

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français\*

Cédric MILHAT\*\*

## **Résumé**

*La relation du droit de l'Histoire et de la mémoire est exemplaire dans un État comme la France, notamment à cause de la frénésie normative qui s'est récemment emparée des pouvoirs publics, sous la pression de groupes divers aux revendications souvent contradictoires et exacerbées. Le problème est qu'à vouloir satisfaire toutes les communautés, le législateur a opéré une dommageable confusion entre la mémoire et l'Histoire. Or, à l'exception relative de l'autorité judiciaire, le législateur (comme d'ailleurs l'exécutif) est incompétent et insuffisamment impartial pour prendre position sur l'Histoire.*

## **Abstract**

*The relation of the law of History and memory is exemplary in a State as France, notably because of the normative frenzy which newly took over authorities, under the pressure of various groups in often contradictory and exacerbated claims. Problem is that to want to satisfy all communities, the legislator operated harmful on one confusion between memory and History. And, in the relating exception of judicial authority, the legislator (as besides executive) is incompetent and insufficiently uncommitted to take position on History.*

---

\* Cette étude a fait l'objet d'une communication orale lors d'un colloque international organisé à l'École Polytechnique (France) du 22 au 24 mars 2007 consacré à : « Culture et Mémoire. Quelles représentations ? ».

\*\* Docteur en droit, membre du CERDRADI, Université Montesquieu-Bordeaux IV.



## **Plan de l'article**

<b>Introduction</b> .....	55
<b>I. L'historicisation législative de la mémoire : le danger de la représentation partielle de la mémoire</b> .....	58
A. De la mémoire à l'Histoire : l'aporie législative .....	58
B. De l'intention mémorielle à la loi historique : l'hétérotélie législative.....	62
<b>II. L'historicisation judiciaire de la mémoire : le risque de la représentation partielle de la mémoire</b> .....	68
A. Le juge et la mémoire débattue .....	69
B. Le juge et la mémoire refoulée.....	72
<b>En conclusion : vers un droit au « non-oubli » : la mémorialisation de l'Histoire ou l'Histoire figée ?</b> .....	78



*L'État, maître depuis longtemps de dicter l'Histoire par célébrations et pantomimes, sait aussi, depuis quelques années, montrer d'un doigt vengeur les affreux, les criminels et les pervers dans un passé de plus en plus lointain.*

Jacques HEERS

À plus d'un titre, la triple dialectique du droit et de l'Histoire, de l'Histoire et de la mémoire et du droit et de la mémoire est *exemplaire* dans un État comme la France. Non pas tant du point de vue de l'existence d'un droit historique ou mémoriel (ou d'une Histoire juridicisée) également commune à d'autres pays<sup>1</sup>, que de la frénésie normative qui s'est récemment emparée des pouvoirs publics, sous la pression de groupes divers aux revendications souvent contradictoires et exacerbées. Si ce phénomène reste quantitativement marginal, force est de constater que, d'une part, il est surexploité politiquement et médiatiquement, et que, d'autre part, il tend à instaurer insidieusement mais sûrement un précédent par une *praxis* qui l'enracine au cœur du débat public, que celui-ci soit porté dans les prétoires ou devant la représentation nationale<sup>2</sup>. Il en résulte des conséquences qui débordent largement le cadre national pour s'inviter bruyamment sur la scène internationale. À l'heure où l'on s'interroge dans toutes les instances politiques, notamment européennes, sur l'opportunité et les modalités de l'entrée de la Turquie au sein de l'Union européenne, la France vient, indiscutablement, perturber le jeu des pourparlers diplomatiques en annonçant qu'elle envisage de réprimer la négation de l'existence du génocide arménien<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir, à ce sujet, les exemples du Japon, de l'Allemagne, de la Turquie et de la Russie, dans : Isabelle FLAHAULT (dir.), « L'État et les mémoires », (nov. 2006) 325 *Regards sur l'actualité* 55.

<sup>2</sup> La communauté scientifique n'est pas en reste, comme en témoigne un colloque assez récent sur les usages du droit dans l'Histoire coloniale française : « Les colonies, la loi, les juristes », (2006) 43 *Droits* 123 (contributions d'Olivier LE COUR GRANDMAISON, Emmanuelle SAADA, Arlette HEYMANN-DOAT et Étienne LE ROY).

<sup>3</sup> Voir la proposition de loi déposée par le groupe socialiste sur le bureau de l'Assemblée nationale, adoptée par celle-ci en première lecture le 12 octobre 2006. Son article premier dispose notamment :

*La loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 est complétée par un article ainsi rédigé : Sont punis des*

Par ailleurs, des prises de position vigoureuses émergent à l'intérieur de différentes communautés scientifiques, dont les membres les plus éminents apparaissent comme les experts incontournables que le pouvoir politique serait dorénavant bien avisé de consulter sous peine de se fourvoyer. Le fait générateur de cette mobilisation universitaire fut le vote de la *Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*<sup>4</sup>. Son article 4 énonçait en son deuxième alinéa, avant son déclassement par le Conseil constitutionnel<sup>5</sup>, que « les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit ». Issue d'un amendement parlementaire, cette disposition a suscité majoritairement et pour des motifs divers<sup>6</sup> la désapprobation des historiens. Rapidement, le curseur de la polémique s'est déplacé jusqu'à poser clairement la question de la légitimité et de la pertinence des lois intervenues en matière historique depuis 1990. Il s'agit d'abord de la *Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant*

---

*peines prévues par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23 de ladite loi, l'existence du génocide arménien de 1915.*

Texte adopté n° 610, « petite loi » [www.assemblee-nationale.fr/12/ta/ta0610.asp].

Le texte, conformément aux articles 42 et 45 de la Constitution du 4 octobre 1958, a été transmis au Sénat et est actuellement pendant devant sa commission des lois. Voir également : Michel WIEVIORKA, « Les députés contre l'histoire », *Le Monde*, 16 octobre 2006.

<sup>4</sup> J.O., 24 février 2005, p. 3128.

<sup>5</sup> Décision n° 2006-203 L du 31 janvier 2006, J.O., 2 février 2006, p. 1747.

<sup>6</sup> Les signataires de la pétition « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle » (*Le Monde*, 25 mars 2005) condamnaient l'article 4 de la loi au motif qu'en ne retenant que le « rôle positif » de la colonisation, elle impose un mensonge officiel sur des crimes, sur des massacres allant parfois jusqu'au génocide, sur l'esclavage, sur le racisme hérité de ce passé ». Quelques mois plus tard, une autre pétition intitulée « Liberté pour l'Histoire » (*Libération*, 13 décembre 2005) fut signée par un collectif de 19 historiens qui proclamait, entre autres, que « dans un État libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique ». Il convient de préciser que cet appel fut signé à la suite des poursuites engagées contre O. Pétré-Grenouilleau, historien spécialiste de l'esclavage, qui avait déclaré à un journal dominicain que la traite négrière ne remplissait pas les conditions juridiques du crime de génocide (René RÉMOND, « L'histoire et la loi », (juin 2006) *Études* 763).

à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (aussi appelée « Loi Gayssot », du nom de son instigateur), puis de la *Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien*, enfin de la *Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001* [dite « Loi Taubira »] tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. Ces lois que l'on qualifie habituellement, mais abusivement, de mémorielles devenaient ainsi, pour certains historiens<sup>7</sup>, la cible à abattre, alors que d'autres, au contraire, en assureraient énergiquement la défense<sup>8</sup>.

S'il est ainsi exposé au feu nourri des uns quand, dans le même temps, il peut compter sur la mansuétude des autres, c'est parce que le législateur, plus haute autorité productrice de normes juridiques en France, à côté du pouvoir exécutif et, dans une certaine mesure, de l'autorité judiciaire, est manifestement sorti de ses compétences d'attribution (art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958), s'est arrogé le droit de s'immiscer discrétionnairement dans le champ de la recherche historique, avec, à la clé, le risque évident que son intervention, par trop intempestive, ne débouche sur la consécration d'une Histoire officielle. Ainsi se pose la question de savoir s'il appartient aux autorités de l'État de faire œuvre d'historien ? Mais, en sens inverse, au nom de quels principes dénierait-on à l'État le droit de se préoccuper d'Histoire ? Dans un État de droit, qui suppose la soumission de l'État à la légalité (largement entendue puisqu'elle intègre la Constitution et ses démembrements), il s'agit précisément de contenir autant que de cantonner l'action de l'État dans toutes ses interventions. Il en va, en effet, du sort des principales libertés fondamentales parmi lesquelles on distinguera notamment la liberté d'expression (à laquelle se greffent la liberté d'opinions et la liberté de recherche scientifique). Et s'il incombe à l'État de limiter l'exercice de ces libertés, c'est à l'expresse condition que cette restriction

<sup>7</sup> « Il y a, au moins dans quatre lois, des articles potentiellement dangereux, suspendus comme des épées de Damoclès au-dessus des historiens. Des articles dont certains ont été votés "distraitemment" ou rapidement. Or tous ces articles marquent la volonté du Parlement d'intervenir dans la recherche historique », dans : Françoise CHANDERNAGOR, Annette WIEVIORKA, René RÉMOND, « Laissons les historiens faire leur métier », (fév. 2006) 306 *L'Histoire* 77.

<sup>8</sup> À l'instar des pétitionnaires de l'appel lancé le 20 décembre 2005 dans un quotidien gratuit, sous le titre « Ne mélangeons pas tout » qui affirmaient leur attachement à ces lois qui « ne sanctionnent pas des opinions mais reconnaissent et nomment des délits qui, au même titre que le racisme, la diffamation ou la diffusion de fausses informations, menacent l'ordre public ».



soit commandée et justifiée par des impératifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou à la préservation des droits d'autrui. C'est tout le sens de l'appel des juristes contre les lois mémorielles lancé sur Internet le 29 novembre 2006<sup>9</sup>, auquel nous souscrivons pleinement, tant il est certain que le danger dénoncé par Georges Orwell de la réécriture étatique permanente du passé participe d'un processus totalitaire qui, si nous n'y prenons garde, conduira à la conflagration irréversible de la communauté nationale, ce qui ne sera pas le moindre de ses effets. Au problème « de nature fondamentalement politique »<sup>10</sup> de savoir si le législateur doit prendre acte d'un certain consensus autour d'un événement déterminé ou s'il peut librement choisir tel ou tel événement à commémorer, on répondra, sous les auspices de Paul Ricœur, d'une part, qu'à l'exception relative de l'autorité judiciaire (II), le législateur (comme d'ailleurs l'exécutif) est incompétent et insuffisamment impartial pour prendre position sur l'Histoire (I), d'autre part.

## **I. L'historicisation législative de la mémoire : le danger de la représentation partielle de la mémoire**

L'enjeu n'est pas mince puisqu'il pose l'interrogation primordiale du rôle de l'État dans l'édification de la mémoire nationale et donc de la représentation juridique de celle-ci. En investissant inconsidérément le champ historique, le législateur s'engouffre, *nolens volens*, dans une impasse aporétique en abandonnant de manière irrévocable le terrain mémoriel (B). Son intervention fait apparaître automatiquement l'antinomie profonde existant entre le travail de l'historien et la fonction législative (A).

### **A. De la mémoire à l'Histoire : l'aporie législative**

Comme on le verra plus loin, le législateur n'a fait que se méprendre sur la notion de mémoire. Il n'y a rien d'étonnant à cela, tant le concept est insaisissable, à la fois métaphorique et métonymique.

---

<sup>9</sup> Cet appel est disponible sur le site de l'Observatoire du communautarisme : [www.communautarisme.net].

<sup>10</sup> Marc FRANGI, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », (2005) *RDP* 241.

La porte est alors ouverte à tous les « abus de la mémoire »<sup>11</sup> au point que l'on a fini par perdre de vue la signification réelle de l'Histoire. La mémoire est au nombre des activités intellectuelles et psychiques de l'homme qui, tout à la fois, le déterminent et le conditionnent. En ce sens, la mémoire, en tant qu'objet ancien de philosophie<sup>12</sup>, se définit comme la « représentation présente d'une chose absente »<sup>13</sup>. Dans une acception plus large, la mémoire est le fait « d'évoquer des événements du passé de façon émotionnelle, engagée, pour exalter des hauts faits d'armes, justifier telle ou telle entreprise, ou, plus souvent peut-être, pour maintenir le souvenir des heures sombres et des martyrs »<sup>14</sup>. C'est cette seconde acception qui prédomine aujourd'hui sous l'influence du pouvoir politique. La mémoire est ainsi devenue, aujourd'hui, une ipséité d'un passé reconstruit, indistancié et systématiquement apprécié et évalué à l'aune d'une axiologie anachronique. Prenons l'exemple de la condamnation de l'esclavage : crime aujourd'hui frappé, à juste titre, d'ignominie, cette pratique n'était nullement vue autrement au XV<sup>e</sup> siècle que comme une source de revenus et une technique d'échanges commerciaux. Ce faisant, « la notion de mémoire, doublement connotée par le national [voire par l'universel] et le politique, renvoie ainsi à toutes les formes de la présence du passé, hors une histoire qui se veut critique »<sup>15</sup>.

Du devoir de mémoire polarisé dès les années 1970 sur la Shoah<sup>16</sup> et dont l'impératif commémoratif a été révélé à l'opinion publique française par le procès *Barbie* en 1987<sup>17</sup>, on assiste depuis le début

<sup>11</sup> Tzvetan TODOROV, *Les abus de la mémoire*, Paris, Arléa, 1998.

<sup>12</sup> Voir : PLATON, *Le Théétète*, Paris, Garnier-Flammarion, 1995.

<sup>13</sup> Paul RICOEUR, *La mémoire, l'Histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 8 et suiv.

<sup>14</sup> Jacques HEERS, *L'Histoire assassinée. Les pièges de la mémoire*, Paris, Éditions de Paris, 2006, p. 9.

<sup>15</sup> Marie-Claire LAVABRE, « Usages et mésusages de la notion de mémoire », (2000) 7 *Critique internationale* 48.

<sup>16</sup> L'historien américain Charles S. Maier, s'interrogeant sur la persistance mémorielle des crimes nazis par rapport aux crimes communistes, avance que « la terreur stochastique [des régimes communistes] se caractérise par une période de radioactivité plus courte. [...] C'est la terreur ciblée [du régime nazi] qui lègue une mémoire chaude » c'est-à-dire « pour emprunter une métaphore à la physique nucléaire, [...] la mémoire collective traumatique avec sa longue période radioactive » : Charles S. MAIER, « Mémoire chaude, mémoire froide. Mémoire du fascisme, mémoire du communisme », (2002) 122 *Le Débat* 109.

<sup>17</sup> Olivier LALIEU, « L'invention du devoir de mémoire », (2001) 69 *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 83.

des années 2000 à une sorte de captation de mémoires (au pluriel) qui ont amené le pouvoir politique à se mêler d'Histoire. Au prétexte d'endiguer le flot du communautarisme, le législateur s'est alors cru fondé à intervenir tant pour éviter l'implosion de la société française, que pour prendre en compte « la nécessité [...] d'arriver à un "récit partagé" permettant d'apaiser les tensions se faisant jour au sein de la société française »<sup>18</sup>. Le législateur s'est donc laissé enfermer dans ce piège infernal de « l'exceptionnalisme réglementaire »<sup>19</sup> pourtant incompatible avec le processus mnémonique. C'est que le législateur opère une dommageable confusion entre la mémoire et l'Histoire.

Les instruments conceptuels forgés par Paul Ricœur aideront à mieux comprendre les propos qui vont suivre. Le puissant philosophe a très bien montré le rapport de continuité unissant mémoire et Histoire dans son célèbre ouvrage, *La mémoire, l'Histoire, l'oubli*. Se livrant à une phénoménologie husserlienne de la mémoire, Ricœur observe que celle-ci est intérieure à nous et, lorsque nous l'extériorisons, elle devient histoire. C'est ce qu'il appelle « la transition de la mémoire vive à la position "extrinsèque" de la connaissance historique »<sup>20</sup>. Partant, il considère que la mémoire est « la matrice »<sup>21</sup> de l'Histoire. La mémoire est le seul moyen d'accéder à l'Histoire. La fonction matricielle de la mémoire, dont la « prétention est d'être fidèle au passé »<sup>22</sup>, se conjugue avec la fonction cognitive de l'Histoire conçue comme science. La seconde permet d'approfondir la première en la dépassant. On peut alors parler d'un véritable rapport dialectique entre la mémoire et l'Histoire.

Mais Ricœur insiste sur l'autonomisation de l'Histoire « en tant que discipline scientifique et littéraire »<sup>23</sup>, la « transition »<sup>24</sup> entre mémoire et Histoire étant assurée par le témoignage (*cf. infra*). Or, l'utilisation et l'application d'un certain nombre de techniques, au premier rang desquelles se trouve l'archivistique, renforcent inévi-

---

<sup>18</sup> Olivier PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, « Les identités traumatiques. Traites, esclavage, colonisation », (2005) 136 *Le Débat* 94.

<sup>19</sup> *Id.*, 100.

<sup>20</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 191.

<sup>21</sup> *Id.*, p. 26.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.*, p. 168 et 169.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 26.

tablement cette autonomie de l'Histoire et rompent les amarres avec la mémoire<sup>25</sup>. Ainsi, en croyant se faire mémorialiste, l'État et, en l'occurrence, le législateur, ne peut faire moins que de verser dans le discours historique car, par sa fonction normative, il introduit nécessairement une rupture entre la mémoire et l'Histoire. En effet, la « mise en normes » étatique d'un événement historique est semblable à sa « mise en archive ». Opérations à procédures, la mise en archive comme la légistique, sont « situées sur une chaîne d'opérations véritatives, avec pour terme provisoire l'établissement de la preuve documentaire »<sup>26</sup> pour la première, et la promulgation d'une norme juridique pour la seconde. Par son intrusion dans le domaine de l'Histoire, le législateur ne voit pas qu'il est contraint de se placer dans la posture de l'historien en mobilisant les propres instruments intellectuels de ce dernier. Comme celui-ci, il peut être amené à effectuer un retour sur une mémoire oubliée<sup>27</sup>. Mais au lieu de la réactiver par une mise en ordre scientifique des données de l'observation et de la recherche archivistique, le législateur la reconstruit artificiellement, par le biais de la procédure parlementaire et au prix d'un figisme, aux antipodes de la méthodologie historiographique.

Le pouvoir législatif peut-il échapper à cette force centripète de l'hypermnésie<sup>28</sup>? Ne pouvant épistémologiquement dissocier la mémoire de l'Histoire, comme on vient de le voir, il est condamné à amplifier un peu plus son rôle incongru et inadéquat d'historien au nom d'un prétendu devoir de mémoire. On peut dire alors, sur ce point, qu'il est irrévocablement soumis à une sorte de déterminisme *sui generis* que l'on appelle l'hétérotélie.

<sup>25</sup> « La mise en archive [...] fait rupture sur un trajet de continuité », là où « le témoignage [...] donne une suite narrative à la mémoire déclarative » : *id.*, p. 209.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 211.

<sup>27</sup> Voir : K. POMIAN, « Sur les rapports de la mémoire et de l'histoire », (2002) 122 *Le Débat* 32 (note critique sur P. Ricoeur, *La mémoire, l'Histoire, l'oubli*).

<sup>28</sup> À propos de la crispation « sur les mémoires affabulées », véritable « pathologie » française et sur « l'ambiguïté de notre relation à l'histoire [hésitant] entre l'oubli et la mémoire », voir : Daniel LINDENBERG, « Guerres de mémoire en France », (1994) 42 *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 77.

## **B. De l'intention mémorielle à la loi historique : l'hétérotélie législative**

Concept forgé par le sociologue Jules Monnerot, l'hétérotélie se définit, d'après son inventeur, de la façon suivante :

*[F]ait constant, l'action accomplie n'est jamais conforme à ce qui était projeté. Telos, c'est le résultat, le terme, l'accomplissement. On visait un point, on en atteint un autre, ou le but visé se montre différent de ce qu'on croyait, ou les moyens employés ont altéré la fin. On ne le sait pas tout de suite, le plus souvent, on met même longtemps à s'en apercevoir. C'est la postérité qui sait ce qu'en fait nous avons accompli.*<sup>29</sup>

S'inspirant de la démarche axiomatique du sociologue italien Vilfredo Pareto<sup>30</sup>, lequel s'inscrivait dans la perspective positiviste et rationaliste déjà tracée par Auguste Comte et exploitée, notamment par Émile Durkheim et Max Weber, Monnerot préconisait cependant de recourir à la « doxanalyse » pour atténuer « les effets toxiques de l'hétérotélie »<sup>31</sup>. Ainsi :

*[la] doxanalyse vient du grec doxa, opinion, qui s'oppose à la connaissance vraie, épistémè. À doxa correspondent les dérivations, à épistémè la connaissance logico-expérimentale. Le rôle de la doxanalyse est de démêler la part affective et la part rationnelle de toute pensée. On pourrait comparer l'effet de la pensée antérieure qui modifie notre appréciation sur un fait ou une idée à la réfraction qui déforme à nos yeux un bâton plongé dans l'eau.*

C'est précisément à un court essai de doxanalyse juridique que nous nous livrerons ici. Les moyens logiques (procéduraux et constitutionnels) que le législateur met en œuvre s'accordent peu à la finalité recherchée. Celle-ci échappe à toute maîtrise rationnelle, mais néanmoins, la loi, comme toute règle de droit, prétend l'atteindre et en cerner précisément les contours. Cette téléologie juridique fait partie intégrante de ce que l'on appelle traditionnellement la logique juridique dans la mesure où l'action de l'autorité normative

<sup>29</sup> Jules MONNEROT, *Les lois du tragique*, Paris, PUF, 1969.

<sup>30</sup> Vilfredo PARETO, *Traité de sociologie générale*, Genève-Paris, Librairie Droz, 1968 (1<sup>re</sup> éd. 1917) (la préface de R. Aron est une utile introduction critique à l'œuvre ; lire en particulier le chapitre II [§ 145 à 248] et les chapitres IV à XI [§ 368 à 2059]).

<sup>31</sup> Georges LAFFLY, *Monnerot*, Pardes, Puiseaux, 2005.

est toujours appropriée au but qu'elle se fixe<sup>32</sup>. Il en va de la validité/conformité de la norme édictée par cette autorité. Le droit condamne d'ailleurs cette inadéquation des moyens juridiques aux buts poursuivis par le biais de la théorie du détournement de pouvoir<sup>33</sup> (ou de procédure<sup>34</sup>), apparue dans le dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>35</sup>. Or, pensant parvenir à une fin, qui était de « faire mémoire » d'un événement déterminé (esclavage, colonisation, etc.), le législateur n'a pu faire mieux (ou pire) qu'engendrer une Histoire qualifiée, pour l'occasion, d'officielle tant sa légitimité légale-rationnelle (c'est-à-dire démocratique) confère incontestablement force de loi à ce qui, par ailleurs, relèverait d'un débat interne à la communauté universitaire. La part affective (c'est-à-dire politique et médiatique) fait indissolublement corps avec la part rationnelle figurée par les règles de la procédure constitutionnelle et parlementaire. La toxicité hétérotélique est, ici, totale.

C'est ainsi que, de façon inattendue, le droit et l'Histoire se sont rencontrés là où, jusqu'à présent, on avait l'habitude de les voir se croiser à la barre des tribunaux (à l'occasion des retentissants procès *Barbie*, *Touvier*, *Papon...*), l'un et l'autre se nourrissant respectivement de leurs apports mutuels en vue de la manifestation de la vérité. La première rencontre eut lieu le 13 juillet 1990 avec la promulgation de la « Loi Gayssot » précitée qui, en incriminant la contestation (ou la négation) de crimes contre l'humanité et au nom de

---

<sup>32</sup> De ce point de vue, d'ailleurs, on remarquera que, dans une société démocratique, le législateur est éclairé par l'Histoire et peut s'y référer aussi souvent que de besoin. Dès lors, à la différence du juge, il n'est pas contraint de recourir à l'*argument* téléologique qui « s'impose quand l'étude historique ne permet pas d'éclairer l'interprète, parce que les problèmes sont nouveaux et ne se posaient pas à l'époque » : Charles PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999. Sa fonction de production de règles destinées à subordonner la conduite humaine est exclusive, sans nécessiter d'interprétation d'un texte (la loi) qui est, par définition, en construction. Ceci démontre bien qu'il faut se garder de confondre la finalité normative (utilitarisme du droit) avec l'interprétation de la règle de droit (herméneutique juridique).

<sup>33</sup> Voir les arrêts fondateurs de cette théorie : Cons. d'Ét. 26 novembre 1875, *Pariset* et *Laumonier-Carriol* (deux espèces), *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 934-936.

<sup>34</sup> Cons. d'Ét. Sect., 21 février 1947, *Guillemet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 66 ; Cons. d'Ét. Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2005, n° 80.

<sup>35</sup> Voir : Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.

l'Histoire (et plus précisément, de la vérité historico-judiciaire formulée par les arrêts du Tribunal militaire international de Nuremberg en 1945), a cristallisé la défense de la mémoire du génocide des Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale. On ne peut pas pour autant cerner dans cette loi, les caractéristiques d'une loi mémorielle si l'on considère qu'une telle norme « reconnaît l'existence d'un événement passé en se bornant à en affirmer la réalité, mais sans créer de norme juridique. [...] En particulier, la loi strictement mémorielle ne prévoit aucun mécanisme de sanction, d'indemnisation ou de délivrance d'un titre quelconque. [...] La loi mémorielle semble instituer une obligation à caractère moral plus que juridique »<sup>36</sup>. Faisant l'objet d'un article 24 *bis* inséré dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le délit de contestation de crime contre l'humanité est assorti d'une sanction de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. De la sorte, la « Loi Gayssot » ne peut être rangée dans la catégorie des lois strictement mémorielles. De surcroît, elle doit l'être moins encore par sa référence explicite au statut du Tribunal militaire international de Nuremberg qui eut à connaître, sur le fondement de son article 6 c), des crimes contre l'humanité perpétrés par les nazis, dans la mesure où elle vise à sanctuariser la mémoire et la dignité des victimes de ces crimes en les mettant hors d'atteinte de toute entreprise d'agression négationniste par la répression pénale (sans préjudice de réparations civiles). C'est ce qui conduit Michel Troper à souligner :

*[A]vant tout [...] la loi Gayssot punit l'opinion négationniste ou même toute expression de cette opinion. Cette expression ne constitue un délit que si elle est faite par l'un des moyens énumérés dans la loi, c'est-à-dire dans l'espace public. En d'autres termes, c'est seulement la diffusion de cette opinion qui est punie, parce que, plus qu'une opinion, elle est alors un acte susceptible de produire des effets indésirables.*<sup>37</sup>

Implicitement, mais nécessairement, l'auteur soutient que cette loi est une loi de police tendant à la sauvegarde de l'ordre public, notamment tel qu'il est présenté par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales<sup>38</sup>. En ce sens, le délit de contestation de crimes contre l'humanité n'a pas seulement pour « première finalité [...] de lutter contre le révisionnisme » et pour « fin

<sup>36</sup> M. FRANGI, préc., note 10, 251.

<sup>37</sup> Michel TROPER, « La loi Gayssot et la constitution », (1999) 6 *Annales HSS* 1253.

<sup>38</sup> « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

seconde et ultime [...] de faire barrage à l'antisémitisme»<sup>39</sup>, mais également pour objectif d'établir « une présomption irréfragable de vérité sur le fondement de presque soixante ans de recherches historiques » au risque évident « d'une sorte de cristallisation de la vérité authentique, fruit des recherches historiques ainsi que de la vérité judiciaire consacrée par le tribunal de Nuremberg »<sup>40</sup>. En se parant de la toge de l'historien, le législateur a revêtu la tunique de Nessus car « l'existence de ce délit proche d'un délit d'opinion prête le flanc aux critiques »<sup>41</sup> : édification d'une vérité historique officielle<sup>42</sup> et discriminations entre les victimes du nazisme et les autres (Arméniens victimes des Turcs en 1915, Cambodgiens victimes des Khmers rouges entre 1975 et 1979, Tutsis victimes des Hutus en 1994 au Rwanda, ou encore, en remontant plus loin dans l'Histoire, Vendéens victimes des armées conventionnelles de 1793<sup>43</sup>). Enfin, par son objet particulier, la « Loi Gayssot » ne peut être qualifiée de loi générale et impersonnelle, caractéristique organique et matérielle propre à ce type de norme, en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Quant aux lois n° 2001-70 du 29 janvier 2001, n° 2001-434 du 21 mai 2001 et n° 2005-158 du 23 février 2005, elles sont faussement mémorielles, dans la mesure où la mémoire n'est que le faux masque d'une Histoire officielle qu'elles ont tendu à consacrer. Si l'on s'en tient à la définition proposée plus haut, par leur style impératif et péremptoire autant que par la possibilité corrélativement reconnue aux associations « mémoriales » d'intenter des actions en justice sur le fondement desdits textes, les lois n° 2001-70<sup>44</sup>, 2001-

<sup>39</sup> Bernard BEIGNIER, « "De la langue perfide délivre-moi..." ». Réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite "loi Gayssot" », dans *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 497, à la page 521.

<sup>40</sup> Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*.2006.529-560.

<sup>41</sup> Diane de BELLESCIZE et Laurence FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 2005, p. 376.

<sup>42</sup> C'est d'ailleurs le principal grief qui est émis à l'encontre de la loi du 13 juillet 1990 ; voir : Jean-Philippe FELDMAN, « Il faut abolir la loi Gayssot ! », *Le Monde*, 17 octobre 2006.

<sup>43</sup> Sur ce point, il existe bien une querelle des historiens. On citera par exemple : Reynald SECHER, *La Vendée-Vengé. Le génocide franco-français*, Paris, PUF, 1986 (thèse « génocidaire ») ; Jean-Clément MARTIN, *La Vendée et la France. La Vendée de la mémoire (1800-1980)*, Paris, Seuil, 1987 (thèse du « crime de guerre »).

<sup>44</sup> En son unique article, la loi dispose : « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 ».



434<sup>45</sup> et 2005-158<sup>46</sup> sont opératoires et d'une applicabilité directe incontestable, tout au moins devant les tribunaux.

La loi reconnaissant le génocide arménien, mémorielle en apparence, ne doit pas faire oublier les débats qui ont présidé à son élaboration. Les parlementaires avaient en effet oscillé entre conférer une portée symbolique à la reconnaissance française du génocide arménien et pénaliser la négation de celui-ci en amendant la « Loi Gayssot »<sup>47</sup>. Celle-ci est d'ailleurs apparue très insuffisante lorsqu'un historien américain, Bernard Lewis, dans un article publié dans *Le Monde* du 13 novembre 1993, avait cru soutenir que le terme de génocide était inapplicable aux massacres turcs des chrétiens d'Arménie de 1915. La 17<sup>e</sup> Chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris avait clairement jugé que la « Loi Gayssot » « est exclusivement limitée à la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, c'est-à-dire ceux qui ont été commis pendant la dernière guerre mondiale »<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Son article premier énonce : « La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV<sup>e</sup> siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité ». Mais son article 4 modifiant la loi n° 83-550 du 30 Juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage instaure un « comité de personnalités qualifiées, parmi lesquelles des représentants d'associations défendant la mémoire des esclaves, chargé de proposer, sur l'ensemble du territoire national, des lieux et des actions qui garantissent la pérennité de la mémoire de ce crime à travers les générations ». Quant à son article 5, il introduit dans l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 la mention que « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant, par ses statuts, de défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants, pourra faire valoir ses droits en justice ».

<sup>46</sup> L'article 5 de la loi interdit « toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki, d'ancien membre des formations supplétives ou assimilés » ainsi que « toute apologie des crimes commis contre les harkis et les membres des formations supplétives après les accords d'Évian ». Son dernier alinéa précisant que « l'État assure le respect de ce principe dans le cadre des lois en vigueur » signifie que toute action judiciaire d'association de Harkis se prévalant d'au moins cinq années d'existence serait recevable sur le fondement des articles 23, 24 et 48-1 et suivants du Code pénal.

<sup>47</sup> Sévane GARIBIAN, « Pour une lecture juridique des quatre lois "mémorielles" », (fév. 2006) *Esprit* 158.

<sup>48</sup> TGI Paris, 18 novembre 1994, cité par B. BEIGNIER, préc., note 39, 514.

D'autre part, on peut se demander si, au cas où un historien aurait émis des réserves sur cette thèse officielle, le parlement ne se serait pas ressaisi de la question pour compléter la loi du 29 janvier 2001. Preuve en est, certes *a posteriori*, que l'article unique de cette loi ne fut que l'antichambre d'un texte beaucoup plus répressif condamnant le négationnisme du génocide arménien, actuellement en discussion devant les Chambres<sup>49</sup>.

Le législateur n'est donc pas le mieux placé pour faire œuvre d'historien<sup>50</sup>. Issue du suffrage universel direct (Assemblée nationale) ou indirect (Sénat), sa représentativité déjà contestée par ailleurs dans l'opinion publique ne peut qu'être affaiblie par le clientélisme communautaire, avatar du mandat impératif fermement prohibé par l'article 27 de la Constitution<sup>51</sup>. Expression théorique de la volonté majoritaire, il rompt avec cette impartialité démocratique qui fait normalement de l'élu, celui de la nation et non celui d'un groupe ou d'une circonscription. Les plus hautes autorités judiciaires françaises condamnent, elles aussi, cet aventurisme législatif. Par trois décisions, le Conseil constitutionnel, d'une part, a ainsi fort utilement rappelé<sup>52</sup> que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »<sup>53</sup>, d'autre part, a institué un mécanisme de « délégalisation préventive »<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Voir : François TERRÉ, « Négation du génocide arménien : une loi au mépris du droit », *Le Figaro*, 13 octobre 2006.

<sup>50</sup> Pour un avis contraire, voir : Alain POLICAR, « Trois bonnes lois et une mauvaise », *Le Monde*, 17 octobre 2006.

<sup>51</sup> « Tout mandat impératif est nul ».

<sup>52</sup> Rejoint, en cela, par le Conseil d'État qui, parlant à juste titre d'« intempérance normative », déplore pour le citoyen un droit « instable, peu lisible et en partie inaccessible », *Rapport public 2006*, « Sécurité juridique et complexité du droit », Paris, La documentation française, 2006.

<sup>53</sup> Cons. const., décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, J.O., 30 juillet 2004, p. 13562.

<sup>54</sup> À charge pour le gouvernement « de saisir [...] la balle au bond, qu'il n'aura pas d'hésitation sur le fait que la déclaration de réglementarité émise dans le cadre de la procédure de l'article 61 est bien l'équivalent de celles qui sont faites dans le cadre de la procédure habituelle de délégalisation *a posteriori* [art. 37, al. 2] : qu'il n'hésitera donc pas à modifier par décret ce qui aura fait l'objet de cette déclaration ». Pour autant, « comme la délégalisation *a posteriori*, la délégalisation préventive s'abstient d'être une déclaration d'inconstitutionnalité. Elle n'en a pas moins un aspect stigmatisant, vexatoire : à travers elle, le Parlement s'entend dire qu'il s'est mêlé de ce qui ne le regardait pas, qu'il a laissé aller sa plume, et le Gouvernement qui a inspiré ou laissé faire en prend aussi pour son grade » :

permettant de débusquer dans la loi soumise à son contrôle des dispositions manifestement réglementaires<sup>55</sup>, enfin prononcé la délégalisation de l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi n° 2005-158 précitée. Après avoir déclaré le caractère réglementaire de cette disposition<sup>56</sup>, le premier ministre l'abrogea purement et simplement.

Démasqué par la philosophie, désavoué par le droit, décrié par l'opinion publique qui considère qu'il en fait trop ou pas assez, le législateur ne doit-il pas faire marche arrière et laisser courir le débat historique à l'intérieur d'autres enceintes ?

## **II. L'historicisation judiciaire de la mémoire : le risque de la représentation partielle de la mémoire**

D'après Paul Ricoeur, le juge et l'historien « partagent la même déontologie professionnelle résumée dans l'adage fameux *nec studio, nec ira* – ni faveur, ni colère. Ni complaisance, ni vengeance »<sup>57</sup>. Une représentation sereine de la mémoire requiert la présence de tiers impartiaux. Toutefois, non plus que dans celui du législateur, il ne rentre pas dans l'office du juge de faire « œuvre de mémoire ». Ricoeur invitait à cette sagesse « de dire que le juge ne doit pas jouer à l'historien ; il doit juger dans les limites de sa compétence – limites qui sont impérieuses »<sup>58</sup>. Ce principe classique de la procédure contentieuse<sup>59</sup> qu'est *l'omnia petita*<sup>60</sup>, en obligeant le juge à statuer dans

---

Jean-Bernard AUBY, « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, Paris, Dalloz, 2006.

<sup>55</sup> Cons. const., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, J.O., 24 avril 2005, p. 7173.

<sup>56</sup> Cons. const., décision n° 2006-303 L du 31 janvier 2006, J.O., 2 février 2006, p. 1747. Le Conseil considère que :

[L]e contenu des programmes scolaires ne relève ni des « principes fondamentaux [...] de l'enseignement », que l'article 34 de la Constitution réserve au domaine de la loi, ni d'aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine ; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée a le caractère réglementaire.

<sup>57</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 415.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 427.

<sup>59</sup> Serge GUINCHARD et autres, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2005.

<sup>60</sup> Voir les articles 463 et 464 du Nouveau Code de procédure civile.

les limites des conclusions dont il est saisi (ni en deçà, ni au-delà), apparaît d'ailleurs comme une des garanties de son impartialité. Cette position de tiers par rapport aux protagonistes de l'Histoire ou de l'historiographie offre à la mémoire la possibilité de s'exprimer et d'être débattue publiquement (A). Mais l'arène judiciaire est également une instance refoulante de la mémoire, le juge devant s'y soustraire pour accomplir parfaitement son office (B).

### **A. Le juge et la mémoire débattue**

En dehors de l'enceinte parlementaire, les tribunaux se prêtent depuis longtemps au débat historique, au point qu'au fil des procès, ils ont fini par acquérir une certaine légitimité en ce domaine. Non pas que le juge s'y fasse historien, mais parce que ce type de discussion éclairant à maints égards la fonction juridictionnelle rencontrera une limite à laquelle il ne pourra échapper : la décision de justice – cet aspect sera évoqué plus loin. Néanmoins, et c'est ce qui nous retiendra ici, le procès est le moment privilégié où la mémoire peut s'exprimer en plein jour sans servir une historiographie quelconque.

Cela tient d'abord à un principe de procédure. D'une manière générale, on remarque que les procès « historiques », entendus comme ceux dans lesquels le défendeur est mis en cause par le demandeur à propos de faits ou événements passés dont il eut à connaître, soit comme acteur, soit comme témoin, soit comme tiers (historien, critique littéraire ou journaliste) et relatifs à une période plus ou moins éloignée de l'Histoire nationale ou mondiale, s'inscrivent quasiment tous dans un contexte pénal. Or, la particularité de la procédure pénale française tient à la mixité de son régime, à la fois accusatoire (oralité, publicité et contradictoire) et inquisitoire (écrit, secret et non contradictoire).

C'est à l'occasion de la phase accusatoire du procès pénal, c'est-à-dire, au stade du jugement (la phase de l'enquête et de l'instruction étant plutôt inquisitoire) que vont se confronter les points de vues, les opinions des protagonistes du procès. Le célèbre pénaliste Henri Donnedieu de Vabres définissait le système accusatoire comme ramenant « le procès pénal à un duel entre deux parties privées : la personne lésée par le délit, qui est demanderesse, et l'auteur de l'infraction, qui joue le rôle de défendeur. Les deux parties font valoir leurs prétentions librement, oralement, publiquement, devant le

juge»<sup>61</sup>. C'est précisément le témoignage, transition entre la mémoire et l'historiographie, comme le montre Ricœur, qui se fait le vecteur de la mémoire. Bien plus, le témoignage met en présence des locuteurs bien vivants qui tout en parlant d'eux-mêmes, relatent le souvenir des disparus : « la spécificité du témoignage consiste en ceci que l'assertion de réalité est inséparable de son couplage avec l'auto-désignation du sujet témoignant »<sup>62</sup>.

Mais le témoignage est important pour le juge dans la mesure où il rentre dans la catégorie des preuves. Sans entrer dans le détail d'une description de ce mode de preuve qui excéderait le cadre de cette contribution, on soulignera que le témoignage est enfermé dans un certain nombre de règles qui lui confèrent un caractère sacramentel dont la violation emporte des conséquences juridiques précises. Ainsi, pour ce qui concerne le témoignage devant une cour d'assises, l'article 331 du Code de procédure pénale dispose, en son troisième alinéa, qu'« avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment "de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité". Cela fait, les témoins déposent oralement ». Par ailleurs, l'atteinte à la personne même du témoin est punissable de la réclusion criminelle à perpétuité (art. 221-4 5° du Code pénal). Quant au faux témoignage, il est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Au-delà ou en supplément des documents à sa disposition, le juge sera particulièrement attentif au témoignage, et ce, d'autant plus qu'il sera sensible à la cohérence de celui-ci, à ses dits comme à ses non-dits. Comme le relève Paul Ricœur, « si l'on peut faire reproche à la mémoire de s'avérer peu fiable, c'est précisément parce qu'elle est notre seule et unique ressource pour signifier le caractère passé de ce dont nous déclarons nous souvenir. Nul ne songerait à adresser pareil reproche à l'imagination, dans la mesure où celle-ci a pour paradigme l'irréel, le fictif »<sup>63</sup>. Dès lors, tout l'enjeu se trouve dans la distinction fondamentale entre le témoignage judiciaire et l'affabulation. Par le témoignage judiciaire, la mémoire se présente d'elle-même avec ses failles, ses zones d'ombre, ses imprécisions, éventuellement ses passions, mais toujours de bonne

---

<sup>61</sup> Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Paris, Librairie Sirey, 1943.

<sup>62</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 204.

<sup>63</sup> *Id.*, p. 26.

foi et nullement dans l'intention de dérouter, de tromper, de cacher ou d'accuser. Si la mémoire peut être douloureuse, sa relation ne doit pas s'écarter de son objectif exclusif qui est d'atteindre la vérité<sup>64</sup>. En ce sens, on peut parler d'une véritable déontologie de la mémoire testimoniale.

À ce stade, il convient de vider la question de savoir si l'historien est un témoin ou un expert. Juridiquement, l'historien est cité à la barre comme témoin et non comme expert. Or, le doute affleure si l'on considère que l'historien est le témoin d'une mémoire reconstruite, archivée, mise en forme. Peut-on soutenir que l'historien fait œuvre de mémoire? Nous avons à faire face à toute l'ambiguïté de sa présence et de son discours devant le juge. Il a été rappelé, à la suite de Paul Ricœur, que la mémoire est vériditive. Juridiquement, le témoignage judiciaire concourt à la manifestation de la vérité. Mais l'historien témoigne d'une connaissance acquise des faits. Son témoignage est médiat, n'ayant pas été présent au moment des faits qu'il décrit. C'est d'ailleurs ce qu'écrit l'historien François Hartog: «l'historien ne commence à être historien qu'en s'exerçant à se détacher du témoin»<sup>65</sup>. En outre, l'historien, selon sa conviction éthique et philosophique sur les éléments de faits et de droit soumis à la décision du juge, peut rapporter les événements en les exposant sous un angle ou un éclairage particuliers et en faisant varier le discours narratif par des procédés linguistiques et littéraires<sup>66</sup>.

Les trois procès *Barbie*, *Touvier* et *Papon* ont montré, à l'envi, que la mémoire des historiens n'avait pas la même charge narrative et émotive que les récits des témoins cités par les parties civiles. Le juge recueille les témoignages des experts que sont indiscutablement les historiens, mais qui n'interviennent pas juridiquement en tant que tels<sup>67</sup> et les met en balance avec les témoignages des

<sup>64</sup> «Le délit de faux témoignage en matière civile est constitué lorsque les déclarations mensongères sont de nature à exercer une influence sur le procès et à causer à la partie civile un préjudice, fût-il éventuel», Crim. 11 octobre 1989, *Berteaux*, n° 88-86592.

<sup>65</sup> François HARTOG, «L'Historien et la conjoncture historiographique», (1998) 102 *Le Débat* 4.

<sup>66</sup> «L'aporie, qu'on peut appeler aporie de la vérité en histoire, est rendue apparente par le fait que les historiens construisent fréquemment des récits différents et opposés autour des mêmes événements»: P. RICŒUR, préc., note 13, p. 311.

<sup>67</sup> David VITEAU, *Le rôle des historiens dans le procès*, mémoire de DEA, Lille II, 2001, p. 49-60.

non-historiens, qu'ils soient victimes ou autres. Mémoire artificielle et recomposée par l'opération historiographique ou mémoire naturelle et spontanée, il est évident que nous avons affaire à un débat de mémoires. Le juge est alors confronté au problème de l'usage qu'il fera de ces matériaux mémoriels<sup>68</sup> pour fixer la vérité judiciaire souvent plus fébrilement attendue par l'opinion publique que la vérité historique proprement dite.

C'est dire que la mémoire se présente aux yeux du juge sous diverses formes, chacune prétendant à l'authenticité et à la pureté, revendiquant un statut de vérité unique. Pour autant, l'office du juge consistera à faire le départage entre ce qui peut éventuellement et de manière incontestable servir à fonder sa sentence (témoignages précis et concordants) et laisser de côté ce qui lui semble accessoire ou sujet à caution. Ceci implique une certaine liberté dans l'ordonnement et la hiérarchisation de la preuve testimoniale<sup>69</sup>. Le juge a bien entendu un devoir de neutralité qui repose à la fois sur le principe démocratique du contradictoire (auditionner les témoins et confronter les témoignages) et sur la procédure. Cela signifie que nulle vérité ne lui est imposée de l'extérieur, c'est-à-dire en dehors des éléments du dossier<sup>70</sup>. Appendu à ces deux exigences, le juge, parce qu'il n'accomplit pas une tâche d'historien, ne pourra, préalablement à sa prise de décision, que refouler purement et simplement la mémoire.

## **B. Le juge et la mémoire refoulée**

Le traitement de la mémoire qui est fait au sein de l'arène judiciaire semble autoriser un rapprochement éclairant avec la psychanalytique freudienne. Mais parce que comparaison n'est pas raison, il conviendra de débarrasser cette référence de tous les artefacts qui nous éloigneraient par trop de l'objet de notre étude. C'est ainsi que

---

<sup>68</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 68.

<sup>69</sup> Cette liberté n'a rien à voir avec la liberté de la preuve, encadrée par le droit ; voir, à ce propos : Xavier LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », (1996) 23 *Droits* 35.

<sup>70</sup> « Le juge [...] a "peur" de la "vérité", car il en soupçonne le caractère totalitaire. Mais cette peur salutaire s'incarne, une fois de plus, dans la procédure, et plus particulièrement dans le concept de la "vérité judiciaire". Celle-ci est relative – puisqu'elle n'exprime que la vérité résultant d'un débat privé – et temporaire – puisqu'elle ne dit que la vérité d'un moment » : Bernard EDELMAN, « L'office du juge et l'histoire », (1998) 38 *Droit et Société* 54.

la prémisse œdipienne sera écartée au profit d'une définition plus opératoire de ce que l'on nomme « l'instance refoulante » et que Freud appelle le *Surmoi*<sup>71</sup>.

L'instance judiciaire a pour fonction de trancher un litige entre deux parties. Une fois les conclusions échangées (lesquelles, tendant à la satisfaction d'une demande par le juge, comportent des causes juridiques développées en moyens subdivisés en branches), les preuves réunies, il revient au juge la lourde responsabilité de dégager la voie juridique médiane par le biais d'une décision de justice motivée qui sera revêtue de l'autorité de chose jugée<sup>72</sup>, sauf à être suspendue du fait de l'exercice d'une voie de recours à effet suspensif. Aux termes de l'article 1351 du Code civil, il y a autorité de la chose jugée lorsque le même *objet* litigieux oppose les mêmes *parties* prises en la même qualité et procède de la même *cause* que la précédente, sans que soient invoqués des faits nouveaux ayant modifié la situation des parties<sup>73</sup>. Il suffit qu'un des trois éléments vienne à manquer pour qu'un nouveau procès soit envisageable. Cela signifie, d'une part, que le juge est dessaisi du litige à compter de la date de lecture de sa décision<sup>74</sup>, d'autre part, qu'une question déjà jugée ne peut l'être à nouveau. Par conséquent, la chose jugée doit être tenue pour la vérité, en vertu de l'adage bien connu, *res judicata pro veritate habetur*.

À partir du moment où le litige est ainsi purgé, la mémoire est ainsi refoulée, à la fois hors du prétoire et hors de l'historiographie, car, en théorie, le juge n'a pu dire l'histoire en même temps qu'il disait le droit, l'antinomie des deux fonctions ne pouvant se résoudre que par la prévalence de l'une sur l'autre. Comme on le verra plus bas, le juge n'est qu'un « diseur du droit » et non point un historien, car « en jugeant l'histoire, le juge se laisserait entraîner sur un terrain subjectif, et risquerait d'imposer une vérité orthodoxe contraire à la liberté de pensée et d'expression, à l'image des régimes dictatoriaux. En bref, les tribunaux ne sont pas comptables de

---

<sup>71</sup> Selon Freud, le *Surmoi* « est l'héritier du complexe d'Œdipe », *Essais de psychanalyse*, Paris, Payot, 1968.

<sup>72</sup> Art. 480, Nouveau Code de procédure civile.

<sup>73</sup> Soc. 16 avril 1986, *Bridonneau et autres c. PMU*, n° 85-60411.

<sup>74</sup> Art. 481, Nouveau Code de procédure civile.



l'histoire »<sup>75</sup>. Dès lors, n'étant pas armé comme l'historien pour vérifier l'authenticité des documents historiques, il ne peut faire œuvre d'historien, mais uniquement de justice. Par voie de conséquence, dans l'élaboration de son arrêt (c'est-à-dire après les débats), il doit tenir la mémoire comme inopérante. Le jugement qu'il doit rendre s'écarte alors de « l'opération historiographique » qui procède, nous enseigne Ricoeur, « d'une [...] réduction [...] de l'expérience vive de la mémoire »<sup>76</sup>. En faisant de l'Histoire, l'historien met « la mémoire en archive »<sup>77</sup>. Le juge, à l'instar du *Surmoi* freudien, n'a donc pas d'autre choix que d'évacuer la mémoire entendue, la refouler, car bien qu'éclairante elle n'est pas décisive, elle n'a pas force de vérité légale.

En psychanalyse, le *Surmoi* est l'intériorisation des interdits et des exigences sociales. Par extension, le *Surmoi* est une instance régulatrice au sens où elle jalonne, par des règles proprement identifiées et assimilées, la vie sociale de l'individu. À l'instar du père dans la relation œdipienne qui se noue avec son enfant, le juge, par son autorité et la légitimité de sa décision de justice rendue « au nom du peuple français », exercera sur les justiciables (accusés, prévenus et parties civiles) et le reste de l'opinion publique une « domination et [un] caractère de contrainte qui se manifeste sous la forme d'un impératif catégorique »<sup>78</sup>. Or, cet impératif n'est pas autoritaire mais pacificateur. Le juge ayant épuisé son office, on peut considérer qu'aux yeux de la justice, la cause est définitivement entendue. Le prévenu (dans les affaires de diffamations par voie de presse, par exemple) ou l'accusé (lorsque celui-ci doit répondre de crimes contre l'humanité, notamment) étant condamnés, les victimes ou parties civiles sont censées avoir obtenu satisfaction, soit par la reconnaissance judiciaire de leur statut de victime, soit par le redressement de leur honneur ou de leur dignité bafoués. Abrisée derrière le paravent de la sentence judiciaire, la victime est protégée contre des attaques qui surviendraient ultérieurement à propos de faits semblables. De plus, et cette dimension ne doit pas être occultée, tant elle confirme l'idée que la mémoire refoulée est en même temps une mémoire assumée, c'est-à-dire, *in fine*, apaisée, « la justice [...] extrayant des souvenirs traumatisants leur valeur exemplaire, retourne

---

<sup>75</sup> Diane de BELLESCIZE, « L'Histoire, otage de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », dans *Clés pour comprendre le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1298.

<sup>76</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 200.

<sup>77</sup> *Id.*, p. 181.

<sup>78</sup> S. FREUD, préc., note 71, p. 27.

la mémoire en projet»<sup>79</sup>. La sentence judiciaire facilite ainsi ce que l'on dénomme le travail de deuil et ouvre à la victime un futur lui permettant, une fois la « dette » acquittée par le prévenu ou l'accusé, de soumettre la mémoire à un « inventaire ».

Cependant, il faut bien admettre qu'en fait d'inventaire, c'est parfois et de plus en plus tout un héritage qu'il est demandé à la société de supporter. Les prétoires sont alors sollicités, non pour aider à cautériser les plaies des victimes, mais pour les aviver. S'instaure, alors, un rapport quasi sado-masochiste avec le deuil, celui-ci étant érigé en valeur absolue de la compassion universelle. Il ne s'agit plus de faire le deuil d'une mémoire transmise en héritage, mais d'absorber la mémoire dans le deuil. Analysant *Les Abus de la mémoire*, de Tzvetan Todorov, Paul Ricoeur relève que « la posture de victime engendre un privilège exorbitant, qui met le reste du monde en position de débiteur de créance »<sup>80</sup>. La reconnaissance, au départ légitime et compréhensible, de la qualité de victime par l'institution judiciaire se transforme en une arme redoutable que les victimes n'hésitent pas à retourner contre les juges eux-mêmes, en invoquant leur propre jurisprudence, pourtant d'interprétation stricte et d'application exceptionnelle *ab initio*. La voie ouverte par le Conseil d'État dans les arrêts *Pelletier*<sup>81</sup> et *Papon*<sup>82</sup> est assurément un facteur multiplicateur des actions en réparation intentées par les associations de victimes, comme en témoigne, par exemple, le jugement rendu par le tribunal administratif de Toulouse le 6 juin 2006, par lequel l'État et la SNCF ont été condamnés séparément à réparer le préjudice résultant de leur participation à la déportation de Juifs vers les camps de la mort<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 107.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 104.

<sup>81</sup> Cons. d'État Ass., 6 avril 2001, *Pelletier et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 173 ; *Rev. fr. dr. adm.*, 2001.712, concl. Austray.

<sup>82</sup> Cons. d'État Ass., 12 avril 2002, *Papon*, *Grands arrêts*, n° 115 ; *Rev. fr. dr. adm.*, 2002.582, concl. Boissard.

<sup>83</sup> Trib. adm. Toulouse, 6 juin 2006, *M. A. et consorts Lipietz c. Préfet de la Haute-Garonne et SNCF*, n° 0104248. Devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, où l'affaire avait été portée en appel, le commissaire du gouvernement avait conclu à la réformation du jugement en ne retenant que la responsabilité de l'État. Dans son arrêt du 27 mars 2007, la Cour a suivi son commissaire du gouvernement en jugeant que la SNCF agissait sur réquisitions de l'armée d'occupation qui fixait les modalités d'exécution des convois des personnes vers les camps de transit à partir desquels elles devaient être transférées dans les camps

Cette historicisation des deuils au détriment de celle de la mémoire des différentes victimes peut aboutir à l'émergence d'une sorte d'Histoire confiscatoire. Au prétexte d'histoires plurielles, c'est l'Histoire une et nationale qui sera mise à mal et que les tribunaux, bien mal armés pour ce faire, devront mettre en équation. Comme c'est le cas dans le droit canadien, ces derniers devront mettre en œuvre, *mutatis mutandis*, des techniques pluralistes étrangères à notre tradition juridique positiviste, permettant précisément la recevabilité de paroles mémorielles, appelées outre-Atlantique, « autochtones »<sup>84</sup>. Il convient de prendre garde à ne pas sombrer dans la négociation perpétuelle des mémoires « minoritaires »<sup>85</sup> ou, pour reprendre une terminologie en vogue, « communautaires ».

Nonobstant ces « us et abus de la mémoire », il demeure que la mémoire exprimée par les protagonistes du procès laisse la place, non à l'Histoire, mais à la justice. Alors que l'historien intègre la mémoire, le juge lui coupe littéralement la parole en lui substituant une parole de justice. C'est d'ailleurs ce qui renforce le caractère relatif de la *vérité historique reconnue judiciairement*<sup>86</sup>, car ainsi que

---

de concentration. Le juge a considéré que la SNCF, personne morale de droit privé à l'époque, « ne peut être regardée comme ayant, par les prestations requises, assuré l'exécution d'un service public administratif, ni davantage comme ayant disposé de prérogatives de puissance publique dont l'exercice serait à l'origine des dommages allégués » : C. adm. Bordeaux, 27 mars 2007, *SNCF c. Lipietz et X.*, n° 06BX01570.

<sup>84</sup> Voir : Michel MORIN, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », (2000) 34 *R.J.T.* 329. L'auteur explique qu'au nom du pluralisme juridique, « les voix des autochtones et des non-autochtones sont ainsi placées sur un pied d'égalité », même si « le pouvoir d'appréciation du juge demeure entier ». À l'évidence, cette conception pluraliste n'a guère sa place dans un pays comme la France où l'Histoire démontre que son peuplement n'eut pas pour conséquence néfaste d'éradiquer les peuples d'origine. Même la parenthèse qu'a constituée la colonisation n'a jamais tendu à cette extrémité.

<sup>85</sup> On doit entendre comme minorité, un groupe « de personnes acceptant de faire partie d'une société, mais estimant devoir échapper, en raison de leur appartenance à une autre société, à une partie du droit que la première entend leur imposer. Le plus souvent la première de ces sociétés est de type étatique et la seconde de type socio-culturel » : Jacques VANDERLINDEN, « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ? », dans *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 667.

<sup>86</sup> « Attendu que la vérité judiciaire, par essence relative, ne peut être que celle d'un moment, appliquée seulement aux parties en cause » : Trib. gr. inst. Paris, 8 juillet 1981, *LICRA c. Faurisson*, D. 1982.59, note Edelman.

le reconnaissait Paul Ricoeur, « en distribuant la parole de manière égale entre avocats des deux parties, et en permettant par cette règle de procédure aux narrations et aux argumentations adverses de se faire entendre, l'instance judiciaire n'encourage-t-elle pas la pratique d'un jugement historiquement "balancé", prêt à basculer du côté de l'équivalence morale et, à la limite, du côté de la disculpation? Cette *stratégie aussi, les avocats des criminels ont su la mettre en œuvre au titre de l'interjection fameuse: tu quoque!*<sup>87</sup> ». Pour parfaire notre argumentaire, on dira que l'enceinte judiciaire est un réel espace de négociation autant que de confrontation à coup d'arguments et de preuves, de la pertinence desquels (appréciation laissée aux bons soins du juge) jaillira une vérité judiciaire qui ne sera certainement pas LA vérité historique officielle. C'est à ce stade que l'on doit rigoureusement dissocier « la vérité historique [comme] question d'histoire » de « la véracité des faits [comme] question de droit », car « loin d'arbitrer un vaste débat historique, le procès est toujours circonscrit à un litige bien délimité »<sup>88</sup>. À ce propos, les tribunaux rappellent traditionnellement qu'« il échappe aux tribunaux d'imposer une thèse historique qui aurait valeur d'histoire officielle ou, même simplement de marquer une préférence en tentant de départager les tenants de telle ou telle thèse, en fonction d'une idéologie déclarée dont ils seraient les protecteurs ou d'une prétendue objectivité dont ils seraient les détenteurs »<sup>89</sup>. Néanmoins, l'Histoire peut sortir renforcée du débat judiciaire. Citant le témoignage du journaliste Raymond Cartier en 1946, Annette Wiewiorka soulignait qu'à l'occasion des procès de Nuremberg, « des milliers de documents avaient été versés au dossier du procès, révélant des secrets diplomatiques ou militaires qui autrement seraient restés cachés, et que "le procès a donné à l'Histoire au moins dix ans d'avance" »<sup>90</sup>.

\*

\* \*

<sup>87</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 426.

<sup>88</sup> Nathalie MALLET-POUJOL, « Diffamation et "vérité historique" », *D.* 2000, *Jurisp.*, p. 229 et suiv.

<sup>89</sup> Trib. gr. inst. Paris, 8 juillet 1981, préc., note 86.

<sup>90</sup> Annette WIEWIORKA, « Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem », (1998) 38 *Droit et Société* 62.

## **En conclusion : vers un droit au « non-oubli » : la mémorialisation de l'Histoire ou l'Histoire figée ?**

La représentation de la mémoire dans un espace juridique dépend, en définitive, de la nature de cet espace comme des règles qui le régissent. On a vu ainsi que le législateur auquel on pourrait associer l'exécutif sont assez mal placés pour « faire mémoire », eu égard à leur prééminence, à la fois procédurale et politique, dans la hiérarchie des organes de l'État. Par sa fonction exclusivement normative, le législateur, visant à faire œuvre de mémoire, ne sera que le propagateur d'une Histoire officielle. Le troisième pouvoir de l'État (qui n'est qu'une « autorité » au sens du titre VIII de la Constitution), l'autorité judiciaire apparaîtrait alors comme la sphère institutionnelle la moins discutable car la plus traditionnelle de la représentation mémorielle. Mais, sauf à s'ériger en historien et donc à émettre un jugement historique, le juge doit, en quelque sorte, jeter un voile d'ignorance<sup>91</sup> sur la mémoire pour accomplir son office avec la plus complète neutralité.

On vient de voir que la représentation juridique de la mémoire nécessite un champ d'expression qui soit contradictoire et impartial. Aussi, plaiderons-nous avec Paul Ricoeur pour additionner « au couple du juge et de l'historien un troisième partenaire, le citoyen. Il émerge comme un tiers dans le temps : son regard se structure à partir de son expérience propre, instruite diversement par le jugement pénal et par l'enquête historique publiée. [...] À tous égards, il reste l'arbitre ultime »<sup>92</sup>.

Il reste, néanmoins, que la volonté de l'État dans l'érection de ces nouveaux monuments commémoratifs que sont les lois historiques de 2001 et de 2005 est fondée sur un droit-créance d'un type particulier, le droit au « non-oubli ». Un auteur a pu noter, à cet égard, que « l'imprescriptibilité est une réponse forte du **droit au devoir de mémoire** »<sup>93</sup>. La filiation légitime de ces textes<sup>94</sup> avec la « Loi Gaysot » ne fait aucun doute tant le recours à la notion de crime

---

<sup>91</sup> Expression empruntée à J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997.

<sup>92</sup> P. RICOEUR, préc., note 13, p. 436.

<sup>93</sup> Alain LAQUIÈZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », (2000) 31 *Droits* 19 (c'est nous qui soulignons).

<sup>94</sup> Voir : Alain-Gérard SLAMA, « La République éclatée », *Le Figaro*, 16 octobre 2006.

contre l'humanité<sup>95</sup>, crime imprescriptible par excellence, constitue l'épine dorsale de ces textes. À l'évidence, cette incrimination est soumise à un phénomène d'entropie consécutif de l'hypertrophie du devoir de mémoire conçu désormais comme un impératif catégorique, au risque certain de faire voler en éclats le corps social. René Rémond explique que « la mémoire est une fonction naturelle ; l'ériger en impératif, en faire un devoir moral fait de l'oubli une faute. Or l'oubli, nos sociétés s'en accommodent fort bien et c'est de lui qu'elles faisaient parfois un devoir »<sup>96</sup>. La qualification de crime contre l'humanité ou d'infractions voisines empêche manifestement l'expression du devoir d'oubli<sup>97</sup>, lequel se concrétise par le pouvoir d'amnistie chez le législateur<sup>98</sup>. Amnistie et imprescriptibilité sont totalement antinomiques, ainsi que l'a reconnu la jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet<sup>99</sup>. De surcroît, l'imprescriptibilité est

<sup>95</sup> Infraction à laquelle nous associons le crime de génocide, lequel « en tant que "crime du droit des gens" (article 1<sup>er</sup> de la Convention de New York pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948) apparaît comme une espèce particulière du genre que représente le crime contre l'humanité, sans aucun doute le plus grave » : André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 2005, p. 101.

<sup>96</sup> René RÉMOND et François AZOUVI, *Quand l'État se mêle de l'Histoire*, Paris, Stock, 2006, p. 102.

<sup>97</sup> « Le seul fait d'accuser de crimes contre l'humanité paralyse forcément ou oriente la recherche et conduit à falsifier l'Histoire » : J. HEERS, préc., note 14, p. 224).

<sup>98</sup> D'après la définition de Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, Paris, Cujas, 1997 :

*L'amnistie est la forme la plus ancienne du pardon pénal. Par une disposition générale et impersonnelle, le pouvoir décide de faire sombrer dans l'oubli certains faits délictueux actuellement poursuivis ou à poursuivre, ou certaines condamnations déjà prononcées. Les faits ne sont pas supprimés en tant que tels, mais leurs conséquences pénales disparaissent.*

<sup>99</sup> « [L]es faits dénoncés par les parties civiles [des militaires du corps expéditionnaire français en Indochine avaient été faits prisonniers, et détenus au Nord du Vietnam, pendant des périodes de durée variable, entre les mois d'octobre 1952 et août 1954, dans un camp d'internement, où Georges Boudarel, ressortissant français, exerçait les fonctions de commissaire politique et de commandant adjoint dans les rangs du Viêt-Minh et avaient dénoncé les persécutions et les traitements inhumains infligés par Boudarel aux prisonniers, en vue de leur endoctrinement politique qui était la condition de leur survie, les "irré récupérables" ou les "déviationnistes" étant voués à la mort par dénutrition] postérieurs à la Seconde guerre mondiale, n'étaient pas susceptibles de recevoir la qualification de crimes contre l'humanité au sens [du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945] », en conséquence de quoi, les faits reprochés à Georges Boudarel, quelles que soient

une norme de droit international<sup>100</sup>, alors que l'amnistie est une prérogative souveraine de l'État. Par conséquent, le législateur ampute une part importante de ses prérogatives en se privant pour l'avenir de sa faculté d'oubli qu'est l'amnistie. L'autre critique, et non des moindres, que l'on pourrait adresser à ce dernier, réside dans le flou des incriminations retenues. Le principe de légalité des délits et des peines résultant de l'article VIII de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 oblige, en effet, le législateur à « définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »<sup>101</sup>. En matière pénale, les incriminations et les peines qui leurs sont subséquentes ne se présument pas. Il appartient donc, *a minima*, au législateur, soit de renvoyer expressément aux textes internationaux relatifs aux crimes contre l'humanité (technique de « l'intégration par référence »), soit de reprendre à son compte les définitions avancées par la jurisprudence criminelle<sup>102</sup> (technique de « l'incorporation ») ce qu'il ne fait évidemment pas.

---

les qualifications de droit commun qu'ils pourraient revêtir, entraient nécessairement dans le champ d'application de l'article 30 de la loi du 18 juin 1966 portant amnistie de tous les crimes commis en liaison avec les événements consécutifs à l'insurrection vietnamienne »: Crim., 1<sup>er</sup> avril 1993, *Sobanski Wladyslaw et autres c. Georges Boudarel*, *Bull. crim.*, n° 143, p. 351. L'interprétation doctrinale retenue de cet arrêt, selon laquelle la Cour de cassation « semble admettre, au moins sur le principe, qu'un crime contre l'humanité puisse être amnistié par une loi interne », nous paraît éminemment contestable car la Haute juridiction prend bien soin au préalable de déclasser les faits au rang d'infraction de droit commun avant de vérifier s'ils rentrent dans le cadre de la loi d'amnistie (*sed contra*: A. LAQUIÈZE, préc., note 93, 38 et suiv.).

<sup>100</sup> Aux termes de l'article 1 b) de la Convention de New York du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, « les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis ». Et si, en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, les traités internationaux régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois internes, on relèvera que cette convention n'a été, à ce jour, ni signée, ni ratifiée par la France. Quant à la Cour de cassation, elle avait considéré que « l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, [...] se déduit tant des principes généraux reconnus par l'ensemble des nations civilisées que du statut du tribunal international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 »: Crim. 20 décembre 1985, *Associations de combattants, de résistants et de déportés et autres c. Barbie*, J.C.P. 1986.II.20655, rapport de Le Gunehec, concl. Dontenville.

<sup>101</sup> Cons. const., décision n° 80-127 DC des 19-20 janvier 1981, J.O., 22 janvier 1981, p. 308.

<sup>102</sup> « Le crime contre l'humanité se définit par la volonté de nier, dans un individu, l'idée même d'humanité, par des traitements inhumains – assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation – ou des persécutions pour des motifs

Il reste le principe de non-rétroactivité de la règle pénale. Celui-ci tient en échec l'exception d'imprescriptibilité, et parce que cette dernière est d'interprétation stricte, il ne devrait donc plus être possible de poursuivre, par exemple, les traites négrières à partir du XV<sup>e</sup> siècle et encore moins de sanctionner pénalement leur négation. Or, nonobstant le précédent du Tribunal de Nuremberg qui s'est déclaré compétent pour connaître des faits antérieurs à l'accord de Londres du 8 août 1945, le principe de non-rétroactivité demeure valable en droit interne<sup>103</sup> comme en droit international<sup>104</sup>. La nouvelle Cour pénale internationale, dont le statut est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002 ne pourrait pas connaître de faits antérieurs à cette date (articles 11 et 24 du statut). De plus, comme sa compétence est subsidiaire à celle des juridictions nationales et que, pour ce qui concerne les tribunaux français, la *Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité* a entendu restreindre cette imprescriptibilité aux seuls crimes contre l'humanité commis par les forces de l'Axe, il n'y a juridiquement aucune chance que les crimes présumés d'esclavage ou de génocide du peuple arménien (la liste n'est pas

---

politiques, raciaux ou religieux, ces traitements et persécutions étant exercés contre des populations civiles et cette volonté s'exerçant dans le cadre d'une politique étatique tendant à cette fin [...]; attendu que constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6 c) du statut du tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 – alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6 b) de ce texte – les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition » : Crim. 20 décembre 1985, préc., note 100.

<sup>103</sup> Cons. const., préc., note 101 ; voir aussi : décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, J.O., 27 juin 1986, p. 7978 ; décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, J.O., 29 février 1992, p. 3122 ; décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, J.O., 12 mars 1992, p. 3003.

<sup>104</sup> Sur le fondement de l'article 7-1 de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme considère que « les dispositions de droit pénal sont soumises au principe d'interprétation stricte, ainsi qu'au principe de la non-application d'une loi nouvelle plus sévère à une situation née avant sa mise en vigueur et en cours de développement » : *Achour c. France*, n° 67335/01, CEDH, 10 novembre 2004 ; voir aussi : *Kokkiriakis c. Grèce*, n° 14307/88, CEDH, 25 mai 1993.



exhaustive) soient un jour jugés en tant que tels en France. La brèche ouverte par la Cour internationale de justice dans son arrêt du 26 février 2007, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*<sup>105</sup>, qui a retenu sa compétence sur le fondement de l'article 9 de la Convention de New York du 9 décembre 1948 *pour la prévention et la répression du crime de génocide*, alors que le défendeur (Serbie-et-Monténégro), non-membre de l'Organisation des Nations Unies au moment des faits (à la date du dépôt de la requête devant la Cour, soit le 20 mars 1993), n'était donc pas admis à adhérer à ladite Convention, serait potentiellement la seule dans laquelle les « victimes mémorielles » pourraient s'engouffrer. Mais l'interstice est mince tant il faudra surmonter les obstacles processuels que sont, notamment, les exceptions préliminaires, c'est-à-dire des objections exprimées par le défendeur, *de limine litis*, à la juridiction du tribunal et destinées à empêcher que celui-ci connaisse du fond de l'affaire<sup>106</sup>. La procédure peut prendre des années... pour un résultat très aléatoire.

Ainsi, le recul des principes essentiels de la procédure pénale, l'autolimitation du législateur ainsi que la pénalisation de la contestation de certains événements historiques, concourent à fonder un véritable droit historique (ou mémoriel) opposable de la reconnaissance (législative et/ou judiciaire) de la qualité de victime. À rebours de ce que nous écrivions plus haut, c'est l'Histoire qui sera refoulée par le juge, sommé de réparer et de condamner toute atteinte, même vénielle aux mémoires en présence. « La prolifération des législations particulières et l'exaltation des mémoires plurielles risquent de conduire à la désintégration de la mémoire nationale »<sup>107</sup>. Le prix sera lourd à payer, notamment à l'égard de descendants des victimes de la Shoah, qui assisteront à une banalisation de ce qu'ils ont toujours âprement défendu comme une singularité. À ce stade, la surenchère mémorielle creusera un peu plus l'écart entre les différents groupes de victimes. L'État a ouvert la boîte de Pandore et il y a lieu de craindre qu'elle ne se referme pas de sitôt.

---

<sup>105</sup> Arrêt disponible sur le site de la Cour : [www.icj-cij.org].

<sup>106</sup> Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 598 et suiv.

<sup>107</sup> R. RÉMOND et F. AZOUVI, préc., note 96, p. 82 et 83.