisagée par le texte constitutionnel. Par sa portée – elle a un caractère général et impersonnel – et par ses effets – elle efface la condamnation –, l'amnistie est une mesure sensiblement plus conséquente que la grâce, tant par rapport à la séparation des pouvoirs qu'au regard du respect qu'inspire la vérité judiciaire. Le pouvoir du législateur de la décréter devrait dès lors être assorti de bornes constitutionnelles spécifiques. L'amnistie est-elle acceptable en toutes matières ? Est-elle envisageable à n'importe quelle époque ? Ne devrait-elle pas être soumise à une majorité renforcée des deux tiers ? Ces questions méritent assurément l'attention du Constituant.

Toute amnistie conduit-elle nécessairement à l'oubli du groupe social ? L'amnistie ne peut-elle pas être « un pardon juridique gravé dans la mémoire collective »<sup>64</sup> ?

Tout d'abord, l'amnistie est un acte de pardon, mais le pardon qu'elle véhicule est, et n'est que, juridique. Des philosophes se sont attelés à démontrer la dissociation entre le pardon juridique et le pardon éthique, en allant jusqu'à détacher complètement le pardon du droit, qu'ils tiennent pour incompatible avec la rationalité juridique<sup>65</sup>. La dissociation entre le pardon juridique et le pardon éthique, voire religieux, est fondée sur plusieurs constatations. Le pardon éthique « ne saurait tirer sa valeur d'un ensemble de raisons, de conditions, d'attendus ou d'objectifs qui viendraient limiter sa créativité absolue », de telle sorte qu'il « est à lui-même sa propre fin »<sup>66</sup>, tandis que le pardon juridique est mobilisé au service d'objectifs politiques : « *Politics is a necessary component of the clemency decision, and should remain so* »<sup>67</sup>. Le pardon éthique est indépendant de tout critère juridiquement contraignant et ne se prête à aucune codification, alors que le pardon juridique est fondé sur des règles. Le pardon éthique est une démarche individuelle, qui vient en réponse à une sollicitation expresse de la personne intéressée – « La construction du pardon est la reprise d'une demande », écrit Pierre Legendre<sup>68</sup> –, alors que le pardon juridique est un pardon collectif, celui de l'Etat.

Ensuite, le pardon juridique imposé par l'amnistie ne mérite-il pas d'être gravé dans la mémoire collective ? Si « l'amnistie apparaît comme l'instrument de l'oubli par excellence, on ne peut cependant pas conclure qu'il constitue la consécration d'une

<sup>64</sup> M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly – Loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 437-442.

<sup>65</sup> J. DERRIDA, *Sur parole – Instantanés philosophiques*, L'Aube, 2005, p. 138 ; V. JANKELEVITCH, *Le pardon*, Paris, Aubier-Montaigne, 1967, p. 16 ; P. RICOEUR, *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 206.

<sup>66</sup> S. LEFRANC, *Politiques du pardon*, Paris, P.U.F., 2002, p. 147.

<sup>67</sup> B. BRESLIN et J.J.P. HOWLEY, « Defending the Politics of Clemency », *Oregon Law Review*, 2002, vol. 81, p. 233.

<sup>68</sup> P. LEGENDRE, « L'impardonnable », in O. ABEL (dir.), *Le pardon – Briser la dette et l'oubli*, Paris, Seuil, 1991, p. 30.

amnésie pure et simple »<sup>69</sup>. C'est d'autant plus vrai lorsqu'elle porte sur une condamnation déjà prononcée, car la justice a alors été dite.

D'un point de vue strictement juridique, l'amnistie ne porte pas nécessairement atteinte au droit de la victime de l'infraction d'être indemnisée. Certaines lois d'amnistie le prévoient d'ailleurs expressément. Comme l'a noté un professeur de droit pénal, « si le législateur a le pouvoir d'effacer le caractère délictueux des actes qu'il couvre, il ne peut ni leur enlever le caractère de faits dommageables, puisque ce caractère ne dépend pas de la loi, ni éteindre les obligations auxquelles ces actes ont donné naissance, car il doit respecter les droits des tiers »<sup>70</sup>. De deux choses l'une : ou bien la victime s'est déjà constituée partie civile et, en dépit de l'amnistie, la juridiction pénale reste compétente pour statuer sur l'action civile ; ou bien la victime ne s'est pas constituée partie civile au moment de l'entrée en vigueur de la loi d'amnistie et il n'est plus question pour elle de saisir la juridiction pénale, l'action civile devant nécessairement être dirigée vers la juridiction civile. Ces solutions ont été dégagées par la Cour de cassation belge<sup>71</sup>.

Au-delà de cet aspect strictement juridique, l'aptitude de l'amnistie à ne pas imposer un oubli social absolu ne dépend-elle pas des conditions dans lesquelles elle est décrétée ? Une différence ne doit-elle pas être faite entre une amnistie générale et absolue ('*blanket amnesty*') et une amnistie accordée à la suite d'un repentir exprimé sincèrement dans un cadre formel du type 'Vérité et réconciliation' ? Ne faut-il pas admettre que, dans ce cas, « la figure de l'amnistie a réussi à se dégager totalement des facilités de l'oubli », selon l'expression de François Ost<sup>72</sup>. Bref, le lien entre amnistie et oubli – qui est même étymologique<sup>73</sup> – est-il vraiment indissoluble ?

En Belgique, l'amnistie est un sujet de crispations. D'un point de vue historique, le débat sur l'amnistie est, en effet, étroitement lié à l'évolution du mouvement flamand. Les historiens Els Witte et Jan Craeybeckx relèvent ainsi qu'au lendemain de la Première Guerre mondiale, « après quelques années d'hésitation, la masse flamande fut gagnée à la revendication d'une amnistie en faveur des activistes », ces Flamands qui, à la faveur du conflit, ont voulu « utiliser la présence allemande pour activer la question flamande et parvenir à la réalisation de leurs revendications »<sup>74</sup>. Celles-ci provoquèrent même, en 1937, la démission du Ministre de la Justice, François Bovesse, qui entendait par là manifester son opposition à un projet de loi accordant l'amnistie aux activistes<sup>75</sup>. Après

<sup>69</sup> M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir – Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2005, p. 277.

<sup>70</sup> J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, Gand, Swinnen, 1879, pp. 253-254.

<sup>71</sup> Cass., 16 mars 1920, *Pasicrisie*, 1920, I, p. 95 ; 23 novembre 1920, *Pasicrisie*, 1921, I, p. 134.

<sup>72</sup> F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 147.

<sup>73</sup> Le mot 'amnésie' vient des mots grecs '*amnēstia*' et '*amnēstas*' qui signifient respectivement 'pardon' et 'oubli' : A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998, p. 117.

<sup>74</sup> E. WITTE et J. CRAEYBECKX, *La Belgique politique de 1830 à nos jours*, Bruxelles, Labor, 1987, pp. 146 et 190.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 240. Voy. T. LUYKX et M. PLATEL, *Politieke Geschiedenis van België*, t. 1, *Van 1789 tot 1944*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 329-331 et 368-369.



la Seconde Guerre mondiale, un nouvel élan en faveur de l'amnistie vit le jour<sup>76</sup>. Il n'eut cependant pas « les mêmes caractères que celui qui avait suivi la Première Guerre mondiale », notamment en ce qu'il « intervint en faveur de personnes qui, parfois, étaient coupables ou complices de crimes de guerre »<sup>77</sup>. Aujourd'hui encore, certains partis politiques flamands continuent à brandir l'étendard de l'amnistie. Ces idées sont répercutées au sein même de l'enceinte parlementaire, par le dépôt de propositions accordant l'amnistie aux victimes de la répression<sup>78</sup>. Si l'on veut bien faire abstraction de la récupération communautaire du débat sur l'amnistie, dans laquelle ont versé certaines fractions de la classe politique flamande, force est de constater que, parmi les opinions exprimées au Nord du pays sur ce sujet, certaines sont pour le moins nuancées. Ainsi, dans un ouvrage sur la répression des collaborateurs consécutive à la Seconde Guerre mondiale, deux chercheurs flamands écrivent-ils qu'il est certes « temps de balayer définitivement les conséquences sociales et humaines de la répression », mais que l'amnistie n'est pas, pour autant, la voie la plus pertinente pour y parvenir, et ce, pour trois motifs<sup>79</sup>. Le premier motif est juridique : l'amnistie « ne touche qu'aux aspects pénaux du dossier », de sorte qu'elle « ne saurait alléger les petites douleurs dont seul l'intéressé lui-même supporte encore les conséquences ». Le deuxième motif est politique : certains représentants des mouvements favorables à l'amnistie ont cru bon « de falsifier l'histoire de la répression », en forgeant des mythes et en distillant « des demi- et des fausses vérités ». Le troisième et dernier motif relève davantage de la psychologie sociale : « l'amnistie ne sera pas à même d'apaiser les passions de la mémoire collective », car la collaboration et la répression « ont causé un traumatisme dont la communauté ne se débarrasse que très lentement ».

#### 4. Mémoire et oubli numérique

En 2022, la mémoire, c'est aussi celle de l'ordinateur, qui vient bouleverser le subtil équilibre qui se fait naturellement en chacun de nous, entre la mémoire et l'oubli.

D'un point de vue physiologique, l'oubli s'organise progressivement, atténuant la souffrance psychique liée à des événements douloureux ou libérant de l'espace mental en abandonnant le souvenir de faits anodins. Ainsi l'oubli a-t-il des vertus réparatrices et constructives. Pour Friedrich Nietzsche, il est même fondamental puisque « nul bonheur,

<sup>76</sup> Voy. A. MOLITOR, *Souvenirs – Un témoin engagé dans la Belgique du 20<sup>e</sup> siècle*, Gembloux, Duculot, 1984, pp. 278-281 ; V. DUJARDIN, *Pierre Harmel*, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 368-370. Ce phénomène ne fut pas propre à la Belgique : « As popular resentment against collaborators waned with the passage of time, concern grew about the need for reconciliation and the eventual rehabilitation of collaborators. This was reflected in the series of amnesties that were decreed during the late 1940s. The result was that by 1950 there were few collaborators still serving prison sentences in the states of formerly occupied Western Europe » (A. RIGBY, *Justice and Reconciliation After the Violence*, Londres, Lynne Rienner, 2001, pp. 35-36).

<sup>77</sup> E. WITTE et J. CRAEYBECKX, *op. cit.*, p. 253.

<sup>78</sup> Voy. not. la proposition de loi déposée par M. Wim Verreycken et consorts le 19 janvier 2004 (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 462/1). En séance plénière, l'assemblée a décidé, le 22 janvier 2004, de ne pas prendre cette proposition en considération (*Ann. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 3-38).

<sup>79</sup> L. HUYSE et S. DHONDT, *La répression des collaborations 1942-1952 – Un passé toujours présent*, trad., Bruxelles, CRISP, 1993, pp. 304-307.

nulle sérénité, nulle espérance, nulle fierté, nulle jouissance de l'instant présent ne pourrait exister sans faculté d'oubli »<sup>80</sup>.

Aujourd'hui, le numérique chamboule fondamentalement le processus d'oubli. Désormais, il est techniquement possible d'enregistrer une masse d'informations sur chaque individu, et de les conserver éternellement. L'« *eternity effect* »<sup>81</sup> – effet d'éternité d'internet – conduit ainsi à une « hypermnésie généralisée »<sup>82</sup>. En outre, quel que soit le lieu de stockage de ces informations, elles sont accessibles à tout un chacun en quelques clics et de par le monde, notamment via un moteur de recherche comme *Google*.

En d'autres termes, naturellement, l'oubli l'emporte sur la mémoire par le passage du temps, la mémoire nécessitant des efforts positifs pour être entretenue. Avec le numérique, on assiste à une inversion de ce rapport. La mémoire devient la règle, et l'oubli en est l'exception.

Ainsi, l'ordinateur a de nous une mémoire que nous n'avons plus sur nous-mêmes. Plus encore, force est de constater que « l'ordinateur ne fait pas seulement quelque chose pour nous, il fait aussi quelque chose de nous »<sup>83</sup>, puisque ces informations sont enregistrées dans le but d'être réutilisées par la suite, notamment pour cibler de plus en plus précisément notre comportement individuel au départ des traces que nous laissons sur internet, et ainsi influencer nos choix, qu'ils soient amicaux, culturels, politiques, commerciaux, ...

Certes, cette hypermnésie technologique offre bien des avantages. Elle fait notamment le bonheur des chercheurs, professeurs, étudiants, historiens, journalistes d'investigation, enquêteurs, qui constatent quotidiennement la facilité offerte par « la réunion en un 'lieu' d'une quantité hallucinante de documents »<sup>84</sup>.

Mais elle se heurte également à des préoccupations essentielles. Celles-ci sont liées au droit fondamental à la protection de la vie privée, entendu au sens large du terme, non seulement comme un droit à l'intimité et au secret, mais également comme le droit à l'autodétermination informationnelle. Il s'agit du droit de tout individu de maîtriser son image informationnelle, en décidant lui-même des conditions d'utilisation des

---

<sup>80</sup> Fr. NIETZCHE, *Considérations intempestives*, II, 1, trad., Paris, Ed. Aubier-Montaigne, 1874, cité par M. BOIZARD, « La tentation de nouveaux droits fondamentaux face à internet : vers une souveraineté individuelle ? Illustration à travers le droit à l'oubli numérique », in A. BLANDIN (dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 52

<sup>81</sup> S. WALZ, « Relationship between the freedom of the press and the right to informational privacy in the emerging Information Society », 19<sup>e</sup> Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Bruxelles, 17-19 septembre 1997, p. 3.

<sup>82</sup> E. CRUYSMANS, « La protection de la réputation en ligne : droit de réponse, droit de rectification, droit à l'oubli », in C. de TERWANGNE et Q. VAN ENIS (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 389.

<sup>83</sup> S. TURKLE, *Life on the screen – Identity in the Age of internet*, New York, Simon Schuster, 1995, p. 26 (traduction libre).

<sup>84</sup> E. CRUYSMANS, *op. cit.*, p. 389.

informations qui le concernent ou, au moins<sup>85</sup>, en ayant connaissance de l'usage qui en est fait<sup>86</sup>. A l'origine, ce droit à l'autodétermination informationnelle a été dégagé par la Cour constitutionnelle allemande, déjà en 1983, dans un arrêt important portant sur la constitutionnalité de la collecte, par l'Etat et dans un but statistique, de données à caractère personnel nombreuses et précises<sup>87</sup>. Dans cet arrêt, dont l'intérêt s'étend au-delà des frontières allemandes, la Cour allemande fait référence à la pression psychologique que subit l'individu qui ignore ce qui est fait de ses données et se sent dès lors incite, par prudence, au conformisme. Selon la Cour, « *if someone is uncertain whether information about unusual behavior is being stored and recorded permanently in computer banks, or does not know whether it will be used or passed on, he will try not attract attention engaging in such behavior* »<sup>88</sup>.

A cet égard, la mémoire infaillible d'internet préoccupe, faisant remonter à la surface, parfois des années après, des éléments que l'on aspire à oublier. Des agissements du passé, qu'on voudrait pouvoir laisser derrière nous, resurgissent en permanence sur internet. C'est le cas, par exemple, d'une personne coupable d'une infraction, condamnée en justice, qui a effectué sa peine, mais qui sent que celle-ci se prolonge indéfiniment dans les faits au gré des articles qu'internet diffuse à son sujet et des sites web mentionnant encore lesdites informations<sup>89</sup>. Il y a aussi les photos et les propos que nous publions nous-mêmes sur les réseaux sociaux, à une certaine période de notre vie et qu'on voudrait pouvoir éliminer désormais, ayant évolué ou changé d'avis depuis lors. On songe, par exemple, à une femme demandeuse d'emploi qui se retrouve prisonnière de photos peu honorables publiées sur Instagram alors qu'elle était étudiante et faisait son baptême.

Par ailleurs, des informations, disséminées d'année en année sur le web, sur des sites dont on n'a parfois pas ou plus connaissance, sont rassemblés en quelques instants par les puissants moteurs de recherche. Des informations déconnectées de leur contexte initial sont ainsi affichées, qui deviennent accessibles au plus grand nombre et offrent des indications claires sur la personne. Songeons par exemple à un homme politique qui a fait l'objet il y a de nombreuses années, d'articles de presse reprenant les dire de son ex-compagne l'accusant de harcèlement et qui, depuis lors, subit les dégâts causés par la

<sup>85</sup> Cette réserve est liée au fait que, dans certaines circonstances, la personne ne peut pas s'opposer à l'usage qui est fait de ses données. On songe par exemple aux données qu'il doit fournir à l'Etat pour le paiement de l'impôt.

<sup>86</sup> Pour plus de précisions, voy. E. DEGRAVE, *L'e-gouvernement et la protection de la vie privée – Légalité, transparence et contrôle*, Bruxelles, Bruylant, coll. Crids, 2014, n° 64.

<sup>87</sup> Cour constitutionnelle allemande, 15 décembre 1983, 65 BVerfGE I. Pour une traduction en anglais de cette décision, voy. E.H. RIEDEL, « Federal Constitutional Court Karlsruhe. Census Act 1983 partially unconstitutional », *Human Rights Law Journal*, 1984, pp. 94-116. Une traduction en anglais des extraits principaux de cet arrêt figure également dans D.P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2e éd., Durham/London, Duke University Press, 1997, pp. 324-325. Pour un commentaire, voy. E.H. RIEDEL, « New bearings in German data protection census act 1983 partially unconstitutional », *Human rights Journal*, 1984, pp. 67-93.

<sup>88</sup> Cour constitutionnelle allemande, 15 décembre 1983, 65 BVerfGE I, tel que repris dans l'ouvrage de D.P. KOMMERS, *op. cit.*, p. 325.

<sup>89</sup> Pour un cas de jurisprudence concernant un médecin ayant tué deux personnes alors qu'il conduisait en état d'ivresse et qui, après avoir purgé sa thèse, voit son cas publié dans un quotidien à destination du grand public, voy. E. MONTERO ET Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net », *TBBR/RGDC*, 2016, pp. 243 et sv.

remontée de ces informations via les moteurs de recherche et voit de nombreuses portes se fermer à lui.

Les personnes qui subissent les conséquences de cette mémoire technologique éternelle voudraient que ces informations soient effacées, ou, au moins, qu'elles cessent d'être diffusées par internet. Quelles que soient leurs motivations personnelles, ces personnes ont en commun de ne pas vouloir « se voir coller une étiquette définitive, qui les fige dans une image dépassée et fait fi de leur liberté d'évoluer, de tourner une page et d'emprunter de nouveaux chemins »<sup>90</sup>. Elles réclament donc ce que l'on appelle un « droit à l'oubli numérique ».

Ce droit à l'oubli numérique a reçu un premier coup de projecteur en 2014 à la faveur d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne qui a fait grand bruit, l'arrêt *Google Spain*<sup>91</sup>, qui concerne un citoyen espagnol se plaignant du fait que les recherches effectuées au départ de son nom aboutissaient donnaient accès à un ancien article de presse qui faisait état d'une dette fiscale qu'il avait pourtant apurée depuis lors.

Cet arrêt consacre le 'droit au déréférencement', dit aussi 'droit à la désindexation des données', qui vise spécifiquement les moteurs de recherche et le droit de chacun de ne pas voir apparaître certains résultats d'une recherche effectuée au départ de son nom. La Cour y affirme notamment qu' « eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte »<sup>92</sup> toute personne peut « demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats, ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question »<sup>93</sup>.

Il est intéressant de remarquer que cette préoccupation n'a pas été initiée en Europe. Aux Etats-Unis, tant la Cour suprême en 1989<sup>94</sup> qu'une Cour d'appel californienne en 1994, ont insisté sur la particularité de l'information produite par les moteurs de recherche via les résultats de recherche. En effet, ceux-ci produisent une information qui agrège une masse de données éparpillées sur le web. Des tas d'informations dont on n'aurait pas

<sup>90</sup> E. MONTERO et Q. VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 246 et s.

<sup>91</sup> C.J.U.E. (Gde ch.), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc.*, C-131/12. A ce sujet voy. not. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernées dans le RGPD » in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, coll. Crids, 2018, pp. 451 et sv.

<sup>92</sup> Il s'agit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et en particulier du droit au respect de la vie privée (article 7) et du droit à la protection des données à caractère *personnel* (article 8).

<sup>93</sup> C.J.U.E. (Gde ch.), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc.*, précité, § 100-4.

<sup>94</sup> *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749 (1989), cité par C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, pp. 254 et s.

connaissance par via une recherche classique, page web après page web, sont donc rendues accessibles beaucoup plus aisément, que dans l'hypothèse où l'information est éparpillée sur des sites web nombreux et distincts. Ainsi, « c'est la nature agrégée de l'information qui lui donne de la valeur (...) ; c'est la même qualité qui rend sa diffusion constitutionnellement dangereuse »<sup>95</sup>.

Au niveau normatif, le droit à l'oubli n'est pas consacré comme tel dans une norme juridique, mais il se manifeste, dans le régime juridique de la protection des données<sup>96</sup>, au travers de différentes prérogatives que le citoyen peut faire valoir à l'égard de toute personne qui traite ses données à caractère personnel. Il s'agit principalement du droit de s'opposer à l'usage de ses données, du droit de demander la suppression ou l'anonymisation de ses données une fois qu'il n'est plus nécessaire de les conserver, et du droit de demander l'effacement de ses données dont le traitement est non conforme à la protection des données<sup>97</sup>. C'est sur cette dernière prérogative que se concentrent les lignes qui suivent.

Le 25 mai 2018 est entré en application le désormais célèbre Règlement général sur la protection des données à caractère personnel (RGPD). Ce texte évoque à plusieurs reprises le « droit à l'oubli », en le maintenant entre guillemets. On doit y voir le signe des nombreuses discussions préalables à l'adoption de cette expression.

Concrètement, le RGPD ne consacre pas le droit à l'oubli mais seulement, en son article 17, le 'droit à l'effacement', qui en est une facette. Ce droit permet à toute personne d'obtenir l'effacement des données qui circulent à son sujet sur internet, dans six situations. Il s'agit notamment du fait que les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées (on songe par exemple aux données de contact communiquées pour la livraison d'un produit qui a été effectuée) ou lorsque la personne retire son consentement à l'utilisation de ses données (ce qui est le cas lorsque l'on retire des informations d'un compte Facebook, par exemple)<sup>98</sup>. A noter que ce droit n'est pas absolu, si bien qu'une personne ne pourra pas obtenir l'effacement des données nécessaires, notamment, au respect de la liberté d'expression ou d'information, ou au respect d'une obligation légale<sup>99</sup>.

La jurisprudence belge faisant application de l'article 17 du RGPD est rare. En effet, peu de citoyens saisissent le juge judiciaire, ou l'Autorité de protection des données, pour mettre en œuvre le droit à l'effacement. Néanmoins, une intéressante décision rendue par

---

<sup>95</sup> *Westbrook v. Los Angeles County*, 32 Cal. Rptr. 2d 382 (Cal. App. 1994), cité par C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 255.

<sup>96</sup> Celui-ci est constitué, pour l'essentiel, du Règlement européen général de la protection des données (RGPD) et de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

<sup>97</sup> Pour de plus amples précisions sur ces différentes facettes du droit à l'oubli, voy. C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, pp. 251 et sv.

<sup>98</sup> Pour faciliter la mise en œuvre de ce droit, l'Autorité de protection des données met à disposition des citoyens un modèle de lettre à adresser au responsable du traitement des données à caractère personnel. Il est accessible ici <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/vie-privee/quels-sont-mes-droits->

<sup>99</sup> Pour de plus amples précisions à ce sujet, voy. E. CRUYSMANS, *op. cit.*, pp. 413 et sv. ; T. TOMBAL, *op. cit.*, p. 450 et sv.

le Tribunal de première instance de Bruxelles en 2014 illustre la pertinence de ce droit et l'utilité de le faire valoir en justice, bien que peu de personnes encore osent franchir ce pas. A l'origine, un citoyen publiquement connu est condamné en 2001 pour des faits de mœurs commis en 1995. A l'époque, cette condamnation fait l'objet de multiples articles de presse. Des années plus tard, ce citoyen souhaite mettre fin au rappel de ce passé encombrant via les recherches effectuées sur Google qui nuit à sa réinsertion socio-professionnelle. Il demande à Google le déréférencement de dix-huit articles de presse à son sujet. Après s'être épuisé en pourparlers avec Google, il s'adresse au Tribunal de première instance de Bruxelles agissant comme en référé, en fondant son action sur l'article 17 du RGPD. Le juge fait droit à la demande de ce citoyen, et, par-là, inclut dans le droit à l'effacement consacré par le RGPD, le droit au déréférencement. Le juge constate notamment que « le référencement des articles litigieux ne facilite pas la réinsertion sociale et/ou professionnelle du demandeur » comme en témoigne notamment « l'absence de toute réponse aux lettres de postulation qu'ils a envoyées »<sup>100</sup>. Et de préciser que Google « joue un rôle décisif dans la diffusion globale des données à caractère personnel en ce qu'il rend accessibles à tout internaute (...) y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page «web sur laquelle ces mêmes données sont publiées »<sup>101</sup>. Faisant application de l'article 17 du RGPD, le juge impose donc à Google d'effacer, non pas les données originaires contenues dans les articles en question, mais bien d'effacer les données secondaires, c'est-à-dire les résultats de Google au départ de ces articles de presse<sup>102</sup>.

Notons que cette affaire n'est pas sans lien avec la question de la réhabilitation judiciaire<sup>103</sup> qui a fait l'objet d'un récent arrêt de la Cour constitutionnelle.

La réhabilitation<sup>104</sup> est une décision judiciaire visant à ce que la condamnation pénale d'une personne cesse ses effets pour l'avenir, moyennant le respect de certaines conditions. Cela se concrétise notamment par l'effacement de la condamnation dans le casier judiciaire de la personne concernée. L'objectif de la réhabilitation est de permettre la réinsertion sociale du condamné, d'accorder une réparation morale « à un condamné dont la conduite a été irréprochable »<sup>105</sup>.

Récemment, dans un arrêt du 31 mars 2022, la Cour constitutionnelle a été saisie d'une question préjudicielle à propos de l'impossibilité d'effacer du casier judiciaire une décision d'internement, à la différence d'une condamnation pénale. La Cour confronte cette situation à l'article 22 de la Constitution qui protège le droit à la vie privée. Elle constate que « lorsqu'il est mis fin à l'internement, c'est en considérant que (...) l'état mental de la personne qui était internée est suffisamment stabilisé pour que cette personne

<sup>100</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 4 novembre 2019, *Auteurs & Media*, 2019, p. 513.

<sup>101</sup> *Idem*

<sup>102</sup> En ce sens, voy. T. TOMBAL, *op. cit.*, p. 454.

<sup>103</sup> Ce citoyen avait en effet fait l'objet d'une réhabilitation, conduisant notamment à effacer la condamnation judiciaire de son casier judiciaire. Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 4 novembre 2019, *Auteurs & Media*, 2019, p. 513.

<sup>104</sup> Visée à l'article 621 du Code d'instruction criminelle.

<sup>105</sup> *Pasinomie.*, 1896, p. 111, cité par C.C., arrêt n° 52/2022, 31 mars 2022.

ne constitue plus un danger ni pour la société ni pour elle-même. (...) En l'espèce, les effets que cette inscription [sur le casier judiciaire] pourrait avoir sur la vie privée et sur la réinsertion professionnelle de la personne concernée ne sont soumis à aucune limite temporelle (...) ce qui constitue une limitation disproportionnée des droits des intéressés »<sup>106</sup>. Partant, elle constate que cette situation est inconstitutionnelle.

Il est étonnant de constater que cet arrêt ne fait aucune allusion au droit à l'effacement consacré par l'article 17 du RGPD. Pourtant, les données reprises au casier judiciaire sont des données à caractère personnel et prétendre à leur effacement rentre pleinement dans le champ de l'article 17 du RGPD, notamment. Confronter cette problématique tant à la Constitution qu'au RGPD, selon la méthode dite du 'tout indissociable'<sup>107</sup>, donnerait une assise plus forte à la décision de la Cour, soulignant l'existence et l'utilité des droits des citoyens sur leurs données à caractère personnel, y compris lorsqu'il s'agit de données traitées par l'Etat comme c'est le cas pour le casier judiciaire.

Partant de ce constat, à l'ère numérique, et compte tenu des enjeux particuliers et de plus en plus puissants soulevés par la technologie s'agissant de la mémoire et de l'oubli, on peut raisonnablement se demander s'il ne serait pas judicieux d'ériger le droit à l'oubli numérique en droit constitutionnel. Un tel choix permettrait d'actualiser la Constitution aux enjeux contemporains, irrigués à l'envi par le numérique. Par ailleurs, de cette manière, l'on intégrerait la protection des données à caractère personnel dans les réflexes et les réflexions constitutionnelles, qui sont encore trop peu effectifs, en particulier s'agissant de la protection des données détenues par l'Etat.

---

<sup>106</sup> C.C., arrêt n° 52/2022, 31 mars 2022, B.13.1.

<sup>107</sup> Selon cette méthode, **lorsqu'une disposition conventionnelle trouve écho dans une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, « les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause (...)** Lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (voy. C.C., arrêt n° 136/2004, du 22 juillet 2004, B.5.3. et B.5.4). Voy. M. VERDUSSEN, « The Belgian Experience of Rights-based Review: Has the Constitutional Court Become a Body Subordinated to the European Court of Human Rights ? », in J. BELL et M.-L. PARIS (eds), *Rights-Based Constitutional Review – Constitutional Courts in A Changing Landscape*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2016, Studies in Comparative Law and Legal Culture, pp. 363-367. Sur l'application de cette méthode dans le domaine du droit à la vie privée, voy. E. DEGRAVE, *L'e-gouvernement et la protection de la vie privée – Légalité, transparence et contrôle*, op. cit., n° 102.





# XXXVIII<sup>e</sup> TABLE RONDE INTERNATIONALE DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

## « Constitution, histoire et mémoire »

---

Aix-en-Provence  
9-10 septembre 2022

---

### **BRÉSIL**

(Rapport provisoire)

Rapport établi par<sup>1</sup>:  
Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA (dtoliveira@yahoo.com)  
et Fabiana DANTAS (fabiana.dantas@ufpe.br)

## **INTRODUCTION**

« Les constellations qui figurent sur le drapeau national correspondent à l'aspect du ciel de la ville de Rio de Janeiro à 8h30 le 15 novembre 1889 »<sup>2</sup>, c'est là le premier instant de la République brésilienne. Symbole de l'identité nationale adopté dès le XIX<sup>e</sup> siècle, le drapeau brésilien actuel est en réalité une reformulation du pavillon conçu en 1822 pour le Brésil impérial. Cette continuité intrigue : au moment où l'on assiste au renversement de la monarchie, le drapeau témoigne qu'il n'y a pas de véritable rupture. Cette ambivalence est depuis toujours la marque du constitutionnalisme brésilien.

---

<sup>1</sup> D. TEIXEIRA DE OLIVEIRA, docteur en droit constitutionnel comparé à l'Université de Toulon - France et F. DANTAS, professeur à l'Université fédérale de Pernambuco - Brésil et Procureur fédéral à l'Institut du patrimoine historique et artistique national (IPHAN) - Brésil.

<sup>2</sup> Le Décret n°4 de 19/11/1889 qui adopte le drapeau national a été incorporé dans le texte de cet extrait qui figure sur l'article 3 de la Loi fédérale n°8.421 du 11 mai 1992. V. sur : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8421.htm) Décret n°4 du 19 novembre 1889.

L'analyse de la Constitution aux prismes de l'histoire et de la mémoire ouvre d'innombrables horizons de compréhension. La simple observation de la permanence de la Constitution brésilienne de 1988 dans l'ordonnement juridique par exemple, du contexte de sa promulgation et son temps de vigueur, est pleine de conséquences. Lorsqu'une Constitution est en vigueur longtemps, elle devient agent de l'Histoire, la société commémorant même les anniversaires du texte. Son importance est comparable à celle d'un témoin qui transmet une certaine perception du monde et elle s'inscrit dans la mémoire collective. C'est précisément pour cette raison que la doctrine du droit constitutionnel a recours à des termes tels que « jeunes démocraties » ou « démocraties consolidées », c'est-à-dire, en associant le régime politique à un texte constitutionnel de courte ou de longue durée. Cette « Constitution témoin » crée une mémoire qui véhicule une idée.

La démocratie brésilienne est, sous cet aspect, une « jeune » démocratie qui a pourtant déjà connu sept Constitutions.<sup>3</sup> Toutefois, la Constitution actuelle est dans sa durée la plus longue de l'histoire constitutionnelle brésilienne. Elle naît en 1822 avec un régime constitutionnel monarchique qui, depuis, a connu diverses modifications de régime politique et de formes de gouvernement, et même plusieurs « coups d'État ». Ces changements sont à l'origine des différents textes constitutionnels. Les analyser sous l'angle de l'histoire et de la mémoire nous permet une approche du droit constitutionnel brésilien au-delà de la description historiographique des Constitutions, révélant des questions complexes sur la culture juridique du pays et sur l'identité nationale.

On sait que tout texte constitutionnel est le produit d'un contexte et de forces qui ont une incidence pendant une période définie ou au moins définissable. Ceci étant, on peut affirmer que le texte constitutionnel et son sens résultent des processus historiques, et que son interprétation dépend

---

<sup>3</sup> Ceci est le positionnement adopté par la Cour constitutionnelle. Certains historiens considèrent cependant que le Brésil a eu huit Constitutions en raison de l'inclusion dans la liste de l'Amendement constitutionnel n°1 de 1969 pendant la dictature militaire. En ce sens, voir : <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696#:~:text=O%20Brasil%20teve%20sete%20Constitui%C3%A7%C3%B5es,1988%2C%20que%20completa%2030%20anos>

des représentations dynamiques que la société construit sur lui à travers des générations. Les Constitutions brésiliennes n'échappent pas à cette règle.

La Constitution brésilienne actuelle est avant tout le résultat d'un contexte, celui de l'Assemblée constituante de 1987 convoquée, non pas par un procès électoral classique, mais par le propre régime dictatorial alors en place. Cette particularité de l'expérience brésilienne a laissé une marque indélébile dans le texte de la Constitution et dans son pouvoir normatif. Ce n'est pas par hasard que la Constitution actuelle est nommée la *Constitution citoyenne* ou la *Constitution redémocratisatrice* pour avoir surgi de la transition du régime dictatorial qui l'a précédée et qui était en vigueur depuis 1964. Elle a l'ambition de « construire une société libre, juste et solidaire »<sup>4</sup>.

En effet, ce passage du régime dictatorial militaire vers le régime démocratique est l'un des moments les plus importants de l'histoire politique récente du Brésil et il en dit long sur la culture juridique du pays. Cela s'est réalisé par un processus qui débute dans les années quatre-vingt et qui a eu son apogée formelle avec la promulgation de la Constitution en 1988. On parle d'apogée formelle dans ce cas afin d'attirer l'attention sur le fait que ce processus est en réalité continu. De par les plusieurs réformes que le texte principal a subi, y compris avec l'ajout de nouveaux droits fondamentaux<sup>5</sup> tout comme par les 120 articles qui composent les Actes de dispositions transitoires dont certains produisent encore des effets juridiques plus de trente ans plus tard<sup>6</sup>. En effet, les exemples qui montrent que ce processus est encore en cours ne manquent pas. La continuité de la transition se manifeste aussi par les « oublis » et les « lacunes » du texte constitutionnel qu'on tente encore de combler, comme par exemple à travers la *Commission de la vérité*<sup>7</sup> chargée de réécrire une partie de l'histoire des disparus de la dictature, aujourd'hui partie du *Centre de référence des Mémoires révélées*.

<sup>4</sup> Article 3<sup>o</sup>, alinéa I de la Constitution de 1988.

<sup>5</sup> En 2022 la Constitution brésilienne comporte 125 amendements, 6 révisions et un catalogue de 79 droits fondamentaux. V. sur : [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

<sup>6</sup> Rien qu'au cours de cette année 2022, deux amendements constitutionnels (n°119 et n°123) ont modifié le chapitre de la Constitution destiné aux Actes de dispositions transitoires.

<sup>7</sup> La *Commission nationale de la vérité* était un organe créé par la Loi n°12.528/2010 qui lui a attribué la finalité d'enquêter sur les violations des droits fondamentaux entre 1946 à 1988 afin de rendre effectif le droit à la mémoire et la vérité historique et de promouvoir une réconciliation nationale. Elle a fonctionné jusqu'à décembre 2014 et le rapport final en trois

S'il ne semble pas y avoir une seule norme juridique créée sans l'incidence des conjonctures historiques, l'analyse de la Constitution contextualisée par les faits historiques permet non seulement de comprendre ces conjonctures mais aussi de révéler des aspects de la culture constitutionnelle. Au Brésil, en plus de ruptures et de continuités, la culture constitutionnelle est celle de la menace constante de rupture institutionnelle. Effet, les ruptures institutionnelles successives au long de son histoire constitutionnelle sont un indicateur d'une mémoire traumatique pour le peuple brésilien et elle a laissé des traces dans le texte. Cette mémoire collective a poussé le législateur constituant de 1987 à adopter, entre autres stratégies, un processus rigide pour la modification du texte constitutionnel<sup>8</sup>, des « clauses pétrifiées »<sup>9</sup> pour certaines thématiques, tout comme à inscrire un long catalogue de droits fondamentaux<sup>10</sup> et à interdire de rétrocéder en la matière.<sup>11</sup>

On se doit d'être attentif à cet usage de la mémoire collective car elle consiste en un usage politique du passé qui n'est pas toujours source de droits et garanties comme dans l'exemple ci-dessous. Bien au contraire. Cet usage peut aussi exclure : l'absence de reconnaissance des peuples originels dans les Constitutions qui ont précédé l'actuelle en est l'exemple par excellence. En effet, l'usage du passé a pour finalité, d'une manière générale, la construction de « versions » et de « narrations » de l'Histoire, ce qui permet le partage de valeurs, de croyances et d'objectifs communs, un ensemble qui se trouve dans le socle du concept de *nation*. Or, quand certaines versions sont exclues du socle ce partage ne se fait pas, et le concept de nation est incomplet.

Sachant que durant ce processus de construction d'une *nation* se trouvent des confrontations permanentes d'idées et d'intérêts en vue de la construction de l'*identité collective*, on peut aisément comprendre que dans cette confrontation d'idées, chaque groupe prétend voir reconnues ses

---

volumes est aujourd'hui conservé par le *Centre de référence Mémoires révélées* de l'Archive national. Rappports disponibles sur : [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=571](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571)

<sup>8</sup> Article 60 de la Constitution de 1988.

<sup>9</sup> Article 60, §4° de la Constitution de 1988.

<sup>10</sup> Article 5 de la Constitution de 1988.

<sup>11</sup> Le principe d'interdiction de rétrocéder en matière d'acquis de droits fondamentaux a été reconnu par la jurisprudence constitutionnelle brésilienne.

*valeurs* et ses *biens culturels*. Par la suite, l'État finit par imposer certains *biens culturels* au détriment d'autres ce qui peut déclencher une certaine violence, parfois visible entre ces groupes et vis-à-vis de l'État. C'est ainsi que la violence devient une composante de la mémoire collective, telle une espèce de trauma collectif, qui doit être surmonté par ce qu'on nomme *Justice de transition*. En ce sens, la promulgation de la Constitution de 1988 est un jalon sans égal de la *Justice de transition* qui mène la société brésilienne vers la construction d'une identité plus inclusive.

La question est complexe et l'idiosyncrasie du pays ne simplifie pas son explication. Il faut savoir qu'une partie de l'histoire officielle du Brésil est bâtie sur les références culturelles du colonisateur. Par exemple, seule la langue portugaise est reconnue par la Constitution comme la langue officielle<sup>12</sup>, alors que dans le territoire national sont répertoriées plus de 210 langues parlées, dont 180 parlées par les indigènes, 30 par les descendants d'immigrants et deux par les muets et malentendants<sup>13</sup>. Durant des siècles, des vagues d'immigration se sont succédées, certaines grâce à des accords internationaux et d'autres pas. À elles s'ajoutent quatre siècles de système esclavagiste qui ont fait arriver au Brésil de manière forcée plus de 4 millions de personnes déportées d'Afrique, principalement d'Angola, de Côte d'Ivoire, du Mozambique et du Nigéria.<sup>14</sup> Aujourd'hui, et grâce aux nouveaux paradigmes de la Constitution de 1988, les biens culturels issus de l'immigration africaine, italienne<sup>15</sup>, japonaise<sup>16</sup>, syro-libanaise<sup>17</sup>, allemande<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Article 13 de la Constitution fédérale de 1988.

<sup>13</sup> L'*Inventaire national de la diversité linguistique* récente répertorie aussi le créole et d'autres pratiques linguistiques de la population descendante des quilombos. Cet Inventaire est en fait une politique publique destinée à reconnaître la diversité linguistique en tant que patrimoine culturel par le biais de leur identification et documentation et d'actions de soutien. V. Décret n° 7.387/2010 c/c <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/140> et [http://portal.iphan.gov.br/uploads/temp/Inventario\\_Nacional\\_da\\_Diversidade\\_Linguistica\\_IN DL.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/temp/Inventario_Nacional_da_Diversidade_Linguistica_IN DL.pdf)

<sup>14</sup> Ce chiffre représente l'équivalent de plus d'un tiers de la traite négrière mondiale de l'époque. <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/negros/regioes-de-origem-dos-escravos-negros.html>

<sup>15</sup> <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/italianos/razoes-da-emigracao-italiana.html>

<sup>16</sup> <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/japoneses/a-identidade-japonesa-e-o-abrasileiramento-dos-imigrantes.html>

<sup>17</sup> <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/arabes/razoes-da-emigracao-arabe>

<sup>18</sup> <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/alemaes.html>

sont formellement reconnus en tant que *patrimoine culturel brésilien* et sont considérés comme *sources de la culture nationale*.<sup>19</sup>

Ceci étant dit, la raison pour laquelle la Constitution brésilienne actuelle mentionne explicitement le mot « mémoire » dans son article 216 apparaît plus clairement. La mémoire est pour le législateur constituant de 1988 un critère visant à définir quels *biens culturels* doivent faire l'objet des politiques publiques de protection. Plus récemment, la mémoire est devenue l'objet de traitement infraconstitutionnel dans le droit brésilien par le biais de la Loi fédérale n°12.343 de 2010, par laquelle le législateur a établi le *Plan national de la culture* en l'attachant à la concrétisation du *droit à la mémoire*.

En faisant expressément référence à la *mémoire* en tant qu'élément à prendre en compte dans la définition des *biens culturels à protéger*, le *caput* de l'article 216 consacre : « Le patrimoine culturel brésilien est constitué par les biens matériels et immatériels, pris individuellement ou collectivement, lorsqu'ils sont porteurs de référence à l'identité, à l'action, et à la mémoire des différents groupes qui ont formé l'identité de la société brésilienne ». La corrélation entre *mémoire* et *culture* dans cet article 216 doit être entendue de manière large, et pas seulement à la lumière de l'Histoire écrite du Brésil, car en effet, malgré le partage d'un passé commun, c'était jusqu'alors par la protection de certains biens matériels et immatériels « choisis » par l'État que l'identité nationale et la mémoire collective brésiennes avaient été construites, nous y reviendrons.

Au-delà de la compréhension de l'histoire de la Constitution et du constitutionnalisme – qui a une importance certaine – le binôme mémoire/histoire a une influence sur les interprétations successives de la Constitution faites par le juge constitutionnel et par l'Administration. Pour les premiers, ce binôme peut devenir un facteur déterminant de la portée des décisions de justice constitutionnelle et pour la seconde, une influence décisive dans la création de politiques publiques de protection du patrimoine culturel. À titre d'exemple, la Cour constitutionnelle brésilienne se prévaut de la technique de « réception » par la Constitution de 1988 des normes édictées sous l'égide d'une Constitution précédente ou encore de la « méthode

---

<sup>19</sup> Article 215 de la Constitution de 1988.

historique d'interprétation » à des fins de recherche du « sens original » du texte constitutionnel et de la « volonté du législateur ».

On n'ignore pas que ce degré de subjectivité de l'interprète de chercher la « volonté du législateur » de la Constitution présente des risques. Mais on doit souligner que les décisions de la juridiction constitutionnelle sont aptes à changer le destin de la Constitution. En effet, la Constitution étant vouée à durer indéfiniment dans le temps, les interprétations successives de son texte peuvent avoir pour effet de l'actualiser et par là même de revigorer sa force normative. On remarquera par ailleurs qu'un plus grand éloignement de ladite « volonté originelle » peut conduire à une interprétation incompatible avec l'esprit de la Constitution.

En effet, un usage équivoque de la mémoire individuelle ou collective par l'interprète peut même créer une norme *sui generis*. Cela a été le cas lors de l'interprétation de l'article 68 de l'Acte des dispositions transitoires de la Constitution brésilienne de 1988 à propos des « quilombos » et de la définition du droit de propriété sur les terres de la population restante, les « quilombolas » ou « noirs marrons ». Le droit à la « propriété définitive et indivisible » dont parle cet article a cédé la place à une interprétation incohérente, en créant l'objet juridique *sui generis* de la « propriété communale » inexistant en droit civil brésilien. Une autre interprétation était pourtant possible et aurait évité divers problèmes, il suffisait d'appliquer à cet article 68 une méthode d'interprétation systémique et par analogie. De cette façon, la compréhension de l'interprète aurait été orientée dans le sens d'une équivalence de ce type de propriété exceptionnelle des quilombos avec la protection déjà existante et mieux règlementée des terres des indigènes.<sup>20</sup>

Dans la mesure où l'histoire et la mémoire ont une incidence sur la production du texte constitutionnel et l'aptitude à le re-signifier, elles deviennent un paradigme incontournable pour tous les interprètes de la Constitution. Dans le cas brésilien, ce binôme permet une compréhension élargie de la conjoncture juridico-politique au moment de la promulgation de la Constitution et il nous éclaire sur les motifs déterminants de la conciliation avec le passé qui ont permis la transition démocratique (I). La

---

<sup>20</sup> En droit brésilien, ces terres sont protégées par la Constitution et les indigènes en ont la possession et le droit à l'usufruit, mais le droit de propriété appartient à l'Union fédérale.

constitutionnalisation de la mémoire comme critère de définition du patrimoine historique et des politiques plus inclusives de préservation de biens culturels contribue à la construction de l'identité collective et oriente une exégèse plus adéquate de la Constitution afin d'éviter des anachronismes capables de détruire les biens culturels que, paradoxalement, la mémoire aurait vocation à protéger (II).

## **I/ L'histoire accidentée du constitutionnalisme brésilien : transitions, ruptures et continuités**

L'histoire a eu un rôle déterminant dans les choix du législateur de la Constitution de 1988, aussi bien sur le texte qui a été promulgué comme sur celui qui a été mis à l'écart suite aux débats lors de l'Assemblée constituante. Le nouveau pacte social institué par la Constitution est l'apogée d'un processus de transition qui commence avec l'évolution progressive du régime dictatorial vers le régime démocratique (A). Pendant ce processus de transition, une conciliation avec le passé est concédée par une politique de l'oubli d'une partie de l'histoire, une particularité connue du constitutionnalisme accidenté brésilien marqué de ruptures et de continuités (B).

### **A. La Constitution brésilienne de 1988 et le processus agité de la transition démocratique**

En plus de l'étude de l'histoire en soi de la Constitution, l'analyse de la période de transition entre deux Constitutions nous révèle de nouvelles particularités du constitutionnalisme brésilien. Le jalon historique du début du processus d'ouverture du régime est fixé en 1979 avec la publication de la Loi n°6.683/1979, la première Loi d'amnistie. Cette Loi fut cruciale pour le processus de transition : Sans elle, il serait resté bloqué<sup>21</sup>. Mais elle

---

<sup>21</sup> On remarquera que la Loi de l'amnistie de 1979 a prévu que son efficacité serait rétroactive afin de comprendre les crimes commis depuis 1961, c'est-à-dire trois ans avant la date officielle de début du régime dictatorial de 1964. Ainsi, alors que le jalon historique de la dictature était le coup de d'État militaire de 1964, l'article 1° de la Loi concéda l'amnistie des crimes commis depuis 1961. Le choix de cette date s'explique par la publication de l'Amendement constitutionnel n°4 de 1961, considéré lui aussi comme un coup d'État mais de nature parlementaire. Cet Amendement a eu pour effet d'évincer du pouvoir le Président João Goulart afin d'instaurer un régime parlementaire à la place du régime présidentiel. Les institutions étaient en effet très perturbées pendant cette période. La prise de fonction du Président déchu n'était d'ailleurs possible que parce que le véritable élu, Jânio Quadros, avait renoncé.



n'explique pas à elle seule ce que la *Constitution citoyenne* représente pour la société brésilienne pour ce qui est de surmonter les traumatismes de son passé. Un regard sur un siècle de l'histoire du constitutionnalisme brésilien est nécessaire afin de comprendre pourquoi la conciliation avec le passé s'est imposée afin que la Constitution soit promulguée et pourquoi les étapes attendues de la *Justice de transition* brésilienne sont considérées comme incomplètes.

Notre regard se tourne donc vers le XIX<sup>e</sup> siècle. Les deux premières Constitutions brésiennes ont été contemporaines des grands événements qui ont bouleversé le panorama mondial. Les pays latino-américains traversaient leurs processus respectifs de décolonisation, alors que les pays occidentaux participaient à la révolution industrielle qui a profondément marqué la géopolitique. Le Brésil vivait une période de désordre institutionnel profond depuis quelques décennies. D'une part en raison du processus d'indépendance vis-à-vis du Portugal, et d'autre part, à cause du déclin et de l'abolition du système esclavagiste sur lequel se structurait la société brésilienne depuis le début du XVI<sup>e</sup> siècle.<sup>22</sup>

Cette période de désordre institutionnel est souvent considérée comme étant responsable de l'anéantissement de toute possibilité pour le pays de suivre la même cadence de développement socio-économique que celle dont ont bénéficié d'autres pays à l'époque. Les traces de ce chapitre de l'Histoire du Brésil sont encore visibles dans la Constitution actuelle dans plusieurs domaines.<sup>23</sup> En effet, le pays a un index bas d'industrialisation et demeure un grand exportateur de matières premières, ce qui a orienté le législateur de 1988 à la constitutionnalisation de divers principes qui régulent l'activité d'exploitation des ressources naturelles.<sup>24</sup> Cette politique de l'extractivisme a longtemps été associée par l'État à la possibilité de développement économique du pays, le « bois de braise » qui donne son nom au Brésil étant la première source explorée par le colonisateur. Cette politique

---

<sup>22</sup> Dernier pays d'occident à abolir l'esclavage, le Brésil a adopté la *Loi Áurea* le 13 mai 1888.

<sup>23</sup> D'autres traces de cette période sont aussi visibles, par exemple, dans le choix du législateur originel d'inscrire dans le texte de la Constitution que le patrimoine culturel afro-brésilien est une source de l'identité nationale ce qui l'amène à inscrire dans le Préambule, que la construction d'une « société fraternelle, pluraliste et sans préjugés » est l'un des objectifs de la République.

<sup>24</sup> V. l'article 20, alinéa V ; article 24, alinéa VI ; article 91, §1<sup>o</sup> et son alinéa III ; article 186, alinéa II et l'article 225, §4<sup>o</sup> de la Constitution de 1988.

est à l'origine d'un historique « laissez-faire » environnemental qui encore aujourd'hui freine l'implémentation de politiques de protection de l'environnement.

Pendant les années qui ont suivi son Indépendance à partir de 1822, le Brésil a connu d'autres perturbations institutionnelles<sup>25</sup>, qui sont certes propres à ces périodes de transition vers un nouvel ordre politique, mais qui ont eu un impact sur les basculements de modèles de régimes politiques et de formes de gouvernement qui ont suivi. Si la déclaration d'indépendance était un fait avéré de rupture avec le royaume du Portugal - on commémore en cette année 2022 son bicentenaire - elle n'a pas eu pour effet immédiat de renverser le régime monarchique au Brésil, le nouveau roi du Brésil indépendant étant même le fils du roi du Portugal. L'Indépendance a aussi représenté une continuité pour une autre branche du pouvoir, celle des oligarchies latifundiaires. Et cela n'était pas nouveau. Les privilèges qui leur étaient accordés et qui ont été perpétués trouvent leurs racines au début de la colonisation, en grande partie dans le système des *capitaineries héréditaires* qui s'appuyait sur l'exploitation des ressources naturelles et sur la main d'œuvre des esclaves.

Plus tard, en 1889, une autre rupture constitutionnelle s'opère. Tout en conservant des traces du passé, l'avènement de la République brésilienne est considéré par les historiens comme un « coup d'État » politico-militaire. Suite au départ de la famille royale - qui sera punie de bannissement du territoire par le Décret n°2 de 1889<sup>26</sup>-, et donc la fin de la monarchie, s'instaura le système présidentiel qui est depuis le système de gouvernement du Brésil.

Dans les décennies qui suivront, de 1960 à 1980, divers régimes dictatoriaux dotés de caractéristiques similaires se sont établis dans plusieurs

---

<sup>25</sup> Le XIXe siècle était en effet très accidenté. Suite à l'abdication de l'Empereur D. Pedro I au profit de son fils D. Pedro II, qui a été intronisé encore mineur, plusieurs guerres et insurrections populaires éclatent dans le pays, les plus connues étant la *Farroupilha*, la *Balaçada*, la *Cabanagem* et la *Sabinada*. De plus, durant le XIXe siècle certaines régions du pays ont proclamé leur indépendance du pouvoir monarchique. La région de Pernambouc par exemple a connu une période d'Indépendance cumulée d'un système républicain dès 1817, c'est-à-dire, avant l'Indépendance du reste du territoire et plus de 60 ans avant la république du pays.

<sup>26</sup> En 1920 le décret de bannissement a été révoqué, ce qui a permis le rapatriement des restes mortels d'une partie de la famille royale. Le sujet est d'actualité. En août 2022, le cœur de D. Pedro I qui séjournait dans un musée au Portugal rejoint les restes de son corps au Brésil.

pays d'Amérique du sud. On peut citer l'expérience du Brésil (1961-1988) mais aussi celles du Chili (1973-1993), de l'Argentine (1966-1983), du Paraguay (1950-1989) et l'Uruguay (1973-1984). Ces pays partagent une histoire politique commune et le régime instauré a des traits similaires : il débute avec un « coup d'État » qui établit des gouvernements à tendance autoritaire et illégitimes du point de vue démocratique. Tous ces régimes ont mis en place une pratique systématique de violation des droits fondamentaux, notamment avec la persécution des opposants au régime, la pratique de la torture, les prisons illégales et les homicides politiques. Ces pratiques sont connues comme ayant modelé les sociétés latino-américaines actuelles et ont été déterminantes dans la manière dont le droit constitutionnel brésilien conçoit l'interprétation de la Constitution, principalement les dispositifs destinés à la protection des droits fondamentaux.<sup>27</sup>

On peut voir dans la constante nécessité de constitutionnaliser des droits un trait caractéristique de ce passé. C'est aussi pour cette raison que l'article 5<sup>o</sup> qui énumère les libertés et garanties individuelles et collectives est très étendu et analytique. Le texte original énumérait 54 droits fondamentaux. Long et détaillé, cet article visait à fournir aux citoyens un sentiment de protection et de stabilité. Il est considéré comme l'expression même de la rupture avec le régime autoritaire précédent. Aujourd'hui l'article 5 énumère 59 droits fondamentaux, dont cinq ajoutés au texte par des Amendements constitutionnels. De plus, le droit constitutionnel brésilien consacre le principe selon lequel toute norme constitutionnelle a un minimum d'efficacité, même pour les normes dites « simplement programmatiques ». C'est-à-dire que sa simple écriture dans le texte constitue déjà une garantie d'effectivité du droit subjectif fondamental. Cela a pour effet d'empêcher même les débats d'une proposition législative visant à le supprimer.<sup>28</sup>

Surmonter la conjoncture historique de la dictature par le biais de la transition démocratique et créer les conditions pour la promulgation d'une nouvelle Constitution ont exigé un ensemble de transformations

---

<sup>27</sup> F. DANTAS. « A paz rejeitada: uma reflexão sobre o dever de memória e esquecimento no acordo de paz colombiano ». *In* : Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, vol. 62, n. 2, maio/ago, 2017, p. 229.

<sup>28</sup> Article 60, §4<sup>o</sup>, alinéa IV de la Constitution de 1988.

institutionnelles et un changement de la culture organisationnelle de l'État.<sup>29</sup> Une véritable révision et re-signification d'une partie du passé étaient nécessaires afin que cette transition fût possible. C'était une politique conciliatrice basée sur l'oubli, y compris l'oubli de la mémoire collective des violences du régime assorties de la concession d'une amnistie générale<sup>30</sup> étendue à tous les crimes pratiqués pendant la période de 1961 à 1988, c'est-à-dire une rétroactivité législative comprenant les crimes commis avant le « coup d'Etat » qui a instauré le régime dictatorial militaire.<sup>31</sup>

En plus de la concession d'amnistie, cette période de transition démocratique dans l'expérience brésilienne a eu pour pilier la construction d'une version officielle de l'Histoire du pays marquée par l'oubli volontaire des faits qui n'y étaient pas conformes. On remarquera que ces deux caractéristiques connues dans la majeure partie des Justices de transition<sup>32</sup> – l'amnistie et la politique de l'oubli – étaient accompagnées par quatre autres caractéristiques qui sont propres à l'expérience brésilienne<sup>33</sup> : 1. La quête d'une réconciliation nationale expressément mentionnée dans la loi ; 2. Le silence sur certains faits conflictuels du passé, 3. La fabrication d'un consensus par un discours servant à surmonter les idéologies, et 4. La commémoration de dates civiques et de monuments qui rendent hommage à la version officielle de l'Histoire.

<sup>29</sup> On sait aujourd'hui que le Département de renseignement – DOPS a pu poursuivre les activités pendant au moins un an après la promulgation de la Constitution de 1988 car son extinction effective n'a eu lieu qu'en 1989. Et d'autres pratiques autoritaires, notamment de la part de la police sont toujours présentes comme l'atteste le réseau d'Observatoires sur la sécurité et la violence au Brésil. V. sur : <http://observatorioseguranca.com.br/produtos/relatorios/>

<sup>30</sup> La Loi n°6.683, de 28 août 1978 a consacré une « amnistie ample, générale et sans restrictions », avec une période d'amnistie qui comprend même les crimes politiques et les crimes connexes commis avant le coup d'État de 1964 qui a mis en place la dictature militaire. Initialement la période était comprise entre 02/09/1961 et 15/08/1979 et elle a été étendue jusqu'à 05/10/1988, jour de la promulgation de la Constitution actuelle, par la Loi n°10.536 de 2002.

<sup>31</sup> F. DANTAS. *O direito fundamental à memória*. Juruá, 2017, p.56-60.

<sup>32</sup> La Résolution de l'ONU n°67/147 de 2002 est la norme internationale de référence. Elle suggère les procédures à suivre pour que les sociétés réalisent leur Justice de transition et les mesures à adopter afin de prévenir et de réparer les violations des droits fondamentaux. V. sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/43/PDF/N0549643.pdf?OpenElement>

<sup>33</sup> L'une des particularités de la Justice de transition brésilienne est qu'elle n'a pas suivi les étapes préconisées pour ce type de période tels que : la recherche des disparus, l'indemnisation des victimes, l'appui psychologique aux familles des victimes, l'existence d'enquête formelle du Pouvoir public. A l'époque, l'absence d'enquête sur les personnes disparus pendant le régime a créé un sentiment d'injustice qui persiste dans la société brésilienne même après la fin des travaux de la Commission de vérité instauré en 2010. V. n. ci-dessus.

Ainsi, la transition démocratique brésilienne réalisée depuis la période dictatoriale est considérée comme incomplète. Non seulement parce qu'elle était basée sur une politique générale de l'oubli<sup>34</sup>, mais aussi car elle n'a pas suivi les étapes usuelles d'une *Justice de transition* telles que la modification des pratiques autoritaires de l'État ni les changements de comportements qu'on pouvait attendre de la société. Une *Commission de la vérité* a été instaurée en 2010 et le sérieux de son travail sur la reconstitution de certains faits historiques est reconnu. Toutefois la Commission a été tardive et on lui reproche de ne pas avoir remis en question la Loi d'amnistie. De plus, elle n'était pas non plus chargée d'enquêter sur la responsabilisation des agents publics concernés par les violations des droits fondamentaux.<sup>35</sup>

Pour toutes ces raisons, un regard sur l'histoire du constitutionnalisme brésilien nous permet d'affirmer que, malgré les intervalles démocratiques et quelques institutions d'État consolidées telle que la Cour constitutionnelle qui existe depuis la première Constitution, la menace de rupture institutionnelle est la véritable mémoire collective du droit constitutionnel brésilien. Plusieurs générations ont été formées en traversant des périodes d'autoritarismes diverses intercalées de moments éphémères de participation du peuple au pouvoir. En effet, la transition de la dictature la plus récente vers la démocratie actuelle débute dans un contexte d'instabilité institutionnelle et la rupture est provoquée par un « coup d'État ». Ce schéma accidenté a été observé également lors du passage du système monarchique vers le système républicain.

Toujours est-il que la promulgation de la Constitution de 1988 suite à une période de débats et réflexions avec la participation de la société est le corollaire d'une certaine stabilité qui innove dans l'histoire car elle dure (déjà) depuis trois décennies. Mais le fait qu'elle soit fondée sur une réconciliation avec le passé simplement formelle et que des structures autoritaires de l'État aient été reproduites dans le nouveau pacte social interrogent sur cette transition inachevée.

---

<sup>34</sup> Il est vrai que l'incidence du facteur oubli pendant le processus d'ouverture démocratique et même pendant l'Assemblée constituante était une caractéristique connue dans l'histoire du constitutionnalisme brésilien car elle se répète depuis la Constitution de 1881, celle-ci était elle-même une rupture abrupte avec le régime monarchique du Portugal.

<sup>35</sup> V. note n°7 ci-dessous.

## **B. La Constitution brésilienne de 1988 et la conciliation inachevée avec le passé**

La promulgation de la Constitution brésilienne le 5 octobre 1988 est considérée comme une solution normative pour surmonter une mémoire collective traumatique. Comme Jorge Miranda l'avait bien remarqué « on ne peut pas comprendre la Constitution de 1988 sans l'insérer dans l'histoire et la tradition constitutionnelle brésilienne. Elle est l'expression d'une conjoncture précise, le fruit de la volonté de l'État d'aller au-devant des désirs de la société, de la volonté de la société d'être présente au sein de l'État »<sup>36</sup>.

Cette volonté d'aller de l'avant n'est que le côté face de la société brésilienne. Le côté pile montre en revanche une société toujours immergée dans un contexte d'instabilité institutionnelle et de menaces variées qui génèrent un « état de violence systématique »<sup>37</sup> et sont elles aussi exprimées dans le texte de la Constitution. Ces menaces proviennent parfois du pouvoir en place, ceux dont la légitimité n'est pas contestée. On tire de l'actualité politique un exemple emblématique : une démarche est aujourd'hui en cours devant la Cour constitutionnelle afin d'enquêter sur la participation éventuelle des autorités élues, soupçonnées d'avoir pratiqué ensemble des actes antidémocratiques, entre autres la menace de ne pas respecter le résultat des prochaines élections à la présidence de la République en octobre 2022.<sup>38</sup>

Afin de comprendre comment cette instabilité institutionnelle est devenue la marque du constitutionnalisme brésilien, il suffirait de constater que dans son existence de quelques cinq siècles d'Histoire écrite, le pays a déjà expérimenté presque tous les régimes politiques, systèmes et formes de gouvernement décrits par la doctrine. Le Brésil est passé d'un État unitaire à un État fédéral et d'une monarchie à la République entre 1822 et 1889. Le Brésil a aussi adopté le système parlementaire à deux reprises – une monarchie parlementaire en 1847 et une république parlementaire en 1961 – et aujourd'hui il adhère au système présidentiel d'après la Constitution de

---

<sup>36</sup> J. MIRANDA, *La nouvelle république brésilienne : études sur la Constitution du 5 octobre 1988 – suivi de la traduction de la Constitution*. Dir. L. FAVOREU. Economica : Paris, 1991. p.268.

<sup>37</sup> Une telle violence a des axes économiques, culturels et politiques et elle est constatée dans un premier temps contre les droits des citoyens. Elle est aussi capable de miner les Pouvoirs de l'État, et il n'est pas rare d'assister à des menaces directes à la vie des candidats aux élections, des fonctionnaires et des agents publics en général.

<sup>38</sup> <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468612&ori=1>

1988. D'ailleurs, le législateur originel a exprimé ces catégories en déclarant que la République est organisée dans la forme fédérative, caractérisée par l'union indissoluble des états-membres et régie par un régime démocratique et un système présidentiel.<sup>39</sup>

Au-delà de ces exemples apportés par l'histoire, les spécificités des règles de transition qui ont fait partie du texte constitutionnel promulgué en 1988 nous éclairent davantage sur cette instabilité qui est en définitive le trait caractéristique du constitutionnalisme brésilien. De par son histoire accidentée, le droit constitutionnel brésilien comporte un chapitre à part lorsqu'on se penche sur les Actes des dispositions transitoires. Composé de 120 articles ajoutés à la fin de la Constitution de 1988, devenu un véritable droit constitutionnel de transition, ces dispositions interpellent par la diversité des matières abordées et également par le fait que plusieurs de ces dispositifs ont été l'objet de plusieurs révisions constitutionnelles et que certains sont encore en vigueur aujourd'hui.<sup>40</sup>

Entre autres thématiques importantes, l'article 2 des Actes des dispositions transitoires prévoyait un plébiscite pour le moins inattendu. Alors que les travaux de l'Assemblée constituante étaient à terme et que le texte final de la nouvelle Constitution était promulgué le 5 octobre 1988, la société brésilienne a dû répondre aux questions évoquées par cet article des dispositions transitoires rédigé ainsi : « Le 7 septembre 1993, les électeurs définiront, par plébiscite, la forme (République ou Monarchie) et le système de gouvernement (Parlementaire ou Présidentiel) qui doivent être en vigueur dans la Pays ». En dépit de la classification doctrinaire de plébiscite et référendum, on pourrait voir dans ce dispositif une consultation populaire visant à confirmer les choix du législateur originel, une première pour le peuple brésilien. On pourrait voir encore un moyen de conférer au nouvel ordre politique la tant attendue stabilité des institutions étatiques. En réalité ce plébiscite peut être considéré comme un vestige de la période de transition entre monarchie et république de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. À l'époque, lors de la transition vers le régime républicain, il était question qu'un « débat » soit réalisé cent ans plus tard afin de décider si le peuple souhaitait ou non le

---

<sup>39</sup> Article 1<sup>o</sup> de la Constitution brésilienne de 1988.

<sup>40</sup> Jusqu'à août 2022, l'Acte des dispositions transitoires a déjà été l'objet de 41 Amendements constitutionnels.

retour de la monarchie. On remarquera d'ailleurs que le premier décret de la République brésilienne mentionnait que l'adoption du système républicain était « provisoire »<sup>41</sup>.

Même si la question de ce « futur débat » reposait précisément sur la forme de gouvernement, l'Assemblée constituante de 1988 a entendu que, ses pouvoirs étant illimités, elle pouvait ajouter dans cette consultation la question de savoir si le peuple souhaitait aussi changer le système de gouvernement. En 1992, cet article 2 a fait l'objet d'un Amendement constitutionnel ayant pour but d'anticiper la date initialement prévue et de préciser que le résultat de la décision du plébiscite n'entrerait en vigueur que trois ans plus tard. C'est ainsi que, suite à de nombreux débats, le plébiscite a finalement eu lieu le 21 avril 1993 et que le peuple brésilien a décidé de retenir aussi bien la forme de gouvernement que le système de gouvernement déjà adoptés par la Constitution de 1988.

On retiendra de cet épisode historique qu'il n'a pas contribué à renforcer les institutions politiques, bien au contraire. Il a ravivé une mémoire d'avant la République, jusqu'alors endormie, et a renforcé le sentiment dans la population que les acquis démocratiques sont éphémères. Par ailleurs, il pose la question de savoir quelles intentions étaient à l'origine de la mobilisation de cet argument historique au moment où une Assemblée constituante, investie de plein pouvoirs, venait d'instaurer un nouvel ordre constitutionnel et un nouveau pacte social. Considérant qu'à l'époque il n'existait pas vraiment de mouvement en faveur du retour de la monarchie, l'une des pistes d'interprétation de cet article 2 des Actes des dispositions transitoires suggère qu'il était l'occasion d'envoyer un signal prouvant à la population que désormais elle pouvait tout décider. La question reste ouverte.

Nous l'avons vu, afin de poursuivre le propos de la Constitution de rompre avec le passé et de surmonter les plus de vingt ans de violences institutionnelles pour ainsi refonder l'État brésilien sur des nouvelles bases, le législateur originel a eu recours à différentes stratégies. Un long catalogue de droits fondamentaux servant à l'implémentation du régime démocratique

---

<sup>41</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>



et une politique d'oubli de certains faits non conforme avec la version officielle ont été adoptés.

Une autre stratégie a également contribué à mener à bien la transition démocratique vers la promulgation de la Constitution de 1988. Une manière de concilier avec le passé antidémocratique a été de créer des règles pour l'inclusion de la population jusqu'à alors laissée à l'écart de la société. En la reconnaissant expressément dans le texte constitutionnel et en lui réservant un rôle de protagoniste dans les décisions politiques, cette stratégie se réalise à travers la création de nouvelles voies de dialogue démocratique et la consécration du pouvoir-devoir de l'État de garantir et de protéger le patrimoine culturel en lien avec l'histoire, la mémoire et l'identité du peuple brésilien.

## **II/ La mémoire dévoilée du constitutionnalisme brésilien : identité, culture et patrimoine**

Dans le texte promulgué de la Constitution brésilienne de 1988, l'expression « mémoire » apparaît expressément en tant qu'élément du concept des biens culturels à protéger au nom de la construction d'une identité nationale (A). Pour ce faire, la mémoire des différents peuples qui ont formé la société brésilienne doit être prise en compte par les politiques publiques afin de préserver la diversité du patrimoine culturel (B).

### **A. La constitutionnalisation de la mémoire en tant que sources de l'identité nationale**

Nous avons vu que le nouveau pacte social instauré avec la promulgation de la Constitution de 1988 avait pour idée centrale la construction d'un concept de *nation* qui prenait en compte la diversité du peuple brésilien. Ce nouveau concept plus inclusif était un signal fort du législateur originel dans le sens de faire savoir que les revendications des peuples jusqu'alors mis à l'écart des politiques officielles de protection était finalement entendues.

En reconnaissant expressément dans le texte constitutionnel que la protection de la diversité culturelle est nécessaire, le législateur originel lui a aussi réservé un rôle dans les décisions politiques. Ce choix d'une stratégie

de constitutionnaliser le concept de *biens culturels communs* dans l'article 216 basé sur la mémoire de tous les peuples qui ont formé la société brésilienne permet que ces biens culturels soient garantis et contrôlés par l'État. Si ces dispositifs innovants du constitutionnalisme brésilien sont plus qu'une charte d'intentions, il est vrai qu'un long processus sera nécessaire avant que cet objectif soit concrétisé.

À partir de la Constitution de 1988, la mémoire devient pour la société un critère de formation des *signifiants* qui va servir ensuite d'orientation à la construction des politiques publiques de protection du patrimoine culturel. Par la force des articles 215 et 216, ces *signifiants* partagés collectivement incluront la plus grande diversité, de manière à former un patrimoine culturel qui se veut enfin authentiquement brésilien. Cependant, la mémoire de la colonisation portugaise est encore très présente, y compris dans l'Administration publique. Relégués à un second plan par l'État, les mémoires de tous les autres peuples qui forment la société brésilienne ont subi un effacement historique difficile à restaurer. Certes tous ces peuples ont une marque indélébile dans toutes les Constitutions brésiennes et ce à plusieurs titres mais cette marque n'a pas toujours été celle de leur inclusion dans la société. Certains ont pu être par exemple « objet de protection » mais rarement des « sujets de droits ». On peut s'attendre donc à ce que l'interprétation du mot *mémoire* et de l'expression *biens culturels à protéger* inscrits dans le texte constitutionnel actuelle puisse s'avérer complexe.

Plusieurs traces de la mémoire brésilienne actuelle sont le résultat d'un processus de cinq siècles de sédimentation de la culture portugaise, qui est en définitive la principale source de l'histoire écrite du Brésil. Pour donner un ordre d'idée, pour tout édifice aujourd'hui protégé par l'État en tant que patrimoine architectural brésilien on ne trouve que des constructions typiquement portugaises.<sup>42</sup> Sans compter les églises vouées à la religion catholique apportée par le colonisateur qui pendant longtemps était la seule pratique religieuse autorisée, toutes les autres étaient clandestines et donc réprimées.

---

<sup>42</sup> En plus de la langue portugaise, seule langue officielle, comme on a vu ci-dessus.

Si la séparation entre l'église et l'État est reconnue depuis 1891 en droit brésilien, les racines de la religion catholique sont tellement profondes et donc imbriquées dans les pouvoirs politiques, que pendant longtemps l'effacement des autres religions était également un prétexte pour mettre à l'écart de la société les peuples qui les pratiquaient. La Constitution de 1988 vient poser une réparation historique en garantissant, d'une part, la liberté de culte en tant que droit fondamental, et d'autre part la protection de pratiques religieuses qui représentent des pratiques culturelles.

Le Brésil est de surcroît un pays laïc. Mais des traces représentatives de cet héritage religieux sont visibles dès le Préambule de la Constitution par l'expression « sous la protection de Dieu ». En 1987, les débats à l'Assemblée constituante sont restés bloqués pendant trois mois pour décider si la promulgation du texte se ferait « sous la protection de Dieu » et si la présence de cet expression dans le Préambule serait compatible ou non avec la liberté fondamentale consacrée dans l'article 5°, alinéa VI de la future Constitution : « sont inviolables la liberté de conscience et de croyance, sont garantis le libre exercice des cultes religieux et la protection des locaux de culte et de ses liturgies respectives ».

Suite aux débats, l'inscription de cette expression a été actée dans le Préambule et quelques années plus tard, la Cour constitutionnelle s'est exprimée sur sa force normative. D'après la Cour, le Préambule de la Constitution brésilienne est « destitué de force normative » et « il ne constitue pas une norme centrale qui doit être reproduite dans les Constitutions des états-membres de la fédération ».<sup>43</sup> Ainsi, par la force du principe fédératif, chacun des 27 états-membres doit reproduire dans sa Constitution locale certaines des normes de la Constitution fédérale, les normes dites « de reproduction obligatoires », mais le Préambule n'en fait pas partie.

Au-delà d'un héritage historique, cet exemple de l'inscription d'une expression religieuse dans le texte d'un État laïc illustre bien les interrelations entre les différents types de mémoire - individuelle, collective et sociale - et comment elles se manifestent dans l'interprétation de la Constitution. Ce

---

<sup>43</sup> Décision du Suprême tribunal fédéral dans l'Action direct d'inconstitutionnalité n°2076 de 2002.

qu'on voit là est une dimension individuelle de la mémoire, conditionnée par la subjectivité des individus, dans cet exemple par les différents interprètes de la Constitution : le législateur originel et le juge constitutionnel. Mais cette mémoire individuelle doit être entendue comme étant insérée dans un ou plusieurs cadres de référence auquel l'interprète appartient et par lequel il est influencé. Il est important de comprendre également que ces cadres de référence sont formés par la mémoire collective et sociale, et ces dernières ne sont pas univoques. En somme, il n'existe pas une contraposition entre les différents types de mémoires car les individus ne sont pas des êtres isolés.<sup>44</sup>

Cette compréhension des différentes dimensions de la mémoire est indispensable pour l'interprétation des articles 215 et 216 de la Constitution qui explicitent les critères de reconnaissance des biens culturels à protéger. L'article 215 prévoit tout d'abord que « L'État doit garantir à tous l'exercice des droits culturels et l'accès aux sources de la culture nationale, et doit soutenir et inciter la valorisation et la diffusion des manifestations culturelles. L'État protégera les manifestations des cultures populaires, indigènes et afro-brésiliennes, ainsi que celles des autres groupes qui ont participé au processus civilisationnel national ». L'article 216 à son tour déclare que « Le patrimoine culturel brésilien est constitué par les biens matériels et immatériels, pris individuellement ou collectivement, lorsqu'ils sont porteurs de référence à l'identité, à l'action, et à la mémoire des différents groupes qui ont formé l'identité de la société brésilienne ».

On en déduit que l'énumération des biens culturels de l'article 216 n'est pas exhaustive et que l'acte formel de l'« inscription » d'un bien dans le patrimoine de l'État n'est plus, comme il l'était avant 1988, le seul moyen pour sélectionner un bien afin qu'il soit intégré au patrimoine culturel officiel. En réalité, la Constitution actuelle n'exige plus cette reconnaissance officielle de la part de l'État pour qu'un bien soit considéré comme *culturel*. De cette simplification résulte qu'en pratique une interprétation fondée sur des critères clairs et socialement vérifiables suffit pour qu'un bien culturel puisse jouir des politiques publiques de protection, dont les subventions publiques. Ainsi, la

---

<sup>44</sup> F. DANTAS, *ob.cit.* p.54-55.

société peut exercer désormais le rôle d'explicitier et de clarifier la valeur des biens culturels et cela est mis en avant par la Constitution.

Dans la pratique, ces biens peuvent être choisis individuellement ou considérées comme un ensemble à des fins de protection. Ainsi peuvent faire l'objet de la protection : « les formes d'expression, les modes de vie, de créer et faire ; les créations scientifiques, artistiques et technologiques ; les œuvres, objets, documents, édifices et autres espaces destinés aux manifestations artistico-culturelles ; les ensembles urbains et les sites de valeur historique, artistique, archéologique, paléontologique, écologique, scientifique et les paysages ». Tous ces éléments peuvent être considérés comme patrimoine culturel ; seule condition : qu'ils soient porteurs d'une référence à l'identité, à la mémoire et à l'action des groupes qui ont formé la société brésilienne.

De la lecture de l'article 216 de la Constitution on conclut que le concept de *patrimoine culturel brésilien* est un concept formel et qu'il dépend des *signifiants* construits par la mémoire individuelle, collective et sociale. L'article n'apporte pas de définitions pour chaque élément qu'il énumère et ne fait pas référence à un autre concept spécifique. Cette circonstance est une réelle difficulté lorsqu'il est nécessaire de sélectionner quels biens culturels méritent d'être préservés et comment les préserver. En plus de la difficulté de délimiter la marge discrétionnaire laissée à l'agent public qui décide de sa protection, très fréquemment les biens culturels appartiennent à diverses catégories citées ci-dessus. De ce fait ils peuvent être l'objet des différentes lois. Par exemple, un site culturel peut avoir une valeur en tant que paysage, mais aussi une valeur historique et archéologique, et par conséquent être à l'origine de protections légales diverses qui peuvent être parfois divergentes.

La systématique du texte constitutionnel détermine que l'interprétation de ces articles doit tenir compte des principes prévus par les articles 1, 3 et 4 de la Constitution. C'est pourquoi, afin de sélectionner les biens culturels à préserver, la Constitution exige que ces biens soient attachés aux principes de la dignité humaine, de la citoyenneté et du pluralisme politique, trois principes prévus par l'article 1<sup>o</sup> de la Constitution. Le concept doit aussi être attaché aux principes de l'article 4<sup>o</sup>, dont on extrait

principalement que « La République cherchera [...] l'intégration culturelle des peuples de l'Amérique latine visant à la formation d'une communauté latino-américaine des nations ». De plus, les biens culturels à préserver doivent également prendre en compte les objectifs énumérés dans l'article 3<sup>o</sup> de la Constitution, à savoir : « construire une société libre, juste et solidaire », « réduire les inégalités sociales et régionales », « éradiquer la pauvreté et la marginalisation », « promouvoir le bien de tous, sans préjugés d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge ni d'autres formes de discriminations ».

Bien que leur exégèse soit un peu longue et complexe, ces articles nous mènent à deux constats pour la compréhension de la mémoire en tant que facteur déterminant du choix des biens culturels à préserver. Tout d'abord que le patrimoine culturel est conçu par la Constitution comme un vecteur de développement socio-économique. En second lieu, mais de manière toute aussi importante, on se rend compte que l'interprète de la Constitution doit réaliser un effort afin de dépasser les critères traditionnels de sélection des biens culturels au profit d'un raisonnement qui évite de privilégier certaines mémoires et signifiants au détriment d'autres. En somme, la définition de bien culturel se doit d'être inclusive.

De toute évidence, cet article de la Constitution représente un saut évolutif énorme dans l'expérience du droit brésilien. On ne peut pas oublier que pendant longtemps la protection du patrimoine culturel dit « brésilien » était limitée à la préservation des représentations qui ont marqué la présence portugaise au Brésil. Non seulement on laissait au second plan la question de l'inclusion des autres cultures qui caractérisent le peuple brésilien, comme on a véhiculé pendant des siècles l'idée que les peuples natifs ne seraient pas considérés comme brésiliens.

En effet, la loi faisait référence à la possibilité pour un indien de « devenir brésilien » si et quand il a « complété son processus de culture ».<sup>45</sup> Jusqu'à la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle était véhiculée l'idée que les indigènes n'étaient même pas des *sujets de droit* et ce à travers des représentations très péjoratives.<sup>45</sup> Ainsi, quand la question de devenir des

---

<sup>45</sup> Dans les récits du Baron de Rio Branco on peut lire à propos des indigènes brésiliens l'extrait suivant : *Ils sont dans un tel état de sauvagerie indomptable que les brésiliens civilisés ne les connaissent pas et ne les fréquentent pas ... Il y a une portion de ces gens un peu civilisés qui*

sujets de droit fut acceptée en droit brésilien, il fallait quand même prouver son « assimilation » culturelle. Ces idées ont pu justifier à la fois les pratiques visant leur acculturation, telle que l'évangélisation, ainsi que la désacralisation de leurs terres à des fins d'appropriation et d'exploitation. Ce passé historique a déformé la manière de voir les peuples originaires du territoire brésilien à un tel point que le précédent code civil de 1916 reproduisait encore l'idée qu'ils allaient « devenir normaux » lorsqu'ils seraient capables d'acquérir « la culture brésilienne », sans quoi l'attribution de la pleine capacité pour les actes de la vie civile serait impossible. Il est important de remarquer que cette proposition d'« assimilation » était accueillie comme une vision avancée du droit de l'époque car elle permettait l'intégration de ces peuples et évitait ainsi la continuité de la politique de leur élimination.

Pour tout ce qui a été dit, on peut affirmer que l'exigence de prendre en compte le principe de la dignité de la personne humaine pour définir les biens culturels à protéger consolide le devoir de l'État à valoriser la mémoire des groupes jusqu'alors mis à l'écart de la protection, tels que les indigènes et tous les peuples venus d'Afrique ainsi que les immigrants des vagues plus récentes.<sup>46</sup> On peut en déduire que l'intention du législateur de 1988 a été ici d'éviter une politique de culture hégémonique en empêchant que l'interprète puisse mettre à la marge la diversité culturelle brésilienne, comme c'était le cas auparavant.

Ainsi, les articles 215 et 216 de la Constitution permettent qu'un ensemble plus vaste et hétérogène de biens culturels soient aujourd'hui objet de la protection de l'État. La possibilité d'inclure des groupes jusqu'alors marginalisés est enfin cohérente avec une démocratie qui exige la reconnaissance d'autres mémoires et d'autres histoires que celles déjà reconnues par les politiques officielles.

Le fait que la *mémoire* et l'*histoire* aient été désignées par la Constitution pour servir de critère pour définir le patrimoine culturel brésilien n'est pas pour autant une garantie que cette protection soit effective. En

---

*sont toutefois dans un constant état d'infériorité intellectuelle et morale par rapport aux blancs et aux noirs* (traduction libre). José Maria PARANHOS [Baron de Rio Branco] ; E. ZABOROWSKY, *O Brasil*. Ed. Bom texto, 2001, p. 50.

<sup>46</sup> V. n.15, 16, 17 et 18 ci-dessous.

réalité, cette protection est tributaire de la manière dont les multiples interprètes de la Constitution s'approprient la mémoire collective, tels que les agents administratifs, législatifs et judiciaires. Un bien culturel peut être victime d'un oubli, volontaire ou non, de la part de l'interprète. Pour cette raison, le risque d'interprétations anachroniques et d'interprétations biaisées demeure présent.

### **B. La mémoire de son identité au service de la « décolonisation » du constitutionnalisme brésilien**

L'idée qu'il serait possible et même souhaitable de « décoloniser » le droit constitutionnel des pays latino-américains est relativement récente mais elle connaît un essor important ces deux dernières décennies à travers les études d'une branche du droit nommée *néoconstitutionnalisme*. Il n'est pas certain qu'il s'agisse d'une discipline à part entière plutôt que d'un nouveau regard sur le droit constitutionnel classique. Mais, indépendamment de ces questions épistémologiques encore en discussion, on comprend vite son utilité.<sup>47</sup> Le néoconstitutionnalisme incite l'interprète à étudier le droit interne à travers la façon qui lui est propre de concevoir les institutions et son organisation sociale, en créant ainsi un nouveau paradigme qui servira de clé au décodage interprétatif de tout l'ordonnement.

En droit brésilien l'utilité de cette manière de penser est avérée car la Constitution de 1988 porte déjà les caractéristiques qui seront plus tard consolidées comme étant propres à ce nouveau modèle d'analyse du droit constitutionnel. On peut citer en guise d'exemple la place importante attribuée à la Cour constitutionnelle dans l'organisation des institutions de l'État ainsi qu'un accroissement de son indépendance et de ses fonctions, notamment dans la concrétisation des droits fondamentaux. L'interprète doit par conséquent s'adapter à une autre approche de la jurisprudence constitutionnelle car celle-ci finit par accroître sa force normative en tant que source du droit. On verra apparaître également la mise en place de nouveaux mécanismes procéduraux de contrôle de constitutionnalité, comme le contrôle des omissions législatives par la Cour constitutionnelle qui exerce

---

<sup>47</sup> C. BALDI, « Justiça de transição e novo constitucionalismo: algumas ausências e emergências envolvendo o Brasil » [trad. libre]. In : Empório do direito, mai 2016. Disponible sur: <http://emporiiododireito.com.br/justica-de-transicao-2/.V>. sur : <https://emporiiododireito.com.br/leitura/justica-de-transicao-e-novo-constitucionalismo-algumas-ausencias-e-emergencias-envolvendo-o-brasil>



par-là même un dialogue direct avec les autres Pouvoirs d'État. De plus, parmi ces nouvelles caractéristiques, l'apparition de nouveaux acteurs sociaux autrefois mis à l'écart de la société vient accompagner les nouveaux mécanismes permettant leur participation au processus de concrétisation du Projet constitutionnel.

De prime abord, l'objectif central du néoconstitutionnalisme semble moins de renverser les paradigmes connus de la théorie classique de l'État que de remettre en cause les influences du modèle européen qui a bâti une pensée hégémonique du droit constitutionnel en y inscrivant davantage ce qui caractérise la diversité culturelle des peuples latino-américains. C'est dans un second temps que cette discipline semble avoir vocation à construire une « épistémologie du sud » pour utiliser l'expression de Boaventura de Sousa Santos.<sup>48</sup> En tout cas, si la faisabilité de ces idées est parfois difficile à mettre en place, l'idée est plutôt bien accueillie en tant qu'objet d'étude du droit constitutionnel brésilien contemporain.

L'article 4 de la Constitution indique ce qu'on peut considérer comme le pilier central du déclenchement de ce nouveau constitutionnalisme. Selon cet article, l'un des objectifs de la République fédérative du Brésil est de « chercher l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples de l'Amérique latine, visant à la formation d'une communauté latino-américaine de nations ». Ce dispositif pose les bases d'une « déseuropéanisation » de plusieurs branches de la pensée brésilienne et beaucoup des accords internationaux tels que le Mercosur par exemple trouvent leurs fondements dans cet article. Certes il ne mentionne pas la thématique juridique, mais par la pratique de la Constitution de 1988 et par le vécu du texte dans le temps, on a vu apparaître diverses problématiques liées à une modélisation du droit constitutionnel qui ne répondait pas aux spécificités de la diversité de la société brésilienne. Le chemin vers une diversité qui devient donc source de normativité est ouvert.

En réalité, ce sont plus de 30 ans de pratique de la Constitution actuelle qui ont fait remonter à la surface les cinq siècles d'effacement d'une

---

<sup>48</sup> B. DE SOUSA SANTOS, « Epistémologies du sud ». V. sur: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Epistemologies%20du%20Sud\\_EtudesRurales\\_187-2011.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Epistemologies%20du%20Sud_EtudesRurales_187-2011.pdf)

partie de l'histoire de la société brésilienne qui était méconnue et par conséquent écartée des études juridiques. Les exemples ne manquent pas. Lorsqu'on se demande dans quelle mesure les mécanismes d'interprétation constitutionnelle sont influencés par la mémoire et l'histoire, on se souvient que plus de 200 langues sont aujourd'hui parlées au Brésil. Pour autant aucune juridiction n'a pour obligation de se faire comprendre dans une autre langue que le portugais. Cela semble paradoxal dans un système régi par une Constitution qui a mis l'accent sur la valorisation de la diversité culturelle au point d'en faire un Projet constitutionnel. Mais la question de rendre une décision de justice traduite dans la langue des indiens, par exemple, ne fait pas l'objet de débats étatiques,<sup>49</sup> même pas lorsque ce peuple est partie intégrante de la relation procédurale. C'est pourquoi, seul un nouveau droit constitutionnel fondé sur un paradigme plus inclusif peut être porteur de débats tels que la création de l'obligation pour le juge constitutionnel de rendre une décision dans une langue compréhensible par les parties du procès juridictionnel, comme cela existe dans d'autres pays. Faire autrement représente à la fois une marche en arrière historique et par conséquent une mise à l'écart de certains peuples qui ont formé la société, ce que justement la Constitution de 1988 a voulu éviter.

On peut voir dans cet exemple de la langue un héritage du précédent code civil brésilien de 1916 déjà cité ci-dessous : ce code exigeait la nécessité de « civiliser les indigènes » comme condition pour leur attribuer la « capacité civile ». Cette page de l'histoire n'est pas tout à fait tournée, et il devient urgent de changer cette mémoire collective qui influence négativement l'interprète. En effet, bien que ce code civil de 1916 ait été abrogé par le nouveau code civil de 2002, l'association faite entre *culturation* et *capacité civile* crée encore des situations anachroniques.<sup>50</sup> Par exemple, devant un juge, un étranger qui ne parle pas le portugais a le droit à un traducteur sans que pour autant on remette en question sa capacité civile ou procédurale. Alors qu'un indien dans cette même situation pourrait voir sa

---

<sup>49</sup> L'exception qui confirme la règle : un cas est recensé dans l'ordonnancement brésilien, dans le village de São Gabriel da Cachoeira, située aux abords du fleuve Rio Negro, l'un des plus importants affluents de l'Amazone. Une loi municipale détermine que les actes administratifs de la mairie doivent être traduits dans la langue locale des indigènes.

<sup>50</sup> F. DANTAS, ob.cit. p.77.

capacité civile remise en question au point d'avoir besoin d'un tuteur<sup>51</sup>. C'est-à-dire que le législateur ordinaire qui a rédigé le code civil de 2002, pourtant plus de dix ans après la Constitution, ne semble toujours pas intégrer les problématiques relatives au sujet de la diversité culturelle suscitées par le néoconstitutionnalisme.

On sait que le concept de mémoire peut nous aider à comprendre ces choix des interprètes. En tant que principe qui sélectionne et organise des informations, la mémoire « décide » ainsi quelles informations seront conservées ou oubliées. Grâce à elle, on peut aussi avoir un accès plus ample à la compréhension du système décisionnaire du juge constitutionnel. Dans le cas brésilien par exemple, parmi les différents usages possibles de la mémoire, on trouvera son application dans l'exigence de publication des opinions dissidentes émises lors des décisions de la Cour constitutionnelle. D'une manière plus générale, l'usage de la mémoire dans les procédures juridictionnelles se voit dans l'exigence que toute décision de justice ait une partie dédiée au « rapport des faits du procès », une espèce de « mémoire des faits importants » pour la décision du juge. Ainsi, et pour rester dans l'exemple ci-dessus du cas des indigènes, la capacité à être sujet de droit ne dépend pas seulement de ce qui est prévu par le code civil mais aussi de l'ensemble des représentations que se fait le juge. Ces représentations sociales sont construites au fil du temps et elles interagissent avec la mémoire individuelle de l'interprète qui peut ou pas avoir la capacité cognitive d'échapper à la reproduction des interprétations erronées du passé.<sup>52</sup> Et il semble évident que le néoconstitutionnalisme a un rôle à jouer dans le dépassement de ces situations anachroniques.

Un autre exemple qui illustre bien combien la décolonisation du constitutionnalisme peut aider à comprendre les interactions entre la mémoire individuelle et collective de l'interprète est la prohibition puis l'autorisation de la *Vaquejada*. D'un côté la Cour constitutionnelle avait déclaré cette manifestation culturelle comme étant non conforme à la Constitution. Dans ses motivations, la Cour avait construit un parallèle entre

---

<sup>51</sup> Pendant longtemps, la *Fondation nationale des indigènes* (FUNAI) a exercé ce type de tutorat régulé par la Loi fédérale n°6.001 de 1973 ce qui n'est plus le cas depuis 2017 (Décret n°9.010/2017). V. : <https://www.editorajc.com.br/desconstruindo-a-tutela-de-indigenas/>

<sup>52</sup> V. note 44 ci-dessous.

la *Vaquejada* et les *corridas* espagnoles. Le législateur avait pourtant reconnu la *Vaquejada* en tant que patrimoine culturel brésilien sur la base des articles 215, 216 et 225, §7 de la Constitution.<sup>53</sup>

Dans un pays de taille continentale comme le Brésil, ces mécompréhensions sur les manifestations populaires sont courantes. Dans ce cas de figure, juge et législateur brésiliens ne partagent de toute évidence pas la même mémoire individuelle et collective. L'idée que l'interprétation constitutionnelle doit être orientée par les nouveaux paradigmes du néoconstitutionnalisme génèrera certainement une interprétation plus adéquate de la Constitution.

Les pays latino-américains qui partagent avec le Brésil un passé commun n'ont pas tous fait évoluer leur histoire constitutionnelle récente de la même façon. Certains ont franchi plus tôt le pas qui mène à une pratique du droit constitutionnel qui applique le nouveau paradigme du néoconstitutionnalisme. Au Brésil, la bonne réception de la part de la doctrine des grandes questions suscitées par le néoconstitutionnalisme ne semble pas intéresser autant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Lorsqu'on évoque l'histoire par exemple, cela semblent demeurer pour le juge constitutionnel une simple méthode dont se sert la Cour. Elle est citée en tant que telle dans de nombreuses décisions : les juges en font mention de la « méthode historique » en tant que manière d'exprimer « la volonté du législateur originel » lors de l'élaboration de la Constitution.

Si en tant que méthode d'interprétation constitutionnelle cette méthode peut avoir un intérêt, on n'ignore pas les risques inhérents à ce type d'analyse, dont celui de limiter la pensée. Mais on remarquera que la méthode historique révèle une facette subjective de l'histoire difficilement dissociable de la subjectivité du propre interprète, car celui-ci rend au final « une version de l'histoire ». Le danger que le juge constitutionnel en vienne à réécrire la Constitution à travers l'acte de l'interpréter est réel et connu dans l'histoire du constitutionnalisme, et les questions que cette pratique suscite restent ouvertes, à savoir : quel est l'intérêt de créer une obligation de préserver le

---

<sup>53</sup> En effet, par ce nom *Vaquejada*, on désigne dans certaines régions du pays une manifestation culturelle qui ressemble à la *corrida* espagnole, mais dans bien d'autres elle est une cérémonie populaire laïque dépourvue de toute souffrance animale.

sens original du texte constitutionnel et quelle est l'utilité de restituer ce sens par la voie d'une décision de justice. Mais par ailleurs, l'un de ces intérêts pourrait être de concrétiser le Projet constitutionnel fondé sur des nouveaux paradigmes d'interprétation constitutionnels proposés par le néoconstitutionnalisme.



***Les Constitutions chiliennes entre fruits de l'histoire et  
construction d'une mémoire.  
Etude croisée de la Constitution de 1980 et du projet de  
nouvelle Constitution de 2022<sup>1</sup>***

Carolina Cerda-Guzman, Maîtresse de conférences en droit public à  
l'Université de Bordeaux, CERCCLÉ

Etudier la place de l'histoire et de la mémoire dans la Constitution d'un pays est toujours une tâche complexe mais cruciale. Ceci l'est d'autant plus lorsque ce pays est lui-même en pleine transition constitutionnelle, comme cela est le cas actuellement au Chili. Depuis les manifestations d'ampleur d'octobre 2019, liées initialement à des revendications sociales, le Chili vit un moment clé de son histoire constitutionnelle. Non seulement ce pays est en passe d'adopter une nouvelle Constitution, mais il le fait selon des modalités historiques, lesquelles sont si originales qu'il est probable qu'elles marquent également l'histoire constitutionnelle mondiale.

En effet, les 15 et 16 mai 2021, le Chili (riche pourtant d'une histoire constitutionnelle doublement centenaire) a élu sa première assemblée constituante. Comme si cet élément ne suffisait pas en soi, cette assemblée se distingue par la présence de sièges réservés aux peuples originaires (une première dans l'histoire du pays), mais aussi et surtout par sa composition paritaire, ce qui en fait la première assemblée constituante paritaire au monde. Cette assemblée a dû s'atteler en un an à la rédaction d'une nouvelle Constitution. Au moment où ce rapport est rédigé, le nouveau texte été présenté au peuple chilien, mais dans l'attente de sa ratification par référendum (dont la date est fixée au 4 septembre 2022).

Si ce processus constituant a déjà fait l'objet de nombreuses recherches et analyses par les constitutionnalistes, qu'ils soient chiliens ou étrangers (attestant ainsi de l'intérêt porté par la communauté des constitutionnalistes à ce processus)<sup>2</sup>, celles-ci se sont surtout attardées à analyser les spécificités du processus constituant<sup>3</sup>, ou les modifications apportées aux droits

---

<sup>1</sup> Ce rapport a été rédigé en hommage à la mémoire de toutes les victimes de la dictature d'Augusto Pinochet.

<sup>2</sup> Voir en France le colloque organisé les 12 et 13 juillet à Paris 1 Panthéon-Sorbonne par Cécile Faliès et Xavier Philippe et ceux à venir à Vannes, Paris Sud et Bordeaux. A l'étranger, voir par exemple les analyses déjà effectuées par David Landau ou le volume 13 du *Hague Journal on the Rule of Law* de décembre 2021.

<sup>3</sup> Javier Couso, « Chile's 'Procedurally Regulated' Constitution-Making Process », *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, n°1-2, décembre 2021. P. 223-234.

fondamentaux et à l'organisation des institutions publiques. Plus rares ont été les recherches cherchant à identifier les éléments de l'identité chilienne dans ce processus ou celles cherchant à comprendre ce que ce nouveau texte reflète du passé et de son rapport à la mémoire. Le thème de la table ronde choisi cette année tombe donc à pic pour le Chili, car il nous fournit l'occasion de porter un regard rétrospectif sur le nouveau texte rédigé par la Convention constitutionnelle en le mettant en perspective avec la Constitution actuellement en vigueur.

Les questions auxquelles nous allons tâcher de répondre sont alors les suivantes : quelle place occupent l'histoire et la mémoire dans ces deux textes constitutionnels ? La Constitution de 1980, et qui a été appliquée au Chili pendant plus de 40 ans, est-elle plus marquée historiquement que le projet de nouvelle Constitution ? A son tour, le projet de nouvelle Constitution fait-il une place plus importante à la mémoire ?

Si ces questions se posent avec autant d'acuité c'est aussi et essentiellement parce qu'il s'agit de deux textes que tout semble opposer. La Constitution de 1980, qui est encore actuellement en vigueur, est un texte qui a été écrit sous une dictature. Après le coup d'Etat militaire du 11 septembre 1973, qui a conduit à la destitution et au suicide du Président Salvador Allende, le pouvoir a été accaparé par un quatuor de militaires (Augusto Pinochet, José Toribio Merino, Gustavo Leigh<sup>4</sup> et César Mendoza) organisé sous la forme d'une Junte militaire. Au sein de cette Junte, le *leadership* a rapidement été pris par Augusto Pinochet. Malgré son départ du pouvoir, suite à un échec à un référendum en 1988<sup>5</sup>, son régime a marqué durablement le Chili. Sur un plan humain, ce régime dictatorial a fait de nombreuses victimes : plus de 3 200 sont mortes ou disparues et autour de 38 000 personnes ont été torturées. Sur un plan juridique, la Constitution adoptée sous la dictature a été maintenue en vigueur. Ce maintien s'est fait au prix de nombreuses révisions, dont certaines, comme celles de 1989, 1990 et 2005 ont permis de retirer les articles les plus autoritaires, mais sans parvenir à en effacer ni les origines dictatoriales ni la philosophie économique néo-libérale. On mesure alors le contraste avec le projet de nouvelle Constitution, dont le processus d'élaboration se présente comme l'un des plus démocratiques jamais mis en place dans l'histoire constitutionnelle mondiale. Deux textes constitutionnels et deux processus diamétralement opposés. Mais ont-il pour autant deux approches différentes de l'histoire et de la mémoire ?

Dans le cadre de ce rapport, nous verrons alors qu'en réalité les deux textes sont profondément marqués par leur contexte historique et apparaissent finalement comme les fruits de leur propre histoire (I). En revanche, les deux entretiennent des rapports très différents avec la mémoire. Alors que l'un se présente comme la Constitution d'un peuple quasiment amnésique, l'autre valorise, protège et développe cette mémoire, non seulement du peuple, mais aussi celle de l'Etat et des individus (II).

### **Le rôle de l'histoire dans la construction du droit constitutionnel chilien**

L'histoire se veut comme une approche objective du passé. Dans le cas du Chili, l'histoire étant particulièrement douloureuse, une telle démarche scientifique n'est pas aisée.

---

<sup>4</sup> Gustavo Leigh sera remplacé par Fernand Matthei après la démission forcée de Gustavo Leigh le 24 juillet 1978.

<sup>5</sup> Cette dictature prend fin par un référendum organisé le 5 octobre 1988 et la victoire du « non » au maintien en place d'Augusto Pinochet (le « non » l'a emporté avec 55,9% des voix), mais il faudra plusieurs mois pour que de nouvelles élections (cette fois-ci démocratiques) soient organisées et son successeur soit désigné, à savoir Patricio Aylwin. Pour plus de détails sur le contexte de ce référendum, voir : Carolina Cerda-Guzman, « Dictature et consultations électorales : le cas du Chili (1973-1988/1990) », in Florian Savonitto (dir.), « Dictatures » et consultations électorales en Europe et aux Amériques, L'Harmattan, coll. Droit comparé, Paris, 2021, p. 115-131, spéc. p. 129-130.



Cependant, le droit présente l'avantage d'offrir en lui-même une certaine forme de distanciation. L'examen croisé de la Constitution de 1980 et le projet de 2022 nous permet en réalité de constater que ces deux textes entretiennent des rapports ambivalents avec l'histoire. Si ces deux textes apparaissent comme les fruits de leur propre contexte de création, ce qui a pu influencer l'interprétation de l'un et influencera peut-être l'interprétation de l'autre (A), on constate qu'ils n'entretiennent pas pour autant les mêmes rapports avec le temps, comme en atteste la place de la coutume ou les modalités de révision (B).

### **Le poids de l'histoire dans le contenu et l'interprétation des Constitutions chiliennes**

Les deux textes ici étudiés sont, comme nous avons commencé à l'aborder, nés dans des contextes très différents. L'histoire de leur naissance pourrait n'avoir qu'un impact très limité sur leur devenir ou leur interprétation. En effet, il arrive que certains textes constitutionnels parviennent à s'extraire de leur contexte de création et à se détacher de la volonté initiale de leurs rédacteurs. Ceci n'est cependant pas le cas du Chili, où les deux textes étudiés semblent profondément marqués par leur contexte et notamment par les données politiques ayant présidé à leur élaboration.

A cet égard, la Constitution de 1980 pourrait constituer un cas d'école. Pour le comprendre, il est nécessaire d'apporter un peu plus de précisions sur la manière dont le texte a été rédigé. Au moment du coup d'État, le Chili était gouverné par une Constitution quasi quinquagénaire : la Constitution de 1925. Le coup d'État n'a pas entraîné *de facto* ni *de jure* l'abrogation de ce texte. En effet, la Junte militaire n'avait pas véritablement anticipé la mise en œuvre juridique du pouvoir et les premiers jours furent très peu solides de ce point de vue. Le Chili fut gouverné par des ordres ou actes militaires (dits *bandos*), en lieu et place des lois civiles et pénales ordinaires, et qui ne reposaient sur aucun fondement constitutionnel<sup>6</sup>. Le principal texte était alors le décret-loi n°1 du 11 septembre 1973<sup>7</sup>. Ce texte ne définissait que peu la portée et les attributions du nouveau gouvernement militaire, puisqu'il se contentait d'affirmer que les Forces Armées s'étaient arrogées le « Mandat suprême de la Nation » et avaient formé une Junte de Gouvernement. Si par la suite, un décret-loi du 12 novembre 1973 est venu préciser le contenu de ce « mandat suprême »<sup>8</sup>, indiquant qu'il impliquait l'exercice des pouvoirs exécutif, législatif et constituant, les premiers mois furent marqués par un grand flottement.

De fait, la Junte rencontrait des difficultés avec le cadre constitutionnel existant, dont elle ne savait que faire. D'une part, elle a très rapidement décidé de mettre au ban les institutions de la Constitution de 1925, en prononçant dès le 13 septembre 1973 la dissolution du Congrès<sup>9</sup>. Mais, d'autre part, elle refusait d'acter l'abrogation de la Constitution de 1925. En effet, la seule légitimité dont se targuaient les membres de la Junte était celle consistant à affirmer qu'ils agissaient au non d'une restauration de l'ordre. Dès lors, le 18 septembre 1973, la Junte confirme qu'elle souhaite maintenir la Constitution de 1925 dans la mesure où la situation du pays le permet<sup>10</sup>. La Constitution demeure donc en vigueur, mais sa suprématie est subordonnée à l'état d'exception tel que défini par la Junte<sup>11</sup>. Du point de vue formel, le coup

<sup>6</sup> Robert Barros, *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, Editorial Sudamericana, coll. Todo es Historia, Santiago, Chili, 2005, p. 68.

<sup>7</sup> Décret-loi n°1 du 11 septembre 1973, JO, 18 septembre 1973.

<sup>8</sup> Décret-loi n°128 du 12 novembre 1973, JO 16 novembre 1973.

<sup>9</sup> Cette dissolution sera prononcée à deux reprises : une première fois avec l'ordre militaire n°29 du 13 septembre 1973, puis par un décret-loi n°27 du 21 septembre 1973, JO, 24 septembre 1973.

<sup>10</sup> Article 3 du décret-loi n°1, JO, 18 septembre 1973.

<sup>11</sup> Robert Barros, *op. cit.*, p. 115.

d'Etat a en quelque sorte dé-constitutionnalisé la Constitution<sup>12</sup>. Toutefois, sur le fond, la Constitution est entièrement piétinée, en ce qu'elle ne constitue absolument plus une limite au pouvoir de la Junte<sup>13</sup>.

Le maintien formel de la Constitution de 1925 permet à la Junte de garder les apparences, mais la nécessité d'institutionnalisation se fait plus forte. Ceci va passer à travers divers textes permettant de réorganiser le fonctionnement des pouvoirs publics sous cet état d'exception, mais également à travers une réflexion autour d'un nouveau texte constitutionnel<sup>14</sup>, car malgré les efforts d'institutionnalisation, le maintien en arrière-plan du fantôme de la Constitution de 1925 empêchait toute réorganisation dans la durée. Dès le 24 septembre 1973, la Junte militaire désigne une commission chargée de préparer un avant-projet de Constitution<sup>15</sup>. Cette commission, dite Commission Ortúzar, était composée de constitutionnalistes et d'hommes de droite et du centre-droit<sup>16</sup> et fut placée sous le contrôle direct de la Junte, qui n'hésitait pas à lui faire part de ses remarques. Malgré leur confort de travail, les travaux de cette commission vont s'avérer extrêmement longs et n'aboutiront véritablement que le 5 octobre 1978 avec la transmission d'un avant-projet de Constitution<sup>17</sup>. Ce dernier a ensuite été étudié par le Conseil d'Etat, entre novembre 1978 et juillet 1980. Cet organisme, créé en 1976<sup>18</sup>, était composé de personnes de confiance du régime militaire<sup>19</sup>. Au terme de son examen, le Conseil propose une autre version du projet et le présente au chef d'Etat le 8 juillet 1980. Sur la base de ces deux projets de Constitution, la Junte militaire aboutit finalement à un texte composé de 120 articles<sup>20</sup>, lequel sera ratifié par référendum le 11 septembre 1980 (dans un cadre non démocratique)<sup>21</sup>.

Toutefois, cette ratification ne signe pas la véritable date de naissance du texte, car cette Constitution en cache une deuxième, logée dans les 29 dispositions qui suivent les 120 articles. En effet, les dispositions transitoires prévoyaient une période de transition de 8 ans avant l'application pleine et entière de la Constitution. Ces clauses transitoires réinstallaient le *statu quo* de la dictature : Augusto Pinochet reste pendant 8 ans le Président et les 4 membres de la Junte continuent à exercer les pouvoirs réglementaire, législatif et constituant. Cette période transitoire devait se clôturer par un plébiscite qui permettrait de ratifier le nom du Président de la République pour un mandat à nouveau de 8 ans et, enfin, l'entrée en vigueur pleine et entière des dispositions permanentes de la Constitution de 1980. Du fait de cette très longue période transitoire, la Constitution fut dans l'immédiat davantage un outil

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>14</sup> Décret-loi n°527 du 17 juin 1974, *JO*, 26 juin 1974 ; Décret-loi n°806 du 16 décembre 1974, *JO* 17 décembre 1974.

<sup>15</sup> Humberto Nogueira Alcalá, « La evolución político-constitucional de Chile. 1976-2005 », *Estudios constitucionales*, n°2, 2008, p. 327.

<sup>16</sup> Enrique Ortúzar Escobar, Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz et Jorge Ovalle Quiroz (pour la droite) et Gustavo Lorca Rojas, Enrique Evans de la Cuadra et Alejandro Silva Bascuñán (pour les démocrates-chrétiens). Cette commission est officialisée par le décret suprême n°1 064 du 25 octobre 1973 (publié dans le *JO* n°28.699 du 12 novembre 1973).

<sup>17</sup> Humberto Nogueira Alcalá, art. préc., p. 328.

<sup>18</sup> Robert Barros, *op. cit.*, p. 207.

<sup>19</sup> Il est à noter que le Conseil d'Etat a fait un appel à la citoyenneté pour que les personnes puissent présenter des observations et suggestions. Ils ont reçu environ 150 indications. *Cf.* Humberto Nogueira Alcalá, art. préc., p. 329.

<sup>20</sup> Décret-Loi n°3 464 du 8 août 1980 (*JO*, 11 août 1980), puis convocation à un référendum par le décret-loi n°3 465 du 8 août 1980 (*JO*, 12 août 1980).

<sup>21</sup> Le « oui » l'a emporté à 67,04%. Pour plus de détails sur le caractère non-démocratique de ce référendum, voir : Carolina Cerda-Guzman, « Dictature et consultations électorales : le cas du Chili (1973-1988/1990) », art. préc., p. 125 et 126.

de stabilisation dictatoriale qu'un outil de transition démocratique<sup>22</sup>. Elle ne le deviendra qu'entre 1988 et 1990, c'est-à-dire une fois l'échec d'Augusto Pinochet au référendum et une fois l'essentiel de la transition démocratique mise en place.

On le voit : la Constitution de 1980, a eu une naissance très compliquée. Non seulement sa rédaction a été longue et tortueuse, mais il est également difficile de lui donner une date de naissance précise. Formellement, elle est née le 11 septembre 1980, mais sa pleine entrée en vigueur ne débuta qu'après le départ du pouvoir d'Augusto Pinochet, donc après 1988. Quoi qu'il en soit, **il est indéniable qu'elle a été le fruit du régime dictatorial de l'époque et que cela se perçoit dans son contenu**. Bien qu'il se soit démocratisé au travers des révisions constitutionnelles, certains éléments sont restés, et en particulier la forte empreinte néolibérale de la dictature de Pinochet. Cette protection des droits économiques au détriment des droits sociaux (d'ailleurs peu présents dans le catalogue des droits fondamentaux) s'explique par le fait que le coup d'État, opéré le 11 septembre 1973, était avant tout un coup d'État antimarxiste. Pour les putschistes, et notamment pour Augusto Pinochet, il était important non seulement d'éradiquer le marxisme dans les esprits mais aussi dans l'économie. De ce fait, la dictature chilienne a été l'occasion de faire de ce pays un laboratoire de l'économie libérale de marché. Sous l'impulsion de ce que l'on a appelé les *Chicago Boys* (école de pensée néo-libérale inspirée des conceptions économiques de Milton Friedman), de nombreuses privatisations ont eu lieu, et notamment la privatisation de l'eau, de l'éducation, des retraites et de la santé.

**La formulation des droits fondamentaux en a été influencée.** Ainsi, l'article 19, 24° reconnaît les droits de propriété sur l'eau, ce qui a constitué et constitue toujours un important frein à la mise en place de politiques visant à lutter contre la sécheresse ou la pollution de l'eau autour des vastes exploitations agricoles ou des mines. De même, si l'article 19, 18° reconnaît le droit à la sécurité sociale, cet article précise que seule une loi à majorité qualifiée pourra réguler ce droit (ce qui oblige à un fort consensus politique) et que le rôle de l'État dans la mise en œuvre de ce droit se trouve accompli même lorsque les prestations de base sont assurées par des personnes privées. Enfin, l'article 19, 21°, sur le droit au développement d'une activité économique, limite fortement l'action économique de l'État. Ce dernier se trouve autorisé à développer des activités entrepreneuriales, mais celles-ci ne pourront se faire qu'à travers une loi à majorité qualifiée et surtout l'article précise que ces activités seront toujours soumises à la législation commune applicable aux personnes privées. Comme l'indique Francisco Zúñiga Urbina, cet article accorde à l'État une amplitude d'action particulièrement mince au moment d'intervenir dans l'économie et atteste de l'idéologie néo-libérale ayant présidé à la naissance du texte<sup>23</sup>. Cette volonté se reflète même encore à la toute fin de la dictature, puisque deux jours avant de laisser définitivement le pouvoir au Président démocratiquement élu (Patricio Aylwin), la Junte militaire adopte une loi (la loi n°18.971 du 8 mars 1990) instaurant un recours spécial permettant à toute personne attestant d'une violation du droit d'entreprendre de saisir, dans un délai de 6 mois, la cour d'appel de son ressort et ainsi faire sanctionner une telle violation. Visiblement, les militaires avaient à cœur de préserver ce legs de la dictature. Reste à savoir comment cette Constitution a survécu au temps et comment a-t-elle été interprétée par les juges et par la doctrine, qui au travers d'une interprétation plus libérale (au sens social du terme et non économique) auraient pu altérer la volonté des constituants.

Or, il est de notoriété publique que la majorité de la doctrine constitutionnaliste chilienne, en tous les cas, jusque dans la décennie de 2010, a continué à entretenir et à alimenter une

<sup>22</sup> Robert Barros, *op. cit.*, p. 208 et 209.

<sup>23</sup> Francisco Zúñiga Urbina, « Vieja-Nueva Constitución », *Estudios constitucionales*, 2007, n°5, p. 357.

**lecture néolibérale du texte** et que les décisions rendues par les juges ont été interprétées dans ce sens. Pour cela, elle s'est appuyée sur une **interprétation très historicisée du texte, en faisant régulièrement référence à la volonté des rédacteurs de la Constitution**, au travers de la citation de passages des travaux de la Commission Ortúzar publiés dans les *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución* et qui sont, par ailleurs, les seuls éléments qui ont été rendus publics du processus de rédaction de la Constitution puisque les discussions effectuées au sein du Conseil d'État et les arbitrages au sein de la Junte au sujet du texte n'ont pas été publiés. De leurs côtés, les juges ont également été enclins à développer une interprétation très « originaliste » des textes. Ceci a été particulièrement visible concernant le recours de protection économique instauré par la loi de 1980, lequel a (malgré quelques évolutions jurisprudentielles) globalement été interprété de façon à ne lui donner effet qu'afin de sanctionner les interventions économiques commises par l'État<sup>24</sup>.

Cette lecture, basée sur la volonté des constituants, va à partir des années 2010 être de plus en plus désapprouvée. D'une part, il a été critiqué le fait qu'une telle lecture historicisée de la Constitution ne fonctionne qu'au prix d'une interprétation sélective des articles constitutionnels. En effet, pour développer la théorie selon laquelle la Constitution ne permet qu'une économie néolibérale, il faut faire abstraction d'autres articles de la Constitution qui eux sont plus tempérés. Ainsi, cette interprétation met de côté l'article 3 qui consacre pourtant le principe de solidarité et surtout l'article 1, alinéa 5, qui oblige l'État à assurer la protection du droit de toutes les personnes à participer de manière égale, et à travers les mêmes opportunités, à la vie nationale<sup>25</sup>. D'autre part, ont été critiquées les incidences d'une telle interprétation. Selon Jaime Bassa Mercado et Christian Viera Álvarez, **cela a conduit à donner une certaine image de la Constitution, qui serait celle d'un texte « testament », fermé et non modifiable**<sup>26</sup>. De fait, c'est précisément cette image qui a émergé du texte et qui explique en grande partie le processus constituant, lancé à partir de 2019, dans la mesure où le changement de Constitution était vu comme le seul moyen de permettre à terme la mise en place d'une autre politique économique.

**Le processus constituant que vit actuellement le Chili apparaît de ce fait diamétralement opposé** à celui que l'on vient de décrire. Loin d'être l'œuvre d'une poignée d'hommes désignés par des putschistes, la proposition de nouvelle Constitution se présente comme l'émanation de l'ensemble du peuple chilien, vu dans toute sa diversité, aussi bien sexuelle qu'ethnique. En effet, suite aux fortes mobilisations sociales d'octobre 2019, le peuple manifeste son rejet de l'actuelle Constitution. Très rapidement, les partis politiques et le pouvoir en place s'accordent pour mettre en place un processus constituant « indiscutablement démocratique »<sup>27</sup>. Un premier référendum est alors organisé, le 25 octobre 2020, dans lequel deux questions sont posées aux électeurs : « Voulez-vous une nouvelle Constitution ? » et « Si oui, quel type d'organe devrait rédiger la nouvelle Constitution ? ». Les réponses apportées furent alors sans nuance : la première question a reçu 78,28% de « Oui » et, dans le cadre de la seconde question, 79% des votants ont manifesté leur préférence pour le modèle de la Convention constitutionnelle, c'est-à-dire une assemblée entière élue par le peuple. Ces élections, organisées les 15 et 16 mai 2021, ont donné naissance à une assemblée totalement innovante par rapport à la pratique chilienne de l'exercice du pouvoir constituant et surtout diamétralement opposée à la Commission Ortúzar qui avait

<sup>24</sup> Pour une analyse plus fine de cette question, voir : Jaime Bassa Mercado et Christian Viera Álvarez, « Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico », *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2012, p. 661-683.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 667.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución*, 15 novembre 2019. Pacte politique signé par les *leaders* des principaux partis politiques au sein du Congrès des députés.

rédigé la Constitution de 1980. **Alors que la Commission Ortúzar était mono-ethnique, très majoritairement masculine<sup>28</sup>, faiblement diversifiée du point de vue politique et dépourvue de toute légitimité démocratique, la Convention constitutionnelle de 2021 est tout l'inverse.**

En tant qu'émanation de la volonté populaire, l'assemblée dispose d'une légitimité incontestable. En outre, du fait du mode de scrutin choisi (un système proportionnel), cette assemblée se caractérise par la grande diversité des opinions politiques qui y sont représentées, d'autant plus que les règles de candidature avaient été assouplies afin de faciliter la candidature de liste d'indépendants. Mais surtout, cette chambre se caractérise par la place accordée aux femmes et aux représentants des peuples originaires. L'exigence de parité a découlé de la loi constitutionnelle du 20 mars 2020, qui imposait non seulement une parité entre les deux sexes au stade des candidatures<sup>29</sup>, mais également au stade de la répartition des sièges. Ainsi, sur les 155 sièges, 77 furent occupés par des femmes et 78 par des hommes<sup>30</sup>. Concernant la représentation des peuples originaires, leur présence a résulté de la loi constitutionnelle du 21 décembre 2020 qui réservait 17 sièges, au sein de la Convention, aux peuples originaires. Cette représentation marquée des femmes et des peuples originaires constitue une rupture claire avec les modes de représentation politique alors en place au Chili et **tranche nettement avec la Constitution de 1980 qui elle ne mentionne ni la parité, ni la diversité ethnique du peuple chilien.**

Cette pluri-représentativité aurait pu rester au stade du gadget démocratique. Toutefois, très rapidement, nous avons pu constater à quel point elle a influencé le fond des actes produits. Ceci fut particulièrement visible au moment de l'adoption du règlement général de la Convention. Ce texte, adopté le 27 septembre 2021, a consacré 27 principes directeurs, parmi lesquels on retrouvait la prééminence des droits de l'Homme, la perspective féministe, la plurinationalité, le plurilinguisme, la participation populaire, le respect de la Nature et la perspective écologique. Sur cette base plusieurs mesures de fonctionnement ont été adoptées : l'obligation pour tous les organes internes à la Convention d'être paritaires et d'inclure des représentants des peuples originaires. En outre, son article 40 imposait au bout de 6 mois un renouvellement intégral de la composition du bureau de la Convention, sans que les personnes qui y siégeaient puissent candidater à nouveau. Cette recherche d'un plus grand renouvellement politique et le refus d'une personnalisation excessive du pouvoir va de pair avec une recherche de proximité avec le peuple. En effet, la Convention s'est astreinte à des auditions régulières, non seulement d'experts, mais également de citoyennes et de citoyens, des représentants de quartier ou d'associations, et y compris des enfants. De même, l'article 5 du règlement prévoyait des sessions mensuelles hors des locaux de la Convention afin de rendre ces sessions les plus accessibles et les plus transparentes possibles. Enfin et surtout, la Convention a également instauré une initiative populaire de norme. Ainsi, toute personne pouvait déposer une proposition d'article constitutionnel. Si la proposition recevait 15.000 signatures citoyennes, elle pouvait alors être examinée et votée au sein de la Convention. **Ces différents moyens permettent à eux seuls de constater la différence par rapport à la méthode utilisée pour la rédaction de la Constitution de 1980.** Surtout,

<sup>28</sup> Sur les 9 membres, 8 étaient des hommes.

<sup>29</sup> Les listes déposées devaient comporter un nombre égal de femmes et d'hommes (avec la possibilité d'un écart d'une personne) et chaque liste devait débiter par le nom d'une candidate, et ensuite alterner successivement avec le nom d'un candidat. L'infraction à ses règles conduisait au rejet du dépôt de la liste. Il est même intéressant de noter que cette règle a, dans les faits, surtout avantage les hommes, car cette règle a été appliquée 17 fois et, dans 12 de ces cas, le sexe surreprésenté était le sexe féminin. Ainsi 12 candidates ont dû céder leur siège à des candidats, alors que seuls 4 candidats ont dû céder leur siège à une candidate.

<sup>30</sup> Finalement, suite à la démission d'un des membres de l'assemblée, la parité parfaite fut atteinte, avec 77 constituantes et 77 constituants.

et ceci nous permet de renforcer le parallèle entre les deux processus constitutants chiliens, **cette composition et ces mécanismes se sont reflétés sur le contenu final du texte rédigé par la Convention.**

Il serait ici fastidieux et surtout inutile de procéder à une présentation *in extenso* de la proposition de nouvelle Constitution chilienne, mais il est indéniable que son contenu apparaît comme l'écho de son contexte et de son processus de création. Pour ne prendre que quelques exemples, il est possible ici d'évoquer l'article 1 du projet de nouvelle Constitution qui indique que « *Le Chili est un État (...) plurinational, interculturel, régional et écologique* ». L'alinéa suivant poursuit en affirmant qu'« *Il se constitue comme une république solidaire. Sa démocratie est inclusive et paritaire* », permettant ainsi d'inscrire dans la durée le fonctionnement paritaire de la Convention. L'article 2, quant à lui, insiste sur la diversité ethnique du peuple chilien, jusqu'ici toujours tue en indiquant que « *La souveraineté réside dans le peuple du Chili, composé de diverses nations* ». Dans la mesure où ce texte n'a pas encore été adopté, il est encore difficile de pouvoir en tirer des enseignements à plus long terme, mais il est possible à ce stade d'attester de la corrélation existant, tout du moins en droit constitutionnel chilien, entre le processus d'élaboration de la Constitution et son contenu.

### **Les Constitutions chiliennes et le rapport ambivalent au temps long**

Si les deux derniers textes constitutionnels rédigés au Chili sont les fruits de leur propre histoire, ils n'entretiennent pas pour autant les mêmes relations avec le temps long. Ceci peut être constaté lors que l'on s'intéresse à la place accordée à la coutume dans ces différents textes et aux procédures de révision, plus ou moins rigides.

**La coutume, en tant qu'histoire faite norme, ne possède pas dans le système juridique chilien de place particulièrement privilégiée.** En effet, ce système juridique, qui se rattache au système de droit romano-germanique, est intrinsèquement méfiant à l'égard de la coutume. L'article 2 du Code civil chilien (rédigé par Andrés Bello et inspiré en grande partie par le Code Napoléon) indique très clairement que « *La coutume n'est pas une source du droit sauf dans les cas où la loi s'en remet à elle* ». Habituellement, la coutume se trouve en droit civil ou en droit commercial (les coutumes commerciales peuvent suppléer le silence de la loi). Qu'en est-il de la coutume constitutionnelle ? Sous l'empire de la Constitution de 1980, il semblerait *a priori* qu'elle soit inexistante. Cet hermétisme découle d'une lecture particulièrement stricte de l'article 7 de ce texte qui indique que « *Les organes de l'État agissent valablement après l'investiture régulière de leurs membres, dans les limites de leur compétence et dans les formes prescrites par la loi. Aucune magistrature, aucune personne ou groupement de personnes ne peut se voir attribuer, même sous prétexte de circonstances extraordinaires, une autre autorité ou d'autres droits que ceux qui lui ont été expressément conférés en vertu de la Constitution ou des lois. Tout acte contrevenant au présent article est nul et non avenue et donnera lieu aux responsabilités et sanctions énoncées par la loi* ».

Pour autant, une partie de la doctrine chilienne a cherché à identifier des éléments coutumiers au sein du droit constitutionnel chilien, en particulier dans un domaine propice à l'émanation de telles normes, à savoir le droit parlementaire. Selon Felipe Rivera, la coutume est utilisée en cas de lacune des textes<sup>31</sup> ou comme complément des textes. Un des exemples souvent cité est celui de l'exigence du patronage du Président de la République pour les motions

<sup>31</sup> Felipe Rivera, « La costumbre legislativa como fuente de derecho parlamentario chileno », *Diario constitucional*, 10 mars 2020, URL : <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-costumbre-legislativa-como-fuente-de-derecho-parlamentario-chileno/> (consulté le 22 août 2022) ; Sebastián Soto Velasco, « Costumbres y prácticas legislativas en el derecho constitucional », in Iván Obando (coord.), *Estudios constitucionales y parlamentarios. En homenaje al Profesor Jorge Tapia Valdés*, RIL editores, Santiago, 2017, p. 129.

parlementaires qui entrent dans le champ de la compétence de l'initiative réservée du chef de l'État. Alors que ce patronage n'est imposé par aucun texte, la pratique a voulu qu'il soit apporté à l'appui de ces motions comme condition de leur recevabilité. De manière générale, la coutume est évoquée en matière de procédure législative pour encadrer les modalités suivant lesquelles l'urgence d'une loi peut être retirée<sup>32</sup>. De même, une partie de la doctrine s'accorde à considérer que la manière dont le veto présidentiel est mis en œuvre et la procédure précise utilisée (par exemple l'impossibilité de le retirer une fois qu'il est examiné) ont été modelées par la coutume<sup>33</sup>.

Toutefois, cette théorie des sources constitutionnelles est contestable. Le premier argument à opposer porte sur la valeur de ces normes. Si de telles normes coutumières existaient, elles n'auraient pas à proprement parler de valeur constitutionnelle, car elles relèveraient en très grande partie du domaine infra-constitutionnel. Le deuxième argument tient au fait que les tribunaux utilisent peu, voire absolument pas, cette source dans leurs décisions<sup>34</sup>. Ils peuvent parfois l'utiliser comme instrument d'interprétation, mais sans pour autant lui accorder une force juridique contraignante et opposable. Enfin et surtout, il convient de revenir sur la définition même d'une coutume. Celle-ci se distingue par définition de la simple pratique politique du texte constitutionnel, dans la mesure où une coutume est une pratique dont la répétition dans le temps a conduit à lui donner une valeur juridique. Or, ici, dans les exemples les plus souvent cités, ce qui est appelé coutume s'apparente davantage en réalité à une évolution dans l'application du texte par la pratique du pouvoir. Ces pratiques informelles ne cherchent pas à remplacer ou à concurrencer les règles plus formelles, mais simplement s'en accommodent pour influencer la manière dont ces règles sont mises en œuvre<sup>35</sup>. Mais ici, difficile de parler véritablement d'une « coutume ». De fait, on peine à trouver des exemples dans lesquelles une pratique ancrée dans la tradition a acquis de ce simple fait une véritable valeur juridique contraignante.

Ainsi, **la Constitution de 1980**, que cela soit dans le texte ou dans sa mise en œuvre, **ne fait que peu de cas de la coutume**, et donc de l'histoire faite norme. Qu'en est-il de la proposition de nouvelle Constitution ? Sans procéder à une révolution dans ce domaine, le **texte rédigé par la Convention constitutionnelle semble bien plus ouvert à la reconnaissance de la valeur juridique de la coutume**. D'une part, le texte procède, pour la première fois dans l'histoire du pays, à une reconnaissance de la coutume des peuples originaires parmi les sources du droit. En effet, l'alinéa 5 de l'article 36 affirme que « *La Constitution reconnaît l'autonomie des peuples et des nations autochtones pour développer leurs propres établissements et institutions conformément à leurs coutumes et à leur culture, en respectant les finalités et les principes de l'éducation, et dans le cadre du Système National d'Éducation établi par la loi* ». Ainsi, la Constitution reconnaît à la coutume sa valeur de source de création d'institutions juridiques. Cette consécration se trouve renforcée par l'article 322 relatif à la manière dont les tribunaux doivent utiliser ces sources, puisqu'il indique que « *Lorsqu'ils traitent avec des personnes autochtones, les tribunaux et leurs fonctionnaires devront adopter une perspective interculturelle dans le traitement et la résolution des questions relevant de leur compétence, en tenant dûment compte des coutumes, des traditions, des protocoles et des systèmes normatifs des peuples indigènes, conformément aux traités et instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels le Chili est partie* ». Ce faisant, la Constitution ne reconnaît pas uniquement le rôle de la coutume pour la production du droit autochtone, mais également l'obligation pour les tribunaux nationaux de respecter ces coutumes au moment d'appliquer le droit autochtone et le droit national. Comme on peut le constater, la

<sup>32</sup> Sebastián Soto Velasco, *op. cit.*, p. 132 et 138.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 141.

prise en compte des spécificités des peuples originaires pourrait potentiellement conduire à une évolution du système juridique chilien, lequel se verrait (si la proposition de nouvelle Constitution est adoptée) contraint à laisser place à des normes jusqu'alors entièrement niées par les autorités publiques. Toutefois, difficile encore de parler de véritable révolution des sources juridiques. Ces normes coutumières, bien que reconnues, ne possèdent pas pour autant de valeur constitutionnelle. En outre, leur validité et leur application ne valent que pour les populations autochtones. Ainsi, pour le reste de la population, la hiérarchie des sources reste *a priori* inchangée.

Néanmoins, il existe un domaine où l'évolution est palpable, à savoir celui de la coutume internationale. En effet, l'article 15, alinéa 1, affirme que « *Les droits et obligations établis dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés et en vigueur au Chili, les principes généraux du droit international des droits de l'homme et le droit international coutumier portant sur le même sujet font partie intégrante de la présente Constitution et ont valeur constitutionnelle* ». Pour la première fois, **la Constitution chilienne reconnaît l'existence d'une coutume à valeur constitutionnelle**. Alors certes, il ne s'agit pas d'une source historique nationale, mais mondiale, toutefois, cette reconnaissance représente un changement important dans la hiérarchie des normes chilienne.

Ces différences de positionnement entre la Constitution de 1980 et la proposition de nouvelle Constitution se retrouvent également concernant le devenir même de ces textes. En effet, **si la Constitution de 1980 a refusé d'acter l'histoire qui lui était antérieure, elle a souhaité, en revanche, faire œuvre d'histoire** en instaurant des **modalités particulièrement rigides** pour sa révision lui permettant ainsi de perdurer dans le temps. Certes, elle ne consacre pas de clauses d'éternité, mais il est intéressant de noter que cela avait été envisagé. Dans la version d'origine, l'article 8 de la Constitution de 1980 établissait l'interdiction des partis marxistes et les rédacteurs de la Constitution avaient évoqué la possibilité que cet article ne puisse pas faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Si cette proposition ne fut pas finalement retenue<sup>36</sup>, d'autres outils ont été créés afin d'éviter de retouches trop profondes et surtout trop fréquentes au texte, comme en attestent les articles 127 à 129. L'article 127 indique que toute réforme de la Constitution, quelle que soit son objet, doit être initiée par le Président de la République ou par des membres des chambres parlementaires. Si la révision porte sur les chapitres les plus importants de la Constitution (à savoir les chapitres I – sur les bases des institutions –, III – sur les droits et devoirs constitutionnels –, VIII – sur le Tribunal constitutionnel –, XI – sur les Forces Armées, de l'Ordre et de la Sécurité publique –, XII – sur le Conseil de Sécurité Nationale –, ou XV – sur la réforme de la Constitution ; donc les dispositions clés de la dictature militaire), la révision doit être approuvée par les 2/3 des membres de chacune des chambres parlementaires (ce qui correspond à un peu plus de 66% des membres). Pour les autres chapitres, la révision doit seulement être approuvées par les 3/5<sup>e</sup> des membres de chacune des chambres parlementaires (soit 60% des membres). L'article 128 prévoit ensuite que la révision soit examinée par le Président de la République. Celui-ci a alors trois options. La première est la plus simple puisqu'elle est celle de l'approbation totale de la révision. Dans ce cas, il peut procéder immédiatement à sa promulgation. La deuxième, plus complexe, est celle du rejet total de la proposition de révision et dans ce cas, les chambres peuvent insister mais elles doivent de nouveau approuver la révision dans sa totalité à la majorité des 2/3. Auquel cas, soit le Président promulgue la révision, soit il consulte le peuple via un référendum. Le Président peut enfin choisir une dernière option qui est d'émettre des observations sur certains des articles du projet de révision. Les chambres peuvent les approuver (la majorité alors exigée sera des 2/3 ou des 3/5<sup>e</sup> selon la nature des dispositions

<sup>36</sup> Robert Barros, *op. cit.*, p. 268.



concernées) et dans ce cas, le Président devra procéder à la promulgation. Toutefois, les chambres peuvent rejeter partiellement ou totalement ces observations. Si elles souhaitent malgré tout soutenir le projet de réforme, elles devront réunir une majorité des 2/3 des membres en exercice, auquel cas le Président sera dans l'obligation de procéder à la promulgation, à moins de passer par un référendum. Comme on le voit, la procédure est relativement complexe et exige toujours une majorité dans chacune des chambres d'au moins 60% des parlementaires. Dans la mesure où le Sénat a toujours été une chambre particulièrement conservatrice, comprenant même en son sein à une certaine époque des sénateurs à vie, nommés par le Président de la République, on perçoit alors comment cette procédure a pu constituer un obstacle particulièrement élevé à toute réforme de fond de la Constitution. **La rigidité de la Constitution a constitué un outil particulièrement efficace pour préserver le legs de la dictature et donner une vie surprenamment longue à une Constitution intrinsèquement illégitime.**

De son côté, la **proposition de nouvelle Constitution semble rejeter ce vœu d'éternité en instaurant des modalités relativement souples de révision.** Tout d'abord, elle en multiplie les sources d'initiatives, ce qui peut permettre d'en accroître le nombre. Selon le Chapitre XI de la proposition, le pouvoir d'initiative d'une révision constitutionnelle ne serait plus uniquement entre les mains de la Présidente ou du Président de la République et des membres du Pouvoir législatif, mais également entre celles du peuple<sup>37</sup> ou des communautés autochtones. Une fois la révision initiée, l'article 383.2 précise que la révision constitutionnelle est immédiatement adoptée si elle réunit l'approbation d'une majorité des 4/7<sup>e</sup> des membres du Pouvoir législatif (donc des deux chambres), ce qui correspond environ à 57% des membres. Toutefois, si la révision « *modifie substantiellement le régime politique et le mandat présidentiel, la structuration du Pouvoir législatif et les mandats des parlementaires, la forme de l'Etat régional, les principes et droits fondamentaux ou les modalités de réforme et de remplacement de la Constitution* », l'article 384.1 exige que l'adoption par les membres du Pouvoir législatif soit suivie d'un référendum populaire. Toutefois, si la révision est adoptée par les 2/3 des membres du Pouvoir législatif (donc plus de 66%), alors le référendum n'est pas obligatoire. Comme on peut le constater, cette procédure est assouplie par rapport à celle existante, car d'une part, la Présidente ou le Président ne possède plus de droit de veto à l'égard du projet de révision. D'autre part, les seuils de majorité sont légèrement abaissés, et la barrière des 2/3 est uniquement maintenue pour les cas où le Pouvoir législatif souhaite éviter de passer par le référendum et non pas pour confirmer ou adopter la révision en tant que telle. Cette procédure créée par les constituantes et les constituants peut paraître à première vue comme dangereuse en ce qu'elle peut être source d'instabilité, mais elle reste néanmoins un choix délibéré. Ces femmes et hommes n'ont pas souhaité lier indéfiniment le peuple chilien pour l'avenir en n'instaurant pas de barrières exagérément hautes au processus de révision. L'Histoire dira s'ils ont eu raison.

### **Les textes constitutionnels chiliens et la mémoire : des rapports diamétralement opposés**

Après avoir examiné les rapports qu'entretiennent les deux Constitutions chiliennes avec l'histoire, il serait intéressant de voir maintenant la manière dont ces textes consacrent et nourrissent la mémoire collective. Un examen comparé des deux textes permet de constater que sur ce point, comme dans d'autres, ils apparaissent diamétralement opposés. Ces deux textes reflètent une mémoire très différente du peuple (A), de l'Etat (B) et des individus (C).

### **Les Constitutions chiliennes et la mémoire du peuple**

<sup>37</sup> Article 385.1 : il faut le parrainage de 10% des inscrits aux dernières listes électorales.

En tant que pacte social, toute Constitution cherche, d'une façon ou d'une autre, à définir le peuple. Pour ce faire, ces textes s'appuient bien souvent sur son histoire. Toutefois, dans la mesure où les rédacteurs ne sont ni historiennes ni historiens, ou en tous les cas ne rédigent pas une recherche historique, ils procèdent nécessairement à une sélection de cette histoire, et dès lors, ne reflètent qu'une **image parcellaire de l'histoire de ce peuple**. Cette vision subjective, que l'on peut qualifier de mémoire, peut être plus ou moins marquée selon les Constitutions et elle apparaît bien souvent dès le **préambule**. Ce texte, plus ou moins court, constitue un passage obligé de quasiment toutes les Constitutions puisqu'il permet d'indiquer « *d'où on vient, ce que l'on fait et ce que nous voulons faire* »<sup>38</sup>.

Cependant, dans le cas du Chili, il faut admettre qu'à première vue il n'existe pas une grande tradition du préambule. Certains pourraient même penser que la **Constitution de 1980** n'en dispose absolument pas. Pourtant, ce texte contient bel et bien un préambule, lequel ne se caractérise pas par son lyrisme, il faut bien le reconnaître. En effet, dans sa version d'origine, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1980 était précédé d'une courte phrase contenant les éléments suivants : « *Vu : Les dispositions des décrets lois n°1 et 128, de 1973 ; 527 et 788, de 1974 ; et 991, de 1976* ». Le choix d'une formule aussi lapidaire pourrait nous induire en erreur. Pourtant, ce préambule s'avère en réalité extrêmement révélateur. Il montre tout d'abord le ton martial et froid du régime, mais aussi et surtout son souci du rappel des règles et donc de l'ordre. **Le peuple chilien n'est pas mentionné, car il n'est pas vu comme premier**. Ce qui est primordial est la recherche de l'ordre. L'ordre vient avant le peuple, avant sa participation, avant même sa volonté. Avec la réforme de 2005, il fut modifié mais sans que pour autant le texte en devienne plus poétique. Seules les dates et références furent changées afin d'acter la « refonte » du texte constitutionnel et ainsi effacer les références à des textes adoptés sous la période dictatoriale. Cet effacement des dates apparaît finalement très révélateur de la manière dont a été opérée la transition démocratique chilienne, c'est-à-dire à travers un maintien du legs de la dictature mais un retrait de ses mentions.

**Le préambule de la proposition de nouvelle Constitution**, quant à lui, n'offre pas non plus à première vue énormément de matière. Dans sa version finale, le texte ne contient qu'un **court paragraphe** qui est le suivant : « *Nous, le peuple du Chili, formé par diverses nations, nous octroyons librement cette Constitution, établie par un processus participatif, paritaire et démocratique* ». Ce texte ne semble pas nous apprendre grand-chose, et pourtant son histoire et son analyse comparée avec le préambule actuel permettent de tirer un certain nombre d'enseignements. En effet, ce préambule a une histoire relativement intéressante. L'Assemblée constituante a fait le choix délibéré de s'atteler à la rédaction du préambule à la fin de son mandat, une fois tous les articles adoptés. La rédaction fut confiée à un groupe de 15 personnes (donc environ 1/10<sup>e</sup> des membres de la Convention), réuni en une commission. Les travaux débutèrent le 9 mai 2022 et très rapidement des propositions de rédaction furent formulées et discutées. Une, l'initiative 604-2<sup>39</sup>, faisait un retour sur l'histoire du pays, en revenant sur ses origines, notamment son indépendance et proposait une lecture insistant sur l'exclusion de certaines personnes (femmes, travailleurs, peuples originaires) des décisions collectives. Après des débats, la Commission s'est accordée sur un texte plus long que celui qui existe actuellement. Le début est le même mais il était suivi de 3 autres paragraphes, dont le second qui évoquait « *les douleurs du passé* »<sup>40</sup>. Ce fut précisément ce paragraphe qui fut le plus débattu. Certains voulaient y ajouter « *les injustices et demandes historiques avec la force de la jeunesse* », pour ainsi faire

<sup>38</sup> Claudio Fuente S. et Domingo Lovera Parmo, « El preámbulo de la Constitución », 22 janvier 2021, URL : <https://www.ciperchile.cl/2021/01/22/el-preambulo-de-la-constitucion/> (consultée le 22 août 2022).

<sup>39</sup> *Informe de la Comisión de Preámbulo*, 30 mai 2022, p. 5.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 14.

référence au mouvement social d'octobre 2019 qui a provoqué le déclenchement du processus constituant. Les membres les plus conservateurs s'opposaient à une telle mention. Finalement, ce texte de 4 paragraphes, ne mentionnant pas le mouvement d'octobre 2019, fut soumis au vote de l'assemblée plénière, mais en sachant que le vote porterait sur chaque paragraphe séparément et qu'il faudrait à chaque fois réunir les 2/3 des membres de la Convention pour l'adoption de chacun d'entre eux. Seul le 1<sup>er</sup> a obtenu la majorité suffisante (107 voix pour). Le 2<sup>e</sup> paragraphe, qui évoquait les « *douleurs du passé* » a obtenu le moins de vote : 77 voix seulement<sup>41</sup>.

Malgré sa brièveté, plusieurs enseignements peuvent être tirés de ce **préambule « moignon »**. D'une part, il permet de rappeler la **mémoire, non pas lointaine, mais immédiate des rédactrices et rédacteurs**, en évoquant précisément la Convention constitutionnelle. Si jamais le texte était adopté, il est possible d'ailleurs, que du fait de l'originalité du processus, la composition de cette Convention devienne l'élément qui demeurera au cœur de la mémoire collective et que cette Convention soit perçue comme la véritable incarnation du peuple, de par sa composition si particulière. D'autre part, en insistant sur la composition du peuple, et en évoquant ses diverses nations, ce préambule opère dès les premières lignes un changement radical de perspective par rapport à la Constitution de 1980. **Il ne s'agit plus de nier ce peuple, ou de le mettre en second plan, mais de l'invoquer immédiatement en lui donnant corps**. Ce peuple n'est pas simplement un ensemble indifférencié ou uniformisé d'individus, mais un assemblage de nations qui cette fois-ci nous ramène à une **mémoire bien plus lointaine, à une histoire précolombienne, mais aussi coloniale de ce peuple**. Ainsi, en dépit de son dépouillement, ce préambule arrive malgré tout à nourrir une mémoire bien plus riche et plus dense que le préambule de la Constitution actuelle.

Si l'on s'intéresse cette fois-ci au reste des textes constitutionnels, on voit que les mémoires explicitement ou implicitement contenues dans les préambules se retrouve dans la suite de ces textes. Fidèle à elle-même, la Constitution de 1980, ne mentionne que très peu les éléments d'identification de ce peuple (sachant qu'il n'est mentionné qu'à trois reprises dans les dispositions constitutionnelles). Les **emblèmes nationaux** sont évoqués quant à eux dès l'article 2, qui mentionne le drapeau, le blason et l'hymne national. La proposition de nouvelle Constitution reprend ce même article en le plaçant à l'article 13 et en le complétant d'un alinéa tout aussi significatif : « *L'État reconnaît les symboles et emblèmes des peuples et des nations autochtones* ». De fait, cette Constitution n'aura de cesse de rappeler **l'existence et le rôle des peuples originaires** : leur liste est mentionnée à l'article 5, leurs langues sont reconnues comme officielles à l'article 12, leur protection est établie à l'article 153, etc. Alors que la Constitution de 1980 a essayé d'effacer leur existence de la mémoire collective, **la proposition de nouvelle Constitution essaye au contraire de sauvegarder leur mémoire** et leur redonne toute leur place au sein du peuple du Chili. De même, il est intéressant de noter que cette proposition de Constitution, a également tenu à rappeler le rôle d'un autre groupe de personnes que la dictature avait essayé de faire oublier : **les exilés politiques**. En effet, du fait de la dictature, de nombreuses Chiliennes et de nombreux Chiliens ont fait le choix de l'exil. Certains sont revenus au Chili, d'autres sont restés sur leur territoire d'accueil. Pour autant, la proposition de nouvelle Constitution ne les oublie pas et précise à l'article 118 que : « *Les personnes chiliennes qui se trouvent à l'étranger font partie de la communauté politique du pays.* »

### Les Constitutions chiliennes et la mémoire de l'État

<sup>41</sup> <https://www.ciperchile.cl/2022/06/24/%F0%9F%A4%96-preambulo-el-minimo-comun/>

Après avoir défini le peuple et lui avoir redonné sa mémoire, la proposition de nouvelle Constitution s'attèle à une autre question, encore plus ambitieuse : la mémoire de l'État. **En effet, une chose est de reconnaître et d'évoquer les douleurs du passé et l'histoire sombre d'un peuple. Une autre est celle de considérer que l'État lui-même doit endosser une responsabilité dans les actes commis et assumer cette mémoire.** Or, précisément, la proposition de nouvelle Constitution conduit, de manière indirecte, à **faire de l'État le récipiendaire de cette mémoire**, lequel a pour obligation **de ne plus réitérer les violations commises**. Il doit donc attester de cette histoire, et s'assurer que cette mémoire demeure dans le passé.

Cette exigence de non-réitération apparaît à plusieurs endroits dans le texte. L'article 24 par exemple affirme, dans son premier alinéa, que « *Les victimes et la communauté ont le droit à la clarification et à la connaissance de la vérité concernant les violations graves des droits de l'homme, en particulier lorsqu'elles constituent des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, des génocides ou des dépossessions territoriales* ». Dès lors, l'État se trouve dans l'obligation de faire face à cette mémoire (aussi bien dictatoriale que coloniale) et de la révéler au grand jour. Cet article poursuit en confiant à l'État l'obligation de « *prévenir, d'enquêter, de sanctionner et d'empêcher l'impunité. Ces crimes doivent faire l'objet d'une enquête d'office, avec diligence, sérieux, rapidité, indépendance et impartialité. L'enquête sur ces faits ne peut faire l'objet d'aucune entrave.* » Plus spécialement concernant les crimes de la dictature, l'article 22 insiste sur les disparitions forcées, qui ont été la marque de fabrique du régime d'Augusto Pinochet. Il consacre que « *Nul ne peut être soumis à une disparition forcée. Toute victime a le droit d'être recherchée et l'État mettra à disposition tous les moyens nécessaires à cette fin* ». Cette même référence à la dictature se retrouve en filigrane dans l'article 110, dont l'alinéa 3 affirme que « *Nul ne peut être arrêté ou détenu, mis en détention provisoire ou incarcéré, si ce n'est à son domicile ou dans les lieux publics prévus à cet effet. L'admission est consignée dans un registre public* ». En insistant sur la nécessité d'un registre public des personnes arrêtées ou détenues, la proposition de nouvelle Constitution veut éviter toute disparition forcée, même d'une ampleur plus limitée.

Cette même construction de la mémoire de l'État se retrouve dans d'autres mécanismes de non-réitération concernant d'autres violations des droits commises par l'État chilien sous la dictature. On pense en particulier aux personnes exilées de force. L'article 23 interdit les exils forcés, en affirmant qu'« *Aucune personne résidant au Chili et remplissant les conditions établies dans la présente Constitution et les lois ne pourra être bannie, exilée, reléguée ou soumise à un déplacement forcé* ». De même, l'article 115 consacre le droit inconditionnel pour les nationaux chiliens « *de résider sur le territoire chilien et d'y retourner* ».

Dans ce même objectif, qui est celui de maintenir la mémoire de l'État, la proposition de nouvelle Constitution dispose de deux articles particulièrement intéressants relatifs à **l'amnistie**, qui est une forme juridiciée d'effacement de la mémoire. Si ce pouvoir d'amnistier est reconnu au législateur (art. 264.h), l'alinéa 2 de l'article 24 précise clairement que certaines amnisties sont interdites, en particulier celles concernant « *La disparition forcée, la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et le crime d'agression* ».

La proposition recèle de nombreuses autres références implicites au coup d'État militaire, afin d'éviter toute répétition de l'histoire. Celles-ci sont si nombreuses qu'il apparaît difficile de toutes les citer. Néanmoins, deux d'entre elles doivent être absolument mentionnées tant elles visent le cœur même des outils utilisés par la Junte militaire pour s'accaparer le pouvoir. La première porte sur l'organisation même des Forces Armées. L'article 298 est à cet égard particulièrement évocateur lorsqu'il affirme que « *La disposition, l'organisation et les critères de*

*répartition des Forces Armées seront établis par la Politique de Défense Nationale et la Politique Militaire. La loi encadrera l'entrée en vigueur, la portée et les mécanismes d'élaboration et d'approbation de ces politiques, qui devront intégrer les principes de coopération internationale, d'égalité de genre et d'interculturalité, ainsi que le plein respect du droit international et des droits fondamentaux* ». L'article suivant quant à lui, poursuit la soumission de l'armée, et le refus de toute nouvelle prise de pouvoir par ses membres lorsqu'il affirme à son 4<sup>e</sup> alinéa que les Forces Armées sont « *des institutions professionnelles, hiérarchisées, disciplinées, obéissantes et non délibératives* ».

La seconde référence implicite à la dictature d'Augusto Pinochet est contenue dans les règles venant encadrer les états d'exception constitutionnelle. En effet, le coup d'État s'était immédiatement traduit en droit par le déclenchement d'un état d'exception. Alors même que le Chili ne se trouvait pas en guerre contre un État étranger et qu'il n'y avait pas d'insurrection armée, la Junte militaire a instauré l'état de siège, dans tout le pays, dès le 11 septembre 1973<sup>42</sup>. Cet état de siège étant très critiqué au niveau international, la Junte militaire a pris l'habitude à partir de 1974, et tous les ans, aux alentours du mois de septembre (pour anticiper l'Assemblée générale de l'ONU), de modifier par décret-loi les larges pouvoirs prévus dans ces états d'exceptions. La stratégie fut alors de créer de nouveaux états d'exception, qui apparaissaient comme étant de rang inférieur, mais qui en réalité ne l'étaient pas. Ces différents états d'exception ont servi d'inspiration pour la Constitution de 1980, dont certains furent repris dans le texte. Cette Constitution consacre, tout du moins dans sa version initiale, des régimes d'exception particulièrement liberticides et qui conduisent, dès leur déclenchement à confier le contrôle complet de l'ordre public dans les zones concernées à des chefs militaires<sup>43</sup>. Afin de mettre fin à cette mainmise militaire lors du déclenchement des régimes d'exception, la proposition de nouvelle Constitution propose une série de mesures qui opèrent une véritable révolution dans ce domaine. En particulier, il convient de citer ici l'alinéa 3 de l'article 302 qui affirme qu'« *Une fois l'état de catastrophe déclaré, les zones concernées seront placées sous le contrôle immédiat de la ou du chef de l'état d'exception, qui devra être une autorité civile désignée par la Présidente ou le Président de la République. Cette autorité assumera la direction et la supervision de ces zones avec les attributions et les devoirs établis par la loi* ». Par ailleurs, l'alinéa 4 de l'article 303 insiste sur le fait que « *Les Forces Armées et les corps de police devront se conformer strictement aux ordres de la ou du chef de l'état d'exception en charge* ». Enfin, pour éviter l'impunité qui entourait les mesures adoptées durant les états d'exception constitutionnelle, l'article 306 les place sous le contrôle du pouvoir judiciaire, lequel pourra les apprécier aussi bien sur le fond que sur la forme.

A travers ces divers exemples, on peut alors affirmer que **la proposition de nouvelle Constitution fait œuvre de mémoire**, en cherchant non pas uniquement à rappeler les crimes passés, mais en veillant, d'une part à contraindre l'Etat à admettre l'existence de ces crimes que la Constitution actuelle ne reconnaît absolument pas, et, d'autre part, en l'obligeant à adopter les mesures permettant d'éviter leur réitération.

### **Les Constitutions chiliennes et la mémoire des individus**

Enfin, la dernière facette de la mémoire qu'il convient d'évoquer est celle que la proposition de nouvelle Constitution reconnaît au nom des individus. En effet, l'article 24, alinéa 5 affirme que « *L'Etat garantit le droit à la mémoire et ses liens avec les garanties de non répétition et les droits à la vérité, à la justice et à la réparation intégrale. Il est du devoir de l'Etat de préserver la mémoire et de garantir l'accès aux archives et aux documents, dans leurs différents formats et contenus. Les lieux de*

<sup>42</sup> Décret-loi n°3 du 11 septembre 1973, *Diario Oficial*, 18 septembre 1973.

<sup>43</sup> Pour plus de détails, voir : Carolina Cerda-Guzman, « Histoire, continuité et actualité des régimes d'exception au Chili », *Cultures & Conflits*, 2018/4, n°112, p. 75-92.

*mémoire et les mémoriaux font l'objet d'une protection spéciale et leur préservation et leur pérennité sont assurées* ». Si à première vue, cet article pourrait être placé parmi les articles relatifs à la non-répétition, tels qu'évoqués précédemment, il convient en réalité de lui accorder une place à part, car ici la singularité de l'article ne réside pas dans l'obligation de révélation de la vérité, qui était déjà contenue dans l'alinéa 1 de ce même article (déjà cité auparavant), mais dans le fait qu'ici, **chaque individu possède un droit propre à la mémoire**. L'Etat n'a pas uniquement ici pour obligation de coopérer dans la découverte de la vérité, et de se confronter à sa propre mémoire, mais il doit également reconnaître et honorer la mémoire de chacun des individus, dont les droits ont été violés. En précisant, en particulier, que les lieux de mémoire et les mémoriaux doivent faire l'objet d'une protection spéciale, cet alinéa insiste sur l'importance de la mémoire et sur sa visibilité pour non seulement contraindre l'État à faire face à ses propres actes, mais aussi et surtout à respecter celle de chacune des victimes. A cet égard, cet article doit être mis en lien avec l'une des attributions confiée à la Défenseure ou au Défenseur du peuple qui consiste en la sauvegarde et la conservation des dossiers recueillis par les commissions de vérité, justice, réparation et garanties de non-répétition (article 124.2.g).

En définitive, l'examen comparé de ces deux textes nous permet de voir à quel point les Constitutions peuvent avoir des portées et des ambitions extrêmement différentes si on les examine au prisme de l'histoire et de la mémoire. Il paraît indéniable que, dans le cas chilien, les deux textes constitutionnels apparaissent profondément marqués par les conditions qui ont entouré leur naissance. Si ce contexte a marqué sur le long terme la Constitution de 1980, il apparaît encore difficile de savoir ce qu'il adviendra de la proposition de nouvelle Constitution. En cas de victoire du oui, lors du référendum du 4 septembre 2022, il est fort probable que ce texte ne soit adopté que grâce à une courte majorité car les conditions politiques de sa naissance ne permettent pas encore de parvenir à une unanimité autour du texte. Dès lors, il fera très rapidement l'objet d'une révision, faisant ainsi douter de sa pérennité. En cas de victoire du non, ce texte ne verra alors jamais le jour. Le Chili demeurera encore sous l'empire de la Constitution amnésique de 1980. Toutefois, dans la mesure où le peuple chilien a le 25 octobre 2020 exprimé dans une très forte majorité sa volonté de changer de Constitution, un nouveau processus de rédaction d'une Constitution devra être imaginé. Ainsi, à première vue, il semblerait que l'avenir de ce texte, quelle que soit l'issue du référendum, soit mis en question. Pour autant, l'auteur de ses lignes croit profondément que cette proposition de nouvelle Constitution ne sera pas oubliée. Comme elle a fait œuvre de mémoire, elle restera quoi qu'il advienne dans celle du pays et dans celle de la communauté constitutionnaliste internationale. Même si elle est révisée ou même si elle est abandonnée, son contenu si innovant demeurera une référence si ce n'est pour le peuple chilien, au moins pour les prochaines constitutions mondiales à venir.

# CONSTITUTION, HISTOIRE ET MÉMOIRE

## COLOMBIE

German Alfonso LOPEZ DAZA<sup>1</sup>

### INTRODUCTION

#### 1. ANTÉCÉDENTS DE LA CONSTITUTION POLITIQUE DE 1991

##### 1.1. LES CONSTITUTIONS DU XIXE SIECLE

##### 1.2. CRISE DE LA CONSTITUTION DE 1886

#### 2. LA NOUVELLE CONSTITUTION COMME RÉSULTAT DU PASSÉ

##### 2.1 VIOLENCE, NARCOTRAFIC ET VIOLATION DES DROITS FONDAMENTAUX: CONTEXTE HISTORIQUE DE LA NAISSANCE DE LA CHARTE DE 1991

##### 2.2. LA MOBILISATION DES ETUDIANTS ET LA ASAMBLEE NATIONALE CONSTITUANT.

#### 3. SIGNIFICATION DES ÉNONCÉS CONSTITUTIONNELS

##### 3.1. LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION

##### 3.2. LES DROITS FONDAMENTAUX ET SOCIAUX COMME FRUIT DES DEMANDES SOCIALES

##### 3.3. LE DROIT A LA MEMOIRE HISTORIQUE CREEE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

#### 4. TROIS DÉCENNIES D'HISTOIRE CONSTITUTIONNEL

##### 4.1. LE ROLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE DEVELOPPEMENT DE LA CHARTE DE 1991.

##### 4.2. LA CONSTITUTION COMME SOURCE DE NORMATIVITE

### CONCLUSIONS

### RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

---

<sup>1</sup> Professeur-chercheur de l'Université Surcolombiana (Colombie).

## INTRODUCTION

La mémoire est essentielle pour préserver notre identité car elle nous permet de nous rappeler d'où nous venons, qui nous sommes et comment notre peuple a évolué.

En ce sens, le thème central de la Table Ronde revêt une importance transcendante puisqu'il permet d'explorer le passé constitutionnel pour comprendre le présent et projeter l'avenir.

Mémoire et histoire fonctionnent dans deux registres radicalement différents, même s'il est clair que l'une et l'autre entretiennent des relations étroites et que l'histoire naît de la mémoire.

La mémoire est le souvenir d'un passé vécu ou imaginé. Elle est toujours un phénomène collectif, même si elle est vécue psychologiquement comme un individu.

Au contraire, l'histoire est une construction toujours problématique et incomplète de ce qui a cessé d'exister, mais a laissé des traces. A partir de ces traces, l'historien tente de reconstituer ce qui a pu se passer et surtout d'intégrer ces événements dans un ensemble explicatif.

La mémoire dépend de la narration de la personne. L'histoire, quant à elle, est une opération purement intellectuelle, profane, qui nécessite une analyse critique et un discours. L'histoire demeure; la mémoire va trop vite. L'histoire rassemble; la mémoire divise

L'histoire est la reconstruction, toujours problématique et incomplète, de ce qui n'est plus. La mémoire est un phénomène, un lien agit toujours vécu dans l'éternel présent; l'histoire, une représentation, du passé.

En ce sens, aborder l'histoire et la mémoire dans une perspective constitutionnelle permet d'expliquer les régulations supérieures dans leur contexte, d'expliquer les institutions, les normes et les droits, ainsi que d'établir les incohérences et les défis.

Dans le cas de l'actuelle Constitution politique colombienne de 1991 son étude peut être abordée dans une perspective historique pour expliquer son essence, les problématiques et ses projections.



## 1. ANTÉCÉDENTS DE LA CONSTITUTION POLITIQUE DE 1991

La bataille d'indépendance avec l'Espagne en 1819 a donné à la Colombie la liberté de commencer son organisation politique et sociale avec de nouvelles institutions sous un régime présidentiel avec des institutions représentatives.

Les affrontements internes et les luttes entre pouvoirs locaux ont donné lieu à des changements constitutionnels successifs et donc à une instabilité politique. Cela explique pourquoi la Colombie a eu huit constitutions en 80 ans au XIXe siècle. Après l'indépendance ont été approuvées les constitutions de 1821, 1830, 1831, 1843, 1853, 1858, 1863 et 1886.

Ils ont été écrits au milieu des affrontements entre les partis nés des idées du Libérateur Simón Bolívar (Bolivariens) et du héros de l'Indépendance Francisco de Paula Santander.

Ces constitutions ont été un exemple très clair des tendances dans la organisation du pouvoir public : d'un côté un centralisme très fort avec une concentration des pouvoirs et un fédéralisme avec autonomie des régions.

La Charte actuelle de 1991 avait une genèse et un scénario très particuliers qui ont abouti à un nouveau pacte social beaucoup plus inclusif, avec des règles programmatiques et une liste généreuse de droits et libertés jamais vue auparavant.

Ensuite, ces constitutions seront présentées succinctement.

### 1.1. LES CONSTITUTIONS DU XIX SIÈCLE

#### 1.1.1. *La Constitution de Cúcuta (1821)*

La bataille du Puente de Boyacá le 7 août 1819 a consolidé l'indépendance du territoire de la vice-royauté de la Nouvelle-Grenade. Après cette bataille, la première Constitution du nouvel État fut approuvée le 30 août 1821.

La constitution de 1821, également connue sous le nom de constitution de Cúcuta, avait pour objet la création de la Grande Colombie par l'unification de la Colombie, du Panama et du Venezuela dans laquelle Simon Bolivar a été ratifié comme président de la République et Francisco Francisco comme vice-président. Paula Santander.

Cette charte politique n'était en vigueur que pendant 9 ans jusqu'à la dissolution de cette grande nation en 1830.

#### 1.1.2. *La Constitution de la Grande Colombie (1830)*

C'était une constitution de caractère modéré créée dans le but de sauver le projet Gran Colombia.

C'était une constitution de caractère modéré créée dans le but de sauver le projet Gran Colombia. Elle était plus courte et plus libérale que la constitution de Cúcuta. C'était la réponse tardive à la proposition fédérale. Sa durée a été courte car le mois après son approbation, le Venezuela et l'Équateur ont déclaré leur indépendance de la Colombie.

#### *1.1.3. La Constitution de la Nouvelle-Grenade (1831)*

La Constitution politique de la Nouvelle-Grenade de 1831 ou Constitution Neogranadina était la Charte politique qui régissait la vie constitutionnelle de l'État de la Nouvelle-Grenade après la dissolution de la Grande Colombie le 21 novembre 1831. Elle est restée en vigueur de 1832 à 1843, date à laquelle elle a été abrogée par la Constitution de 1843.

Les principes fondamentaux de la constitution reposaient sur le système républicain, populaire, représentatif, électif, alternatif et responsable, sous un État unitaire et décentralisé.

#### *1.1.4. La Constitution de la république de la Nouvelle Grenade (1843)*

La Constitution politique de la République de la Nouvelle-Grenade de 1843 ou Constitution Neogranadina de 1843 a régi la vie constitutionnelle de la République de la Nouvelle-Grenade de 1843 à 1853 lorsqu'elle a été abrogée par la Constitution de 1853.

Cette Constitution a renforcé le régime centralisateur en élargissant le pouvoir du Président et en supprimant une grande partie de l'autonomie des provinces. Elle était centralisatrice, conservatrice, avec des liens directs avec la religion catholique et avec un fort pouvoir présidentiel. Le suffrage universel a été supprimé en décrétant que seuls les hommes âgés de plus de 21 ans, possédant des biens et sachant lire et écrire avaient le droit de l'exercer.

#### *1.1.5. Constitution de la république de la Nouvelle Grenade (1853)*

Compte tenu du fait que la Charte politique de 1843 ne satisfaisait ni les vœux ni les besoins de la Nation, elle fut modifiée par la Constitution de 1853 (le 20 mai).

Le Congrès colombien a rédigé ce nouveau texte -avec seulement 64 articles-, en préservant le nom de la république et d'autres éléments du système présidentiel.

Sous cette constitution, le projet libéral et fédéraliste a été renforcé, le processus de séparation entre l'Église et l'État a commencé, le mariage civil et le divorce sont devenus viables, l'esclavage a été aboli et un élan a été donné à la reconnaissance des droits et libertés individuels.

#### *1.1.3. Constitution de la confédération grenadine (1858)*

La Constitution politique de la Confédération Grenadine a gouverné de 1858 à 1863 lorsqu'elle a été abrogée par la Constitution de 1863. Cette constitution a

marqué la naissance du fédéralisme dans le pays, en changeant le nom de la République de la Nouvelle-Grenade en Confédération Grenadine.

Cette constitution a établi un système fédéral avec huit États, qui ont reçu de larges pouvoirs, y compris la capacité de légiférer et d'élire leur président (précédemment nommé par le gouvernement central).

#### *1.1.6. La Constitution des États-Unis de Colombie (1863)*

Cette Charte politique marqua un pas important vers la consolidation du fédéralisme qui avait dessiné ses premières traces avec la Constitution de 1853. Le nom de « République de la Nouvelle-Grenade » fut changé en « États-Unis de Colombie ».

La tri-division des pouvoirs a été ratifiée avec un exécutif dirigé par le président de la Fédération élu pour deux ans avec des présidents des États fédérés qui avaient un mandat de quatre ans

Le renforcement du fédéralisme a créé une rivalité avec le pouvoir central et la naissance d'une méfiance entre le pouvoir central et les États souverains, ce qui a suscité un nouvel ordre centralisateur à partir des années 1880 qui a finalement abouti à la promulgation de la Constitution à partir de 1886.

#### *1.1.7. La Constitution de Colombie (1886)*

Cette constitution fut approuvée le 5 août 1886, remplaçant celle de 1863. La philosophie politique du conservatisme a été incluse comme idéologie directrice.

La Colombie est passée d'un état laïque à un état confessionnel, en considérant la foi catholique comme religion officielle. Il a établi la période présidentielle en six ans et a remplacé le système fédéral en ayant établi les départements comme une forme d'administration territoriale du pays.

En ce qui concerne l'organisation politique, la Constitution prévoyait l'existence d'un État unitaire fort, la création d'un système présidentiel et un pouvoir exécutif prédominant sur les autres organes.

Dans les 105 ans de validité, la Constitution a comporté 74 réformes qui ont permis d'ajuster des aspects essentiels et structurels tels que la séparation du Panama, le vote et la citoyenneté des femmes, le front national, les modifications du mandat présidentiel, la décentralisation administrative, entre autres.

En conclusion, les constitutions politiques du XIXe siècle répondaient à une logique d'imposition d'un parti sur un autre et de division entre les partisans des idées libérales (séparation Église-État, fédéralisme, libertés individuelles, etc.) et ceux qui défendent la centralisation politique, la reconnaissance de l'Église catholique comme officielle et la gestion de l'État de manière quasi dictatoriale.

## **1.2. CRISE DE LA CONSTITUTION DE 1886**

Le climat d'exclusion politique vécu après les indépendances au XIXe siècle a été le contexte dans lequel les constitutions du XIXe siècle ont été approuvées. Ils ont été le cadre idéal pour la naissance de plusieurs guerres fratricides qui ont conduit le pays à des divisions internes qui se sont développées au cours du XXe siècle et existent toujours au XXIe siècle.

La Constitution politique de 1886 a été appliquée dans un contexte de violence entre les partis libéraux et conservateurs. Les colombiens ont fait face à plusieurs guerres civiles au cours de son mandat, comme celle de 1895 et la guerre des Mille jours (17 octobre 1899 – 21 novembre 1902).

Cette guerre a laissé comme conséquence des milliers de blessés, un pays arriéré et pauvre et pratiquement ruiné. Cette situation provoqua la séparation du Panama en 1903 avec le soutien des États-Unis d'Amérique.

Au cours des 4 premières décennies du XXe siècle, les partis libéraux et conservateurs ont poursuivi la confrontation idéologique initiale qui s'est ensuite radicalisée, générant la période connue sous le nom de "La Violencia". Sous cette période, l'assassinat du leader libéral et caudillo Jorge Eliecer Gaitán a eu lieu le 9 avril 1948.

Les actes de violence des deux côtés se sont intensifiés avec la montée au pouvoir des gouvernements conservateurs de Mariano Ospina Pérez (1946-1950) et plus tard de Laureano Gómez (1950-1951).

Au milieu de cette scène de sang et de violence et en l'absence du président sortant Laureano Gómez, le général Gustavo Rojas Pinilla prend pacifiquement le pouvoir le 13 juin 1953. Le putschiste reste à la présidence jusqu'au 13 mai 1957.

Les dirigeants du parti libéral Alberto Lleras Camargo et le conservateur Laureano Gómez se sont rencontrés en Espagne pour signer un pacte d'alternance gouvernementale de seize ans entre les partis libéral et conservateur comme solution à la violence bipartite qui a donné naissance au soi-disant Front national.

Le 1er décembre 1957, par un plébiscite populaire, le peuple entérine cet accord, reconnaissant également le droit de vote aux femmes.

Après l'accord interpartisan, les élections présidentielles ont eu lieu en mai 1958. Bien que la violence bipartite ait ostensiblement diminué, les problèmes économiques et sociaux ont persisté. De plus, avec cet accord d'alternance du pouvoir, un système fermé de démocratie est né, ce qui signifiait que d'autres forces politiques et idéologies ne pouvaient pas surgir et participer au pouvoir.

Cette exclusion a produit la naissance de groupes de guérilla qui étaient dans le même courant idéologique que les mouvements de guérilla latino-américains de gauche et des groupes qui cherchaient des justifications sociales et trouvaient dans l'exemple cubain une voie pour leurs plans de changement.

C'est ainsi que les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) sont apparues en 1964, l'Armée de libération nationale (ELN) en 1965, l'Armée de libération populaire (EPL) en 1967 et le Mouvement du 19 avril en 1973 (M-19) .

Ce scénario violent et conflictuel s'inscrit dans le contexte de la naissance du mouvement citoyen nommé « Septima papeleta » et de l'élection d'une Assemblée Nationale Constituante qui rédigerait la nouvelle Constitution de 1991.

## **2. LA NOUVELLE CONSTITUTION COMME RÉSULTAT DU PASSÉ**

### **2.1 VIOLENCE, NARCOTRAFIC ET VIOLATION DES DROITS FONDAMENTAUX: CONTEXTE HISTORIQUE DE LA NAISSANCE DE LA CHARTE DE 1991**

Dans les années 1980, la Colombie a vécu un contexte de violence résultant de divers facteurs tels que la guérilla, le trafic de drogue et le paramilitarisme, en plus d'une scène politique fermée avec de multiples problèmes de corruption.

L'un des épisodes qui a laissé de profondes cicatrices dans l'histoire du pays est la prise du Palais de justice les 6 et 7 novembre 1985 par les guérilleros du M-19 dans la ville de Bogotá.

Le but de cette action violente était de juger le président Belisario Betancour parce que l'armée nationale avait rompu un cessez-le-feu, après que le gouvernement de Belisario Betancur n'avait pas respecté les accords signés avec ce groupe le 24 août 1984.

La guérilla a enlevé environ 350 personnes, dont des magistrats de la Cour suprême de justice, des conseillers d'État, des auxiliaires de justice, des employés et des visiteurs.

Cet épisode a endeuillé la démocratie et les institutions du pays, entraînant la mort par tirs croisés de 98 personnes, dont 11 magistrats de la Cour suprême de justice dirigée par son président Alfonso Reyes Echandía, ainsi que 11 personnes portées disparues.

Le trafic de drogue a également marqué cette époque violente avec l'essor des cultures de marijuana et le début des empires des trafiquants de drogue initialement dans les années 70. Cette affaire a commencé de manière timide et cachée au sein de familles bien connues sous le regard complaisant des autorités policières.

À partir des années 1980, l'activité s'est réorientée vers la cocaïne, qui est beaucoup plus addictive et dont les marges bénéficiaires sont bien supérieures à celles de la marijuana.

Cette activité lucrative a donné naissance aux premiers groupes de trafiquants de drogue dirigés par Pablo Escobar Gaviria. Presque toute la société

colombienne était imprégnée de leurs affaires illicites et favorisait en quelque sorte l'économie interne. De cette façon, l'argent du trafic de drogue a été abondamment investi dans le football, les concours de beauté, l'industrie, le commerce, les projets philanthropiques et, bien sûr, la politique.

En raison de la lutte frontale contre le trafic de drogue, le ministre de la Justice Rodrigo Lara est assassiné le 30 avril 1984. Des années plus tard, en 1989, le candidat à la présidence Luis Carlos Galán tombe sous les balles des assassins.

1989 a été l'année avec le plus d'actions terroristes du cartel de Medellín. De toute la longue liste d'actes criminels commis, il y en a deux qui ont généré un grand impact en raison de l'ampleur des conséquences : la bombe sur l'avion de la compagnie aérienne Avianca et l'attentat dans le centre de Bogotá qui a frappé le bâtiment du Département du Renseignement et de la Sécurité (DAS).

D'autres assassinats de personnalités de la vie politique ont eu un fort impact, comme l'homicide de Bernardo Jaramillo Ossa, candidat à la présidence du parti de gauche Unión Patriótica (UP) le 22 mars 1990, et l'attentat contre Carlos Pizarro León-Gómez le 22 avril 1990, ancien guérillero démobilisé et candidat présidentiel du parti Alianza Democrática M-19.

La montée du trafic de drogue en tant qu'activité illégale et l'expansion de la violence de la guérilla ont été les facteurs qui ont conduit à la naissance de groupes d'autodéfenses à la fin du XXe siècle et au début du XXIe.

Dans ce contexte, est né le mouvement citoyen qui a influencé le changement constitutionnel et laissé la marque la plus importante : la Constitution de 1991.

## **2.2. LA MOBILISATION DES ETUDIANTS ET L'ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE**

Les facteurs de violence, la crise des partis traditionnels et la perte de prestige de la classe politique ont été le mélange parfait qui a généré le mouvement étudiant qui a déclenché la proposition de changement constitutionnel.

L'agitation populaire repose sur la dégénérescence de la politique ainsi que sur des pratiques qui conduisent au clientélisme, au tourisme parlementaire, au vol d'argent pour les régions, à l'immunité parlementaire et, de manière générale, au manque d'indépendance du Congrès face à un Exécutif élargi avec pouvoirs et peu de contrôle.

La violence, la crise des partis traditionnels et la perte de prestige des parlementaires ont été les facteurs dont le mouvement étudiant a profité pour proposer un changement constitutionnel.

Le clientélisme, le tourisme parlementaire, le détournement des ressources publiques, l'immunité parlementaire et, en général, le manque d'indépendance du Congrès vis-à-vis de l'exécutif, étaient des facteurs qui ont causé mécontentement dans la population.

Les étudiants ont créé une proposition entre août et octobre 1989 qui a reçu un soutien national. Ils ont réussi à recueillir des signatures citoyennes et à formaliser des alliances avec certains candidats à la présidence.

Le 22 octobre 1989, le pays a pris connaissance de la proposition nommée « Septima papeleta » qui consistait à se prononcer comme constituant primaire aux élections de 1990, introduisant un septième bulletin aux urnes pour appuyer la convocation d'une assemblée constituante (il y en avait six autres pour les élections des membres du Sénat, de la Chambre des Représentants, de l'Assemblée départementale, du Conseil Municipal, des Maires, et de la Junta Administradora Local – une institution locale qui exerce des fonctions administratives et de contrôle).

Même si le vote pour la constituante était symbolique, la participation de la population a été très significative.

Cette consultation populaire n'était pas prévue dans la Constitution de 1886. Cependant, le processus s'est poursuivi avec le soutien de près de 2 millions de voix qui, bien qu'elles n'aient pas été officiellement comptabilisées par l'Organisation électorale, ont été légalisées par le gouvernement du Président de la République.

La volonté du peuple en tant que Pouvoir constituant originaire a rendu possible le début du processus constituant et l'élection de l'Assemblée nationale constituante. Cet appel a été approuvé par la Cour suprême de justice.

Lors des élections présidentielles de 1990, le candidat César Gaviria Trujillo est élu président de la république. Le même jour, le peuple a approuvé par un OUI l'élection d'une assemblée constituante.

Une fois le nouveau président assermenté, l'élection des membres de l'assemblée est convoquée, sa durée, ses thèmes et son mode d'intégration sont définis : 70 membres et deux autres quotas pour les guérillas incluses dans le processus de paix.

Lors d'une journée démocratique, les 70 membres ont été élus au suffrage universel. Ils se sont réunis pendant cinq mois et ont parcouru tout le pays pour recueillir les propositions de rédaction de la nouvelle constitution.

### **3. SIGNIFICATION DES ÉNONCÉS CONSTITUTIONNELS**

La Constitution de 1991 a marqué une étape importante dans l'histoire constitutionnelle colombienne, car elle a été approuvée dans un cadre démocratique et participatif, comprenant de nouveaux éléments tels qu'une large charte des droits fondamentaux, des droits sociaux et des droits collectifs. De même, il a consacré un préambule constitutionnel qui marque la direction dans laquelle la nation devrait aller, y compris une longue liste de valeurs constitutionnelles.

Parmi ses modifications figure l'inclusion du préambule en tant que texte qui encadre les objectifs constitutionnels.

### **3.1. LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION**

Il s'agit d'un texte court sans numérotation situé au début de la Constitution politique, qui présente une déclaration solennelle contenant un contenu axiologique et philosophique. Le préambule reflète les réalités historiques, politiques et même sociales d'un peuple à un moment donné.

Ce texte a un caractère solennel. Il consacre les finalités du constituant et exprime les valeurs vers lesquelles l'État colombien doit tendre.

Elle sert de « carte de navigation » à prendre en compte par les gouvernants. C'est-à-dire que les buts ou objectifs préceptés en font un texte de nature téléologique qui doit être rempli.

Dans plusieurs décisions judiciaires, la Cour constitutionnelle a précisé que le préambule a une valeur normative, c'est-à-dire qu'il a une applicabilité directe et contraignante comme toute norme constitutionnelle.

Le préambule dit :

**LE PEUPLE DE COLOMBIE,**

dans l'exercice de son pouvoir souverain, représenté par ses délégués à l'Assemblée nationale constituante, invoquant la protection de Dieu, et dans le but de renforcer l'unité de la Nation et d'assurer à ses membres la vie, la coexistence, le travail, la justice, l'égalité, le savoir, la liberté et de paix, dans un cadre légal, démocratique et participatif qui garantisse un ordre politique, économique et social équitable, et engagé à promouvoir l'intégration de la communauté latino-américaine, décrète, sanctionne et promulgue la suivant :

### **CONSTITUTION POLITIQUE**

Certaines caractéristiques sont déduites de ce préambule, comme la reconnaissance de la souveraineté du Peuple ou souveraineté populaire, qui implique la reconnaissance du pouvoir suprême à tous les Colombiens et le pouvoir de décider de leur organisation politique par des mécanismes démocratiques.

Elle contient huit valeurs constitutionnelles : la vie, la coexistence, le travail, la justice, l'égalité, la connaissance, la liberté et la paix.

Le contenu du préambule comprend également le principe de légalité et la validité de la loi. Le cadre juridique est essentiel pour le développement des valeurs constitutionnelles. Celles-ci ne doivent pas rester des fins lointaines et incertaines, mais doivent pouvoir être atteintes par l'action de l'État.



### **3.2. LES DROITS FONDAMENTAUX ET SOCIAUX COMME FRUIT DES REVENDICATIONS SOCIALES**

Les droits fondamentaux correspondent à l'État libéral classique, dont la fonction essentielle est de garantir la sécurité publique et vise à protéger une sphère d'autonomie individuelle associée à la liberté.

Dans le cas de la Colombie, l'inclusion d'une longue liste de droits dans la Constitution politique est le résultat d'années d'absence de protection de l'État.

Les revendications sociales transmises aux délégués de l'Assemblée constituante se sont traduites par un nombre important de nouveaux droits qui n'existaient pas dans la précédente Constitution de 1886.

Ainsi, une liste importante de droits fondamentaux, de droits sociaux et de droits collectifs (droits de 1<sup>ère</sup>, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> génération) sont inclus dans la nouvelle Constitution.

Compte tenu de son caractère négatif, seuls les droits fondamentaux sont d'application immédiate et donc protégés par une action judiciaire (acción de tutela). Cependant, la Cour constitutionnelle a étendu cette protection aux droits sociaux et éventuellement aux droits collectifs.

Depuis le début de son activité judiciaire, la Cour constitutionnelle a procédé à de nombreuses approximations de la notion de droit fondamental. Dans les premières années de sa jurisprudence, il n'y eu pas de définition précise de la notion de droit fondamental.

Dans l'arrêt T-002 de 1992, la Cour a analysé la portée du « droit fondamental », mais n'en a pas donné une définition précise. Elle a indiqué les critères pour les déterminer : droit essentiel de la personne, fondamental, inhérent à l'être humain, inaliénable et essentiel.

Sa position a été entre deux tendances jurisprudentielles : dans la première se trouve l'arrêt SU-225 de 1998 dans laquelle il dit qu'il s'agit de droits subjectifs d'application immédiate ; et à l'autre extrême, les sentences T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2000 dans lesquelles elle a dit que les droits fondamentaux sont ceux qui ont un caractère essentiel et inaliénable de droit pour la personne.

Dans la sentence T-406 de 1992, la Cour constitutionnelle a repris ce qui avait été exprimé par Hart, exprimant que les droits fondamentaux sont ce que les juges disent à travers les arrêts de tutela.

Le critère actuellement dominant devant la Cour constitutionnelle sur les droits fondamentaux (arrêts T-595 de 2002 et T-227 de 2003), s'articule autour de trois postulats : (i) l'existence de la dignité humaine comme élément central d'identification ; (ii) la pluralité des obligations pour l'Etat et, à l'occasion, pour les

particuliers (condamnation T-595 de 2002) ; et (iii) l'indépendance entre la fondamentalité et la justiciabilité des droits.

En plus de la consécration d'une importante liste de droits des trois générations, l'Assemblée constituante a créé une action extraordinaire pour protéger les droits fondamentaux à travers le processus judiciaire.

C'est peut-être l'une des plus grandes innovations du constitutionnalisme colombien et celle qui a présenté une plus grande reconnaissance par les citoyens. Son développement réglementaire a été effectué par le décret 2591 de 1991.

Le développement jurisprudentiel de l'action en tutelle a été réalisé par la Cour constitutionnelle depuis 1992, avec d'importantes contributions et créations qui ont le caractère d'être obligatoires pour les mêmes affaires futures.

La procédure prévue par le décret précité se caractérise par le fait qu'elle est préférentielle et sommaire. Les principes de publicité, de primauté du droit substantiel, d'économie, de rapidité et d'efficacité doivent rayonner dans tout le cadre procédural de l'action.

### **3.3. LE DROIT A LA MEMOIRE HISTORIQUE**

L'État colombien sous la présidence de Juan Manuel Santos a signé un accord de paix en 2016 avec la guérilla des FARC après plus de cinquante ans de conflit armé, cherchant à mettre fin à la violence, à prévenir de nouvelles victimes et à construire une paix stable et durable.

L'Accord de Paix a contraint les FARC à remettre toutes leurs armes aux Nations unies, à ne pas commettre de crimes tels que l'enlèvement, l'extorsion ou le recrutement de mineurs, à rompre ses liens avec le trafic de drogue et à cesser les attaques contre la Force publique et la population civile.

La guérilla s'est également engagée à la vérité sur les actes de violence perpétrés dans le conflit, à la justice et à la réparation pour les victimes.

L'accord prévoyait également qu'après son approbation par les citoyens, les FARC pouvaient faire de la politique sans armes. L'État s'est engagé dans un plan global de développement agricole avec accès à la terre et aux services et une stratégie de substitution des cultures illicites.

L'un des éléments essentiels pour parvenir à une paix véritable est celui de la mémoire historique comme fondement pour éviter la répétition des horreurs vécues en temps de guerre.

La mémoire historique du contexte colombien de pacification répond à la fonction sociale de non-répétition des violations des droits humains commises pendant le conflit armé.

Il est considéré comme un droit fondamental car il contribue à renforcer le message à la société, en particulier aux auteurs et aux victimes, de la nécessité d'empêcher que le conflit armé ne se reproduise. Elle vise à garantir la pacification de la société, condition de l'exercice de tous les droits.

La mémoire historique ne répond pas à un modèle de droit fondamental individuel ou traditionnel, ni à la structure d'un droit subjectif exigible et opposable à autrui.

Cette reconnaissance contribue à renforcer le message à la société, en particulier aux auteurs et aux victimes, de la nécessité d'empêcher le conflit armé de se reproduire, et ainsi de garantir la pacification de la société. (Muñoz Camacho, 2018).

La mémoire historique est un concept et une pratique liée au droit des victimes à établir la vérité -juridique, individuelle et sociale- sur des événements passés où elles ont subi des atteintes à leur personne ; c'est un droit historique à la vérité (loi 1448, 2011, art. 23) lié à la justice et à la réparation.

La Cour constitutionnelle a créé judiciairement le droit à la mémoire historique de la société dérivé du droit d'accès à l'information publique, en tant qu'outil fondamental pour satisfaire le droit à la vérité des victimes d'actes arbitraires.

Dans le cadre du Système Interaméricain des droits de l'homme, le droit à la mémoire a été étudié par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans sa jurisprudence, elle a ordonné aux États d'adopter des mesures de préservation de la mémoire des victimes dans le cadre de la réparation et a également ordonné des mesures de conservation de la mémoire historique.

La Cour interaméricaine a distingué deux dimensions du droit : d'une part, celle qui vise à aider à indemniser les personnes affectées par la violation des droits de l'homme et, d'autre part, celle qui vise la non-répétition de telles violations . Il y a donc un aspect individuel et un aspect collectif de ce droit.

Dans sa dimension collective, l'exercice de confrontation avec le passé est appelé à dépasser les mémoires générales irrationnelles qui justifient des actes contraires aux droits de l'homme et au droit international humanitaire.

La mémoire de la victime doit servir à éviter que les morts ne soient eux aussi trompés dans la seule chose que notre inconscience puisse leur donner : la mémoire.

#### **4. TROIS DECENNIES D'HISTOIRE CONSTITUTIONNEL**

La Charte politique colombienne est considérée par divers spécialistes comme l'une des plus complètes, avancées et pionnières d'Amérique latine. Il contient un système robuste d'accès à la justice, conçu pour garantir les droits fondamentaux.

Après 32 ans de validité de la Constitution politique, il existe un certain consensus sur le fait que les grandes aspirations de la Constitution de 1991 n'ont pas été réalisées.

La Cour constitutionnelle a joué un rôle essentiel en tant que garant de la suprématie constitutionnelle et défenseur des droits fondamentaux. À partir de 1992 -date à laquelle elle a commencé ses travaux-, la Cour a établi les lignes directrices pour rendre effective la protection des droits des citoyens, droits qui, dans de nombreux cas, ne sont pas spécifiquement inscrits dans la Charte politique.

#### **4.1. LE RÔLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA CHARTE DE 1991.**

Dans l'Etat social de droit, le juge remplit la fonction essentielle d'assurer l'effectivité des droits. Ce fonctionnaire joue le rôle de garant irremplaçable du modèle étatique établi par la Constitution de 1991. La Cour constitutionnelle et les juges de la république constituent des éléments essentiels du modèle constitutionnel colombien.

Le prestige et l'acceptation de ces deux protagonistes devant la nation ont été principalement dus à leur mission de protection des droits fondamentaux.

Par le biais des décisions de tutela, un juge dispose de pouvoirs étendus qui ont parfois généré des conflits avec d'autres branches du pouvoir public.

La production extraordinaire de la haute cour, ainsi que le développement des droits fondamentaux et des droits sociaux à travers les règles jurisprudentielles, constituent une grande contribution au constitutionnalisme colombien, puisque le législateur colombien n'a pas procédé à une réglementation complète de nombreux droits, de sorte que l'intervention judiciaire est devenu nécessaire d'appliquer la norme supérieure à des cas particuliers.

L'extraordinaire production jurisprudentielle de la Haute Cour, ainsi que le développement des droits fondamentaux et des droits sociaux à travers les règles jurisprudentielles, constituent une grande contribution au constitutionnalisme colombien.

Le législateur colombien a été moins actif dans la réglementation complète de nombreux droits. C'est pourquoi l'intervention judiciaire est devenue nécessaire pour appliquer la norme supérieure à des cas particuliers.

Un autre aspect important à souligner a été la création prétorienne de nouveaux droits. Bien qu'elle ne soit pas inscrite dans la Charte politique, la Cour a reconnu de nouveaux droits dans chaque cas, créant de nouveaux scénarios pour protéger les droits fondés sur des valeurs telles que la dignité humaine.

Le caractère obligatoire des décisions de la Cour dans sa « *ratio decidendi* » pour les affaires futures a été une contribution importante de la jurisprudence qui a

permis l'unification interprétative pour les juges inférieurs, malgré le fait que la Charte politique établit la jurisprudence comme source auxiliaire de la loi.

La protection des droits fondamentaux et leur effectivité à travers l'action tutela est l'une des plus grandes réussites du constitutionnalisme colombien. Cependant, l'action n'a pas été exempte de critiques telles que l'encombrement de la justice ou l'excès de pouvoirs des juges ou de la Cour elle-même dans la protection des droits et dans la défense de la Constitution.

En trente ans de fonctionnement, la Cour a rendu près de 27.308 décisions judiciaires (jusqu'en juillet 2022) réparties comme suit :

7052 arrêts de défense de la Constitution  
19750 arrêts de protection des droits fondamentaux  
506 arrêts d'unification de la jurisprudence (droits fondamentaux)

Plusieurs de ces décisions ont généré des polémiques et un fort impact médiatique pour briser des stéréotypes dans une société ancrée dans les traditions.

Les décisions judiciaires suivantes sont considérées comme les plus audacieuses rendues par la Cour :

- Décriminalisation de la consommation de drogues (Arrêt C-221 de 1994).
- Décriminalisation de l'avortement dans 3 cas (Arrêt C-355 de 2006).
- Reconnaissance du droit à l'interruption volontaire de grossesse (Arrêt SU-096 de 2018).
- Décriminalisation complète de l'avortement jusqu'à la semaine 24 (Arrêt C-055 de 2022).
- Décriminalisation de l'euthanasie (C-239 de 1997).
- Droit fondamental de mourir dignement (arrêt C-233 de 2021)
- Reconnaissance et protection des droits des couples de même sexe. Mariage homosexuel (arrêt C-577 de 2011), adoption de mineurs par couples homosexuels (arrêt C-683 de 2015), droits économiques (arrêt C-075 de 2007).
- Reconnaissance des droits de la rivière Atrato. (T-622 de 2016).
- Reconnaissance des droits de la Amazonie colombienne (Arrêt de la Cour suprême de justice).

Les décisions précédentes reflètent le rôle de juge activiste en raison d'arrêts intrépides qui parfois dépassent la fonction judiciaire classique, ainsi que l'interprétation morale que la Cour a faite de la Constitution.

Leurs décisions dépassent les limites du droit positif, sans tenir compte des attributions établies par la Constitution et la loi aux autres pouvoirs publics, ce qui lui a parfois valu des critiques pour avoir conduit à un éventuel "Gouvernement des juges".

#### **4.2. LA CONSTITUTION COMME SOURCE DE REGULATION**

Le principe de la suprématie constitutionnelle remplit une fonction intégratrice de l'ordre juridique. La Constitution colombienne de 1991 établit le modèle d'État comme démocratique et social de droit.

Elle détermine les valeurs fondatrices, établit la primauté de la dignité humaine, la justice et l'effectivité des droits fondamentaux, ainsi que garantit le pluralisme, la participation, l'assurance de l'égalité des chances pour tous et la reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle.

La Constitution de 1991 est conçue comme contenant des principes et des valeurs qui soutiennent l'objectif de l'État et protègent les droits fondamentaux.

La vision de la suprématie de la Constitution a permis la protection progressive des principes et droits fondamentaux dont a bénéficié la société.

Cette suprématie est matérielle et formelle, car il existe des conflits normatifs qui ne peuvent être résolus que par l'établissement d'un ordre strict des compétences.

La Constitution est la norme suprême en raison des valeurs et principes fondamentaux qu'elle contient. Pour cette raison, il a une force normative suffisamment efficace pour permettre le fonctionnement structurel du système juridique et, de cette manière, aucun élément ne le précède.

Ces principes essentiels, ainsi que d'autres, jouent un rôle central dans le système des sources : ils donnent une unité de sens aux différentes normes juridiques, qui deviennent des instruments pour la garantie concrète des principes fondateurs de l'État de droit.

Les principes en question sont le but ultime de l'application et de l'interprétation de la loi. Les normes juridiques doivent agir en coordination afin de maintenir la validité des principes constitutionnels. L'interprétation des règles doit être cohérente avec l'ordre juridique dans son ensemble, liée à la réalisation des principes centraux de l'État de droit social et démocratique.

La fonction intégratrice de la suprématie constitutionnelle a été mise en évidence par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans l'arrêt C-415 de 2012, elle précise que « la notion de suprématie normative de la Charte politique définit l'État de droit social et constitutionnel ».

En vertu de la force normative de la Constitution, les autorités ne sont pas seulement soumises au droit positif présidé par la norme supérieure, dans l'exercice de leurs attributions ; également pour la réalisation effective des droits subjectifs consacrés par la Constitution, devant lesdites autorités, les citoyens peuvent exiger la réalisation effective des droits constitutionnels, dont certains sont "d'application immédiate" -selon l'article 85 de la Constitution-, grâce, précisément, à son caractère contraignant force normative.

La fonction intégratrice de la suprématie constitutionnelle a été mise en évidence par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans l'arrêt C-415 de 2012, il

précise que « la notion de suprématie normative de la Charte politique définit l'Etat de droit social et constitutionnel ».

En vertu de la force normative de la Constitution, les autorités sont soumises au droit positif présidé par la norme supérieure, dans l'exercice de leurs attributions. Les droits subjectifs inscrits dans la Constitution doivent être exercés efficacement par les autorités. Sinon, les citoyens peuvent exiger sa mise en œuvre effective.

Ainsi, la suprématie normative des normes constitutionnelles s'impose comme un principe clé pour l'application du catalogue des droits fondamentaux et l'effectivité des autres droits inscrits dans la Charte fondamentale.

En ce sens, la Cour a dit : « La Constitution est une norme fondatrice dans une dimension axiologique et positive ; le principe de suprématie laisse place à la consécration des garanties fondamentales comme finalités prioritaires de l'État, et à l'établissement de contrôles sur l'ensemble du système et d'une juridiction spéciale chargée d'en assurer l'intégrité ».

Enfin, il faut tenir compte du fait que les fonctions du principe de suprématie constitutionnelle agissent simultanément à l'encontre des règles de l'ordre juridique.

La validité de telles dispositions et leurs interprétations dépendront de leur compatibilité avec les normes supérieures prévues par la Charte politique, ainsi que de leur utilité pour rendre effectives les finalités du modèle étatique créé par la Constitution.

## **CONCLUSIONS**

L'analyse constitutionnelle dans une perspective historique cherche à démêler la raison d'être des institutions, leur contexte de création et la projection vers l'avenir.

L'examen de l'histoire constitutionnelle et de la mémoire historique sont importants car, ils aident à ne pas répéter les erreurs du passé et à penser à un avenir idéal grâce aux leçons apprises. « Ceux qui ne connaissent pas leur histoire sont condamnés à la répéter ».

Dans l'analyse historique effectuée, la Colombie présente un constitutionnalisme avec plus de deux cents ans de développement. Celle-ci se distingue par ses apports et ses innovations, comme le droit de pétition, la consécration du vote féminin, l'exception d'inconstitutionnalité, l'action publique d'inconstitutionnalité et l'action de tutelle.

Le modèle républicain, le présidentielisme renforcé, le centralisme et le réformisme semblent être des traits bicentennaires qui marquent la tradition constitutionnelle du XXI<sup>e</sup> siècle.

La Constitution de 1991 -plus anthropocentrique- cherche à répondre aux besoins de la nation en matière de justice. Elle s'inscrit dans le mouvement dit du néo-constitutionnalisme, aussi appelé « droit nouveau » dans lequel on retrouve l'omniprésence du droit constitutionnel, la constitutionnalisation du droit, la génération d'un pouvoir absolu pour les juges, la réduction de l'autonomie du fragile, et le manque d'homogénéité dans l'idéologie du texte constitutionnel, qui doit être harmonisée dans le processus d'interprétation.

En ce sens, la Constitution de 1991 a reçu les apports des derniers courants du constitutionnalisme contemporain ; cependant, il a également appris des erreurs commises dans les constitutions précédentes du XIXe siècle.



Institut Louis Favoreu

XXXVIII TABLE Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle

Aix en Provence

9-10 septembre 2022

**« CONSTITUTION, HISTOIRE ET MÉMOIRE »**

( Rapport: Espagne )

Marc Carrillo

Université Pompeu Fabra ( Barcelone )

*Introduction.*

Malgré sa jeunesse relative, la Constitution espagnole du 29 décembre 1978 est un produit de l'histoire. Son contenu admet un examen du point de vue historique et, naturellement, en raison de l'histoire politique de l'Espagne contemporaine, aussi du point de vue de la mémoire.

La Constitution espagnole est une constitution rationnelle-normative. Dans le cadre du droit constitutionnel comparé, il s'inscrit dans le constitutionnalisme européen consolidé à partir de 1945 depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Un modèle constitutionnel fondé sur la valeur de la dignité de la personne et caractérisé par une large reconnaissance des droits fondamentaux; un système parlementaire rationalisé, déjà préfiguré dans les constitutions européennes de la période d'entre-deux-guerres; le renforcement du contrôle de la loi à travers la juridiction constitutionnelle d'accord le modèle kelsenien du contrôle concentré moyennant un tribunal *ad hoc* et, aussi, la prévision d'une ouverture au Droit International des Droits de l'Homme et du Droit de l'Union européenne.

Ses référents externes les plus proches étaient la Loi fondamentale de Bonn de 1949 de l'ex-Allemagne de l'Ouest, la Constitution italienne de 1948 et, dans une moindre mesure, certains aspects de la Constitution de la Ve République française de 1958. Les référents internes de l'instable histoire constitutionnelle espagnole se trouvent, avant tout, dans la Constitution de la Deuxième République du 9 décembre 1931.

Du point de vue de la mémoire, la Constitution de 1978 est, sans aucun doute, une conséquence de l'histoire espagnole contemporaine. Elle est née après les premières élections démocratiques tenues en Espagne le 15 juin 1977, après quarante ans de dictature instaurée par le général Franco après la guerre civile (1936-1939). Le traumatisme collectif causé par le coup d'État militaire de 1936 contre le régime démocratique de la Deuxième République, la guerre civile de trois ans et une dictature de quarante ans a produit un impact aux effets irréversibles sur plusieurs générations d'Espagnols. Avec le retour à la démocratie, les politiques publiques de mémoire ont constitué un défi incontournable pour les différents gouvernements. La réponse a été

tardive et insuffisante. Il est très significatif que jusqu'en 2007 il n'y ait pas eu une première et très modeste Loi de Mémoire Démocratique qui répare la mémoire des républicains persécutés et réprimés par la dictature franquiste. Et que ce soit maintenant, en 2022, pas moins de quarante-sept ans après la mort de Franco, lorsque le Parlement est prêt à approuver une loi de mémoire démocratique plus ambitieuse pour réparer la dignité des citoyens qui ont défendu la République et le rétablissement de l'État de Le droit pendant les longues années de la dictature.

D'après la grille de la Table, nous aborderons le sujet sous le double angle historique et mémoriel.

### 1.- **La Constitution et l'histoire.**

#### *Une question préliminaire concernant l'histoire constitutionnelle.*

La Constitution espagnole (CE) a quarante-quatre ans. Elle n'a été révisée qu'à deux reprises et dans les deux cas la réforme a été provoquée par des facteurs extérieurs: le premier, à l'occasion de l'incorporation dans le traité de Maastrich en 1992, qui a imposé l'incorporation du droit au suffrage passif pour les étrangers communautaires (art 13.2 CE); la seconde, causée par la crise économique et financière de 2008, qui a forcé l'incorporation de la règle d'équilibre budgétaire, dite règle d'or (art. 135 CE). De toute évidence, son contenu a été sujet à interprétation par la juridiction ordinaire et, surtout, par la juridiction constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a le statut d'interprète suprême de la Constitution (art. 1 de la Loi organique de la Cour constitutionnelle [LOTIC]. L'interprétation de la Constitution fait partie de la Théorie de la Constitution.

Dans la fonction herméneutique, tous les organes juridictionnels et, en particulier, la Cour constitutionnelle ont appliqué les règles générales d'interprétation habituellement assumées par la culture juridique. En ce sens, l'article 3.1 du Code civil établit que : "*Les règles seront interprétées selon le sens propre de leurs mots, en relation avec le contexte, le contexte historique et législatif, et la réalité sociale de l'époque dans laquelle elles doivent être*

*appliqués, s'occupant fondamentalement de l'esprit et du but de ceux-ci »* . En plus de ces règles générales d'interprétation juridique, le caractère spécifique, singulier, de l'interprétation constitutionnelle a permis l'incorporation d'autres règles spécifiques telles que la jurisprudence des valeurs, le test de proportionnalité, la balance des intérêts ou la jurisprudence empirique, etc. L'expérience juridictionnelle de quarante ans de justice constitutionnelle en Espagne nous permet de vérifier que toutes ces règles d'interprétation ont été appliquées par la Cour. Et, parmi eux, aussi la méthode historique, bien que de façon limitée: *les antécédents historiques et législatifs* de la Constitution et le reste des normes générales.

L'histoire est une source d'interprétation couramment utilisée par les différentes juridictions constitutionnelles. Les modes d'emploi ont été divers. L'« originalisme » est la méthode interprétative visant à connaître le sens des règles à partir de la volonté exprimée par les constituants. Les données historiques ont pour but de souligner la volonté du constituant au moment fondateur. La référence historique devient une source de légitimité de la Constitution. Mais elle n'est pas la seule.

Son importance est diverse selon la tradition constitutionnelle de chaque pays. Dans les systèmes de justice constitutionnelle de longue tradition, comme le cas des États-Unis, la référence historique est plus profondément enracinée et tend à avoir un sens différent. Ainsi, outre le critère « *originaliste* », visant à déterminer la volonté du constituant, d'autres sources historiques peuvent être identifiées pour l'interprétation constitutionnelle: d'une part, l'histoire interne, c'est-à-dire le précédent, l'histoire du droit; d'autre part, l'histoire extérieure fournie par les données générales de l'histoire politique, de l'histoire sociale et économique du pays, etc. Tandis que, dans les pays dotés de constitutions relativement récentes, comme c'est le cas de l'Espagne, l'histoire sert à la fois à montrer la volonté du constituant et à clarifier le sens du texte constitutionnel (ALONSO GARCÍA, 1984 : 154).

Dans le cas espagnol, l'interprétation historique est d'une importance relative pour deux raisons: la première est qu'il s'agit d'une constitution encore relativement récente: elle est en vigueur depuis quarante-quatre ans; la seconde est liée à l'histoire du constitutionnalisme espagnol qui mérite une

réflexion particulière. Parce que le processus de construction politique de l'État espagnol contemporain tout au long du XIXe siècle et d'une partie du XXe siècle a été caractérisé par son instabilité politique. Ce n'était pas le seul cas en Europe occidentale. Pendant la période entre la première rupture avec la monarchie absolue des Bourbons avec l'approbation de la Constitution libérale de 1812 et la Constitution de la Deuxième République de 1931, sept Constitutions en vigueur ont été approuvées et deux autres qui n'ont jamais été promulguées. Alors, l'instabilité politique s'explique par des motifs divers: la restauration de la monarchie absolue à deux fois après la défaite des périodes libéraux, l'existence de trois guerres civiles au cours du XIXe siècle entre les libéraux et les forces conservatrices et réactionnaires. En outre, la vie politique est dominée par le rôle moteur de l'armée qui devient, avec le roi, le principal acteur politique du XIXe siècle. Par conséquent, les coups d'État faisaient partie du paysage politique du XIXe siècle. Et cette instabilité politique s'est poursuivie pendant la première moitié du XXe siècle, qui a atteint son niveau le plus traumatisant avec le coup d'État contre le régime de la Deuxième République, la guerre civile entre 1936 et 1939. Et plus tard, les quarante ans de dictature franquiste. Voilà, ce parcours historique est un précédent de la Constitution actuelle qui peut aider à comprendre le caractère limité de la pertinence de l'interprétation historique.

La Constitution de 1978 est celle qui a eu une période de validité plus longue que les précédentes. L'instabilité politique décrite nous permet d'affirmer que dans le processus de formation de l'État espagnol contemporain, la démocratie a été l'exception. La règle a été les régimes autoritaires, les coups d'État, les guerres civiles, etc. Par conséquent, le plus valable précédent historique d'interprétation de la Constitution de 1978 réside avant tout dans la Constitution républicaine de 1931.

Ce contexte historique permet de relativiser la pertinence que peut avoir la méthode historique dans l'interprétation de la Constitution de 1978. Mais, en plus, c'est une méthode qui présente ses propres difficultés: la première est que les mots changent de sens avec le temps qui passe; la seconde sont les contradictions présentées par les données historiques et la troisième est la difficulté offerte par la forme utilisée pour connaître la volonté du législateur constituant. En revanche, la méthode « originaliste » défendue

par une partie de la doctrine nord-américaine du *contrôle judiciaire* présente toujours le danger de la pétrification de l'interprétation juridique. Pour cette raison, une approche plus modérée de l'originalisme a bénéficié d'un plus grand soutien. Au contraire, dans la sphère européenne, tant la volonté constituante que les antécédents législatifs ont toujours occupé une place secondaire par rapport au contenu objectif du texte (ALONSO, 1984 : 137-148).

*L'histoire et la volonté du constituant.*

La Cour constitutionnelle a utilisé les débats parlementaires comme critère d'interprétation des lois et d'autres dispositions normatives. Cependant, il a considéré que la volonté des électeurs a toujours eu un poids spécifique très relatif. En tout cas, son utilisation comme critère unique a été très exceptionnelle. En règle générale, elle est utilisée comme un critère interprétatif de plus, utilisé de manière complémentaire aux autres règles herméneutiques. Bref, les débats parlementaires sont un élément d'interprétation juridique mais ils n'ont pas un caractère décisif.

Cependant, à certains égards, la volonté du constituant espagnol de 1978 a été particulièrement décisive : surtout dans la rupture juridique avec la dictature franquiste. Au premier alinéa de sa disposition d'abrogation, il est établi que :

" 2. Dans la m1. *La Loi 1/1977, du 4 janvier, pour la réforme politique est abrogée, ainsi que les lois ci-après, dans la mesure où elles n'auraient pas été abrogées par ladite Loi: la Loi relative aux Principes fondamentaux du Mouvement du 17 mai 1958, le Fuero des Espagnols du 17 juillet 1945, le Fuero du travail du 9 mars 1938, la Loi constitutive des Cortès du 17 juillet 1942, la Loi sur la succession au Chef de l'État du 26 juillet 1947 (modifiées par la Loi organique de l'État), ainsi que, dans les mêmes termes, la Loi organique de l'État du 10 janvier 1967 et la Loi sur le référendum national du 22 octobre 1945.*

Cet ensemble de lois, à l'exception de la première mentionnée, faisait partie des lois fondamentales de la dictature. La Constitution les a tous abrogés, y compris la loi 1/1977, une sorte de loi pont entre la dictature et la démocratie, approuvée par le Parlement (*Las Cortes Españolas*) de la dictature, qui a servi de soutien légal pour la convocation des premières élections démocratiques après quarante ans de dictature. D'un point de vue

institutionnel, l'alinéa 1 de la disposition abrogatoire signifiait une rupture juridique avec le passé. L'abrogation totale des Lois fondamentales de la dictature signifiait l'abolition d'un régime politique.

Cependant, le défi juridique restait posé sur le plan de l'interprétation historique de la Constitution. À cet égard, l'alinéa 3 de la disposition abrogatoire établie que :

*« Sont abrogées également toutes les dispositions qui s'opposent à ce qui est établi dans la présente Constitution ».*

La question qui se posait ici était la suivante : que faire de l'ancienne loi, de la loi du passé ? Il s'agit d'une question d'une grande importance théorique qui, dans les premières années, a suscité d'importantes controverses au sein de la Cour constitutionnelle, notamment dans les arrêts 4/1981 et 11/1981.

L'objet du débat était la distinction entre l'abrogation et l'inconstitutionnalité survenue des lois et dispositions antérieures à la Constitution. Dans une importante opinion dissidente du Juge RUBIO LLORENTE dans laquelle il a manifesté son désaccord quant à la position de la majorité dans les termes suivants :

*« L'inconstitutionnalité et l'abrogation sont des institutions juridiques différentes, dont les différences ne peuvent être abolies en recourant à un concept hybride et contradictoire, celui d'«inconstitutionnalité survenue», qui sert de base à toute la construction dont je m'écarte. L'abrogation est un simple résultat de la succession des normes dans le temps, l'inconstitutionnalité, au contraire, ne résulte que de la contradiction entre la Constitution et une norme postérieure. Le principe « Lex posterior derogat anteriori » est un principe logique nécessaire de l'ordre juridique qu'il faut rendre compatible avec le principe de hiérarchie normative (art. 9.3 de la Constitution et, auparavant, à l'art. 1.2 de notre Code civil), mais qui ne fait que céder devant lui. La dernière Lex n'a pas d'effet dérogatoire lorsqu'elle est de rang inférieur à la Lex précédente, mais seulement alors. La validité de ce principe logique est également confirmée par la troisième section de la disposition transitoire de la Constitution. Un tel précepte, bien que peut-être, à proprement parler, superflu du point de vue théorique, est maintenant utilisé pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle et ne peut avoir un autre sens (puisque la première section de la même disposition se réfère déjà à des normes supra-légales) que de souligner l'efficacité dérogatoire que la Constitution a à l'égard des Lois ordinaires ou des dispositions de rang inférieur.*

*L'inconstitutionnalité et l'abrogation diffèrent également dans leurs causes et leurs effets. En tant qu'application concrète du principe de la Lex superior, l'inconstitutionnalité peut résulter de vices formels, de vices dans le mode d'élaboration, d'approbation ou de promulgation de la loi, ainsi que de vices matériels, de la contradiction entre son contenu et un ou plusieurs préceptes de la Constitution. La dérogation n'intervient qu'à la suite d'une décision ultérieure explicite ou, implicitement, d'une nouvelle réglementation de la même matière, mais jamais à la suite d'une modification des voies prévues pour l'élaboration, l'approbation ou la promulgation des préceptes juridiques.*

*L'inconstitutionnalité implique l'invalidité de la loi; la dérogation, au contraire, suppose la validité et ne produit que la perte de validité. Le fait que, dans un souci de sécurité juridique, la déclaration*

*d'inconstitutionnalité soit atténuée dans notre loi organique (art. 40.1) les effets qu'en pure théorie on pourrait peut-être lui attribuer, n'autorise pas à ignorer les différences existantes ».*

Peu de temps après, dans STC 11/1981 (FJ 2.3), après ledit vote individuel, la Cour unifia ses critères dans lesquels elle interpréta à l'unanimité que « (...) *il n'y a pas de réelle contradiction entre le problème de validité-abrogation et le problème de constitutionnalité-inconstitutionnalité* ». Par conséquent, on peut affirmer que l'inconstitutionnalité des lois antérieures entraîne des conséquences qui peuvent être simultanément abrogation et nullité » (BORRAJO INIESTA, 2018:2007)

La référence aux données historiques a eu une importance particulière par rapport à l'interprétation de la disposition additionnelle 1 de la Constitution, qui établit ce qui suit :

*« La Constitution protéger et respecter les droits historiques de territoires foraux. La mise à jour générale de ce régime foral s'effectuera, s'il y a lieu, dans tu cadre de la Constitution et des statuts d'autonomie ».*

Cette disposition importante de la Constitution avait pour objet la reconnaissance spécifique de certains aspects du régime financier des territoires dits foraux en Espagne. Sa rédaction est le résultat d'un accord parlementaire dans le processus constituant entre le groupe parlementaire de l'UCD (*Unión de Centro Democrático*) qui soutenait à l'époque le gouvernement centriste du président Suárez et le Parti Nationaliste basque. L'autonomie financière n'est identifiée qu'à deux territoires foraux: le Pays basque, à travers le système du Concert économique, et la Communauté de Navarre, à travers la soi-disant Convention économique. C'était la volonté de l'électeur. Par conséquent, ce régime financier spécifique ne s'appliquait pas aux autres Communautés autonomes qui, dans le passé pré-constitutionnel, avaient eu des droits formels. Comme, par exemple, la Catalogne ou l'Aragon.

Selon cette interprétation historique, lorsque la Cour constitutionnelle dans sa STC 31/2010 (base juridique 10) a résolu un recours d'inconstitutionnalité contre la réforme du Statut d'autonomie de la Catalogne (EAC), elle a interprété que l'art. 5 EAC « *n'est pas contraire à la Constitution interprétée en ce sens que sa sous-section « dans les droits historiques du peuple catalan » ne se réfère pas au contenu de la première disposition additionnelle de la Constitution ni ne constitue une base juridique pour l'auto-*



*gouvernement de la Catalogne en dehors de la Constitution elle-même (...)* ». C'est-à-dire que, par une sentence interprétative, la Cour a appelé à la volonté du constituant de 1978 pour définir que la référence aux droits historiques ne s'appliquait pas au-delà des Communautés autonomes du Pays basque et de Navarre (TUDELA ARANDA, 2018 : 1898).

L'histoire constitutionnelle a également été une référence interprétative pour la configuration du système territorial et l'organisation de l'autonomie politique des Communautés autonomes du titre VIII de la Constitution. En ce sens, la brève expérience de la Deuxième République a été prise en compte par la constituante et, en général, aussi par la juridiction constitutionnelle dans la résolution des conflits de compétence. Sans abandonner le Titre VIII, la référence du droit comparé se trouve dans l'origine de l'institution de la coercition de l'État prévue à l'article 155 de la Constitution, dont l'origine se trouve dans l'institution homonyme de la Constitution allemande (art. 37) <sup>1</sup>.

*«1. Si une Communauté autonome ne remplit pas les obligations que la Constitution ou d'autres lois lui imposent ou si elle agit de façon à porter gravement atteinte à l'intérêt général de l'Espagne, le Gouvernement, après avoir préalablement mis en demeure le président de la Communauté autonome et si cette mise en demeure n'aboutit pas, pourra, avec l'approbation de la majorité absolue du Sénat, prendre les mesures nécessaires pour la contraindre à respecter ces obligations ou pour protéger l'intérêt général mentionné.*

*2. Pour mener à bien les mesures prévues au paragraphe précédent, le Gouvernement pourra donner des instructions à toutes les autorités des Communautés Autonomes. ».*

En ce qui concerne l'interprétation par la Cour constitutionnelle des conditions qui permettent la mise en place du fait habilitant qui doit légitimer la coercition de l'État envisagée à l'article 155.1 CE, contenue dans sa STC 89/2019, du 2 juillet, bien qu'elle note que la littéralité du texte constitutionnel différencie Entre les deux hypothèses, elle écarte de manière convaincante que cela puisse avoir des conséquences juridiques :

*« Art. 155 CE fait référence à la violation des "obligations que la Constitution ou d'autres lois" imposent à la communauté autonome et également à une action autonome "qui porte gravement atteinte à l'intérêt général de l'Espagne". Dans sa teneur littérale, il différencie l'atteinte grave à*

---

<sup>1</sup>Sur cette référence à l'histoire constitutionnelle : E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *L'exécution autonomie de la législation de l'État*. Civitas, Madrid 1983.

*l'intérêt général de l'Espagne par rapport au premier de ceux mentionnés, une différenciation qui ne doit pas être comprise comme une exclusion ou une opposition entre les deux. Le non-respect d'obligations constitutionnelles ou légales spécifiques peut entraîner, selon le cas, ce qui peut également être considéré comme une atteinte grave à l'intérêt général. Ce dernier, quant à lui, ne doit jamais être dénoncé en dehors de la loi. C'est-à-dire comme une clause générale d'habilitation à l'intervention discrétionnaire en autonomie, dans laquelle, selon les appréciations politiques ou la simple opportunité, il est dispensé de vérifier l'infraction à la Constitution et aux lois, ce qui ne serait pas non plus compatible avec le principe de l'État de droit ni à la garantie constitutionnelle d'autonomie (art. 1.1 et 2 CE) qui sont des « mandats essentiels de notre ordre constitutionnel » [STC 128/2016, du 7 juillet, FJ 5.b)].*

La Cour constitutionnelle a utilisé les débats parlementaires pour l'interprétation constitutionnelle, mais toujours avec une prudence évidente. L'objectif a toujours été d'éviter le risque de pétrification dans l'interprétation des règles. Comme l'a souligné ALONSO GARCÍA (1984:148-149), les débats parlementaires ont été concluants pour résoudre des questions telles que la constitutionnalisation du *principe non bis in idem* (art. 9 et 25 CE) , la différenciation entre le droit de grève ( art. 28.2 CE ) et le droit d'adopter des mesures collectives de conflit (art. 37 CE), ou la détermination du sens de la notion de « *modification* » des impôts (art. 134.7 CE).

En ce qui concerne l'interprétation « *originaliste* », la Cour a toujours affirmé son caractère subordonné par rapport aux autres méthodes d'interprétation ; tantôt il y a eu un *originalism* atténué , visant à la détermination intuitive de la volonté du constituant ; ou, dans d'autres cas, l'a expressément rejetée.

## **2.- La Constitution et la mémoire .**

Nous l'avons déjà dit: dans l'histoire constitutionnelle espagnole, les périodes démocratiques ont été brèves. La démocratie était l'exception ; la règle était les régimes de coups d'État, les dictatures, les régimes autoritaires, la prééminence de l'armée dans la vie politique, etc.

Le sens politique du Préambule de la Constitution de 1978 suppose une rupture avec le passé et la volonté de construire une société démocratique. Les objectifs essentiels étaient : garantir la coexistence démocratique dans le cadre de la Constitution et des lois; par conséquent, il s'agissait de consolider l'État de droit conformément au droit issu de la souveraineté populaire; garantir les droits et libertés, ainsi que l'identité culturelle et

linguistique des différentes communautés et collaborer sur la scène internationale pour renforcer les relations pacifiques entre tous les États. Le texte est le suivant :

*« La Nation espagnole, désir d'établir la justice, la liberté et la sécurité et de promouvoir le bien de tous ceux qui la composent, proclame, en faisant usage de sa souveraineté sa volonté de :*

*GARANTIR la vie dans une communauté démocratique dans le cadre de la Constitution et des lois, conformément à un ordre économique et social juste ;*

*CONSOLIDER un Etat de droit garant de l'Etat de droit, expression de la volonté populaire ;*

*PROTÉGER toute l'Espagne et les peuples d'Espagne dans l'exercice des droits des hommes, des cultures et des traditions, des langues et des institutions ;*

*FAVORISER le progrès de la culture et de l'économie afin d'assurer à tous une qualité de vie digne;*

*ETABLIR une société démocratique avancée, et*

*COLLABORER au renforcement de relations pacifiques et d'une coopération efficace avec les peuples de la terre ».*

Au-delà de sa pertinence politique incontestable, le Préambule a une valeur essentiellement interprétative des dispositions prescriptives contenues dans la Constitution. Conformément à la sentence 140/1995 (FJ 9), le contenu du Préambule lie tous les pouvoirs publics. Certes, le degré de l'obligation et l'intensité normative sont divers, selon que les déclarations sont prescriptives, institutionnelles ou simplement cathartiques (HERRERO de MIÑON : 2018 :7).

Nous avons évoqué précédemment le contexte historique de la Constitution de 1978. Malgré la longue dictature de quarante ans, le texte constitutionnel ne contient aucune référence expresse à la mémoire de la lutte pour le rétablissement de la démocratie. Ni aux politiques de mémoire publique ni aux lois mémorielles. C'est sans aucun doute une lacune importante, compte tenu de l'histoire de l'Espagne contemporaine. Cependant, le silence constitutionnel ne signifie en aucun cas un empêchement. Les valeurs et principes sur lesquels repose le système judiciaire, notamment la liberté, l'égalité, la justice, la dignité et le pluralisme politique (art. 1.1 et 10.1 CE) permettent à toutes les Administrations Publiques de mener des politiques de mémoire publique.

2.1.- *Loi 46/1977, du 15 octobre, d'amnistie: un pacte pour la transition vers la démocratie et un pacte pour l'oubli. Mais, un oubli absolu?*

L'examen de la Constitution espagnole sous l'angle de la mémoire ne peut être compris sans tenir compte d'une prémisse incontournable: la loi d'amnistie de 1977 <sup>2</sup>a été approuvée à une large majorité. Le seul argument contre l'amnistie a été avancé par Alianza Popular, le parti néo-franquiste dirigé par l'ex-ministre franquiste Manuel Fraga Iribarne, qui s'est finalement abstenu, alors que les députés communistes –le cible principal de la répression franquiste- et les députés basques de divers partis qui ont davantage insisté sur son importance sur le plan juridique et sur sa caractère apaisant. Le projet de loi a été approuvé par 296 voix pour, deux contre, dix-huit abstentions et un vote nul.

La loi de 1977 a complété le décret-loi de 1976. L'article 2 établit ce qui suit :

« *Dans tous les cas, sont inclus dans l'amnistie :*

*a) Les crimes de rébellion et de sédition, ainsi que les crimes et délits commis à l'occasion ou à cause d'eux, visés au Code de justice militaire.*

*b) Objection de conscience à l'accomplissement du service militaire, pour des raisons éthiques ou religieuses.*

*c) Les délits de refus d'aide à la Justice pour le refus de révéler des faits à caractère politique, connus dans la pratique professionnelle.*

*d) Les actes d'expression d'opinion, réalisés par la presse, l'imprimerie ou tout autre moyen de communication.*

*e) Crimes et délits qui pourraient avoir été commis par les autorités, les fonctionnaires et les agents de l'ordre public, en raison ou à l'occasion de l'enquête et de la poursuite des actes visés par la présente loi.*

*f) Les infractions commises par les fonctionnaires et agents de l'ordre public contre l'exercice des droits des personnes.*

Grâce à l'amnistie, la responsabilité pénale a été exonérée et, de même, les casiers judiciaires de tous les citoyens qui s'étaient opposés à la dictature de Franco ont été annulés. Mais en même temps, le personnel

---

<sup>2</sup> Avant les premières élections démocratiques du 15 juin 1977, le gouvernement Suárez avait déjà décrété une première amnistie préalable par le décret-loi 10/1976 du 30 juillet sur l'amnistie.

politique de la dictature, les juges et les policiers qui pendant la guerre civile et la dictature avaient commis toutes sortes d'actes criminels dans la répression de l'opposant politique étaient également exempts de toute responsabilité. Les articles e) et f) de la loi de 1977 constituaient le grand parapluie de la protection juridique de la police politique franquiste (La Brigada Politico-Social, BPS), très inquiète après la mort de Franco, au cas où elle se retrouverait dans une situation similaire à celle qu'avait touché une année avant la police de la dictature de Salazar et son successeur Marcelo Caetano (la PIDE).

Comme cela a été particulièrement souligné de façon très lucide par Olivier LECUCQ (2022)<sup>3</sup>, « *Les écrits sur la transition espagnole convergent amplement pour affirmer qu'une politique de mémoire jugeant en conséquence du passé, n'était pas concevable pour assurer la transition (...). Le choix des acteurs de la Transition, (presque) tous bords confondus, aura été d'opter pour un modèle de réconciliation que ne pouvait laisser place à une justice transitionnelle sans inévitablement compromettre le processus consensuel vers la démocratie liant les franquistes installés à chacune des strates de l'État et l'opposition antifranquiste ancienne comme nouvelle. Le prix de la transition n'est toujours pas capable de concevoir une « politique vers le passé » plus contraire que sujette à une politique de l'oubli (...) (...) Comme l'écrit fort justement Danielle Rozenberg: La politique de « réconciliation » a ainsi apporté sur une amnistie pour les antifranquistes et une amnésie pour les franquistes ».*

Cependant, ceci étant vrai sur le plan politique, il faut souligner que le pacte de transition n'a pas empêché les politiques publiques de mémoire démocratique. L'oubli ne pouvait être absolu. Et c'est ce qu'a tenté de faire le gouvernement de M. Rodriguez-Zapatero en 2007 et une fois de plus le gouvernement de coalition de gauche présidé par M. Sánchez entend le faire. Au contraire, pour la droite espagnole, le pacte de silence devrait tout couvrir y compris les politiques mémorielles.

---

30. LECUCQ « La transition espagnole ». *Encyclopédie des processus de transition, vérité et justice et réconciliation*. Je veux remercier au Pr. Lecucq la possibilité que m'a donné de lire l'original de ce texte.

*2.2.- La responsabilité de la passivité politique sur les politiques de mémoire.*

La réponse à ce déficit démocratique du système constitutionnel espagnol a été très tardive. Il a fallu attendre pas moins de 2007, lorsque le gouvernement du socialiste M. José Luis Rodríguez-Zapatero (PSOE) a réussi à approuver *la loi 52/2007, du 26 décembre, qui reconnaît et étend les droits et établit des mesures en faveur de ceux qui ont subi des persécutions ou des violences pendant la guerre civile et la dictature*. Il s'agit d'une loi de portée très modeste qui a d'ailleurs son application a été neutralisée peu après l'arrivée au pouvoir en 2011 du Parti populaire (PP) et du nouveau gouvernement dirigé par M. Mariano Rajoy. Le nouveau gouvernement a refusé d'appliquer la loi au motif que la crise économique et financière qui a débuté en 2008 ne permettait pas d'investir dans les politiques de mémoire. La réalité était bien différente : le refus du nouveau gouvernement répondait au malaise politique du PP et, en général, de la droite espagnole d'aborder les questions liées à la mémoire de la guerre civile et de la dictature. En fait, le PP n'a jamais expressément condamné la dictature de Franco. Outre la proximité sociologique d'une bonne partie des cadres politiques du PP avec la culture politique du franquisme, malgré le temps qui s'est écoulé depuis la fin de la dictature, l'argument politique usuel pour rejeter les politiques de mémoire a été que la transition politique vers la démocratie et la Constitution de 1978 ont été très positives et qu'il fallait éviter de rouvrir les plaies de la guerre civile. Cependant, c'était un argument démagogique, car une partie de la droite espagnole de 1978 a rejeté la Constitution.

Cependant, la responsabilité du long retard dans l'examen des mesures législatives mémorielles est partagée par les partis politiques majoritaires. Entre 1979 et 1982, les gouvernements de l'Union du Centre Démocratique, présidé par le président Adolfo Suárez et puis par Leopoldo Calvo Sotelo, se sont limités à adopter quelques mesures visant à compenser financièrement -tout est dit, de façon très pudique- les républicains mutilés de la guerre. Entre 1982 et 1996, les différents gouvernements socialistes du président Felipe González ont fait quelque chose de similaire, prévoyant divers postes

dans la loi 4/1990, du 29 juin, sur les budgets généraux de l'État pour compenser les années de prison. Et un peu plus.

Les symboles de la dictature (noms, monuments, emblèmes, etc.) sont restés encore présents dans bon nombre de villes et villages. Un exemple particulièrement blessant de cela, insultant à la culture démocratique, était la permanence de la soi-disant *Valle de los Caídos* (Vallée des morts) à la périphérie de Madrid, où ont été enterrés le dictateur Franco<sup>4</sup> et José Antonio Primo de Rivera, le chef de la Phalange, le parti politique du fascisme espagnol. Il s'agit d'une basilique majestueuse et grandiloquente, une expression architecturale de ce que l'histoire politique espagnole a appelé le « *national-catholicisme* ».

Il était évident que la passivité politique dont ont fait preuve les partis majoritaires en matière de politiques de mémoire a mis en évidence un déficit de qualité du système démocratique fondé sur la Constitution de 1978. En ce sens, il est important de souligner qu'au contraire, la dictature franquiste s'est développée une mémoire puissante et politique dont les républicains avaient été totalement exclus. Ils étaient traités comme des citoyens de seconde zone.

Lors de la transition vers la démocratie, on a supposé que ni la répression républicaine pendant la guerre civile ni la répression franquiste pendant la guerre et la longue dictature ne pouvaient être justifiées par ce que les autres avaient fait. C'était le sens politique du pacte. Or, certes, les victimes de la République ont trouvé une pleine reconnaissance par la dictature qu'en aucun cas les victimes du franquisme n'ont eu (GARCÍA CÁRCEL: 2013:483), qui ont fait l'objet d'une répression aveugle: extermination, condamnations à mort, exil, torture, la prison et, s'ils avaient pu surmonter l'incarcération, la marginalisation professionnelle et sociale aboutissant à une sorte de mort civile dans la plupart des cas.

La question de la mémoire et de la réparation publique des personnes qui se sont battus pour le rétablissement des libertés et de la démocratie

---

<sup>4</sup> Encore récemment, ses restes ont été exhumés au 2019 par décision du gouvernement du Président Pedro Sánchez.

faisait partie de l'agenda politique des années de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle. Surtout, avec la constitution d'un gouvernement tripartite de gauche en Catalogne, qui a mené une activité notable de politiques publiques de mémoire, avec l'approbation de la *Loi 13/2007, du 31 octobre, du Mémorial démocratique* et de l'État en tant que le gouvernement Rodríguez-Zapatero avait promu la Loi du 2007 déjà mentionné. L'appel populaire à la récupération de la « *mémoire historique* » faisait partie du discours politique de ces années.

L'explication était évidente : la préservation de la mémoire de la liberté est un facteur qui permet de mesurer la qualité démocratique d'un pays. Comment leurs institutions représentatives font face à la réparation des victimes des dictatures, à la dignité citoyenne de ceux qui ont donné le meilleur d'eux-mêmes pour la reconquête des libertés, et aux politiques publiques de pédagogie civique des valeurs démocratiques face au passé totalitaire, sont trois facteurs déterminants pour évaluer votre degré d'engagement à cet égard.

Certes, comme le souligne TÉBAR (2018 :291), sur le plan conceptuel « *l'expression est aussi confuse que significative. La récupération de la mémoire historique ne se présente pas comme une exigence de connaissances historiques académiques et professionnelles, mais comme une expression familière, vulgarisée, avec laquelle un désaccord moral est souligné face aux différents modèles d'impunité et à ses conséquences dans la construction des récits fondateurs des démocraties. . , soit en Espagne, soit en Amérique latine* ».

Le retard prolongé et inacceptable du Parlement espagnol dans la mise en œuvre des politiques de mémoire a donné lieu à une politisation du sujet matérialisée par une utilisation instrumentale à des fins d'intérêt politique et par la provocation de conflits judiciaires sur une question particulièrement sensible pour les citoyens, ayant pris en compte le passé traumatique de l'Espagne contemporaine.

### 2.3.- *La première Loi de la Mémoire (2007).*



Il s'agit d'une loi approuvée quarante ans après les premières élections démocratiques tenues depuis la dictature. Ces données reflètent un grave problème politique que le système politique n'avait pas été en mesure de surmonter: le traumatisme de la guerre civile et de la dictature. Pour le personnel politique du droit héritier du franquisme, le pacte de silence de la transition a empêché toutes sortes de politiques de mémoire publique. Et pour une partie de la gauche, la prudence en la matière supposait le renoncement à ses signes d'identité politique.

Le préambule de la loi fait appel à l'esprit de la transition comme modèle unique de coexistence dans l'histoire politique de l'Espagne et invoque le contenu du projet de loi approuvé à l'unanimité par la Commission constitutionnelle du Congrès des députés le 20 novembre 2002 (et non par le Plénière) une déclaration de condamnation générale des régimes totalitaires, mais sans citer la dictature franquiste. De même, il se réfère au rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe signé à Paris le 17 mars 2006, dans lequel ont été dénoncées les graves violations des droits de l'homme commises en Espagne entre 1939 et 1975. C'est-à-dire pendant la dictature du général Franco. Malgré la longue période qui s'est écoulée, les limites et l'impuissance du système démocratique espagnol en termes de politiques mémorielles restent très claires.

Dans le domaine politique, le contenu de la loi était plutôt modeste. Et d'un point de vue juridique, sa capacité prescriptive est également limitée. Il existe de nombreux préceptes juridiques peu susceptibles de contraindre les pouvoirs publics.

Le but de la loi est de *« reconnaître et étendre les droits en faveur de ceux qui ont subi des persécutions ou des violences, pour des raisons politiques, idéologiques ou religieuses, pendant la guerre civile et la dictature, promouvoir leur réparation morale et la récupération de leur mémoire personnelle » et familière, et adopter des mesures complémentaires visant à supprimer les éléments de division entre les citoyens, le tout dans le but de promouvoir la cohésion et la solidarité entre les différentes générations d'Espagnols autour des principes, des valeurs et des libertés constitutionnelles* » (art. 1).

Cette reconnaissance signifie :

- . La reconnaissance de la réparation morale et la récupération de la mémoire personnelle et familiale.
- . La déclaration d'illégitimité des tribunaux, des jurys et de tout autre organe pénal ou administratif ayant prononcé des condamnations pendant la guerre civile pour des motifs de convictions politiques, idéologiques ou religieuses (art. 2).
- . De même, il déclare l'illégitimité des juridictions spéciales créées par la dictature pour être contraires aux exigences du droit à un procès équitable (art. 3). Au-delà de la signification politique, il s'agit d'un précepte juridique sans importance juridique car ces juridictions spéciales avaient déjà été abrogées par la disposition abrogatoire 3ème de la Constitution en 1978.
- . On est établie le droit d'obtenir des institutions publiques une déclaration de réparation et de reconnaissance personnelle à ceux qui, pendant la guerre civile et la dictature, ont subi des condamnations à la répression pour des raisons de convictions politiques, idéologiques ou religieuses. Cependant, ce droit n'est pas un titre juridique qui implique une reconnaissance de la responsabilité patrimoniale de l'Etat ou de toute autre Administration (art. 5).
- . La loi établit également toute une série d'améliorations des pensions précédemment perçues par les victimes en vertu de la loi sur le budget de l'État, ainsi que des avantages fiscaux (art. 5 à 10).
- . L'un des aspects les plus graves et les plus dramatiques de la guerre civile et de la dictature qui n'a pas encore été résolu est l'existence d'un nombre incalculable de disparus du fait de la violence politique (art. 11 à 14). En fait, l'Espagne continue d'être l'État qui compte le plus de disparus non identifiés en raison de son passé politique violent. Dans cet aspect sensible pour la dignité collective, la Loi fait encore preuve d'une prudence politique exacerbée, car la localisation et l'identification des victimes n'est possible qu'à l'initiative de leurs familles. Dans le cas contraire, les Administrations Publiques n'interviennent pas. A cette prudence de la loi, il faut ajouter que lorsque le Parti populaire est revenu au gouvernement, il a refusé toute allocation budgétaire pour l'application de cette loi.

- . Une autre question pertinente de la politique mémorielle a été la référence aux symboles et documents publics. Toutes les villes et villages n'ont pas fait disparaître les symboles de la dictature. Cela a pris de nombreuses années et dans certains cas, à titre d'exemple, à Valence, la disparition de la statue de Franco de la place principale devant la mairie, a dû se faire la nuit, presque clandestinement. Actuellement, les références au caractère de la dictature n'ont pas disparu dans la signalisation urbaine des rues et des places. La loi a abordé cette question en établissant que les administrations publiques, dans l'exercice de leurs attributions, prendront les mesures appropriées pour retirer les blasons, insignes, plaques et autres objets ou mentions commémoratives d'exaltation, personnelle ou collective, du soulèvement militaire, de la guerre civile et la répression de la dictature (art. 15).

Un symbole de la dictature toujours présent est la soi-disant Vallée des morts. Comme nous avons évoqué auparavant il s'agit une gigantesque crypte construite par la dictature à la plus grande gloire de Franco et de son régime, où se trouvent les restes des personnes tuées pendant la guerre civile. Dernièrement, un contentieux judiciaire a été engagé par des proches de victimes républicaines pour les identifier et les enterrer dignement. En juin 2022, la Cour supérieure de justice de Madrid a accepté de lever les sursis qui empêchait l'exhumation des restes des victimes de la guerre civile et de la dictature franquiste enterrées dans la vallée des morts, sachant que la portée de l'intervention du permis n'entraînerait pas "*une transformation urbaine irréversible des cryptes*", ce qui était l'argument contre présenté par le conseil municipal de la Mairie de San Lorenzo del Escorial.

Traditionnellement, la Vallée des morts a été un lieu de concentration de franquistes et pour cette raison, la loi a établi que : « *Dans aucune partie de l'enceinte ne peuvent être commis des actes de nature politique ou exaltants de la guerre civile, de ses protagonistes ou de franquisme* » (art. 16.2). Cette interdiction a été violée à plusieurs reprises par l'ordre religieux attaché à la Basilique de la Vallée, devant l'indifférence et même la tolérance des gouvernements du Parti populaire.

Il a fallu attendre 44 ans, pour que le 24 octobre 2019, par décision du gouvernement du président Sánchez, la dépouille de Franco ait été exhumées et transférées de la vallée vers un cimetière privé.

- . La loi établit que le gouvernement, avec la collaboration des autres administrations publiques, doit établir un recensement des bâtiments et des travaux qui ont été effectués par des bataillons disciplinaires de punition pour les prisonniers républicains.
- . L'octroi de la nationalité espagnole aux volontaires qui composaient les Brigades internationales qui ont participé à la guerre civile en soutien à la République.
- . Reconnaissance publique des associations de victimes de la guerre civile.
- . La création du Centre de Documentation de la Mémoire Historique et le développement des Archives Générales de la Guerre Civile.
- . La réglementation du droit d'accès aux collections d'archives publiques et privées.
- . Enfin, la loi établit dans sa disposition d'abrogation, conformément à la disposition abrogatoire de la Constitution, l'abrogation de tout l'arsenal répressif que la dictature a approuvé contre l'opposant politique. Nonobstant, d'un point de vue juridique, ces dispositions avaient été déjà abrogées par la Constitution en 1978. Il s'agissait d'une mesure réitérative, qui ne s'entend que sur un plan symbolique.

Avec l'arrivée au gouvernement du Parti populaire en 2011, l'application de cette loi a été arrêté. Là encore, un changement d'exécutif était nécessaire en 2019 pour que des politiques publiques de mémoire démocratique soient élaborées. En effet, le gouvernement de coalition de gauche composé du PSOE et de *Podemos* est en train de faire approuver par le Parlement une nouvelle loi plus ambitieuse que la précédente.

#### 2.4. *Le projet de loi sur la mémoire démocratique*<sup>5</sup>

Ce projet de loi du gouvernement est dans un processus parlementaire très avancé pour être approuvé et dispose d'une majorité politique suffisante.

---

<sup>5</sup>Journal officiel des Cortes Generales (Congrès des députés). XIVe législature, du 14 juillet 2022, projets de loi série A. Numéro 64-5.

Cependant, le Parti populaire a déjà annoncé qu'en cas de victoire aux prochaines élections législatives en 2023, la première chose qu'il ferait serait d'abroger la loi mémoire démocratique <sup>6</sup>. La position politique de la droite espagnole à cet égard est la suivante : la nouvelle loi mémorielle rompt avec l'esprit de la transition ; autrement dit : avec le devoir d'amnésie politique accordé par tous le 1977.

A l'occasion du débat public suscité par le projet de loi, l'historien Julián Casanova a offert une réflexion qui expose très bien le contexte politique qui entoure la question des politiques de mémoire publique :

*« Pendant la transition, et dans la longue décennie de gouvernements socialistes qui a suivi, il n'y a pas eu de politique de réparation juridique et morale pour les victimes de la guerre et de la dictature. Non seulement les bourreaux présumés ont été tenus pour responsables, comme le prévoit la loi d'amnistie, mais rien n'a été fait pour honorer les victimes et retrouver leurs restes.*

*C'est pourquoi il est surprenant que lorsque le besoin de politiques de mémoire publique, comme cela s'est fait dans d'autres pays, a finalement commencé à se faire sentir parmi nous, près de trois décennies après la mort de Franco, il y ait eu un rejet énergique de ceux qui étaient le plus mal à l'aise avec la souvenir de la violence, sous prétexte que le germe de la discorde était en train d'être semé et que la coexistence et la réconciliation étaient mises en danger. Habités à l'impunité et à l'oubli du crime commis depuis le pouvoir, ils ont refusé, et refusent encore, de se souvenir du passé pour en tirer des leçons » (CASANOVA : 2022 : 11).*

Le projet de loi aborde les mêmes questions que la loi de 2007 avait prévues mais avec une plus grande ambition politique, et introduit quelques nouveautés importantes que nous allons maintenant exposer :

---

<sup>6</sup>La Vanguardia , du 9 juillet 2022.

- . Le Préambule exprime un engagement politique plus intense que la loi de 2007 afin de réparer la mémoire démocratique pour les raisons suivantes :

- . Les politiques de mémoire publique relèvent de la responsabilité de l'État.

- . Le devoir de réparation morale est établi à l'égard des personnes qui ont été persécutées, torturées, qui ont subi l'emprisonnement et celles qui ont perdu la vie pour la défense de la liberté.

- . Il décrit le comportement de l'armée le 18 juillet 1936 comme un coup d'État contre la République.

- . La Deuxième République était une tentative réformatrice visant à moderniser un pays très arriéré.

- . Pendant la guerre civile et la dictature, de très graves violations des droits de l'homme ont été commises. De même, la guerre civile espagnole a été le prologue des agressions commises par d'autres États qui seront plus tard jugées et condamnées par le Tribunal de Nuremberg .

- . On rappelle que la dictature franquiste a développé une politique de la mémoire visant à exalter les vainqueurs et à exclure et stigmatiser les vaincus, dans le cadre d'un État qu'elle qualifie de totalitaire.

- . Conformément à la clause d'ouverture du droit international établie à l'article 10.2 CE, il est déclaré que toutes les lois seront interprétées et appliquées conformément au droit international humanitaire.

- . Afin de promouvoir la recherche historique sans plus de restrictions que celles qui découlent de critères scientifiques, la jurisprudence constitutionnelle sur la liberté scientifique est invoquée dans son arrêt 43/2004 (FJ 5) pour affirmer que la recherche sur des événements effectués dans le passé par des personnes décédées doit prévaloir, dans sa diffusion publique, sur le droit à l'honneur de ces personnes lorsqu'elle est conforme aux usages et aux méthodes de recherche de la science historique.

- Gardant à l'esprit que la compétence d'élaborer des politiques de mémoire publique est une compétence partagée entre l'État et le reste des administrations publiques (Communautés autonomes et Entités locales), son articulation juridique doit être basée sur le principe de collaboration.
- Du dispositif du projet de loi, quatre aspects doivent être soulignés: les principes généraux, la détermination de la qualité de victime; politiques de mémoire publique et soutien aux entités mémorielles .
- 1) *Les principes généraux* .

- Le régime politique issu du coup d'État de 1936, c'est-à-dire la dictature de Franco, est déclaré illégal (art. 1.3).

- Il est prescrit que toutes les lois, y compris la loi d'amnistie de 1977, doivent être interprétées et appliquées conformément au droit international conventionnel et, en particulier, au droit international humanitaire, selon lequel les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et la torture sont considérés comme imprescriptibles. et ne peut faire l'objet d'une amnistie.

Ce changement législatif représente un défi juridique pour la Cour constitutionnelle et, bien entendu, pour la juridiction de droit commun. Car jusqu'à présent la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire invoquait la loi d'amnistie de 1977 pour rejeter les recours, par exemple, pour les crimes de torture commis par la police politique franquiste. Récemment, par une ordonnance du 15 septembre 2021, la majorité de l'assemblée plénière de la Cour constitutionnelle, avec le vote reserve de trois magistrats, a décidé de rejeter le recours présenté par Gerardo Iglesias, ancien secrétaire général du Parti communiste, pour violation du droit fondamental à la protection judiciaire. Selon l'appelant, au cours de la procédure judiciaire ordinaire relative à une plainte déposée contre le policier d'Oviedo, Honrado de la Fuente, pour crime présumé contre l'humanité et crime de torture. '

Par conséquent, le défi pour la Cour constitutionnelle sera de déterminer la portée de la clause d'ouverture de l'article 10.2 CE par rapport au caractère imprescriptible et non assujetti à l'amnistie de ces crimes, tel qu'établi par le droit international des droits de l'homme que l'Espagne a ratifié. Autrement dit: le cas échéant, le Tribunal devra déterminer si la volonté du législateur exprimée dans la nouvelle loi mémorielle sur le renvoi au droit international humanitaire est inconstitutionnelle. En ce sens, il ne faut pas oublier que la loi se limite à accueillir la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle les traités et conventions internationaux valablement signés par l'Espagne ont une valeur interprétative pour les tribunaux nationaux (Parmi d'autres, la sentence 236/2007).

- . 2) *La condition de victime.*

- . Le projet détaille avec une précision particulière toute une diversité des catégories de victimes : les morts, les personnes privées de liberté, torturées, exilées, ainsi que celles qui ont subi la répression économique ou en raison de leur condition sexuelle, ethnique ou linguistique, les enfants enlevés à leurs parents biologiques et membres du maquis (art. 3).

- . L'illégalité et l'illégitimité des tribunaux, des jurys et de tout autre organe pénal ou administratif qui, après le coup d'État de 1936, avaient été créés pour imposer, pour des raisons politiques, idéologiques, de conscience ou de conviction religieuses, des condamnations ou des sanctions caractère personnel est déclarée, ainsi que l'illégitimité et la nullité de ses résolutions.

Conformément à cette prescription légale, il sera désormais possible d'éviter des cas tels que, par exemple, en 2006, la Cour Suprême avait décidé, par trois voix contre deux, de refuser l'autorisation d'introduire un recours en révision contre le jugement qui avait condamné à mort en 1963 les anarchistes Joaquín Delgado et Francisco Granado, pour un crime qu'ils n'avaient pas commis. La famille de ces anarchistes avait déposé un recours alléguant que le



tribunal franquiste avait commis une erreur. Les auteurs du crime de terrorisme étaient d'autres qui pouvaient fuir à Paris. Ce n'est qu'un cas parmi des milliers.

-. Comme la Loi de 2007 avait déjà tenté de le faire, le projet crée un Registre national et un recensement des victimes.

-. 3) *Politiques publiques de mémoire démocratique.*

Le projet envisage un large catalogue de politiques publiques de mémoire et élargit celles prévues par la Loi de 2007. Elles consistent essentiellement en les éléments suivants (art. 16 à 27) :

- . Reconnaissance de la mémoire démocratique des femmes.
- . L'approbation d'un Plan Mémoire pour quatre ans, organisé par un Conseil Territorial de la Mémoire Démocratique en tant qu'organe de coopération entre toutes les administrations publiques.
- . Le droit des victimes à la vérité est reconnu dans le cadre du débat historique et conformément aux critères d'interprétation contenus dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle 43/2004 (FJ 5) déjà cité.

En ce qui concerne la question controversée du droit à la vérité et du droit à l'oubli, il est nécessaire de souligner un fait récent. L'Audience Nationale, une juridiction nationale, a rejeté la demande de droit à l'oubli présentée par les descendants d'un militaire franquiste qui faisait partie du tribunal qui a condamné à mort le poète communiste Miguel Hernandez.<sup>7</sup> Cet écrivain est mort en prison en 1942 des suites de la tuberculose et des mauvais traitements qu'il a subis.

-. Dans le cadre de ce droit à la vérité, un protocole de localisation et d'identification des personnes disparues est établi et la création d'une

---

<sup>7</sup> *El Diario. es*, le 5 août 2022.

Banque Nationale d'ADN des victimes de la guerre et de la dictature. Contrairement à la loi de 2007, désormais la recherche des disparus appartiendra à l'État.

- . Un Centre de Documentation sur la Mémoire Historique est créé.
- . Un Procureur de la République est créé afin qu'il puisse agir dans les processus liés aux Droits de l'Homme et à la Mémoire Démocratique.
- . Le devoir de mémoire est spécifié dans la suppression des symboles et des actes contraires à la mémoire démocratique qui évitent des situations comme celle qui s'est récemment produite à Madrid : le maire (PP) a autorisé qu'une rue de la capitale soit étiquetée avec le nom d'un militaire (Millán Astray ) qui avait fait partie des putschistes de Franco au début de la dictature, alors qu'au même moment et par contre, la Mairie de Paris donnait le nom de « *Victimes du Franquisme* » à une rue du quartier Saint Denis.
- . Sans préjudice de l'exercice du droit de réunion pacifique et sans armes tel comme est prévu para la Constitution, sont considérés comme actes contraires à la mémoire démocratique les actes accomplis en public qui discréditent, méprisent ou humilient les victimes ou leurs familles, et impliquent l'exaltation personnelle ou collective, de la soulèvement militaire, de la guerre ou de la dictature, de ses dirigeants, des participants au système répressif ou des organisations qui ont soutenu le régime dictatorial.
- . Les distinctions, décorations et titres de la dictature sont supprimés.
- . Des actions de révélation, de reconnaissance et de réparation symbolique sont également prévues.
- . La déclaration des lieux de mémoire démocratique. Et plus précisément, en ce qui concerne le monument franquiste du "*Valle de los Caídos*", à partir de la Loi sera appelé « *Valle de Cuelgamuros* », en tant que lieu de mémoire démocratique destiné à faire connaître les circonstances de sa construction (par le travail forcé des prisonniers républicains dans des conditions d'esclavage), la période historique

dans laquelle elle s'insère et sa signification, afin de renforcer les valeurs constitutionnelles et démocratiques.

Seules les dépouilles mortelles des personnes décédées à la suite de la guerre peuvent se trouver dans la vallée de Cuelgamuros, en tant que lieu de reconnaissance, de commémoration, de mémoire et d'hommage aux victimes qui y sont enterrées. De même, toute dépouille mortelle occupant une place prééminente dans l'enceinte sera déplacée, comme c'est encore le cas du leader fasciste José Antonio Primo de Rivera. De même, la *Fondation Santa Cruz del Valle de los Caídos* est déclarée éteinte, car ses objectifs sont incompatibles avec les principes et valeurs constitutionnels.

- *Le soutien aux entités mémorielles.*

Malgré les longues années d'inaction de l'État, l'activité des entités privées vouées à la préservation de la mémoire démocratique a été très importante. Le projet de loi a intégré cette réalité dans son contenu à travers la création du Conseil de la Mémoire Démocratique (art. 56 à 58), en tant qu'organe consultatif et participatif des entités mémorielles .

Il convient de noter qu'il est surprenant et déconcertant que la "*Fondation Francisco Franco* " existe toujours légalement en Espagne, qui, entre autres activités, conserve les archives personnelles du dictateur. Le Projet entend prévenir cette situation en établissant comme cause d'extinction, non pas l'idéologie, mais l'activité de ces fondations qu'ont des fins contraires à l'intérêt général. A ces fins, est considérée comme contraire à l'intérêt général la défense du franquisme qui prône le coup d'Etat et la dictature ou prône ses dirigeants, avec mépris et humiliation de la dignité des victimes de coup d'Etat, de guerre ou du franquisme, ou l'incitation directe ou indirecte à la haine ou à la violence à leur encontre en raison de leur qualité (sixième disposition additionnelle). Autrement dit, la cause de la dissolution n'est pas l'idéologie elle-même - aussi méprisable soit-

elle - mais le comportement, l'expression publique visant à provoquer des attitudes violentes

Le projet fait référence à un amendement à venir de la loi organique 1/2022 sur le droit d'association, qui établit comme motifs de dissolution les raisons susmentionnées pour lesquelles une fondation est contraire à l'intérêt général (septième disposition additionnelle).

Enfin, tenant compte du fait que la pratique de la violence politique n'a pas complètement disparu avec l'approbation de la Constitution, le Projet prévoit la création technique " *d'une étude sur les violations présumées des droits de l'homme des personnes pour leur lutte pour la consolidation de la démocratie, des droits fondamentaux et les valeurs démocratiques, dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978 et le 31 décembre 1983, en indiquant les voies possibles de leur reconnaissance et de leur réparation* » (disposition additionnelle 16).

À cet égard, le Gouvernement, dans un délai d'un an, désignera une commission technique qui prépare une étude sur les hypothèses de violation des droits des humains aux personnes pour leur lutte pour la consolidation de la démocratie, des droits de l'homme valeurs dans les premières du régime démocratique.

## ***Bibliographie***

ALONSO GARCÍA, E. (1984). La interpretación de la Constitución. CEC. Madrid.

BORRAJO INIESTA, I. (2018). "Comentario al apartado tercero. La derogación constitucional". En: Comentarios a la Constitución española. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde). Tomo II, BOE/Wolters Kluwer, Madrid, pp.2002-2017.

GARCÍA CÁRCEL, R. (2013). La herencia del pasado. Las memorias históricas de España. Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores. Barcelona.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). La ejecución autonómica de la legislación del Estado. Civitas, Madrid.

HERRERO DE MIÑÓN, M. (2018). "Preámbulo". En: Comentarios a la Constitución española. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde). Tomo I, BOE/Wolters Kluwer, Madrid, pp. 3-9.

TÉBAR HURTADO, J. (2018). "Memoria històrica". En: Diccionario de la memòria col·lectiva (Ricard. Vinyes, Dr.). Gedisa, Barcelona, pp. 290-291.

TUDELA ARANDA, J. (2018). " Los derechos históricos". En: Comentarios a la Constitución española. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde). Tomo II, BOE/Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1892-1907.



XXXVIII<sup>e</sup> TABLE RONDE INTERNATIONALE DE JUSTICE  
CONSTITUTIONNELLE COMPARÉE

« CONSTITUTION, HISTOIRE ET MÉMOIRE »

RAPPORT NATIONAL  
(GRÈCE)

– PROVISoire –

Constantin Yannakopoulos

*Professeur de la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes*  
*Professeur invité à l'Université Jean Moulin – Lyon 3*  
*Ancien référendaire à la Cour de justice des communautés européennes*  
*www.cyannakopoulos.gr*

INTRODUCTION

Comme toute norme juridique, la Constitution devrait être conçue comme un *fait institutionnel* qui est créé, soutenu, réalisé et élaboré par un ensemble d'institutions sociales agissant entre elles. En acceptant la complémentarité et l'interdépendance entre le *droit* et le *fait*, qui se totalisent dans la *praxis* humaine, et en érigeant la dimension temporelle en une coordonnée primordiale des phénomènes juridiques, l'analyse institutionnelle rompt avec l'idée de l'intemporalisation du droit à laquelle débouchent aussi bien les courants jusnaturalistes, pour lesquels le droit, valeur absolue, attachée à un événement fondateur, tel le mandat divin, échappe au temps historique pour rayonner dans un présent éternel, que le positivisme normativiste et le positivisme technique de la dogmatique juridique, qui réduisent l'existence du droit « à un moment donné ». En tant que fait institutionnel, la Constitution et toute autre norme juridique existent dans une interaction dialectique récursive avec le temps des faits sociaux. Tout en étant un ensemble de normes idéelles qui tendent à dominer la réalité sociale, à s'appropriier le temps des faits sociaux, la Constitution est aussi ordonnée par ces faits et colorée par leurs diverses temporalités dont les périodisations possibles sont souvent très loin de l'image d'un temps homogène réduit à la succession linéaire : passé-présent-futur<sup>1</sup>.

C'est à travers le prisme de cette dialectique institutionnelle qu'il conviendrait d'aborder la question plus spécifique des rapports de la Constitution avec le temps passé des faits sociaux et les appréhensions différentes de ce temps que constituent l'histoire et la mémoire. En effet, le temps passé ne fait pas seulement l'objet de la science de l'histoire, c'est-à-dire d'un procédé de connaissance et de reconstruction narrative qui est censé obéir

---

<sup>1</sup> Voir C. Yannakopoulos, « L'apport de la notion de fait administratif institutionnel à la théorie du droit administratif », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1997/1 (Volume 38), p. 17 s. [<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-1997-1-page-17.htm>].

à une méthodologie prédéterminée et aspirer à une certaine objectivité. Il est aussi toujours revendiqué par la mémoire, qui relève de l'intuition, du subjectivisme et du volontarisme et qui cherche plutôt à engager l'identité de groupes sociaux, larges ou plus étroits (États, Nations, Églises, partis politiques), et à reconstruire leur unité, en réconciliant leurs membres, en réprimant quelques acteurs, en effaçant les traces d'injustices historiques ou en consolidant quelques croyances. Cela étant, tout en tendant de s'appropriier le passé, la Constitution est saisie par celui-ci et les tensions que l'histoire et la mémoire engendrent.

D'une part, la Constitution est, par définition, le produit du passé<sup>2</sup>. Cela vaut tant pour le concept de Constitution que pour ses diverses concrétisations, qui trouvent dans l'histoire le fondement et les limites de leur validité et de leur légitimité. À partir de la fin du XVIIIe siècle, le concept de Constitution et son corollaire, le constitutionnalisme, sont devenus les symboles de la modernité juridique, de l'idée de la souveraineté de l'État national qui reflétait la nouvelle corrélation des forces sociales et politiques visant à assurer la participation de la bourgeoisie à l'exercice du pouvoir politique<sup>3</sup>. De même, la Constitution de chaque État national a reflété la corrélation des forces sociales et politiques qui y co-existaient. C'est pourquoi il y a lieu de rechercher dans l'histoire les sources et l'interprétation du droit constitutionnel. Or, l'histoire n'est pas linéaire et reste souvent prisonnière des mémoires collectives. Elle est pleine de conversions et de contradictions, d'ambiguïtés, de particularités et d'exceptions, toutes entretissées dans les institutions constitutionnelles. D'ailleurs, en raison de la longue validité de leurs textes et de leurs interprétations, ces institutions captent des strates d'évolutions économiques, sociales et politiques, créant un palimpseste de fonctions, d'usages et de connotations souvent méconnaissables et, en tout cas, difficile à lire pour beaucoup de leurs interprètes ultérieurs<sup>4</sup>. Qui plus est, presque aucune Constitution n'est formée sur la base d'une volonté unique ou d'un seul coup. Elle accumule des mémoires et des moments historiques

<sup>2</sup> Voir aussi A. Manassis, « La Constitution au seuil du XXIe siècle » (en grec), in A. Manassis, *Théorie et pratique constitutionnelles (1980-2000)* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2007, p. 113 s., not. p. 115.

<sup>3</sup> Voir, à titre indicatif, G. Kassimatis, *Les bases d'interprétation du droit et de la Constitution* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2022, not. p. 2 s. et p. 14 s..

<sup>4</sup> Ainsi, dans le constitutionnalisme moderne, qui suit l'évolution et les crises du phénomène étatique, on peut distinguer la survivance des standards et motifs de la féodalité médiévale dont la reviviscence a concouru à la déréglementation du constitutionnalisme actuel et à l'apparition d'un *constitutionnalisme néo-féodal*. Le constitutionnalisme néo-féodal dénote la régression des valeurs du constitutionnalisme moderne en raison de la reviviscence des standards ou motifs du féodalisme médiéval. Il s'agit des standards ou motifs que le constitutionnalisme moderne n'avait pas totalement surmontés et qui ont été ravivés dans le cadre des politiques néolibérales de libéralisation des marchés et du commerce international, de l'européanisation du droit national, du développement de la technologie et des crises successives de ces dernières années. Parmi ces standards ou motifs se situent notamment le dogme de la souveraineté partagée, la désorganisation des pouvoirs publics, la multiplication des conflits entre centres de pouvoir multi-niveaux, la limitation des possibilités de promotion sociale des individus dans un régime de paix, de sécurité et de méritocratie, le passage d'un système de gouvernement fondé sur la loi à un système de gouvernance fondé sur des liens contractuels de loyauté et de dépendance, l'expansion de l'instrumentalisation du droit, la privatisation croissante des pouvoirs publics, l'hybridation du droit public et du droit privé, la liquidation du droit considéré, dès nos jours, comme enraciné dans les traditions communes des États européens et devenant l'objet d'une négociation constante par une communauté d'interprètes qui, en régime d'état d'urgence perpétuel, se disputent en vain pour le privilège d'avoir le dernier mot, ainsi que l'affaiblissement de la justice au profit d'un « clergé » aujourd'hui technocratique et aidé par les médias et les réseaux sociaux, qui revendique le titre d'authentique interprète du droit. Voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2022.



nombreux et variés, ce qui explique ses contradictions issues de réglementations d'une même période historique, mais surtout de réglementations entrées dans son texte révisé à des moments historiques différents<sup>5</sup>.

D'autre part, la Constitution a toujours l'intention de saisir le passé, d'en imposer, en réalité, une certaine version. Elle permet aux pouvoirs publics de légiférer sur l'histoire, qu'il s'agisse de la sauvegarde des libertés d'expression, de recherche et d'enseignement sur celle-ci ou de la mise en place d'un encadrement de ces libertés par l'introduction de différents devoirs « de mémoire » ou « d'oubli » qui cherchent à bâtir une certaine mémoire collective. Cette juridicisation du passé peut théoriquement osciller entre deux extrémités, un libéralisme pur, qui érige le droit constitutionnel en tiers impartial des revendications mémorielles, et un totalitarisme, qui érige un récit historique en vérité officielle absolue et remplace l'histoire par le droit. En pratique, les institutions constitutionnelles n'ont presque jamais servi le libéralisme pur, le défi mémoriel semblant être inhérent au pouvoir constituant et à l'interprétation constitutionnelle. Ainsi, en vue notamment de faire connaître et reconnaître les souffrances liées aux grands crimes des totalitarismes du XXe siècle, le constitutionnalisme européen actuel s'est de plus en plus éloigné de l'impartialité historique pour faire montre d'un activisme mémoriel<sup>6</sup>.

Derrière ces rapports complexes entre la Constitution, l'histoire et la mémoire se profile le grand débat du rapport entre le pouvoir et la vérité, toute vérité, aussi bien historique que juridique. La vérité historique, l'objet de la science de l'histoire, ne doit pas se confondre avec la mémoire, mais elle la présuppose. Dans la mythologie grecque, *Mnémosyne*, la déesse de la mémoire, était la mère de *Clio*, de la muse de l'histoire. En face de *Mnémosyne*, se trouvait *Léthé*, fille d'*Éris* (la Discorde) et la personnification de l'oubli. Frères et sœurs de *Léthé* étaient, entre autres, *Algos* (la Douleur), *Pseudea* (les Mensonges), *Amphillogiai* (les Conflits) et *Dysnomia* (l'Anomie). Par ailleurs, en grec, le mot *Léthé* (*Λήθη*), c'est-à-dire *oubli*, est situé au cœur du mot *alètheia* (*ἀλήθεια*), qui signifie *vérité*. Ainsi, en grec, la vérité est ce qui ne peut pas être oublié<sup>7</sup>. Comme le relèvent les parentés mythologiques susmentionnées, l'oubli est le plus souvent associé à une pathologie. Or, si la lutte de la mémoire contre l'oubli est fondamentale et conditionne même la lutte de l'homme contre le pouvoir<sup>8</sup>, l'oubli peut, le cas échéant, compléter le travail de mémoire, rétablir la cohésion après des périodes de crise. D'ailleurs, dans la mythologie grecque, *Léthé* était aussi le nom d'un fleuve qui coulait dans les enfers de façon adjacente à la fontaine de *Mnémosyne* et dont l'eau était donnée aux âmes disparues afin qu'elles oublient leur vie antérieure et soient prêtes à des nouvelles réincarnations. Administrer donc la mémoire et l'oubli peut révéler la vérité historique et concilier les individus, les groupes sociaux et les institutions publiques avec elle, mais aussi manipuler cette vérité, conduire aux mensonges et même à l'anomie. En administrant la mémoire et l'oubli, la Constitution met en jeu la

<sup>5</sup> Voir E. Venizélos, *Cours de droit constitutionnel* (en grec), Nouvelle Édition, Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2021, p. 5.

<sup>6</sup> Voir A. Macaya Lizano, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, Droit, Université Panthéon - Sorbonne - Paris I, 2014 [https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01982171].

<sup>7</sup> Le mot *ἀλήθεια* est construit par le préfixe privatif « *a-* », qui signifie « non », et le mot « *λήθη* », qui signifie « oubli ».

<sup>8</sup> Voir M. Kundera, *Le livre du rire et de l'oubli*, Folio, 1987, p. 5 : « La lutte de l'homme contre le pouvoir est la lutte de la mémoire contre l'oubli ».

vérité historique et, dans la mesure où cette vérité co-détermine les sources et l'interprétation du droit constitutionnel, la Constitution met ainsi en jeu sa propre vérité, sa signification, sa validité et sa légitimité.

En Grèce, la Constitution de 1975, qui est actuellement en vigueur à la suite de ses révisions de 1986, de 2001, de 2008 et de 2019, a été adoptée après la chute de la dictature et a rétabli le régime démocratique<sup>9</sup> en optant pour une unité politique fusionnant l'État de droit libéral avec l'État de droit social<sup>10</sup>. Le nouveau régime a rompu avec l'ancien<sup>11</sup>, ce qui a nécessité une série de dispositions constitutionnelles transitoires<sup>12</sup>, dont nombreux ont perdu leur objet et ont été abrogées lors de la révision de 2019<sup>13</sup>. La Constitution de 1975 a été votée dans un climat de réconciliation nationale marquée par la légalisation du Parti communiste, interdit en 1947, lors du déclenchement de la guerre civile. C'est une Constitution démocratique dotée pourtant d'éléments d'esprit conservateur et quasi-autoritaire<sup>14</sup>. Elle contient des dispositions complémentaires quoique, parfois, contradictoires, qui reflètent des compromis sociopolitiques difficiles. Les valeurs de l'individualisme coexistent avec celles de l'intérêt général et d'un communautarisme pluriel. L'initiative économique privée, garantie par l'article 5, paragraphe 1<sup>15</sup>, ne peut pas se développer « *au détriment de la liberté et de la dignité humaine, ni au préjudice de l'économie nationale* »<sup>16</sup> et reste conditionnée par l'interventionnisme de l'État qui « *dans le but de consolider la paix sociale et de protéger l'intérêt général, [...] planifie et coordonne l'activité économique dans le Pays en vue d'assurer le développement économique de tous les secteurs de l'économie nationale* »<sup>17</sup>. Le sujet de droit est expressément conçu à la fois comme individu et membre du corps social<sup>18</sup>, comme citoyen<sup>19</sup>, comme bénéficiaire de droits individuels, sociaux et politiques et, en même temps, comme porteur d'obligations fondamentales<sup>20</sup>, comme membre à la fois de la société politique des Grecs<sup>21</sup> et d'une société démocratique plus vaste qui accepte et protège « tout un chacun », y compris les étrangers<sup>22</sup>, à la fois

<sup>9</sup> Voir K. Mavrias, *Transition démocratique et changement constitutionnel en Europe du Sud : Espagne, Grèce, Portugal*, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Komotini, 1997.

<sup>10</sup> Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, Sakkoulas Publications, Athènes-Salonique, 2019, n° 15.

<sup>11</sup> Voir N. Alivizatos, *La Constitution et ses ennemies dans l'histoire de la Grèce moderne 1800-2010* (en grec), Éditions Polis, 2011, p. 489 s., not. p. 495, où l'auteur note que la transition démocratique de 1974 « ...posa les conditions d'un nouveau départ constitutionnel, débarrassé des misères et des maux qu'avaient accumulés, à partir de 1915, le Schisme national et puis la Guerre civile. Il ne serait donc pas exagéré de dire que, comme cela s'est passé pour d'autres manifestations de la vie publique du pays, pour notre histoire constitutionnelle, la transition démocratique de 1974 a été à la fois la fin d'une période douloureuse et le début d'une autre ».

<sup>12</sup> Voir les articles 111 à 119 de la Constitution de 1975.

<sup>13</sup> Voir les articles 112, par. 4, 113, 114 et 115 de la Constitution de 1975.

<sup>14</sup> Voir A. Manassis, « L'évolution des institutions politiques en Grèce : à la recherche d'une légitimité difficile » (en grec), in A. Manassis, *Théorie et pratique constitutionnelles (1980-2000)*, op. cit., p. 208.

<sup>15</sup> « Chacun a le droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique et politique du pays, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou aux bonnes mœurs ni ne viole la Constitution ».

<sup>16</sup> Voir le par. 2 de l'art. 106.

<sup>17</sup> Voir le premier alinéa du par. 1 de l'art. 106.

<sup>18</sup> Voir l'art. 25, par. 1.

<sup>19</sup> Voir l'art. 53, par. 1.

<sup>20</sup> Voir les articles 4 à 25 et l'art. 120, par. 2.

<sup>21</sup> Voir l'art. 4, par. 1.

<sup>22</sup> Voir l'art. 5, par. 2.

comme individu sollicitant l'épanouissement de sa personnalité<sup>23</sup> et citoyen dévoué à la Patrie et à la République<sup>24</sup>. Le sujet de droit se voit aussi avoir un devoir de respect<sup>25</sup> de la Constitution voire de fidélité pour ce qui est des fonctionnaires<sup>26</sup> et d'obéissance quant aux universitaires<sup>27</sup>. Qui plus est, la Cité (*Politeia*) démocratique instaurée par la Constitution de 1975 est fondée sur la souveraineté du peuple<sup>28</sup> et, bien qu'elle soit fortement imprégnée d'éléments identitaires à caractère national<sup>29</sup> et religieux<sup>30</sup>, elle est en même temps ouverte à la communauté internationale<sup>31</sup> et, depuis la révision de 2001, expressément à la participation au processus de l'unification européenne<sup>32</sup>. Cette multitude de dipôles normatifs, qui trouvent leur origine dans des moments différents de l'histoire constitutionnelle et politique grecque tant tourmentée, appellent les interprètes de la Constitution à procéder à une administration subtile de la mémoire et de l'oubli, pratiquement à concilier souvent l'inconciliable. Cela explique les conflits perpétuels entre ces interprètes, lesquels ont généralement du mal à pratiquer le « nombre duel » auquel est rédigé le texte constitutionnel. Ces conflits interprétatifs rendent pourtant la Constitution grecque de 1975 un champ privilégié pour étudier l'interaction dialectique susmentionnée entre l'historicité (I) et le défi mémoriel (II) du droit constitutionnel.

## I. L'HISTORICITÉ DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Le droit constitutionnel est ancré dans son histoire, ce qui n'implique pas l'acceptation d'un déterminisme historique<sup>33</sup>. Si le passé ne détermine pas le présent, sa prise en compte éclaire pour autant la formation et la signification des normes constitutionnelles, car, en Grèce, comme ailleurs, l'historicité du droit constitutionnel porte aussi bien sur ses sources (A) que sur son interprétation (B).

### Les sources du droit constitutionnel

Le recours au passé, l'ancienneté et la permanence sont porteurs d'une certaine force créatrice qui permet de légitimer, d'expliquer la formation ou même de reconnaître comme valides non seulement les règles constitutionnelles écrites, mais aussi les sources non écrites du droit constitutionnel, voire l'ordre constitutionnel national dans son ensemble<sup>34</sup>.

Tout d'abord, c'est le texte constitutionnel lui-même qui cherche parfois explicitement une légitimation de ses dispositions dans le passé. En droit constitutionnel grec, il y a des dispositions constitutionnelles qui présentent un contenu symbolique et idéologique dense et dont la normativité a été mise en question du fait de la fonction mémorielle contestée

<sup>23</sup> Voir l'art. 5, par. 1.

<sup>24</sup> Voir l'art. 120, par. 2.

<sup>25</sup> Voir l'art. 120, par. 2.

<sup>26</sup> Voir l'art. 103, par. 1.

<sup>27</sup> Voir l'art. 16, par. 1.

<sup>28</sup> Voir l'art. 1, par. 1 et 2.

<sup>29</sup> Voir not. les articles 1, par. 3, 16, par. 2, 21, par. 1, 25, par. 4, et 51, par. 2.

<sup>30</sup> Voir le préambule et les articles 3 et 16, par. 2.

<sup>31</sup> Voir l'art. 2, par. 2.

<sup>32</sup> Voir les déclarations interprétatives sous les articles 28 et 80.

<sup>33</sup> Voir A. Macaya Lizano, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, op. cit., p. 49.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 50 s..

qu'une certaine interprétation constitutionnelle a voulu fonder sur elles<sup>35</sup>. C'est le cas du Préambule de la Constitution de 1975<sup>36</sup>, qui n'est pas un préambule classique mais un frontispice qui répète l'invocation religieuse faite dans la première Constitution de la Révolution grecque de 1822 et rappelle la contribution de la religion chrétienne orthodoxe à la formation de l'identité historique et culturelle de la Grèce<sup>37</sup>. Dans le même sens, il convient de citer l'article 3 de la Constitution de 1975, qui régit les rapports entre l'État grec, l'Église autocéphale de Grèce et le Patriarcat œcuménique de Constantinople et dont le paragraphe 1 reprend la disposition d'ouverture de toutes les Constitutions grecques précédentes (1844, 1864, 1911, 1927 et 1952) selon laquelle « [I]a religion dominante en Grèce est celle de l'Église orthodoxe orientale du Christ »<sup>38</sup>. En plus, il ne faut pas passer outre le paragraphe 3 de l'article fondamental 1 concernant la forme du régime politique, qui dispose, entre autres, que tous les pouvoirs existent non seulement pour le « Peuple » mais aussi pour la « Nation »<sup>39</sup>, celle-ci étant « un concept transcendant basé sur la conscience collective de ses membres, qui émerge à travers une histoire commune, une culture commune, des aspirations communes »<sup>40</sup>.

Ensuite, comprendre la formation du texte constitutionnel actuel serait parfois impossible sans recourir à l'histoire constitutionnelle. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 41 de la Constitution de 1975 dispose que « [I]e président de la République dissout la Chambre des députés sur proposition du gouvernement qui a obtenu un vote de confiance, afin de renouveler le mandat populaire pour faire face à une question nationale d'importance exceptionnelle », mais « [I]a dissolution de la nouvelle Chambre pour la même question est exclue ». Par ailleurs, le paragraphe 4 du même article prévoit qu'en principe « [u]ne Chambre des députés élue après dissolution de la Chambre précédente ne peut être dissoute avant qu'une année ne se soit écoulée à compter du début de ses travaux ». Les racines de ces dispositions constitutionnelles remontent en 1915, quand, en raison du désaccord entre le premier ministre El. Vénizelos et le roi Constantin au sujet de la position de la Grèce pendant la Première Guerre mondiale, le roi a dissous le Parlement deux fois de suite afin d'obtenir une composition parlementaire compatible avec ses propres positions sur la neutralité du pays. Comme le souligne S. Vlachopoulos, « si vous ne savez pas ce qui s'est passé en 1915 avec la double dissolution du Parlement pour que Constantin impose sa thèse concernant la position de la Grèce dans la Première Guerre mondiale, vous ne pouvez pas comprendre l'origine historique et la raison d'être de dispositions constitutionnelles telles que celles de l'article 41, paragraphe 4, alinéa 2, et paragraphe 4, de la Constitution actuelle sur l'interdiction d'une seconde dissolution prématurée consécutive du Parlement pour faire face à la même question nationale d'importance exceptionnelle et sur la limitation de

<sup>35</sup> Voir *infra*, n° 32 s..

<sup>36</sup> « Au nom de la Trinité Sainte, Consubstantielle et Indivisible ».

<sup>37</sup> Voir I. Konidaris – G. Androutsopoulos, « Préambule » (en grec), in F. Spyropoulos – X. Contiades – Ch. Anthopoulos – G. Gerapetritis (dir.), *Constitution. Interprétation article par article* (en grec), Centre de droit constitutionnel européen, Éditions Sakkoulas, Athènes-Salonique, 2017, p. 1 s..

<sup>38</sup> Voir I. Konidaris – G. Androutsopoulos, « Article 3 » (en grec), in F. Spyropoulos – X. Contiades – Ch. Anthopoulos – G. Gerapetritis (dir.), *Constitution. Interprétation article par article*, op. cit., p. 35 s., E. Venizélos, *La Démocratie entre conjoncture et Histoire. Attentes et risques de la révision de la Constitution* (en grec), Éditions Pataki, 2018, p. 244 s. et p. 450 s..

<sup>39</sup> « Tous les pouvoirs émanent du Peuple, existent pour lui et la Nation et sont exercés ainsi qu'il est prescrit par la Constitution. ».

<sup>40</sup> Voir F. Spyropoulos, « Article 1 » (en grec), in F. Spyropoulos – X. Contiades – Ch. Anthopoulos – G. Gerapetritis (dir.), *Constitution. Interprétation article par article*, op. cit., p. 5 s. not. p. 14, n° 40.

la possibilité de sa nouvelle dissolution prématurée avant qu'une année ne se soit écoulée. De ce point de vue, les sciences du droit constitutionnel et de l'histoire gagnent en importance l'une pour l'autre, ce qui confirme une fois de plus la nécessité d'une approche interdisciplinaire »<sup>41</sup>. Par ailleurs, les racines de l'institution d'une Cour spéciale suprême chargée, par l'article 100, paragraphe 1, point e), de la Constitution de 1975, de résoudre d'éventuels conflits, en cas d'arrêts contradictoires des trois cours suprêmes, à savoir du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, devraient être recherchés au conflit jamais résolu des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation au sujet de la constitutionnalité de la « loi de nécessité » n° 1323/1949 concernant les transactions immobilières durant l'occupation allemande<sup>42</sup>. En outre, le paragraphe 3 de l'article 120 (« disposition finale ») de la Constitution de 1975, qui prévoit le droit et le devoir de résister par tous les moyens à quiconque entreprendrait d'abolir la Constitution par la violence, porte un poids historique considérable, car il reprend la disposition suivante, comprise dans toutes les Constitutions antérieures depuis 1844 : « [l]'observation de la Constitution est confiée au patriotisme des Hellènes ». Il est à signaler que le nombre « 1 – 1 – 4 », qui correspond au numéro de la « disposition finale » (article 114) de la Constitution de 1952 ayant elle-aussi repris la disposition historique susmentionnée sur le droit de résistance à l'abolition de la Constitution, était, dans les années '60, le slogan des manifestants se protestant contre le pouvoir royal et la dictature de 1967<sup>43</sup>.

Enfin, c'est dans le passé que remontent les critères de la validité des *coutumes constitutionnelles*, des *conventions de la Constitution* et des *sources indirectes du droit constitutionnel*.

*Primo*, en droit constitutionnel grec, une *coutume constitutionnelle* formée par une longue pratique uniforme (*consuetudo*) suivie d'une conviction de droit (*opinio juris* ou *necessitatis*) est acceptable lorsqu'elle est *complétive* (*consuetudo praeter legem*) et jamais suppressive, car la coutume suppressive (*consuetudo contra legem*) équivaut à une révision constitutionnelle non prévue par la Constitution<sup>44</sup>. Par exemple, l'édition des actes administratifs réglementaires en vertu d'une délégation législative, l'interdiction du

<sup>41</sup> Voir S. Vlachopoulos, « Les dimensions constitutionnelles du premier Schisme national » (en grec), in S. Vlachopoulos – E. Chatzivassiliou, *Dilemmes de l'histoire constitutionnelle grecque. XXe siècle. Un historien écrit sur la Constitution et un constitutionnaliste sur l'Histoire* (en grec), Éditions Patakí, 2018, p. 137 s., not. p. 144.

<sup>42</sup> Voir N. Alivizatos, *La Constitution et ses ennemies dans l'histoire de la Grèce moderne 1800-2010*, op. cit., pp. 337-338.

En vertu de la loi n° 1323/1949, les citoyens qui avaient été contraints de vendre leurs propriétés pendant la période d'occupation ont eu la possibilité de demander la déclaration de nullité desdits transferts. Cette loi, qui prévoyait de nombreuses exceptions en raison du climat de guerre civile de l'époque, a été jugée compatible avec la Constitution dans l'arrêt n° 334/1950 de la Cour de cassation, mais inconstitutionnelle dans l'arrêt n° 1277/1950 du Conseil d'État. À l'opposé de la Cour de cassation, le Conseil d'État a admis que les tribunaux sont tenus « d'examiner si les conditions formelles et essentielles nécessaires au sens du droit de nécessité pour l'exercice extraordinaire des fonctions législatives par le gouvernement étaient objectivement remplies ».

<sup>43</sup> Voir A. Pantélis, *Droit constitutionnel hellénique. Notions de base. Histoire constitutionnelle hellénique. Organisation de l'État. Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2018, not. p. 309 s..

<sup>44</sup> *Idem*, pp. 177-178. Voir aussi A. Manassis, « La coutume constitutionnelle » (en grec), in A. Manassis, *Théorie et pratique constitutionnelles (1954-1979)* (en grec), Éditions Sakkoulas, Salonique, 1980, p. 460 s., F. Spyropoulos, *Droit constitutionnel* (en grec), 2<sup>ème</sup> édition, Éditions Sakkoulas, Athènes-Salonique, 2018, p. 99 s., E. Venizélos, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 86 s..

contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la procédure législative et la tenue d'élections parlementaires par des gouvernements intérimaires étaient considérées comme des coutumes constitutionnelles, avant d'être implicitement supprimées et incorporées dans des dispositions constitutionnelles expresses de la Constitution de 1975<sup>45</sup>. D'ailleurs, une des caractéristiques les plus marquantes de l'ordre constitutionnel grec, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, était, lui aussi, considéré, avant sa consécration dans les textes constitutionnels<sup>46</sup>, comme une coutume constitutionnelle<sup>47</sup>.

*Secundo*, entre la simple *pratique* qui concerne l'interprétation et l'application des règles constitutionnelles<sup>48</sup> et la coutume constitutionnelle se situent les *conventions de la Constitution*, qui représentent la *morale constitutionnelle* et dont la violation, à l'opposé de la violation de la coutume, n'est pas soumise au contrôle juridictionnel mais, à l'opposé de l'écartement d'une simple pratique, peut être politiquement sanctionnée<sup>49</sup>. À titre indicatif, sont considérés comme des conventions de la Constitution le fait que le Président de la République est informé par le Président du Parlement sortant des résultats des élections et de la force des partis dans le nouveau Parlement avant l'engagement du processus de nomination du Gouvernement conformément à l'article 37 de la Constitution de 1975, ainsi que le principe de la confiance manifeste de la Chambre des députés et, par extension, le principe parlementaire, introduits en 1875 par une convention de la Constitution et incorporés désormais dans les dispositions de l'article 37 de la Constitution de 1975<sup>50</sup>.

*Tertio*, l'historicité du droit constitutionnel est également mise en exergue par la reconnaissance de ses sources indirectes, qui sont traditionnellement, d'une part, le *régime anglais* et, d'autre part, les *principes généraux des déclarations des droits et des Constitutions* qui sont votées pendant les Révolutions américaine et française et qui reflètent la philosophie politique du XVIII<sup>e</sup> siècle. Comme le souligne A. Pantélis, « [l]es Constitutions, matérielles et formelles, apparaissent au départ comme des pures créations des grandes révolutions. Le régime de la démocratie libérale, qu'elles consacrent, est ensuite adopté par d'autres États où les institutions du régime dominant ne sont pas autochtones. Là, elles ne deviennent compréhensibles que si l'on remonte aux sources historiques qui les ont formées. Il s'agit de sources matérielles auxquelles équivaut la démocratie libérale (...). Dans celles-ci, les constituants recherchent les institutions propres à réaliser leurs idéaux. (...) Sont issus du régime anglais principalement le système représentatif -c'est-à-dire la démocratie moderne elle-même-, la responsabilité des ministres et tout le système parlementaire. Sont issus des textes de deux Révolutions principalement la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs et la distinction entre Constitution et lois ordinaires. La protection des droits est

<sup>45</sup> Voir F. Spyropoulos, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 100.

<sup>46</sup> Voir la déclaration interprétative sous l'art. 5 de la Constitution de 1927 et les articles 93, par. 4, και 87, par. 2, de la Constitution de 1975.

<sup>47</sup> Voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois* (en grec), Éditions Sakkoula, Athènes – Salonique, 2013, n° 39.

<sup>48</sup> P. ex. les messages adressés au peuple par le Président de la République au Nouvel An ou à l'occasion des fêtes nationales ou le fait que le Président de la République n'a jamais exercé sa compétence prévue par l'article 42, par. 1, de la Constitution de 1975 de renvoyer à la Chambre des députés un projet de loi voté par elle.

<sup>49</sup> Voir A. Pantélis, *Droit constitutionnel hellénique. Notions de base. Histoire constitutionnelle hellénique. Organisation de l'État. Droits de l'homme*, op. cit., p. 190 s., F. Spyropoulos, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 100, E. Venizélos, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 88 s..

<sup>50</sup> Voir E. Venizélos, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 93.

garantie dans les deux sources indirectes »<sup>51</sup>. Dans le cadre de l'eupéanisation du droit grec, on pourrait désormais considérer que les traditions constitutionnelles communes des États membres de l'Union européenne constituent désormais elles-aussi des sources indirectes du droit constitutionnel grec, ancrées dans l'histoire de ces États et du processus de l'unification européenne<sup>52</sup>.

### L'interprétation constitutionnelle

L'ancrage dans le passé n'est pas déterminant uniquement s'agissant de la formation du droit constitutionnel. Il influence aussi son sens<sup>53</sup>. Le débat autour de l'historicité du droit constitutionnel marque l'interprétation constitutionnelle tant au niveau des *méthodes d'interprétation*, à travers surtout le recours à l'interprétation historique, qu'au niveau des *doctrines interprétatives*, notamment à travers les tensions entre les doctrines de l'interprétation dynamique de la Constitution -de la « Constitution vivante » (*living Constitution*)<sup>54</sup> ou, pour utiliser la terminologie de la doctrine grecque, de l'interprétation « historico-évolutive »<sup>55</sup>- et les doctrines de son interprétation statique, voire originaliste. Comme le relève A. Macaya Lizano, « le choix d'une méthode d'interprétation est avant tout guidé par la recherche d'un équilibre entre le respect de la volonté du constituant et la possibilité d'adapter et de concrétiser les normes constitutionnelles, caractérisées par leur texture ouverte. L'interprète cherche donc à combler le fossé entre la norme et la réalité sociale, sujette au changement, tout en assurant la protection de la Constitution démocratique. De cette façon, les différents outils mobilisés par les interprètes constitutionnels sont combinés afin de trouver un équilibre donnant plus ou moins d'importance, soit à l'intention du constituant, soit au changement constitutionnel »<sup>56</sup>.

D'une part, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, l'historicité du droit constitutionnel grec est mise en exergue avant tout à travers la recherche de la volonté réelle du pouvoir constituant. *L'interprétation historique* étudie l'intention du constituant, à travers les conditions historiques dans lesquelles la règle constitutionnelle a été promulguée. Le plus souvent, cette intention ne ressort pas du texte constitutionnel mais

<sup>51</sup> Voir A. Pantélis, *Droit constitutionnel hellénique. Notions de base. Histoire constitutionnelle hellénique. Organisation de l'État. Droits de l'homme*, op. cit., pp. 192-193.

<sup>52</sup> Sur ces traditions constitutionnelles communes, voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit., n° 112 s..

<sup>53</sup> Voir G. Kassimatis, *Les bases d'interprétation du droit et de la Constitution*, op. cit., p. 66, où l'auteur note que « [l]a dimension historique du contenu substantiel des principes socio-politiques du droit constitue le fondement réel de la connaissance de celui-ci en tant que système institutionnel de régulation de la société et de ses règles. Cette historicité ne s'entend certes pas au sens statique de l'École de l'Histoire, mais au sens du flux dialectique de l'histoire, qui tisse sans cesse le devenir historique et en lui le sens et la finalité du droit et de ses règles. Il forme constamment le contenu du "devoir être" et dirige l'imposition par l'État des règles institutionnelles de droit qui régissent les relations réelles de coexistence sociale existant dans chaque "lieu" social. Seul ce droit est socialement et démocratiquement légitimé. C'est à ce point précis que se trouve la distinction entre le but légitime ou illégitime et la validité ou la non-validité de la règle de droit, ainsi que la possibilité interprétative d'harmoniser la règle de droit à validité douteuse avec les principes fondamentaux de la légalité. ».

<sup>54</sup> Voir A. Vlachogiannis, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Classiques Garnier, 2014.

<sup>55</sup> Voir S. Vlachopoulos, *L'interprétation dynamique de la Constitution : l'adaptation du texte constitutionnel aux changements des circonstances* (en grec), Éditions Eyrassia, Athènes, 2014, p. 24 s..

<sup>56</sup> Voir A. Macaya Lizano, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, op. cit., pp. 75-76.

de faits extérieurs à celui-ci, notamment de ses travaux préparatoires et surtout des débats déroulés devant le Parlement<sup>57</sup>.

Ainsi, c'est en vertu d'une interprétation historique de l'article 29, paragraphe 1, de la Constitution de 1975 que le législateur n'est autorisé à prévoir ni l'interdiction ni la dissolution des partis politiques<sup>58</sup>. Plus précisément, contrairement aux ordres constitutionnels d'autres États, la Constitution grecque de 1975, telle qu'amendée et actuellement en vigueur, ne prévoit pas expressément l'interdiction ou la dissolution des partis. Bien que la formulation du premier paragraphe de l'article 29 encadre le droit de créer des partis ou d'y adhérer, en disposant que « l'organisation et l'activité [de ces partis] doivent servir le fonctionnement libre du régime démocratique »<sup>59</sup>, tant la jurisprudence<sup>60</sup> que la tendance dominante de la doctrine<sup>61</sup> admettent que le législateur n'est autorisé par cet article à prévoir ni l'interdiction ni la dissolution des partis politiques. Cette conclusion a été fondée sur les travaux préparatoires de la Constitution de 1975. Il a été pris en considération notamment que, bien qu'une disposition permettant l'interdiction des partis politiques ait été incluse dans le projet de Constitution déposé à l'époque par le Gouvernement, cette disposition a été supprimée lors des discussions en comité, ajoutée à nouveau à la proposition de l'Assemblée de la Commission de Constitution et, finalement, supprimée définitivement par l'Assemblée du Parlement<sup>62</sup>. Après la légalisation, le 22 septembre 1974, à la suite de la chute de la dictature des colonels, du Parti communiste de Grèce, le pouvoir constituant rétablissant le régime démocratique a finalement voulu rompre avec l'institution de l'interdiction des partis politiques qui, à l'époque, était liée aux seules persécutions et atrocités commises contre le Parti communiste de Grèce, ses membres et sympathisants<sup>63</sup>. Il a ainsi été admis que l'interdiction d'un parti politique équivaut négation du principe démocratique et que la lutte contre une force sociale et politique qui est capable de tenter de renverser le régime constitutionnel en place n'est pas une question juridique<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Voir F. Spyropoulos, *L'interprétation de la Constitution. Application ou dépassement de la méthodologie traditionnelle du droit ?* (en grec), Éditions Ant. N. Sakkoula, Athènes – Komotini, 1999, p. 57.

<sup>58</sup> Voir C. Yannakopoulos, « L'interdiction des partis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le cas de l'*Aube dorée* », in Y. Poirmeur (dir.), *La régulation des partis politiques*, Collection « Systèmes », LGDJ, 2019, σελ. 53 s., not. P. 57 s.

<sup>59</sup> L'art. 29, par. 1, dispose que « [l]es citoyens hellènes ayant droit de vote peuvent librement créer des partis politiques ou y adhérer ; l'organisation et l'activité de ces partis doivent servir le fonctionnement libre du régime démocratique. Les citoyens qui n'ont pas encore obtenu le droit de vote peuvent adhérer aux sections de jeunesse des partis. ».

<sup>60</sup> Voir les arrêts n° 2145/1979 du Conseil d'État de Grèce, n° 590/2009 de la Cour de cassation de Grèce et n° 65/2014 de la Section A1 (civile) de la Cour de cassation de Grèce.

<sup>61</sup> Voir Y. Drossos, *La place juridique des partis politiques en Grèce* (en grec), Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1982, pp. 213-219, G. Kassimatis, *Études I, 1975-1995* (en grec), Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1996, p. 201 s., not. p. 205, N. Alivizatos, « L'interdiction d'un parti politique est-elle permise ? » (en grec), *Le quotidien* (journal grec), 23 septembre 2012 ; *contra*, Ch. Anthopoulos, « Partis politiques et Démocratie. Éléments pour une réinterprétation de l'article 29, par. 1, de la Constitution » (en grec), *Journal de droit administratif* (revue juridique grecque) 2/2015, p. 157 s..

<sup>62</sup> Voir F. Spyropoulos, *L'interprétation de la Constitution. Application ou dépassement de la méthodologie traditionnelle du droit ?*, op. cit., p. 59. Voir aussi Ch. Kouroundis, *La Constitution et la Gauche. De la « rupture profonde » de 1963 à la Constitution de 1975* (en grec), Éditions Nissos, 2018, p. 283 s..

<sup>63</sup> Voir Ch. Anthopoulos, « Partis politiques et Démocratie. Éléments pour une réinterprétation de l'article 29, par. 1, de la Constitution », op. cit., p. 168, note n° 66, E. Venizélos, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 424.

<sup>64</sup> Voir Y. Drossos, *La place juridique des partis politiques en Grèce*, op. cit., p. 216.



Par ailleurs, la Cour spéciale suprême de Grèce a recouru aux débats devant le Parlement qui ont précédé la promulgation de la Constitution de 1975 aussi bien pour préciser que l'inéligibilité des agents des personnes morales de droit public prévue dans l'article 56 concerne toutes les personnes morales de droit public sans aucune exception<sup>65</sup> ainsi que pour fonder l'interprétation de l'article 54 de la Constitution selon laquelle la fixation du nombre des députés de chaque circonscription doit reposer sur le dernier recensement de la population<sup>66</sup>.

D'autre part, l'historicité du droit constitutionnel est aussi liée avec son évolutivité. En reproduisant le débat sur les particularités de l'interprétation constitutionnelle, la doctrine grecque a mis l'accent sur les facteurs susceptibles de mettre en question l'opérabilité des interprétations historique et systémique de la Constitution de 1975, du fait notamment que, à cause des différentes révisions intervenues depuis 1975, certaines des dispositions ou des institutions que cette Constitution établit ne sont pas contemporaines les unes des autres<sup>67</sup>. En outre, il a été signalé que plus le temps qui sépare l'interprétation et la promulgation d'une disposition constitutionnelle est long, moins la recherche de la volonté historique du pouvoir constituant conserve sa valeur interprétative et plus il devient impératif d'adapter cette disposition aux circonstances changeantes, car cette adaptation conditionne la persistance de la fonction normative et stabilisatrice de ladite disposition dans le temps<sup>68</sup>. Cela étant, l'historicité des normes constitutionnelles s'éloigne du contenu statique de la volonté originaire du pouvoir constituant et acquiert un contenu dynamique. Comme le note Ph. Spyropoulos, « pour avoir une historicité, la Constitution doit être ouverte à la réalité sociale. Elle doit avoir la capacité d'accueillir dans son champ d'application de nouveaux processus et situations sociopolitiques, qui, au moment de sa promulgation, étaient volontairement ou non imprévus »<sup>69</sup>. Or, bien qu'en principe légitime et reconnue même par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>70</sup>, cette *interprétation dynamique* de la Constitution risque d'anéantir l'unité et l'identité, voire la performativité normative de la Constitution<sup>71</sup> et réduire celle-ci à un simple miroir de la réalité sociale, d'autant plus qu'il est fort difficile de préciser le critère adéquat et l'autorité compétente pour identifier les changements de cette réalité. C'est pourquoi, en Grèce, comme ailleurs, en fonction de

<sup>65</sup> Voir l'arrêt n° 6/1982 de la Cour spéciale suprême de Grèce.

<sup>66</sup> Voir l'arrêt n° 21/1994 de la Cour spéciale suprême de Grèce.

<sup>67</sup> Voir C. Yannakopoulos, « Juge constitutionnel et interprétation des normes », Rapport national (Grèce), *AJJC*, XXXIII-2017, 2018, p. 307 s., not. n° 80.

<sup>68</sup> Voir S. Vlachopoulos, *L'interprétation dynamique de la Constitution : l'adaptation du texte constitutionnel aux changements des circonstances*, op. cit., p. 88.

<sup>69</sup> Voir F. Spyropoulos, « La révision de 1986. Expression de l'historicité de la Constitution de 1975 » (en grec), *Droit et politique* (revue juridique grecque) 12-14 (La révision de la Constitution), p. 181 s., not. p. 185.

<sup>70</sup> Il est à noter que, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits politiques, la marge d'appréciation laissée aux États est particulièrement large et l'histoire de chaque pays est un argument utilisé pour justifier des interprétations différenciées et des limitations auxdits droits. Ainsi, à propos de l'impossibilité pour les citoyens grecs expatriés de participer aux élections législatives depuis leur lieu actuel de résidence, la Cour a admis qu'« il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque Etat contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie » (voir Cour EDH, Grande chambre, 15 mars 2012, Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, req. n° 42202/07, par. 66).

<sup>71</sup> Voir F. Spyropoulos, *L'interprétation de la Constitution. Application ou dépassement de la méthodologie traditionnelle du droit ?*, op. cit., p. 181 s.

l'évolution des rapports de force au sein de la doctrine et de la jurisprudence, l'interprétation constitutionnelle oscille désormais entre *approches dynamiques* et *approches statiques*, souvent tributaires d'opportunités idéologiques et politiques, ce qui débouche sur un pluralisme -parfois imprévu, voire paradoxal- de méthodes d'interprétation sapant la fiabilité normative de la Constitution et, par conséquent, la sécurité juridique<sup>72</sup>.

Ainsi, dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité de la loi n° 3838/2010 sur les conditions d'octroi de la citoyenneté grecque, l'analyse comparative des opinions majoritaire et dissidente formulées dans l'arrêt de renvoi n° 350/2011 de la quatrième Section du contentieux et dans l'arrêt définitif n° 460/2013 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, montre que l'opinion majoritaire, qui était favorable à l'inconstitutionnalité de la loi et évoquait une approche statique, voire originaliste, fidèle à la tradition législative de la « loi du sang » (*jus sanguinis*), a adopté une interprétation holistique des notions et principes constitutionnels qui sont censés consacrer les particularités nationales de l'ordre constitutionnel grec et dénoter « l'unité intemporelle » de l'État et de la société grecs<sup>73</sup>. Cette approche l'a emportée sur l'interprétation dynamique évoquée par l'opinion dissidente, qui, bien que favorisée par la tendance de l'eupéanisation –voire de la mondialisation– du droit national, s'est paradoxalement fondée principalement sur l'interprétation littérale de l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, de la Constitution de 1975 qui laisse une large marge d'appréciation au législateur commun<sup>74</sup>.

Par ailleurs, l'étude des arguments des opinions dominante et dissidente formulées dans le cadre de l'arrêt n° 2411/2012 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, par lequel il a été jugé que, en matière d'organisation des études de troisième cycle, la Constitution n'interdit pas l'imposition des frais aux étudiants, met en évidence qu'à partir de 2010 la gestion de la crise économique a conduit à une interprétation statique de la Constitution qui paraît, parfois, dénuée de toute logique. Plus précisément, selon l'opinion dominante, le droit à l'instruction gratuite consacré par l'article 16, paragraphe 4, de la Constitution de 1975<sup>75</sup> ne concerne pas le troisième cycle, au motif que « quand le pouvoir constituant a introduit dans la Constitution de 1975 ce droit social même pour l'enseignement supérieur, il pouvait avoir comme référence seulement le cadre institutionnel et le coût des études de deuxième cycle, étant donné que les études de troisième cycle et le cadre institutionnel respectif n'existaient pas [à l'époque] dans les universités grecques ». Les arguments interprétatifs plus convaincants de l'opinion dissidente ont permis de comprendre que la seule explication possible de cette interprétation paradoxale du droit à l'instruction gratuite<sup>76</sup> était la préoccupation d'économiser des deniers publics dans les circonstances financières très difficiles de la crise de dette souveraine.

<sup>72</sup> Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 49 s..

<sup>73</sup> Voir aussi *infra*, n° 32.

<sup>74</sup> « Sont citoyens hellènes tous ceux qui réunissent les conditions fixées par la loi. ».

<sup>75</sup> « Tous les Hellènes ont droit à l'instruction gratuite à tous ses degrés dans les établissements d'enseignement de l'État. L'État soutient les élèves et étudiants qui se distinguent, ainsi que ceux qui ont besoin d'assistance ou de protection particulière, en fonction de leurs capacités. ».

<sup>76</sup> Voir L. Papadopoulou, « Gratuit, selon la Constitution, même l'enseignement supérieur ? Commentaires à trois arrêts : n° 705/2010 de la Cour administrative d'appel de Patras (imposition des frais à l'Université

Une telle quadrille entre interprétations dynamique et statique a marqué la jurisprudence constitutionnelle également en matière d'institutions de pacte de vie commune et de mariage<sup>77</sup>. Dans son arrêt n° 2003/2018, le Conseil d'État de Grèce a adopté une interprétation dynamique pour fonder son jugement selon lequel l'extension de l'application du pacte de vie commune aux couples de même sexe en vertu de la loi n° 4356/2015 n'est pas contraire à la Constitution de 1975. Il a ainsi admis que la Constitution garantit « la protection de l'inviolabilité de la vie privée des citoyens, dont le noyau est la vie amoureuse et l'orientation sexuelle, cette-ci, en tant qu'élément clé de la personnalité et de la liberté d'autodétermination de l'individu, devant être absolument respectée dans une société démocratique moderne et ne pas constituer une cause de discrimination de la part de l'autorité de l'État »<sup>78</sup>, que le mariage et la famille ont été érigés à des institutions protégées par la Constitution, mais cette protection n'a pas toujours un contenu spécifique, ses formes et son étendue plus spécifiques étant déterminées par le législateur<sup>79</sup>, que le législateur n'est pas empêché par les impératifs constitutionnels de modifier la réglementation sur les modalités de constitution de la famille ou de reconnaître, dans le cadre des principes constitutionnellement garantis du libre développement de la personnalité, de l'égalité et de la protection de la vie privée, d'autres formes de cohabitation alternatives au mariage et à l'établissement de liens familiaux, étant donné que la protection constitutionnelle de la famille ne concerne pas exclusivement la famille constituée par le mariage et que, par sa nature même, elle subit nécessairement les effets des différences sociales dans le temps, sujet à évolution et redéfinition<sup>80</sup>, que l'établissement de la forme alternative de cohabitation n'affecte pas l'institution du mariage constitutionnellement garantie, dont elle diffère considérablement, étant donné qu'elle vise à répondre à des besoins sociaux différents et, en particulier, à reconnaître et à protéger les partenariats de fait qui, tout en faisant partie de la réalité moderne, restent en dehors du cadre de l'ordre juridique<sup>81</sup> et que le pacte de vie commune entre couples de même sexe ne concurrence pas l'institution du mariage et n'affecte en rien la famille constituée par le mariage et protégée par la Constitution<sup>82</sup>. Il est à signaler que pour fonder son jugement susmentionné, outre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, la Haute juridiction administrative a invoqué même des données statistiques pour conclure que la majorité de l'opinion publique soutient l'extension de l'application du pacte de vie commune aux couples de même sexe<sup>83</sup>. En revanche, dans son arrêt n° 1428/2017, la Cour de cassation de Grèce a adopté une interprétation statique, voire originaliste, pour conclure que le mariage des couples de même sexe n'est pas reconnu en droit grec. Pour y arriver, après avoir rappelé que l'article 1367 du Code civil ne prévoit parmi les conditions de conclusion du mariage civil aucune condition concernant le sexe des conjoints et que le

---

Ouverte Libre), n° 2714/2010 du Conseil d'État (3<sup>ème</sup> Section du contentieux), n° 2411/2012 de l'Assemblée du Conseil d'État (imposition des frais au troisième cycle) » (en grec), *Droits de l'homme* (revue juridique grecque) 2013, p. 169 s., not. p. 192.

<sup>77</sup> Voir J. Iliopoulos-Strangas - C. Yannakopoulos, « Égalité, genre et constitution », Rapport national (Grèce), *AJJC*, vol. XXXIV-2018, 2019, p. 289 s..

<sup>78</sup> Pt 6.

<sup>79</sup> Pt 12.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Pt 14.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Pt 15.

droit international laisse au législateur national le pouvoir discrétionnaire de désigner les conditions d'exercice du droit au mariage, la Cour a signalé que l'interprétation historique de l'article 1367 du Code civil démontre que lors de l'adoption de ce Code (1946) le mariage entre deux personnes de même sexe était considéré comme une éventualité « évidemment inexistante ». D'autant plus que le législateur historique a pris en compte la définition du jurisconsulte romain Modestin selon lequel le mariage était « l'union de l'homme et de la femme et une communauté de toute la vie, la mise en commun du droit divin et humain ». Sur la base de ces motifs, la Cour de cassation a conclu que dans l'ordre juridique grec la différence de sexe constitue une condition essentielle de la conclusion du mariage. Pour corroborer cette conclusion la Cour de cassation a aussi noté que la loi n° 4356/2015, qui a permis la conclusion d'un pacte de vie commune entre couples homosexuels, exprime les valeurs sociales et morales dominantes en Grèce selon lesquelles le mariage entre deux personnes de même sexe ne peut pas être autorisé. Par ailleurs, elle a aussi noté que l'interdiction d'un tel mariage ne viole pas le principe constitutionnel de l'égalité, parce que traiter les couples homosexuels différemment des couples hétérosexuels n'entraîne pas de discrimination illégitime, car -du moins selon les conditions sociales dominantes- il ne s'agit pas de cas comparables. Selon la Cour de cassation, cette interdiction ne viole pas non plus l'article 5, paragraphe 1, de la Constitution qui garantit le droit à développer librement sa personnalité, y compris la liberté sexuelle, car celle-ci ne s'étend pas nécessairement à l'obligation du législateur de consacrer juridiquement le droit d'une personne de nouer formellement ses relations avec une autre personne, d'autant plus que le pouvoir constituant n'a prévu expressément une telle obligation du législateur que dans le cas où il avait vraiment l'intention de le faire, à savoir dans le cas du mariage prévu dans l'article 21, paragraphe 1, de la Constitution<sup>84</sup>.

## II. LE DÉFI MÉMORIEL DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Le droit constitutionnel, une fois légitimé par le passé, peut rétroagir sur celui-ci en tentant d'imposer son propre récit historique. Cette gestion du passé peut prendre des formes diverses : politiques mémorielles qui célèbrent les épisodes glorieux du passé commun, politiques d'oubli et de réparation de préjudices de l'histoire ou politiques même de déformation, voire de manipulation du passé qui essaient d'établir une vérité officielle qui écarterait l'existence d'autres récits sur le passé. L'appropriation, voire l'instrumentalisation, du passé implique souvent une atteinte potentielle à des libertés fondamentales, telles la liberté d'expression, la liberté religieuse et la liberté de recherche des historiens, et peut arriver même à la mise en cause de la normativité des règles constitutionnelles elles-mêmes.

En Grèce, tous ces aspects du défi mémoriel du droit constitutionnel sont développés en vertu tant de certaines dispositions constitutionnelles présentant une densité mémorielle significative (A) que de certaines interprétations mémorielles (B) inscrites même dans la jurisprudence constitutionnelle.

### Les dispositions à densité mémorielle

<sup>84</sup> « La famille, en tant que fondement du maintien et du progrès de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'État. ».

À l'opposé de certains de ses prédécesseurs<sup>85</sup>, la Constitution grecque de 1975 ne comprend pas de dispositions sur le drapeau, l'hymne, la langue ou d'autres symboles de l'État, exception faite de la disposition particulièrement neutre du paragraphe 2 de l'article 80 en matière de devise<sup>86</sup>. Le défi mémoriel est pourtant palpable dans une série de dispositions qui évoquent plus ou moins explicitement une gestion du passé ou du moins une certaine prise de position sur celui-ci, ainsi que dans les mesures de transposition en droit national des politiques mémorielles mises en place par des organismes internationales ou supranationales.

Tous d'abord, il convient de citer le Préambule invoquant la « Trinité Sainte, Consubstantielle et Indivisible » et la déclaration dans le paragraphe 1 de l'article 3 selon laquelle « [l]a religion dominante en Grèce est celle de l'Église orthodoxe orientale du Christ », qui rappellent la contribution de la religion chrétienne orthodoxe à la formation de l'identité historique et culturelle de la Grèce<sup>87</sup>. À ces dispositions constitutionnelles, qui pourraient, en apparence, être perçues comme présentant une certaine contradiction avec le paragraphe 1 de l'article 13 garantissant la liberté religieuse<sup>88</sup>, il convient d'associer une série d'autres dispositions constitutionnelles dont l'interprétation systématique avec elles suscite de questions délicates. Il s'agit notamment du paragraphe 3 de l'article 14, qui prévoit que « [l]a saisie de journaux et d'autres imprimés, soit avant soit après leur mise en circulation, est interdite. À titre exceptionnel, est permise la saisie après la mise en circulation et sur ordre du procureur : a) Pour cause d'offense à la religion chrétienne et à toute autre religion connue. (...) », et du paragraphe 2 de l'article 16, qui dispose que l'enseignement public a, entre autres, pour but « le développement d'une conscience ... religieuse »<sup>89</sup>.

Ensuite, il convient de se référer aux dispositions de la Constitution de 1975 qui pourraient s'associer au paragraphe 3 de l'article 1 susmentionné<sup>90</sup> pour manifester un certain communautarisme ou évoquer un certain récit national pour l'État grec. Outre le paragraphe 2 de l'article 16 susmentionné, qui dispose que l'enseignement public a également pour but « le développement d'une conscience nationale ... », il s'agit aussi notamment du paragraphe 1 de l'article 21, qui prévoit, comme il a été déjà mentionné, que « [l]a famille, en tant que fondement du maintien et du progrès de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'État », du paragraphe 4 de l'article 25, qui dispose que « [l]'État a le droit d'exiger de la part de tous les citoyens

<sup>85</sup> Voir p. ex., sur la consécration du drapeau national, les articles 97 et 98 de la Constitution d'Épidaure de 1822 et les articles 93 et 94 de la Constitution d'Astros de 1823 et, sur la consécration de la langue officielle, l'art. 107 de la Constitution de 1911 et l'art. 107 de la Constitution de 1952.

<sup>86</sup> « La loi fixe le régime de frappe ou d'émission de la monnaie ». Sous cette disposition figure la déclaration interprétative suivante : « Le paragraphe 2 n'empêche pas la participation de la Grèce aux procédures de l'union économique et monétaire, dans le cadre élargi de l'intégration européenne, selon les dispositions de l'article 28. ».

<sup>87</sup> Voir aussi *infra*, n° 32 s..

<sup>88</sup> « La liberté de la conscience religieuse est inviolable. La jouissance des libertés publiques et des droits civiques ne dépend pas des convictions religieuses de chacun. ».

<sup>89</sup> « L'instruction constitue une mission fondamentale de l'État, et a pour but l'éducation morale, culturelle, professionnelle et physique des Hellènes, le développement d'une conscience nationale et religieuse ainsi que leur formation en citoyens libres et responsables ».

<sup>90</sup> Voir *supra*, n° 9.

l'accomplissement de leur devoir de solidarité sociale et nationale. », ainsi que du paragraphe 2 de l'article 51, qui prévoit que « [l]es députés représentent la Nation. »<sup>91</sup>.

En plus, le défi mémoriel est aussi palpable dans les dispositions qui visent à mettre en valeur des moments glorieux du passé commun ou réparer les crimes du passé, éliminer les traces des injustices historiques et prévoir des honneurs ou des indemnités. À cet égard, il convient de citer respectivement les paragraphes 1<sup>92</sup> et 6<sup>93</sup> de l'article 24, qui mettent l'environnement culturel sous la protection de l'État<sup>94</sup>, l'article 47, paragraphe 3<sup>95</sup>, qui consacre l'*amnistie* pour des délits politiques, laquelle peut être accordée par la Chambre des députés et « est justifiée par l'apaisement des passions politiques et l'oubli du passé »<sup>96</sup>, l'article 116, paragraphe 2, qui prévoit que « [l]'État veille à la suppression des inégalités qui existent dans la pratique au détriment, notamment, des femmes. », et le paragraphe 2 de l'article 21, selon lequel « ...les invalides de guerre et de la période de paix, les victimes de guerre, les veuves et les orphelins de guerre ... ont droit à un soin particulier de la part de l'État ».

Enfin, la législation transmet en droit national les politiques mémorielles émanant des sources indirectes du droit constitutionnel telles que le droit de l'Union. Ainsi, pour mettre en place les politiques mémorielles de l'Union européenne, la loi n° 4285/2014 a établi le cadre général de la répression pénale en matière de lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie, conformément à la décision cadre n° 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne, du 28 novembre 2008, qui prône l'adoption des mesures nécessaires pour punir l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Plus particulièrement, l'article 2 de ladite loi, qui a remplacé l'article 2 de la loi n° 927/1979, est intitulé « Tolérer ou nier publiquement les crimes » et dispose que « [q]uiconque intentionnellement, en public, oralement ou par voie de presse, via Internet ou par tout autre moyen, tolère, minimise ou nie avec malveillance l'existence ou la gravité de crimes de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité, de l'Holocauste

<sup>91</sup> Voir aussi l'invocation de la protection de la « sûreté nationale » comme fondement de restrictions au droit à l'information (art. 5A, par. 1) et au secret des lettres et de la libre correspondance ou communication (art. 19, par. 1) et comme fondement de la mise en place de l'état de siège (art. 48, par. 1). Voir également l'invocation d'« un intérêt national important » comme fondement de reconnaissance, « par voie de traité ou d'accord, des compétences prévues par la Constitution à des organes d'organisations internationales » (art. 28, par. 2) et de « restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale » (art. 28, par. 3).

<sup>92</sup> « La protection de l'environnement naturel et culturel est une obligation de l'État et un droit de chacun. L'État est tenu de prendre des mesures préventives ou répressives particulières, dans le cadre du principe de durabilité, pour assurer sa préservation. ... ».

<sup>93</sup> « Les monuments et les sites et éléments traditionnels sont placés sous la protection de l'État. La loi déterminera les mesures restrictives de la propriété qui sont nécessaires pour la réalisation de cette protection, ainsi que les modalités et la nature de l'indemnisation des propriétaires. ».

<sup>94</sup> Voir C. Yannakopoulos, « Constitution et environnement », Rapport national (Grèce), *AJIC*, vol. XXXV-2019, 2020, p. 333 s..

<sup>95</sup> « L'amnistie est accordée uniquement pour des délits politiques, par une loi votée en assemblée plénière de la Chambre des députés à la majorité des trois cinquièmes du nombre total des députés. ».

<sup>96</sup> Voir A. Pantélis, *Droit constitutionnel hellénique. Notions de base. Histoire constitutionnelle hellénique. Organisation de l'État. Droits de l'homme*, op. cit., p. 466. Voir aussi, sur la consécration du droit à l'oubli en droit constitutionnel grec, C. Yannakopoulos, « Constitution, libertés et numérique. “ Les droits et libertés fondamentaux à l'heure numérique : évolution ou révolution ? ” » (texte provisoire), Rapport national (Grèce) à la XXXVIIe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 10-11.09.2021, n° 10.

et de crimes de nazisme qui ont été reconnus par des décisions de tribunaux internationaux ou du Parlement hellénique et que ce comportement est dirigé contre un groupe de personnes ou un membre de celui-ci déterminé sur la base de la race, de la couleur, de la religion, des origines généalogiques, de l'origine nationale ou ethnique, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, des caractéristiques de genre ou du handicap, lorsque ce comportement se manifeste d'une manière pouvant inciter à la violence ou à la haine ou comporte un caractère menaçant ou abusif à l'encontre d'un tel groupe ou de son membre, est puni des peines du paragraphe 1 de l'article précédent ».

Dans l'exposé des motifs de la disposition législative ci-dessus mentionnée, il a été noté que « [l]e discrédit criminel des comportements spécifiques consiste dans la négation malveillante ou la banalisation de faits historiques, sans, en aucun cas, rechercher l'interdiction ou la manipulation idéologique de la recherche scientifique ». Or, il s'agissait sans aucun doute de l'établissement d'un certain « devoir de mémoire »<sup>97</sup> impliquant un risque inadmissible d'atteinte à la liberté d'expression et de recherche scientifique, ce qui a été, par exemple, admis dans l'arrêt n° 2383/2015 du Tribunal correctionnel de Réthymnon à l'occasion de l'examen de la responsabilité pénale d'un historien pour l'évaluation que celui-ci avait adoptée dans un livre qu'il avait écrit et publié sur le comportement des nazis allemands et des Crétois lors de la bataille de Crète en 1941. Dans cet arrêt, l'accusé a été déclaré innocent de l'acte de négation des crimes nazis et des crimes de guerre qui lui avait été imputé. Plus précisément, il a été jugé qu'aucune incitation à la violence ou à la haine ne transperçait son livre et que celui-ci n'apparaissait pas avoir un contenu injurieux ou menaçant. En même temps, l'article 2 de la loi n° 927/1979, tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 4285/2014, a été déclaré inconstitutionnel, entre autres, pour les trois raisons suivantes. Premièrement, il a été considéré que la reconnaissance des crimes de génocide, des crimes de guerre etc. par une décision du Parlement contredit le principe fondamental de la séparation des pouvoirs, selon lequel la vérification des faits relève de la fonction judiciaire et non de la fonction législative. Le Tribunal a souligné que la distinction entre fonction législative et fonction judiciaire implique que les lois « substantielles » ne doivent pas exprimer un « jugement » substantiel du corps législatif sur des faits et/ou des personnes spécifiques du passé, mais doivent en principe être générales, impersonnelles et abstraites et régler hypothétiquement -notamment dans le cadre du droit pénal- des comportements humains futurs et extérieurs, tandis que les autorités judiciaires doivent statuer sur des faits passés et précis. À cet égard, le Tribunal a mentionné la position d'Aristote selon laquelle la décision du législateur porte sur des cas futurs et généraux, tandis que le juge se prononce sur des faits actuels et déterminés<sup>98</sup>. Deuxièmement, la référence en termes généraux aux « décisions du Parlement hellénique » est vague et donc contraire au principe fondamental *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Troisièmement, l'introduction de la référence aux « décisions du Parlement hellénique » viole la liberté d'expression et la liberté académique, étant donné que, dans

<sup>97</sup> Cf. A. Macaya Lizano, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, op. cit., not. p. 13 s. et p. 669 s..

<sup>98</sup> Voir Aristote, *Rhétorique*, 1354b, 47: « τὸ δὲ πάντων μέγιστον, ὅτι ἡ μὲν τοῦ νομοθέτου κρίσις οὐ κατὰ μέρος, ἀλλὰ περὶ μελλόντων τε καὶ καθόλου ἐστίν, ὁ δ' ἐκκλησιαστικῆς καὶ δικαστικῆς ἤδη περὶ παρόντων καὶ ἀφορισμένων κρίνουσιν » [et ceci est la principale raison, le jugement du législateur ne porte pas sur un point spécial, mais sur des cas futurs et généraux, tandis que le membre d'une assemblée et le juge prononcent sur des faits actuels et déterminés].

une société démocratique et pluraliste et dans un État de droit, les lois qui reconnaissent (ou établissent) des événements historiques ne peuvent pas constituer la base de règles de droit contraignantes qui entraînent des interdictions et des sanctions légales. Enfin, il a été jugé que l'article 2 de la loi n° 927/1979, tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 4285/2014, ne respecte pas le droit de l'Union, car la décision cadre n° 2008/913/JAI exige que la compétence de reconnaître des crimes de génocide, des crimes de guerre etc. soit attribuée exclusivement aux juridictions nationales et internationales.

### Les interprétations mémorielles

Plusieurs interprétations et pratiques mémorielles ont marqué l'histoire constitutionnelle et politique de la Grèce au XXe siècle, parmi lesquelles il convient de distinguer celles qui ont été adoptées, d'une part, lors de la libération de l'occupation nazie en 1944 et, d'autre part, lors de la chute de la dictature des colonels en 1974. Dans le premier cas, le climat anticommuniste qui a régné après le déclenchement de la guerre civile juste après la libération a fait que très peu de collaborateurs nazis ont été traduits en justice et beaucoup moins condamnés. S'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'État<sup>99</sup>, les gouvernements de l'époque « ressuscitèrent la Constitution de 1864/1911, comme si l'histoire du pays s'était arrêtée le 3 août 1936. Par cette renaissance, ils cherchèrent à apparaître comme porteurs de la légalité formelle, afin de violer les conditions de la légalité substantielle, c'est-à-dire de la légitimité issue du rapport de forces d'après-guerre »<sup>100</sup>. D'ailleurs, sous la pression des puissances étrangères et, en particulier, de l'Allemagne de l'Ouest, dès 1959, date à laquelle le Bureau hellénique des crimes de guerre créé en 1945<sup>101</sup> a été aboli par l'article 2 du décret législatif 4016/1959 et la poursuite de tous les Allemands présumés impliqués dans des crimes de guerre en Grèce a été suspendue en vertu de la loi 3933/1959<sup>102</sup>, jusqu'en 1975, date à laquelle les dossiers du Bureau susmentionné ont été pulvérisés en vertu de la décision du ministre de la Justice du 16 juillet 1975, un certain processus de « mise en décharge de la mémoire »<sup>103</sup> s'est opéré. Ce processus n'a pas encore été pratiquement renversé, bien que le décret législatif n° 4016/1959 et la loi n° 3933/1959 ont été formellement abrogés en 2010<sup>104</sup> et que l'État grec n'ait jamais renoncé à ses demandes contre l'Allemagne pour le prêt d'occupation et pour les réparations des dommages causés par les atrocités nazies<sup>105</sup>. Dans le second cas, en 1974, la transition démocratique et la tentative de réconciliation nationale ont beau s'être soldées par la poursuite et la condamnation de certains des meneurs du coup d'État du 21 avril 1967 et de certains des tortionnaires<sup>106</sup>, un grand nombre de collaborateurs de la junte sont restés impunis, profitant

<sup>99</sup> Voir p. ex. l'arrêt n° 13/1945 du Conseil d'État de Grèce.

<sup>100</sup> Voir N. Alivizatos, *La Constitution et ses ennemis dans l'histoire de la Grèce moderne 1800-2010*, op. cit., p. 333.

<sup>101</sup> Voir la « loi de nécessité » n° 384/1945.

<sup>102</sup> Voir aussi, sur le sursis d'exécution des peines déjà infligées contre les criminels de guerre allemands, l'art. 1 du décret législatif 4016/1959.

<sup>103</sup> Voir H. Fleischer, *Les guerres de la mémoire. La Seconde Guerre mondiale dans l'histoire publique* (en grec), Éditions Nefeli, 2012.

<sup>104</sup> Voir l'art. 22 de la loi 3849/2010.

<sup>105</sup> Voir, à titre indicatif, P. Pavlopoulos, *Études sur les questions nationales et la question chypriote* (en grec), 2<sup>ème</sup> édition, Éditions Eurasia, 2022, unité n° 10.

<sup>106</sup> À cet égard, il convient de noter que la Résolution IV, du 18 janvier 1975, du Parlement révisionnel V a déclaré qu'« en droit, la démocratie n'a jamais été abolie » et que le mouvement du 21 avril 1967 était « un



de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la qualification du crime de haute trahison comme « instantané »<sup>107</sup> et sur le dépôt tardif des poursuites pertinentes<sup>108</sup>. Au demeurant, plusieurs années ont dû encore s'écouler avant que l'État grec décide de consolider la réconciliation nationale par une certaine forme de mesures législatives de justice transitionnelle, telles que la reconnaissance de la Résistance nationale du peuple grec (1941 – 1944) indépendamment de l'appartenance politique<sup>109</sup> et la suppression des conséquences de la guerre civile<sup>110</sup>. Cependant, l'empreinte de ces conséquences sur l'histoire politique grecque reste toujours si profonde que, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays européens, en Grèce, on célèbre le début héroïque -la résistance contre l'invasion des troupes italiennes fascistes le 28 octobre 1940- et non la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Ces dernières années, les polémiques idéologiques et politiques aiguës après le déclenchement de la crise financière en 2010 ont également favorisé l'apparition, voire la prédominance, dans la jurisprudence constitutionnelle d'interprétations -pas toujours unanimes- tendant de réaffirmer ou d'introduire comme officiel un certain récit historique. Outre le droit public économique du pays<sup>111</sup>, ce genre d'interprétations ont aussi concerné d'autres domaines spécifiques, tel le domaine de protection des droits politiques. Ainsi, malgré le renforcement inédit du parti néonazis « Aube dorée », l'opinion dominante selon laquelle l'article 29, paragraphe 1, de la Constitution de 1975 ne permet pas au législateur de prévoir l'interdiction ou la dissolution d'un parti politique n'a pas été remise en cause, l'interprétation constitutionnelle n'ayant pas abandonné l'esprit conciliatrice de la transition démocratique en 1974<sup>112</sup> et ayant opté pour le recours aux poursuites pénales contre les membres de l'« Aube dorée »<sup>113</sup>. Or, c'est sur un plan plus général que le défi mémoriel a apparu dans la jurisprudence -notamment du Conseil d'État de Grèce- d'une façon plus visible et beaucoup plus contestable. C'est le cas des interprétations mémorielles introverties qui ont mis en avant une conception unilatérale, sinon réactionnaire, de l'identité constitutionnelle grecque, exagérant la signification des dispositions constitutionnelles à densité mémorielle qui soulignent l'importance du concept de « Nation » et le rôle historique de l'Église orthodoxe orientale<sup>114</sup> et minimisant

---

coup d'État qui visait à l'usurpation du pouvoir et des droits souverains du peuple » et qualifiait les gouvernements des militaires de « gouvernements de violence ».

<sup>107</sup> Voir l'arrêt n° 684/1975 de la Cour de cassation de Grèce. Selon cet arrêt, une fois le coup d'État réussi et devenu une institution officielle et internationalement reconnue, ceux qui ont coopéré avec les putschistes sont devenus des fonctionnaires réguliers.

<sup>108</sup> Voir l'arrêt n° 376/1976 de la Cour de cassation de Grèce.

<sup>109</sup> Voir la loi n° 1285/1982.

<sup>110</sup> Voir la loi n° 1863/1989.

<sup>111</sup> Dans le cadre de la gestion de la crise économique, la jurisprudence a fait parfois preuve même d'un « activisme à rebours » visant à compléter la motivation des choix du législateur. Ainsi, dans le cadre du règlement d'un conflit entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la Cour des comptes quant à la constitutionnalité de la disposition de l'article 21 du Code des lois sur les procès de l'État imposant un intérêt moratoire assez bas sur les dettes de l'État (6%) et stable, dans son arrêt n° 25/2012 la Cour spéciale suprême de Grèce a opté, à la majorité, pour la constitutionnalité de ladite disposition. Elle a fondé son jugement sur une interprétation dynamique particulière du droit national selon laquelle la disposition en cause constitue en réalité une mesure intemporelle qui, depuis 1877, vise à assurer l'équilibre budgétaire de l'État grec face aux crises économiques successives que celui-ci a connues.

<sup>112</sup> Voir *supra*, n° 14.

<sup>113</sup> Cf. « La justice grecque condamne le parti néonazi Aube dorée », *Le Monde*, 08.10.2020 [[https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/08/la-justice-grecque-condamne-le-parti-neonazi-aube-doree\\_6055253\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/08/la-justice-grecque-condamne-le-parti-neonazi-aube-doree_6055253_3210.html)].

<sup>114</sup> Sur ces dispositions, voir *supra*, n° 23.

l'importance des dispositions qui mettent en lumière l'orientation libérale, extravertie et surtout pro-européenne de la République hellénique. La réaction à ces interprétations introverties, dans une grande mesure justifiée mais pas toujours convaincante, a reproduit un récit historique opposé, hyperlibéral, réfutant quasiment toute normativité des dispositions constitutionnelles mettant en exergue les caractéristiques nationales, religieuses ou sociales de l'État établi par la Constitution de 1975<sup>115</sup>.

Plus précisément, d'une part, dans l'arrêt n° 460/2013 de son Assemblée<sup>116</sup> le Conseil d'État de Grèce a déclaré, à la majorité, inconstitutionnelles les dispositions de la loi n° 3838/2010 qui réglementaient l'octroi de la citoyenneté grecque, en considérant que le concept de « Nation » à l'article 1, paragraphe 3, de la Constitution de 1975 surdétermine le contexte de l'autorisation donnée au législateur de définir qui est un citoyen grec, conformément à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa<sup>117</sup>. À cet égard, la Haute juridiction administrative a admis, à la majorité, que le législateur commun n'est pas « exempté de contrôle du point de vue des limites constitutionnelles internes » pour déterminer le statut du citoyen grec. Selon l'opinion majoritaire, « le législateur a la possibilité d'apprécier les conditions spécifiques (politiques, économiques, sociales) et de déterminer les conditions d'acquisition de la citoyenneté grecque d'une manière plus détendue ou plus stricte, mais, en tout cas, il ne peut pas ignorer que l'État grec a été fondé et existe en tant qu'État national avec une histoire spécifique et que ce caractère est garanti au moins par les définitions de l'article 1, paragraphe 3, de la Constitution en vigueur (...) La conséquence en est qu'une condition minimale et une limite des réglementations législatives pertinentes pour l'octroi de la citoyenneté grecque est l'existence d'un lien véritable de l'étranger avec l'État grec et la société grecque, qui ne sont pas des organisations invertébrées et des créations éphémères mais représentent une unité intemporelle avec un certain bagage culturel, une communauté avec des mœurs et des coutumes relativement fixes, une langue commune avec une longue tradition, des éléments qui se transmettent de génération en génération à l'aide d'unités sociales plus petites (famille) et d'unités étatiques organisées (éducation). »<sup>118</sup>. À cet égard, il n'est pas sans importance que l'opinion majoritaire ci-dessus, tenant compte du grand nombre d'immigrants illégaux dont la présence dans le pays a été légalisée dans des conditions particulièrement souples, a nié la constitutionnalité de l'octroi de la citoyenneté grecque à un mineur en raison de la résidence de ses parents en Grèce pendant au moins cinq années<sup>119</sup>. Derrière cette considération se profile un préjugé particulièrement négatif contre les immigrés qui a été prononcé d'une manière encore plus intense dans l'arrêt n° 1500/2022 du Conseil d'État concernant l'appréciation du lien de causalité conditionnant l'engagement de la responsabilité de l'administration publique. Dans cet arrêt il a été jugé que l'omission des organes de police à remédier à la situation illégale causée par l'entrée illégale d'un étranger et son long séjour dans le pays, en ne délivrant pas, alors qu'ils en ont l'obligation et le peuvent, un acte d'expulsion, peut être

<sup>115</sup> Sur les interprétations neutralisantes qui affaiblissent la normativité de certaines dispositions constitutionnelles qui ne sont pas en concert avec la doctrine ultralibérale et l'eupéanisation du droit national, voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., not. n° 16 et n° 55.

<sup>116</sup> Voir aussi *supra*, n° 17.

<sup>117</sup> « Sont citoyens hellènes tous ceux qui réunissent les conditions fixées par la loi. ».

<sup>118</sup> Voir l'arrêt n° 460/2013 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 6.

<sup>119</sup> Voir l'arrêt n° 460/2013 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pts 7 à 10.

considéré objectivement et dans le cours normal des choses comme une cause adéquate d'un crime commis par cet étranger<sup>120</sup>.

D'autre part, le Conseil d'État de Grèce, s'appuyant sur sa jurisprudence précitée relative à l'existence d'un « État national », a également admis, à la majorité, que le contenu du cours obligatoire d'études religieuses à l'école a, par exigence constitutionnelle, un caractère catéchiste en faveur de la religion dominante. Plus en détail, il a été jugé que « la référence à la religion de l'Église orthodoxe orientale du Christ comme "dominante" en Grèce, contenue dans l'article 3, paragraphe 1, de la Constitution, constituait la disposition d'ouverture de toutes les Constitutions précédentes (...) et constitue à ce jour un élément clé de la tradition constitutionnelle du Pays. Cette référence -comme, après tout, également l'invocation dans l'en-tête de la Constitution de la "Trinité Sainte, Consubstantielle et Indivisible- est liée au rôle clé de l'Église orthodoxe dans le cours historique de l'hellénisme, en particulier pendant la période de la domination turque qui a précédé l'indépendance nationale, et est aussi une constatation du fait réel que cette religion est prônée par la grande majorité du peuple grec, alors que cette référence n'est pas sans conséquences réglementaires, telle l'instauration des fêtes chrétiennes comme jours fériés obligatoires au niveau national et local, dans le secteur public et dans le secteur privé (...). Par ailleurs, la disposition de l'article 16, par. 2, de la Constitution, qui érige l'éducation comme en une mission fondamentale de l'État, compte parmi ses objectifs le développement de la conscience nationale et religieuse des Grecs et, pour cette raison, le développement de la conscience tant nationale que religieuse des Grecs fait également partie de la mission du ministère de l'Éducation, de la Recherche et des Cultes (...). Compte tenu de l'usage d'un article définitif, la notion de la conscience "nationale" et "religieuse", selon ladite disposition constitutionnelle, est spécifique et ne concerne n'importe quelle nation et n'importe quelle religion. En particulier, tant que l'État grec a été fondé et existe en tant qu'État national (...), il est raisonnablement compris comme développement de la conscience "nationale" le développement de la conscience nationale grecque -et aucune autre- et le développement de la conscience "religieuse" signifie le développement de la conscience chrétienne orthodoxe (...), compte tenu du fait que la religion de l'Église orthodoxe orientale du Christ, qualifiée de "religion dominante en Grèce", est reconnue par le législateur constitutionnel, comme expliqué ci-dessus, en tant que religion de la grande majorité du peuple grec »<sup>121</sup>. Par ailleurs, il a été considéré que l'État a l'obligation positive et constitutionnelle de promouvoir la conscience religieuse en référence à la foi orthodoxe. Pour servir cet objectif, le cours d'études religieuses « doit être enseigné pendant un nombre suffisant d'heures d'enseignement par semaine (...), ne pas être dégradé, pendant l'enseignement et l'examen, par rapport à d'autres matières et inclure, clairement et complètement, les doctrines, les valeurs morales et les traditions de l'Église orthodoxe orientale du Christ, sans prêter à confusion avec l'enseignement d'autres doctrines et religions (...). En d'autres termes, le cours doit maintenir comme préoccupation prioritaire et principale non pas la fourniture d'informations ou le traitement de connaissances ou le développement de préoccupations historiques, religieuses ou sociologiques (le sujet

<sup>120</sup> Voir l'arrêt n° 1500/2022 du Conseil d'État de Grèce, pt 10.

<sup>121</sup> Voir l'arrêt n° 660/2018 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 14. Voir aussi l'arrêt n° 942/2020, de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce sur la fréquentation obligatoire de l'église et la prière dans les écoles.

d'autres cours, après tout), mais la culture des conditions appropriées pour que son contenu susmentionné puisse être transmise conformément à la Constitution »<sup>122</sup>.

Il est vrai que ces interprétations constitutionnelles excèdent de loin l'introversion émergée par l'euro-scepticisme qui caractérise, dans la plupart des États membres de l'Union ces dernières années, l'invocation de la protection de l'identité constitutionnelle nationale à l'égard de l'application du principe de primauté du droit de l'Union<sup>123</sup>. Sous le prétexte de se conformer aux exigences européennes<sup>124</sup>, lesdites interprétations constitutionnelles préservent dans la mémoire collective les expériences sombres de la « démocratie nationale sous tutelle » qui a été établie après la guerre civile et dans le cadre de laquelle les forces politiques cherchaient à pérenniser leur pouvoir en construisant l'« État des nationalistes »<sup>125</sup>. Cela étant, dans l'affaire concernant le contenu du cours d'études religieuses à l'école, un certain nombre de membres du Conseil d'État ont eu, en principe, raison de souligner, entre autres, dans leurs opinions dissidentes, que « [l']article 3 de la Constitution, qui concerne les relations entre l'État et l'Église, (...) n'affecte pas l'exercice du droit individuel à la liberté religieuse, ni n'introduit un traitement préférentiel en faveur des chrétiens grecs orthodoxes dans l'exercice de ce droit. Après tout, cela irait également à l'encontre de la disposition spéciale de l'art. 13, par. 1, qui impose un traitement égal dans la jouissance des droits individuels etc. indépendamment des croyances religieuses (...). De même, l'invocation de la Sainte Trinité au frontispice de la Constitution n'affecte pas l'exercice des droits individuels et sociaux garantis par la Constitution... »<sup>126</sup> et que le terme "conscience religieuse" à l'article 16, paragraphe 2, de la Constitution « se réfère au terme identique de l'article 13, par. 1, de la Constitution et non au terme distinct de "religion dominante" de l'article 3 de la Constitution, car si telle était la volonté du Constituant, il l'aurait défini explicitement. En outre, par "développement" de la conscience religieuse, on entend la familiarisation des étudiants avec le phénomène religieux dans son évolution historique et dans la réalité contemporaine, en mettant bien sûr l'accent sur la présentation des enseignements et des principes de l'Église orthodoxe orientale (...) »<sup>127</sup>. Toutefois, pour arriver à de telles conclusions, la remise en cause de l'opinion majoritaire n'a pas toujours évité de neutraliser la force normative tant de l'article 3, paragraphe 1, censé, selon les

<sup>122</sup> Voir l'arrêt n° 1749/2019 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 16.

<sup>123</sup> Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 86, n° 130 s. et n° 164.

<sup>124</sup> À cet égard, il est à noter que, pour arriver à la conclusion que l'État grec a été fondé et existe en tant qu'État national avec une histoire spécifique, l'opinion majoritaire dans la jurisprudence susmentionnée du Conseil d'État a invoqué que « cet État est intégré dans une communauté supranationale d'États nationaux aux traditions constitutionnelles similaires (Union européenne), qui, en effet, selon l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, respecte leur identité nationale qui est inhérente à leur structure politique et constitutionnelle » (voir l'arrêt n° 460/2013 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 6). De même, pour arriver à la conclusion que le contenu du cours obligatoire d'études religieuses à l'école doit avoir un caractère catéchiste en faveur de la religion dominante, l'opinion majoritaire dans la jurisprudence susmentionnée du Conseil d'État est allée jusqu'à interpréter le droit à l'éducation des enfants, garanti dans l'article 2 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, conformément aux particularités des dispositions constitutionnelles nationales mettant en avant les caractéristiques nationales et religieuses de l'État grec (voir l'arrêt n° 660/2018 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 14).

<sup>125</sup> Cf. A. Manidakis, « Le principe démocratique dans l'œuvre de A. Manassis et ses extensions logiques et historiques » (en grec), in *Mélanges d'honneur d'A. Manassis I* (en grec), Salonique 1994, p. 337 s., not. p. 338 s..

<sup>126</sup> Voir l'arrêt n° 1749/2019 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 18.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

travaux préparatoires, se référer « simplement au fait réel que la majorité du peuple grec embrasse la religion de l'Église orthodoxe orientale, et [que cette disposition constitutionnelle] est inclus[e] dans le Constitutions grecques à partir de la Révolution de 1821 et dans la Constitution de 1975 principalement pour des raisons historiques » et avoir, selon la jurisprudence, « un contenu réglementaire limité, concernant notamment la détermination des fêtes religieuses officielles pour faciliter l'exercice des devoirs religieux par les personnes concernées »<sup>128</sup>, que de l'invocation de la Sainte Trinité au frontispice de la Constitution, « également placée pour des raisons historiques et dont l'influence normative est limitée, correspondant à celle de l'article 3, par. 1 »<sup>129</sup>. Bref, nonobstant l'effort de certains membres de la Haute juridiction administrative de promouvoir, dans tous les deux affaires susmentionnées, des interprétations plus nuancées<sup>130</sup>, les deux opinions opposées adoptées par le plus grand nombre de magistrats, celle de la majorité et celle de la minorité majeure, ont maximalisé l'importance de certaines dispositions constitutionnelles et neutralisé celle d'autres dispositions, faisant ainsi preuve de la difficulté de l'interprétation constitutionnelle manichéiste dominante à pratiquer le

<sup>128</sup> Voir l'arrêt n° 660/2018 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 15. Sur ce point, l'opinion dissidente adoptée par certains membres du Conseil d'État a repris la position doctrinale selon laquelle la disposition de l'article 3, paragraphe 1, sur la prédominance religieuse, reflète simplement « de faits statistiques et historiques ». Voir P. D. Dagtoglou, *Droits constitutionnels. Droits individuels* (en grec), 2<sup>ème</sup> édition révisée, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Komotini, 2010, n° 549 et n° 570a.

<sup>129</sup> Voir l'arrêt n° 660/2018 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 15.

<sup>130</sup> Dans ce sens, dans l'affaire concernant le caractère du cours d'études religieuses à l'école, en invoquant la nécessité d'une interprétation combinée des dispositions constitutionnelles selon leur lettre et leur objet, compte tenu tant de leur origine historique que de leur évolution au cours de la conjoncture actuelle, et l'obligation de ne pas passer outre leur équivalence formelle, ainsi qu'en adoptant une perception de l'interprétation desdites dispositions en harmonie avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, certains membres du Conseil d'État ont conclu que « la finalité ultime de l'éducation, en tant que "mission fondamentale de l'État", est la "formation de citoyens libres et responsables". L'"éducation des Grecs", qui est prévue à cet effet, doit, entre autres, contribuer au "développement de leur conscience nationale et religieuse". Par "contribuant" au "développement de la conscience religieuse des Grecs", on entend l'éducation qui vise à initier les élèves et à les familiariser avec la notion du sacré comme une proposition valable pour donner un sens à la vie. Et surtout, comme cette proposition a été formée par l'orthodoxie chrétienne et est apparue historiquement en Grèce comme l'expérience religieuse collective "dominante", autrement dit la plus immédiatement tangible. C'est-à-dire que, selon la perception du pouvoir constituant, d'une part, l'éducation religieuse susmentionnée doit ne pas dépasser son caractère de "[proposition] valable" mais, néanmoins, doit rester une "proposition" pour la formation de consciences libres, capables de leurs propres choix personnels et, par conséquent, il n'est pas permis d'en faire une confession de foi dogmatique ou a fortiori un catéchisme ; d'autre part, l'éducation religieuse susmentionnée doit pourtant maintenir comme préoccupation prioritaire et principale non la fourniture d'informations ou le traitement des connaissances ou le développement des préoccupations historiques, religieuses ou sociologiques (le sujet d'autres cours, après tout), mais la culture des conditions appropriées pour que l'expérience de la sainteté puisse être transmise, telle qu'elle a été capturée - et il convient donc, après tout, de le transmettre -et sa transmission est donc appropriée- dans la vie liturgique de l'Église orthodoxe et dans la tradition de l'orthodoxie, avec ses multiples manifestations dans la culture du pays. Pour le reste, l'État est certainement libre de choisir et de déterminer le contenu normatif du traitement pertinent conformément à la politique éducative respective et aux conclusions de la science pédagogique, non contrôlé judiciairement dans ses choix sauf en termes de respect des obligations constitutionnelles ci-dessus. » (voir l'arrêt n° 660/2018 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 15).

Dans l'affaire concernant les conditions d'octroi de la citoyenneté grecque, certains membres du Conseil d'État ont soutenu que, « si aucune disposition constitutionnelle n'exclut le législateur commun du choix politique d'attribuer sur la base de critères objectifs -c'est-à-dire sans jugement individualisé- la citoyenneté grecque aux étrangers qui résident légalement dans le pays, en tant que moyen de leur future intégration harmonieuse dans la société grecque, à cette fin, cependant, l'article 4, par. 3, premier alinéa, de la Constitution oblige, selon son sens, le législateur commun à fixer, avec la réglementation pertinente, des conditions et modalités sur la base desquelles l'intégration harmonieuse de ces étrangers dans la société grecque pourrait être considérée comme sérieusement probable. » (voir l'arrêt n° 460/2013 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 6).

« nombre duel » auquel est rédigé le texte constitutionnel. Ainsi, en matière de définition du contenu du cours d'études religieuses, les interprètes authentiques de la Constitution n'ont pas su se mettre d'accord sur l'alternative entre un cours à caractère catéchiste et un cours à caractère scientifique et culturel, à l'instar du consensus réussi sur l'alternative établie entre le mariage religieux et le mariage civil, reconnu à titre de statut égal par l'ordre juridique national depuis 1982<sup>131</sup>.

Or, la remise en cause des dipôles normatives de la Constitution de 1975<sup>132</sup> à travers la neutralisation à volonté de l'un de leur deux pôles risque de pérenniser une polémique mémorielle, en substituant couramment à toute tentative d'officialisation d'un récit historique la tentative d'officialisation d'un récit inverse mais éventuellement aussi contestable. Ainsi, dans l'affaire concernant le contenu du cours d'études religieuses, une opinion dissidente a souligné que « la construction idéologique de la culture gréco-chrétienne comme élément de l'éducation (art. 16 de la Constitution de 1952, art. 17 des Constitutions de 1968 et de 1973) a été clairement abandonnée par la Constitution de 1975 »<sup>133</sup>. Dans le même sens, dans l'affaire concernant les conditions d'octroi de la citoyenneté grecque, en adoptant la position doctrinale douteuse que la référence à la « Nation » à l'article 1, paragraphe 3, de la Constitution de 1975 n'est qu'un « accident verbal » dépourvu de sens, au motif que le concept de « Nation » est identifié à celui de « Peuple »<sup>134</sup>, l'opinion dissidente de certains membres du Conseil d'État a également revendiqué d'imposer comme officiel un autre récit de l'histoire constitutionnelle grecque selon lequel le législateur était toujours libre de définir les conditions pour acquérir la qualité du citoyen grec. À cet égard, il n'est pas sans importance que cette opinion dissidente a invoqué un argument d'interprétation historique pour dénoter l'existence d'une

<sup>131</sup> Voir la loi n° 1250/1982 « sur l'introduction du mariage civil ». Voir aussi, entre autres, S. N. Troianos, « Le Droit ecclésiastique du mariage en Grèce / The Ecclesiastical law of Marriage in Greece », *Archives des Sciences Sociales des Religions Année 1991 (75)*, p. 23 s. [[https://www.persee.fr/doc/AsPDF/assr\\_0335-5985\\_1991\\_num\\_75\\_1\\_1604.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/assr_0335-5985_1991_num_75_1_1604.pdf)].

Cependant, la perspective d'une alternative entre un cours à caractère catéchiste et un cours à caractère scientifique et culturel pourrait s'ouvrir grâce à l'influence du droit européen sur le droit national en matière de réglementation des conditions d'exemption du cours d'études religieuses. Plus précisément, le Conseil d'État de Grèce a admis que ledit cours ayant un caractère catéchiste en faveur de la religion dominante s'adresse exclusivement -du fait de son contenu- aux élèves qui adhèrent à la doctrine chrétienne orthodoxe et non aux élèves hétérodoxes, non religieux ou athées. Ces derniers ont le droit, directement fondé sur la disposition de l'article 13, par. 1, de la Constitution grecque d'être totalement exemptés des études religieuses, sans aucune conséquence préjudiciable, à condition que leurs parents -ou eux-mêmes, s'ils sont majeurs- soumettent une déclaration selon laquelle ils ne souhaitent pas, pour des raisons de conscience religieuse, que leurs enfants suivent l'enseignement des études religieuses. Pour ces étudiants dispensés de l'enseignement du cours d'études religieuses, l'État doit pourtant prévoir l'enseignement d'un cours équivalent, à caractère scientifique et culturel (voir les arrêts de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce n° 1749/2019 et n°1478/2022, pt 7). Or, dans son avis n° 2/2022, qui est rendu le 22 août 2022, l'Autorité de protection des données à caractère personnel a admis que la forme d'exercice du droit d'être exempté du cours d'études religieuses la plus conforme à la Constitution grecque et à la Convention européenne des droits de l'homme (cf. Cour EDH, 31 octobre 2019, Papageorgiou e.a. c. Grèce, req. n° 4762/18 και n° 6140/18), est l'octroi de la possibilité d'exemption à tous les élèves -même aux élèves chrétiens orthodoxes- qui invoquent simplement des raisons de conscience et non spécifiquement des raisons de conscience religieuse. L'acceptation de cette interprétation adoptée par l'Autorité de protection des données à caractère personnel conduirait en fait à l'établissement pour tous les élèves l'alternative entre un cours à caractère catéchiste et un cours à caractère scientifique et culturel.

<sup>132</sup> Voir *supra*, n° 6.

<sup>133</sup> Voir l'arrêt n° 1749/2019 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 18.

<sup>134</sup> Voir D. Tsatsos, *Droit constitutionnel. Tome B. Organisation et fonctionnement de la Cité* (en grec), 2<sup>ème</sup> édition, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Komotini, 1993, pp. 62-63.

tradition constitutionnelle : « Cette interprétation est également justifiée par l'origine historique de [l'article 1, par. 3, de la Constitution de 1975]. En effet, au deuxième alinéa de l'article 3 de la Constitution [de] 1844, une réglementation respectueuse a été adoptée, selon laquelle "sont Citoyens ceux qui ont acquis ou acquerront les caractéristiques du citoyen selon les lois de l'État", en vue de reconnaître, ainsi qu'il ressort des procès-verbaux officiels des débats à l'Assemblée nationale, que le législateur possède un large pouvoir discrétionnaire de déterminer les qualités du citoyen sur la base de l'appréciation des circonstances (...) »<sup>135</sup>. La construction interprétative d'une telle tradition constitutionnelle se met en concert avec le libéralisme individualiste -prôné notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme- qui cesse de percevoir le concept de citoyen comme dépendant d'un certain lien objectif avec un État particulier et le remplace par le concept d'individu autonome entendu simplement comme porteur de droits fondamentaux dans le cadre d'une « société démocratique » idéaliste<sup>136</sup>. Quelle que soit la valeur qu'un tel libéralisme pourrait avoir *de constitutione ferenda*, devenir le fondement d'une interprétation constitutionnelle qui neutralise, voire ignore, les caractéristiques nationales, religieuses et sociales indubitables découlant clairement du texte constitutionnel de la Constitution de 1975 sape sans doute la fiabilité aussi bien de cette interprétation que dudit texte constitutionnel. En tout état de cause, dans la mesure où personne n'a l'intention de recourir à une révision constitutionnelle formelle pour trancher sincèrement les conflits interprétatifs découlant des dipôles normatifs susmentionnés de la Constitution de 1975, laisser ces conflits en suspens perpétuel et rechercher d'imposer sa propre interprétation révisionnelle pérennise la polémique mémorielle, ce qui renforce l'instrumentalisation non seulement du passé mais aussi du droit constitutionnel lui-même et, par conséquent, promeut davantage la *déréglementation constitutionnelle*<sup>137</sup>.

\* \* \*

La connaissance et la gestion du passé, à savoir l'administration de la mémoire et de l'oubli, ne servent pas seulement à établir la vérité sur l'identité des divers groupes sociaux (États, Nations, Églises, partis politiques, organisations supranationales etc.) et des normes juridiques fondamentales qui les encadrent. Elles sont aussi des instruments politiques qui contribuent à fixer les relations des pouvoirs au sein de chacun de ces groupes et entre ceux-ci. Cela étant, pour comprendre et expliquer la signification, la validité, la légitimité et la fonction du droit constitutionnel qui essaie de saisir le passé tout en étant saisi par celui-ci, il convient d'adopter une approche critique dudit droit et de ses interprétations. Une telle approche peut identifier le contenu et les conflits des « mémoires partisans » sur la base desquelles évoluent les institutions constitutionnelles et politiques dans le temps.

Comme il découle des analyses qui précèdent, en Grèce, le pluralisme interprétatif caractérisant actuellement le droit constitutionnel est marqué par le conflit entre deux interprétations mémorielles extrêmes qui essaient d'imposer leur propre récit historique sur l'identité constitutionnelle grecque : d'un côté, une interprétation introvertie, dotée d'éléments d'esprit réactionnaire, qui exagère l'importance du concept de « Nation » et du

<sup>135</sup> Voir l'arrêt n° 460/2013 de l'Assemblée du Conseil d'État de Grèce, pt 6.

<sup>136</sup> Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 76.

<sup>137</sup> *Idem*, *passim*.

rôle historique de l'Église orthodoxe orientale et qui ramène à la mémoire l'idéologie nationaliste sur laquelle étaient fondés les régimes politiques d'après la guerre civile jusqu'au rétablissement de la démocratie en 1974; de l'autre côté, une interprétation hyperlibérale, favorable à l'Union européenne et à la mondialisation et rompant avec les particularités nationales et sociales établies dans le texte de la Constitution de 1975, qui réduit l'histoire constitutionnelle et politique de la Grèce à la représentation d'une confrontation constante entre des populistes a priori introvertis et des modernisateurs tournés vers l'Occident<sup>138</sup>. L'acuité du conflit entre ces deux interprétations constitutionnelles semble bloquer, voire marginaliser, aussi bien l'interprétation libérale classique que l'interprétation visant à réaliser l'objectif de la symbiose entre l'État de droit libéral et l'État de droit social à laquelle aspire la lettre de la Constitution de 1975. En tout cas, l'acuité dudit conflit semble aussi brouiller le souvenir des luttes importantes du peuple grec pour le respect de la légalité constitutionnelle, la promotion de la démocratie politique et sociale et la préservation de l'indépendance nationale contre les interventions illégitimes des forces étrangères.

Il paraît que l'évolution ci-dessus du droit constitutionnel n'est pas qu'une particularité grecque. Les grandes lignes de cette évolution s'inscrivent sur le développement du *constitutionnalisme néo-féodal*, qui constitue l'évolution du phénomène de la déréglementation constitutionnelle plus généralement en Europe<sup>139</sup>. Dans ce contexte néo-féodal<sup>140</sup>, consolidé sans doute par la guerre en Ukraine et la nouvelle crise économique et sociale qui en découle, le constitutionnalisme déréglementé en Europe subit les conséquences du conflit majeur entre l'autoritarisme néolibéral et le populisme nationaliste d'extrême droite, qui semble dominer la mémoire et l'imaginaire collectifs et bloquer tant le libéralisme classique que les idées socialistes. En d'autres termes, le constitutionnalisme européen postmoderne paraît marqué par des interprétations mémorielles qui mettent des instruments juridiques modernes au service des objectifs antimodernes, voire prémodernes.

---

<sup>138</sup> Voir, à cet égard, à titre indicatif, A. Liakos, « La controverse des interprétations » (en grec), intervention au colloque « 200 ans d'histoire grecque : Considérations et interprétations au XXe siècle », organisé par les Archives d'histoire sociale contemporaine et la revue *Historein/ Ιστορείν*, 26-27 novembre 2021, *Le Journal des rédacteurs* (quotidien grec), 31.12.2021 [[https://www.efsyn.gr/themata/fantasma-tis-istorias/325691\\_i-diamahi-ton-ermineion](https://www.efsyn.gr/themata/fantasma-tis-istorias/325691_i-diamahi-ton-ermineion)], Ch. Kouroundis, « Les schémas interprétatifs de l'histoire constitutionnelle grecque » (en grec), *www.constitutionalism.gr*, 20.4.2021.

<sup>139</sup> Voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit..

<sup>140</sup> Voir *supra*, note n° 4.



MASSIMO LUCIANI  
(FACULTE DE DROIT - UNIVERSITE DES ETUDES DE ROME -  
LA SAPIENZA)

\*\*\*\*\*

*Itinéraires constitutionnels de la mémoire\**

Sommaire

- 1.- *La mémoire.*
- 2.- *L'effacement du passé.*
- 3.- *La conservation du passé.*
- 3.1.- *Continuité et discontinuité des institutions constitutionnelles.*
- 3.2.- *Continuité et discontinuité symbolique.*
- 4.- *Les « journées nationales » et les lois mémorielles.*
- 5.- *Les conséquences juridiques des lois mémorielles.*
- 6.- *Le temps dans la dimension subjective. En particulier : le droit à l'oubli.*
- 7.- *Mémoire et interprétation juridique.*
- 7.1.- *Entre le texte législatif et l'intention du législateur : la position de Savigny.*
- 7.2.- *Les rapports entre interprétation objective et interprétation subjective.*
- 7.3.- *Travaux préparatoires, interprétation de la loi, interprétation de la Constitution.*
- 7.4.- *Les incertitudes de la jurisprudence.*
- 7.5.- *Une réflexion finale sur le thème de l'originalisme.*
- 8.- *Traces d'une conclusion.*

\*Rapport italien à la Table Ronde *Constitution, histoire et mémoire*, Aix-en-Provence,  
9-10 septembre 2022

### 1.- La mémoire.

La mémoire<sup>1</sup> n'est pas une armoire. Elle n'est pas un dépôt dans lequel des objets à récupérer à moment donné s'accumulent, tout en les retrouvant (un peu poussiéreux, peut-être) dans l'état dans lequel on les avait laissés. Nous ne pouvons pas « comparer les souvenirs à des fichiers informatiques qui sont stockés et extraits »<sup>2</sup> ou à « une simple série de photos dans l'album de l'esprit »<sup>3</sup>; nous ne pouvons pas « imaginer que tous ces anciens souvenirs sont là, rangés suivant l'ordre même où ils se sont succédé comme s'ils nous attendaient »<sup>4</sup>: se remémorer est un *processus*, dans lequel « l'information récupérée doit être rappelée dans le contexte d'un temps et d'un lieu donnés et avec quelque référence à soi-même en tant que participant à l'épisode »<sup>5</sup>.

Les acquisitions les plus récentes dans le domaine de la recherche scientifique suivent en général la théorie des « cellules engramme », dans lesquelles les traces mnésiques sont imprimées et qui s'activent au cas où elles servent, théorie que – on l'a récemment rappelé avec efficacité –<sup>6</sup> avait trouvée une sorte d'anticipation et de sollicitation dans la (d'ailleurs pas très originale)<sup>7</sup> métaphore platonique (élaborée dans le *Théétète*) de l'impression dans l'âme comme dans une tablette de cire (comme s'il y avait « ἐν ταῖς ψυχαῖς ἡμῶν ἐνὸν κήρινον ἐκμαγεῖον »)<sup>8</sup>.

La réflexion de Platon ne fait pas du thème de la mémoire l'objet d'un développement systématique<sup>9</sup>, mais celle d'Aristote, qui est en revanche (comme d'habitude) tellement systématique par finir à se voir dédié un (petit) traité spécifique, en récupère les concepts et aussi la terminologie, quoique en changeant beaucoup les conclusions<sup>10</sup>. On y relance néanmoins la métaphore de l'impression, à laquelle Aristote accompagne celle du tableau ou du dessin : « l'affection produite par la sensation dans l'âme [...] doit être conçue quelque chose comme un dessin »<sup>11</sup>, et « le mouvement qui se produit dans le sujet imprime une

<sup>1</sup> L'on pourrait légitimement parler de mémoires au pluriel, compte tenu du fait que dans les neurosciences on constate l'existence de multiples types de mémoire – à bref terme, à long terme, iconique, des procédures, déclarative, etc. (R. QUIAN QUIROGA, *Borges y la memoria. Un viaje por el cerebro humano*, de « Funes el memorioso » a la neurona de Jennifer Aniston, Buenos Aires, Penguin, 2017, trad. it par R. Sardi, *Borges e la memoria. Viaggio nel cervello umano da Funes al neurone Jennifer Aniston*, Trente, Erickson, 2018, 65 ss.) – et que ces types se trouvent dans des sites cérébraux différents (*Ibidem*, 77 ss.). Mais la fonction mnésique (pour le profane qui écrit, quand-même), étant, au-delà de ces types, seulement une, le singulier semble plus approprié.

<sup>2</sup> D.L. SCHACTER, *Searching for Memory. The Brain, the Mind and the Past*, New York, Basic Books, 1996, trad. it. par C. Mennella, *Alla ricerca della memoria. Il cervello, la mente e il passato*, Milan, RCS, 2010, XIV.

<sup>3</sup> D.L. SCHACTER, *Alla ricerca della memoria*, cit., XV.

<sup>4</sup> Ainsi, cette fois-ci par une perspective socio-philosophique, M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, éd. crit. par G. Namer, Paris, Albin Michel, 2019 (1<sup>ère</sup> éd. – posthume – 1950), 28.

<sup>5</sup> D.L. SCHACTER, *Alla ricerca della memoria*, cit., 5.

<sup>6</sup> Par A. CATTANEO, *Ricordare il passato per immaginare il futuro : il cervello prospettico*, in *Limes*, n° 10/2021, 67.

<sup>7</sup> Sur les précédents, dans le monde grecque, de cette métaphore, M.M. SASSI, *Aristotele fenomenologo della memoria*, in M.M. SASSI, éd., *Tracce nella mente. Teorie della memoria da Platone ai moderni*, Pise, Ed. della Normale, 2007, 30 ss. La métaphore, également, est fréquemment reprise plus récemment, parfois – néanmoins – sans citer les sources anciennes initiales (v., par ex., M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 28).

<sup>8</sup> PLATON, *Théétète*, 191c.

<sup>9</sup> G. CAMBIANO, *Problemi della memoria in Platone*, in M.M. SASSI, éd., *Tracce nella mente*, cit., 2.

<sup>10</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, 18 ss.

<sup>11</sup> ARISTOTE, *De la mémoire et de la réminiscence* (trad. it. par L. Laurenti, Milano, Mondadori, 2008), 450a, 28-30.

espèce de figure de l'objet perçu comme le font ceux qui marquent une empreinte avec l'anneau »<sup>12</sup>.

L'anticipation ancienne des recherches contemporaines, toutefois, d'un côté était seulement partielle ; d'autre côté, il me semble, était allée aussi au-delà du rappel à l'impression sur la tablette (c'est-à-dire : au σημείων). Seulement partielle, parce qu'en Platon et en Aristote « la référence à la cire ne doit pas être entendue comme concernant un support physique, qui implique une analyse en termes physiologiques du processus de mémorisation : le présupposé est que le bloc de cire soit dans nos âmes »<sup>13</sup>. Excèdent ce rappel, parce que déjà à l'époque on mettait ainsi en lumière certains caractères du phénomène mnésique qu'aujourd'hui se consolident.

Le rappeler (ou le remémorer, pour maintenir la distinction platonicienne et aristotélique dont on dira tout de suite) n'est pas une action mécanique, mais un processus profondément *dynamique*<sup>14</sup>, que « n'est pas une registration physique fidèle des stimuli externes reçus durant un apprentissage, mais a une nature intrinsèquement constructive »<sup>15</sup>, même créative<sup>16</sup>. Un processus au cours duquel les « traces mnésiques », qui en constituent les unités composantes, « sont vulnérables » et, chaque fois qu'elles sont activées, deviennent sujettes à des interférences »<sup>17</sup> : « d'une trace mnémonique consolidée on passe à une trace labile, c'est-à-dire ouverte à nouveau au changement »<sup>18</sup>, changement qu'est "necessary for memory consolidation and storage"<sup>19</sup>. C'est précisément cette complexité du phénomène mnésique qui semble être comprise dès le début.

Platon, dans le *Philèbe*<sup>20</sup>, avait déjà proposé la distinction entre mémoire (*μνήμη*) et réminiscence (*ἀνάμνησις*), qu'Aristote aurait repris et considérablement développé : la première n'est que la simple conservation de ce qu'on a expérimenté (et est en commun à l'homme et aux animaux)<sup>21</sup> ; la seconde est assimilable à une inférence ou à un syllogisme, car « c'est une sorte de recherche »<sup>22</sup>, médiée par des images<sup>23</sup>, et précisément en tant que recherche « elle appartient à ceux seuls qui ont la capacité délibérative, parce que la délibération est elle aussi une forme d'inférence »<sup>24</sup>.

Le remémorer, en somme, dès le début, n'est pas compris comme une soumission passive au passé, mais comme une recherche dynamique et, à travers la recherche, non pas déjà un

<sup>12</sup> ARISTOTE, *De la mémoire et de la réminiscence*, cit., 450a, 30-33.

<sup>13</sup> G. CAMBIANO, *Problemi della memoria in Platone*, cit., 8.

<sup>14</sup> Ainsi, parmi les (pas nombreux) juristes, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, n. 1/2009, 10.

<sup>15</sup> A. CATTANEO, *Ricordare il passato*, cit., 69.

<sup>16</sup> R. QUIAN QUIROGA, *Borges e la memoria*, cit., 169.

<sup>17</sup> A. CATTANEO, *Ricordare il passato*, cit., 69.

<sup>18</sup> H. MONYER – M. GESSMANN, *Das Geniale Gedächtnis*, München, Knaus, 2015 ; trad. it. par M. Carozzi, *La memoria geniale. Come ricordiamo. Perché dimentichiamo*, Milan, Rizzoli, 2017, 35 (en italiques dans l'original).

<sup>19</sup> C.M. ALBERINI – A. TRAVAGLIA, *Infantile Amnesia : A Critical Period of Learning to Learn and Remember*, in *The Journal of Neuroscience*, 14 juin 2017, 5784.

<sup>20</sup> PLATON, *Philèbe*, 34b.

<sup>21</sup> ARISTOTE, *De la mémoire et de la réminiscence*, cit., 453a, 7.

<sup>22</sup> Qui « présuppose l'oubli-latence de ce qu'on a connu en précédence » : G. CAMBIANO, *Problemi della memoria in Platone*, cit., 6.

<sup>23</sup> Sur le caractère central des images (pas nécessairement de type visuel, mais aussi tactile, auditif ou olfactif) dans le procès mnésique, pour Aristote, M.M. SASSI, *Aristotele fenomenologo della memoria*, cit., 41 ss.

<sup>24</sup> ARISTOTE, *De la mémoire et de la réminiscence*, cit., 453a, 12-14.

« retrouver », mais un réélaborer. La recherche philosophique contemporaine, en distinguant entre une approche cognitive et une approche pragmatique du thème du souvenir ou de la réminiscence (rappel, recollection)<sup>25</sup>, ne fait que reprendre (pour ensuite retravailler problématiquement) cette distinction des anciens.

Plusieurs nœuds problématiques s'entremêlent à ce point, auxquels s'accompagnent également de multiples glissements sémantiques dans l'utilisation du lemme « mémoire ».

Il est évident que les processus que nous avons décrits concernent le passé individuellement expérimenté (qu'il s'agisse de faits ou de pensées propres), et non le passé dont on vient à connaissance *de relato* : les connaissances *passées* – c'est-à-dire – non pas les connaissances *du passé*<sup>26</sup>, non pas, en particulier, celles que nous mûrissons à travers l'écoute ou la lecture de l'histoire. Et pourtant, la remémoration individuelle et l'apprentissage historique se mêlent. Suivant les réflexions pionnières de Maurice Halbwachs, le souvenir individuel est possible seulement dans un contexte de groupe<sup>27</sup> : dans notre expérience « nous ne sommes jamais seul » (les autres étant toujours présents en forme de mémoire de leur être et de leur dire)<sup>28</sup> et si la « mémoire autobiographique » se distingue de la « mémoire historique », néanmoins s'en nourrit, parce que « après tout l'histoire de notre vie fait partie de l'histoire en général »<sup>29</sup>. Cependant, « ce n'est pas sur l'histoire apprise, c'est sur l'histoire vécue que s'appuie notre mémoire »<sup>30</sup> et la même *mémoire* collective est une chose différente de l'*histoire* collective : la première est « un courant de pensée continu, d'une continuité qui n'a rien d'artificiel », mais concerne un groupe social spécifique et « ne retient du passé que ce qui en est encore vivant »<sup>31</sup>, tandis que la seconde « se place hors des groupes » et obéit à un simple « besoin didactique de schématisation »<sup>32</sup>.

C'est dans ces réflexions que s'enracine la nette distinction entre mémoire et histoire qu'à été tracée par Pierre Nora, lequel, tout en extrémisant Halbwachs, les sépare drastiquement : la première est entendue comme partage collective d'un vécu<sup>33</sup> ; la deuxième comme étude d'un passé qui n'est plus vraiment socialisé, qu'est « trace, distance, médiation »<sup>34</sup> ; la première qui est vie ; la deuxième qu'est reconstruction, toujours

<sup>25</sup> Cfr. P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., 4.

<sup>26</sup> N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, 3<sup>ème</sup> éd. mise à jour par G. Fornero, Rome, L'Espresso, 2006, II, 605.

<sup>27</sup> « Le fonctionnement de la mémoire individuelle n'est pas possible sans ces instruments que sont les mots et les idées, que l'individu n'a pas inventés et qu'il emprunte à son milieu » M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 98. Je n'ai pas d'instruments pour évaluer le bien-fondé (neuro)scientifique de cette thèse radicale et je me borne à mettre en exergue deux points : que, nonobstant tout ça, Halbwachs ne nie pas la subjectivité du remémorant (sinon, comme le dit P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., 149, l'on ne pourrait même « se replacer » dans un groupe) ; qu'à cette thèse l'on pourrait néanmoins adhérer en se tenant à la perspective – qu'est la mienne – du droit constitutionnel, laquelle concerne nécessairement les phénomènes sociaux complexes et non pas les mécanismes de la physiologie individuelle.

<sup>28</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 52.

<sup>29</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 99.

<sup>30</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 105.

<sup>31</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 131.

<sup>32</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 132.

<sup>33</sup> P. NORA, *Entre Mémoire et Histoire. La problématique des lieux*, in ID., *Les lieux de mémoire*, t. I, vol. I, *La République*, Paris, Gallimard, 1984, XVIII. V. aussi P. NORA, *Le moment de la « mémoire collective »*, maintenant in ID., *Présent, nation, mémoire*, Paris, Gallimard, 2011, 299 ss.

<sup>34</sup> P. NORA, *Entre Mémoire et Histoire*, cit., XIX.

problématique et incomplète, de ce qui n'est plus<sup>35</sup>. Thèse en principe partageable et souvent entièrement partagée<sup>36</sup>, mais qui propose un excès de juxtaposition entre mémoire et histoire, en alimentant « l'illusion néfaste que les historiens sont les seuls dépositaires de la vérité historique »<sup>37</sup>, alors que, même si on se détache de l'affirmation Crocéenne que « le lien sentimental avec le passé prépare et aide l'intelligence historique, condition de tout progrès civil véritable »<sup>38</sup>, toute histoire, quoique déontologiquement tenue à rechercher l'objectivité et la « vérité »<sup>39</sup>, est-elle même conditionnée par la mémoire<sup>40</sup>. De plus, si l'histoire et la mémoire étaient vraiment si nettement séparées, cela n'expliquerait pas le phénomène de l'utilisation publique de l'histoire, c'est-à-dire – comme l'a observé Nicola Gallerano – de cette histoire qui n'est pas faite par la communauté scientifique des spécialistes, mais par les moyens de communication de masse, les écoles, l'art, la littérature, etc., éventuellement avec des objectifs ouvertement biaisés<sup>41</sup>. Plus convaincant se révèle, partant, l'équilibre de la position de Jacques Le Goff : « La mémoire est la matière première de l'histoire », mais l'histoire « vient d'ailleurs à son tour alimenter la mémoire et rentre dans le grand processus dialectique de la mémoire et de l'oubli que vivent les individus et les sociétés »<sup>42</sup>.

L'usage public de l'histoire et la construction de la mémoire collective sont des phénomènes auxquels le droit constitutionnel s'intéresse et dont les institutions sociales sont pleinement conscientes, agissant en conséquence surtout durant la période (limitée) dans laquelle des générations qui ont vécu concrètement certains faits et des générations qui ne les ont connus qu'à travers l'étude de l'histoire sont destinées à cohabiter<sup>43</sup>. Quand – par exemple – on utilise des témoins de l'Holocauste pour rendre plus directement saisissables par les jeunes des événements qui pour eux appartiennent à un passé lointain, c'est clair, usage public de l'histoire et construction de la mémoire collective se combinent<sup>44</sup>. La mémoire sociale, en somme, est faite à la fois de multiples réminiscences et de multiples connaissances acquises du passé.

## 2.- L'effacement du passé.

<sup>35</sup> P. NORA, *Entre Mémoire et Histoire*, cit., XIX.

<sup>36</sup> Parmi les juristes, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 15.

<sup>37</sup> A. BRAZZODURO, *Una storia di Stato? Leggi memoriali, religione civile, conflitto*, in *Studi Storici. Riv. trim. dell'Ist. Gramsci*, n° 2/2006, 405 ss., 3 du tiré à part.

<sup>38</sup> B. CROCE, *Storie e leggende napoletane*, réimp. de la 3<sup>ème</sup> éd. (1942), Milan, Adelphi, 1990, 11.

<sup>39</sup> J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Paris, Gallimard, 1988, 10 (il s'agit de la *Préface* à l'édition française : la première version de cet ouvrage – qui constitue le recueil d'un certain numéro de « rubriques » de la *Enciclopedia Einaudi* – avait été publiée en italien, en 1986, par le même éditeur Einaudi).

<sup>40</sup> « L'historiographie n'est pas une entreprise seulement cognitive, mais aussi affective », écrit N. GALLERANO, *Storia e uso pubblico della storia*, in N. GALLERANO, éd., *L'uso pubblico della storia*, Milan, Franco Angeli, 1995, 27.

<sup>41</sup> N. GALLERANO, *Storia e uso pubblico della storia*, cit., 17.

<sup>42</sup> J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, cit., 10 s. (v. aussi 176 s.).

<sup>43</sup> Dans la perspective du droit constitutionnel, sur ce lien entre témoins actifs et récepteurs passifs du passé, v. A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milan, Franco Angeli, 2018, 20.

<sup>44</sup> Parfois, l'inverse se produit aussi. Récemment, par exemple, une revenante de l'Holocauste (M.me la Sénatrice Segre) a voulu encourir le risque de solliciter l'engagement d'une *influencer* assez connue (Chiara Ferragni) pour attirer l'attention des plus jeunes sur l'extermination des juifs.

Si les processus mnésiques impliquent une réélaboration du passé ou, comme chez Aristote<sup>45</sup>, une véritable activité rationnelle (de nature syllogistique)<sup>46</sup>, le ratiociner étant le domaine dans lequel l'être humain exerce la liberté qui lui est spécifiquement (en ce sens qu'elle appartient à son espèce) propre, toute délimitation des capacités rationnelles déterminée par la résection du passé constitue un préjugé à la liberté. Préjugé qui apparaît d'autant plus grave qu'on réfléchit davantage sur le fait que le souvenir est étroitement lié à la capacité imaginative du futur, les deux processus neuropsychiques étant étroitement liés<sup>47</sup> : « la mémoire n'existe pas pour cacher le vécu dans ses ' tiroirs ' et pour le garder là, mais pour le retravailler constamment et donc le rendre utile pour l'avenir »<sup>48</sup>. Elle est « un grand transformateur capable de changer le passé dans le futur »<sup>49</sup>.

Au point de vue du droit constitutionnel le discours sur la soi-disant *cancel culture*<sup>50</sup> pourrait bien se terminer ici, avec la reconnaissance de son opposition frontale au principe de liberté. Il ne s'agit pas, en effet, simplement de cette agression à la liberté de conscience ou à la liberté de manifestation de la pensée dont parlent normalement ses critiques, mais de la compromission de la sphère la plus intime de la liberté humaine, présumé logique (et neurologique) de toute autre liberté. Aucun système constitutionnel ne devrait permettre un tel sacrifice.

Malheureusement, il n'est pas toutefois possible que le discours s'arrête ici, parce que la soi-disant *cancel culture* est un phénomène complexe ; elle est prise au sérieux dans de nombreuses expériences juridiques ; elle est suivie par une partie significative de l'opinion publique et fait valoir des motivations que même ses adversaires ne peuvent en aucune façon ne pas comprendre. Ajoutons, alors, quelques considérations supplémentaires.

La culture de l'effacement peut affecter des faits, des objets, des personnes mortes, des personnes vivantes. Même lorsqu'elle ne concerne que ces dernières, elle affecte aussi la conscience et les connaissances collectives (si un artiste est banni parce que – imaginons – il est simplement suspecté de *sexual harassment*, ce n'est pas seulement lui qui subit un préjudice, mais toute la collectivité, qui est privée de la possibilité de l'admirer). Mais il est clair que la dimension collective est plus directement impliquée quand il s'agit de la mémoire.

La mémoire a toujours été un champ de bataille sur lequel les communautés politiques et leurs institutions se sont battues pour déterminer ce qu'il faut retenir et ce qu'il faut oublier<sup>51</sup>. Aussi l'oubli est en effet une nécessité pour la survie des communautés politiques,

<sup>45</sup> Il laisse en effet perplexe la thèse (de J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, cit., 126) selon laquelle non seulement en Platon, mais aussi en Aristote, la mémoire n'aurait rien à voir avec la fonction intellectuelle.

<sup>46</sup> Chose qui est rendue possible par la capacité d'estimer le passage du temps : P. RICÉUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., 23.

<sup>47</sup> A. CATTANEO, *Ricordare il passato*, 71 ss.

<sup>48</sup> H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit. 16.

<sup>49</sup> H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit., 33.

<sup>50</sup> L'expression, fort synthétique, identifie des attitudes multiples et complexes, sur lesquelles, v. par ex., E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale*, in *Nomos*, n° 2/2021, 6 ss.

<sup>51</sup> V., entre autres, J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, cit., 174 s. (« la mémoire collective est non seulement une conquête, c'est un instrument et un objectif de puissance ») ; parmi les juristes, A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., 13 ss. (*Ibidem*, 63, l'observation que « la mémoire se construit et cela se fait en fonction d'une identité que l'on veut façonner à partir de certaines valeurs considérées comme fondatrices »). L'argument de fond de l'A. est que « l'intervention de l'État dans la pratique mémorielle ne représente nullement une vexation ou une action indue de *hybris* de la puissance publique par rapport à la liberté de la science et de la recherche,

de la même manière qu'il l'est pour la survie des individus, pour lesquels le souvenir généralisé est insupportable et paralysant<sup>52</sup>, véritable obstacle à la plénitude de la vie<sup>53</sup>. Le mythe, une fois de plus, le clarifie avec la force évocatrice de l'acte poétique : les neuf Muses sont générées par Zeus ayant couché avec Mnémosyne, déesse de la mémoire, mais c'est précisément pour cela qu'elles donnent aux êtres humains « λησμοσύνην τε κακῶν ἄμπαυμά τε μερμηράων », c'est-à-dire oubli des maux et repos des préoccupations<sup>54</sup>.

Mais retournons à l'oubli collectif. Je pense surtout, pour l'Italie, à l'affaire de l'amnistie pour les délits fascistes<sup>55</sup> : comme l'écrivit Togliatti dans le rapport ministériel qui accompagnait le d.P.R. 22 juin 1946, n. 4, avec lequel l'amnistie (que l'on prête attention au terme, qui vient de ἀ-μνησκω...) fut concédée, elle n'était pas seulement un acte de clémence, mais aussi « un acte de force et de confiance dans les destinées du pays ». L'oubli du passé sert aussi à la construction de l'avenir, certes, mais il faut considérer que l'amnistie est une institution juridique et que l'oubli qu'elle impose n'est que juridique, non historique (la neutralisation juridique des effets d'actes passés ne constitue pas une négation de ces faits et si les fascistes amnistiés sont lavés des fautes juridiques le jugement historique et moral sur eux reste intact)<sup>56</sup>.

Puisque les choses sont ainsi, on pourrait penser que, en définitive, la culture de l'effacement n'est pas un phénomène particulièrement original et qu'elle est au contraire un épisode de la lutte perpétuelle qui investit la mémoire publique<sup>57</sup>. Mais ce n'est pas comme ça. « Cancel culture is the new McCarthyism of the 'woke' generation », a écrit le controversé<sup>58</sup> juriste américain Alan Dershowitz, aussi avec le *pathos* de qui en était

---

mais plutôt un acte légitime, expression de la fonction plus large des institutions appelées à assurer l'unité et l'intégration politique » (*Ibidem*, 202, mais analogiquement ID., *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, in *Rivista Aic*, n° 1/2022, 65). Et il s'agit d'une thèse partageable, à condition que l'intervention soit sobre et tende vraiment à accomplir cette fonction intégrative à laquelle elle devrait être préordonné.

<sup>52</sup> Sur l'essentialité d'une limitation des facultés mnésiques, sinon la vie serait impossible, R. QUIAN QUIROGA, *Borges e la memoria*, cit., *passim*.

Il existe aussi un ancien et répandu courant de pensée qui considère le changement cognitif comme imputable plus à l'effacement des informations acquises qu'à l'apprentissage supplémentaire (v. la position dont parlent H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit., 47, et aussi, si j'ai bien compris, F. CIMATTI, *La fabbrica del ricordo*, Bologne, Il Mulino, 2021, 21).

<sup>53</sup> « L'homme qui se remémore, l'homme qui se rappelle [...], restera toujours sur sa faim », écrivit C. PEGUY, *Clio. Dialogue de l'histoire et de l'âme païenne*, 10<sup>ème</sup> éd. (1<sup>ère</sup> éd. 1932), Paris, Gallimard, 1942, 87.

<sup>54</sup> HESIODE, *Théogonie*, v. 55.

<sup>55</sup> Le thème des amnisties devrait d'ailleurs être inséré dans le cadre plus complexe des procédures de réconciliation nationale et de *transitional justice* qu'ici ne peut qu'être évoqué (il suffit de rappeler que de ces procédures font partie aussi des choix qui ne concernent pas - comme c'est le cas pour l'amnistie - les vivants, mais les morts : que l'on pense au débat juridico-politique espagnol sur l'exhumation des restes de Francisco Franco et leur transfert du sanctuaire du *Valle de los Caídos* au cimetière de Mingorrubio).

<sup>56</sup> Je ne partage donc pas l'affirmation de E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 29, que « Du point de vue juridique en effet, l'amnistie est un oubli juridiquement imposé qui, bien que limité à un événement spécifique, est en réalité d'une grande portée en termes mémoriaux parce qu'elle efface les attestations du mémoire (le particulier), affirmant que rien ne s'est réellement produit ».

<sup>57</sup> L'effacement du passé, du reste, s'associe souvent aux passages révolutionnaires, mais là encore, il a toujours des limites. V., spécifiquement sur la paradigmatique expérience française, P. NORA, *L'explosion du patrimoine*, maintenant in ID., *Présent, nation, mémoire*, cit., 101 ss.

<sup>58</sup> Sur les nombreuses querelles dans lesquelles Dershowitz a été impliqué, v. le long article de C. BRUCK, *Alan Dershowitz, Devil's Advocate*, in *New Yorker* du 29 juillet 2019.

victime<sup>59</sup>. Thèse correcte, me semble-t-il, mais approchée par défaut, car, alors que le maccarthysme était un mouvement politique (également utilisé et alimenté par les institutions) qui avait pour but de combattre un présumé « danger rouge » considéré comme actuel et présent, la culture de l’effacement s’adresse principalement au passé et, lorsqu’elle le fait, elle entend contester tout un héritage culturel (c’est-à-dire cette « mémoire culturelle » qui, en théorie, pourrait « résister éternellement »)<sup>60</sup> qui est si violemment contesté dans ses fondements qu’il est considéré comme méritant, justement, d’être effacé.

Dans ce mouvement composite le contraste strident entre origine et but est frappant : l’origine (les revendications liées à l’égalité raciale et à l’égalité de genre) est (malgré l’importance des thèmes) relativement limitée ; le but (le renversement de toute une tradition culturelle) est débordant. Celui qui ne parvient pas à saisir ce contraste et, par un partage compréhensible des revendications, ne ressent pas l’excédent des moyens finit par favoriser un mouvement dont la portée destructrice ne s’est révélée pleinement que de l’autre côté de l’Atlantique, mais qui commence à se faire entendre dans la vieille Europe.

La culture de l’effacement a aussi ses raisons<sup>61</sup>, à partir de la critique à l’impérialisme culturel euro-centrique<sup>62</sup>, pour finir avec la revanche de cultures qui ont été subalternes durant des siècles<sup>63</sup>. Il s’agit de prémisses qu’en effet on ne peut que partager, car l’impérialisme culturel européen (qui, en vérité, est maintenant réduit à sa version la plus insupportable, essentiellement anglo-saxonne) a créé la fausse impression que la culture européenne était la seule culture appréciable au monde et a obscurci toutes les autres. Cependant, il est étonnant de constater que ces prémisses ont abouti à des conclusions totalement erronées. En effet, ni l’impérialisme culturel, ni la marginalisation des autres cultures ne se combattent par la suppression. Élargir le regard et dialoguer est une chose ; supprimer l’une des sources du dialogue en est une autre. Comme c’est souvent le cas avec les mouvements de pensée prétendument *postmodernes*, aussi la culture de l’effacement a (non pas une matrice, mais) une structure ouvertement *prémoderne* : l’*index librorum prohibitorum* ne fut qu’une réponse à une modernité chaque jour plus pressante et la culture de l’effacement se sert de la même stratégie, affectant la réflexion libre et combattant une pensée estimée hostile non pas par une contestation rationnelle, mais par l’élimination.

Pourtant, comme je l’ai dit, elle a fait brèche aux États-Unis et une partie significative de l’opinion publique (soit parce qu’il s’agit de minorités, soit parce qu’il s’agit de *wasps* accablés d’un sentiment de culpabilité) la partage. Je ne donne que deux exemples, mais très significatifs – je crois – des paradoxes qui peuvent en résulter.

<sup>59</sup> A. DERSHOWITZ, *Cancel Culture. The Latest Attack on Free Speech and Due Process*, New York, Hot Books, 2020, 1. L’affaire personnelle de Dershowitz lui-même, accusé d’abus sexuels sur une mineure (la fameuse Virginia Giuffre de l’affaire Epstein) et donc « effacé », est amplement décrite dans le livre. Pour autant que je sache, l’affaire judiciaire née des accusations (avec dénonciations et contre-dénonciations de diffamation) est encore ouverte, de sorte que nous ne savons pas si elles sont fondées ou pas, mais le point - évidemment - n’est pas celui-ci. La question est de savoir si l’on peut être « effacé » avant que sa culpabilité ne soit éventuellement prouvée dans un procès.

<sup>60</sup> H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit., 225.

<sup>61</sup> Emblématique, par ce point de vue, la position de P. VESPERINI, *Que faire du passé ? Réflexions sur la « cancel culture »*, s.l., Fayard, 2022, qui néanmoins en aperçoit bien aussi les risques et la soumette partant à une critique bien serrée.

<sup>62</sup> P. VESPERINI, *Que faire du passé ?* cit., 20 ss.

<sup>63</sup> P. VESPERINI, *Que faire du passé ?* cit., 44.



i) Le premier concerne le mouvement pour le déboulonnage des monuments. Aux États-Unis il a visé, initialement, ceux des confédérés vaincus dans la guerre civile, de Robert E. Lee à Stonewall Jackson, de J.E.B. Stuart à Albert Sidney Johnston, mais le cas – éclairant – sur lequel je voudrais m’arrêter est celui du déplacement d’un monument à Abraham Lincoln, érigé à Boston et démantelé le 29 décembre 2020.

Le monument représente Lincoln debout avec une main imposée sur un afro-américain (avec des chaînes brisées aux poignets) agenouillé, mais dans l’acte évident de se relever, et symbolise le rôle que le Président avait joué dans la protection des esclaves fugitifs et l’abolition de l’esclavage. À la suite d’une pétition populaire, cependant, il a été retiré parce que – comme l’a affirmé le bureau du maire de Boston – « The decision for removal acknowledged the statue’s role in perpetuating harmful prejudices and obscuring the role of Black Americans in shaping the nation’s freedoms »<sup>64</sup>.

Ores, le problème n’est pas qu’il s’agit d’une copie de l’original qui est présent à Washington et que « The original work, which came to be known as the Emancipation Group, was purchased through donations by freed enslaved people and Black veterans of the Union Army »<sup>65</sup>, mais aussi que le monument avait pour but originel de représenter un sentiment très répandu dans l’opinion publique de la fin du XIXe siècle, que l’on veut simplement supprimer (ou faire représenter dans un contexte moins « public », comme un musée, où le monument pourrait peut-être être réassemblé).

Lincoln était anti-esclavagiste, bien sûr, mais il n’était pas pour l’égalité raciale complète<sup>66</sup>. C’est pourquoi le criticisme s’est étendu comme une tache d’huile et que

---

<sup>64</sup> On notera l’usage de la majuscule pour « Black », alors que l’usage typographique analogue n’a pas suivi pour « white », comme si ainsi pouvait et devait se pratiquer une expiation de la faute d’autres générations « blanches » pour des abus sociaux extrêmement graves comme l’esclavage ou le racisme (et sans tenir compte du fait qu’il s’agit là aussi d’une pratique gravement anti-égalitaire). Les justifications de cette pratique, désormais répandue, sont - franchement – stupéfiantes. Ainsi, quand on lit que « At the Columbia Journalism Review, we capitalize Black, and not white, when referring to groups in racial, ethnic, or cultural terms. For many people, Black reflects a shared sense of identity and community. White carries a different set of meanings; capitalizing the word in this context risks following the lead of white supremacists » (M. LAWS, *Why we capitalize ‘Black’ (and not ‘white’)*, in *Columbia Journalism Review*, 16 juin 2020) ou que « We believe this style best conveys elements of shared history and identity, and reflects our goal to be respectful of all the people and communities we cover » (ainsi Dean Baquet, executive editor du *New York Times*, dans une phrase citée par N. COLEMAN, *Why We’re Capitalizing Black*, in *New York Times* del 5 juillet 2020) on ne se rend pas compte de la faiblesse des prémisses : on ne sait pas pourquoi « blanc » devrait être même abstraitement incapable de générer des sentiments d’identité et de communauté ; pourquoi, si jamais il y en avait une, cette identité et communauté « blanche » devrait être seulement celle des suprématistes ; pourquoi « noir » ne devrait pas connaître un suprématisme spéculaire. Surtout, on ne se rend pas compte de la gravité des effets, car des pratiques révérencielles et de dédommagement de ce type alimentent un sentiment de séparation raciale néfaste pour l’unité de toute communauté politique.

Des réflexions fort opportunes sur ce choix en K. A. APPIAH, *The Case for Capitalizing the B in Black*, in *The Atlantic* du 18 juin 2020.

<sup>65</sup> Toutes les deux citations au texte sont tirées de B. CHAPPELL, *Statue of Lincoln with Formerly Enslaved Man at His Feet is Removed in Boston*, que l’on peut lire au site de NPR, à l’adresse <https://text.npr.org/951206414>.

<sup>66</sup> La thèse la plus fondée sur la position de Lincoln quant à l’égalité raciale est qu’il partageait, tout au plus, ce qui serait devenu le principe *separate but equal*, expression que nous trouvons dans l’opinion dissidente du juge Harlan en *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). En effet, dans le premier débat qu’il eut avec Douglas, à Ottawa, Illinois, le 21 août 1858, Lincoln dit : “*I have no purpose to introduce political and social equality between the white and the black races. There is a physical difference between the two, which, in my judgment, will probably forever forbid their living together upon the footing of perfect equality, and inasmuch as it becomes a necessity that there must be a difference, I, as well as Judge Douglas, am in favor of the race to*

maintenant, au-delà du sujet représenté dans le groupe statuaire de Boston, tous les monuments de Lincoln sont désormais parmi ceux dont on veut qu'on discute l'enlèvement (comme ce fut le cas de Washington et de Jefferson en tant que propriétaires d'esclaves, de Christophe Colomb en tant que coupable d'avoir « découvert » une terre déjà connue par ceux qui l'habitaient, etc.)<sup>67</sup>. L'absurdité de telles positions est si évidente qu'il suffirait de les énoncer pour en faire la critique, mais je ne peux pas omettre au moins les observations qui suivent.

a) Il y a d'abord une erreur de perspective, qui s'appelle décontextualisation<sup>68</sup>. Traiter les faits et les personnes du passé selon les mètres d'évaluation du présent constitue une évidente erreur positionnelle, cultivée par ceux qui ne comprennent pas que les catégories du passé ne coïncident pas avec celles du présent. Les juristes en savent quelque chose : bien que d'une tout autre qualité culturelle, la tentative mommsenienne de lire dans le droit public romain les traits du *Staatsrecht* allemand du dix-neuvième siècle a été aussi grandiose qu'infondée<sup>69</sup>. Et si nous passons des catégories aux valeurs sociales partagées, c'est encore pire : celles du présent ne sont certainement pas celles du passé et mesurer celui-là sur la base des paradigmes de celui-ci est un pur contresens logique<sup>70</sup>, qui génère également une contradiction interne à la position que l'on critique ici : s'il est vrai qu'à présent « une demande de reconnaissance naît du rejet de l'Occident comme seule mesure du monde »<sup>71</sup> s'est développée, il n'est pas moins vrai que la *cancel culture* élève le présent à la seule mesure du temps, en commettant exactement la même erreur.

Or, en se limitant simplement à la question du racisme, si l'on exclut les années les plus récentes, il est difficile de trouver en Occident (et pas seulement en Occident !) quelqu'un qui n'ait pas été raciste, de sorte que l'aspiration de la *cancel culture* devrait être, purement et simplement, celle de faire *tabula rasa* de tout l'héritage culturel occidental (et pas seulement occidental !), avec pour conséquence que nous devrions vivre dans les ténèbres d'une civilisation totalement dépourvue de passé.

b) Les partisans de la culture de l'effacement font à la culture du passé ce qu'ils reprochent à l'impérialisme européen d'avoir fait aux autres cultures du monde : ils l'annulent. Avec une différence, cependant. Alors que l'impérialisme européen a engendré une « ignorance asymétrique » (en ce sens que les historiens non européens connaissent

---

*which I belong having the superior position. I have never said anything to the contrary, but I hold that, notwithstanding all this, there is no reason in the world why the negro is not entitled to all the natural rights enumerated in the Declaration of Independence, the right to life, liberty, and the pursuit of happiness*” (ce débat on peut le lire en ligne à l'adresse <https://www.nps.gov/liho/learn/historyculture/debate1.htm>). Et ce n'est pas tout : comme on le sait, le plan de Lincoln consistait à résoudre le problème afro-américain en le supprimant, c'est-à-dire en transférant (progressivement) tous les esclaves libérés vers des colonies d'outre-mer ou au Liberia. L'échec de ce projet n'est pas moins connu.

<sup>67</sup> M. CRAMER, *Chicago Lists Lincoln Statues Among Monuments to Review*, que l'on peut lire au site du *New York Times*, à l'adresse <https://www.nytimes.com/2021/02/18/us/chicago-statues-abraham-lincoln.html>.

<sup>68</sup> « Chaque signe qui habite l'espace public doit être contextualisé », écrit correctement E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 9.

<sup>69</sup> V., par ex., les réflexions critiques détaillées de P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Turin, Giappichelli, 1965, spéc. 34 ss.

<sup>70</sup> Dans ce sens, par ex., G. BELARDELLI, *Lottare contro il passato. Un torto alla nostra storia*, in *Il Corriere della Sera* du 13 décembre 2019.

<sup>71</sup> C. PASQUINELLI, *Occidentalismi*, in *Parolechiave*, n° 31/2004, 13.

l'histoire européenne et les européens connaissent rarement l'histoire extra-européenne)<sup>72</sup> (puisque'il est logiquement impossible de postuler une symétrie avec le passé, qui ne pouvait certes pas connaître notre présent, son avenir).

L'histoire, cependant, est depuis toujours une aspiration à la recherche de la « vérité » et la vérité ne se découvre pas si la connaissance est exclue. Le fulgurant *incipit* des *Histoires* d'Hérodote est le manifeste de toute recherche historique ultérieure<sup>73</sup> : en se proposant de rechercher la *αἰτία* de la guerre entre les Grecs et les barbares (les Perses), il entendait enquêter sur toutes les causes, les raisons et les responsabilités (*αἰτία* signifie toutes ces choses), mais pour ce faire, il devait avoir une vue d'ensemble des deux civilisations en lutte, sans aucune censure préalable.

c) Les représentants mêmes de la culture de l'effacement sont le produit d'une stratification culturelle typiquement occidentale<sup>74</sup> et visent à effacer le patrimoine culturel dont ils sont eux-mêmes un (mauvais) produit. En proposant l'effacement, ils postulent donc d'être nés tout prêts, comme Minerve de la tête de Jupiter, et essentiellement sans aucun péché

d) La prétention de « mettre des caleçons à l'histoire », en imitant ce que fit en peinture Daniel de Volterra, après le Concile de Trente, avec les nus du Jugement dernier de Michel-Ange dans la Chapelle Sixtine, est un pur contresens. L'histoire est histoire et on ne peut prétendre qu'elle n'ait pas été, simplement parce qu'elle n'a pas été comme nous l'aurions souhaité.

e) Difficile d'identifier un grand personnage du passé qui, à côté d'actes héroïques, intelligents ou généreux, n'a jamais rien fait de mal ou de répréhensible, comme si l'être humain était autorisé à la perfection<sup>75</sup>. Les effaceurs prétendent être en droit d'effacer parce que - évidemment - ils se présument parfaits, ce qui est contrefactuel.

f) L'incapacité de comprendre l'exigence de contextualisation ne porte pas atteinte seulement à l'histoire et à la mémoire, mais à la capacité même de communication et de relation entre les êtres humains. Comme l'a clairement écrit Romano Guardini, « Celui qui comprend réellement [l'autre] voit [...] aussi le contexte dans lequel seuls les gestes, les paroles et les attitudes révèlent finalement toute leur signification »<sup>76</sup>. Celui qui efface, paradigmatiquement, ne comprend pas les autres. Et, ne comprenant pas, ne déploie aucune capacité communicative.

g) La prétention d'effacer quelque chose simplement parce qu'on le considère comme offensif ou parce qu'on se sent « insécurisé » (*unsafe*) est propre à une culture nourrie de l'aspiration à une protection universelle qui empêche de développer une éthique de la réflexion et de la responsabilité. Quand une institution d'opéra (la West Australia Opera)

<sup>72</sup> D. CHAKRABARTY, *L'artificio della storia*, in *Parolechiave*, n° 31/2004, 45.

<sup>73</sup> Pour l'opinion critiquée au texte, il est évidemment contestable de citer un auteur « occidental » comme fondateur. Mais un fait est un fait.

<sup>74</sup> P. VESPERINI, *Que faire du passé ?* cit., 78.

<sup>75</sup> Analogiquement, A. DERSHOWITZ, *Cancel Culture*, cit., 59 ss.

<sup>76</sup> R. GUARDINI, *Tugenden. Meditationen über Gestalten sittlichen Lebens*, Mainz, Grünewald, et Paderborn, Schöningh, 1987, trad. it. par G. Sommovilla, *Virtù. Temi e prospettive della vita morale*, 6<sup>ème</sup> éd., Brescia, Morcelliana, 2015, 135.

exclut de son répertoire la *Carmen* parce qu'elle inciterait implicitement au tabagisme, cela veut dire qu'on a vraiment touché le fond<sup>77</sup>.

h) La culture de l'effacement impute au seul Occident la faute de l'aspiration à la domination, de la colonisation, de la réduction en esclavage, mais elle oublie que cette faute, au contraire, est universelle : « Les décoloniaux font comme si tous les peuples du monde n'avaient pas partagé cette aspiration à la domination et comme si beaucoup d'entre eux ne l'avaient pas un jour ou l'autre violemment exercée », a écrit efficacement Jérôme Delaplanche, ancien responsable d'histoire de l'art à l'Académie de France à Rome<sup>78</sup>.

i) La culture de l'effacement se fait l'illusion de simplifier ce qui ne peut pas être simplifié et de substituer le jugement moral à la discussion rationnelle, en développant « the tendency to dissolve complex policy issues in a blinding moral certainty », comme il a été écrit à juste titre dans un manifeste bien connu de dizaines d'intellectuels américains, publié dans *Harper's Magazine*<sup>79</sup>.

l) L'effacement du passé est la revendication de celui qui se proclame d'avance vaincu. Si la prétention d'effacer est la conséquence de « l'échec des politiques de redistribution, d'inclusion et d'intégration »<sup>80</sup>, la proposer signifie ne pas croire en la possibilité de réussir à activer ces politiques.

ii) Le deuxième exemple concerne un cas d'effacement seulement indirect, mais pas moins dangereux (au contraire, peut-être plus grave). En 2021, l'Université de Princeton a supprimé les connaissances du grec et du latin des conditions d'inscription au cours de *Classics*. La raison en a été qu'une telle (à vrai dire évidemment nécessaire...) condition aurait des effets discriminatoires, étant donné qu'elle serait difficile à détenir pour les étudiants des minorités ethniques, issus de cours pré-universitaires généralement de qualité modeste. Face aux protestations de nombreux scientifiques, l'Université a répliqué que « a minimum language requirement acts primarily as a deterrent to potential concentrators, and is not effective as a means of inducing students to embark on the study of Ancient Greek or Latin », en ajoutant que « We believe that an approach based on inclusion and persuasion will be more effective in encouraging language study than one based on compulsion »<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> M. TRAN, *Australian opera company drops Carmen over smoking scenes*, in *The Guardian*, 9 octobre 2014. Et jetons pieusement un voile sur les rééditions proposées du chef-d'œuvre de Bizet qui éliminent le « féminicide » final et le remplacent par un « homicide » ou par un final sans effusion de sang.

<sup>78</sup> J. DELAPLANCHE, *La Cancel culture infiltre la Villa Médicis*, in *La Tribune de l'Art*, 3 novembre 2021 (qui, s'inspirant de la fameuse affaire des tapisseries « des Indes » de la Villa Médicis, jugées par certains comme offensantes pour les sensibilités post-coloniales, ajoute, non moins efficacement : « Mais le plus frappant reste la soumission des institutions et des intellectuels aux caprices émotionnels d'une petite minorité d'individus endoctrinés travaillant avec acharnement à une grande épuration de l'Histoire sur l'autel de la probité morale. Guidés par une volonté d'interdire ce qui n'est pas conforme à l'idéologie politiquement correct, ces derniers veulent chasser de l'espace public tout ce qui peut 'offenser'. Nous sommes tombés au niveau des talibans qui ne supportent pas ce qui est contraire à leur vision du monde »).

<sup>79</sup> *A Letter on Justice and Open Debate*, in *Harper's Magazine* du 7 juillet 2020.

<sup>80</sup> E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 4, qui ajoute (*Ibidem*, 51) : « Si l'objectif est l'élimination de la discrimination et de l'inégalité, la poursuite d'une véritable justice sociale et la promotion d'une citoyenneté active et inclusive, il semble plutôt difficile d'y remédier en censurant des œuvres de génie, en supprimant la liberté académique et la liberté d'expression, ou en retirant des statues et des odonymes, surtout si l'on procède sur une base identitaire ».

<sup>81</sup> V. le *Statement to Community - Undergraduate Concentration*, 1<sup>er</sup> juin 2021, lisible au site du Cours de *Classics*, à l'adresse <https://classics.princeton.edu/department/news/statement-community-undergraduate-concentration>.

Or, il me semble évident que le but (l'égalité des chances) est poursuivi ici par le moyen le plus commode, mais plus erroné. Au lieu de se poser la question de savoir comment surmonter les différences de classes et de revenus (qui, dans le cas de la pauvreté, peuvent également affecter le développement des capacités cognitives)<sup>82</sup> en développant un système économique et social plus juste qui permette à tous de jouir vraiment du « *droit d'atteindre les plus hauts degrés d'études* » (pour reprendre l'art. 34, alinéa 3, de notre Constitution), les simplificateurs de Princeton, pour lesquels des expressions comme « égalité substantielle » ou « justice sociale » n'ont évidemment pas de signification, ne pensent qu'à activer une pratique auto-absolutoire et abaissent le seuil d'accès à des études difficiles et spécialisées, pour lesquels la connaissance d'un patrimoine linguistique spécifique est absolument indispensable.

Une démarche qui, à bien y regarder, est d'ailleurs parfaitement cohérente avec les exigences du capitalisme vulgaire de nos jours, qui dévalue la culture classique parce qu'elle ne serait pas profitable<sup>83</sup> et voudrait que tous les enseignements scolaires et universitaires soient « professionnalisants » (ce qui est une autre manière de dire : création de main-d'œuvre utile à la production capitaliste).

Les deux exemples que j'ai donnés montrent les graves incohérences et les illogicités de la culture de l'effacement. Ce n'est pas une bonne raison, cependant, pour s'en moquer<sup>84</sup>. Bien qu'il y ait des points de différenciation<sup>85</sup>, elle est étroitement liée au développement de l'idéologie du « politiquement correct » et le succès de cette idéologie doit mettre en alarme. Comme on l'a efficacement dit, « Nous croulons sous les normes de contrôle social et les institutions de censure ». La conséquence du *politically correct* et de la *cancel culture* est que « Le premier réflexe face aux imperfections de la société est l'interdiction » et que « Désormais tout conflit, tout désaccord doit se terminer au tribunal »<sup>86</sup>. Les libertés et la division des pouvoirs, piliers de l'État de droit, en sont menacées, de sorte que la réponse des institutions devrait être prête et résolue, notamment pour éviter le risque de communautés politiques fragmentées et effrayées, incertaines de leur avenir, réagissent à l'envers avec la sacralisation des mémoires les plus petites (et des groupes sociaux les plus petits) du passé<sup>87</sup>, tombant ainsi dans un excès opposé, tout aussi irrationnel. D'une classe politique jamais, dans une vaste partie du monde, si médiocre, cependant, il a fort peu à espérer.

<sup>82</sup> "Poverty [...] has been extensively documented to lead to severe and permanent learning deficits" : C.M. ALBERINI – A. TRAVAGLIA, *Infantile Amnesia*, cit., 5784. Il en va de même pour les expériences d'abandon et de déprivation (*Ibidem*, 5783).

<sup>83</sup> Analoguement, P. VESPERINI, *Que faire du passé ?* cit., 86 ss.

<sup>84</sup> Le politiquement correct et la culture de l'effacement sont des modèles comportementaux qui ont vu le jour outre-mer et que l'Europe a maintenant largement (mais - heureusement - avec moins de succès) transposés. En fait, aux États-Unis, ces modèles s'expliquent très bien : au lieu de résoudre en profondeur les contradictions d'une société complexe comme celle des États-Unis (qui, grâce à une répression féroce, n'a pas vu se stabiliser un mouvement socialiste), on tente de polir la surface du conflit, en forçant tout le monde à une sorte d'indifférence aseptique aux véritables raisons du sort des autres. Mais l'asepsie reste, justement, en surface, tandis que les passions bouillonnent dans les entrailles du *melting pot* social. Un véritable exercice d'hypocrisie, qui ne devrait exercer aucun attrait. Mais inutile de se leurrer : le provincialisme de nos classes dirigeantes garantit toujours un grand succès à toutes les modes venues d'outre-Atlantique...

<sup>85</sup> E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 20.

<sup>86</sup> A.M. LE POURHIET, *Nous vivons dans une société bâillonnée où s'exerce la tyrannie des minorités*, entrevue à *Le Figaro* du 28 juillet 2007.

<sup>87</sup> Le phénomène est bien analysé par P. NORA, *L'explosion du patrimoine*, cit., spec. 112.

### 3.- *La conservation du passé.*

J'ai mentionné que les communautés politiques ont aussi besoin d'oubli, pas seulement de souvenir. Mais il ne fait aucun doute que - du moins jusqu'à l'avènement de la *cancel culture* - leur plus grand effort s'est surtout orienté vers la préservation du passé. Dans la perspective du droit constitutionnel, la question est particulièrement intéressante et embrasse au moins deux thèmes, interconnectés : la conservation de parties de l'ancien ordre constitutionnel dans le passage à un ordre nouveau ; la symbolique évocatrice du passé.

#### 3.1.- *Continuité et discontinuité des institutions constitutionnelles.*

Tout processus fondateur d'un nouvel ordre constitutionnel pose un grave problème de relation entre passé, présent et avenir<sup>88</sup>. On pourrait penser qu'une fois pris le choix du remplacement de l'ordre précédent par un nouveau, la question du passé soit destinée à être résolue avec simplicité, à travers l'effacement banal de tout ce qui existait auparavant. Ce n'est pas le cas. Dans aucune succession constitutionnelle le passé ne disparaît complètement, car aucun ordre constitutionnel nouveau ne peut prendre à la légère le problème de sa propre légitimation et parce que, pour la consolider, il faut choisir avec sagesse : a) s'il est nécessaire de s'ancrer dans le passé ; b) si oui, à quel passé il faut se référer (les étapes constitutionnelles précédentes sont normalement nombreuses et très différentes) ; c) une fois cette alternative décidée, ce qu'il faut prendre du passé pour le transporter dans le nouvel ordre constitutionnel.

De ce point de vue, les expériences constitutionnelles, du début du XXe siècle à aujourd'hui, peuvent être divisées en six groupes principaux : a) les *constitutions conservatrices*, c'est-à-dire les soi-disant *old constitutions* (dans le monde occidental, il n'en reste que trois)<sup>89</sup>, qui maintiennent fermes les structures constitutionnelles des premières formes de l'État de droit; b) les *constitutions de la première démocratisation*, par exemple celles de la Tchécoslovaquie et de l'Autriche en 1920 ou de la Turquie en 1923), parmi lesquelles on peut mentionner des véritables *constitutions d'anticipation*, comme celles du Portugal (1911), du Mexique (1917) et de l'Allemagne (1919), qui (je pense surtout à la Mexicaine)<sup>90</sup> étaient quelques décennies en avance sur toutes les autres en ce qui concerne l'originalité des thèmes et des solutions juridico-politiques; c) les *constitutions fascistes* (bien que, mis à part le Portugal, qui s'est doté d'une nouvelle Constitution formelle en 1933, les régimes fascistes, affichant une sorte d'« indifférence constitutionnelle » due à leur culte de la force, aient laissé en vigueur les anciennes chartes constitutionnelles, quoique vidées de leur contenu prescriptif) d) les *constitutions de la deuxième démocratisation* (surtout France,

<sup>88</sup> J'ai déjà abordé, de manière plus détaillée, ce sujet dans mon *Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento. Note preliminari*, in *Specula iuris*, n° 1/2021, 9 ss., dont je récupère, également mot pour mot, de nombreuses considérations dans le texte.

<sup>89</sup> Il s'agit de l'américaine (de 1787), de la belge (de 1831) et de la norvégienne (de 1814). Il ne semble pas correct d'y ajouter la française, qui selon certains - au contraire - ferait partie du groupe car la Déclaration de 1789 fait partie du *bloc de constitutionnalité* (E. SMITH, *Introduction*, in AA. VV., *Constitutional Justice under Old Constitutions*, cit., XI ss.). Il s'agit, en fait, de la transposition d'une partie seulement d'une expérience constitutionnelle antérieure, qui, pour importante qu'elle soit, s'inscrit dans un contexte juridique beaucoup plus large.

<sup>90</sup> Son contenu, en effet, était exceptionnellement novateur et dessinait également les contours d'un État-providence *ante litteram* : l'ensemble du titre VI (art. 123 et suivants), consacré à la protection du travail et à la sécurité sociale, prévoyait la durée maximale du travail, le droit au repos, le salaire minimum, etc., tandis que l'article 28, paragraphe 2, introduisait même le principe de la protection des consommateurs.

Italie et après Allemagne dans l'immédiat après-guerre, Grèce, Portugal et Espagne dans les années 1970; Pays de l'Europe de l'Est entre la fin des années 1980 et les années 1990); c) les *constitutions de la décolonisation*, groupe très hétérogène, dont les vicissitudes ont connu plusieurs « cycles »<sup>91</sup> ; f) les constitutions des *pays socialistes* (dont surtout celles de l'URSS et de Cuba ont été le modèle).

Aucune de ces constitutions, quel que soit le groupe auquel elles appartiennent, n'a pu se permettre de ne pas se mesurer avec le passé. Sur le plan des structures institutionnelles, on doit beaucoup au fait que les formes juridiques possèdent une viscosité naturelle, qui non seulement les rend réfractaires au changement, mais les rend aussi capables de se reproduire même dans des temps postérieurs à celui de leur première conception. Non seulement. Celui qui aspire à créer un nouvel ordre constitutionnel s'est toujours formé, culturellement, dans l'ordre constitutionnel précédent et a fatalement développé une *forma mentis* qui en dépend. Celui qui pense le nouveau le fait (sinon en tout, au moins en partie) en utilisant des catégories anciennes, qui survivent ainsi à la disparition de l'ordre constitutionnel au cours duquel elles se sont consolidées. Il opère donc une véritable force d'inertie des anciens schémas conceptuels, qui émerge parfois dans les choix de conservation de modèles institutionnels (pensons au bicamérisme ou au fédéralisme dans les constitutions de l'Europe occidentale) ou d'idées politico-constitutionnelles du passé (pensons à l'idée d'empire en Union soviétique)<sup>92</sup>, voire même à un rejet de ces modèles qui s'accouple cependant à l'introduction d'autres qui en rappellent inexorablement la logique (pensons toujours aux différentes Constitutions soviétiques et au despotisme du czar remplacé par le despotisme du parti)<sup>93</sup>.

Qui, de toute façon, voudrait la preuve la plus claire de ce rapport difficile des constitutions avec le passé n'aurait qu'à reprendre la Constitution des États Confédérés d'Amérique. Comme l'a expressément dit le Vice-président Alexander Hamilton Stephens dans le fameux discours tenu le 21 mars 1861 à Savannah, en Georgie<sup>94</sup>, « *All the essentials of the old constitution, which have endeared it to the hearts of the American people, have been preserved and perpetuated* »<sup>95</sup> : la Confédération nouvellement créée avait besoin de se présenter comme la véritable héritière du passé des États-Unis et les nouveautés constitutionnelles de la nouvelle Charte, qui n'en manquaient pas moins, étaient, dans l'ensemble, marginales et ne devaient pas remettre en cause la continuité avec une Constitution qui avait sanctionné la réalisation de l'indépendance, c'est-à-dire de ce même

<sup>91</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologne, Il Mulino, 1998, 129.

<sup>92</sup> J. CADIOT, *L'année 1917 et l'Assemblée constituante en Russie L'universalisme à l'épreuve de la diversité*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 3/2017, 19 ss. Cette préservation des structures constitutionnelles du passé dans une réalité révolutionnaire est cohérente avec la duplicité dont fait preuve l'historiographie communiste dans son rapport au passé : « L'historicisme communiste [...] capitalise à la fois le rejet de l'histoire et le début d'une nouvelle histoire : il prétend avoir de son côté le cours inévitable du passé, mais en même temps il lutte pour l'oubli de l'histoire antérieure de l'oppression humaine comme condition de la construction d'une utopie, qui semble d'ailleurs sur le point de devenir une réalité après le succès de la révolution d'octobre » (N. GALLERANO, *Storia e uso pubblico della storia*, cit., 26).

<sup>93</sup> D. COLAS, *Les constitutions de l'URSS et de la Russie (1905-1993)*, Paris, PUF, 2015, 18, déconseille l'utilisation de la catégorie de « despotisme », évocatrice de l'arbitraire de l'autocrate et inapte à représenter le règne du parti unique (avec toutes ses divisions et contradictions). Je pense cependant que, même avec la distinction nécessaire maintenant mentionnée, le mot même de despotisme met en évidence ces éléments de continuité avec le passé qui marquent même une expérience constitutionnelle radicalement révolutionnaire.

<sup>94</sup> Ce discours passera à l'histoire comme le *Cornerstone Speech* : la « pierre angulaire » de la nouvelle Constitution était, pour Stephens, l'institution de l'esclavage.

<sup>95</sup> On peut lire le discours dans H. CLEVELAND, éd., *Alexander H. Stephens, in Public and Private. With Letters and Speeches, before, during, and since the War*, Philadelphia (PA) *et alii loci*, National Publishing Company, 1866, 717 ss. (le pas cité au texte est à p. 718).

objectif pour lequel la Confédération était née. « La grande ingratitude de tout nouveau régime à tout ancien régime » dont parlait Péguy<sup>96</sup> n'est jamais tellement grande...

### 3.2.- *Continuité et discontinuité symbolique.*

Dans un essai bien connu de 1936, Edward S. Corwin s'était demandé si la Constitution des États-Unis devait être considérée comme un « instrument of popular government for the achievement of the great ends of government » ou comme un « symbol and bulwark of a previously achieved order of human rights »<sup>97</sup>. La Constitution elle-même peut donc être conçue comme un symbole des conquêtes du passé, mais, en général, plus qu'un symbole en soi, elle est le lieu où les symboles peuvent être hébergés et réglés. Le choix de ces symboles est parmi les plus délicats que les fondateurs d'un nouvel ordre constitutionnel soient appelés à accomplir.

Souvenir du passé ? Indicateur d'une fracture ? Le symbole peut être, bien sûr, les deux, mais dans les constitutions les plus sages, il fonctionne comme un expédient pour mettre le passé, le présent et l'avenir en liaison étroite les uns avec les autres, dans un équilibre capable de balancer soigneusement les exigences (même psychologiques) de continuité avec le passé (la rupture avec l'ordre précédent, si désirée et fermement voulue qu'elle puisse être, crée toujours de la tension psychologique et de l'incertitude), d'enregistrement du présent (c'est-à-dire du parallélogramme des forces politico-sociales qui soutiennent le nouvel ordre constitutionnel) de projection dans l'avenir (le passage au nouveau comporte toujours une promesse explicite ou implicite d'un avenir meilleur).

Le choix des symboles est particulièrement délicat, car un symbole n'est pas un simple signal ou signe. Un *signal* n'est rien d'autre que la stimulation d'un récepteur par un émetteur et pour que cela fonctionne il suffit, dans le cas des êtres vivants, la possession de la soi-disant *extéroception*, c'est-à-dire de la capacité de percevoir un stimulus externe. Un *signe* est un signifiant qui renvoie à une signification au moyen d'un code. Bien que sa base matérielle (en général visuelle et auditive, mais potentiellement olfactive, tactile, gustative) soit la même que celle des signaux et des signes, un *symbole* est quelque chose de beaucoup plus complexe. Il s'agit d'une représentation (graphique, musicale, etc.) qui, en sollicitant des processus psychologiques-émotionnels complexes<sup>98</sup>, évoque des dimensions tout aussi complexes de croyances, d'identités, d'histoires communes : tous les signes, donc, ne peuvent à proprement parler se qualifier de symboles. Il suffit de penser au drapeau : si au départ il se limite à être un « signe » sous lequel les troupes d'un même chef militaire sont appelées à se rassembler, avec l'avènement de l'État national on en fait un instrument d'identification, même par image, de l'ensemble des valeurs, des croyances et des principes qui lui sont propres. A sa fonction *dénotative* initiale s'ajoute donc et se superpose la *connotative*, comme il est typique dans le cas des symboles<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> C. PEGUY, *Clio*, cit., 87.

<sup>97</sup> E. S. CORWIN, *The Constitution as Instrument and as Symbol*, in *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1936, 1072. La réponse de Corwin était en faveur de la première alternative et était fonctionnelle à sa critique à une Cour Suprême qui, au fil des années, avait démantelé les mesures sociales du New Deal de Roosevelt.

<sup>98</sup> Analoguement, G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Turin, Einaudi, 2012, 24 s.

<sup>99</sup> Sur l'histoire constitutionnelle des symboles, en particulier du drapeau, je me permets de renvoyer à M. LUCIANI, *Costituzione italiana : articolo 12*, Rome, Carocci, 2018, *passim*.



Dans les communautés politiques et dans leurs structures constitutionnelles, les symboles travaillent en coordination étroite avec les mythes<sup>100</sup>, car les mythes peuvent utiliser des symboles et les symboles peuvent représenter des mythes. Entre le symbole et le mythe, il existe une différence conceptuelle incontournable : les mythes sont en effet des instruments de démonstration indirecte exemplaire d'une vérité (que l'on pense à celui platonique de la caverne)<sup>101</sup> ou des récits qui permettent de saisir « la permanence, dans la conscience commune, de lignes de continuité symboliques profondément significatives, destinées à transcender les événements complexes qui les engendrèrent et même à se détacher du sens du présent qui les a produites »<sup>102</sup>. Néanmoins, aussi bien les symboles que les mythes sont fonctionnalisés à l'activation et à la conservation des mécanismes constitutifs de l'unité des communautés politiques, essentiels pour leur « intégration » face au pluralisme qui les alimente, certes, mais qui au même temps pourrait bien les décomposer<sup>103</sup>.

Dans l'impossibilité de proposer, ici, une réflexion quelque peu détendue sur les symboles politiques incorporés dans les constitutions<sup>104</sup>, je me borne à citer un seul exemple, à mon avis éclairant, pour faire comprendre combien le défi de concilier symboliquement le passé, le présent et l'avenir soit délicat.

C'est le cas du drapeau républicain portugais, tel que défini par la Constitution de 1911<sup>105</sup>. C'est un drapeau « mauvais » au point de vue de la vexillologie et de l'héraldique : pour la première, il est trop compliqué et difficile à dessiner ; pour la seconde, il viole le principe, datant de l'héraldique médiévale, qui impose de séparer avec une bande intermédiaire, blanc ou jaune, des couleurs tels que le rouge et le vert<sup>106</sup>. Pourtant, il s'agit d'un véritable chef-d'œuvre politico-constitutionnel. Les constituants partaient d'une prémisse négative, consistant en la nécessité de bannir les couleurs monarchiques (le blanc et le bleu), désormais incompatibles avec la nouvelle réalité républicaine. Mais si toute la symbolique monarchique avait été abandonnée, le prix payé aurait été trop élevé, car (contrairement à d'autres) la monarchie portugaise était sans tâche et avait été protagoniste non pas seulement du processus d'unification nationale, mais aussi de l'expulsion des Maures de la péninsule ibérique et de l'expansion transmarine, mythifiée comme une histoire d'exportation de la civilisation occidentale dans le monde entier. La solution enfin trouvée<sup>107</sup> fut, j'insiste, très

<sup>100</sup> Analoguement, I. CIOLLI, *Storia degli anniversari dello Statuto e della Costituzione (storia dei riti)*, in *Nomos*, n° 1/2020, spéc. 7 ss.

<sup>101</sup> *La République*, VII, 518.

<sup>102</sup> A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine : stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, in *Diritto pubblico*, n° 1/2017, 240.

<sup>103</sup> Au texte l'on fait évidemment allusion à la position théorique de R. SMEND, V. *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, maintenant in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, 83 s. ; ID., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, maintenant in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., spéc. 136.

<sup>104</sup> Le thème des symboles fait partie d'une thématique encore plus vaste, tel le rapport entre images, art, droit et politique, en relation auquel, à cause de la force sociale de l'art, il est inévitable que la lutte juridico-politique se développe (v., par ex., C. DOUZINAS – L. NEAD, *Introduction*, à *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, C. Douzinas et L. Nead, éd, Chicago – London, The Univ. of Chicago Press, 1999, 7, mais aussi *passim*).

<sup>105</sup> Ainsi ici je reprends, même textuellement, ce que j'avais écrit dans mon *Innovazione e tradizione*, cit., 9 ss.

<sup>106</sup> M. PASTOUREAU, *Une histoire symbolique du Moyen Age occidental*, Paris, Seuil 2004, 294 s. Le même A., *Ibid.*, 281, observe que plus de 80 % des drapeaux contemporains respectent les anciennes prescriptions de l'héraldique médiévale.

<sup>107</sup> Elle est reconstruite en détail par M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e Castelos : Sinais de Portugal*, Lisbonne, Fundação Francisco Manuel Dos Santos, 2019.

habile et le résultat est le suivant : a) à la place du blanc et du bleu viennent le vert (symbole républicain, positiviste et maçonnique)<sup>108</sup> et le rouge (symbole du sang des patriotes) ; b) le rapport entre les deux couleurs est sensiblement égal, car le rouge occupe la plus grande partie du drapeau, mais le vert est à la place d'honneur (qui est celle à côté du mât)<sup>109</sup> ; c) au centre (pas du drapeau, mais) de la frontière entre les deux couleurs se situe un blason très compliqué, dans lequel à la sphère armillaire du (vénéré) roi Manuel I (symbole de la puissance marine lusitanienne) se superpose le traditionnel bouclier des rois portugais, avec les cinq *quinas* au centre (cinq boucliers, symbolisant les rois maures vaincus par Alphonse Ier à Ourique, portant cinq petites tâches blanches, symbolisant à leur tour les cinq blessures du Christ) et tout autour une bordure avec sept châteaux (symbole de la *Reconquista*). Les constituants étaient chargés de résoudre une équation à deux inconnues (conserver une partie du passé et en rejeter une autre) et l'avaient fait brillamment<sup>110</sup>.

#### 4.- Les « journées nationales » et les lois mémorielles.

Dans n'importe quel ordonnancement juridique, nous trouvons, instituées par la loi ou par acte administratif, des « journées nationales ». Parfois, elles ont une fonction promotionnelle de comportements considérés comme vertueux (je pense, en Italie, à des intitulés tout à fait singuliers, comme ceux de la « Journée nationale de l'économisation de l'énergie et des modes de vie soutenables », instituée par l'art. 19-*bis* du décret-loi 1<sup>er</sup> mars 2022, n° 17, ou de la « Journée nationale d'éducation et de prévention contre la violence envers les professionnels de la santé et socio-sanitaires », instituée par l'art. 8 de la loi 14 août 2020, n° 113); parfois - et c'est le cas qui intéresse le plus ici – elles ont une fonction mémorielle, parce qu'elles entendent rappeler et célébrer des événements ou des personnalités du passé, parfois en rapport à des réalités toujours actuelles.

Dans l'ordonnancement juridique italien, les lois en fonction mémorielle sont devenues, désormais, très nombreuses. Je rappelle, à titre d'exemple (la liste est probablement incomplète) :

- la loi 20 juillet 2000, n° 211 (portant « Institution du 'Jour de la Mémoire' en souvenir de l'extermination et des persécutions du peuple juif et des déportés militaires et politiques italiens dans les camps nazis ») ;
- la loi 31 juillet 2002, n° 186 (portant « Institution de la 'Journée de la mémoire des marins disparus en mer' ») ;
- la loi 30 mars 2004, n° 92 (portant « Institution du 'Jour du souvenir' en mémoire des victimes des foibes, de l'exode juliano-dalmate, des événements de la frontière orientale et octroi d'une reconnaissance aux proches des infoibés »)<sup>111</sup> ;
- la loi 15 avril 2005, n° 61 (portant « Institution du 'Jour de la liberté', le 9 novembre, en souvenir de la chute du mur de Berlin ») ;

<sup>108</sup> M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e Castelos*, cit., 93.

<sup>109</sup> Que l'on pense à l'emplacement des étoiles sur le drapeau américain ou à celui de l'*Union Jack* sur le drapeau australien ou néo-zélandais (ou sur les drapeaux des forces armées anglaises).

<sup>110</sup> Ainsi permettant au drapeau de passer intact à travers le *Estado novo* de Salazar et le rétablissement de la démocratie avec la Révolution des œillets (cfr. M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e Castelos*, cit., 108 ss.).

<sup>111</sup> Il est nécessaire de signaler à l'éventuel lecteur étranger que les « foibe » sont des avaleurs karstiques répandus dans certaines zones de la Région Frioul-Vénétie Julienne. C'est dans ces avaleurs que les partisans yougoslaves ont jeté un nombre indéterminé (les historiens parlent d'un chiffre compris entre quelques centaines et quelques milliers) d'Italiens, dont certains seulement étaient fascistes. Les malheureux qui ont subi ce sort sont appelés, précisément, « infoibati ».

- la loi 4 mai 2007, n° 56 (portant « Institution de la ‘Journée du souvenir’ consacrée aux victimes du terrorisme et des massacres de cette matrice ») ;
- la loi 12 novembre 2009, n° 162 (portant « Institution de la ‘Journée du souvenir des morts militaires et civils dans les missions internationales pour la paix’ ») ;
- la loi 14 juin 2011, n° 101 (portant « Institution de la Journée nationale à la mémoire des victimes des catastrophes environnementales et industrielles causées par la négligence de l’homme ») ;
- la loi 21 mars 2016, n° 45 (portant « Institution de la Journée nationale à la mémoire des victimes de l’immigration ») ;
- la loi 25 janvier 2017, n° 9 (portant « Institution de la Journée nationale des victimes civiles des guerres et des conflits dans le monde ») ;
- la loi 8 mars 2017, n° 20 (portant « Institution de la ‘Journée nationale de la mémoire et de l’engagement en souvenir des victimes des mafias’ ») ;
- la loi 20 décembre 2017, n° 212 (portant « Institution de la Journée en mémoire des Justes de l’humanité ») ;
- la loi 18 mars 2021, n° 35 (portant « Institution de la Journée nationale à la mémoire des victimes de l’épidémie de coronavirus ») ;
- la loi 5 mai 2022, n° 44 (portant « Institution de la Journée nationale de la mémoire et du sacrifice des Alpains »).

Il s’agit d’une véritable inflation de « journées de la mémoire », qui suscite plus d’une préoccupation. Les profondes divisions de l’opinion publique sur la lecture possible du passé rendent désormais particulièrement délicat le choix de quoi, quand et comment commémorer, avec la conséquence paradoxale que des initiatives conçues pour unir la communauté nationale autour de souvenirs partagés et communs se sont renversées dans leur contraire, finissant par devenir des occasions de controverse et de division.

Pour des raisons (politiques) aisément compréhensibles, les polémiques les plus vives ont porté sur la mémoire de la persécution des juifs et celle des « foibe »<sup>112</sup>, mais je crois que, pour mesurer les problèmes posés par les lois mémorielles et la confusion du débat qui s’y rapporte, il convient de s’arrêter seulement sur la plus récente et apparemment inoffensive, c’est-à-dire sur celle qu’institue la « Journée nationale de la mémoire et du sacrifice des Alpains »).

La polémique<sup>113</sup>, cette fois-ci, concernait le choix de la date, que la loi a identifiée le 26 janvier, jour (en 1943) de la bataille de Nikolaïewka. Selon certains représentants politiques, il s’agirait d’un mauvais choix, parce que l’épisode auquel il se réfère s’était toujours produit dans le contexte d’une guerre d’agression, telle que celle de l’Italie fasciste à l’Union Soviétique. Ce qui frappe le plus, cependant, c’est que les mêmes critiques sont venues aussi du milieu des historiens, comme le montre une lettre<sup>114</sup> des Présidents et Directeurs de trois importantes sociétés historiques (SISSCo, SISEM et SISMED), adressée aux Présidents des deux branches du Parlement. En plus de s’inquiéter de « l’activité législative croissante et souvent aléatoire visant à réécrire, en l’alourdissant, le calendrier civil italien, souvent avec le résultat douteux d’établir des vérités d’État qui nuisent au libre

---

<sup>112</sup> V. la note précédente.

<sup>113</sup> Reconstituée par S. NAZZI, *Le polemiche sulla data scelta per celebrare gli alpini*, ne *Il Post* du 15 avril 2022, que l’on peut lire en ligne à l’adresse <https://www.ilpost.it/2022/04/15/le-polemiche-sulla-data-scelta-per-celebrare-gli-alpini/>.

<sup>114</sup> Que l’on peut lire en ligne à l’adresse <https://www.sissco.it/articoli/lettera-delle-societa-storiche-sullistituzione-della-giornata-nazionale-degli-alpini/>.

exercice de la recherche historique [...] », il y est écrit que, justement en raison du fait que la bataille de Nikolaïewka s'était déroulée « dans une guerre d'agression de l'Italie fasciste [...], il aurait été opportun de choisir d'autres dates », qui auraient pu rendre « la célébration une expression partagée du lien profond et durable des Alpains avec la société nationale et internationale ».

L'autorité de la source impose de prendre la critique très au sérieux, mais l'on peut bien avoir beaucoup de perplexités soit sur ce que la lettre dit soit sur ce qu'elle ne dit pas.

Il est d'abord surprenant que la lettre ne dise rien sur le profil le plus déconcertant de loi n° 44 de 2022, qui n'est pas du tout le choix de la date du 26 janvier, mais la déclaration que la finalité de la Journée des Alpains ne serait pas seulement de « *conserver la mémoire de l'héroïsme démontré par le Corps d'armée alpin lors de la bataille de Nikolaïewka pendant la Seconde Guerre mondiale* », mais aussi celui de « *promouvoir les valeurs de la défense de la souveraineté et de l'intérêt national ainsi que de l'éthique de la participation civile, de la solidarité et du volontariat, que les Alpains incarnent* ». Qu'est-ce que les « *valeurs de la défense de la souveraineté et de l'intérêt national* » ont à voir avec la Journée des Alpains, en fait, Dieu seul le sait. Et Dieu seul sait dans quel sens philosophique et juridique l'on parle ici de « valeurs ». Ce n'est donc pas le choix du 26 janvier, mais c'est la proclamation de telles absurdités, sur lesquelles au contraire on a passé le silence, qu'aurait dû faire scandale, à mon humble avis, pour les auteurs de la lettre.

Assez plus délicate la question concernant ce que la lettre dit. Il est évident que Nikolaïewka a été un épisode d'une guerre d'agression. Sa lisibilité dans cette clé l'est toutefois moins, quand on en parcourt les récits et les témoignages<sup>115</sup>. On sait bien que la percée du front du Don avec l'opération Petite Saturne ne marqua pas seulement le sort de la 6<sup>ème</sup> Armée allemande, finalement piégée à Stalingrad, mais aussi l'effondrement de l'ARMIR<sup>116</sup>. Les divisions d'infanterie (3<sup>ème</sup> Celere, Cosseria, Pasubio, Ravenna, Sforzesca, Torino, Vicenza)<sup>117</sup> et celles du Corps d'armée alpin (Cuneense, Julia, Tridentina) qui la composaient furent emportées par l'offensive soviétique (un ensemble sans précédent de forces mobiles)<sup>118</sup> et elles commencèrent une marche vers l'Ouest, une « retraite désastreuse »<sup>119</sup>, qui n'était autre qu'une séquence de ruptures des encerclements successifs opérés par l'Armée rouge et les partisans soviétiques. Des ruptures dont les Alpains furent les protagonistes, car, à quelques exceptions près, seuls les Alpains (en fait, seuls quelques-uns

<sup>115</sup> La littérature sur la retraite de Russie en général et sur Nikolaïewka en particulier est infinie (et de valeur inégale). Parmi les nombreuses contributions, on peut citer N. REVELLI, *Mai tardi. Diario di un alpino in Russia*, Turin, Einaudi, 2020 (1<sup>ère</sup> éd. 1967), spéc. 166 ss. ; M. RIGONI STERN, *Il sergente nella neve. Ricordi della ritirata di Russia*, Turin, Einaudi, 1990 (1<sup>ère</sup> éd. 1953), spéc. 126 ss. ; C. MOSCIONI NEGRI, *I lunghi fucili. Ricordi della guerra di Russia*, Bologne, Il Mulino, 2005, spéc. 117 ss. ; G. BEDESCHI, *Centomila gavette di ghiaccio*, Milan, Mursia, 1963, spéc. 348 ss. ; ID., *Nikolajewka: c'ero anch'io*, 6<sup>ème</sup> éd., Milan, Mursia, 2017, *passim* ; A. CARUSO, *Tutti i vivi all'assalto*, Milan, Longanesi, 2003, spéc. 283 ss. ; ID., *Una lunga penna nera. Storia di eroismo e fratellanza*, Milan, Piemme, 2019, spéc. 231 ss. ; E. CORRADI, *La ritirata di Russia*, Milano, Mursia, 2016, spéc. 142 ss.

<sup>116</sup> Pour les éventuels lecteurs étrangers, je précise que « ARMIR » signifie « Armata Italiana in Russia », une formation militaire qui a succédé au « CSIR » (« Corps expéditionnaire italien en Russie ») en 1942.

<sup>117</sup> La 3<sup>ème</sup> Celere, en vérité, était en partie tirée par des chevaux et en partie mécanisée.

<sup>118</sup> D.M. GLANTZ – J. HOUSE, *When Titans Clashed. How the Red Army Stopped Hitler*, Lawrence, Univ. Press of Kansas, 1995, trad. it. par G. Maini et M. Pagliano, *La grande guerra patriottica dell'Armata Rossa. 1941-1945*, Gorizia, Leg, 2010, 210.

<sup>119</sup> N. REVELLI, *L'ultimo fronte. Lettere di soldati caduti o dispersi nella seconda guerra mondiale*, Turin, Einaudi, 1989 (mais 1<sup>ère</sup> éd. 1971), XIII.

de leurs unités) étaient restés réellement opérationnels<sup>120</sup>. Nikolaïewka fut le dernier acte de la retraite et fut l'acte décisif, qui permit à ce qui restait des divisions déployées sur le Don de rentrer en patrie<sup>121</sup>. Ce qui est arrivé à Nikolaïewka et pendant la retraite a le ton du récit mythique et on ne peut pas lire les témoignages de ceux qui ont vécu ces expériences sans éprouver une étreinte au cœur. Il me semble difficile de remémorer le retrait de la Russie et son épisode final comme un hommage indu à une guerre d'agression, alors que – tout au contraire – il s'agit de la prémisse de l'acte d'accusation le plus net au fascisme et à sa politique que l'on puisse formuler : quiconque apprend quelque chose de ces événements ne peut s'empêcher de se demander comment il est possible de ressentir aujourd'hui la nostalgie d'un régime qui, avec une approximation logistique et une myopie stratégique inimaginables, a envoyé tant de garçons à la mort pour un calcul cynique et erroné.

Non seulement. La retraite de la Russie, et précisément Nikolaïewka, fut le coup qui déclencha chez beaucoup de ces garçons le ressort de la révolte antifasciste : les noms de Nuto Revelli, de Mario Rigoni Stern et de Cristoforo Moscioni Negri sont les plus connus, Mais beaucoup mûrirent ou renforcèrent une conviction antifasciste à l'occasion de l'effondrement du front du Don. En somme, de Nikolaïewka il est possible (et à mon avis nécessaire) une lecture tout à fait différente, que l'amende du contexte (d'agression) dans lequel elle eut lieu. « 26 janvier. Il se lève le jour de notre dernier combat [...]. Trop de canons antichars se cachent dans le village et les automotrices allemandes n'attaqueront pas avec nous [...]. Nous seuls, nous peu nombreux, déchirés et sans munitions, attaquerons avec la décision de toujours [...]. Les sapeurs attaquent à la baïonnette et une scène de grandeur surhumaine a lieu. Les premiers tombent sans cesse fauchés par les grenades et les rafales, mais ceux derrière eux contournent les morts et continuent d'avancer. Ils tombent à leur tour et d'autres avancent à nouveau [...]. Mais il est inutile de raconter plus longtemps [...]. Je pense seulement qu'il ne faut pas oublier ce qui a été fait dans le bien et dans le mal afin de servir d'enseignement vers l'avenir. C'est pourquoi j'ai voulu me souvenir, même si cela m'a coûté beaucoup de douleur [...] »<sup>122</sup>. Ces paroles de Cristoforo Moscioni Negri, officier en Russie et partisan au retour en Italie<sup>123</sup>, il me semble, sont la clé de cette lecture différente et plus exacte dont je parlais.

Il reste cependant digne de la plus grande attention, dans la position des sociétés historiques que j'ai signalée, le fort appel à l'inopportunité d'une action politique visant à

<sup>120</sup> « Les unités dites 'organiques' de la Tridentina ont pour tâche de percer, de briser les différents barrages que les Russes organisent continuellement », rappelle N. REVELLI, *Le due guerre. Guerra fascista e guerra partigiana*, Turin, Einaudi, 2003, 109.

<sup>121</sup> Comme on le sait, si la *Tridentina* a suivi l'itinéraire qui l'a conduite à Nikolaïewka, la *Julia* et la *Cuneense* ont suivi d'autres routes, qui se sont révélées (mais seulement *a posteriori* : E. CORRADI, *La ritirata di Russia*, cit., 110) fausses et subirent à cause de ça un sort encore plus dramatique, ne réussissant pas à échapper à l'encerclement, qui se termina le 28 janvier 1943 à Valujki avec la capture des derniers survivants (voir, parmi les nombreuses analyses de l'événement, A. RASERO, *L'eroica « Cuneense »*. *Storia della divisione alpina martire*, 7<sup>ème</sup> éd., Milan, Mursia, 2019, spéc. 369 ss.).

<sup>122</sup> C. MOSCIONI NEGRI, *I lunghi fucili*, cit. On trouve les pas que l'on cite au texte entre p. 117 et p. 128. Comment ne pas rappeler, ensuite, les mots de M. RIGONI STERN, *Il sergente nella neve*, cit., 139 (« Celui-ci a été le 26 janvier 1943. Mes amis les plus chers m'ont laissé ce jour ») et de N. REVELLI, *Le due guerre*, cit. 111 (« C'est le sacrifice des plus généreux, c'est le choc des 40 000 désespérés roulant vers la grande tranchée ferroviaire, qui débloque la situation »)?

<sup>123</sup> L'expérience partisane est racontée en C. MOSCIONI NEGRI, *Linea Gotica*, Bologne, Il Mulino, 2006, *Ibidem*, 7, l'*Introduction* de U. Berti Arnoaldi rappelle comme Moscioni Negri établissait une liaison très étroite entre l'expérience militaire en Russie et la décision de participer activement (et avec des responsabilités de command) à la guerre partisane.

« réécrire, en l'alourdissant, le calendrier civil italien ». C'est correct. La mémoire est une chose précieuse et multiplier les célébrations et les mémoires n'est pas une pratique sans coût et sans risque.

Le coût le plus important, outre la banalisation et la ritualisation des commémorations<sup>124</sup>, réside surtout dans l'affaiblissement des traditions commémoratives précédentes, car, comme nous l'avons vu, la formation de nouveaux souvenirs va de pair avec l'oubli des précédents. Le risque le plus important est de transformer les occasions festives en moments de désintégration, contredisant ainsi leur propre fonction<sup>125</sup>. Même si cela ne se produisait pas, par ailleurs, un terrain commémoratif (commun au moins à une majorité) excessivement étendu finirait par réaliser une « tendance à imposer une vision consensuelle de l'histoire, qui occulte les conflits, la domination, les révoltes et les résistances »<sup>126</sup>. Ce qui, d'ailleurs, face à la « progressive atomisation de la mémoire communautaire en mémoires privées »<sup>127</sup>, on ne sait pas bien à quoi il aboutirait. Mais, toujours côté risques, il ne faut pas négliger celui de la lecture sélective de l'histoire : bien que le calendrier des célébrations s'épaississe<sup>128</sup>, il reste impossible de célébrer tous les événements qui, dans l'abstrait, le mériteraient. Comme on l'a ironiquement et fort justement dit, « Les Cathares et plus encore les protestants n'ont pas à ce jour bénéficié de toute l'attention du juriste pénitent »<sup>129</sup>.

##### 5.- Les conséquences juridiques des lois mémorielles.

Les choses se compliquent encore lorsque le législateur, en plus de solliciter le souvenir de faits ou de personnes, impose lui-même une certaine lecture de l'histoire, délégitimant les autres ou, éventuellement, sanctionnant le soi-disant « négationnisme » (c'est-à-dire la négation de faits historiques qui, au contraire, sont considérés comme s'étant incontestablement vérifiés).

En général, le but de ces lois (pas encore examinées par la Cour constitutionnelle italienne, mais vers lesquelles dans certaines juridictions constitutionnelles une « désapprobation de principe » s'est manifestée)<sup>130</sup> est partageable, consistant dans la lutte contre les absurdités des différents révisionnismes historiques qui nient, par exemple, la Shoah, les Fosses de Katyn, les « foibe », le massacre de la Division Acqui à Céphalonie ou les massacres des Khmers. Le moyen, cependant, est discutable. Elle l'est sur le plan pratique, car jamais aucune loi ne pourra empêcher la formation de fausses convictions, que seules l'éducation et l'étude peuvent prévenir. Et elle l'est sur le plan juridique, car une fois qu'on permet au législateur d'imposer un « devoir de mémoire »<sup>131</sup>, de transformer l'histoire en norme, on n'est plus certain de la limite où la loi pourrait aller : « une opinion publique qui se prédispose

<sup>124</sup> A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 11 ; 32.

<sup>125</sup> De fait, « chaque souvenir et chaque oubli peut être utilisé comme une arme qui blesse [...] » : J. LUTHER, *Il diritto alla memoria come diritto culturale dell'uomo nella democrazia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Naples, ES, 2016, 2115.

<sup>126</sup> A. BRAZZODURO, *Una storia di Stato?*, cit., 19 du tiré à part ; analoguement, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 13.

<sup>127</sup> V., parmi les autres, A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., 81.

<sup>128</sup> En dépassant beaucoup celles – nécessaires – de la Constitution, sur lesquelles v. I. CIOLLI, *Storia degli anniversari*, cit., *passim*.

<sup>129</sup> P. FRAISSEIX, *Le Droit mémoriel*, in *RFDC*, n° 3/2006, 488.

<sup>130</sup> A.-C. FOIRRY, *Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe et des évolutions possibles*, in *Pouvoirs*, 2012, 156.

<sup>131</sup> Sur lequel v., critiquement, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., spéc. 11 ss. ; I. SPIGNO, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola del Consiglio costituzionale sull'antinegazionismo*, in *Diritti comparati*, 19 mars 2012, 6 ; A. BRAZZODURO, *Una storia di Stato?*, cit., 7 du tiré à part.

à confier à l'Etat la répression de ce qu'elle considère comme scandaleux, accomplit un pas terriblement dangereux, qui sème des germes puissants d'antilibéralisme »<sup>132</sup>.

Nous avons vu que, dans l'ordre juridique italien, les lois mémorielles sont désormais nombreuses, mais elles sont rarement assorties de sanctions contre le négationnisme ou la minimisation de quelque événement historique. L'art. 604-bis du code pénal fait exception.

Cet article contient une pluralité complexe de dispositions et régit la « Propagande et l'incitation au délit pour motifs de discrimination raciale ethnique et religieuse ». Il établit, au § 1, que « *Sauf si le fait intègre un délit plus grave, il est puni :*

*(a) de la réclusion criminelle pouvant aller jusqu'à un an et six mois ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 6 000 euros quiconque propage des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ou ethnique, ou incite ou commet des actes de discrimination pour des motifs raciaux, ethniques, nationaux ou religieux ;*

*b) de la réclusion criminelle de six mois à quatre ans qui, de quelque manière que ce soit, incite à commettre ou commet des actes de violence ou de provocation à la violence pour des motifs raciaux, ethniques, nationaux ou religieux ».*

Le même article, après, à l'al. 2, dispose que « *Toute organisation, association, mouvement ou groupe dont l'un des objectifs est d'inciter à la discrimination ou à la violence pour des motifs raciaux, ethniques, nationaux ou religieux est interdit. Quiconque participe à ces organisations, associations, mouvements ou groupes, ou prête son concours à leurs activités, est puni, du seul fait de sa participation ou de son concours, de la réclusion criminelle de six mois à quatre ans. Ceux qui auront favorisé ou dirigé de telles organisations, associations, mouvements ou groupes seront punis, de ce seul fait, de la réclusion criminelle d'un à six ans ».*

Enfin, à l'al. 3, il établit que « *La peine est de la réclusion criminelle de deux à six ans si la propagande ou l'incitation, commise de telle manière qu'il existe un danger réel de diffusion, est fondée en tout ou en partie sur la négation, la banalisation grossière ou l'apologie de l'Holocauste ou des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale ».*

C'est évidemment cette dernière prévision qui nous intéresse en particulier ici, mais il convient de mentionner les graves problèmes qui sont également posés par les autres.

Le thème de fond est celui de la répression pénale du « discours de haine ». Il y a longtemps (avant - c'est-à-dire - l'entrée en vigueur de la loi n° 654 de 1975, qui a autorisé la ratification de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*), le « discours de haine » ne pouvait être puni que s'il aboutissait à l'incitation ou à l'instigation à commettre un crime. Aujourd'hui, au contraire, la simple « *propagande [des] idées fondées sur la supériorité ou sur la haine raciale ou ethnique* » suffit également. Cela (aussi parce que les concepts de « diffusion » et de « propagande » des idées racistes, en jurisprudence, sont considérés comme équivalents)<sup>133</sup> soulève de nombreuses questions sur le plan du respect du principe de légalité des peines, que la Cour

<sup>132</sup> M.L. SALVADORI, Irving, *Calderoli e il libero pensiero*, in *La Repubblica* du 23 février 2006. Sollicite partant des doutes l'idée de la nécessité de la construction d'une « mémoire universelle », soutenue, par ex., par E. CASTORINA, *Spunti di discussione in tema di « memoria collettiva » nelle democrazie pluraliste*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 mai 2013, 9, accessible en ligne.

<sup>133</sup> Cass. pen., Sez. III, 7 mai 2008, n° 35781.

constitutionnelle a considéré comme un principe fondamental de notre Constitution, soustrait aux dérogations même par le droit de l'Union européenne<sup>134</sup>.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ces questions et les réponses qui ont été données par la jurisprudence<sup>135</sup>, mais il est évident que l'abandon du terrain sûr de l'induction et de l'instigation au délit (qui sont la même chose, attendu que « *instigation n'est autre chose que l'incitation à commettre des actes répréhensibles* »)<sup>136</sup>, auquel on s'était fermement ancrés auparavant, pose bien des problèmes en termes de sécurité juridique et de clarté de la norme pénale.

En ce qui concerne en particulier le troisième alinéa, il est évident que nous sommes face à un événement historique (la Shoah) tout à fait exceptionnel et dont la négation est vraiment insupportable<sup>137</sup>. On ne peut cependant manquer de remarquer que cette exception aurait justement dû suggérer la prudence dans l'élargissement de la répression pénale à des hypothèses de délit beaucoup plus floues et indéfinies comme celles qui se réfèrent à la négation ou à la grave minimisation « des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ». Ici aussi, on peut se demander si une répression pénale aussi indéterminée (nonobstant le renvoi au Statut de la Cour pénale internationale) est compatible avec le principe de légalité des peines, mais même si elle sert vraiment, car la question est culturelle et un imbécile reste tel même si le législateur interdit l'imbécillité.

Enfin, il est intéressant de noter que le législateur et (surtout) la jurisprudence ont estimé que la haine raciale peut être alimentée non seulement par une négation induite de la mémoire, mais aussi par son induit renforcement. Ainsi, l'arrêt Cass. pen., Sec. I, 4 mars 2009, n. 25184, textuellement repris par l'arrêt. Cass. pen., Sec. I, 16 mai 2019, n. 21409, a affirmé que « *Le soi-disant 'salut romain' ou 'salut fasciste' est une manifestation extérieure propre ou habituelle d'organisations ou de groupes indiqués dans le D.L. 26 avril 1993, n. 122 [...] et sans équivoque visant à favoriser la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ou ethnique* ». Cette jurisprudence, à bien y regarder, a considéré le racisme comme une composante essentielle du fascisme, en concluant que les manifestations apologétiques de cette idéologie présupposent en soi l'adhésion à des idées fondées sur la haine raciale ou ethnique. Un passage logique, ceci, et beaucoup moins hasardeux qu'il ne le paraît à première vue, une fois considérée la matrice antifasciste de la Constitution italienne<sup>138</sup>, formalisée dans la XIIe Disposition finale et transitoire<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> La référence est évidemment à deux arrêts extrêmement connus (ordonnance n° 24 de 2017 et sentence n° 115 de 2018), qui ont défini, en affermant des principes fondamentaux de civilité juridique, ce délicat cas *Taricco* qui avait été ouvert par l'erreur sent. CJUE, Grand section, 8 septembre 2015, affaire C-105/14).

<sup>135</sup> Je renvoi, sur ça, à mon écrit *Italia*, in *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*, Service de Recherche du Parlement Européen – Unité Bibliothèque de droit Comparé, éd., Bruxelles, Union Européenne, 2019, 45 ss.

<sup>136</sup> Ainsi la cit. sent. Cass. pen., Sect. III, 14 septembre 2015, n° 36906, qui reprend la sent. Cass. pen., Sect. III, 7 mai 2008, n° 35781.

<sup>137</sup> Une appréciation technique des modalités avec lesquelles la loi en a prévu la commémoration se trouve en A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 22 ss., qui parle aussi d'une « absence négociée de mémoire » en ce qui concerne la faible reconnaissance des responsabilités italiennes dans l'extermination des juifs (*Ibidem*, 31).

<sup>138</sup> Sur laquelle v. au moins : L. PALADIN, *Fascismo*, II, *Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milan, Giuffrè, 1967, 887 ss. ; A. BALDASSARRE, *La costruzione del paradigma antifascista e la Costituzione repubblicana*, in *Probl. del soc.*, 1986, 10 ss. ; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 183 ss.

<sup>139</sup> Il faut rappeler pour l'éventuel lecteur étranger le texte constitutionnel : « *La réorganisation, sous quelque forme que ce soit, du parti fasciste dissous est interdite* » (al. 1).



**6.- Le temps dans la dimension subjective. En particulier : le droit à l'oubli.**

Les questions que nous avons examinées jusqu'à présent concernent toutes le temps et la mémoire dans leur dimension sociale, collective. Il y a aussi des profils du temps et de la mémoire qui, en revanche, concernent la dimension individuelle, si bien que certains systèmes reconnaissent un « droit à la mémoire » et que la doctrine en discute<sup>140</sup>. Aujourd'hui, dans la société numérisée dans laquelle nous vivons, à l'intérieur ce « droit complexe »<sup>141</sup> - et même difficile à encadrer - la composante du droit à l'oubli est particulièrement importante. Quoique en s'arrêtant à cette composante, on finit par aborder un thème de grande ampleur, de sorte que, pour des raisons d'espace, je ne peux y faire allusion que très rapidement<sup>142</sup>.

Le soi-disant « droit à l'oubli » a fait l'objet d'arrêts importants de la Cour de justice et de la Cour EDH. La première a affirmé son existence dans la sent. Grande Chambre, 13 mai 2014, affaire C-131/12, *Google Spain*<sup>143</sup>. La seconde a suivi la même orientation, en précisant que ce droit ne peut pas être fait valoir par des personnalités publiques par rapport à des informations d'intérêt public (Cour EDU, Cinquième chambre, 19 octobre 2017, ric. n. 71233/12, *Fuchsmann c. Allemagne*).

Ce droit (lié à l'affaiblissement de l'intérêt à l'information, en raison du caractère daté des informations)<sup>144</sup> trouve maintenant une reconnaissance explicite au niveau normatif à l'art. 17, alinéa 1, du Règlement UE 2016/679, lorsque l'on dispose que « *La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant et le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais [...]* », en présence d'un grand nombre de conditions énumérées aux lettres a-f du même alinéa 1.

Il est intéressant de noter, cependant, que le droit à l'oubli ne se réfère pas seulement à l'effacement des données, mais aussi à d'autres instituts. En particulier, comme l'a rappelé récemment la Cour constitutionnelle dans le cit. sentence n° 115 de 2018, « *La prescription [...] doit être considérée comme un institut substantiel, que le législateur peut moduler à travers un équilibre raisonnable entre le droit à l'oubli et l'intérêt à poursuivre les infractions tant que l'alarme sociale induite par l'infraction n'a pas disparu* » (de même, la sentence n° 112 de 2018).

Il faut également considérer que, même si nous nous référons uniquement à l'effacement des données personnelles, d'un droit à l'oubli l'on ne peut parler que lorsqu' on peut le faire valoir également à l'égard du responsable du traitement des données et pas seulement à l'égard de ceux qui en permettent la diffusion, notamment en ligne. Lorsque (comme cela a été le cas dans l'arrêt de la Cour de justice susmentionné), il ne s'agit pas d'imposer aux

<sup>140</sup> Pour tous, J. LUTHER, *Il diritto alla memoria*, cit., 2091 ss.

<sup>141</sup> J. LUTHER, *Il diritto alla memoria*, cit., 2091.

<sup>142</sup> Je reprends ici, aussi à la lettre, ce que j'avais déjà écrit in M. LUCIANI, *Italia*, in AA. VV., *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, Service de Recherche du Parlement Européen – Unité Bibliothèque de droit Comparé, éd., Bruxelles, Union Européenne, 2018, 20 ss.

<sup>143</sup> Il s'agit d'un arrêt favorablement commenté par S. RODOTA, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Rome-Bari, Laterza, 2014, 92 s., selon lequel il serait le témoignage de comme aussi le monde global pourrait et devrait être régi non pas par la logique du profit, mais par celle de la solidarité fondée sur les droits, et critiquement par O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2014, 569 ss., qui y voit des risques pour la liberté d'information.

<sup>144</sup> M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Naples, ESI, 2009, 121.

moteurs de recherche un « effacement », il ne s'agit pas en réalité, d'une véritable annulation, mais d'une simple désindexation, parce que, bien que les données ne soient plus indexées et relancées sur le *web*, elles restent malgré tout dans la disponibilité du site-source<sup>145</sup>.

Ici aussi, le droit italien a subi l'influence décisive du droit européen. Relativement récemment, en effet, le droit à l'effacement des données a été prévu par l'art. 12 du d. lgs. 18 mai 2018, n° 51, mais ce décret législatif n'a fait que mettre en œuvre la Directive (UE) 2016/680, du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016. La reconnaissance du droit a ensuite été limitée, car elle n'a pas compris son aspect peut-être le plus important, qui est celui de l'effacement (même en l'absence d'un préjudice réel à la réputation du demandeur) des données qui ne sont plus actuelles, droit prévu - par contre - par la lettre *a*) de l'art. 17, al. 1, du Règlement UE 2016/679, qui reconnaît le droit à l'effacement des « *données à caractère personnel [qui] ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière* ».

Quant à la jurisprudence, un examen complet de la matière se trouve dans l'ordonnance Cass. civ., Sec. I, 20 mars 2018, n° 6919, dans laquelle (tout en rappelant également les précédents les plus significatifs) se trouvent ces affirmations fort intéressantes :

*a) « l'existence du soi-disant 'droit à l'oubli', a été affirmée, tant dans la jurisprudence européenne que dans la jurisprudence nationale, par rapport à des cas différents, dans lesquels s'est toujours posée, par ailleurs, l'exigence d'un équilibre entre deux différents droits fondamentaux : le droit de chronique, mis au service de l'intérêt public à l'information, et le droit de la personne à ce que certains événements de sa vie, qui ne présentent plus le caractère de l'actualité, ou qui ne sont plus susceptibles de satisfaire un intérêt appréciable de la collectivité à les connaître, ne trouvent plus de diffusion dans les médias » ;*

*b) « lié à ce droit [...] est - ensuite - le droit d'obtenir la suppression, dans les listes, les archives ou les registres, de son nom, en ce qui concerne des faits et des événements qui ne présentent plus le caractère d'actualité susmentionné » ;*

*c) « en matière de diffamation par voie de presse, le droit du sujet d'exiger que ses propres antécédents personnels ne soient pas évoqués publiquement (soi-disant droit à l'oubli) ne trouve des limites dans le droit de chronique que lorsqu'il existe un intérêt réel et actuel à leur diffusion » ;*

*d) « la publication persistante et la diffusion, dans un journal 'en ligne', d'une chronique dépassée exorbitante, en raison de sa composante divulgatrice objective et prédominante, du simple cadre du traitement licite de l'archivage ou du stockage 'en ligne' de données journalistiques à des fins historiques ou rédactionnelles, constituant une violation du droit à la vie privée lorsque, compte tenu du temps écoulé, l'intérêt public de la nouvelle a disparu » ;*

*e) en ce qui concerne les données contenues dans des registres tenus par des personnes publiques, la personne concernée n'a pas le droit d'en obtenir la suppression lorsque leur conservation 'constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sécurité publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre public et à la prévention des infractions, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui' » ;*

<sup>145</sup> Dans ce sens, C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, L. Califano et C. Colapietro, eds., Milan, ES, 2017, 133.

f) « le droit fondamental à l'oubli ne peut être réduit, au profit du droit tout aussi fondamental à la chronique, qu'en présence de conditions spécifiques et préalables : 1) la contribution apportée par la diffusion de l'image ou de la nouvelle à un débat d'intérêt public ; 2) l'intérêt effectif et actuel à la diffusion de l'image ou de la nouvelle (pour des raisons de justice, de police ou de protection des droits et libertés d'autrui ; ou à des fins scientifiques, didactiques ou culturelles) qui est considéré comme absent en cas de prévalence d'un intérêt de divulgation ou, pire, purement économique ou commercial de la personne diffusant la nouvelle ou l'image ; 3) le degré élevé de notoriété du sujet représenté, 4) les modalités utilisées pour obtenir et donner l'information, qui doit être véridique (car tirée de sources fiables, et par le biais d'un travail de recherche diligent), diffusée de manière à ne pas excéder le but de l'information, dans l'intérêt du public, et exempte d'insinuations ou de considérations personnelles, de manière à mettre en évidence un intérêt objectif exclusif à la nouvelle diffusion ; 5) l'information préalable concernant la publication ou la transmission de la nouvelle ou de l'image après un certain temps, de manière à permettre à l'intéressé le droit de répliquer avant sa divulgation au grand public ».

Comme on le voit, la Cour de cassation a énoncé un véritable « pentalogie » de principes, qui doivent trouver une application sûre également à la lumière du Règlement UE 2016/679 cité à plusieurs reprises. Mais ces principes concernent-ils un véritable droit autonome ? L'opinion contraire, soutenue par une partie de la doctrine<sup>146</sup>, apparaît pleinement convaincante : il ne s'agit en effet que d'un profil particulier du droit général à la protection des données à caractère personnel, qui n'est, à son tour, qu'un profil du droit à la confidentialité.

### 7.- Mémoire et interprétation juridique.

Le dernier thème qui - parmi un grand nombre d'autres possibles - me semble indispensable d'aborder concerne le poids de la mémoire dans l'interprétation juridique, thème qui récemment a été au centre d'un débat important à la suite de la publication du controversé arrêt de la Cour Suprême des États-Unis du 24 juin 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022). Il faut cependant considérer que, si l'objet du prononcé (l'avortement) a attiré l'attention de l'opinion publique internationale, les prémisses théoriques de la décision de la Cour avaient déjà été énoncées, avec encore plus de clarté, juste avant (le 23 juin 2022), dans *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022)<sup>147</sup>.

Dans *NYSRPA*, l'argumentation retravaille les deux piliers sur lesquels se fondait la jurisprudence antérieure des Cours inférieures, que la Cour Suprême rejette maintenant partiellement, à savoir le « 'two-step' framework for analyzing Second Amendment challenges that combines history with means-end scrutiny » (p. 8). Aujourd'hui, le premier pilier est confirmé, tandis que le second ne l'est pas : « *Despite the popularity of this two-step approach, it is one step too many* » (p. 10). Plus en détail : l'argument historique (précédé, en fait, par l'argument textuel : p. 11) est confirmé, tandis que le test du rapport moyens-fins est rejeté, car « *Reliance on history to inform the meaning of constitutional text - especially text meant to codify a pre-existing right - is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking Judges to 'make difficult Empirical judgments' about 'the costs and benefits of firearms restrictions', especially given their 'lack [off] expertise' in the*

<sup>146</sup> C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *I principi generali*, cit., 128.

<sup>147</sup> Les citations sont incomplètes parce que la version imprimée n'est pas encore disponible.

*field*. Id. [c'est-à-dire *McDonald*, 561 U. S.], at 790-791 (*plurality opinion*) » (p. 13). Se mêlent donc, comme il est fatal qu'il le soit, une théorie de l'interprétation constitutionnelle et une théorie des rapports entre le législateur et le juge : la première conduit à valoriser l'histoire ; la seconde à limiter les évaluations et des balances faites par le juge qui se superposent ou se substituent à celles effectuées par le législateur.

*Dobbs* va exactement dans la même direction. Ici aussi la Cour se proclame « *guided by the history and tradition* » (p. 14) ; ici aussi, face aux argumentations des parties à propos des « *effects of the abortion right on the lives of women* » ou du « *status of the fetus* », la Cour Suprême dresse une barrière : « *This Court has neither the authority nor the expertise to adjudicate those disputes* » et sa décision va dans le sens de remettre « *the issue of abortion to those legislative bodies, and it allows women on both sides of the abortion issue to seek to affect the legislative process by influencing public opinion, lobbying legislators, voting, and running for office* » (p. 65). Précisément la même façon d'argumenter, il me semble.

La question, vue dans la perspective de ces décisions et de la discussion qui les a suivies, est donc celle du soi-disant « originalisme », mais le thème, en réalité, est beaucoup plus vaste et, outre à concerner aussi la question de la division des pouvoirs et du rapport entre juge et législateur<sup>148</sup>, embrasse, au préalable, le choix de fond entre interprétation subjective et interprétation objective des sources-acte. C'est de ce choix qu'il faut partir.

### 7.1.- Entre le texte législatif et l'intention du législateur : la position de Savigny.

L'interprétation objective d'un texte de loi identifie la signification *de la loi*. L'interprétation subjective identifie la signification voulue *par le législateur*. La préférence pour l'une ou pour l'autre est faite souvent dépendre de l'idée de l'interprétation que l'on partage et, en particulier, du but assigné à l'interprétation<sup>149</sup>. Mais il s'agit d'une erreur de perspective.

Dans le vaste désaccord sur ce qu'est l'activité qu'on appelle « *interprétation de la loi* », l'on ne peut ne pas convenir au moins sur un point : qu'elle vienne après l'activité que nous appelons « *production de la loi* ». Si personne ne produisait la loi, logiquement, personne ne pourrait l'interpréter. L'interprétation de la loi est par conséquent une activité *auxiliaire* de celle de sa production et l'est pour une raison purement *logique* et *chronologique* : s'interroger - au contraire - sur l'existence ou non d'une primauté (outre que *politique*, laquelle est typiquement la sienne) *axiologique* de la production ou - inversement - d'une dignité du *δικαστής* supérieure à celle du *νομοθέτης*, franchement, n'a pas beaucoup de sens. Il est au contraire logique de constater l'erreur de perspective que j'ai dénoncée. Compte tenu de l'antériorité logique et chronologique de la production, la préférence pour l'interprétation subjective ou pour l'interprétation objective ne peut pas remonter au but assigné à l'*interprétation*, mais elle devrait plutôt dépendre de celui que l'on attribue à la *législation*, précisément parce que celle-ci vient, logiquement et chronologiquement, par première. Voyons, donc, de quoi s'agit-il.

Les motifs de la législation peuvent être les plus divers, mais sa fonction est une et une seule, car celui auquel est confié le pouvoir de légiférer est appelé à régler des cas de la vie, des rapports entre êtres humains, des relations sociales. Et celui-ci, lorsqu'il légifère, légifère

<sup>148</sup> Celui-ci est l'aspect noté, avec rigueur, par N. ZANON, *La Costituzione « neutrale » di Kavanaugh*, que l'on peut lire au Site de l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

<sup>149</sup> V., par ex., G. BITTER – T. RAUHUT, *Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung*, in *Jus*, n° 4/2009, 292.

d'une manière ou d'une autre parce qu'il a l'intention de les régler - ces cas, ces rapports, ces relations - d'une certaine manière, précisément, et pas d'une autre. Il s'ensuit donc que, à première vue, la tâche de l'interprète semble être celle de vérifier (de reconstruire) cette intention. Mais est-ce vraiment le cas ? Une page très connue de Savigny, qui a profondément orienté la discussion scientifique qui l'a suivi, semble conforter cette impression initiale<sup>150</sup>.

Écrivait Savigny, dans l'édition de 1840 du *System des heutigen Römischen Rechts*, que « Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken [...] auszusprechen [...] » (« Chaque loi est destinée à déterminer la nature d'un rapport juridique, donc à [...] exprimer une quelconque pensée »)<sup>151</sup>. Par conséquent, « müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältnis in Berührung kommen, jenen Gedanken *rein und vollständig* auffassen » (« ceux qui entrent en contact avec le rapport juridique doivent interpréter cette pensée *purement et pleinement* »)<sup>152</sup>. Et cela se passe quand ils « sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen » (ils « se mettent dans la pensée du point de vue du législateur et répètent artificiellement en eux-mêmes son activité, donc ils laissent de nouveau surgir la loi dans leur pensée »)<sup>153</sup>. La conclusion est que « Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die *Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens* » (« Cette-ci est la tâche de l'interprétation, que nous pouvons partant qualifier de *reconstruction de la pensée inhérente à la loi* »)<sup>154</sup>. En fait, « Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere und vollständige Einsicht in den *Inhalt des Gesetzes* zu erlangen, und nur so ist daher der *Zweck des Gesetzes* zu erreichen » (« Ce n'est qu'ainsi qu'il est possible d'obtenir un accès sûr et complet au *contenu de la loi*, et c'est seulement ainsi que le *but de la loi* doit être atteint »)<sup>155</sup>.

En lisant cette page, on comprend pourquoi Savigny est souvent considéré comme le père des théoriciens de l'interprétation subjective. Je me permets d'attirer l'attention, en particulier, sur un adjectif (mieux : sur une voix verbale, un participe) comme « innewohnend ». Comme on le fait habituellement, je l'ai rendu par « inhérent » et j'ai donc parlé de pensée « inhérente » à la loi. Cependant, l'allemand « innewohnend » semble exprimer une allusion bien plus exigeante à quelque chose qui « in-habite » la loi, en faisant entendre que si la loi est le lieu qui héberge la pensée de l'auteur, à l'interprète n'appartient que de reconstruire ce qui y est hébergé, c'est-à-dire la pensée et la volonté du législateur historique.

---

<sup>150</sup> Il vaut la peine de citer par entier et tout de suite le passage rappelé au texte : « Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältnis in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens. Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere und vollständige Einsicht in den Inhalt des Gesetzes zu erlangen, und nur so ist daher der Zweck des Gesetzes zu erreichen » (F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, Veit, 1840, 212 s.). Les traductions au texte sont miennes.

<sup>151</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 212.

<sup>152</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 212 s. (italiques ajoutés).

<sup>153</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213.

<sup>154</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213 (italiques ajoutés).

<sup>155</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213 (italiques ajoutés).

Pourtant, les choses ne sont pas si simples. Et elles ne le sont pas tant dans la perspective particulière de la pensée de Savigny lui-même que dans la perspective générale de la pertinence ou non du rappel au but des activités en jeu (c'est-à-dire de la production et de l'interprétation) dans la définition d'une théorie et d'une pratique de l'interprétation. Je parlerai de cette deuxième question au paragraphe suivant. Voyons maintenant la première.

Que Savigny soit unilatéralement orienté vers la soi-disant interprétation subjective est en fait disputable. Je ne négligerais pas, en effet, le donné que, dans un des passages que j'ai rapportés, il soit indiqué que le « contenu » et la « volonté » qu'il faut vérifier sont ceux « de la loi ». Ni l'autre donné que, pour lui, ce qui permet le passage de la pensée du législateur à notre capacité cognitive soit la parole écrite<sup>156</sup>, ce qui signifie qu'il s'agit d'un *médium* indispensable, dont la constatation de la volition législative elle-même dépend essentiellement. Ni sa distinction classique entre les quatre éléments de l'interprétation (grammatical, logique, historique, systématique)<sup>157</sup>, qui ne sont pas quatre types d'interprétation distincts parmi lesquels choisir à notre goût et à notre gré (« nach Geschmack und Belieben »)<sup>158</sup>, mais quatre tâches à accomplir ensemble et à coordonner pour atteindre le résultat le plus correct. Or, ceci étant, il est légitime de douter que, pour Savigny, l'interprétation objective puisse être séparée de l'interprétation subjective par une nette coupure. Il est plus probable, par contre, que les deux perspectives soient pour lui destinées à s'entrecroiser, comme le montre d'ailleurs le fait que, dans sa systématique, l'interprétation qu'il appelle historique a pour tâche de vérifier non pas le processus volontaire, mais les conditions de fait que le législateur a voulu régler<sup>159</sup>, ce qui sollicite la conclusion que, pour lui, l'interprète doit se tourner non seulement vers le *voulu législatif subjectif*, mais aussi vers le *contexte objectif* dans lequel il a mûri.

### 7.2.- Les rapports entre interprétation objective et interprétation subjective.

La position fondamentalement éclectique et perplexe de Savigny est due aux choses, pas à un défaut de son élaboration théorique. C'est-à-dire qu'on la doit à l'impossibilité, théorique et pratique, d'opérer une séparation nette entre interprétation objective et interprétation subjective.

Tout processus d'interprétation, y compris celui de la loi, implique une double contextualisation du texte, dans le présent et dans le passé. La contextualisation en *praeterito tempore* concerne la « considération de la nomogenèse, c'est-à-dire du mode dans lequel à l'origine la norme fut pensée et les types d'intérêts en jeu furent évalués et coordonnés »<sup>160</sup>. Comme l'a montré Betti, la prise en compte du moment nomogénétique est inéluctable, car « la reconnaissance de l'évaluation originelle, immanente et *latente dans la lettre de la loi* constituant la ratio iuris de la norme, est indispensable pour déterminer dans quelle mesure elle a subi des modifications avec l'apparition de changements dans l'environnement social ou de nouvelles orientations dans l'ordre juridique »<sup>161</sup>. En cela, l'interprétation de la loi, même avec les importantes différences que nous allons voir maintenant, exige la même attitude qu'elle doit en général avoir face aux actes spirituels d'autrui et se concrétise dans

<sup>156</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213.

<sup>157</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213.

<sup>158</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 215.

<sup>159</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 214.

<sup>160</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2<sup>ème</sup> éd., G. Crifò, éd., Milan, Giuffrè, 1971, 112.

<sup>161</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 113 (italiques ajoutés).

l'exigence de « les reconstruire en nous de l'intérieur, c'est-à-dire de nous transférer, nous, dans l'esprit des personnes qui les ont mis en existence, pour les reconnaître »<sup>162</sup>.

Un élément de recherche de données subjectives est donc incontournable, car la reconstruction par l'interprète de la « idée originale de la formule législative » est « une chose que l'on doit de toute façon faire »<sup>163</sup>. Toutefois, dans le cas de l'interprétation de la loi, il y a certaines particularités qui n'existent pas ailleurs et qui inhibent la réduction de l'acte interprétatif à la constatation de la volition signifiante du législateur.

Il ne s'agit pas tant des critiques traditionnelles à l'interprétation subjective, telles les suivantes : que plus on s'éloigne du moment temporel de l'émission de l'énoncé législatif moins a de sens la reconstruction de la volonté de l'auteur<sup>164</sup> ; que la volonté subjective, face à un processus volitif collectif, est insaisissable<sup>165</sup> ; que l'on risque la « fixité de l'application normative »<sup>166</sup>. Le point qui compte est autre et concerne le sens profond de la production législative, thème que je traiterai ici rapidement, en donnant par présupposé ce que j'ai essayé de démontrer ailleurs et que je ne peux pas ici motiver avec plénitude d'arguments, c'est-à-dire que : a) entre la disposition et la norme on ne peut pas distinguer ; b) celle de l'interprète est une activité cognitive ; c) les propositions qu'il énonce sont aléthiques<sup>167</sup>.

Celui qui légifère ne s'engage pas dans un exercice intellectuel abstrait, mais accomplit une activité *pratique*, intentionnellement régulatrice de rapports sociaux et de comportements humains. Et à cette intention subjective s'unit la fonction objective de l'activité, qui est socialement orientée vers ce but et dont on attend qu'elle en accomplisse la poursuite et la réalisation. Or, l'instrument que le législateur possède pour honorer sa fonction sociale est précisément la loi, entendue comme source de normes. C'est à travers les normes qu'il règle et c'est donc à partir des normes que les comportements permis ou dus doivent se déduire. C'est pourquoi que c'est la norme qui se présente à l'interprète comme l'objet de son acte cognitif, de sorte que ce qui en reste dehors n'est pas à son tour l'objet de la cognition, mais au mieux est un instrument dont elle se sert. La reconnaissance même de la *voluntas* subjective du législateur, dans cette perspective, est un instrument et non l'objet, de sorte que l'interprétation ne peut qu'être objective et ne peut se prévaloir de l'interprétation subjective que comme d'une simple (et pourtant indispensable) aide.

La procédure suivie pour légiférer confirme cette conclusion. Si légiférer signifie réglementer les rapports sociaux et les comportements humains, la publication des normes est indispensable, car les destinataires n'en apprennent le contenu qu'à travers ce passage procédural. Dans les systèmes laïcs de l'Occident, le droit écrit et le droit publié sont la même

<sup>162</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, G. Crifò, éd., Milan, Giuffrè, 1990, I, 294.

<sup>163</sup> E. BETTI, *Teoria generale*, cit. II, 817.

<sup>164</sup> L'objection pourrait toutefois être contrée en rappelant la distinction entre interprétation subjective et interprétation historique proposée par Riccardo Guastini dans les passages cités ci-dessous.

<sup>165</sup> V., parmi les autres, J.F. MANNING, *Without the Pretense of Legislative Intent*, *Harv. L. Rev.*, 2017, 2406. A ce propos, néanmoins, A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, trad. it. par G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, réimp. anast. de la 3<sup>ème</sup> éd., Turin, Einaudi, 1973, 135, note précisément que cette volonté collective peut être constatée par convention/fiction, considérant que ceux qui ont voté passivement, sans intervenir, ont en fait approuvé les motifs déductibles des travaux préparatoires.

<sup>166</sup> L'on reporte, au texte, les objections de G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu et F. Messineo, éd., continué par L. Mengoni, Milan, Giuffrè, 1980, 366 s.

<sup>167</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, Vol. IX, Milan, Giuffrè, 2016, 391 ss. Contre cette « rubrique » v. la critique très serrée de F. MODUGNO – A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Naples, ES, 2021, auxquels replie, pas moins serrément, maintenant, M. VIOLA, *Sulla distinzione tra disposizione e norma e l'interpretazione creatrice*, in *Dir. soc.*, 2021, 293 ss.

chose, comme l'attestent *antiquitus* les fameux passages de l'oraison *Sur les mystères* d'Andocide dans lesquels on ne tient pas seulement compte de la nécessité de la publication des lois écrites dans la *stoá*<sup>168</sup>, mais aussi de l'obligation des magistrats de ne pas appliquer, en aucun cas, une loi non écrite (ce qui équivaut – attention – à non publiée)<sup>169</sup>. Or, ce lien originaire entre l'écriture des normes et leur publication atteste que les citoyens sont tenus de se conformer uniquement, parmi les normes écrites, à celles qui sont publiées<sup>170</sup>, avec pour conséquence qu'il n'est pas possible de considérer comme régulateurs des rapports sociaux et des comportements humains des documents qui sont étrangers à la norme, compte tenu qu'ils ne sont pas portés officiellement à la connaissance des destinataires, et par conséquent ne sont pas habilités à produire aucun effet de contrainte direct.

Il se démontre ainsi que la pratique sociale qui s'articule en production et interprétation a pour objet la norme et rien d'autre, de sorte que l'interprétation subjective n'a de sens que si elle vise à connaître la volonté du législateur historique pour viser à son tour, par le biais de son examen, à connaître la norme. Quoi qu'il en soit, il doit être clair – comme l'a exactement observé Guastini en critique de Luigi Lombardi – que l'interprétation *subjective* n'est pas nécessairement une interprétation fixement *historique*. Si l'interprétation historique entend vérifier la signification de la loi au moment de son entrée en vigueur et celle évolutive entend vérifier la signification de la loi au moment où on l'interprète, il semble aisé de conclure que les deux couples sont bien destinés à s'entrecroiser. Nous pouvons donc avoir « une interprétation objective-historique et une interprétation subjective-historique, une interprétation littérale-historique et une interprétation littérale-évolutive, et ainsi de suite en énumérant ». En effet, il est possible « d'attribuer à un texte normatif une signification à la fois subjective et évolutive, se référant à l'intention que l'on peut conjecturer d'attribuer à l'autorité normative par un énoncé contrefactuel du type 'Si le législateur avait examiné cette affaire, il l'aurait réglée ainsi-et-ainsi', 'S'il avait légiféré dans les circonstances présentes, il aurait fait ainsi-et-ainsi' »<sup>171</sup>. Le même arrêt de la Cour des États-Unis sur le droit au port des armes, mentionné plus haut, le reconnaît, lorsqu'il affirme que « Although its meaning is fixed according to the understandings of those who ratified it, the Constitution can, and must, apply to circumstances beyond those the Founders specifically anticipated » (p. 19).

Mais revenons-en à notre thème. Si l'élément de la publication est décisif et détruit le bien-fondé de la prétention de l'orientation subjective de prévaloir sur l'orientation objective, il reste à se demander quel espace peut subsister pour l'interprétation subjective, une fois sa récessivité démontrée. La réponse réside dans l'identification correcte de la notion de « contexte ». Nous avons vu que ce contexte est d'abord celui, initial, de la nomogenèse bettienne. Le texte de la norme, avant même d'entrer dans le contexte du moment d'application et dans les rapports matériels du système, est déjà accueilli dans le contexte linguistique formel et dans l'ensemble du co-texte identifié ou considéré par le législateur au moment de la production. Grâce à ce contexte et à ce co-texte, opérationnels sur le plan

<sup>168</sup> *Sur les mystères*, 85 : “Ἐδοκιμάσθησαν μὲν οὖν οἱ νόμοι, ᾧ ἄνδρες, κατὰ τὸ ψήφισμα τοῦτί, τοὺς δὲ κυρωθέντας ἀνέγραψαν εἰς τὴν στοάν”.

<sup>169</sup> *Sur les mystères*, 87 : “ἀγράφω δὲ νόμῳ τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἐνός”.

<sup>170</sup> Cela ne signifie pas que la loi approuvée et non publiée ne produit pas d'effets juridiques significatifs. Mais il ne les produit pas par sa propre force, mais en vertu des normes constitutionnelles (art. 87 Const.) et primaires (décret présidentiel n° 1092 du 28 décembre 1985, sur la « Approbation du texte consolidé des dispositions sur la promulgation des lois, sur l'émission des décrets présidentiels et sur les publications officielles de la République italienne ») qui réglementent la promulgation (ou l'émanation, dans le cas des actes ayant force de loi) d'abord et la publication ensuite.

<sup>171</sup> R. GUASTINI, *Discutendo*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, Marcial Pons, 2017, 232, nt. 12.



purement linguistique-formel, on définit les premières conditions de possibilité de l'interprétation normative. Cela montre que la norme n'a pas besoin du contexte de son moment d'application pour être interprétée et quand on dit que c'est le cas qui éclaire la norme, on fait un choix théorique (mais avec de lourdes conséquences pratiques) risqué, pour ne pas dire erroné.

Les choses ne changent pas non plus si l'on passe du contexte linguistique formel au contexte matériel-substantiel. Celui qui fait confiance aux vertus « éclairantes » du cas pointe son attention uniquement sur le contexte qui se présente à l'interprète au moment de l'application, mais néglige totalement celui dans lequel l'énoncé du législateur a été émis (et initialement reçu !). L'énoncé du législateur, en revanche, ne naît pas et n'est pas « suspendu dans un vide cosmique »<sup>172</sup> mais est consciemment émis dans un contexte précis, qui est factuel, historique et axiologique. Pour être plus précis : l'énoncé est marqué par un caractère concret parce qu'il constitue le contenu d'une énonciation spécifique de la part du législateur, une énonciation qui est pleine de toutes les déterminations de contexte nécessaires, dont le législateur - au-delà de toute observation critique sur les conséquences involontaires des actions intentionnelles<sup>173</sup> - est conscient, en tant qu'agent rationnel qui comme tel doit être traité (sous peine de renverser le fondement du système tout entier).

Seulement une abstraction très discutable, mais répandue, traite le texte normatif non pas comme une énonciation concrète, mais exclusivement comme un énoncé abstrait, tandis qu'il faudrait considérer que le processus d'interprétation se rattache d'abord au contexte dans lequel l'énoncé a eu sa première énonciation. En réalité, la *contextualisation* opérant au temps T° (qui est celui du législateur) ne doit pas être confondue avec la forme différente de contextualisation, qui devrait être mieux dite *actualisation*, opérant au temps T<sup>1</sup> (qui est celui de l'interprète-applicateur) qui sert à vérifier - oui - les nouvelles données juridiques et sociales qui se sont accumulées entre-temps, mais toujours (ici, une fois de plus, vaut Betti) pour les comparer à celles que sont disponibles au moment de la nomogenèse. Tous les deux modes de relation avec le temps sont imposés par la spécificité de l'activité de l'interprétation de la loi, mais il est facile d'observer que même des activités interprétatives ayant d'autres objets ne pourraient pas y échapper. Comment serait-il possible d'obéir à l'impératif que Clio, Muse de l'histoire, a, dans la fiction littéraire, énoncé à Charles Péguy, à propos de la lecture d'Homère (« Prenez Homère. Faites comme il faut toujours faire. Avec les plus grands [...]. Prenez le texte. Ne vous dites pas : C'est Homère. C'est le plus grand. C'est le plus vieux. C'est le patron. C'est le père. Il est le maître de tout [...]. Prenez le texte. Et qu'il n'y ait rien entre vous et le texte. Surtout qu'il n'y ait pas de mémoire [...]. Qu'il n'y ait aucune *histoire* entre vous et le texte [...]. Et permettez-moi de vous dire même ceci : qu'il n'y ait entre le texte et vous en un sens Prenez le texte. Lisez comme si ce fût un volume sorti la semaine dernière de chez Émile-Paul [...]. Comme si ce fût la dernière *nouveauté* »)<sup>174</sup>?

L'espace ainsi attribué à l'interprétation subjective, comme on le voit, est loin d'être négligeable, mais il ne contredit pas du tout, voire confirme, la nécessaire identification de l'interprétation législative avec l'interprétation objective. L'interprétation subjective ne

<sup>172</sup> A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Turin, Giappichelli, 2011, 126.

<sup>173</sup> V. surtout la « loi » de la « *Heterogonie der Zwecke* » : rarement les résultats atteints par l'action humaine correspondent aux intentions de l'acteur (« *Jedes nach Zwecken handelnde Wollen erreicht daher Zwecke, die nicht gewollt, weil nicht vorausgesehen waren* » : W. WUNDT, *System der Philosophie*, 2<sup>ème</sup> éd., Leipzig, Engelmann, 1897, 328).

<sup>174</sup> C. PEGUY, *Clio*, cit., 208 s. (italiques ajoutés).

relève, en effet, que si, loin de se contenter de la vérification de la volonté du législateur historique, l'interprète s'en sert dans la mesure où cette volonté s'est objectivement exprimée dans la norme. De manière significative, Betti, dans le passage qui a été cité précédemment, parle d'une « reconnaissance de l'évaluation initiale » qui est « immanente et *latente dans la lettre de la loi* », ce qui signifie que c'est toujours la lettre, après tout, qui compte.

L'interprétation subjective vise donc à clarifier la signification et la portée de la norme, car - comme on l'a vu - pour la saisir dans son objectivité, elle doit être d'abord située dans le contexte (et selon le co-texte) identifié par le législateur historique. Il va donc de soi qu'en l'absence d'une objectivation cohérente dans la norme, la volonté subjective du législateur reste dépourvue d'importance.

Ceux qui voudraient un exemple significatif pourraient remonter à la révision constitutionnelle du Titre V de la Constitution italienne opérée en 2001. Le nouveau texte de l'art. 117, alinéa 1, Const., manifestement, aurait entraîné le bouleversement de l'ancienne systématisation des rapports juridiques entre la loi italienne et les sources internationales conventionnelles, en ce sens que le nouveau texte déterminait l'illégitimité constitutionnelle des lois contrastant (outre - comme cela avait été le cas jusqu'alors - le droit international général) les traités<sup>175</sup>. Cette interprétation de la réforme a été contestée, au cours des travaux parlementaires, par Leopoldo Elia, sénateur à l'époque, qui, en réponse explicite à l'auteur de cet écrit, a soutenu que la nouvelle formulation n'aurait pas conduit à « aucune contradiction avec l'article 11 - la supériorité du droit eurounitaire est déjà acquise depuis longtemps dans la jurisprudence constitutionnelle - ni avec l'article 10, dans la mesure où les liens découlant des traités librement ratifiés se rattachent à la norme généralement reconnue par le droit international (*pacta sunt servanda*). Il s'agira, simplement, d'être plus vigilants et plus exigeants au niveau parlementaire pour autoriser les ratifications, à l'exemple du Sénat des États-Unis »<sup>176</sup>. On soutenait ainsi l'idée que rien n'aurait changé avec la nouvelle. Comme on le sait, après quelques années d'hésitation, la Cour constitutionnelle a fatalement (et correctement) dit le contraire. Et elle l'a dit parce que le *texte* ne permettait pas de conclusions différentes, quelle que soit la volonté du législateur historique, résultant des travaux parlementaires. En effet, écrivit la Cour, « *Avant son introduction, l'insertion des normes internationales conventionnelles dans le système des sources du droit italien était traditionnellement confiée, par la doctrine dominante et par la Cour constitutionnelle elle-même, à la loi d'adaptation, ayant normalement un rang de loi ordinaire et donc potentiellement modifiable par d'autres lois ordinaires successives. Il en résultait, comme corollaire naturel, que les mêmes normes ne pouvaient pas être considérées comme des paramètres du jugement de légitimité constitutionnelle* ». En revanche, aujourd'hui, les règles conventionnelles se transformèrent en paramètres interposés et leur violation comportait la violation consécutive de l'art, 117, alinéa 1, Const.<sup>177</sup>.

Une fois le rapport entre interprétation subjective et interprétation objective reconstruit dans ces termes, les raisons de la traditionnelle opposition stricte entre les deux et les réflexions développées en doctrine sur les conséquences de l'adhésion à l'une ou l'autre s'estompent. Ainsi, le recours à l'interprétation subjective, s'il est conçu en fonction

<sup>175</sup> C'est ce que j'avais soutenu, à la veille de l'approbation du dessin de loi constitutionnelle, in M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 mars 2001.

<sup>176</sup> *Atti Senato, Resoconto* de la séance 8 mars 2001, 49.

<sup>177</sup> Cour const., sentt. n°. 348 e 349 del 2007. Particulièrement significatifs semblent les passages de la première sentence, (§§ 4.2 ss. de la motivation) dans lesquels le nouveau art. 117, al. 1, Const., est fait l'objet d'une interprétation strictement lexicale.

auxiliaire de l'interprétation objective, n'implique certes pas l'adhésion à l'impérativisme, au volontarisme, au psychologisme<sup>178</sup>. Et une fois les deux intégrées dans une procédure interprétative unitaire, il cesse d'avoir raison d'être l'idée que la première réduirait le champ d'appréciation de l'interprète et la seconde, au contraire, l'élargirait<sup>179</sup>.

### 7.3.- *Travaux préparatoires, interprétation de la loi, interprétation de la constitution.*

L'identité de l'objet de l'une et de l'autre (même dans le cas de la constitution - bien sûr dans des systèmes comme le nôtre - il s'agit toujours de normes écrites) démontre l'absence d'une différence - disons-le ainsi - ontologique entre interprétation de la loi et interprétation de la constitution<sup>180</sup>. Ce n'est pas pour autant qu'elles suivent des modules totalement superposables. Le thème de l'utilisation des travaux préparatoires en est un bon papier de tournesol.

Le rapport que le texte de loi et le texte constitutionnel entretiennent avec le temps est différent. Le texte constitutionnel exprime l'accord fondateur de structuration de l'ordonnement juridique et, puisqu'il fixe les règles fondamentales de la communauté politique « hier pour aujourd'hui » il exige des interprètes qu'ils maintiennent le plus stable possible le choix politique sous-tendu aux règles constitutionnelles. Si la loi est faite pour durer, la constitution veut beaucoup plus et aspire à une véritable *éternité de l'ordonnement*, car l'ordonnement qu'elle structure vivra en tant que tel uniquement parce que et jusqu'à ce que *cette* constitution, dans son identité substantielle spécifique, durera. D'où une obligation de stabilité interprétative plus grande que celle qui est exigée par la loi et un ancrage plus robuste à la *voluntas* de l'auteur historique. Il arrive donc exactement le contraire de ce que supposent les théoriciens de la *Verfassungswandlung*, lesquels estiment que l'âge (le cas échéant) majeur des règles constitutionnelles les expose le plus à des lectures alternatives, calibrées sur les exigences de la contemporanéité<sup>181</sup>.

Le féroce débat américain sur l'originalisme dans l'interprétation constitutionnelle perd ainsi de son éclat. D'une part, parce que, contrairement à ce que l'on croit largement<sup>182</sup>, l'originalisme, du moins aux États-Unis, n'équivaut nullement à une « pétrification » de la Constitution, mais en postule l'adaptation continue aux exigences du présent, quoique à condition que ce soit en accord avec la volonté originaire des *Framers*<sup>183</sup>. D'une autre,

<sup>178</sup> Au moins dans la mesure où la détermination de l'objectif du *législateur* sert à la détermination de l'objectif de la *loi*, que plusieurs auteurs considèrent comme le critère d'interprétation supérieur à tous les autres. (cfr., par ex., G. BITTER – T. RAUHUT, *Grundzüge*, cit., 295).

<sup>179</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 135. En revanche, il y a aussi ceux qui sont d'un avis exactement opposé et critiquent l'interprétation subjective comme étant l'instrument d'un pouvoir juridictionnel excessivement discrétionnaire : v., par ex., J.F. MANNING, *Without the Pretense*, cit., 2407, et beaucoup d'autres auteurs américains. Parmi eux se détache le nom de Antonin Scalia, dont la pensée est analysée en perspective très critique par E.A. LISS, *Censoring Legislative History : Justice Scalia on the Use of Legislative History in Statutory Interpretation*, in *Nebraska L. Rev.*, 1993, 568 ss.

<sup>180</sup> M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, spéc. 17 ss.

<sup>181</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 137.

<sup>182</sup> Dernièrement, C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, que l'on peut lire au Site de l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Plus nuancée, mais finalement pas trop différente, la position de Q. CAMERLENGO, *Originalismo e « living Constitutionalism », tra domanda di Costituzione e principi supremi*, que l'on peut lire également *Ibidem*.

<sup>183</sup> « Fortunately, the Founders created a Constitution [...] 'intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.' *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 415 (1819) [...] », on écrit dans la déjà citée sentence de la Cour USA *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022), p. 19.

parce que c'est toujours à travers le texte que le constituant historique a manifesté sa volonté de donner un ordre au futur et, bien que l'intention du constituant historique doive être actualisée selon une lecture adaptée au temps du texte, c'est précisément le texte qui exprime le « pacte fondamental » qui doit guider l'interprète<sup>184</sup>. Néanmoins, comme on l'a dit, la substance de ce pacte doit être vérifiée en utilisant également les travaux préparatoires, qui éclairent la phase nomogénétique. La polémique entre originalistes et anti-originalistes, qui est déjà marquée, aux États-Unis, par un idéologisme pernicieux, est - dans son aspect absolutisant - dépourvue de fondement, parce qu'elle prétend contraindre l'interprète à oublier la corrélation intime qui lie interprétation objective et interprétation subjective et qui transparait avec une évidence particulière quand il s'agit d'interpréter une constitution.

Une dernière remarque sur ce point. Dans l'interprétation constitutionnelle, le recours aux données matérielles et aux faits revêt également une importance particulière pour une autre raison. Ce sont les faits, les données matérielles, qui donnent substance au jugement de la Cour constitutionnelle sur le caractère raisonnable, proportionnel, cohérent, non excessif, des choix législatifs. Le jugement constitutionnel s'est de plus en plus calqué sur celui d'excès de pouvoir élaboré par le juge administratif et quoique, au plan théorique, la prudence en parlant de « excès de pouvoir *législatif* » soit sage, il est au plan pratique impossible de ne pas remarquer que désormais le contrôle du juge constitutionnel s'est fait si pénétrant qu'il a même remis en cause le dogme de l'inexistence de l'obligation d'une motivation des actes législatifs. La revitalisation récente des ordonnances d'instruction, avec leur publication et leur acquisition formelle au jugement (qu'il faut bien louer, face à l'orientation précédente en faveur, au maximum, de formes d'instruction informelle) montre combien, dans le jugement constitutionnel, les faits comptent, quoique en qualité d'éléments d'évaluation et pas d'instruments d'interprétation.

#### 7.4.- *Les incertitudes de la jurisprudence.*

Une fois qu'il est établi que les limites entre interprétation objective et interprétation subjective sont floues, il n'est pas surprenant que l'on puisse enregistrer des fluctuations évidentes dans la jurisprudence concernant cette problématique : des incertitudes pleinement compréhensibles et dues précisément à l'absence de lignes de démarcation nettes entre interprétation subjective et interprétation objective. Au contraire, on peut bien dire que les arrêts les plus convaincants sont précisément ceux qui ne font pas des affirmations de principe péremptoires et suggèrent une modulation des techniques d'interprétation plus consciente de la pluralité des plans sur lesquels l'interprète de la loi est appelé à opérer.

Je prends comme exemples significatifs quelques prononces très récentes de l'année 2022, en me limitant au Conseil d'État, à la Cour de cassation et aux Sections d'appel de la Cour des comptes.

Plusieurs sont les attitudes (que je ne qualifierai pas de véritables orientations) à l'égard de l'utilisation des travaux préparatoires comme instrument d'interprétation.

---

<sup>184</sup> Pour reprendre les termes d'un critique du positivisme formaliste, « il faut considérer les textes normatifs comme des moments de concrétisation d'un pacte social fondamental, qui a une continuité dans le temps, qui reçoit aussi une unité et une cohérence par le travail 'arbitral' continu de la jurisprudence » (M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milan, Giuffrè, 1991, vol. I, 363). Il est clair que ces mots - conçus pour l'interprétation de la loi - s'appliquent d'autant plus fortement à l'interprétation de la Constitution.

Une première se limite à dire que les travaux préparatoires, « *bien qu'ils aient en eux-mêmes une valeur purement subsidiaire d'interprétation, peuvent certes fournir des éléments utiles à l'identification du sens préceptif de certaines dispositions normatives et de la logique qui les justifie* »<sup>185</sup>. Une affirmation péremptoire, comme on le voit, mais dépourvue de motivation authentique, par rapport à laquelle il vaut mieux préférer celle - analogue, mais plus élaborée - dans laquelle on observe que « *L'importance herméneutique des travaux préparatoires ne doit pas être surdimensionnée, car l'aide qu'ils offrent est purement subsidiaire et, par conséquent, utile à clarifier la portée d'une disposition législative dont la formulation est ambiguë uniquement dans le concours d'autres canons interprétatifs et d'éléments d'appréciation, éventuellement issus de la norme elle-même (Cass. civ. sec. I, n. 2230/1995)* »<sup>186</sup>. De même, il a été dit que « *C'est [...] l'art. 12 des 'Preleggi'*<sup>187</sup> *mêmes qui invite l'interprète à ne pas 'donner un autre sens que celui qui est manifesté par la signification propre des mots selon leur connexion, et par l'intention du législateur'. Si l'interprétation littérale donne lieu à des incertitudes ou à des doutes, la recherche (y compris à travers les travaux préparatoires) doit aller jusqu'à rechercher la mens legis (interprétation logique) en considérant la norme comme insérée dans le système considéré dans son ensemble (interprétation systématique), dont la Constitution fait naturellement partie. Et, donc, afin de clarifier la ratio ou mens legis, il convient de récupérer le contenu des travaux préparatoires, dans une optique de reconstruction téléologique de la norme [...]* »<sup>188</sup>. Comme on le voit, des conclusions qui ne sont que partiellement convaincantes, car s'il est vrai que le recours aux travaux préparatoires est toujours subordonné à la connaissance de la lettre de la loi, dans la perspective qu'on a ici accueilli leur examen semble toujours nécessaire et ne saurait se limiter à la seule hypothèse de l'existence de doutes engendrés par l'interprétation littérale. En effet, même face à une *littera legis* sans équivoque, l'examen de la phase nomogénétique apparaît indispensable, ne serait-ce que parce que, en appréciant la *ratio*, il permet d'apprécier également les déviations éventuelles que celle-ci a subies dans le flux du temps, avec peut-être la conséquence de l'apparition de doutes de constitutionnalité de la norme interprétée.

Une autre position jurisprudentielle opère un glissement sémantique évident, parce qu'elle rappelle l'intention du législateur comme « *critère légal d'interprétation* », mais fait en réalité allusion à la volonté objective, c'est-à-dire à la volonté traduite dans le texte, ce qui démontre que le passage de l'une à l'autre peut être inaperçu<sup>189</sup>.

D'autres fois, on superpose volonté du législateur et *ratio legis* : « *Au point de vue général, il est une orientation consolidée le principe général du droit [...] selon lequel les délais de la procédure administrative doivent être considérés comme indicatifs s'ils ne sont pas expressément déclarés péremptaires par la loi, et l'intention du législateur ne découle pas toujours et nécessairement de la disposition explicite en ce sens, la nature péremptoire pouvant être déduite même implicitement de la ratio legis et des exigences spécifiques d'envergure publique [...]* »<sup>190</sup>.

<sup>185</sup> Cass. civ., Sect. trav., 3 mars 2022, n° 7053.

<sup>186</sup> Cons. Stato, Sect. III, 16 novembre 2021, n° 7618.

<sup>187</sup> Une précision pour l'éventuel lecteur étranger : il s'agit des « Dispositions préliminaires » prémisses au code civil italien.

<sup>188</sup> C. conti, Sect. II App., 9 février 2022, n° 41,

<sup>189</sup> Cons. Stato, Sect. II, 22 mars 2022, n° 2088.

<sup>190</sup> Cons. Stato, Sect. VI, 15 février 2022, n° 1084.

D'autres fois encore, on fait des affirmations plus engageantes. Voyons ce passage. « *C'est un principe désormais bien établi que l'art. 12 des Preleggi, lorsqu'il énonce que dans l'application de la loi on ne peut lui attribuer un autre sens que celui qui est rendu manifeste par le sens propre des mots selon leur connexion et par l'intention du législateur, ne privilégie pas le critère interprétatif littéral puisqu'il met en évidence, avec la référence "à l'intention du législateur", une référence essentielle à la cohérence de la règle et du système. Par conséquent, le dualisme, présent dans l'article 12, entre la lettre ("le sens propre des mots selon le rapport qui existe entre eux") et l'esprit ou la ratio ("l'intention du législateur") doit être résolu en dévalorisant le premier critère, l'idée même d'une interprétation purement littérale étant inadéquate [...]*' (ainsi C.d.S., Sect. V, n. 3233/2017, cit. ; dans le même sens, Sect. II, n. 3676/2020, cit.) »<sup>191</sup>. L'ancien enseignement de Savigny, selon lequel l'esprit de la loi doit prévaloir sur sa lettre et, en cas de conflit, l'interprétation de la lettre doit pouvoir être corrigée, est ainsi implicitement repris : « le texte imprimé, dans son rapport avec l'expression vraie, ne doit être considéré que comme la lettre de la lettre, donc il est aussi inférieur à la lettre, et ne doit donc pas échapper à la correction »<sup>192</sup>. Un enseignement qui, pour les raisons évoquées ci-dessus, devrait plutôt être abandonné en raison de sa netteté excessive.

De manière encore plus générale, on a dit que « *Dans l'ordre, les canons herméneutiques que l'interprète doit appliquer sont donc les suivants :*

- (a) *l'interprétation littérale mise en évidence par le sens propre des mots ;*
- (b) *l'interprétation systématique des mots en fonction de leur lien ;*
- (c) *analogia iuris et analogia legis, pour les cas similaires ou les matières analogues ;*
- d) *si le cas reste douteux, les principes généraux de l'ordonnement juridique de l'État ».* En effet, tout de suite après, il prend en examen le « *plan de la voluntas legis* » (et non pas « *legislatoris* »)<sup>193</sup>, ne résolvant pas, mais effacent - par la suppression d'un de ses termes - le problème du rapport entre interprétation subjective et interprétation objective.

D'autres fois, enfin, de manière plus convaincante, on a dit que « *pour la jurisprudence consolidée, la qualification d'une disposition législative comme règle d'interprétation authentique des dispositions législatives préexistantes ne peut pas se fonder sur le simple titre du texte législatif ou sur les travaux préparatoires, ni sur l'intention du législateur considérée en elle-même, mais présuppose une structure particulière du cas normatif, pour laquelle la loi elle-même, étant destinée à imposer une interprétation déterminée à une règle antérieure, avec effet rétroactif, laisse inchangé le contenu textuel de la disposition interprétée et se contente d'en clarifier et d'en préciser le sens et de rendre contraignante l'une des nombreuses interprétations possibles, étant entendu qu'il suffit que le choix herméneutique imposé par la loi interprétative s'inscrit dans les variations de sens compatibles avec le contenu littéral du texte interprété, établissant un sens qui pouvait raisonnablement être attribué à la loi antérieure [...]* »<sup>194</sup>. Ici, il me semble, le problème est correctement posé et l'imbrication de l'interprétation objective et de l'interprétation subjective est mise en lumière avec une clarté remarquable.

<sup>191</sup> Cons. Stato, Sect. II, 11 octobre 2021, n° 6766.

<sup>192</sup> F. K. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., trad it. par V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Turin, UTET, 1886-1898, L. I, 249 s.

<sup>193</sup> Cons. Stato, Sect. VII, 23 mars 2022, n° 2142.

<sup>194</sup> Cons. Stato, Sect. VI, 3 juin 2020, n° 3467, textuellement reprise par Cons. Stato, Sect V, 5 janvier 2021, n° 142.

**7.5.- Une réflexion finale sur le thème de l'originalisme.**

Il n'y a, bien sûr, aucune conclusion à tirer après un examen aussi concis d'une question tellement complexe. Je me contenterai donc de réitérer un constat, de formuler un souhait et de revenir sur la question plus limitée de l'originalisme à la lumière de ce qui a été dit jusqu'ici.

L'observation concerne l'embarras dans lequel se trouvent la doctrine et la jurisprudence lorsqu'elles doivent marcher sur un terrain aussi glissant, rendu encore plus insidieux par des maximalismes et des idéologismes qui n'aident certainement pas à identifier rationnellement le chemin le plus correct. Or, c'est précisément là que les affirmations péremptoires, les directives unilatérales et les exclusions apodictiques de telle ou telle méthode interprétative ont des effets désastreux.

Le souhait nous permet de revenir au point de départ. De retourner à Savigny. C'est à lui que nous devons l'affirmation de l'existence de « eine Wechselwirkung zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung » (« une relation réciproque entre une excellente législation et une excellente interprétation »)<sup>195</sup>. Nous sommes bien conscients que la « excellente législation » semble être devenue une chimère, mais cela ne doit pas être un alibi pour l'interprète. En particulier, face à une législation de moins en moins *trefflich*, l'interprète, et plus précisément le juge, est appelé à opérer avec le plus grand scrupule, pour assurer la tenue du système. Et il doit le faire avant tout en évitant les maximalismes et les idéologismes qui entravent son action : je me suis récemment permis de rappeler que l'*indépendance intérieure*, c'est-à-dire la capacité à garantir l'indépendance vis-à-vis de soi-même, est la plus haute qualité du juge (mais en général de l'interprète des sources normatives)<sup>196</sup>. Et je veux le répéter ici.

Enfin, le retour à la question spécifique de l'originalisme. L'originalisme a été imprudemment qualifié de « doctrine stupide »<sup>197</sup>, mais à mon avis il doit être pris au sérieux. Certes, Kelsen avait déjà critiqué à la base l'appel à la volonté historique du législateur, en déclarant : « Que toute la situation qui découle d'une interprétation perchée sur l'intention présumée du législateur soit très précaire il n'est pas nécessaire de le souligner particulièrement »<sup>198</sup>. Et tout récemment les choses ont encore empiré. La question de l'originalisme a pris une tournure ouvertement idéologique, puisque cette doctrine a été brandie comme une véritable arme par les juristes conservateurs américains, qui l'ont utilisée pour délégitimer toute lecture « progressiste » de la Constitution. En fait, l'originalisme américain est souvent fondé non seulement sur une doctrine spécifique de l'interprétation, mais aussi sur un récit concernant l'expérience constitutionnelle américaine qui s'oppose au récit libéral. Pour ces derniers, la tradition constitutionnelle américaine, c'est « droits et égalité » ; pour le premier, c'est « *self-government by a virtuous people deliberating under*

<sup>195</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 216.

<sup>196</sup> M. LUCIANI, *L'indipendenza del giudice e le sue condizioni*, in *Cultura costituzionale y derecho viviente – escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Lima, Tribunal Constitucional – Centro de estudios constitucionales, 2021, t. II, 1597 ss.

<sup>197</sup> M. BIGNAMI, *Introduzione. La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, in *Questione giustizia*, n° 4/2020, 8.

<sup>198</sup> H. KELSEN, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschr. für schweiz. Recht* (N.F.), XLII (1923-1924), 173 ss., trad. it. par C. Geraci, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1981, 41.

*God* »<sup>199</sup>. Exactement la tradition ainsi conçue aurait été modifiée, sinon renversée, seulement de nombreuses années après l'entrée en vigueur de la Constitution et seulement avec le *Gettysburg address* de Lincoln<sup>200</sup>. L'originalisme juridique américain (qui est précisément d'obédience conservatrice) utilise cette reconstruction historique car il a besoin d'interpréter la Constitution « selon l'intention des Pères fondateurs » reconstruite précisément dans cette perspective. La controverse contre la *judicial prevarication*<sup>201</sup> est à lire, aux États-Unis, exactement dans cette clé.

A regarder les choses avec attention, cependant, l'originalisme résulte en soi, en réalité, idéologiquement tout à fait adiaaphore<sup>202</sup> : l'originalisme états-unien est conservateur parce que la Constitution USA, conçue en 1787, ne connaît pas et ne contemple pas la particulière dimension juridico-constitutionnelle dans laquelle, au XXème siècle, l'État social aurait su se développer ; l'originalisme italien est progressiste parce que la Constitution italienne est beaucoup plus avancée que la réalité politico-sociale qu'elle a été et qu'elle est appelée à gouverner. En somme, le signe idéologique de l'originalisme dépend du signe idéologique de la constitution à laquelle il s'applique. Par conséquent, la discussion théorique qui le concerne, j'insiste, devrait absolument être débarrassée de cette hypothèque idéologique.

Laissant donc de côté les idéologismes, il me semble, en résumé<sup>203</sup>, que : a) dans les constitutions s'établissent des règles du jeu, qui sont fixées « hier pour aujourd'hui », de sorte qu'il appartient à l'interprète de conserver leur essence de valeur, qui définit l'accord (dans les constitutions « compromissaires ») ou la décision unilatérale (dans les constitutions « du vainqueur ») fondatrices de la communauté politique; b) les constitutions « aspirent à l'éternité de l'ordonnement » (la constitution seule, non pas la loi, ambitionne de prescrire les règles du jeu d'un ordre qui vivra comme tel uniquement parce que et jusqu'à ce que ces règles, dictées par *cette* constitution, dans son identité matérielle spécifique, dureront), de sorte qu'elles entendent conserver exactement cette essence de valeur telle qu'elle est déterminée par les contractants ou le décideur; c) par conséquent, le texte de la constitution exige une référence plus ferme à la volonté de l'auteur historique (référence qui ne manque pas, attention, dans l'interprétation de la loi, mais, encore une fois, possède ici une « gradation » différente); d) il ne vaudrait pas objecter que le texte *besteht* et le sujet historique qui l'a voulu *vergeht*<sup>204</sup>, car si une constitution est toujours debout (je veux dire : si elle n'est pas seulement en vigueur, mais est également partagée et possède une véritable force prescriptive) cela dépend du fait que le sujet historique qui l'a faite a correctement interprété les courants profonds de la société, qui subsistent malgré la disparition du *conditor* (dont la volonté reste donc encore significative).

<sup>199</sup> G. W. CAREY, *Preface*, in W. KENDALL – G. W. CAREY, *The Basic Symbols of the American Political Tradition*, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 1995, IX.

<sup>200</sup> G. W. CAREY, *Preface*, cit., XIV. L'on peut lire le *Gettysburg address* en ligne à l'adresse <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>.

<sup>201</sup> A. SCALIA, *Modernity and the Constitution*, in *Constitutional Justice under Old Constitutions*, E. Smith, éd., The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1995, 313.

<sup>202</sup> Analoguement, récemment, L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, que l'on peut lire au Site de l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

<sup>203</sup> Pour une démonstration plus précise je me permets de renvoyer à mon écrit *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n° 1/2013, 1 ss.

<sup>204</sup> Je reprends évidemment, au texte, le *dictum* célèbre (concernant les rapports entre droit administratif et droit constitutionnel) de O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961 (réimp. anast. de la 3<sup>ème</sup> éd., 1924), vol. I, *Vorwort*.



**8.- Traces d'une conclusion.**

Les constitutions opèrent sur le temps. Sur le présent, qui est leur contexte de légitimation initiale ; sur le futur, qui est le domaine de leur intention programmatrice ; sur le passé, qui est l'objet d'un remaniement, dans le but parfois de le dépasser et parfois de le préserver. Le *Verfassungsstreit* voit donc le temps comme le terrain de confrontation et de rencontre entre les forces qui combattent et celles qui soutiennent une constitution déterminée.

La dimension de l'affrontement est aujourd'hui particulièrement mise en évidence face à une opération purement politique comme celle de la « culture » de l'effacement (véritable oxymore : il n'y a pas de culture dans le simple déni de la mémoire ou même de l'histoire). Il s'agit d'une opération d'une radicalité sans précédent, qui non seulement remet en cause des ordres constitutionnels spécifiques, mais entend remettre en question l'ensemble de la civilisation occidentale et la place de l'Europe dans le monde, en utilisant des instruments particulièrement efficaces comme la culpabilisation ou l'appel à l'égalité. Cependant, on ne comprend pas pourquoi la culpabilisation, à supposer qu'elle ait un sens dans le domaine de l'histoire, devrait être unidirectionnelle et ne mettre en évidence que les horreurs de la civilisation occidentale et non celles des autres (qui ne manquent certainement pas). Nous ne comprenons pas non plus ce qu'une « culture » qui touche la surface des phénomènes sans en toucher les racines (notamment les inégalités éducatives et distributives, résultant d'un système économique-social profondément injuste) a à voir avec l'égalité.

La perspective d'enrichir, et non d'appauvrir, l'appareil mémoriel des communautés politiques, qui est cohérente avec la logique du pluralisme typique des constitutions du XXe siècle, serait différente : une plus grande valorisation des contributions des femmes à sa construction, par exemple, pourrait se faire par addition, certainement pas par soustraction<sup>205</sup>. Cette même addition n'est toutefois pas sans risque, comme le montre l'inflation des journées commémoratives, qui, d'une part, affaiblit le sens même de la mémoire collective et, d'autre part, augmente la probabilité de division, et pas d'intégration.

La question de la soi-disant culture de l'effacement n'est certainement pas la seule intéressante au point de vue du droit constitutionnel, mais elle est la plus urgente et la plus délicate. Face à des minorités de plus en plus agressives et *demanding*, il y a une majorité en grave crise d'identité, qui a perdu la plupart de ses repères (politico-partisans, syndicaux, religieux, etc.) et qui subit passivement la tentative d'instillation d'une pseudo-culpabilité historique provenant de ces minorités, réagissant soit en cédant à toute prétention de revendication, soit en fuyant dans les mémoires désormais opaques du passé et dans les tentations autoritaires et césaristes. Si nous ne voulons pas la dissolution de nos communautés politiques (les États-Unis continuellement au bord d'une nouvelle guerre civile démontrent la gravité du danger) ou la réalisation de la prophétie spenglerienne de l'avènement d'un nouveau César au moment de la crise de la *Kultur*<sup>206</sup>, la réaction doit être rapide et décidé. Il n'y a pas grand-chose à attendre de la misérable politique actuelle. Mais qui sait ce que l'on peut attendre de la classe des intellectuels, considéré qu'on a des raisons bien fondées de

<sup>205</sup> Le cas récent d'une statue érigée en la mémoire de Margherita Hack a été analysé par A. MASTROMARINO, *Anche la memoria pubblica ha genere*, in *Diritti comparati*, 22 juin 2022.

<sup>206</sup> Comme j'ai cherché de démontrer dans mon *Bonapartismo, oggi?*, in *Teoria politica*, n° 9/2019, 139 ss., lire les pages de Spengler donne des frissons aujourd'hui plus encore qu'à l'époque où elles ont été écrites. Seule la modestie embarrassante des prétendus Césars tempère (sans l'effacer) le sentiment de catastrophe politique imminente qu'elles nourrissent.

douter de leur volonté et de leur capacité à respecter cette obligation de « vérité » que Julien Benda avait énoncée il y a presque cent ans<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> J. BENDA, *La trahison des clercs*, Paris, Grasset, 2003 – 1<sup>ère</sup> éd. 1927 –, *Préface* à l'éd. 1946 : « les hommes dont la fonction est de défendre les valeurs éternelles et désintéressées, comme la justice et la raison, et que j'appelle les clercs, ont trahi cette fonction au profit d'intérêts pratiques ». Nonobstant la stature de ses critiques, les contestations qu'à Benda ont opposé Gramsci (A. GRAMSCI, *Quaderni dal Carcere*, Quaderno III – XX –, § 2: « Benda, comme Croce, examine la question des intellectuels en faisant abstraction de la situation de classe des intellectuelles eux-mêmes et de le leur fonction ») e par Nizan (P. NIZAN, *Les chiens de garde*, Paris, Maspero, 1965 – 1<sup>ère</sup> éd. 1932 –, 23 : « Il serait temps enfin de renoncer à la vieille croyance au retranchement, à l'éloignement des philosophes s'endormant au milieu du calme plat de leurs contemplations ») ne m'ont jamais convaincu : si un intellectuel n'avait pas un devoir de vérité qu'est-ce qui lui permettrait de se faire nommer ainsi ?

## L'histoire de la Constitution du Japon

Mamiko UENO, Professeur émérite de l'université  
Chuo

### Introduction

La Constitution du Japon mise en vigueur de 1947 est accompagnée d'un acte impérial de promulgation connu sous le nom de *Jōyu*. Cet instrument, qui permit l'entrée en vigueur de la Constitution du Japon, ne fait cependant pas parti de celle-ci. Son contenu est également limité à permettre l'entrée en vigueur de la Constitution. La présence du *Jōyu* lors du processus d'adoption de la Constitution constitue néanmoins une caractéristique originale des modalités d'élaboration de celle-ci.

Le recours au *Jōyu* lors de l'adoption de la Constitution est en conformité avec l'article 3 d'un Arrêté de l'Empereur Meiji de 1907 qui précise les modalités d'amendement de la Charte Meiji conformément à l'article 73 de celle-ci, procédure retenue pour l'adoption de la nouvelle Constitution. Aux termes de l'article 3 de cet arrêté impérial : "les révisions apportées à la Charte Meiji s'effectuent sous la supervision de l'Empereur." Cet arrêté fut abrogé par l'entrée en vigueur de la Constitution présente. Cependant, alors que la première partie du *Jōyu* indique que la Constitution procède du consensus – c'est-à-dire de la volonté – populaire, sa seconde partie précise qu'il s'agit d'une révision de la Charte Meiji consentie par l'Empereur, et donc que la décision finale est prise par l'Empereur. Si la première partie laisse à penser que l'autorité compétente pour adopter la Constitution est le peuple, la seconde, en revanche, affirme à cette fin la compétence de l'Empereur tout en présentant la Constitution comme consentie et promulguée par celui-ci, ce qui l'inscrit dans la continuité de la Charte Meiji. Il y a ainsi une contradiction certaine entre ces deux parties, contradiction qui constitue l'une des particularités de l'adoption de la Constitution du Japon. À propos, le concept de révision de la Constitution recouvre les amendements, additions, ou suppressions apportés au texte sans altération de ses principes fondamentaux. L'attribution de la souveraineté au peuple en lieu et place de l'Empereur, jusqu'alors seul souverain et dieu vivant aux termes de la Charte Meiji, est un

changement majeur introduit par la Constitution du Japon qui excède les limites du concept de révision. La Constitution fut cependant formellement adoptée comme une révision de la Charte Meiji. Il y a là un mystère qui mérite d' être élucidé.

#### . Acceptation de la Déclaration de Potsdam

L' impulsion directe pour l' adoption de la nouvelle Constitution du Japon fut la déclaration de Potsdam du 26 Juillet 1945 qui suivit la défaite japonaise lors de la seconde guerre mondiale. Cette déclaration demandait la capitulation inconditionnelle du Japon, ainsi que le désarmement des forces japonaises, la sanction des criminels de guerre, l' encouragement du renforcement et de la restauration des tendances démocratiques, le respect des droits fondamentaux, en particulier des libertés d' opinion et de religion, ainsi que l' établissement d' une force d' occupation alliée censée se retirer « lorsqu' un gouvernement responsable et pacifique sera établi en accord avec la volonté librement exprimée du peuple japonais ».

Bien que le bombardement des villes de Hiroshima et Nagasaki les 6 et 9 Août au moyen de l' arme nucléaire, ainsi que l' entrée en guerre de l' Union Soviétique, eussent contraint le Japon à accepter la défaite, la partie japonaise demeurait préoccupée par l' impact de l' acceptation de la déclaration de Potsdam sur le maintien du *Kokutai* (organisation fondamentale de l' Empereur). Les principes fondamentaux du système impérial, qui figurent aux articles 1 et 4 de la Charte Meiji, définissent l' organisation de la nation à cette époque. On peut penser que cela inclue le principe que : « le régime politique national repose sur une dynastie impériale ininterrompue qui règne et possède la souveraineté absolue ». Pour la partie japonaise, le maintien du *Kokutai* basé sur le *Shinken Tennō* (empereur d' essence divine) était une condition absolue. A cet égard, le gouvernement japonais déclara le 10 Août 1945 lors de l' acceptation de la déclaration de Potsdam que : « le gouvernement accepte la déclaration étant entendu qu' aucun changement ne sera apporté aux prérogatives impériales en matière de gouvernance nationale ». Les puissances alliées répondirent que : « la forme finale du gouvernement du Japon sera, en accord avec la déclaration de Potsdam, décidée par la volonté librement exprimée du peuple japonais ». On considère aujourd' hui que le gouvernement

japonais accepta la déclaration de Potsdam sur la base de cette concession. La demande des alliés consistait en ce que la détermination de « la forme finale du gouvernement japonais », c'est-à-dire la détermination de la Constitution, découle de la « volonté du peuple ». On peut donc penser que l'acceptation de la déclaration de Potsdam aboutit à l'abandon du système du *Shinken Tennō*. A ce point, la souveraineté, donc le pouvoir constituant, fut transférée de l'Empereur au peuple.

Ainsi, le *Jōyu* qui accompagne la Constitution indique que celle-ci fut, essentiellement, adoptée par le peuple, mais emprunte pour son adoption les formes et procédures d'une révision de la Charte Meiji décidée par l'Empereur. Cependant, bien que prenant la forme d'une révision de la Charte Meiji, la Constitution japonaise a été effectivement adoptée sur la base de la volonté populaire.

#### . L'Élaboration de la Constitution du Japon

Le processus d'élaboration de la nouvelle Constitution du Japon peut se diviser en deux étapes : la première étape consiste en la rédaction du projet de constitution par le gouvernement japonais. MacArthur, le commandant en chef suprême des forces alliées au Japon (General Headquarters ; ci-après GHQ), il rédigea lui-même le projet de la Constitution, c'est la seconde étape concerne la suite du processus d'adoption. Le GHQ était une agence des forces alliées créée afin de mettre en œuvre la déclaration de Potsdam, elle-même placée sous la supervision de la Commission d'Extrême Orient composée de la Chine, de l'Union Soviétique, du Royaume-Uni, de la France et des États-Unis. La mission du GHQ était de mettre en œuvre la politique d'occupation du Japon décidée par la Commission d'Extrême Orient. En pratique, la plupart des membres du GHQ étaient américains, et l'agence se conformait de fait aux instructions du gouvernement des États-Unis. Les modalités d'occupation du Japon retenues par le GHQ différaient de celles mises en œuvre en Allemagne et s'avéraient plus indirectes : le gouvernement japonais était formellement maintenu tandis que le GHQ élaborait les politiques publiques.

En Octobre 1945, MacArthur informa Kijūrō Shidehara, alors premier ministre, de la nécessité d'une réforme de Charte Meiji. La première politique américaine après la capitulation japonaise fut annoncée le 22 Septembre. Celle-ci définit les politiques de base dans les domaines

militaire, agricole et économique. L'objectif est « d'éviter que le Japon ne devienne à nouveau une menace pour les États-Unis et la paix mondiale ». Les tâches principales sont le désarmement et la démilitarisation. Bien que d'une manière indirecte, la politique d'occupation menée par le GHQ est à l'origine d'un certain nombre de mesures imposées au gouvernement japonais, parmi lesquelles figurent l'abolition des restrictions affectant la liberté de la presse, la liberté d'expression, ainsi que les droits fondamentaux. De plus, le gouvernement du séparer l'état de la religion shinto, jusque-là protégée en tant que religion d'état politiquement influente et au service du gouvernement impérial théocratique.

Le premier ministre Shidehara répondit à cette injonction de réforme de la Charte Meiji par la création d'une Commission d'Enquête sur les Problèmes Constitutionnels présidée par le ministre d'état Jōji Matsumoto. Cette commission confirma les quatre principes auxquels la réforme devra se conformer (les 4 principes de Matsumoto). L'Empereur gouverne d'un pays japonais. Les compétences du parlement seront étendues à de nouveaux domaines, mais le principe de la souveraineté de l'Empereur établi dans la Charte Meiji sera conservé. Bien que ceci qui résulte en la limitation des prérogatives impériales, le système de la Charte Meiji ne s'en trouve pas fondamentalement modifié. Un projet de réforme de la Charte Meiji en ce sens fut soumis à MacArthur le 8 Février 1946, mais fut rejeté par le GHQ car trop conservateur du *Kokutai*. Le GHQ considéra que le projet de Constitution japonais n'était qu'une réécriture de la Charte impériale et ne se conformait donc pas du tout aux conditions fixées par la déclaration de Potsdam.

MacArthur avait déjà été informé par la presse que le Japon n'avait pas préparé de réforme constitutionnelle substantielle. Il pensa donc que le GHQ n'avait pas le choix et devait préparer un projet de constitution et le présenter au gouvernement japonais. Celui-ci se base sur les « trois principes de MacArthur ». Le 3 Février, ces principes furent proposés à l'organisation spéciale du GHQ en charge de la préparation du projet de Constitution. Le premier des « trois principes de MacArthur » affirme l'approche retenue à l'égard de l'institution impériale. Celle-ci prend la forme d'une monarchie constitutionnelle, d'après ce premier principe qui prévoit que « l'empereur exerce ses pouvoirs et devoirs en accord avec la Constitution et est responsable devant le peuple selon les modalités ci-après définies ». Le deuxième

principe constitue la base de l' article 9 de la Constitution actuelle. Celui-ci indique que « la guerre est abolie en tant que droit souverain de la nation [...] les forces de terre, de mer, et de l' air ainsi que tout autre potentiel de guerre, seront supprimés pour toujours et le droit de belligérance de l' état ne sera pas reconnu ». Le troisième principe consiste en l' abolition du système féodal japonais.

C' est avec surprise que le gouvernement apprit que le GHQ avait préparé un projet de Constitution distinct lorsqu' il vint s' enquérir du projet de réforme soumis le 8 Février. Bien que le gouvernement entrepris de contrecarrer le projet durant les négociations qui s' ensuivirent avec le GHQ, il fut finalement décidé d' annoncer un projet de réforme de la Charte Meiji incorporant les principes de MacArthur comme proposition du gouvernement. C' est en cela que consiste le projet de réforme constitutionnel en date du 6 Mars 1946. Le 20 Juin, sous la supervision du premier ministre Shigeru Yoshida ce projet fut organisé et soumis à l' approbation de la Diète Impériale en tant que proposition de révision de la Charte Impériale. Le projet fut adopté avec quelques amendements le 3 Novembre après les délibérations de rigueur à la Chambre des Représentants et à la Chambre des Pairs et entra en vigueur le 3 Mai 1946.

Dans la première étape, le gouvernement japonais avait prévu de modifier partiellement la Charte Meiji tout en conservant l' institution impériale dans sa forme d' alors, sur la base d' un processus de réflexion interne et indépendant. Ce projet fut entièrement rejeté par le GHQ parce que trop conservateur, et la réaction fut le projet MacArthur présenté le 13 Février. L' étape suivante est celle d' une proposition gouvernementale basée sur ce projet. D' aucuns supposent que MacArthur voulait obtenir des résultats avant que la Commission de l' Extrême Orient ne prenne ses fonctions. Il n' en demeure pas moins que les événements qui présidèrent à l' adoption de la Constitution du Japon lui vaut le qualificatif de « constitution imposée » par le GHQ par un nombre non négligeable de conservateurs.

de Constitution imposée par GHQ par un nombre non négligeable de conservatoires encore.





## Constitution Koweïtienne, Histoire et Mémoire

Les vécus influencent les positions de l'individu et également la société humaine. La préparation d'une constitution n'échappe pas à cette réalité car le contenu de la constitution sera influencé par les expériences vécues de la société humaine, entre autres influences bien entendu, telles que les solutions pratiquées par les autres sociétés concernant des questions semblables. Le contenu de la constitution koweïtienne en vigueur est influencé par les expériences de droit comparé et également par les racines historiques de la société koweïtienne, certaines de ces dispositions émanent des expériences constitutionnelles du passé d'une façon directe. Sa position concernant certains domaines d'organisation du pouvoir est liée aux expériences du passé d'une façon globale. Il est donc logique d'exposer le passé pour voir dans quelle mesure il a influencé le présent. Après avoir fait l'exposé de ce sujet, nous allons faire un arrêt devant la seconde partie de notre table ronde ; la mémoire.

### A - Le Passé :

La constitution de l'entité politique qui va devenir l'État du Koweït peut être liée au choix, fait par la population, du premier émir de la dynastie al Sabah, Sabah Ier en 1756.

Une vague de tribus alliées a choisi le Koweït comme destination finale ; ils ont choisi Sabah Ier comme émir pour gérer les affaires de la nouvelle société. À son décès, son fils a été choisi comme Émir ; depuis ce choix, l'émir est toujours parmi les descendants de Sabah Ier, ainsi est née une règle constitutionnelle non écrite. Jusqu'à la promulgation de la constitution actuelle le 11 novembre 1962, plusieurs événements marquants les questions relatives à la constitutionnalité se sont produits.

### 1 - Une constitution coutumière :

Jusqu'en 1896, des règles coutumières gèrent le choix de l'émir et la façon dont il exerce le pouvoir. Au décès de l'émir, la famille al Sabah propose le nom du futur émir<sup>1</sup>.

Pour que l'émir exerce le pouvoir, il doit être le sujet de la (بيعة), c'est l'approbation de son accès au pouvoir donnée par les notables et les chefs des familles. Du fait que les chefs des familles lui aient prêté allégeance, cela lui impose l'obligation de ne pas prendre de décisions sans consulter au préalable la communauté pour avoir son accord<sup>2</sup> et en contrepartie celle-ci s'engage à lui prêter aide et fidélité. Le contenu de ces règles constitutionnelles représente l'essentiel de ce qui fait une constitution ; la désignation de celui qui gouverne et la manière selon laquelle il doit gouverner. Pendant cette période, on n'a pas remarqué l'existence d'un pouvoir législatif, car les règles juridiques étaient soit des règles coutumières, soit des règles émanant de la charia islamique concernant l'état civil des individus, spécialement les mariages et les héritages. Les documents historiques ne nous rapportent pas de cas où les lois pénales islamiques étaient appliquées au Koweït. Durant cette période, les habitants du Koweït, tout comme ceux des autres villes/États de la péninsule arabique étaient assujettis aux pouvoirs de leurs émirs respectifs. Tandis que les diverses tribus peuplant le désert étaient rattachées à telle ou telle ville du fait de leur allégeance à un émir en particulier, l'émir du Koweït gérait d'une façon indépendante les affaires de la ville et ses alentours. Il reconnaît le calife ottoman comme le chef des musulmans sans pour autant que l'État ottoman ne se mêle directement de la gestion des affaires au Koweït. Les règles de la constitution coutumière furent d'usage jusqu'en 1896.

## 2 - L'accession de Mubarak au pouvoir :

Après le décès de Abdallah II, le cinquième émir de dynastie Al Sabah en 1892, son frère Mohammed Ier a été choisi comme émir selon les

---

<sup>1</sup> Le choix du prince héritier et son rôle ne furent pas organisés par des règles claires avant la promulgation de l'actuelle constitution. Le contenu du document élaboré par le peuple en 1921 et remis à la famille Al Sabah, nous conduit à déduire que l'usage suivi auparavant en la matière était une collaboration entre la population, représentée par les notables, et la famille Al Sabah.

<sup>2</sup> La pratique de la Choura au Koweït à l'époque n'avait pas une forme précise, et elle n'est pas une simple consultation.

règles constitutionnelles coutumières en usage. Mubarak qui se sentait mis à l'écart par son frère Mohammed Ier au profit de leur frère Jarrah a décidé d'exterminer ses deux derniers et de se déclarer émir. Ce coup d'État a secoué les règles de la constitution coutumière et il a conduit à une modification notable du statut du Koweït sur la scène régionale et internationale.

a - L'accord de 1899 , la protection britannique :

Les proches des deux frères, Mohammed Ier et Jarrah, ont essayé de venger leurs morts avec l'aide des autorités ottomanes. La position géographique du Koweït est devenue importante entre-temps du fait d'un projet de chemin de fer. Celui-ci devait relier Berlin au Gulf Arabique et il devait s'arrêter à Qadema au Koweït en traversant l'Iraq. Ce plan fut proposé par l'Allemagne, une proposition similaire est formulée par les Russes. Le moment était opportun pour les autorités ottomanes pour mettre le Koweït sous une gestion directe. Mubarak a pris contact avec le représentant du gouvernement anglais dans le Gulf, ce contact a conduit vers la signature de l'accord de 1899. L'accord précise que Mubarak, et ses descendants, ne devraient pas accepter la présence d'une autre puissance étrangère au Koweït sans le consentement du gouvernement anglais. Le texte de l'accord ne précise pas les obligations des Anglais. La protection, comme obligation en contrepartie, était pratiquement déclarée quand l'autorité ottomane a envoyé un navire de guerre au Koweït pour demander à Mubarak d'abdiquer et pour que le Koweït soit directement géré par l'administration ottomane. La marine militaire anglaise est intervenue pour déclarer que le Koweït est sous protection anglaise. Plusieurs accords et déclarations ont suivi l'accord de 1899, la déclaration de 1903 nous intéresse particulièrement, selon cette déclaration la Grande-Bretagne s'engage à garantir la continuité au poste d'émir pour les descendants de Mubarak. La manière selon laquelle Mubarak a pris le pouvoir va affecter les règles constitutionnelles auparavant suivies.

b - Les conséquences du coup d'État:

Après s'être déclaré émir, Mubarak a convoqué les notables pour leur demander de lui prêter allégeance selon la pratique suivie, en précisant, que ce qui s'est passé est la volonté de Dieu. Les chefs des familles ont jugé opportun d'accepter le fait accompli. Les ambitions de Mubarak

l'ont conduit à essayer de s'emparer des terrains sous l'autorité de Ibn Rashid, le gouverneur de Hayel, ainsi que l'allié des Ottomans. Il ne prêtait plus attention aux pratiques de la Choura puisqu'il prenait ses décisions sans se soucier de l'opinion des chefs de familles au Koweït. Il a augmenté les impôts pour financer ses nombreux raids militaires. Quand les grands commerçants ont protesté contre ces pratiques, il a violemment réagi à leur rencontre. En conséquence, ils ont quitté le Koweït en signe de protestation. Mubarak, après avoir mesuré les graves retombées économiques de leurs départs, a décidé de rencontrer certains d'entre eux pour les inviter à revenir au pays. Et c'est ainsi que s'est déroulé le premier mouvement d'opposition important au Koweït.

### 3 - Le document constitutionnel de 1921 :

Après le décès de Mubarak en 1916, son fils Jaber a été choisi comme émir. Après le décès de celui-ci, la responsabilité d'émir revint à son frère Salem. Ces deux émirs sont revenus vers la pratique de la Choura existante avant leur père Mubarak. Après l'annonce du décès du Cheikh Salem, un document signé par certains chefs de famille fut présenté à la famille al Sabah, celui-ci contenait cinq articles et une introduction qui précisait que ces revendications représentent leurs volontés et qu'ils s'engagent à les réaliser ;

- La restauration des règles de prises de pouvoirs dans la famille al Sabah pour qu'il n'y ait pas de désaccord quant à la désignation de l'Émir.
- Les candidats au poste d'émir sont les Cheikh Ahmad Al-Jaber, Cheikh Hamad al-Mubarak et Cheikh Abdallah al-Salem.
- Si la famille s'accorde pour choisir l'un de ces candidats, la décision sera transmise au gouvernement (anglais).
- Celui qui est désigné devient président du conseil de la Choura.
- Il sera élu parmi la famille al Sabah et la population, un conseil pour gérer les affaires du pays en se basant sur les règles de justice et d'équité.

Visiblement on est devant une réaction aux événements survenus à l'époque de Mubarak. Le texte présenté par la population traite les deux questions essentielles d'une constitution ; la manière dont est désigné

le gouverneur (les trois premiers articles) et la façon dont un gouverneur doit gouverner<sup>3</sup>.

La lecture des deux derniers articles nous conduit à déduire que le principe de la séparation des pouvoirs n'était pas à l'ordre du jour. On est probablement devant l'ancienne Choura avec une organisation nouvelle, puisque la formule spontanée à l'ancienne a échoué à l'époque de Mubarak.

Ahmed al-Jaber, qui a été choisi comme émir, a décidé de nommer un conseil de la Choura, parmi la population uniquement. Ce conseil n'avait pas d'attributions précises, visiblement c'était un conseil purement consultatif. Les membres du conseil n'ont pas assisté avec assiduité aux séances de ce conseil et il s'est pratiquement auto-dissous.

#### 4 - Conseils administratifs :

Par suite de l'échec de l'expérience du Conseil de la Choura, on a remarqué que l'idée de la représentation de la population à travers des organes politiques a été remplacée par des organes administratifs, à savoir le conseil municipal et des conseils d'administrations des services publics.

##### a - Conseil Municipal :

En 1932, la loi concernant la municipalité du Koweït a été promulguée par l'Émir, c'est ainsi que le Koweït a vécu sa première expérience législative formelle. La façon dont l'élection de ce conseil est organisée par cette loi nous intéresse particulièrement ;

Selon le deuxième article de cette loi, les membres sont élus par les notables qui sont les commerçants, les savants, et ceux qui ont l'habilité de connaître la valeur des hommes.

Le manque d'un registre d'électeurs a conduit à l'établir par une commission ad hoc composée avant les élections. Cette commission composée de trois notables respectés a établi une liste d'environ 250 électeurs<sup>4</sup>. Il y avait douze sièges à pourvoir, mais chaque électeur avait le droit de choisir six

---

<sup>3</sup> Le Koweït de l'entité politique à l'État, Mohammad ALFILI, Al Arabi, Avril 2011. N. 627, Koweït. <https://alarabi.nccal.gov.kw/Home/Article/2440>

<sup>4</sup> Le régime constitutionnel et les institutions politiques au Koweït, Othman Abdel Malek, p.72 et suivantes, Koweït, 1989.

candidats seulement<sup>5</sup>. Le modèle électoral pratique pour l'élection du Conseil municipal va être suivi pour les élections des divers conseils administratifs et politiques jusqu'à l'indépendance.

Selon ladite loi, il y a une seule municipalité qui couvre la ville du Koweït, les autres agglomérations n'étant pas mentionnées.

#### b - Les conseils d'administration des services publics :

Sur proposition des notables certains services publics ont été organisés. En 1936, trois administrations ont été créées ; l'éducation<sup>6</sup>, la santé publique et les biens de mainmorte. Les deux premiers sont financés par des prélèvements sur les importations des commerces. Les administrations de ces services publics sont constituées d'un organe exécutif présidé par un directeur et un conseil d'administration élu selon le même mode d'élection pratiqué au conseil municipal, et un président de la famille Al Sabah nommé par l'émir. Ce mode qui paraît à première vue atypique, trouve à notre avis, son explication à travers deux faits ; 1) l'absence d'une représentation politique qui contrôle les activités administrative, 2) ces deux services sont financés par un prélèvement spécifique aux activités du commerce, il est donc normal que le contribuable supervise les activités qu'il a financé.

L'absence d'un organe politique représentatif va durer jusqu'en 1938.

#### 5 - Assemblée nationale législative et constitution de 1938 :

En 1938, un mouvement de protestation qui a été organisé par des jeunes nationalistes et a été soutenu par les commerçants. L'émir a trouvé opportun d'organiser une élection pour élire un conseil de nature politique. L'élection a été organisée selon les règles qui ont été suivies auparavant pour élire les membres du conseil municipal et du conseil administratif. Trois-cent vingt électeurs ont été désignés pour choisir

---

<sup>5</sup> Cette pratique est probablement liée au fait que la ville se compose de deux parties (Charque et Gelblat), ainsi les sièges ne vont pas basculer totalement au profit d'un de deux quartiers.

<sup>6</sup> Avant 1911 l'enseignement se pratique à l'ancienne. En 1911, par l'initiative des notables éclairés la première école moderne fut instituée, elle a été financée par des donations privées et par des contributions des familles des étudiants. En 1936 elle est annexée à l'administration de l'éducation.

quatorze membres. Abdallah al-Salem, qui est le cousin de l'émir Ahmad al-Jaber, est considéré comme futur émir<sup>7</sup>; il a été choisi comme président de cet organe élu appelée Assemblée Nationale Législative. Durant la première réunion de cette assemblée, un texte a été voté pour déterminer les compétences de cette assemblée. Le texte a été envoyé à l'émir pour sa promulgation, il a fait savoir aux membres du Conseil qu'il n'est pas contre le principe de l'existence d'un tel texte, mais qu'il ne trouve pas le moment présent opportun pour sa promulgation. La réponse des membres a fait référence à l'engagement de l'émir qu'il n'a pas tenu par le passé, à savoir ses engagements de 1921. Le texte proposé fut promulgué, il est aujourd'hui connu comme la constitution de 1938. L'assemblée en question a vécu seulement six mois.

#### a - La constitution de 1938 :

Le premier article de ce texte précise que la nation est la source des pouvoirs et elle est également représentée par les députés élus.

Le deuxième article dresse une longue liste des domaines concernant lesquels l'Assemblée Nationale légifère, mais à la fin de l'article il est précisé que la liste n'est pas exhaustive<sup>8</sup>.

Le troisième article précise que l'Assemblée est dorénavant compétente concernant tout accord international.

Dans le quatrième article, l'Assemblée constate l'inexistence d'une Cour d'Appel, elle s'octroie ce rôle en attendant la création de cette cour.

---

<sup>7</sup> C'est le second candidat selon la lettre adressée à la famille al Sabah par la population en 1921. La nomination d'un membre de la famille Al Sabah, comme président du conseil, était pratiquée dans les conseils administratifs.

<sup>8</sup> Mr. Al-Adsani a relaté dans ses mémoires (Demi-année de gouvernement représentatif, p.12, publiées à Beyrouth la première fois en 1947) que la longue rédaction de cet article était voulue par Cheikh Youssef ben Issa, membre influent de l'Assemblée Nationale Législative. La raison de cette rédaction peu habituelle est probablement la clarification aux membres l'étendue de leurs compétences législatives, car ils n'ont pas cette expérience. Les mémoires intégrales en question furent publiées en détail après le décès de l'auteur.

<http://taqadomi.com/wp-content/uploads/downloads/2011/06/%D9%85%D8%B0%D9%83%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%AE%D8%A7%D9%84%D8%AF-%D8%B3%D9%84%D9%8A%D9%85%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%AF%D8%B3%D8%A7%D9%86%D9%8A.pdf>.

Le cinquième article stipule que le président de l'Assemblée représente le pouvoir exécutif au pays.

Bien que le texte de cette constitution soit extrêmement court et qu'il ne traite pas certains sujets tels que le mode de désignation de l'émir, elle reste une constitution avant-gardiste par rapport au contexte du lieu et du temps. Sa position concernant les relations entre les pouvoirs se rapproche curieusement au régime du gouvernement d'assemblée. L'auteur du rapport a contacté certaines personnes en relation avec l'événement pour savoir si les théories des relations des pouvoirs été connues par les personnes qui ont élaboré ce texte. La réponse était négative. Vraisemblablement, on est devant une réaction au non-respect de la proposition de 1921. Les deux textes se ressemblent en termes de structure et sont différents dans leurs détails ;

Selon le cinquième alinéa du document de 1921, le conseil élu en question gère les affaires du pays en se basant sur les règles de justice et d'équité. En 1938, l'organe élu gère les affaires du pays grâce à ses compétences énumérées par les articles deux à cinq. Donc, la constitution de 1938 a traduit la phrase "gérer les affaires du pays" mentionnée par le document de 1921.

En 1921, l'émir était disposé à présider le conseil qui devait gérer les affaires du pays.

En 1938, ce rôle est destiné à Abdallah al-Salem qui était considéré comme le futur émir. Bien entendu, le texte de 1938 contient d'avantages de détails par rapport à celui de 1921.

#### b - L'Assemblée Nationale Législative, vie et mort :

Pour les observateurs, cette assemblée reflète un conflit entre les familles commerçantes qui ont en réalité financé une partie importante des activités administratives du gouvernement. Elles demandent un rôle plus important dans la gestion du pays et des garanties pour que le scénario de Mubarak ne se répète pas. L'assemblée législative étant donné l'étendue de ces compétences est rentrée en conflit avec l'émir et les Anglais. En 1938, les travaux d'exploration du pétrole avaient pris de l'avance. Le régime électoral selon lequel a été élue cette assemblée laisse une part importante de la population en dehors de ces enjeux. La fin de cette assemblée n'a pas tardé à arriver puisqu'elle fut dissoute par l'émir. Les contestations menées par les proches de cette assemblée ont été réprimées, l'émir s'appuyant sur les soutiens d'une couche de la



population qui s'était sentie mise à l'écart ainsi que des forces tribales. La plupart des membres de l'Assemblée Nationale Législative ont été mis en prison.

L'éclatement de la guerre mondiale a affecté négativement le rôle des familles commerçantes. Le commerce avec l'Inde est devenu difficile et le marché des perles est devenu moins rentable.

#### 6 - Le pétrole, l'enfantement d'un État moderne :

Les puits de pétrole ont été condamnés en 1939 pour ne pas attirer l'attention des Allemands. En 1946, l'exploitation commerciale du pétrole a débuté. Les revenus pétroliers sont devenus les sources les plus importantes des dépenses publiques. La diminution du rôle des impôts dans le financement des services publics a conduit à annuler le système du conseil d'administration élu. En 1950, Abdallah al-Salem est devenu l'émir, il détenait le pouvoir exécutif et législatif. Un atelier administratif et législatif s'est engagé, une série de loi concernant la nationalité, le statut des étrangers, l'organisation des tribunaux et l'organisation des services publics. Toutes les administrations publiques, qui deviendront ministères, sont présidées par des membres de la famille Al Sabah. Le Koweït a présenté des demandes pour être admis dans des organisations internationales tel que l'Organisation Mondiale de la Santé et l'Organisation Mondiale de l'Aviation Civile. Le 19 juin 1961, le représentant britannique au Koweït a adressé une lettre à l'émir précisant que la Grande-Bretagne trouve que le gouvernement Koweïtien gère réellement les affaires du pays et donc que l'accord de 1899 n'a plus lieu d'être. L'émir a répondu par l'affirmative en acceptant un accord de collaboration entre deux Etats. Les naissances sont normalement accompagnées par des actes de naissances ; la constitution est l'acte de naissance d'un nouvel État comme il est également l'acte de naissance de tout régime politique. Les revendications de Abdel Karim Kacem<sup>9</sup> ont accéléré l'émergence de la constitution actuelle.

---

<sup>9</sup> Abdel Karim Kacem est le premier président de la République en Iraq après l'effondrement de la monarchie hachémite. Il était le chef des putschistes. Après l'annonce de l'annulation de l'accord de 1899, Abdel Karim Kacem a déclaré que cet accord était illicite puisqu'il a été signé par Mubarak qui n'était pas habilité à le faire. Le Koweït devrait donc revenir à l'Irak, puisqu'il en faisait

## 7 - Naissance de la Constitution :

Deux mois après la déclaration de l'indépendance, une commission fut constituée pour préparer l'élaboration de la Constitution. Il est clair que cette future constitution allait avoir la forme d'un pacte. Une assemblée devait être élue, chose qui a été faite à la fin de l'année. Elle est appelée Assemblée Constituante et est composée de vingt membres élus au suffrage universel masculin. Le 6 janvier 1962, une constitution temporaire a été promulguée par l'émir, selon cette constitution l'Assemblée Constituante est composée des membres élus et des ministres. Le gouvernement est composé de onze ministres appartenant à la famille al Sabah et trois ministres choisis parmi les membres élus. Cette assemblée devait se charger de deux tâches ;

1. Élaborer un projet d'une constitution qui devait être soumise à l'approbation de l'émir, le projet devait être présenté un an au plus tard.
2. Remplir les fonctions d'un parlement<sup>10</sup>.

Plusieurs commissions ont été élues au sein de cette assemblée, la dernière en date à être élue, c'est la commission de la constitution<sup>11</sup>. Cette commission est composée de cinq membres :

---

partie à l'époque des Ottomans. A cette annonce, les Koweïtiens ont demandé aux Anglais ainsi qu'aux pays Arabes d'intervenir d'une façon préventive pour soutenir la petite armée du Koweït. L'alliance de Kacem et du Parti Communiste en Irak explique le veto émis par l'Union Soviétique à la demande du Koweït pour l'adhésion aux Nations Unis en 1961 après l'annulation du traité de protection de 1899. Une deuxième demande d'adhésion a été présentée en 1963 sans un veto des Soviétiques.

<sup>10</sup> Les membres élus n'ont pas la possibilité de présenter des projets de loi, mais en discutant le projet présenté par le gouvernement ils peuvent suggérer des modifications. Quant au contrôle de l'activité gouvernementale, ils n'ont pas la possibilité d'engager la responsabilité politique du gouvernement. Il reste un parlement "temporaire" et son existence n'est pas uniquement dédiée aux fonctions du gouvernement, il doit élaborer le projet de la constitution.

<sup>11</sup> Ali al-Redouane, secrétaire de l'Assemblée Constituante affirme que la composition de cette commission a été sujette de longues discussions dans les coulisses politiques. Elle devait représenter toutes les forces politiques, y compris al Sabah. Interview faite par l'auteur avec Ali al-Redouane, Secrétaire de l'Assemblée Constituante, Journal al-Qabas, 14, 15 et 16 juin 2009.

Mohammed Thanayane al-Ghanim, président de l'Assemblée Constituante et membre de l'Assemblée Nationale Législative de 1938. Humood Zaid al-Khaled, ministre de la Justice, membre élu à l'Assemblée Constituante et considéré comme proche de la Chambre du Commerce.

Saad al-Abdallah al Sabah, ministre de l'Intérieur, il est officieusement choisi par la famille al Sabah, le fils de l'émir.

Ya'koub al-Humaidi, membre élu, proche des nationalistes arabes, progressiste.

Saud al-Abdel Razaq, membre élu, de tendances nationalistes koweïtiennes, conservateur.

Les discussions étaient par moment très tendues. Concernant certaines dispositions les membres ces sont convenue de remettre la question à l'arbitrage de l'émir<sup>12</sup>. Le projet et sa note interprétative ont été présentés pour discussions et adoption par vote devant l'Assemblée Constituante<sup>13</sup>; les deux textes ont été adoptés avec des modifications mineures. Les deux textes ont été remis à l'émir un mois avant la fin du délai prévu selon la constitution temporaire. Selon Mr. Ali al-Redouane, l'émir au moment où les textes lui ont été remis, il a posé au président de l'Assemblée Constituante une question ;

“Est-ce ceci la volonté des Koweïtiens ?” ; le président de l'assemblée lui a répondu que cette constitution est adoptée par une assemblée élue par les Koweïtiens, donc le texte représente leurs volontés. L'émir a répondu “Puisque ceci est le cas, [en se retournant vers Ali al-Redouane<sup>14</sup>, le secrétaire de l'Assemblée Constituante] donne-moi ton stylo, mon fils”. Et c'est ainsi que la constitution du Koweït a été ratifiée.

---

L'interview est reproduit par <https://www.kuwait-history.net/vb/showthread.php?t=3666> .

<sup>12</sup> Le représentant de Al Sabah, le ministre de l'Intérieur, considère que les questions concernant l'héritage de la principauté doivent être organisé par un ordre princier tandis que la majorité des membres pensent que le sujet doit être organisé par une loi pour que les représentants du peuple décident, l'Émir a soutenu l'avis de la majorité.

<sup>13</sup> Les ministres ont décidé de ne pas voter les textes en question pour que le vote soit uniquement populaire, bien qu'ils aient activement participé aux discussions.

<sup>14</sup> Interview avec Mr Ali al-Redouane publiée par al-Qabas auparavant citée.

A travers les choix des constituants durant l'élaboration de la constitution Koweïtienne, l'on peut discerner les influences du passé sur le texte. Une des expressions du lien entre le passé et le présent est visible sur la fameuse photo où l'on voit le président de l'Assemblée Constituante remettre le projet de la constitution à l'Émir ; puisque l'émir Abdallah al-Salem était le président de l'Assemblée Nationale Législative en 1938 tandis que le président de l'Assemblée Constituante en 1962 était membre de l'Assemblée Nationale Législative en 1938, celui-là même qui a élaboré la Constitution de 1938. L'échec de l'expérience de 1938 est, probablement, une des clés importantes pour comprendre les choix qu'on trouve dans la constitution actuelle.

### B - Le présent :

Choisir la méthode contractuelle pour fabriquer la constitution actuelle relève d'un souci lié d'une part au souvenir de l'échec de l'expérience constitutionnelle de 1938, d'une autre part on est devant la continuité de l'association émir et population ; une histoire qui a commencé depuis le choix du premier émir en 1856.

Abdallah al-Salem était conscient que l'échec de l'expérience de 1938 est en partie lié au fait que cette aventure constitutionnelle était menée par une minorité, certes influente, mais une minorité tout de même. Il est normal que les exclus, s'ils ne sont pas hostiles, n'ont pas une motivation pour défendre le régime dont ils sont exclus. C'était une des explications de la défaite facile et rapide du mouvement politique porté par les opposants de 1938. En 1961, il fallait associer le peuple et toutes les forces politiques existantes dans la conception de la nouvelle constitution. On est donc passé par la forme actuelle, une assemblée élue au suffrage universelle<sup>15</sup>. La commission de la constitution a été élue en vue d'une représentation large de toutes les forces politiques existantes à l'époque. Ainsi, cette constitution ne représente pas les solutions souhaitées par une seule partie des participants puisqu'elle est le fruit de compromis. On va retrouver ce compromis à travers plusieurs dispositions de l'actuelle constitution.

---

<sup>15</sup> Les femmes n'étaient pas parmi les électeurs, car à l'époque la participation féminine aux décisions politiques n'était pas à l'ordre du jour.

Le poids de l'Histoire est perceptible à travers plusieurs dispositions et positions de l'actuelle Constitution. Les relations entre les pouvoirs, la loi concernant la succession de l'Émirat, la modification de la constitution et en partie certaines dispositions de la loi électorale ; elles peuvent être présentées comme des exemples de cette influence.

### 1 - Les relations entre les pouvoirs :

M. Othman Abdel Malik al-Saleh qualifie les types de relations entre les pouvoirs adoptés par la constitution du parlementarisme orléaniste<sup>16</sup>. La note interprétative dans sa partie d'explication générale précise que le régime parlementaire classique ne convient pas au Koweït parce qu'il mène à une instabilité politique. Le régime présidentiel, précise la note, ne peut pas être adopté au Koweït car il n'est pas compatible avec un régime monarchique. La solution pragmatique était donc de se lancer du type parlementaire en ajoutant des traits du type présidentieliste<sup>17</sup>. En quoi l'Histoire a modelé ce régime parlementaire à la Koweïtienne ?

#### a - Parlementarisme Koweïtien :

La note interprétative dans sa partie générale énumère des expressions du parlementarisme et du présidentielisme, mais en réalité on est devant un régime parlementaire mais avec des modifications à l'image d'un système où le trône n'est pas un fauteuil vide et les membres de la famille de l'émir, sans se présenter aux élections, peuvent être choisis comme ministre. Les ministres sont choisis parmi les parlementaires et parmi les gens en dehors du parlement sans qu'un pourcentage ne soit déterminé. La non-existence des partis politiques<sup>18</sup> donne à l'émir une

<sup>16</sup> Auparavant citée, page 234 et suivantes.

<sup>17</sup> Durant la troisième séance de la commission de la constitution, le conseiller juridique de la commission a demandé aux membres de lui préciser leur choix à propos des relations entre les pouvoirs, régime présidentiel ou parlementaire ? Après une courte discussion, ils ont demandé au conseiller de leur préparer une note sur chaque régime. Après lecture et discussions, ils ont reconnu que chaque régime représente des avantages et des désavantages, mais ils ne peuvent pas adopter un régime présidentiel vu leurs traditions monarchiques. De là est née l'idée de créer un régime hybride.

<sup>18</sup> L'article 43 de la constitution précise que la création d'associations est une liberté garantie par la constitution. La note interprétative concernant cet article

marge de liberté d'appréciation pour choisir le premier ministre ainsi que les ministres en accord avec le premier ministre. Une pratique s'est stabilisée selon laquelle le premier ministre est toujours nommé parmi les descendants de Mubarak al Sabah. Pour protéger la stabilité de ce gouvernement ;

- I. Le gouvernement doit présenter son programme mais ce programme ne fait pas l'objet d'un vote de confiance, il sera seulement discuté. Le gouvernement n'a pas besoin de la confiance de l'Assemblée à son investiture, sa responsabilité peut être évoquée à l'occasion des activités du gouvernement.
- II. Le premier ministre n'occupe pas un poste ministériel, l'Assemblée ne peut pas engager sa responsabilité politique de la même façon qu'un ministre. Si après une interpellation, une proposition de l'Assemblée Nationale de déclarer la non-possibilité de coopération avec lui et la majorité des membres à l'exception des ministres a adopté cette proposition, l'émir doit soit dissoudre l'Assemblée, soit le limoger. Si l'Assemblée est dissoute à cause de sa décision et la nouvelle assemblée prend la même décision, l'émir ne pourra plus dissoudre l'Assemblée pour cette raison.
- III. Pour que le gouvernement puisse travailler sans le soutien direct d'une majorité parlementaire dont elle est issue<sup>19</sup>, la constitution lui donne une masse équivalente au tiers du parlement puisque les

---

précise que la création de parti politique ne fait pas partie de cette liberté, mais cela ne veut pas dire que la création de partis politiques est interdite, cela est laissé à l'appréciation du législateur ordinaire. Visiblement, une partie des membres de l'Assemblée Constituante ont cru à l'importance des partis politiques pour former un régime parlementaire, mais ils ne représentaient pas la majorité. Ils ont seulement réussi à renvoyer la question aux générations futures. Il faut reconnaître que l'image des partis politiques n'est pas rassurante pour une partie importante de l'opinion publique, à cause des exemples d'excès liés au pouvoir commis par des partis politiques dans certains pays arabes.

<sup>19</sup> Quand la constitution fut élaborée les partis politiques n'existait pas officiellement au Koweït, donc les constituants ont élaboré un système qui fonctionne sans les partis politiques, qui peuvent engendrer une majorité nécessaire pour choisir un premier ministre selon le régime parlementaire, mais qui pourrait tout aussi bien fonctionner avec les partis politiques. Ce régime peut également fonctionner sans l'existence d'une majorité parlementaire et même sans l'existence de partis politiques.

ministres sont membres de droit à l'Assemblée Nationale à condition que leurs nombres ne dépasse pas le tiers des membres du parlement. Le premier ministre a besoin d'une minorité pour que son gouvernement devienne majoritaire.

Quelles sont les sources historiques de ce parlementarisme Koweïtien ?

b - La part de l'Histoire :

L'entité politique au Koweït est liée au partage du pouvoir entre l'émir et le peuple via la consultation dite Choura. La Choura a été altérée par la façon de l'accession de Mubarak au pouvoir. Depuis il y a eu plusieurs essais pour trouver un compromis entre le rôle de l'émir, voire de la famille de l'émir, avec un rôle pour la population. En 1921, la formule a été un conseil élu composé de représentants de la famille al Sabah ainsi que des représentants des autres familles de la ville et présidé par l'émir. Ce conseil devrait gouverner le pays sans se soucier du principe de la séparation des pouvoirs, tout indique que ce principe n'est pas connu par les auteurs du document de 1921. La constitution de 1938, est un autre essai dans le même cadre. Elle vise à l'organisation du partage du pouvoir, mais elle met Abdallah al-Salem à la place d'Ahmed al-Jaber, en réaction au non-respect de ce dernier aux engagements pris selon le document de 1921. L'échec violent<sup>20</sup> de l'expérience de 1938 et l'exportation du pétrole ont affecté les règles de jeu. L'exportation du pétrole a ajouté aux pratiques de cette recherche une nouvelle perspective. La participation populaire dans le financement des services publics a diminué et fut remplacée par les revenus pétroliers. Ce revenu est géré par l'émir. Donc, la période précédant directement l'indépendance été marquée par une omniprésence de l'émir dans la gestion des affaires du pays. Toutes les administrations publiques ont été présidées par des membres de la famille al Sabah représentant l'émir. Le premier gouvernement composé à l'occasion de l'élection de l'Assemblée Constituante s'est dévié de cette pratique. Ce gouvernement contenait trois ministres en dehors de la famille al Sabah, parmi les quatorze ministres le

---

<sup>20</sup> Exécution de deux partisans de l'Assemblée Nationale Législative et l'emprisonnement de la plupart des membres du Conseil a laissé des traces assez importantes dans la mémoire koweïtienne. L'année 1938 est appelée "Année de l'Assemblée" et parfois "Année du Coup d'État".

composant. Ce vécu n'ouvre pas la voie devant un régime parlementaire classique, l'émir et sa famille pèsent lourd sur la scène politique. En même temps, le poids de la participation populaire n'est pas négligeable. Le régime politique appuie sa légitimité sur le consentement populaire. Le système des relations des pouvoirs tel qu'il est choisi par les constituants essaye de réaliser ce compromis. Il a choisi un régime qui peut fonctionner à plusieurs vitesses. Sans les partis politiques, il n'y a pas une majorité durable et homogène, donc l'émir peut choisir son premier ministre selon ses propres critères, il doit seulement consulter certains dignitaires politiques<sup>21</sup>. La constitution des partis politiques par le pouvoir législatif<sup>22</sup> accélère, en principe, le mouvement vers un régime davantage parlementaire. D'ailleurs la note interprétative dans sa partie générale reconnaît que la constitution ouvre la voie devant un écart du régime parlementaire. Elle note également que le rapprochement du régime parlementaire est la situation souhaitable. La réalisation de l'objectif, allant de l'acceptable vers le souhaitable, peut se faire sans modifier la constitution.

La loi concernant la succession à l'Émirat reflète également l'influence de l'Histoire.

## 2 - La succession à l'Émirat :

Logiquement, il existait des règles non-écrites concernant la succession à l'Émirat, mais ces règles ne sont pas clairement définies. La rapidité de la présentation du futur émir au décès de son prédécesseur veut dire que le prince héritier était connu même s'il n'est pas déclaré en tant que tel. La première fois où cette question de la succession fut posée était en 1921. Les trois premiers articles de ce document sont consacrés à

---

<sup>21</sup> La note interprétative de la constitution, concernant l'article 56 dresse une liste non-exhaustive de personnes à consulter ; les présidents de l'Assemblée Nationale, les anciens premiers ministres, les chefs des groupes politiques à l'Assemblée Nationale ou tout autres personnes dont l'émir juge l'utilité de le consulter. En pratique la consultation est exclusivement avec les présidents de l'Assemblée nationale et les anciens premiers ministres.

<sup>22</sup> Plusieurs projets de loi ont été présentés sans qu'une loi soit adoptée. L'image négative des partis politiques pousse à utiliser parfois l'expression "associations politique". Peut-être le tribalisme et le fondement religieux de certains groupements politiques expliquent également l'hésitation des membres de l'Assemblée Nationale a adopté telle proposition.



cette question. Les souvenirs de l'accession de Mubarak au pouvoir avec ces conséquences rendaient l'organisation de la question primordiale pour la stabilité politique de la société. Le contenu dudit document laisse à penser qu'auparavant le choix de l'héritier n'était pas uniquement une affaire familiale. Ahmed al-Jaber fut choisi comme émir parmi les trois candidats proposés par les auteurs du document de 1921. Tout indique que le deuxième candidat de la liste a été promu à la succession de l'émirat, vraisemblablement et officieusement il a été nommé à la présidence de l'Assemblée Nationale Législative en cette qualité. Au moment de la rédaction de la constitution cette question a été abordé sous plusieurs angles ;

Quant au choix de la forme de l'organisation, ordre princier ou loi ? Pour le représentant de la famille al Sabah dans la commission de la constitution au sein de l'Assemblée Constituante, Saad al-Abdallah, cette question l'émir et la famille al Sabah. La majorité des membres refusait cette vision de la question puisqu'ils considèrent que c'est une affaire d'État. C'est pourquoi, ils exigeaient que la question soit organisée par une loi pour que les représentants du peuple aient leurs mots à dire<sup>23</sup>. Abdallah al-Salem, l'Émir à l'époque, soutenait l'avis de la majorité. Finalement, l'article 4<sup>24</sup> de la Constitution a stipulé que la question soit organisée au sein de

<sup>23</sup> Commission de la Constitution, les séances 2, 9, 16 ,20, 22 et 23.

<http://www.kna.kw/clt-html5/run.asp?id=1568>

<sup>24</sup> Article 4 : Koweït est un Émirat héréditaire, la succession appartenant aux descendants de feu Mubarak al Sabah. L'Héritier Présomptif est nommé au plus tard au cours de l'année suivant la date de l'accession de l'Emir au pouvoir. Il est nommé en vertu d'un décret de l'Émir, sur désignation de l'Émir et après approbation de l'Assemblée Nationale donnée au cours d'une séance spéciale à la suite d'un vote émis à la majorité de ses membres. Au cas où aucune nomination n'est effectuée conformément à la procédure ci-dessus, l'Émir désigne au moins trois des descendants de feu Mubarak al Sabah, l'Assemblée Nationale devant déclarer son allégeance à l'un d'entre eux en qualité d'Héritier Présomptif. L'Héritier présomptif doit être majeur et sain d'esprit, et être le fils légitime de parents musulmans. Une loi spéciale, qui sera promulguée dans le délai d'un an à compter de l'entrée vigueur de la présente Constitution, fixera les autres règles de succession dans l'Émirat. Ladite loi sera une loi constitutionnelle; elle ne pourra donc être modifiée que selon la procédure prévue pour la modification de la Constitution.

la Constitution et qu'elle soit complétée par une loi spéciale ayant valeur de Constitution.

Le choix des trois candidats est une allusion claire au document de 1921. En 1921, les auteurs du document ont présenté trois candidats et la famille devait choisir l'un d'entre eux. L'article quatre a repris le nombre des candidats, mais il a renversé le mécanisme, puisque désormais, c'est à l'Émir de proposer trois candidats et c'est aux représentants du peuple de choisir l'un d'entre eux.

Les souvenirs liés aux conflits déclarés ou non-déclarés à l'intérieur de la famille ont incité le législateur à imaginer des situations où la destitution s'impose. La loi 4/1964 dans ses articles trois et huit organise les procédures de destitution de l'émir et du prince héritier. L'Assemblée Nationale<sup>25</sup> a le dernier mot à dire concernant les demandes présentées par le conseil des ministres concernant l'Émir et l'Émir concernant le prince héritier.

Les dispositions concernant les modifications de la Constitution reflète également l'influence de l'Histoire.

### 3 - Modification de la Constitution :

Cette constitution a été élaborée par un conseil majoritairement élu. Les ministres ont décidé de ne pas voter son projet pour que le vote soit réservé aux représentants élus, mais cette constitution a pris effet après la promulgation de l'émir. L'article 174<sup>26</sup> concernant sa modification

---

<sup>25</sup> L'Assemblée Nationale a voté la destitution de Saad al-Abdallah après l'avoir déclaré Émir, à cause de son état de santé qui l'empêchait de prêter le serment mentionné par la Constitution dans l'article 60.

<sup>26</sup> Article 174: Le droit de proposer la révision de la présente Constitution, en la modifiant, en y supprimant une ou plusieurs de ses dispositions ou en y ajoutant de nouvelles dispositions, appartient soit à l'Émir, soit à un tiers des membres de l'Assemblée Nationale. Si l'Émir et la majorité des membres composant l'Assemblée Nationale approuvent le principe de la révision et son projet, l'Assemblée examine le projet de loi, article par article. Le projet de loi ne peut être adopté que s'il recueille l'approbation des deux tiers des membres composant l'Assemblée. La révision n'entre en vigueur qu'après avoir été approuvée et promulguée par l'Émir, nonobstant les dispositions des articles 65 et 66 de la présente Constitution. Si le principe de la révision ou son objet se

reflète l'importance historique du rôle de l'Émir. Sans un consentement tacite de l'Émir, sa modification ne peut pas avoir d'effet. Si une majorité spéciale peut surmonter l'objection de l'Emir concernant la légifération d'une loi, cela n'est pas prévu concernant la constitution. L'article 175<sup>27</sup> reflète un autre aspect de l'Histoire, la méfiance. Visiblement, le souvenir de Mubarak est présent dans les esprits au moment de l'élaboration de cette Constitution. La dernière disposition de l'article 175 de la constitution reflète un pragmatisme lié à l'histoire. Quand Ahmed Al Khatib<sup>28</sup> a critiqué la disposition permettant que l'émir puisse choisir le premier ministre en dehors de l'Assemblée Nationale et que les ministres puissent être choisis parmi la famille régnant. Mohammed Thanayane al-Ghanim, président de l'Assemblée Constituante et président de la commission de la constitution a pris la parole pour défendre ce choix. Il a admis que ce choix ne reflète pas le régime parlementaire classique. Il a précisé également que les expériences dans les pays arabe similaires ont démontré que ce régime ne conduit pas vers la stabilité politique. Il a appuyé ce choix par un rappel de la situation koweïtienne par le passé et le présent. A la fin de son intervention, il a mentionné que la constitution a prévu une période d'essai de cinq années, au desquelles sa modification est possible<sup>29</sup> si la situation au Koweït devient propice. Ainsi l'histoire explique en partie le choix des constituants.

---

trouve rejeté, une nouvelle proposition de révision ne peut pas être de nouveau introduite une année à compter du rejet. Aucun amendement à la présente Constitution ne pourra être déposé moins de cinq ans à compter de son entrée en vigueur.

<sup>27</sup> Article 175 : Les dispositions de la présente Constitution relatives aux principes de l'Émirat au Koweït et aux principes de liberté et d'égalité ne peuvent pas faire l'objet d'une révision, sauf en ce qui concerne le titre de l'Émirat ou le renforcement des garanties de liberté ou d'égalité.

<sup>28</sup> Jeune médecin de tendance nationaliste arabe avec penchant socialiste, vice-président de l'Assemblée Constituante. Science 20/62 de l'Assemblée Constituante le 18/9/1962.

<sup>29</sup> La Constitution, malgré certains projets, jusqu'à présent n'est pas modifiée. Deux facteurs peuvent expliquer ce fait : se diriger vers un parlementarisme prononcé peut se faire par l'intervention de législature ordinaire, et le manque de confiance entre les parties constituants la seine politique. Garde ton faux de peur d'avoir un faux pire que lui, c'est un proverbe koweïtien qui peut expliquer la situation en la matière.

L'histoire peut expliquer certaines dispositions dans la loi électorale.

#### 4 - Loi électorale :

La constitution de 1962 a bien précisé que l'élection doit être au suffrage universel<sup>30</sup> et que le principe d'égalité devant la loi<sup>31</sup> soit mentionné dans cette constitution. Malgré tout cela, le poids culturel qui est une continuité de l'Histoire sociale a conduit le législateur ordinaire à préciser en 1962 que l'électeur est le koweïtien mâle, il a donc éliminé la femme de l'électorat politique. C'est en 2005, par une loi, que la condition de la masculinité a été levée.

En 2006, il a été question de modifier le système des circonscriptions électorales. Le Koweït est divisé en cinq circonscriptions, chaque circonscription est représentée par dix sièges à l'Assemblée Nationale. Pour faire face au souci qu'un composant social, par une mesure de coordination, s'empare de la totalité des dix sièges. La loi 42/2006<sup>32</sup> a donné à chaque électeur, le droit de choisir quatre candidats seulement. Cette solution ressemble aux pratiques suivies dans la première élection organisée aux Koweït, chaque électeur devait choisir la moitié des sièges à pourvoir. À l'époque le souci était de même nature, mais il concernait les deux grands quartiers de la ville.

#### C - Droit à la mémoire :

La mémoire fait partie du noyau dur autour duquel se construit une nation et sans lequel le tissu de l'identité nationale devient fragile. Cependant, est-ce qu'il a besoin d'une protection particulière, est-ce qu'il faut que la loi lui vienne en secours ? Quand la nation a vécu des moments très forts où elle s'est sentie menacée, sans que ses propres valeurs puissent y faire face par elles-mêmes, elle fait recours à la loi.

---

<sup>30</sup> Article 80 : L'Assemblée Nationale se compose de cinquante membres élus au suffrage universel direct et au scrutin secret conformément aux dispositions de la loi électorale. Les Ministres qui ne sont pas des membres élus de l'Assemblée Nationale sont considérés comme en faisant partie de droit.

<sup>31</sup> Article 29 : Tous les hommes sont égaux en dignité ainsi que dans leurs droits et leurs devoirs au regard de la loi, sans distinction de race, d'origine, de langue ou de religion.

<sup>32</sup> Cette loi a été modifiée en 2012 par un décret-loi 20/2012, selon cette modification qui est actuellement en vigueur, chaque électeur a le droit de choisir un seul candidat parmi les dix sièges.

La vérité officielle ou l'interdiction de l'examen de certains faits, sauf de part un angle prédéterminé par la loi, sont des formes de secours juridiques. La Constitution koweïtienne fait référence à certains éléments de l'identité tel que l'Islam en tant que religion d'État<sup>33</sup> ou l'appartenance au nationalisme arabe<sup>34</sup>. Elle fait référence à certains outils de cette identité en citant la langue et les symboles de l'État<sup>35</sup>. Toutefois, on remarque qu'il y a une méfiance à la submersion dans ses éléments d'identité qui pourrait amener à des situations dangereuses. La rédaction de l'article 12 est peut-être révélatrice ;

“L'État protège l'héritage de l'Islam et des Arabes ; il contribue au développement de la civilisation humaine”. Le préambule de la Constitution exprime cette idée également<sup>36</sup>. Ainsi les éléments de l'identité nationale doivent être encadrés dans un cadre d'appartenance à l'Humanité pouvant prévenir le risque de dérive sectaire. La Constitution ne contient pas des dispositions permettant de déduire que l'imposition d'une version officielle de l'Histoire est constitutionnellement permise<sup>37</sup>. Cependant il faut reconnaître que pour des raisons culturelles, évoquer certains faits historiques ou

<sup>33</sup> Article 2 : Cependant l'article 35 rappelle l'existence d'un autre principe qui peut apporter certaine limite à l'étendue des conséquences de contenu de l'article 2. La liberté de croyance est absolue. L'État protège la liberté de pratiquer sa religion selon des coutumes établies, à condition qu'elles ne s'opposent pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

<sup>34</sup> Article 1.

<sup>35</sup> Article 3 et 5.

<sup>36</sup> Au nom d'Allah, le Clément, le Miséricordieux, Nous, Abdullah al-Salim al Sabah, Émir de l'État du Koweït, Désireux d'utiliser les moyens de la règle démocratique pour notre cher pays ; ayant foi dans le rôle de ce pays dans le développement du nationalisme arabe et dans la promotion de la paix dans le monde et de la civilisation humaine ; tendant vers un avenir meilleur dans lequel le pays jouira d'une plus grande prospérité et d'une plus grande renommée internationale, et dans lequel aussi les citoyens jouiront d'une plus grande liberté politique, de l'égalité et de la justice sociale, un avenir qui respecte les traditions inhérentes à la nation arabe en améliorant la dignité de l'individu, la sauvegarde de l'intérêt public, et en appliquant la règle de consultation tout en maintenant l'unité et la stabilité du pays ; Ayant examiné la loi n° 1 de 1962, concernant le système de gouvernement durant la période de transition, et sur la résolution de l'Assemblée constituante, par la présente, j'approuve la présente Constitution et je la promulgue.

<sup>37</sup> Voir article 35, 36 et 37.

religieux peut provoquer une sensibilité et des réactions peu raisonnables, voire violentes. La loi pénale considère qu'il n'y a pas crime si les critiques des faits historiques ou religieux sont faites d'une façon non-provocante avec l'intention de mener une analyse scientifique<sup>38</sup>. Le législateur par un décret-loi 19/2012<sup>39</sup> à incriminer tout faits visant à exprimer de la haine envers une partie de la société ou propager des idées visant à mépriser un fragment de la société. Est également incriminée la propagation de discours raciste ou basés sur l'appartenance religieuse ou tribale. Cette loi fait référence à l'utilisation de moyens de communication modernes.

Du moment où les faits en question sont perceptibles au Koweït et cela même s'ils émanent de l'extérieur de la région de l'État<sup>40</sup>, ils sont incriminés.

L'invasion irakienne en 1990 a fait surgir la question de la mémoire à travers la création de deux administrations ;

Le bureau des Martyrs : Selon le décret 38/1991, il est annexé au Diwan Amiri. La perpétuation de la mémoire des martyrs<sup>41</sup> est parmi les missions de ce bureau.

Le Centre des Études et des Recherches sur le Koweït : Selon le décret 178/1992, il est chargé d'étudier et de publier les documents concernant l'invasion irakienne. Il a également un rôle dans les études et la publication des documents concernant l'histoire du Koweït.

Mohammed ALFILI  
Maître des Conférences  
Université du Koweït

---

<sup>38</sup> Article 112 de la loi pénale.

<sup>39</sup> Ce décret-loi a été examiné par la cour constitutionnel, à la suite d'une exception d'inconstitutionnalité invoquée devant le juge pénal. La cour a jugé que les conditions requises pour légiférer par décret-loi sont réunies, car sa parution avant l'élection de l'Assemblée Nationale avec la montée des risques de trouble de la paix sociale a été justifiée, décision 5/2016.

<sup>40</sup> Le législateur prend en considération le fait que les auteurs des faits incriminés sont souvent dans la région de l'Etat mais il utilise des plateformes qui transmettent le message depuis l'extérieur.

<sup>41</sup> Le décret 38/1991 visait les martyrs de l'invasion de 1990, la modification faite par le décret 325/2011 a élargi la notion de martyrs.

*Constitution, histoire et mémoire*

**Rapport britannique**

**Aurélie Duffy-Meunier**

Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE,  
ILF, Aix-en-Provence, France  
Membre associée au Centre de d-Droit Public Comparé (CDPC)  
Membre associée à l'Institut de Recherches sur l'Évolution de la Nation et de l'État (IRENEE)

La Constitution britannique fait particulièrement écho à la thématique de cette trente-huitième Table Ronde : *Constitution, histoire et mémoire* dans la dimension objective et subjective de ces deux notions. L'une et l'autre sont distinctes, mais peuvent se combiner, comme certaines définitions du terme histoire - entendu, par exemple, en tant que « connaissance et récit des événements du passé jugés dignes de mémoire »<sup>1</sup> le laissent entendre. On peut d'ailleurs d'ores et déjà se demander si le sujet proposé vise l'histoire dans toutes ses dimensions (sociale, scientifique, industrielle, littéraire...) et dans toute sa temporalité ou s'il est principalement limité à un domaine particulier de l'histoire : celui des institutions politiques et juridiques. L'ensemble des Constitutions, des acteurs constitutionnels et du contentieux constitutionnel embrassant aujourd'hui de nombreuses problématiques, la question environnementale le démontre amplement, une approche large de l'histoire semble la plus pertinente.

Quoi qu'il en soit, la Constitution britannique, de par sa nature coutumière, est d'abord une Constitution *historique* dans le sens où ses sources sont fondées sur l'histoire britannique dans toute sa continuité, ce qui n'exclut pas le rôle de la *mémoire* dans l'identification des sources constitutionnelles. Cette dimension subjective fondée sur la *mémoire* ou sur une autre acception de l'histoire, entendue comme la « mémoire que la postérité conserve des faits et des personnages du passé »<sup>2</sup>, joue un rôle déterminant dans la mise en cohérence par la doctrine des principes de la Constitution coutumière et dans le travail des juges dans le développement de celle-ci.

Ces deux aspects soulèvent la problématique, quelque peu paradoxale pour la démocratie britannique, du déficit démocratique de sa Constitution. Outre son processus d'élaboration et son identification, elle peut être instrumentalisée par des interprétations institutionnelles,

---

<sup>1</sup> Le Robert, Dictionnaire en ligne.

<sup>2</sup> Définition histoire, Larousse, Dictionnaire en ligne.

jurisprudentielles, doctrinales divergentes sans qu'aucune garantie décisive ne puisse y faire obstacle. La gouvernance de Boris Johnson et le scandale du *Partygate* l'ont récemment illustré.

L'histoire paraît ainsi « dominer » la question de **P'identification** de la Constitution britannique et la mémoire survenir de façon quelque peu accessoire (I). L'inverse apparaît en ce qui concerne **P'édification** de la Constitution par la doctrine et la jurisprudence : la mémoire joue un rôle prééminent par rapport à l'histoire (II).

## I – La prééminence de l'histoire dans l'identification de la Constitution britannique

*L'histoire* est déterminante pour qualifier la nature coutumière, « féodale »<sup>3</sup>, de la Constitution britannique (A), la *mémoire* joue, quant à elle, un rôle dans l'identification des composantes de cette Constitution historique (B).

### A - L'histoire pour qualifier la Constitution coutumière, « féodale »

*Une Constitution coutumière sans pouvoir constituant.* L'histoire est l'un des traits distinctifs de la nature de la Constitution coutumière britannique que l'on oppose généralement et, à tort, aux Constitutions « écrites ». En effet, la Constitution britannique est partiellement écrite. Elle contient des lois, des décisions de justice réunies dans des *Law Reports* ainsi que des conventions dont certaines sont reprises dans des ouvrages doctrinaux. L'écrit est là. Ce qui la distingue des Constitutions américaine, française ou Brésilienne c'est qu'elle n'est pas codifiée dans un seul et même document et surtout qu'elle n'est pas « née » d'un moment constituant. Le droit constitutionnel britannique n'a, en effet, jamais connu de moment constituant marquant une révolution historique et constitutionnelle. Malgré des évolutions importantes liées à l'accélération de l'écriture de la Constitution britannique dans des lois récentes (Lois de dévolution, *HRA 1998*, *Freedom of Information Act 2001*, *Constitutional Reform Act 2005* ; *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* ; Projet de *Bill of Rights...*), malgré les réflexions en faveur d'une Constitution écrite conduites par certains gouvernements, comme celui de Gordon Brown en 2007<sup>4</sup>, par certaines commissions parlementaires en 2015<sup>5</sup>, ce *momentum*, cette *tabula rasa* n'a jamais eu lieu. L'histoire n'est pas tant fondatrice d'un moment constitutionnel et constituant qu'inhérente à la nature et au développement même de la Constitution coutumière. La continuité constitutionnelle est caractéristique de la Constitution britannique qui, à l'exclusion de la période de la République de Cromwell, n'a jamais connu ni rupture, ni révolutions constitutionnelles<sup>6</sup>. Son fonctionnement même repose sur le poids du passé et de l'histoire dans le sens où elle est juridiquement fondée sur des textes, décisions de justice et des pratiques qui se sont succédé dans le temps sans discontinuer.

<sup>3</sup> En référence à R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, 1921, Marshall Jones Company Publishers, p. 1.

<sup>4</sup> *The governance of Britain*, July 2007, CM 7170.

<sup>5</sup> Political And Constitutional Reform Committee, *The UK Constitution, A Summary, With Options For Reform*, March 2015;

<https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=British+constitution+codification+committee&ie=UTF-8&oe=UTF-8>.

<sup>6</sup> Ariane Vidal-Naquet, « Révolutions et Constitutions : une analyse comparée », *Confluence des droits\_La revue* [En ligne], 03 | 2022, mis en ligne le 24 mars 2022. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1821>



Ces pratiques, comme celle de la désignation du Premier ministre par la Reine, sont devenues avec, la répétition, l'adhésion de ses destinataires et l'écoulement du temps des conventions constitutionnelles.

**Une Constitution « ordinaire de common law ».** La Constitution britannique est une constitution coutumière « ordinaire » dans le sens où le droit constitutionnel britannique au sens strict (c'est-à-dire, suivant Dicey et sa notion de *strict law*, les **lois**, les **actes réglementaires** et la **jurisprudence** à l'exception des conventions constitutionnelles qui sont politiques) est du droit ordinaire et revêt les caractéristiques du droit de *common law*. C'est l'une des caractéristiques que Dicey mettait en avant pour valoriser la « Constitution de *common law* » (qui a tous les avantages, selon lui, du droit de *common law*) et pour critiquer les Constitutions codifiées, comme celles de la France, par exemple. L'opposition entre droit codifié et de *common law*<sup>7</sup> vaut donc aussi pour le droit constitutionnel. La Constitution coutumière britannique basée sur le droit ordinaire est irriguée par la tradition de *common law*. Cela signifie, nous le reverrons, qu'en l'absence de loi, la *common law* (voire l'*Equity*) et les conventions constitutionnelles s'appliquent avec un regard nécessairement tourné vers « le passé »<sup>8</sup> et le détail, l'individualisation par la recherche d'un *case* ou d'une convention applicable. La Constitution de *common law* ne se développe pas par une approche déductive et un « regard » tourné vers « le haut », un texte suprême, général et, en principe, démocratiquement adopté, elle « pousse »<sup>9</sup> grâce au passé, à l'histoire et suivant une logique inductive.

Par ailleurs, outre, les lois la jurisprudence et les conventions politiques de la Constitution, la **coutume**<sup>10</sup> qui est une source juridique indirecte du droit, peut être mobilisée par les juges. En soi, elle est une source historique qui permettra, par exemple, dans une affaire de négligence médicale de tenir compte des témoignages de la pratique médicale, de la pratique d'une communauté en particulier. « La coutume dans le sens de ce que fait la communauté est par conséquent une source puissante et vivante du droit dans le sens où les cours se fondent sur elle et la retravaillent dans l'application quotidienne de la *common law* »<sup>11</sup>. Le droit coutumier ne joue, en revanche, pas un rôle décisif en droit public. En droit constitutionnel, il trouve, surtout à s'appliquer en matière de droit parlementaire ou à propos des questions de prérogative royale en lien avec le Parlement.

Cela a été le cas dans l'affaire *Miller II* de 2019, lorsqu'il a été question de savoir si le recours par Boris Johnson à la suspension du Parlement pendant plusieurs semaines en plein cœur des négociations du *Brexit* était une décision justiciable et légale. La pratique des précédents Premiers ministres a été mobilisée par la Cour suprême qui a jugé que la suspension décidée par Boris Johnson était d'une durée exceptionnelle, dans des circonstances exceptionnelles et ne correspondait pas à la pratique habituelle. La coutume a donc été l'un des éléments de la motivation

<sup>7</sup> S. Soleil, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de droit codifié et de common law. Les controverses anglo-américaines (1820-1835)*, Société de législation comparée, sensus, iuris, 2021.

<sup>8</sup> R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company Publishers Francesson, New Hampshire, p. 3 et p. 24.

<sup>9</sup> A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Girard & Brière, Paris, 1902, p. 150 ou p. 208.

<sup>10</sup> G. Maher "Custom and Constitutions." *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 1, no. 2, 1981, pp. 167–76.

<sup>11</sup> M. Zander, *The Law-Making Process*, 7<sup>th</sup> ed., 2015, p. 399, dans Marshall, "The Constitution, its theory and interpretation", in V. Bogdanor, *The New British Constitution*, London, Hart Publishing, 2009, p. 70.

conduisant à la déclarer l'illégalité de la suspension et déclarer que le Parlement devait se réunir. Lorsque la saisine du juge n'est juridiquement pas envisageable, c'est la pratique respectueuse ou irrespectueuse « d'auto-correction » des acteurs politiques qui prévaudra, comme l'a montré la pratique de Boris Johnson en dépit de la publication du rapport accablant de Susan Gray à la suite du *Partygate*.

**Une constitution « féodale ».** Lorsqu'il décrivait, en 1921, « L'esprit de la *common law* », la première caractéristique proposée par Roscoe Pound était sa dimension « féodale »<sup>12</sup>. Comme dans les sociétés traditionnelles le droit de *common law* est fondé, outre l'idée d'un « droit sacré », sur des « coutumes établies dont il est dangereux de se départir », sur l'autorité de « déclarations fixes du droit traditionnel » et sur la « conception d'un droit naturel éternel et immuable que le droit d'un lieu et d'un moment donné ne fait que déclarer » par opposition à « la création consciente et délibérée du droit par la mise en place de nouveaux fondements ou par la promulgation de règles qui ne peuvent pas découler des fondements existants »<sup>13</sup>. Cet élément « féodal » semble aussi valoir pour la Constitution britannique de *common law* dont l'origine et le contenu sont moins accessibles et par conséquent moins démocratiques. En effet, à l'absence de pouvoir constituant, s'ajoute la difficile lisibilité de cette Constitution. Si l'on cherche à présenter la Constitution britannique, il ne suffit pas de lire un texte codifiant les principales règles constitutionnelles, il faut s'y retrouver dans les méandres labyrinthiques des éléments constitutifs de celle-ci.

Cette première façon de présenter la Constitution historique britannique, à partir des différentes sources du droit constitutionnel et des conventions politiques de la Constitution contient une dimension subjective lorsqu'il s'agit d'identifier ces textes, ces décisions et ces conventions constitutionnelles.

## B. La mémoire pour reconnaître les sources historiques de la Constitution

Ainsi comment savoir quels sont les textes, décisions de justice ou pratiques de la Constitution britannique ? Comment les identifier à défaut de moment constituant et de Constitution formelle et codifiée ?

**Les textes constitutionnels.** Le droit constitutionnel britannique étant issu de sources ordinaires, c'est l'historicité de ces textes, on pense à la *Magna Carta* ou au *Bill of Rights*, ainsi que leur matérialité, organisation de la procédure législative, des rapports entre Westminster et les régions, des droits et libertés qui en font des textes constitutionnels. La dimension subjective de la mémoire, en tant que « savoir mystérieux d'un fonds commun qu'on suppose inhérent au groupe »<sup>14</sup> joue là un rôle fondamental pour déterminer quels sont les éléments « supposément » inhérents au droit constitutionnel d'un État donné. Ils peuvent varier en fonction de qui va les

---

<sup>12</sup> R. Pound, *op.cit.*, p. 1.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>14</sup> J.-C. Filloux, *La Mémoire*, Paris, P.U.F., 1967, p.51 ou « ensemble des faits passés qui restent dans le souvenir des hommes, d'un groupe », Larousse, dictionnaire en ligne.

identifier : La doctrine ? Les parlementaires lors de débat ou dans des rapports de commissions ? Le Gouvernement devant le Parlement ou dans des Livres Blancs ? Les juges ? Comment les identifier ? Selon quels critères ?

S'il existe un consensus, un « fonds commun », dans la liste des textes constitutionnels au sein de la doctrine, quelques différences peuvent apparaître, de ça de là, en fonction des ouvrages des différents auteurs. De plus, les parlementaires individuellement pris, le Gouvernement insistent, selon leurs tendances politiques, davantage sur un texte comme le *Bill of Rights* pour valoriser « le politique » à travers les lois ou sur les décisions du juge Coke au XVI<sup>e</sup> siècle pour insister sur le nécessaire contrôle juridictionnel des Cours sur l'exécutif. L'approche jurisprudentielle témoigne également, nous le verrons, de cette subjectivité.

Plus délicate est l'identification juridictionnelle des lois constitutionnelles, surtout lorsqu'il s'agit de leur conférer une portée normative. Ainsi existe-t-il une différence entre la liste des lois qualifiées de constitutionnelles par la Haute Cour dans l'affaire *Thoburn* de 2001<sup>15</sup> et dans celle identifiée, certes avec une terminologie différente, par la Cour suprême dans la décision *HS2* de 2014<sup>16</sup>. Cette dernière ne mentionne pas les lois de dévolution<sup>17</sup>. La décision de la juridiction suprême devrait prévaloir, mais tout dépend si l'identification qu'elle opère est faite, « en passant » ou constitue un élément du *ratio decidendi* décisif pour le jugement. La Constitution coutumière qui est louée pour sa flexibilité pose un problème fondamental de la subjectivité et de l'incertitude dans l'identification de certaines sources constitutionnelles et de leur valeur.

Une question quelque peu différente peut se poser quant à un projet de loi récent, le *Northern Ireland Troubles Legacy Bill*, qui a pour objet de s'attaquer à l'héritage des Troubles en Irlande du Nord. Cette loi, qui revêt une dimension mémorielle, ce qui est assez rare au Royaume-Uni, sera-t-elle considérée comme une loi constitutionnelle ? Ce texte contient des dispositions visant à promouvoir la réconciliation en établissant une Commission indépendante pour la réconciliation, en restreignant les enquêtes pénales, les procédures judiciaires, les enquêtes et plaintes à la police pour des faits s'étant déroulés durant les troubles, en étendant le programme de libération de certains détenus et en prévoyant que ces expériences seront consignées et conservées et que les événements seront étudiés et commémorés. Ces différentes propositions comme, par exemple, l'amnistie conditionnelle pour des personnes accusées de meurtre ou de crimes liés au conflit ont particulièrement critiqué niveau national, notamment par les députés nord-irlandais et par le Conseil de l'Europe. Des divergences d'approche dans la *mémoire* de cette *histoire* récente du Royaume-Uni, croisent l'histoire européenne et pourraient faire obstacle à l'adoption de ce projet de loi.

<sup>15</sup> “The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the HRA, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998. The ECA clearly belongs in this family.”

<sup>16</sup> R (*HS2 Action Alliance Ltd*) v *Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; A v BBC [2014] UKSC 25.

“The United Kingdom has no written constitution, but we have a number of constitutional instruments. They include Magna Carta, the Petition of Right 1628, the Bill of Rights and (in Scotland) the Claim of Rights Act 1689, the Act of Settlement 1701 and the Act of Union 1707. The European Communities Act 1972, the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Reform Act 2005 may now be added to this list.”

<sup>17</sup> Cf. G. Marshall, “The Constitution, its theory and interpretation”, *op. cit.*, p. 36.

**Les décisions constitutionnelles.** L'identification des décisions de justice « constitutionnelles » peut poser la même difficulté que l'identification des lois ordinaires. Outre leur domaine et leur matérialité, si l'on regarde les listes qui sont généralement présentées par la doctrine ou les rapports parlementaires, ce sont les décisions constitutionnelles historiques, celles du Juge Coke, notamment ou des affaires retentissantes, comme l'affaire *GCHQ* relative au contrôle de la prérogative sous le Gouvernement Thatcher<sup>18</sup>, les affaires *Miller I* de 2017 et *Miller II* de 2019<sup>19</sup> au moment du *Brexit* qui auront l'honneur d'être mentionnées au détriment, d'autres décisions, plus confidentielles ou techniques, comme l'affaire *HS2* en 2014<sup>20</sup>, par exemple. Mais en réalité, toutes les décisions de justice sont potentiellement constitutionnelles puisque la Constitution est issue du droit ordinaire. À qui donc se fier pour déterminer ces éléments puisqu'il n'y a pas d'exercice constituant permettant d'opérer ce tri, cette reconnaissance en érigeant au rang formellement constitutionnel ces éléments. Là encore, le domaine de la décision et son importance, c'est-à-dire la subjectivité de la mémoire, jouent un rôle décisif.

**Les conventions constitutionnelles.** La pratique du recours aux conventions constitutionnelles en témoigne. Dans l'un des moments décisifs du *Brexit*, alors que Theresa May voulait de nouveau soumettre aux communes l'accord de retrait qu'elle avait négocié, le Président de la Chambre, John Bercow a appliqué une convention constitutionnelle qu'il a exhumée non pas du Règlement de la Chambre des communes, mais d'un ouvrage doctrinal, le *Traité d'Erskine May's*<sup>21</sup> qui a répertorié une règle rappelant qu'il est interdit pour le Gouvernement de présenter au cours d'une même session deux motions identiques. L'histoire - l'existence objective de la Convention - et la mémoire - le fait qu'elle soit répertoriée dans l'ouvrage doctrinal d'un auteur donné et mobilisée par une autorité politique telle que le *Speaker* - se conjuguent. Elles permettent d'identifier, puis d'appliquer des sources politiques du droit constitutionnel – les conventions - qui ont un effet décisif sur la vie des institutions. La place de la doctrine dans l'édification de la Constitution britannique est ainsi déterminante tout comme les manuels, les *text books*, qui vont réunir et commenter les principales sources d'une discipline donnée.

En forçant le trait, l'on pourrait dire qu'en l'absence de Constitution codifiée, c'est la doctrine britannique qui opère cette codification. Cela soulève la question de la place de la mémoire dans l'élaboration d'une Constitution dont la légitimité démocratique peut être contestée.

## II – L'influence de la mémoire dans l'édification de la Constitution britannique

<sup>18</sup> *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9

<sup>19</sup> *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41.

<sup>20</sup> *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport, op. cit.*

<sup>21</sup> Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament, 25th edition, 2019, disponible sur le site: <https://erskinemay.parliament.uk/browse/?part=1&chapter=1>.

La part de mémoire dans la construction de la Constitution britannique apparaît principalement à deux niveaux : le rôle de la doctrine (A) et celui des juges (B). L'un et l'autre témoignent parfois d'une influence croisée de l'histoire et de la mémoire et des difficultés de légitimité démocratique suscitées par la Constitution coutumière.

## **A – Le rôle structurant de la mémoire de la doctrine : la construction d'une Constitution « doctrinale »**

**Mémoire de la doctrine et « codification » de la Constitution.** En raison de son caractère non codifié, deux façons de présenter la Constitution britannique sont généralement faites. La première, que nous avons abordée précédemment, est l'exposé de ses sources juridiques et politiques. La seconde est un exposé plus théorique qu'en a fait la doctrine et, plus particulièrement Albert Venn Dicey à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>22</sup>. Il n'est pas le seul à avoir marqué l'histoire constitutionnelle britannique. Bagehot et sa distinction entre le régime parlementaire et présidentiel, Hallam, Maitland, Blackstone à sa façon, Bagehot, Erskine May, Ivor Jennings sont aussi des auteurs de référence lorsqu'il s'agit de rechercher des réponses à des problématiques constitutionnelles. Si certains de ces auteurs sont régulièrement cités dans les décisions (comme Bagehot dans *Miller II*), la postérité des principes dégagés par Dicey les dépasse. Il est un auteur *historique* du droit constitutionnel britannique. Elle est telle que les manuels de droit constitutionnel reprennent, pour présenter la Constitution les deux principes juridiques que Dicey avait identifiés, la *Rule of Law* et la souveraineté du Parlement à côté desquels il ajoute les conventions constitutionnelles. Plus encore, les cours inférieures et suprêmes, telles que l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords et aujourd'hui la Cour suprême, ont repris et interprété les principes développés par Dicey comme si son ouvrage était l'expression historique d'un **pouvoir « constituant doctrinal »**. Tel est, d'ailleurs, également le cas, pour le droit parlementaire, du rôle joué par le Guide de pratique parlementaire de Thomas Erskine May's de 1844<sup>23</sup>, décisif au moment du Brexit.

*Subjectivité de la doctrine et conception « politique » ou « juridique » de la Constitution.* Outre la problématique fondamentale du déficit démocratique d'une telle dimension « doctrinale » du droit constitutionnel, diverses difficultés, en termes de subjectivité surtout, surviennent. Avec une telle approche on ne fait pas l'économie d'erreurs de l'auteur, comme Dicey l'avait d'ailleurs confessé dans la dernière édition de son ouvrage à propos de sa critique du recours pour excès de pouvoir en France et de son absence de pertinence pour le Royaume-Uni.

Par ailleurs, la Constitution britannique serait, lit-on souvent, ce que Dicey en a dit. Pourquoi lui ? Contrairement à d'autres auteurs, c'est avant tout Dicey que le « groupe » a gardé en mémoire. La subjectivité d'un auteur peut prévaloir alors que sa présentation de la Constitution a fait l'objet de critiques, encore vivaces aujourd'hui, notamment de la part des auteurs de la *London School of Economics*, Harlod Laski, Ivor Jennings ou encore J.A.G. Griffith qui contrairement à la

<sup>22</sup> A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit.

<sup>23</sup> *A treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, 25 éd.

vision « juridique » de Dicey préférerait présenter la Constitution britannique comme une *Political Constitution*. Ainsi, s'opposent dans la doctrine deux façons de présenter la Constitution entre les tenants d'une Constitution fondée en dernier lieu sur le Parlement, valorisant « le politique » et ses diverses expressions parlementaires ou administratives (Green light Theory de Carol Harlow et J.K. Rawlings) face aux tenants d'une Constitution de *common law* fondée sur l'ultime pouvoir des juges (*Red light theory* de Carol Harlow et J.K. Rawlings) dont dépendrait d'ailleurs la reconnaissance de la souveraineté du Parlement. Cette opposition a des conséquences sur la façon dont les fondements de la procédure de recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) sont appréhendés : un fondement judiciaire, la *common law/rule of law*, ou un fondement législatif, la souveraineté du Parlement. Elle a trouvé à se manifester de façon assez virulente au cours du processus de sortie de l'Union européenne et durant le gouvernement de Boris Johnson pour justifier ou contester le contrôle juridictionnel des décisions gouvernementales.

**Mémoire de la doctrine et interprétation de la Constitution.** Le problème de cette approche réside dans la subjectivité et l'incertitude dans l'interprétation de la Constitution. Outre la pratique des conventions constitutionnelles qui ne sont pas garanties par les Cours (*Miller I* de 2017), en cas de doute, les différents acteurs constitutionnels se tournent vers les cours pour trancher des questions constitutionnelles.

La sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne doit-elle emprunter la voie législative ou exécutive tranchée pour la première option dans l'affaire *Miller I* de 2017 ? Le référendum sur l'Écosse nécessite-t-il d'approbation du Gouvernement, comme l'a demandé la Première ministre écossaise à la Cour suprême qui doit trancher à l'automne 2022 ? Lorsque des questions surviennent les juges doivent parfois interpréter les principes constitutionnels développés par la doctrine.

Les cours ont donné des conséquences juridiques et normatives à ces principes, parfois dans des sens que n'aurait sans doute pas approuvés Dicey. Cette forme de **constitutionnalisation des principes doctrinaux** va donner lieu à des interprétations qui peuvent varier. La *mémoire* de Dicey dans la jurisprudence peut évoluer au fil de l'interprétation qui est faite de cette source doctrinale historique. Le « droit constitutionnel doctrinal » de Dicey est interprété depuis sa parution par les cours à la lumière des circonstances et des temps nouveaux et selon les opinions publiées dans les décisions des différents juges de la juridiction suprême. Dans l'affaire *Jackson* de 2005, relative à la suppression de la chasse à courre, les juges Hale et Steyn ont valorisé la *Rule of Law* et laissé entendre que les Cours pourraient dans certaines circonstances d'une loi remettant en cause le recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) et les contrôler. La souveraineté en tant que fondement de la Constitution britannique a été questionnée par ces deux juges qui ont privilégié le rôle des cours (avec les affaires historiques des proclamations et des prohibitions du juge Coke) et envisagé le contrôle juridictionnel des lois, contrairement à ce que *Dicey* défendait. Par ailleurs, nous avons vu que dans les affaires *Miller I* et *II*, les classiques de l'histoire constitutionnelle (décisions du juge Coke ; arbitraire du Roi Jacques II ; différentes gouvernances des Premiers

ministres dans la période récente) ont été mobilisés pour justifier l'intervention du juge sur une question qui pouvait très bien être interprétée comme politique et non juridique.

*Mémoire de la doctrine et théories de l'interprétation constitutionnelle.* La mémoire de la doctrine ne s'est pas limitée à la mise en cohérence des principes constitutionnels, elle s'est étendue à l'interprétation doctrinale de la Constitution. Lorsqu'il s'agit d'identifier les différentes interprétations constitutionnelles, il est renvoyé à des approches doctrinales. Les interprétations constitutionnelles qui ont pu être identifiées par J. Rees pour le Royaume-Uni dans une conférence de 1955 « Interpreting the Constitution »<sup>24</sup> reposent non pas sur l'identification d'une interprétation de la Constitution dans la jurisprudence, mais sur l'approche proposée par différents membres de la doctrine : Jennings (modèle de tolérance envers les décisions prises par le vote majoritaire au Parlement et déférence envers celui-ci) ; Sir Ernest Barker (interprétation fondée sur le fondement moral d'une démocratie) ; L.S. Amery (interprétation fondée sur l'équilibre dans la Constitution entre la Couronne et le Peuple) ainsi que Harold Laski (interprétation de la Constitution à la lumière de la représentation des classes sociales aussi de la machine gouvernementale). Nous allons voir qu'en réalité les interprétations traditionnelles des lois ou de la *common law* prévalent sur ces approches doctrinales.

L'ensemble de ces éléments témoigne du poids de la doctrine publiciste dans l'élaboration et l'interprétation de la Constitution britannique. Par ailleurs, les juges se réfèrent très fréquemment aux sources doctrinales, leur postérité pèse sur leur activité juridictionnelle.

## **B – Le règne décisif de la mémoire des juges : la permanence d'une Constitution de *common law***

La mémoire trouve moins à s'appliquer au niveau de l'interprétation qu'au niveau de la mise en œuvre du droit de *common law* à travers la règle du précédent. Dans le premier cas, comme dans le second, le constat de Geoffrey Marshall « Au Royaume-Uni ... la seule source d'autorité judiciaire pour contrôler l'autorité législative du Parlement est la *common law* »<sup>25</sup> souligne l'importance du juge de *common law*.

***La part de mémoire et d'histoire dans l'interprétation juridictionnelle de la Constitution.*** Puisque les sources du droit constitutionnel britannique sont du droit ordinaire, les techniques d'interprétation concrètes du droit positif relèveront du droit ordinaire. Outre la particularité de l'interprétation des principes doctrinaux (souveraineté parlementaire, *rule of law*, *accountability*), les Cours britanniques doivent interpréter des lois, des principes jurisprudentiels et non une Constitution formelle. Cela peut expliquer des différences de techniques d'interprétation par rapport à d'autres pays dotés de Constitution rigides. Le principe de souveraineté du Parlement remplace celui de suprématie de la Constitution. Les Cours appliquent et respectent les lois, suivant

<sup>24</sup> Leiceseter University Press, 1955.

<sup>25</sup> G. Marshall, "The Constitution, its theory and interpretation", *op. cit.*, p. 48.

ainsi la prescription de l'article 9 du *Bill of Rights*. Elles restent toutefois maîtresses de leur interprétation.

Parmi les techniques **d'interprétation législative** que les juges utilisent, c'est l'interprétation littérale qui prévaut, avant la *Golden Rule*<sup>26</sup> et la *Mischief Rule*<sup>27</sup>. Dans leur travail d'interprétation, les juges britanniques restent attachés à l'interprétation littérale qui témoigne de la déférence dont ils font preuve à l'égard du législateur, du moins avant le *Human Rights Act 1998*. Les interprétations historiques ou génétiques ne sont pas véritablement mobilisées. Le respect de l'intention du Parlement domine tout comme l'exclusion de tout élément pouvant orienter le sens des lois au-delà de la formulation utilisée dans les textes eux-mêmes<sup>28</sup>. Cette approche contribue à un certain conservatisme.

Ainsi, ces règles d'interprétation ne sont pas propices à la protection des droits et libertés « modernes » en présence d'une loi liberticide explicite. Si ces règles ont récemment évolué en ce domaine, c'est à partir de moments *historiques* où le Royaume-Uni a adhéré à l'Union Européenne en 1972 ou ratifié la CEDH en 1951, puis reconnu le droit de recours individuel devant la CourEDH, le 14 janvier 1966<sup>29</sup>. L'interprétation a donc évolué au fil de l'histoire en raison de contraintes internationales, représentatives d'un « droit positif plus haut ». Le rôle historiquement créateur du juge a considérablement fait évoluer l'interprétation des lois lorsqu'il crée des présomptions de *common law* qui s'imposent au législateur. Le droit historique (la *common law*) pèse, en quelque sorte, sur la démocratie (la loi) dans des affaires souvent rattachées au droit européen et lorsque *l'histoire* (adhésion à une organisation régionale, reconnaissance du droit de recours individuel, par exemple) le justifie. Il ne peut toutefois pas créer de droits là où la *common law* est muette ou inadaptée, comme en matière de lutte contre les discriminations et de droits sociaux.

Cela a, par exemple, été le cas de présomption d'interprétation des lois en conformité avec le droit international et conventionnel ou de présomptions d'interprétation de lois en conformité avec les droits et libertés de *common law* avant l'entrée en vigueur du *HRA*. Par le jeu de ces présomptions, les juges de *common law* jouent sur l'interprétation des lois futures et ont renforcé la protection des droits et libertés. Par exemple, dans *l'affaire Waddington v. Miah* de 1974, les juges ont créé une présomption selon laquelle le Parlement n'a pas l'intention de légiférer de façon contraire à ses obligations dérivées du droit international. La Cour d'appel a aussi créé une présomption d'interprétation de la *common law* à la lumière de la CEDH, lorsque la *common law* est incertaine ou bien lorsqu'elle était claire mais incomplète<sup>30</sup>. Le *HRA* a imposé une interprétation particulièrement forte des lois disposant dans sa section 3 que les Cours doivent « autant que possible » interpréter les lois à la lumière des droits de la CEDH. La puissance de la mise en œuvre

<sup>26</sup> Elle a pour objet de corriger les absurdités auxquelles cette dernière peut parfois conduire. *Grey v. Pearson* [1857] 6 HLC 61, 106.

<sup>27</sup> Elle a pour objet de donner aux dispositions une signification qui parvient à corriger, au mieux, les défauts de la loi afin de remplir les objectifs qu'elle a fixés. *Heydon* (1584) 3 Co.Rep.7a, 7b.

<sup>28</sup> G. Marshall, "The Constitution, its theory and interpretation", *op. cit.*, p. 75.

<sup>29</sup> *Waddington v. Miah* [1974] 2 All ER 377.

<sup>30</sup> *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd* [1992] QB 770, [1992] 3 All ER 65, [1992] 2 WLR 28. Ils confirment ainsi la décision de la *High Court*, *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudury* [1991] 1 QB 429, [1991] 1 All ER 306, p. 320, WATTKINS LJ.



de cette interprétation a été telle que, parmi les dispositions du *Bill of Rights Bill 2022* qui propose d'abroger et de remplacer le *HRA 1998*, c'est l'interprétation conforme qui va être supprimée. Le *HRA* a introduit une logique d'interprétation différente, moins conservatrice, que celle qui prévalait jusque-là, ce qui lui coûtera peut-être « la vie » et son remplacement par ce qui est encore un projet de Déclarations de droits.

Ces présomptions peuvent aussi s'appliquer aux **principes constitutionnels**. Cela a été très explicite dans l'interprétation faite de la souveraineté du Parlement au regard du principe de primauté du droit de l'Union européenne par la Chambre des Lords dans l'affaire *Factortame* de 1991. Lord Bridge a ainsi indiqué qu'en dépit du principe de primauté, le Parlement britannique restait souverain car il a souverainement décidé de se limiter dans la mesure où la primauté du droit de l'Union était un principe existant au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux communautés européennes. Les Lords ont ainsi jugé que le *EC Act 1972* contenait une présomption selon laquelle toutes les lois futures devaient le respecter et les principes ainsi que les règles qu'il incorpore. Les affaires *Miller I et II* illustrent également cette force interprétative dans des moments historiques clés, comme la sortie de l'Union européenne, en ce qui concerne le principe constitutionnel de souveraineté du Parlement.

Ces exemples témoignent de la contrainte que l'interprétation des juges de *common law* peut faire peser sur le pouvoir politique. Comme les juges constitutionnels interprètent les principes de leur constitution et reconnaissent de nouveaux principes et/ou droits constitutionnels, les juges de *common law* modèlent les contours des lois et principes constitutionnels souvent à des moments *historiques*<sup>31</sup>. Entre eux, une différence de légitimité, légitimité historique des juges de *common law* ; légitimité plus démocratique et/ou historiques des juridictions constitutionnelles lorsqu'elles sont établies démocratiquement à des moments historiques.

***La part de mémoire et d'histoire dans la technique du précédent.*** C'est lorsque les cours manient le droit de *common law*, que la mémoire trouve davantage à s'appliquer. En témoigne le rôle de la mémoire dans la technique du précédent ainsi que le subjectivisme de l'histoire que chaque juge peut mobiliser dans des opinions séparées.

Parmi les techniques utilisées, c'est sans doute le recours au **précédent** qui témoigne au plus haut niveau du recours à *l'histoire combinée à la mémoire* dans la formalisation du droit ordinaire et du droit constitutionnel. La règle du précédent recouvre deux idées : « Dans un sens large, le précédent implique de traiter des décisions judiciaires précédentes comme des déclarations ayant autorité juridique qui peuvent servir de bonne raison juridique pour une décision judiciaire ultérieure. Dans un sens étroit, le précédent (souvent décrit comme le *stare decisis*) exige que les juges de cours spécifiques de traiter certaines décisions antérieures, particulièrement celles des cours supérieures comme des décisions contraignantes. Dans ce sens, le précédent offre une raison

---

<sup>31</sup> On peut également penser à l'affaire *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ)*, *op. cit.* consacrant le contrôle de la prérogative.

suffisante pour la décision »<sup>32</sup>. Le poids de l'histoire dans cette technique a été tel que ce n'est qu'en 1966 que la Chambre des Lords a déclaré qu'elle n'était plus liée par ses propres précédents se laissant ainsi l'opportunité, de faire des revirements de jurisprudence « dans l'intérêt de la justice et afin d'aider le développement du droit »<sup>33</sup>.

Le rapport de contrainte entre les décisions historiques antérieures et les décisions ultérieures montre l'importance de *l'histoire* de la jurisprudence dans le développement du droit constitutionnel britannique. Si dans un sens large, la plupart des juridictions d'autres pays peuvent éprouver ce poids de l'histoire jurisprudentielle en appliquant des décisions antérieures, le Royaume-Uni se caractérise par l'application de la règle du *stare decisis* qui introduit une dose de *mémoire* dans l'histoire jurisprudentielle. Selon cette règle, ce ne sont pas l'ensemble des jugements antérieurs qui constituent le précédent, mais seulement le « noyau dur »<sup>34</sup> de ces jugements, le *ratio decidendi* qui est « une proposition de droit qui tranche l'affaire, à la lumière ou dans le contexte de faits matériels »<sup>35</sup>. Le reste de la motivation des décisions précédentes, constitue les *obiter dicta* qui peuvent avoir une influence persuasive (*persuasive*), mais non contraignante (*binding*). Ainsi, ce qui prévaut dans le raisonnement de *common law* sera un *binding precedent*, une décision antérieure dont le *ratio decidendi* s'appliquera à l'affaire en cause. Le *binding precedent* montre que l'histoire, le passé jurisprudentiel peut ainsi constituer une raison suffisante pour trancher une affaire. Il n'est pas question de dire que les juges de *common law* ne raisonnent pas, mais que leur raisonnement est systématiquement sous-tendu par la recherche *historique* d'un précédent et la recherche parfois *subjective* du *ratio-decidendi*. En effet, la difficulté pour tout juriste travaillant sur la *common law* britannique est d'identifier ce qu'est ce *ratio* pour chaque décision et s'il s'applique à l'affaire qu'il a à trancher. La *mémoire* du *ratio* d'une décision et la subjectivité de chaque juge pour l'identifier pourront s'exprimer dans des opinions séparées, qui jouent ici un rôle déterminant. Une difficulté réside dans le fait que le *ratio* d'une décision est souvent exprimé d'une façon différente, plus ou moins abstraite, dans les opinions des juges. Ils peuvent concerner un large ensemble de faits très précis, le *ratio* sera donc lui aussi étroit. En revanche, si peu de faits sont concernés par une décision, le *ratio* sera très large et pourra s'appliquer à de nombreuses affaires ultérieures<sup>36</sup>. Ainsi, la quête *historique* du précédent et *subjective* du *ratio* peut avoir des conséquences importantes l'interprétation des lois et principes constitutionnels.

***La mémoire des juges contre l'histoire.*** Ces méthodes de retour vers le passé ont favorisé le conservatisme des juges particulièrement critiqué par J.A.G. Griffith dans son célèbre ouvrage, *The Politics of the judiciary*. Le juge bercé par cet « idéal du droit éternel »<sup>37</sup> et par l'approche « individualiste »<sup>38</sup> sous-tendue par la *common law* peut témoigner d'un conservatisme subjectif bercé par la mémoire des précédents ou des jugements individuels moraux. Les juges de *common law* ont

<sup>32</sup> Bell in P. Birks (dir.), *English Private Law*, Oxford, OUP, 2000, § 1.64.

<sup>33</sup> *Practice Statement, Judicial Precedent* [1966] 1 WLR 1234. La Cour d'appel est liée par ses propres précédents, dans sa formation civile, sauf quelques exceptions et dans sa formation pénale cette règle n'est pas appliquée rigide.

<sup>34</sup> G. Marshall, "The Constitution, its theory and interpretation", *op. cit.*, p. 75.

<sup>35</sup> M. Zander, *The Law-Making Process*, 7<sup>th</sup> ed., 2015, p. 263.

<sup>36</sup> G. Marshall, "The Constitution, its theory and interpretation", *op. cit.*, p. 92.

<sup>37</sup> R. Pound, *op. cit.*, p. 24.

<sup>38</sup> R. Pound, *op. cit.*, p. 26.

fait preuve de réticence face au développement du droit public résultant de l'émergence de l'État providence et du socialisme, notamment dans le champ des relations du travail jusqu'en 1966 date à laquelle la Chambre des Lords n'a plus été liée par ses propres précédents. Le conservatisme des juges s'est, par exemple, manifesté dans des décisions trouvant leur origine dans les mesures prises par des autorités locales contrôlées par le parti travailliste. Dans l'affaire *Roberts v. Hopwood*<sup>39</sup> de 1925, Lord Atkinson a dénoncé une décision d'un *Poplar Borough Council* de fixer un salaire minimum pour ses employés et de payer de façon équivalente les hommes et les femmes. Il indique qu'ils ont été guidés par « des principes excentriques de philanthropie socialiste ou par une ambition féministe d'assurer l'égalité des sexes dans le monde des salaires »<sup>40</sup>. Un an plus tard, le juge Astbury a déclaré la Grève générale de 1926 illégale au terme d'un *dictum* très critiqué<sup>41</sup>. La Chambre des Lords a, par la suite, interprété les lois instaurant des compensations pour les travailleurs, en faveur des employeurs, et « manipulé » les règles d'interprétation des lois pour faire obstacle aux lois sur le logement dans les années 1930, ce qui fut vivement critiqué par Ivor Jennings<sup>42</sup>.

Ces exemples témoignent de l'écueil du droit de *common law*. Ceci est vrai à tel point que la décision *Pepper v. Hart*, qui autorise en 1996 seulement le recours aux débats parlementaires, c'est-à-dire à l'histoire du texte de loi pour l'interpréter a été une véritable révolution au Royaume-Uni. Pour certains, cela revenait sur l'article 9 du *Bill of Rights* qui interdit de « remettre en cause ou de questionner la liberté d'expression et des débats au sein des procédures parlementaires ».

Malgré toutes ces techniques le formalisme des décisions est, à travers des **opinions séparées**, propice au recours à l'*histoire* telle qu'elle apparaît dans la *mémoire* de chaque juge. Ils peuvent mobiliser, à leur façon, non seulement des sources juridiques, mais aussi les grands moments de l'histoire constitutionnelle du contrôle juridictionnel de l'administration (*Miller II*, 2019 § 32), de l'indépendance des régions (*Miller I*, 2017§ 135), des rapports entre le Gouvernement et le Parlement (*Miller II*, 2019), des rapports entre le futur Monarque et le Gouvernement (*Evans*, 2012)<sup>43</sup> pour ensuite les interpréter selon leur propre subjectivité. La présence d'opinions séparées dans une Constitution de *common law* où histoire et mémoire se mêlent peut alors exacerber la subjectivité des juges dans la façon dont ils appréhendent les problèmes juridiques et dans leur usage des événements historico-juridiques. C'est le piège dans lequel peut tomber cette tradition juridique « obstinément individualiste »<sup>44</sup>, notamment au moment de l'émergence des classes sociales au début du XX<sup>e</sup> siècle. Cet élément explique la difficulté des systèmes de *common law* à appréhender la question des inégalités là où le législateur n'intervient pas. Roscoe Pound soulignait cette difficulté lorsqu'il présentait la *common law* comme contenant un élément féodal. Il n'est pas anodin, qu'au Royaume-Uni, les règles juridiques de lutte contre les

<sup>39</sup> [1925] AC 578.

<sup>40</sup> M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, pp. 172-173.

<sup>41</sup> *National Sailors and Firemens Union v. Reed* [1926] 1 Ch. 536.

<sup>42</sup> À ce propos, cf. I. Jennings, « Courts and Administrative Law – The Experience of English Housing Legislation », *HLR*, vol. 49, 1935-36, p. 426.

<sup>43</sup> *Evans v. Information Commissioner and Seven Government Departements* [2012] UKUT 313.

<sup>44</sup> R. Pound, *op. cit.*, p. 12

discriminations sont législatives et ont été adoptées grâce au droit « plus haut » de l'Union européenne et, dans une moindre mesure au droit de la CEDH, et non pas grâce au droit historique de *common law*. Le principe d'égalité, fondement d'une société démocratique, ne fait ainsi pas partie des fleurons de l'histoire constitutionnelle britannique ni des droits traditionnellement garantis, à l'instar de la propriété ou de la liberté.

\*\*\*

La problématique des rapports entre Constitution histoire et mémoire au Royaume-Uni révèle, en raison de sa nature, de son contenu et des interprétations qui peuvent en être faites, la prééminence de la subjectivité et du conservatisme dans cette Constitution coutumière de *common law* dominée par la doctrine de Dicey. Si l'histoire et la mémoire peuvent être mobilisées à différents niveaux dans des Constitutions formelles, les sources juridiques et les principes d'une Constitution coutumière peuvent davantage être instrumentalisés au profit de lectures différentes de la Constitution et privilégier la tradition par rapport aux changements. L'avantage de la flexibilité laisse place à l'inconvénient de l'incertitude, de l'insécurité juridique, mais surtout du déficit démocratique de cette Constitution historique.

## CONSTITUTION, HISTOIRE ET MEMOIRE

## SUISSE

*Michel Hottelier\**

## INTRODUCTION

1. Comme l'indique le Professeur Jean-François AUBERT, on peut concevoir bien des manières d'examiner la constitution, qui traduisent son caractère polysémique : sociologique, psychologique, économique, éthique et, bien entendu, juridique<sup>1</sup>. L'approche historique s'inscrit dans cette perspective. Pourtant, depuis qu'elles sont appréhendées non pas exclusivement comme des phénomènes historiques ou politiques, des moyens de légitimation du pouvoir, mais bien comme des corpus contenant des règles de droit à part entière, alliées au développement de la juridiction constitutionnelle, l'approche strictement juridique a eu tendance à s'imposer et même à occulter d'autres axes d'étude, non moins intéressants, des constitutions<sup>2</sup>. Les juristes s'étant pour ainsi dire appropriés la constitution et son étude, la dimension historique s'est progressivement éclipsée<sup>3</sup>.

2. Cette forme de déclin est particulièrement visible sur le plan académique. De plus en plus, de nos jours, l'enseignement universitaire a tendance à s'orienter vers une dimension prioritairement scolaire et utilitariste. Certes, des entités comme les Facultés de médecine et de droit ont toujours affiché une forme d'approche professionnalisante. Il n'en demeure pas moins que les universités n'échappent plus, désormais, au « productivisme planifié », ainsi que l'indique de manière évocatrice un auteur<sup>4</sup>. Le formatage de l'enseignement universitaire sur le

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<sup>1</sup> Jean-François AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *Revue de droit suisse* 1991 II, p. 17.

<sup>2</sup> Sur les types de constitutions, voir Paolo COMANDUCCI, « Epistémologie », in Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD (éd.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, *Théorie de la Constitution*, Paris 2012, p. 7 ss. Voir également Oliver DIGGELMANN, Maya HERTIG RANDALL, Benjamin SCHINDLER, « Verfassung », in Oliver DIGGELMANN, Maya HERTIG RANDALL, Benjamin SCHINDLER (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, p. 5 : « In ihrer Essenz kann die moderne Verfassung als anspruchsvolles normativ-institutionelles Arrangement zur Rationalisierung der Politik mit dem Mittel des Rechts charakterisiert werden ». Ces trois auteurs situent l'apparition du concept moderne de constitution à la fin du 18<sup>e</sup> siècle.

<sup>3</sup> Andreas KLEY, « Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts », in DIGGELMANN, HERTIG RANDALL, SCHINDLER (note 2), p. 104 relève que la doctrine constitutionnelle suisse a tendance à concentrer ses travaux sur les normes et l'organisation des pouvoirs publics, laissant à d'autres scientifiques l'approche politico-sociale, philosophique et historique.

<sup>4</sup> Michel PORRET, « Jubilation académique : combien de temps encore ? », in Gabriel AUBERT (éd.), *1559–2009 – Regards sur l'Université de Genève*, Genève 2009, p. 81 : « Un spectre hante l'Université d'aujourd'hui : celui du productivisme planifié dans la scolarisation outrancière ».

modèle dit de la Déclaration de Bologne a amplement contribué à cette transformation : des cours pour l'essentiel semestrialisés, une orientation marquée vers l'utilitarisme et la rentabilité professionnelle, qui va de pair avec l'octroi de « crédits » aux étudiants, devenus des clients<sup>5</sup>.

3. Cette métamorphose clientéliste a transformé l'Université en une sorte d'établissement bancaire, royaume du rendement immédiat et de la consommation éphémère, façon *fast-food* – vite acheté, rapidement consommé, aussitôt jeté, oublié... Pour la construction et la lente maturation des savoirs fondées sur l'humanisme et l'assimilation, l'appropriation des connaissances au sein d'une société démocratique, dont l'histoire fait assurément partie, il faudra repasser<sup>6</sup>.

4. Aussi convient-il de saluer l'idée d'organiser une Table ronde de justice constitutionnelle comparée basée sur l'analyse des liens entre la constitution, l'histoire et la mémoire, tant ces deux derniers termes sont aussi fondamentaux que négligés de nos jours. Pour aborder les diverses questions que soulève la grille d'analyse, le présent rapport se fonde sur la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, qui est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, suite à son adoption par le peuple et les cantons<sup>7</sup>. Il est toutefois complété et illustré par des exemples empruntés aux constitutions des vingt-six constitutions cantonales.

## I – CONSTITUTION ET HISTOIRE

### A. Les méthodes d'interprétation et l'interprétation historique

#### 1) Généralités

5. Ainsi que le relève la grille d'analyse, considérée à l'aune de l'histoire, la constitution apparaît comme le fruit du passé, à l'image pourrait-on ajouter du droit dans son ensemble. La remarque vaut particulièrement pour le processus d'apparition originaire d'une constitution, par quoi l'on entend la rupture précisément historique qui conduit à l'adoption d'une constitution tout-à-fait nouvelle et légitime l'instauration d'un ordre juridique non moins nouveau<sup>8</sup>. Elle concerne toutefois également les phases ultérieures de sa révision, totale ou partielle.

6. L'histoire fait ainsi partie intégrante non seulement de la genèse des constitutions, mais également de leur contenu, de leur lecture, de leur perception, de leur interprétation et de leur mise en œuvre au moyen en particulier de la méthode d'interprétation dite génétique ou historique.

7. En dépit de la jeunesse du texte de la Constitution fédérale, la méthode d'interprétation historique – comme les autres méthodes d'ailleurs – conserve toute son utilité<sup>9</sup>. D'une part, même récents, certains termes ou certaines dispositions peuvent nécessiter une forme de clarification et d'explicitation, même si l'objectif avoué de la révision totale de 1999 devait se réduire à une simple mise à jour et une actualisation du texte constitutionnel en vigueur

<sup>5</sup> PORRET (note 4), p. 84 : « La « culture » administrative de la réforme de Bologne est à l'Université ce que le bref échauffement musculaire matinal est au marathon ».

<sup>6</sup> Voir le tableau évocateur brossé par le Professeur Alfred DUFOUR, « Un droit sans histoire ? », *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* 2008, vol. II, p. 106 au sujet de l'étiollement progressif, depuis les années 1970, des disciplines historiques dans l'enseignement du droit à l'Université de Genève.

<sup>7</sup> Ci-après : Cst. ; *Recueil systématique du droit fédéral suisse* (ci-après : RS) 101. Le RS peut être consulté en ligne sur le site [www.admin.ch](http://www.admin.ch).

<sup>8</sup> sur le sujet, voir Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, Maya HERTIG RANDALL, Alexandre FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'Etat*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021, p. 523 ss.

<sup>9</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 8), p. 555.

antérieurement<sup>10</sup>. D'autre part, il est communément admis que l'interprétation que les autorités, en particulier le Tribunal fédéral, ont pu attribuer aux dispositions équivalentes qui trouvaient leur siège dans la Constitution fédérale précédente continuent en principe à s'appliquer aux normes actuellement en vigueur<sup>11</sup>. L'histoire n'introduit pas, sauf exception, de rupture dans ce processus.

## 2) Les méthodes d'interprétation et leur périmètre

8. La méthode historique permet de situer et de rappeler le sens originel des normes. Il s'agit d'une méthode de contextualisation historique, utile à révéler les intentions et la volonté de l'auteur de la norme (interprétation subjective), ou les conceptions générales, le climat sociétal qui prévalait à l'époque de son adoption (interprétation objective)<sup>12</sup>. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, la genèse de la norme peut aider à révéler l'intention du législateur historique, notamment par le message du Conseil fédéral et les avis exprimés au sein des séances des commissions parlementaires, le cas échéant à la lumière des conceptions généralement admises à l'époque où la règle a été adoptée. La Haute Cour a ajouté que les intentions du législateur affichent un poids d'autant plus grand que le texte interprété est récent<sup>13</sup>. *A contrario*, ces intentions sont susceptibles de subir une relativisation au fil de l'écoulement du temps.

9. En droit suisse, l'interprétation des normes constitutionnelles s'effectue au moyen des mêmes méthodes que celles qui s'appliquent à l'interprétation du droit de rang infraconstitutionnel<sup>14</sup>. Conformément à la jurisprudence, la méthode historique ne représente qu'un moyen parmi d'autres permettant de saisir la signification de la loi fondamentale<sup>15</sup>. Elle ne présente pas pour autant un caractère exclusif, ni même prioritaire ou déterminant à elle seule. Tant il est vrai que le processus d'interprétation des normes ne s'épuise pas dans la révélation de l'intention historique du législateur, mais s'inscrit dans un processus plus large de production de sens, qui peut être lui-même évolutif et faire appel à d'autres éléments permettant de situer ces dernières dans une réalité sociale elle-même mouvante<sup>16</sup>. Aussi le Tribunal fédéral prône-t-il l'emploi d'une pluralité de méthodes (« pluralisme pragmatique ») pour interpréter les normes, sans les soumettre à un ordre de priorité<sup>17</sup>.

10. L'interprétation historique s'applique à l'ensemble des compartiments du droit constitutionnel. C'est dire qu'il n'existe pas de chapitre de la loi fondamentale susceptible d'échapper à son empire. Le fédéralisme, c'est-à-dire la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons et les droits fondamentaux soulèvent assez fréquemment des questions d'interprétation originales.

<sup>10</sup> *Feuille fédérale de la Confédération suisse* (ci-après : *FF*) 1997 I, p. 27 ss et 117 ss. La *Feuille fédérale* peut être consultée en ligne sur le site [www.admin.ch/ch/f/ff/index.html](http://www.admin.ch/ch/f/ff/index.html).

<sup>11</sup> Voir par exemple *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : *ATF*) 126 I 168, à propos du concept d'arbitraire au sens de l'article 9 Cst. Le texte des arrêts du Tribunal fédéral suisse peut être consulté en ligne sur le site [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

<sup>12</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 8), p. 554 ; Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 117.

<sup>13</sup> *ATF* 112 Ib 465. Voir également *ATF* 114 V 239 ; 116 Ia 359 ; 117 II 523.

<sup>14</sup> *ATF* 147 I 136 ; 143 I 272 ; 139 II 243.

<sup>15</sup> *ATF* 147 IV 385 ; 146 IV 249 ; 145 IV 17 ; 144 V 313 et les autres références citées.

<sup>16</sup> Dominique MANAÏ, *Clés pour une introduction au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 82.

<sup>17</sup> Sur l'interprétation de la Constitution, voir Jacques DUBEY, Vincent MARTENET, « Introduction générale », in Vincent MARTENET, Jacques DUBEY (éd.), *Constitution fédérale. Commentaire romand*, vol. I, Bâle 2021, p. 18 ss ; Michel HOTTELIER, « Juge constitutionnel et interprétation des normes. Rapport suisse », *AJJC XXXIII-2017*, p. 453 ss.

### 3) Le fédéralisme

11. Dans le domaine du fédéralisme, l'une des questions susceptible de se poser consiste à déterminer l'étendue des compétences qu'énumère la Constitution fédérale par rapport à celles des cantons et donc à cadrer la répartition des compétences voulue par la loi fondamentale en ses articles 3 et 42. Sa résolution passe souvent par l'examen de l'intention de l'auteur de la norme attributive de compétence au moment de l'adoption de celle-ci.

12. A titre d'exemple, le développement des nouvelles techniques de procréation médicalement assistée a posé la question de déterminer si le niveau normatif d'intervention en Suisse était de rang fédéral ou cantonal. Par un arrêt de principe prononcé le 15 mars 1989, le Tribunal fédéral a indiqué que, conformément à la répartition des compétences qu'effectue la Constitution fédérale, les cantons pouvaient assumer cette tâche nouvelle, en l'absence de clause habilitant la Confédération à intervenir, dans le respect toutefois des droits fondamentaux imposé par le droit constitutionnel fédéral<sup>18</sup>. Les cantons sont demeurés compétents tant que la Constitution fédérale n'a pas été complétée par une clause l'habilitant expressément à légiférer (en 1992), puis par l'adoption d'une loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, en 2001.

13. Autre question : à qui incombe le maintien de la sûreté intérieure et extérieure en Suisse ? La question n'étant pas réglée de manière explicite par la Constitution fédérale de 1874, le Tribunal fédéral a jugé dans un arrêt de principe du 29 mai 1991 que ce domaine relève historiquement d'une compétence inhérente de la Confédération, liée à sa souveraineté, qui a pour effet d'exclure celle des cantons dans le même domaine. Selon la Haute Cour, l'existence même d'un Etat suppose en effet que celui-ci puisse se défendre contre les atteintes susceptibles de lui être portées. Aussi est-il dans la nature des choses que la Confédération veille à sa sûreté, extérieure et intérieure<sup>19</sup>.

### 4) Les droits fondamentaux

14. L'interprétation, y compris la méthode historique, joue également un rôle déterminant pour cerner le champ opératoire et les restrictions des droits fondamentaux. La démarche est ici incontournable, en tant que ces garanties consistent généralement en quelques termes simplement imprégnés, si l'on peut dire, d'encre constitutionnelle, dont la lecture ne permet bien souvent pas d'appréhender le sens précis. De même, le domaine des restrictions opposables aux libertés est cadré par des exigences aussi imprécises qu'évolutives.

15. Le Tribunal fédéral a par exemple eu l'occasion de préciser que la notion d'intérêt public qui permet de légitimer des restrictions au sens de l'article 36 alinéa 2 Cst. peut évoluer dans le temps. De fait, certains motifs peuvent perdre de leur pertinence, alors que d'autres peuvent se faire jour en fonction de l'évolution socio-historique, à l'image de la notion de politique sociale, reconnue comme motif d'intérêt public permettant de restreindre la liberté économique dans un arrêt de principe prononcé le 3 mars 1971<sup>20</sup>. Ces motifs peuvent évoluer aussi dans l'espace<sup>21</sup>. Le rôle qui revient à l'interprétation, donc à l'interprète, est central.

#### **Le principe d'égalité de traitement**

16. Un exemple célèbre emprunté à la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le domaine de l'égalité de traitement permet d'illustrer le propos. En 1874, lorsque la Constitution fédérale

<sup>18</sup> ATF 115 Ia 234.

<sup>19</sup> ATF 117 Ia 221.

<sup>20</sup> ATF 97 I 499.

<sup>21</sup> ATF 106 Ia 267, du 9 mai 1980, à propos de la notion de moralité publique.



entièrement révisée fut adoptée, les Suissesses ne disposaient pas encore des droits politiques. Le suffrage féminin a été introduit près d'un siècle plus tard dans la Constitution fédérale, le 7 février 1971. L'envergure de cette réforme a toutefois été strictement limitée aux seuls droits politiques de rang fédéral, la loi fondamentale précisant pour l'occasion que la question de l'introduction des droits politiques en faveur des femmes au niveau des cantons et des communes demeurait l'affaire de ces derniers. Des motifs de nature fédéraliste avaient conduit à cette solution, le suffrage féminin n'étant pas encore reconnu, à l'époque, par l'ensemble des cantons.

17. La donne, si l'on peut dire, a profondément changé le 14 juin 1981, soit quelque dix ans et demi après l'introduction du suffrage féminin au niveau fédéral. Ce jour-là, une majorité du peuple et des cantons a adopté une révision de la Constitution fédérale, introduisant un nouveau droit fondamental, qui posait le principe de l'égalité des droits entre femmes et hommes. Le domaine des droits politiques n'étant pas, à rigueur de texte, exclu par la nouvelle disposition, comment appréhender le cas des quelques cantons et communes qui, à l'échelon local, ne connaissaient toujours pas le suffrage féminin ? Le fédéralisme devait-il l'emporter sur le principe d'égalité des droits entre hommes et femmes, comme l'avait dicté la réforme constitutionnelle de 1971 ? Ou, à l'inverse, le nouveau droit fondamental devait-il emporter généralisation du suffrage féminin partout en Suisse ?

18. La question a passablement divisé la doctrine. Le Tribunal fédéral a été amené à trancher ce dilemme constitutionnel opposant le fédéralisme, la démocratie et les droits fondamentaux à la faveur d'un arrêt de principe prononcé le 27 novembre 1990<sup>22</sup>. Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures ne connaissait pas encore le suffrage féminin, toutes les tentatives visant à l'imposer par une révision constitutionnelle sur le plan local ayant essuyé un échec. Lors de la dernière de ces tentatives, plusieurs citoyennes et citoyens saisirent le Tribunal fédéral pour tenter de faire prévaloir le principe d'égalité sur la lecture, plus classique, des règles fédéralistes. La Haute Cour leur a donné raison.

19. Elle a pour ce faire précisé que l'interprétation historique de la Constitution ne présente nullement un caractère exclusif par rapport aux autres méthodes. Bien plus, une interprétation évolutive pouvait permettre en l'occurrence d'adapter, sans révision formelle, le texte de normes constitutionnelles, compte tenu – c'est aussi un aspect de l'histoire – de l'évolution qui a marqué la vie en société. Aussi, le terme « *Landleute* » qu'employait la Constitution cantonale pour désigner traditionnellement les membres masculins du corps électoral cantonal devait à présent intégrer également les femmes. Clairement, l'intégration dans la Constitution fédérale du principe général – c'est-à-dire, sans restriction ni dérogation – de l'égalité des droits entre hommes et femmes au titre de droit fondamental a introduit ici une rupture dans la conception traditionnelle du fédéralisme et des droits démocratiques en Suisse<sup>23</sup>.

### La liberté religieuse

20. Un autre exemple bien connu dans le domaine des rapports entre droit constitutionnel et histoire concerne la liberté religieuse. Le canton de Genève s'était doté, en 1875, d'une loi sur le culte extérieur, qui prohibait de manière absolue toute célébration de culte, procession ou cérémonie religieuse sur la voie publique. L'adoption de cette loi fut motivée, à l'époque, par les luttes et les antagonismes religieux entre catholiques et protestants qui étaient extrêmement vifs non seulement à Genève, mais également ailleurs en Suisse. Cette période, dite du « *Kulturkampf* », a d'ailleurs joué un rôle non négligeable dans le processus de

<sup>22</sup> ATF 116 Ia 359.

<sup>23</sup> Sur le sujet, voir HOTTELIER (note 17), p. 471 et 475.

révision totale de la Constitution fédérale de 1848 et à son remplacement par celle de 1874<sup>24</sup>. Durant plus de cent ans, cette loi n'a jamais été attaquée devant les tribunaux.

21. Au début des années 1980, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner sa constitutionnalité. L'affaire portée devant la Cour suprême concernait une décision de refus d'organiser une procession un dimanche matin, durant une dizaine de minutes, sur une portion de la voie publique d'un quartier résidentiel de la ville de Genève, entre la cure d'une église catholique et l'église elle-même, à l'occasion de la fête des Rameaux<sup>25</sup>. Fidèle à la teneur historique de la loi de 1875, le Conseil d'Etat genevois refusa aux fidèles l'autorisation de tenir la procession.

22. Saisi d'un recours dirigé contre cette décision, le Tribunal fédéral a constaté une violation de la liberté des cultes au sens de la Constitution fédérale. La Haute Cour a jugé que, si une loi aussi restrictive pouvait certes justifier son existence en 1875 sur la base du climat empreint de luttes violentes et d'un anticléricalisme marqué tel qu'il régnait alors à Genève, la situation avait évolué de manière notable dans le sens d'un apaisement des esprits depuis lors. La doctrine avait relevé à cet égard que la conception de l'ordre public avait subi une évolution sensible, correspondant à l'évolution des moeurs dans le sens du respect réciproque à l'égard des membres des différentes communautés religieuses. Aussi, une interdiction absolue de toute procession ou manifestation religieuse sur la voie publique ne se justifiait plus.

23. Ce d'autant que, à la faveur d'une affaire jugée presque soixante ans plus tôt à propos du canton de Zurich<sup>26</sup>, les juges fédéraux avaient déjà eu l'occasion d'indiquer que, dans les pays où la liberté de culte est garantie, un certain degré de tolérance réciproque à l'égard des manifestations de culte extérieures doit pouvoir être exigé des communautés religieuses et de leurs adhérents. Ainsi, a souligné la Cour suprême, le seul fait que l'exercice en public d'un culte pourrait être de nature à blesser le sentiment religieux de personnes appartenant à une autre confession ne suffit en principe pas pour que la paix confessionnelle soit troublée. Il faut en outre que la vie en commun soit perturbée ou menacée par le déroulement de la manifestation en public et qu'il en résulte un état de tension préjudiciable.

24. En l'espèce, non seulement le Conseil d'Etat genevois n'avait même pas examiné, à titre préjudiciel, si la norme d'interdiction des manifestations religieuses sur le domaine public était conforme à la Constitution fédérale, mais la conception contemporaine de la liberté de conscience et de croyance ne permettait plus de refuser, sans autre, une autorisation d'usage accru du domaine public. L'interprétation historique de la loi de 1875 ne permettant plus de se borner à une application aveugle de ses dispositions, la loi a été déclarée inconstitutionnelle. La décision d'interdiction a en conséquence été annulée et la loi incidemment déclarée contraire à la Constitution fédérale.

25. Ce précédent révèle de manière évocatrice l'importance et l'utilité du contrôle concret de la constitutionnalité des lois, qui a offert en l'occurrence l'opportunité, plus de cent ans après l'adoption de la loi incriminée, de revisiter ses fondements historiques et d'assurer une mise en œuvre actualisée de la liberté en cause<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Olivier MEUWLY, « Introduction historique », in MARTENET, DUBEY (note 17), p. 62 ; Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, Maya HERTIG RANDALL, Alexandre FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021, p. 249 ; AUBERT (note 12), p. 46 et 49.

<sup>25</sup> ATF 108 Ia 41, du 12 mars 1982.

<sup>26</sup> ATF 49 I 138, du 3 mars 1923.

<sup>27</sup> Certains poncifs historiques sont parfois tenaces : bien que déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 1982, la loi genevoise sur le culte extérieur de 1875 n'a été formellement abrogée que le 26 avril 2018, suite à l'adoption d'une loi sur la laïcité de l'Etat par le Grand Conseil genevois (art. 12 let. b). Le législateur cantonal a toutefois cru utile de maintenir l'interdiction de

## 5) Les instruments démocratiques

26. La méthode d'interprétation historique joue un rôle particulier dans le domaine des droits politiques. Lorsqu'un texte normatif est en effet soumis au référendum populaire, sur le plan fédéral ou au niveau des cantons et des communes, comment procède-t-on pour interpréter la volonté exprimée par son auteur, à savoir la majorité du corps électoral ? La question ne pose guère de problème lorsque le texte qui vient à être rejeté émane de l'organe législatif, encore qu'il peut s'avérer intéressant de déterminer les raisons à l'origine du refus par le peuple. Elle ne pose pas de gros problème non plus en cas d'acceptation de ce même type de texte : l'interprétation résulte en effet des travaux qui sont à l'origine de l'adoption du texte par l'organe législatif. La question s'avère en revanche plus délicate lorsque le référendum porte sur une initiative présentée par une fraction du corps électoral<sup>28</sup>. Ici, les travaux préalables de traitement de l'initiative par le gouvernement ou le parlement permettent certes d'apporter un éclairage utile sur la signification du texte soumis au scrutin populaire. Mais qu'en est-il de l'intention des auteurs de l'initiative ? Celle-ci peut-elle être amenée à jouer un rôle ?

27. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'aborder cette intéressante question à maintes reprises<sup>29</sup>. Sa jurisprudence, solidement établie, indique que la première règle d'interprétation consiste à prendre pour point de départ le texte de l'initiative. Celui-ci doit, selon la Haute Cour, s'interpréter selon sa lettre, et non selon la volonté des initiants. Une éventuelle motivation de l'initiative et les prises de position de ses auteurs peuvent néanmoins être prises en considération. Quand bien même l'interprétation repose en principe sur le libellé de l'initiative, une référence à sa motivation n'est pas exclue si elle est indispensable à sa compréhension. La volonté des auteurs doit être prise en compte, à tout le moins, dans la mesure où elle permet de délimiter le cadre de l'interprétation de leur texte et du sens que les signataires ont pu raisonnablement lui attribuer.

28. Le Tribunal fédéral a ajouté que lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation qui permet de la faire apparaître comme conforme au droit supérieur, elle doit être déclarée valable et soumise au peuple. L'interprétation conforme doit ainsi conduire à éviter, autant que possible, les déclarations d'invalidité des demandes d'origine populaire. Tel est le sens de l'adage « *in dubio pro populo* », selon lequel un texte dépourvu de sens univoque doit être interprété de manière à favoriser l'expression du vote populaire. Cette approche ouverte découle également du principe de la proportionnalité (art. 34 et 36 al. 2 et 3 Cst.), selon lequel une intervention étatique doit porter l'atteinte la plus restreinte possible aux droits des citoyens. Les décisions d'invalidation d'initiatives populaires

---

principe de tenir des « manifestations religieuses de nature cultuelle et non cultuelle » sur le domaine public, en n'autorisant la tenue de ces dernières qu'« à titre exceptionnel » (art. 6 al. 2). Dans le sillage de l'arrêt de 1982, cette restriction a été jugée contraire à la liberté religieuses et formellement abrogée par le Tribunal fédéral à la faveur d'un arrêt de principe, prononcé sur contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois cantonales, le 23 décembre 2021. La Haute Cour a jugé l'interdiction de principe d'organiser des manifestations religieuses sur le domaine public difficilement compatible avec l'exigence d'un motif légitime permettant de restreindre la liberté religieuse et, en tout état, contraire au principe de la proportionnalité au sens de l'article 36 alinéa 3 Cst. (arrêt 2C\_1079/2019, consid. 11 et les références citées). Sur le sujet, voir l'étude de Thierry TANQUEREL, « L'expression religieuse sur le domaine public », in Frédéric BERNARD, Eleanor MC GREGOR, Diane VALLEE-GRISSEL (éd.), *Etudes en l'honneur de Tristan Zimmermann*, Zurich 2017, p. 245 ss.

<sup>28</sup> HOTTELIER (note 17), p. 461.

<sup>29</sup> Voir MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 8), p. 317 et les références citées.

doivent autant que possible être limitées, en retenant la solution la plus favorable à leurs auteurs<sup>30</sup>.

## 6) Le rôle du Gouvernement et du Parlement

29. L'interprétation historique ne concerne pas uniquement les juges chargés d'exercer la juridiction constitutionnelle. Elle trouve matière à s'appliquer, plus largement, chaque fois qu'une question de compréhension de la Constitution vient à se poser sur le plan institutionnel<sup>31</sup>. Tel est en particulier le cas de la procédure parlementaire. Un exemple récent permet d'illustrer l'importance, mais aussi la relativité de cette méthode.

30. Durant les travaux qui, depuis l'année 2013, ont conduit le Parlement fédéral à introduire le mariage pour tous, la question du niveau normatif de la réforme s'est posée : suffisait-il de modifier le Code civil et quelques autres lois fédérales ou fallait-il entreprendre au préalable une révision de la Constitution ? Dans son chapitre consacré aux droits fondamentaux, cette dernière comprend en effet une disposition (art. 14) qui indique que « le droit au mariage et à la famille est garanti ». Considérée d'un point de vue strictement historique, il ne fait aucun doute que cette garantie, inscrite en 1874 dans l'airain constitutionnel, protège l'union conjugale dans sa composante hétérosexuelle, soit les « couples traditionnels », selon l'approche qu'a suivie le Conseil fédéral lors des travaux qui ont conduit à l'adoption de la Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>32</sup>. Cette approche historique a également été suivie par le Tribunal fédéral<sup>33</sup>. L'interprétation historique présente-t-elle un caractère exclusif pour autant ?

31. La question a passablement divisé les rangs parlementaires, ainsi que la doctrine. Finalement, à l'issue d'un examen approfondi reposant en particulier sur un avis de droit extrêmement fouillé de l'Office fédéral de la justice et sur le travail accompli par les Commissions des affaires juridiques de chacune des deux chambres du Parlement, l'Assemblée fédérale a considéré qu'une révision de la loi fondamentale ne s'imposait nullement. Le mariage pour tous pouvait être intégré au droit suisse au moyen d'une simple modification législative. En effet, les méthodes d'interprétation autres que la méthode historique, à commencer par l'interprétation littérale de l'article 14 Cst., ne permettent pas d'exclure le mariage pour tous du champ opératoire de la norme constitutionnelle. La nouvelle, votée le 18 décembre 2020 par l'Assemblée fédérale, a donné lieu à une demande de référendum. Une majorité du peuple l'a acceptée lors du scrutin du 26 septembre 2021. La réforme est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022.

### B. Le droit constitutionnel transitoire

32. Parmi les chapitres qui composent les constitutions, une place est traditionnellement réservée à la procédure de leur révision, de même qu'aux aspects temporels liés à leur adoption et leur mise en œuvre<sup>34</sup>. La Suisse ne fait pas exception : outre la présence de chapitres détaillés relatifs à leur procédure de révision – totale comme partielle –, tant la Constitution fédérale que

<sup>30</sup> ATF 143 I 129, du 14 décembre 2018, à propos d'une initiative populaire cantonale opposée à l'ouverture d'un centre « Islam et société » à l'Université de Fribourg, déclarée contraire au principe de non-discrimination (art. 8 al. 2 Cst.), en tant qu'elle créait une interdiction liée à une seule religion parmi toutes celles qui n'ont pas le statut de droit public dans ce canton.

<sup>31</sup> HOTTELIER (note 17), p. 455 s.

<sup>32</sup> FF 1997 I, p. 157.

<sup>33</sup> ATF 126 II 425, du 25 août 2000 ; 119 II 264, du 3 mars 1993 : « Un mariage conclu à l'étranger entre personnes du même sexe heurte l'ordre public suisse et ne saurait donc être reconnu ».

<sup>34</sup> FF 1997 I, p. 108 ss ; AUBERT (note 12), p. 130 ss.

celles des cantons sont pourvues de dispositions visant à régler le régime de leur mise en œuvre (droit transitoire). En dépit de son importance pratique, ce chapitre du droit constitutionnel reste pourtant relativement peu étudié. Cette timidité de la doctrine est certainement regrettable, car les questions liées à la temporalité des normes constitutionnelles, pour soulever de cas en cas des questions originales, sont extrêmement importantes.

33. Sur le plan fédéral, l'article 195 Cst. pose, sous le titre « Entrée en vigueur », la règle selon laquelle la Constitution fédérale entièrement ou partiellement révisée déploie ses effets « dès que le peuple et les cantons l'ont acceptée ». Positivement, la disposition signifie que l'onction démocratique d'une majorité des voix du corps électoral fédéral, alliée à l'exigence fédéraliste d'une majorité des voix des cantons – à savoir, douze – selon l'article 142 Cst. représente la condition *sine qua non* de l'adoption formelles des normes constitutionnelles fédérales. Négativement, la disposition signifie que les normes constitutionnelles ne sauraient être qualifiées de telles ni donc déployer leurs effets avant l'obtention de cette double majorité.

34. L'entrée en vigueur des normes constitutionnelles fédérales va donc de pair avec leur adoption formelle. Telle est la règle, étant précisé qu'il est envisageable de ménager un laps de temps entre l'adoption formelle par le peuple et les cantons et l'entrée en vigueur. Ce régime particulier doit alors être prévu par la norme elle-même.

35. Les normes transitoires connaissent parfois un destin aussi particulier qu'inattendu. La Constitution fédérale du 29 mai 1874 était dotée d'une disposition, l'article 2 des dispositions transitoires (DT), qui indiquait de manière assez claire que « les dispositions des lois fédérales, des concordats et des constitutions ou des lois cantonales contraires à la présente Constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci ou de la promulgation des lois qu'elle prévoit ». Pour régler le régime temporel de mise en oeuvre de la nouvelle loi fondamentale, la disposition a été interprétée par le Tribunal fédéral comme fixant également son champ d'application territorial. La Haute Cour a en effet déduit de cette norme le principe très général selon lequel le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui contraire<sup>35</sup>.

36. Ici, le Tribunal fédéral a tout naturellement évoqué la « violation d'un principe du droit public » lorsque, en raison de la non-application des règles du droit fédéral à des cas qui sont manifestement régis par celui-ci, des autorités cantonales en viennent à méconnaître l'effet dérogatoire des lois fédérales à l'égard des droits cantonaux et portent ainsi atteinte au principe selon lequel « le droit fédéral prime le droit cantonal ». Cette extension du champ opératoire de l'article 2 DT a joué un rôle central dans la jurisprudence que le Tribunal fédéral a développée depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle en matière d'arbitrage des conflits opposant les compétences ou les normes de la Confédération à celles des cantons<sup>36</sup>.

37. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 a pris acte de cette casuistique et codifié la règle matérielle de conflit, en indiquant à son article 49 alinéa 1 que « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire ». Comme c'était le cas avec l'article 2 DT, la disposition est interprétée comme intégrant un droit individuel directement justiciable, qui peut être invoqué à l'appui d'un recours exercé devant le Tribunal fédéral<sup>37</sup>.

### C. La tradition constitutionnelle et la coutume

38. Comme le relève la grille d'analyse, l'histoire peut être par elle-même source de normativité. La référence historique dessine et conditionne, en pareille hypothèse, la conception

<sup>35</sup> ATF 12 I 543, du 22 octobre 1886.

<sup>36</sup> Sur le sujet, voir Peter SALADIN, « Article 2 DT », in Jean-François AUBERT, Kurt EICHENBERGER, Jörg Paul MÜLLER, René A. RHINOW, Dietrich SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, vol. IV, Bâle 1986, p. 3 ss.

<sup>37</sup> FF 1997 I, p. 217 s. Sur le sujet, voir MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 8), p. 407 ss et les références citées.

et la mise en œuvre du droit constitutionnel. On peut trouver une illustration particulièrement intéressante de ce phénomène dans le domaine des droits fondamentaux.

## 1) La reconnaissance de droits fondamentaux non écrits

39. A partir de la fin des années 1950, le Tribunal fédéral a développé une ligne de jurisprudence originale et assez audacieuse, qui a conduit à reconnaître un certain nombre de droits fondamentaux non écrits. La Haute Cour a progressivement forgé les conditions à réaliser pour que des garanties nouvelles, faute de découler de la lettre de la Constitution, se déduisent, en quelque sorte, de son esprit<sup>38</sup>. Pour ce faire, les juges fédéraux ont indiqué que le droit en cause devait se présenter comme une condition d'exercice de droits existants ou, alternativement, représenter un élément indispensable de l'ordre juridique de la Confédération. En sus, la garantie devait correspondre à un certain consensus au sein de l'ordre juridique, soit que leur reconnaissance soit appuyée par la doctrine, soit qu'elle procède d'une certaine réalité (« *Verfassungswirklichkeit* ») au sein de l'ordre constitutionnel des cantons. La conception historique du droit constitutionnel tant fédéral que cantonal a ainsi été appelée à jouer un rôle fondateur.

40. Ce processus s'est étendu durant trente cinq ans. Des libertés comme la garantie de la propriété, la liberté d'expression, la liberté personnelle, la liberté de la langue ou encore la liberté de réunion ont été successivement érigées en droits fondamentaux autonomes de l'ordre constitutionnel de la Confédération. Le dernier droit à avoir été reconnu est le droit à des conditions minimales d'existence<sup>39</sup>. L'ensemble de ces garanties a été intégré au texte de la loi fondamentale fédérale lors de l'adoption de la Constitution du 18 avril 1999.

41. On peut voir dans ce tissu d'exigences une certaine forme de référence à la tradition constitutionnelle, qui devient ainsi source de normativité, dans le souci d'éviter que les juges de la Cour suprême n'en viennent à imposer la reconnaissance de garanties non dotées d'une assise suffisante au niveau tant national que local, même s'il est vrai que la Haute Cour n'a jamais eu l'occasion de préciser plus avant la notion de réalité constitutionnelle à laquelle elle a fait allusion.

42. L'intégration dans la Constitution fédérale des droits reconnus par la jurisprudence marque-t-elle la fin du processus historique de création de droits fondamentaux par voie prétorienne ? Il est permis d'en douter, tant l'évolution de la vie en société peut révéler la nécessité d'adapter et de faire évoluer la riche palette des garanties qu'offre le catalogue de la Constitution fédérale, compris comme un texte lui-même ouvert et vivant<sup>40</sup>. On peut penser par exemple au droit à un environnement sain, au statut des droits de l'enfant ou encore au statut des personnes en situation de handicap, toutes garanties nouvelles déjà consacrées par des constitutions cantonales récentes comme la Constitution du canton de Genève, du 14 octobre 2012.

## 2) Les restrictions opposables à la garantie de la propriété

43. Les restrictions des droits fondamentaux peuvent subir une évolution en fonction de l'histoire, comme indiqué précédemment à propos de notions comme la moralité publique ou

<sup>38</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 24), p. 37.

<sup>39</sup> ATF 121 I 367, du 27 octobre 1995. Sur le sujet, voir Michel HOTTELIER, « Le droit au service de l'humanité : l'obligation constitutionnelle d'assurer à toute personne des conditions minimales d'existence », in *Humanisme et droit : ouvrage offert en hommage au Professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris 2013, p. 243 ss.

<sup>40</sup> Jörg Paul MÜLLER, « Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz », in DIGGELMANN, HERTIG RANDALL, SCHINDLER (note 2), vol. II, p. 1174.

la politique sociale. La référence à l'histoire permet également, de cas en cas, de fonder des restrictions au sens de l'article 36 alinéa 2 Cst. Le domaine de la garantie de la propriété au sens de l'article 26 Cst. est exemplaire à cet égard.

44. Dans la jurisprudence qu'il a progressivement forgée, le Tribunal fédéral a par exemple admis que des bâtiments ou des bien-fonds qui affichent une dimension historique importante peuvent légitimement limiter les droits de disposition du propriétaire. Conformément à la formule consacrée, la Haute Cour considère que les restrictions de la propriété foncière qui sont ordonnées pour protéger les monuments et les sites naturels ou bâtis sont en principe d'intérêt public.

45. La jurisprudence a indiqué qu'il importe de procéder à un examen global, objectif et basé sur des critères scientifiques, qui prenne en compte le contexte culturel, historique, artistique et urbanistique du bâtiment en cause. La Haute Cour a également souligné que les constructions qui sont les témoins et l'expression d'une situation historique, sociale, économique et technique particulière sont de nature à justifier une mesure de conservation<sup>41</sup>. Selon cette perspective, peut s'avérer digne de protection ce qui est typique d'une époque ou représentatif d'un style, même relativement récent, de façon à sauvegarder des bâtiments industriels ou commerciaux qui ne sont pas nécessairement des œuvres d'art. Le Tribunal fédéral a ajouté que la mesure ne doit pas être destinée à satisfaire seulement un cercle restreint de spécialistes, mais doit au contraire apparaître légitime aux yeux du public ou d'une grande partie de la population pour afficher en quelque sorte une valeur générale<sup>42</sup>.

### 3) Le rôle de la coutume

46. La notion de coutume comme source formelle du droit n'apparaît nulle part dans le texte de la Constitution fédérale et le concept n'est par ailleurs pas fréquemment employé en droit constitutionnel. L'entrée en vigueur d'une constitution fédérale entièrement révisée au début des années 2000, alliée à des possibilités très ouvertes de révision partielle au moyen en particulier du droit d'initiative populaire, permet sans doute d'expliquer ce phénomène. Il est, par exemple, communément admis qu'il serait exclu d'invoquer une coutume pour tenter de fonder une compétence à la Confédération et priver ainsi les cantons d'agir dans ce domaine<sup>43</sup>.

47. Cela dit, la jurisprudence a parfois l'occasion d'évoquer la notion de coutume sur le terrain constitutionnel. Le Tribunal fédéral s'est livré à cet exercice à la faveur d'une affaire dont il a connu le 3 mai 2012<sup>44</sup>. L'affaire portait sur un règlement adopté par le Conseil d'Etat du canton de Genève au sujet des traducteurs-jurés, qui avait été déclaré dépourvu de base légale par la Chambre administrative de la Cour de justice du canton. Le Conseil d'Etat saisit le Tribunal fédéral pour tenter de faire accepter la validité du texte. L'un des arguments avancés

<sup>41</sup> Voir par exemple *ATF* 135 I 176, du 23 avril 2009, à propos d'une mesure de classement de cabanons de pêcheurs sur une parcelle du canton de Vaud, à proximité immédiate du lac Léman, au motif que cet ensemble constitue un patrimoine digne de protection en tant que témoin d'une activité et d'une époque révolues et également en raison de ses particularités typologiques et de sa rareté.

<sup>42</sup> Arrêt 1C\_708/2020, du 27 janvier 2022 et les autres références citées, à propos d'une mesure de classement d'un château et de la parcelle qui l'abrite dans le canton de Vaud. Voir également l'arrêt 1C\_68/2019, du 18 octobre 2019, au sujet de la mise à l'inventaire d'un immeuble d'habitation en ville de Genève. Le Tribunal fédéral relève que, pour avoir été construit durant les années 1956 et 1957 par deux architectes au bénéfice d'une certaine renommée en Suisse, l'immeuble témoigne des grandes tendances internationales de l'époque. Il se caractérise en effet par une solution structurelle originale et des propositions typologiques totalement nouvelles lors de son édification, avec pour spécificité une alternance d'appartements de deux ou de trois pièces traversants, et de quatre pièces en duplex desservis par des coursives distribuant les étages.

<sup>43</sup> DUBEY, MARTENET (note 17), p. 33 et les références citées.

<sup>44</sup> *ATF* 138 I 196.

portait précisément sur l'existence d'une coutume constitutionnelle séculaire, selon laquelle le gouvernement serait, à Genève, au bénéfice d'une compétence normative lui permettant d'adopter, *sponte sua*, ce genre de règlement. La Haute Cour a rejeté l'argument et confirmé le verdict de l'instance judiciaire genevoise.

48. Les juges fédéraux ont indiqué que l'on ne saurait exclure, de manière générale, la naissance et la reconnaissance de droit coutumier en droit public. Il n'est ainsi pas contraire au droit constitutionnel de reconnaître une norme juridique née d'un usage prolongé, pour autant toutefois que cette dernière ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux. Le silence de la loi ne saurait par ailleurs être interprété d'emblée comme un silence qualifié prohibant tout droit coutumier. La question dépend, de l'avis de la Haute Cour, de la question de savoir s'il s'avère nécessaire de compléter la loi ou s'il faut interpréter le caractère exhaustif de la norme juridique écrite comme faisant obstacle à tout complètement. La reconnaissance d'une coutume est soumise à des conditions strictes. Une lacune véritable a par exemple été admise et une coutume a jadis été reconnue s'agissant de la compétence du Conseil d'Etat genevois de connaître des recours hiérarchiques contre les décisions prises par l'administration cantonale.

49. Cela étant, ont ajouté les juges fédéraux, il ne saurait être tenu compte d'une coutume lorsque la démarche équivaldrait à déroger à une loi formelle, voire à la Constitution. Or, il découle du droit constitutionnel genevois que l'on ne saurait interpréter de manière extensive la compétence du Conseil d'Etat de légiférer en posant des normes primaires en lieu et place du constituant ou du législateur. Comme les compétences normatives du Conseil d'Etat se limitent à exécuter et concrétiser les lois adoptées par le Grand Conseil, l'existence d'une coutume constitutionnelle permettant d'étendre les compétences législatives de l'organe exécutif au détriment de la répartition des compétences régie par la Constitution genevoise – de surcroît, dans un domaine soumis à la réserve de la loi en raison de la délégation d'une tâche de l'administration à des particuliers – doit être réfutée. Comme il avait eu l'occasion de l'indiquer dans une affaire jugée en 1975 déjà, l'existence d'une coutume permettant en droit genevois au Conseil d'Etat de légiférer doit s'apprécier d'une manière très restrictive<sup>45</sup>.

#### **D. La désuétude**

50. A l'inverse de la création de règles de droit par l'écoulement du temps, l'histoire peut-elle avoir raison de règles constitutionnelles et les priver d'applicabilité pour cause de désuétude ? La question a été abordée dans le contexte de l'adoption de la Constitution fédérale du 18 avril 1999. Comme indiqué précédemment, l'un des objectifs de cette réforme totale a consisté à clarifier et adapter le texte de la loi fondamentale aux exigences contemporaines du droit constitutionnel. Le Conseil fédéral a, dans ce contexte, proposé d'extraire du texte de la Constitution des dispositions dont la pertinence, sous l'angle de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics, ne se justifiait plus.

51. Plusieurs normes de la Constitution fédérale de 1874 ont ainsi été extraites du texte de la loi fondamentale pour être rétrogradées, si l'on peut dire, au niveau de la loi. Ont ainsi été en particulier retranchées des dispositions telles que l'interdiction des tribunaux ecclésiastiques ou l'interdiction de la fabrication et de la commercialisation de la liqueur absinthe<sup>46</sup>. L'argument de la désuétude a été invoqué dans ce contexte en lien avec la nécessité de réviser formellement le texte des dispositions en cause.

52. L'écoulement du temps et l'évolution de l'histoire peuvent aussi conduire non pas à l'abandon pur et simple d'une norme constitutionnelle, mais à son adaptation et sa clarification sur le terrain légistique. La Constitution genevoise du 24 mai 1847 contenait par exemple, dans

<sup>45</sup> ATF 101 Ia 473, à propos de la compétence d'adopter un règlement sur la prostitution en l'absence de loi formelle.

<sup>46</sup> FF 1997 I, p. 18, 41, 114, 185 et 319.



sa « Déclaration des droits individuels », une disposition consacrée à l'égalité (art. 2). Son texte indiquait de manière lapidaire que « tous les Genevois sont égaux devant la loi » (al. 1) et que « le peuple genevois renonce à toute distinction de territoires et à toute inégalité de droits qui pourraient résulter soit de traités, soit d'une différence d'origine entre les citoyens du canton » (al. 2).

53. Les travaux menés par l'Assemblée constituante chargée en 2008 de réviser complètement la loi fondamentale genevoise ont conduit à un remodelage complet de la disposition. D'abord, l'intitulé « Déclaration des droits individuels » directement inspiré, à l'époque, du droit naturel et de la notion de *Bill of Rights* qui accompagne la Constitution américaine de 1787, a cédé la place au titre plus actuel de « Droits fondamentaux ». Quant au principe d'égalité (art. 15), il indique simplement que « toutes les personnes sont égales en droit » (al. 1). L'ancien alinéa 2 de la Constitution de 1847 a été purement et simplement abrogé. Les trois autres alinéas qui composent la disposition sont consacrés à l'interdiction de la discrimination et au principe d'égalité entre hommes et femmes.

## II – CONSTITUTION ET MEMOIRE

### A. Mémoire et préambule

#### 1) La Constitution fédérale

54. Comme l'a relevé le Conseil fédéral dans le message qu'il a adressé le 20 novembre 1996 à l'Assemblée fédérale à l'appui de son projet de nouvelle constitution, le préambule représente une introduction cérémonieuse et solennelle. Doté d'un contenu symbolique, il traduit sous une forme condensée l'esprit de la constitution et prépare au texte qui lui fait suite<sup>47</sup>.

55. Les constitutions fédérales qui en 1848, puis en 1874 ont précédé la Constitution actuellement en vigueur étaient toutes deux dotées d'un préambule, composé d'une brève formule incantatoire évoquant la Confédération suisse et la volonté des confédérés. Celle de 1999 contient un préambule nettement plus fourni. L'adoption de ce texte a fait suite à une réflexion soutenue sur son opportunité et son utilité. Lors de la vaste procédure de consultation qui a précédé la rédaction du projet de constitution, certains milieux se sont prononcés en faveur du maintien d'un préambule moyennant une nouvelle formulation, d'autres pour son abrogation pure et simple<sup>48</sup>. Le Conseil fédéral a finalement opté pour le maintien d'un préambule plus détaillé que les précédents, notamment pour réaffirmer et renouveler les valeurs à la base de l'Etat suisse et préciser de manière explicite que la Confédération se compose du peuple et des cantons<sup>49</sup>.

56. On ne trouve guère dans la Constitution fédérale de clauses symboliques de nature mémorielle « propres à renforcer le sentiment d'appartenance à la nation », comme le souligne

<sup>47</sup> FF 1997 I, p. 124. Sur le sujet, parmi une littérature abondante, voir Alain PAPAUX, « Préambule », in MARTENET, DUBEY (note 17), p. 81 ss ; Eva Maria BELSER, « Präambel », in Bernhard WALDMANN, Eva Maria BELSER, Astrid EPINEY (éd.), *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2015, p. 33, évoque une « würdevolle Einleitung in feierlicher Sprache über Urheber, Motive und Zwecke der Verfassung » ; Bernhard EHRENZELLER, in Bernhard EHRENZELLER, Benjamin SCHINDLER, Rainer J. SCHWEIZER, Klaus A. VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, p. 53 ss.

<sup>48</sup> FF 1997 I, p. 85 et 124. PAPAUX (note 47), p. 83, note 1 relève que le préambule est la partie de la Constitution qui a suscité le plus de réponses des citoyens et occasionné les débats les plus nourris devant les Chambres. Voir également Jean-François AUBERT, Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 5.

<sup>49</sup> FF 1997 I, p. 125.

le Professeur Jean-François AUBERT<sup>50</sup>. Les dispositions générales qu'abritent les articles 1 à 6 Cst. énoncent néanmoins un certain nombre de principes qui rappellent les bases et les buts de la Confédération, le statut historique des cantons ou exposent les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit. Mais l'on n'y trouve pas, en particulier, de mention symbolique comme le drapeau, une devise ou un hymne, pas plus que l'évocation d'un lieu abritant une capitale. Ces questions sont réglées au niveau infraconstitutionnel.

57. Une exception doit être apportée à cette sorte de règle : la présence, à l'article 110 alinéa 3 Cst. – article lui-même placé dans les compétences dont dispose la Confédération en matière de travail –, d'une disposition qui indique que le 1<sup>er</sup> août est le jour de la Fête nationale. L'exception doit cependant être relativisée : la présence de cette disposition dans la loi fondamentale, adoptée à la faveur d'une initiative populaire acceptée par le peuple et les cantons en 1993, est loin de ne poursuivre qu'une finalité symbolique ou historique. La disposition ajoute en effet que le jour de Fête nationale est assimilé aux dimanches du point de vue du droit du travail et qu'il doit par conséquent être rémunéré. Une disposition transitoire (art. 196 ch. 9 al. 2 Cst.) indique de surcroît que le jour de la Fête nationale n'est pas compté au nombre des jours fériés au sens de la loi fédérale sur le travail. Il s'agit par conséquent d'un jour férié spécial, destiné à commémorer la naissance de l'Etat fédéral dans l'ensemble de la Confédération<sup>51</sup>. Le symbole rejoint, pour la circonstance, l'inclusion d'une règle matérielle à part entière.

58. Le statut de la langue est lui aussi bien présent dans le texte de la Constitution. Les raisons n'en sont pas pour autant de nature symbolique, puisqu'il s'agit de fixer de manière très concrète les bases du plurilinguisme tel qu'il a cours en Suisse. L'article 4 Cst. rappelle le caractère plurilingue de l'Etat suisse, en indiquant que les langues nationales sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche. Comme l'a indiqué le Conseil fédéral, il s'agit d'un élément important de la Confédération suisse, qui « renseigne sur les conditions générales de l'identité nationale »<sup>52</sup>. L'article 70 Cst. ajoute que les langues officielles de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien. Le romanche est aussi langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes qui pratiquent cette langue. Dans le chapitre qui énonce les droits fondamentaux, l'article 18 Cst. protège la liberté de la langue. Cette garantie permet en particulier d'arbitrer les litiges de nature linguistique susceptibles de survenir dans les cantons bilingues comme Berne, Fribourg, le Valais ou les Grisons<sup>53</sup>.

59. Une mention spécifique doit être formulée s'agissant du rôle et du statut des cantons. L'article 1<sup>er</sup> Cst. énumère successivement, sous le titre « Confédération », chacun des vingt-six cantons qui composent cette dernière, dans l'ordre de leur entrée dans la Confédération, les trois cantons directeurs du Pacte fédéral de 1815 (Zurich, Berne et Lucerne) apparaissant en premier<sup>54</sup>. Il s'agit d'ailleurs d'une constante, les Constitutions de 1848 et de 1874 comptant toutes deux une clause comparable. La dimension historique est ici patente, ce d'autant qu'il est plutôt inhabituel que le corps d'une constitution énonce nommément les collectivités qui composent l'Etat fédéral<sup>55</sup>. L'article 3 Cst. rappelle quant à lui que les cantons sont souverains, en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et qu'ils exercent, à

<sup>50</sup> AUBERT (note 1), p. 86.

<sup>51</sup> *FF* 1997 I, p. 327.

<sup>52</sup> *FF* 1997 I, p. 138.

<sup>53</sup> *FF* 1997 I, p. 164.

<sup>54</sup> *FF* 1997 I, p. 127. Sur le sujet, voir déjà AUBERT (note 12), p. 205.

<sup>55</sup> *FF* 1997 I, p. 126 s, où le Conseil fédéral souligne que « la construction de l'Etat fédéral ne doit pas uniquement être envisagée sous un aspect historique, mais aussi un aspect systématique, à partir de la base, soit des cantons et de leur population. » Notons qu'en Allemagne, la *Grundgesetz* liste dans son préambule les seize *Länder* qui composent la fédération.

ce titre, tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. Cette disposition fonde l'architecture du fédéralisme helvétique.

60. Ces éléments affichent une valeur mémorielle majeure, en tant qu'ils énoncent le rôle et le statut des cantons. Par souci de mémoire historique, le constituant a traité cette question en profondeur et choisi aussi de maintenir des termes qui, bien que surannés sur le terrain juridique, étaient déjà présents dans la Constitution fédérale antérieure<sup>56</sup>. Il s'agit des vocables « Confédération » – alors même que la Suisse n'en est plus une depuis 1848, où elle s'est agrégée en Etat fédéral<sup>57</sup> –, « souverains » et « souveraineté » pour ce qui concerne les cantons – quand bien même ces derniers sont dépourvus d'indépendance et d'autonomie au regard du droit international contemporain.

61. Comme l'a relevé le Conseil fédéral, il s'est agi ici « de ne pas rompre complètement avec la tradition » dans ce domaine très sensible, « même si cela implique l'utilisation de certains termes dont le sens a nécessairement évolué depuis 1848 »<sup>58</sup>. Dans le même sens, l'expression « Conseil des Etats » a elle aussi été maintenue (art. 148 al. 2 et 150 Cst.) pour désigner la Chambre des cantons au sein de l'Assemblée fédérale, alors même que les cantons ne sont juridiquement plus des Etats, depuis 1848 également.

## 2) Les constitutions cantonales

62. La quasi-totalité des constitutions dont les cantons sont dotés comprend un préambule. Seules celles de Zoug (1894), Appenzell Rhodes-Intérieures (1872) et Thurgovie (1987) n'en comptent pas<sup>59</sup>. La présence d'un préambule procède donc d'une tradition largement répandue en Suisse. On y parle généralement beaucoup du passé, du présent et aussi, un peu, de l'avenir. Tel est en particulier le cas dans les cantons de la Suisse romande. L'avant-projet de constitution qui est en train d'être mis au point par l'Assemblée constituante élue dans le canton du Valais au mois de novembre 2018 est par exemple lui aussi doté d'un préambule original, plutôt condensé, alors que celle qui est actuellement en vigueur et qui date du 8 mars 1907 ne contient qu'une phrase incantatoire : « Au nom de Dieu tout-puissant ! »<sup>60</sup>.

63. Le contenu des préambules des constitutions cantonales est variable. Il comprend généralement plusieurs phrases introductives, plus ou moins détaillées. Parfois, seule une brève mention ou disposition incantatoire précède, pour l'ouvrir, le texte de la loi fondamentale. Dans le canton du Jura, le préambule de la Constitution du 20 mars 1977 souligne la volonté de souveraineté et de création d'une communauté unie, qui a conduit à la sécession et au détachement du territoire du nouveau canton par rapport à celui du canton de Berne. La mémoire historique influe ici de manière très directe sur l'entame du texte constitutionnel. Dans le canton de Genève, des discussions nourries se sont déroulées au sein de l'Assemblée constituante chargée d'élaborer la constitution adoptée le 14 octobre 2012 pour déterminer si l'adjonction d'un préambule se justifiait. Par comparaison, la Constitution précédemment en vigueur, rédigée il est vrai dans la hâte, n'en contenait pas. L'Assemblée constituante a

<sup>56</sup> *FF* 1997 I, p. 73, 126 et 131 s.

<sup>57</sup> *FF* 1997 I, p. 15.

<sup>58</sup> *FF* 1997 I, p. 131.

<sup>59</sup> Tobias JAAG, « Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrechts », in DIGGELMANN, HERTIG RANDALL, SCHINDLER (note 2), p. 113 ; Andreas AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016, p. 253.

<sup>60</sup> Le préambule du projet valaisan conserve la mention incantatoire, mais ajoute : « Nous, Peuple du Valais, libre et souverain, respectueux de la dignité humaine et de la nature, conscients de notre histoire et de la place du Canton dans la Confédération suisse, voulant assumer nos responsabilités envers les générations actuelles et futures, résolus à forger une société solidaire et un État fondé sur le Droit, nous donnons la Constitution que voici ».

finalement donné suite à la proposition de l'une de ses commissions, à plusieurs propositions et pétitions, ainsi qu'au vœu exprimé par de nombreuses associations et institutions qui avaient pris part à la procédure de consultation portant sur l'avant-projet de constitution. Tout en rappelant le souci de renouveler le contrat social, le préambule intègre trois volets, consacrés respectivement à l'héritage, au présent, ainsi qu'à l'ouverture sur l'avenir<sup>61</sup>.

64. A l'inverse de la Constitution fédérale, les constitutions des cantons contiennent assez fréquemment des mentions telles que le drapeau, une devise ou encore la mention d'une capitale. A Genève par exemple, l'Assemblée constituante a profité de la révision totale de la Constitution de 1847 pour intégrer dans la loi fondamentale deux dispositions relatives à la langue officielle (art. 5), ainsi qu'aux armoiries et à la devise du canton (art. 7). Dans ce dernier cas, on a hissé au niveau de la Constitution des principes figurant dans la loi. Les constitutions des cantons du Jura, de Neuchâtel, Vaud, Fribourg et du Tessin contiennent elles aussi des dispositions de ce genre.

### 3) La valeur normative

65. Les préambules des constitutions suisses sont-ils dotés de force normative ? Le sujet, classique, est abondamment débattu en doctrine<sup>62</sup>. Pour les uns, le préambule ne fait qu'annoncer le texte de la loi fondamentale et il ne saurait, à ce titre et en raison précisément de son caractère solennel et incantatoire, être doté des attributs propres aux règles de droit. Sa portée se réduit au symbole, en lien avec la mémoire historique. Pour d'autres, le préambule fait par sa nature même et sa définition partie du corps même de la constitution au sens formel et les éléments qu'il contient peuvent, au besoin, guider l'action des organes chargés d'assurer la mise en œuvre de la loi fondamentale. C'est l'esprit de la constitution qui vient, en quelque sorte, un peu à la rescousse de sa lettre.

66. S'agissant du préambule de la Constitution fédérale, la réponse est claire : il est communément admis qu'il est dépourvu de toute portée normative. Certains auteurs doutent même de son utilité à servir de guide pour interpréter, au besoin, la loi fondamentale<sup>63</sup>. Il est vrai que nous ne connaissons pas de précédent dans lequel le Tribunal fédéral aurait, par hypothèse, fait référence au préambule de la Constitution de 1999. Mais ce qui est valable pour un préambule ne l'est pas forcément pour d'autres. Par comparaison, au niveau international par exemple, ce n'est certainement pas l'effet du hasard si l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 15 à la CEDH a précisément modifié le préambule de la Convention de 1950 pour faire référence au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation qui revient « au premier chef » aux Etats parties dans la mise en œuvre des droits et libertés conventionnels. Aussi, la réponse à la question de la normativité des préambules peut susciter une réponse nuancée.

67. Nous sommes d'avis que, sans conteste, le préambule peut, en fonction de son contenu et de son libellé, servir à éclairer le sens des normes constitutionnelles. Il s'agit, à tout le moins, d'un dispositif de référence de première importance apte, le cas échéant, à contribuer à l'interprétation sous l'angle aussi bien historique que littéral et systématique. Cette dimension quasi normative peut aussi être utile, au besoin, à compléter la loi fondamentale. L'exemple du Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 peut en témoigner, à travers le renvoi que ce texte opère à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, sur lequel le Conseil constitutionnel s'est appuyé pour conférer force normative à cette dernière et consacrer les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

<sup>61</sup> Michel HOTTELIER, Thierry TANQUEREL, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », *La Semaine judiciaire* 2014 II, p. 355.

<sup>62</sup> *FF* 1997 I, p. 124. Sur le sujet, voir en particulier PAPAUX (note 47), p. 115 et BELSER (note 47), p. 35.

<sup>63</sup> AUBERT, MAHON (note 48), p. 5 et les références citées.

68. Le préambule de chacune des Constitutions jurassienne et genevoise contient un renvoi explicite à la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948. Ne faut-il pas voir dans ce renvoi une forme de constitutionnalisation de cet instrument et à la mémoire qu'il incarne – en particulier à travers les rappels historiques que contient son préambule –, instrument certes lui aussi dépourvu d'effet juridique direct, qui pourrait néanmoins fournir une source de référence fort utile dans l'interprétation des garanties de ces deux constitutions ?

## B. La place de la symbolique mémorielle

69. Outre la garantie de la propriété, dont le système de restriction ouvre un certain espace à la mémoire historique à travers la conservation du patrimoine, ainsi que nous l'avons vu<sup>64</sup>, la liberté d'expression occupe une place centrale en matière de symbolique mémorielle.

### 1) La liberté d'expression

70. La liberté d'expression est garantie de manière très générale aux articles 16 et 17 Cst., qui traitent des libertés d'opinion, d'information, respectivement de la liberté des médias. L'article 20 protège la liberté de la science et l'article 21 celle de l'art<sup>65</sup>. Ces garanties ne consacrent pas explicitement d'espace spécifique aux lois mémorielles, mais elles n'excluent bien entendu nullement ces dernières de leur champ d'application<sup>66</sup>. La juridiction constitutionnelle et conventionnelle joue un rôle déterminant dans ce contexte très particulier.

71. La symbolique mémorielle fait partie intégrante de la protection qu'octroie la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de souligner l'importance qui revient à cette garantie, notamment lorsqu'elle porte sur des questions d'intérêt général. Lorsque tel est le cas, ont précisé les juges alsaciens, l'article 10 paragraphe 2 CEDH ne laisse guère de place pour des restrictions<sup>67</sup>. Dans ce contexte, la recherche de la vérité historique fait partie du champ opératoire de la liberté d'expression<sup>68</sup>. Tel est particulièrement le cas en ce qui concerne la place qu'occupe la vérité historique, en lien avec le souvenir des atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale, comme l'attestent plusieurs précédents jugés aussi bien par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la Suisse que par le Tribunal fédéral<sup>69</sup>.

72. A diverses reprises, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur les rapports susceptibles d'exister entre le négationnisme et la liberté d'expression<sup>70</sup>. La Haute Cour a par exemple précisé que la personne qui participe à la diffusion publique d'un ouvrage négationniste contribue à la négation ou à la minimisation grossière d'un génocide au sens de

<sup>64</sup> *Supra*, ch. 43 ss.

<sup>65</sup> Regina KIENER, Walter KÄLIN, Judith WYTENBACH, *Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018, p. 210 ; Michel HOTTELIER, « Constitution et liberté d'expression. Rapport suisse », *AIJC XXIII-2007*, p. 413.

<sup>66</sup> Maria LUDWICZAK GLASSEY, « L'influence de la CEDH sur le droit suisse : éléments de droit pénal spécial et de droit de la coopération internationale en matière pénale », *Revue de droit suisse* 2022 II, p. 96 ss.

<sup>67</sup> *ACEDH* Stoll c. Suisse, du 10 décembre 2007, par. 105 et 106.

<sup>68</sup> *ACEDH* Monnat c. Suisse, du 21 septembre 2006, par. 57.

<sup>69</sup> Plus largement sur le sujet, voir les intéressants développements de Laurence GAY dans le contexte de la Table ronde organisée les 4 et 5 septembre 2013 par le GERJC sur le thème « Existe-t-il un droit à (la recherche de) la vérité historique ? », *AIJC XXIX-2013*, p. 621.

<sup>70</sup> Sur les fondements du négationnisme et sa pénalisation, voir l'étude de Edouard JAKHIAN, « Négationnisme et pénalisation », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS*, Athènes 2009, p. 269 ss et les références citées.

la disposition du Code pénal (art. 261<sup>bis</sup>)<sup>71</sup>, qui proscrie la discrimination et l'incitation à la haine. Cette disposition a été adoptée en 1993, en application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965. Classée parmi les infractions contre la paix publique, elle protège essentiellement la dignité de l'être humain en tant que membre d'une race, d'une ethnie ou d'une religion, comme l'a relevé le Tribunal fédéral<sup>72</sup>. Peu importe, ont ajouté les juges fédéraux, que l'ouvrage n'ait pas été vendu, sa mise en vente publique suffit<sup>73</sup>. Une autre affaire, jugée également le 16 octobre 2001, a vu le Tribunal fédéral indiquer que la norme pénale précitée est compatible avec la liberté d'expression au sens de l'article 10 CEDH<sup>74</sup>.

73. Cette ligne de jurisprudence a été confirmée par la suite. Une affaire jugée le 16 octobre 2015 a vu la Haute Cour indiquer que la négation de l'Holocauste réalise objectivement l'état de fait incriminé par l'article 261<sup>bis</sup> CP dès lors qu'il s'agit d'un fait historique généralement reconnu comme établi, notoire, incontestable ou indiscutable. Les juges fédéraux ont ajouté que la mise en doute de l'existence des chambres à gaz revient à contester les crimes commis par le régime nazi, en particulier l'extermination systématique des Juifs dans des chambres à gaz<sup>75</sup>.

74. Dans un arrêt plus récent<sup>76</sup>, le Tribunal fédéral a rappelé les éléments fondamentaux de l'approche qui gouverne la répression pénale de propos négationnistes et antisémites. Après s'être référée à la jurisprudence abondante développée sur le sujet par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, la Haute Cour a indiqué que l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention telles que son préambule les exprime, à savoir la justice et la paix, ne relève pas de la protection offerte par l'article 10 CEDH. Sa répression sur le terrain du droit pénal ne contrevient pas, partant, à la liberté d'information au sens de l'article 16 Cst. La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle clairement exclu les propos négationnistes du champ d'application matériel de l'article 10 paragraphe 1 CEDH sur la base de la clause de l'article 17 CEDH<sup>77</sup>.

75. De même, a été jugé attentatoire à l'honneur au sens du Code pénal le fait de suggérer qu'une personne, même une personnalité politique, éprouve de la sympathie pour le régime nazi. Dans le débat politique, ont précisé les juges fédéraux, l'atteinte à l'honneur pénalement punissable ne doit être admise qu'avec retenue et, en cas de doute, elle doit être niée. Cela dit, la liberté d'expression indispensable à la démocratie implique que les acteurs de la lutte politique acceptent de s'exposer à une critique publique, parfois même violente, de leurs

<sup>71</sup> Ci-après : CP ; RS 311.0.

<sup>72</sup> ATF 123 IV 202, du 5 décembre 1997.

<sup>73</sup> ATF 127 IV 203, du 16 octobre 2001.

<sup>74</sup> Arrêt 6P.92/2001. Sur le sujet, voir également les arrêts 6S.614/2001, du 18 mars 2002 et 1P.297/2003, du 19 août 2003.

<sup>75</sup> Arrêt 6B\_1100/2014.

<sup>76</sup> Arrêt 6B\_350/2019, du 29 mai 2019.

<sup>77</sup> Req. n° 65831/01 Garaudy c. France, décision du 24 juin 2003 : « Or, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention ».

opinions. Il ne suffit pas d'abaisser une personne dans les qualités politiques que celle-ci croit avoir. La critique ou l'attaque porte atteinte à l'honneur protégé par le droit pénal si, sur le fond ou dans la forme, elle ne se limite pas à rabaisser les qualités de l'homme politique et la valeur de son action, mais s'avère propre à l'exposer au mépris en tant qu'être humain<sup>78</sup>. Dans le même sens, dans le domaine du statut de la fonction publique, le licenciement d'un membre de la police pour avoir ouvertement affiché sa sympathie pour l'idéologie nationale-socialiste et avoir employé des termes injurieux et vulgaires a été considéré comme conforme au principe de la proportionnalité<sup>79</sup>.

76. L'approche de la Haute Cour est d'autant plus justifiée que l'article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, tout comme l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, interdisent explicitement tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse.

77. En matière de vérité mémorielle, les choses sont ainsi claires pour ce qui concerne les propos qui mettent en cause les crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive et d'autres propos concernant les crimes ou le régime nazis. Dans une affaire concernant le massacre de la population arménienne, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a tenu un raisonnement plus nuancé à propos de l'emploi du terme génocide.

78. L'affaire mettait en cause un homme politique turc, qui avait nié publiquement à plusieurs reprises l'existence d'un génocide perpétré par l'Empire ottoman sur le peuple arménien en 1915 et les années suivantes et qualifié la thèse du génocide arménien de mensonge international. Condamné par les autorités suisses pour discrimination raciale au sens de l'article 261<sup>bis</sup> CP, il alléguait devant la Cour de Strasbourg une violation de sa liberté d'expression. Saisie par le Gouvernement suisse à la suite d'un arrêt de chambre qui avait, le 17 décembre 2013, conclu à la violation de l'article 10 CEDH, la Grande Chambre de la Cour a examiné si les autorités suisses avaient ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant à la liberté d'expression et le droit des Arméniens à la protection de leur dignité.

79. Pour procéder à cette évaluation, les juges strasbourgeois ont pris en compte les circonstances propres au cas d'espèce, à savoir la nature des propos, le contexte de l'ingérence, la mesure dans laquelle les propos avaient heurté les droits des Arméniens, l'existence ou non d'un consensus parmi les Hautes Parties contractantes quant à la nécessité de recourir à des sanctions pénales à l'égard de propos de cette nature, l'existence éventuelle de règles de droit international en la matière, le raisonnement suivi par les juridictions suisses pour justifier la condamnation et la gravité de l'ingérence.

80. Par arrêt du 15 octobre 2015, la Cour est arrivée à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire dans une société démocratique de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne. Les tribunaux suisses apparaissaient avoir censuré le requérant pour avoir simplement exprimé une opinion divergente de celles qui ont cours en Suisse et l'ingérence avait revêtu la forme grave d'une condamnation pénale. La Cour a conclu à la violation de l'article 10 CEDH. Elle a en particulier déclaré que criminaliser la négation de l'Holocauste ne se justifie pas tant parce qu'il constitue un fait historique clairement établi, mais parce que, au vu du contexte historique dans les États en question – l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique et la France –, sa négation, même habillée en recherche historique impartiale, traduit invariablement une idéologie antidémocratique et antisémite. Pour la Cour, la négation de l'Holocauste est donc dangereuse à un double titre, surtout dans les États qui ont connu les horreurs nazies et dont on peut estimer qu'ils ont une responsabilité morale particulière : se distancer des atrocités de masse commises par eux ou avec leur complicité,

<sup>78</sup> ATF 137 IV 313, du 16 septembre 2011. Sur le sujet, voir également les arrêts 6B\_932/2008, du 2 décembre 2008 et 6B\_119/2017, du 12 décembre 2017.

<sup>79</sup> Arrêt 8C\_740/2017, du 25 juin 2018.

notamment en prohibant leur négation.

81. La Cour a ajouté qu'en revanche, nul ne soutient qu'il existe un lien direct entre la Suisse et les événements survenus en 1915 et les années suivantes dans l'Empire ottoman. Le seul lien direct pourrait découler de la présence d'une communauté arménienne sur sol suisse, mais il est ténu, d'où il ressort clairement que la polémique déclenchée par le requérant était extérieure à la vie politique suisse. De plus, rien ne prouve qu'à l'époque où le requérant avait tenu ses propos, le climat en Suisse était tendu et risquait de générer des frictions graves entre les Turcs et les Arméniens qui y vivaient<sup>80</sup>. Les sept opinions dissidentes qui accompagnent l'arrêt démontrent que l'on peut être d'un autre avis<sup>81</sup>.

82. Le 25 août 2016<sup>82</sup>, le Tribunal fédéral a admis la demande de révision présentée par le requérant. Les juges fédéraux ont retenu que le constat de violation de la liberté d'expression posé par les juges de Strasbourg faisait obstacle au maintien de sa condamnation pénale. Cette dernière ne s'avérant plus nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 10 paragraphe 2 CEDH, elle a été formellement annulée.

83. Le Tribunal fédéral a par la suite adapté sa jurisprudence. La Haute Cour a par exemple conclu à la violation de l'article 10 CEDH à propos de la condamnation d'une personne fondée sur l'article 261<sup>bis</sup> CP, qui avait remis en cause la version officielle liée au massacre de Srebrenica, en ex-Yougoslavie<sup>83</sup>.

## 2) La réparation du dommage mémoriel

84. Une affaire originale jugée le 21 janvier 2000 par le Tribunal fédéral permet d'illustrer une autre facette du rôle que peut jouer la symbolique mémorielle au sein de la jurisprudence<sup>84</sup>. A son origine se trouve une personne juive née en 1927 à Berlin, qui avait perdu sa nationalité polonaise en raison d'un décret dirigé contre les Juifs et qui émigra en Belgique, pays où elle vécut depuis 1939. En raison des déportations organisées par les nazis en août 1942, l'intéressé fut la Belgique pour la France, alors que sa mère et son frère disparurent en Belgique et tenta de pénétrer sur territoire suisse au mois de novembre 1943. Il fut dans un premier temps refoulé en France par les gardes-frontières suisses puis, lors d'une seconde tentative quelques jours plus tard, remis aux agents des douanes allemands, en France occupée, avant d'être déporté dans le camp de Drancy, près de Paris, puis à Auschwitz, en décembre 1943. L'intéressé survécut au camp de concentration et parvint à se sauver en se mettant sous la protection américaine, en avril 1945.

85. En 1996, il adressa au Département fédéral des finances une demande d'indemnité, pour réparation morale, à hauteur de 100'000 francs. Le Conseil fédéral exprima une position négative sur cette demande, non sans relever que la requête l'avait profondément touché sur le plan humain et qu'une manière de voir purement juridique était peu convenable au regard du destin personnel tragique qu'avait connu le demandeur. Le Conseil fédéral se déclarait conscient de la souffrance incommensurable que ce dernier avait subie, lui exprimant sa profonde sympathie et ses regrets. Du point de vue juridique cependant, il fallait considérer que la prétention était périmée ou prescrite. Même si l'état de fait était profondément préoccupant sur un plan humain, le comportement des autorités frontalières suisses ne constituait pas une complicité à un acte de génocide au sens du droit international. De plus, la conception du

<sup>80</sup> ACEDH Perincek c. Suisse, par. 243 et 244. Voir également ACEDH Mercan c. Suisse, du 28 novembre 2017.

<sup>81</sup> ACEDH Perincek c. Suisse. Sur le sujet, voir également LUDWICZAK GLASSEY (note 66), p. 103 ss et les références citées.

<sup>82</sup> Arrêt 6F\_6/2016 X. c. *Ministère public central du canton de Vaud et Association Y.*

<sup>83</sup> ATF 145 IV 23, du 6 décembre 2018.

<sup>84</sup> ATF 126 II 145.



principe de non-refoulement en droit humanitaire, c'est-à-dire sa reconnaissance en tant que droit subjectif du réfugié, ne s'était développée qu'après la Seconde Guerre mondiale.

86. En 1998, l'intéressé forma une action en responsabilité contre la Confédération suisse directement devant le Tribunal fédéral, réitérant sa demande de réparation morale à hauteur de 100'000 francs sur la base de la loi fédérale sur la responsabilité. S'en tenant, là également, à une approche strictement juridique, le Tribunal fédéral a rejeté la demande au fond. Des prétentions en responsabilité contre la Confédération pour des actes d'agents des douanes accomplis durant la Seconde Guerre mondiale étaient périmées au sens du droit suisse. La politique suisse en matière d'asile durant la Seconde Guerre mondiale n'était pas, selon le droit en vigueur à l'époque où les faits s'étaient produits, contraire au droit des gens. Une éventuelle violation du droit national ne justifiait pas de faire abstraction de la péremption. La Haute Cour a ajouté que la question ne se serait posée qu'en cas de véritable participation des autorités suisses à un génocide. Or, une telle participation n'était pas démontrée en l'occurrence. Les puissances victorieuses de la Seconde Guerre mondiale n'avaient jamais formulé expressément le reproche que la Suisse se serait rendue coupable de complicité de crime contre la paix, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité, d'autant plus que sa politique correspondait à celle d'autres Etats.

87. Cela étant, le Tribunal fédéral a retenu qu'au regard des circonstances tout à fait exceptionnelles du cas d'espèce, il se justifiait d'allouer des dépens au plaignant, même si celui-ci n'obtenait pas gain de cause au fond. Une indemnité de 100'000 francs lui a ainsi été attribuée. La Haute Cour a retenu que les frais de justice sont en règle générale supportés par la partie qui est déboutée. Toutefois, en présence de circonstances extraordinaires, la partie qui obtient gain de cause peut être contrainte, pour des motifs d'équité, de supporter les frais de celle qui perd, partiellement ou totalement. Au regard des circonstances extraordinaires propres au cas particulier, à savoir la remise du demandeur aux autorités allemandes, il se justifiait exceptionnellement de faire usage de cette possibilité. Les questions soulevées par le demandeur étant d'une importance fondamentale et d'une nature complexe, celui-ci pouvait de bonne foi se croire fondé à ouvrir action. Cela d'autant plus que le Conseil fédéral avait renoncé à examiner en détail les questions soulevées et s'était borné à prendre brièvement position sur les questions de droit les plus importantes, mentionnant qu'il incombait au Tribunal fédéral de procéder à une évaluation juridique définitive et complète.

88. Ce cas est tout à fait exceptionnel et demeuré inédit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il s'inscrit dans un contexte plus large, qui a vu le Conseil fédéral prendre dans la deuxième moitié des années 1990 la décision d'ouvrir un travail de mémoire sur la position de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale, à la suite de l'affaire dite des fonds en déshérence, qui vit les banques suisses être accusées d'avoir conservé des biens confiés par des victimes du nazisme. A la fin de l'année 1996, le gouvernement a mis sur place une commission indépendante d'experts, chargée de la mission de faire toute la lumière sur l'étendue et le sort de l'affaire des fonds en déshérence, puis sur la politique d'asile de la Suisse pendant la Seconde Guerre mondiale, y compris l'examen des relations économiques et financières entre la Suisse et le Troisième Reich. L'importance du précédent jugé le 21 janvier 2000 par le Tribunal fédéral illustre le renouvellement des relations entre droit et histoire qui, sur un plan plus général, s'est produit à la suite des atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale.

### 3) Le droit à l'oubli

89. La casuistique en matière de droit à l'oubli n'est guère développée en Suisse. Dans le domaine de la liberté de la presse, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, à la faveur d'une affaire civile, que des déclarations, répandues au moyen d'un texte imprimé au sujet du comportement politique qu'ont eu des personnes de l'histoire contemporaine ne sont pas

illicites, pour autant qu'elles correspondent à la vérité. Dans cette mesure, il n'existe pas de droit à l'oubli. Pour autant, le reproche de haute trahison proféré à l'égard d'un particulier constitue une atteinte illicite à ses intérêts personnels s'il ne correspond pas à la vérité. Une telle atteinte ne peut être justifiée ni en déclarant qu'on entreprend une recherche historique, ni en soutenant qu'il s'agit d'une publication politique incisive<sup>85</sup>.

90. Dans une autre affaire, jugée le 3 février 2014<sup>86</sup>, le Tribunal fédéral a déclaré qu'un délai d'archivage de quatre-vingts ans prévu en matière de dossiers de protection de la jeunesse contenant des données sensibles est certes exceptionnellement long, mais qu'il s'avère toutefois nécessaire au regard de l'intérêt public concerné et pour permettre aux descendants de bénéficiaires de l'action socio-éducative et aux historiens de consulter ces dossiers. Une violation du droit au respect de la vie privée au sens des articles 13 Cst. et 8 CEDH ne saurait pas conséquent être retenue.

---

<sup>85</sup> ATF 111 II 209, consid. 3c p. 213, du 2 mai 1985 : « Im Licht der Pressefreiheit ist es wünschenswert, dass über öffentliche Angelegenheiten berichtet wird; zu diesen Angelegenheiten gehören auch die persönlichen Verhältnisse der im staatlichen Leben hervortretenden Personen, soweit sie für die staatliche Stellung der Betroffenen von Bedeutung sind, vor allem aber auch die frühere politische Haltung einer Person der Zeitgeschichte. Ein unbekümmert um die Pressefreiheit - deren selbstverständlich auch der Historiker teilhaftig ist - geltendes "Recht auf Vergessen" gibt es in diesem Zusammenhang nicht. Indessen wird die Pressefreiheit eingeschränkt durch Art. 28 ZGB, also das Verbot, jemanden unbefugterweise in seinen persönlichen Verhältnissen zu verletzen. Bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit sind die oben genannten Kriterien zu beachten. Insbesondere ist eine die Persönlichkeit verletzende Äusserung widerrechtlich, wenn ihr Inhalt nicht der Wahrheit entspricht ».

<sup>86</sup> Arrêt 5A\_771/2013.

## CONSTITUTION, HISTOIRE ET MEMOIRE.

### CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Joël Andriantsimbazovina<sup>1</sup>

#### Résumé du rapport

En tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains, la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention) reflète et symbolise l'importance des droits de l'homme dans l'histoire et la mémoire de la construction européenne à travers le Conseil de l'Europe ; elle constitue ainsi en elle-même un instrument de questionnement du passé et de l'avenir des Etats membres de cette entité européenne.

En tant que gardienne de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme (la CEDH) tient compte de ces éléments dans l'exercice de son office surtout lorsqu'elle est confrontée à des affaires qui soulèvent des questions d'ordre historique ou d'ordre mémoriel.

Dans ce cadre, la CEDH se heurte à des différentes difficultés méthodologiques concernant les contours de l'histoire et de la mémoire et de leur portée. Dans la présentation et l'examen des questions historiques, quelles sont les limites temporelles ? En matière de fixation de ce que pourrait être une vérité historique, quel est le cadre de l'appréhension juridictionnelle des questions historiques et mémorielles ?

En l'état actuel de sa jurisprudence, et dans le respect de la grille d'analyse de la table ronde, la CEDH aborde l'histoire sous l'angle général de l'interprétation de la Convention et la mémoire dans son rapport avec la liberté d'expression et de communication.

#### **I. – HISTOIRE ET INTERPRETATION DE LA CONVENTION**

##### **A. – L'usage ambivalent de l'histoire pour limiter la portée de la Convention**

- 1. – L'histoire globale comme instrument de neutralisation d'un droit protégé*
- 2. – L'histoire de l'Europe comme élément de contrôle de la transition démocratique*

##### **B. – L'usage implicite de l'histoire pour réguler la normativité de la Convention**

- 1. – L'histoire de la Convention comme moteur de l'interprétation dynamique*
- 2. – L'histoire nationale comme justification de l'identité nationale*

---

<sup>1</sup> Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Toulouse 1 – Capitole, Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé, directeur de l'Ecole Doctorale Droit et Science politique.

## **II. – MEMOIRE ET LIBERTE D'EXPRESSION**

### **A. – La mémoire comme instrument de fixation de la vérité historique.**

*1. – La singularité de la Shoah.*

*2. – L'exclusion de la négation de la Shoah du champ d'application de la liberté d'expression.*

### **B. – La mémoire comme élément favorable aux débats sur l'Histoire.**

*1. – La préférence pour un débat ouvert sur les questions mémorielles*

*2. – Les limites de la politique jurisprudentielle autour des débats historiques*