

Contribution à l'identification du référent historique dans le contentieux constitutionnel français et comparé

Tamara Lajoinie

Doctorante contractuelle, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, I.L.F. - G.E.R.J.C.

Qu'ils se nomment Constitution ou Code civil, tous deux sont le produit d'une histoire, d'une culture, bâtis le plus souvent avec les matériaux du passé, ils symbolisent la durée et la pérennité du pouvoir qui les adopte et portent l'empreinte de leur culture¹. C'est en ce sens qu'une certaine partie de la doctrine a pu faire valoir l'idée que sans un sens eschatologique, sans une « *Histoire* », l'Etat n'est rien de mieux qu'un appareil de contrainte physique, il n'est guère d'avantage qu'une bande de brigands selon l'expression de Saint Augustin². Dès lors, si les préambules ou les déclarations de droits renvoient à l'histoire nationale, c'est qu'ils le font : « *pour tenir compte du besoin humain d'une représentation historique et d'une identité* »³. Selon ce point de vue, la Constitution devient en soi le principe de réflexion des sociétés humaines⁴ par rapport à une constante, le temps. Partant, de même qu'il existe un discours du droit, existe également un discours du temps se matérialisant au travers d'un récit temporel qui réalise une synthèse active de celui-ci, en donnant cohérence et signification au monde vécu du sujet concerné⁵. La Constitution devenant ici le miroir juridique suprême de la nation qui l'institue en réfléchissant ses caractéristiques propres ou supposées telles⁶. Dans cette optique, par le truchement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que du Préambule de la Constitution de 1946, l'Etat français en appelle de manière vibrante à deux points d'ancrage historique du constitutionnalisme français et mobilise ainsi de manière significative l'imaginaire national de la nation. De ce premier prisme temporel que représenta la période révolutionnaire, le juge constitutionnel français héritera de la notion de tradition républicaine permettant ainsi au référent historique d'effectuer bien que de manière diffuse un premier ensemble d'incursions au sein du débat constitutionnel français. Dès lors facilitant ainsi le passage de l'hérédité à l'héritage, le juge constitutionnel français puisera au soutien de son argumentation, dans l'airain constitutionnel républicain toute la légitimité que ce vécu global fédérateur sera susceptible de lui apporter quitte à en promouvoir une lecture significativement idéalisée. Jouissant en effet, de la maîtrise d'un passé vaincu et d'une rhétorique culturellement fédératrice, la mystique républicaine permettra au juge un aiguillage d'un secours particulièrement utile dans ses travaux d'interprétation, de conciliation puis de hiérarchisation de la norme constitutionnelle. Le plus souvent, brevet irréfragable de républicanisme, l'usage d'un tel argument devra toutefois être relativisé au travers d'une autre manifestation du référent historique dans le contentieux constitutionnel français relevant cette fois de périodes plus sombres de la République, refoulées en ce qu'elles ne comportaient justement rien d'idéalisable. Toute autre se révélera être la situation de certains Etats, notamment les Etats allemand, sud-africain, australien et américain qui partagent en commun des expériences humaines tragiques permettant l'émergence à l'échelle nationale d'une conscience historique troublée comme d'une mémoire nationale coupable révélant de manière vibrante la perméabilité de leur système juridique au fait historique. En effet, en proie à l'horreur d'un passé immédiat non maîtrisé,

¹ Cabrillac. R., « Le symbolisme des codes », in *Mélanges en l'Honneur de François Terré, L'Avenir du Droit*, Edition Dalloz-Sirey, Paris, 1999, p. 85.

² Rabault. H., *L'Etat entre théologie et technologie : Origine, Sens et Fonction du Concept d'Etat*, Edition l'Harmattan, Paris, 2007, p. 9.

³ Häberle. P., *L'État constitutionnel*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 223.

⁴ Rousseau. D., « Question de Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, Paris, 2001, p. 3.

⁵ Bénétullière. S., « Le temps et le droit constitutionnel : un point de vue interdisciplinaire » in *Le Temps et le Droit Constitutionnel*, dir. Robbes. F., P. U. A. M., Aix-Marseille, 2010, p. 17.

⁶ Vervin. M., « La question du droit constitutionnel démotique : une problématique actuelle », *Civitas Europa*, n°9, 2002, p. 147.

les juges constitutionnels de ces Etats en appelleront à un référent historique d'une toute autre nature mettant en exergue toute la spécificité française d'usage en la matière. Fait historique brut, strictement circonscrit leur permettant le plus souvent d'asseoir une rationalité juridique nouvelle, l'utilisation du référent historique dans ces Etats est propre à démontrer que l'histoire, une fois traduite juridiquement, légitime une interprétation axiologique de la norme aux fins d'assurer la reconstruction ou la consolidation d'une identité nationale dégradée. Matérialisant ainsi un phénomène juridictionnel singulier visant à établir un processus de discussion institutionnalisé entre le fait historique et le juge dans son interprétation quotidienne de la norme constitutionnelle, cette dynamique de judiciarisation du passé semble d'un secours significativement utile au juge, en ce qu'elle lui permet d'exciper d'une histoire commune, les moyens de son argumentation présente à des fins argumentatives puis normatives. La traduction d'un tel rapport se répercutant de manière directe et expresse au sein des contentieux constitutionnels qu'ils auront à connaître, le potentiel d'évocation de ce fait historique violent, mutant progressivement en un élément rhétorique revêtu d'une redoutable légitimité en ce qu'il renferme en creux la produit de l'expérience historique de l'Etat dans lequel le juge est amené à statuer. En effet, qu'ils se soient érigés sur le paradigme initial d'une catégorisation raciale favorisant l'émergence de politiques assimilationnistes ou ségrégationnistes comme les Etats-Unis d'Amérique, l'Australie ou encore l'Afrique du Sud, ou que ceux-ci aient fait comme l'Etat allemand, la terrifiante expérience d'un conflit racial dévastateur se clôturant par le génocide le plus meurtrier de l'histoire, tous devront faire face sur la scène judiciaire à l'évacuation d'une mémoire blessée dans le but de permettre le renouvellement puis la consolidation de la cohésion de leur population. Partant dans ces Etats, révélant de manière elliptique le sens tragique du fait historique national, l'interprétation salutaire du juge permettra le plus souvent, au travers d'un usage soutenu du référent historique d'accroître l'élasticité de la norme⁷ afin de surmonter les moments de crispation du droit constitutionnel. La délimitation d'un tel champ d'étude renseignant dès lors sur les enjeux à l'échelon constitutionnel de la captation judiciaire d'un héritage donné aux fins de conceptualisation des principes fondateurs de l'Etat, pour en finir avec une certaine représentation du fait national, contre lequel il s'agira précisément de s'ériger d'abord en point de rupture, pour permettre à l'avenir, la stabilité de la norme constitutionnelle dans le respect de la dignité et de la diversité de l'individu.

A l'issue de ces observations, apparaît en filigrane ce que cette étude entend par « référent historique », une donnée historique, communément appropriée par la nation d'un Etat désigné, qui, une fois intégrée dans l'imaginaire collectif, se voit relayée au sein du domaine juridique sous la forme d'arguments légaux intervenant de façon substantielle dans le débat juridictionnel. Par ailleurs il conviendra de relever que l'acte d'écriture de l'histoire d'une nation n'est jamais univoque⁸. Dans le prolongement de ce constat, notons qu'il en va de même pour son « écriture judiciaire ». En effet, l'analyse du fait historique comme sa mise en perspective par le juge constitutionnel est susceptible d'exprimer une multiplicité de points de vue ainsi qu'une lecture parfois politique des attentes de l'interprète du texte constitutionnel, comme celles d'une nation tout entière. Référent parfois miroir de ces dernières, le fait historique une fois judiciarisé légitimera ainsi l'activisme du juge constitutionnel selon une interprétation quelques fois située à mille lieux de la lettre de la norme de référence, chaque juge orientant ainsi sa lecture en fonction de son propre régime d'historicité. En ce sens, la doctrine relève que, selon certaines circonstances, le langage juridique serait susceptible de muter en un langage « pré-rationnel » destiné à emporter l'adhésion⁹. Dans ce cadre, il conviendra

⁷ Pardini. J-J., *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Collection Droit public positif, Edition Economica, P.U.A.M, Paris, 2001, p. 12. L'auteur proposant ici ce constat à propos du fait en général dans le contentieux constitutionnel.

⁸ Jean. J-P., « Le procès et l'écriture de l'Histoire », *Revue Tracés* n°3, 2009, p. 61.

⁹ Michaut. F., *L'école de la « Sociological Jurisprudence » et le mouvement réaliste américain : Le rôle du juge et la théorie du droit*, P.U.A.M., Paris, 1985, p. 11.

également de prendre toute la mesure des risques sous-tendus par une lecture de l'histoire potentiellement partisane valorisant volontairement certains de ses aspects, de ses périodes. D'autant plus qu'une telle réflexion participe également de manière périphérique d'une problématique plus globale tenant à légitimité de la justice constitutionnelle elle-même qui de l'avis de tous ne se conçoit pas selon les mêmes enjeux que l'on se situe dans le monde de la *Common Law*, systèmes de droit mixte, ou encore dans les modèles de droit romano-germanique. Et nous le verrons en France bien plus qu'ailleurs, les enjeux tenant à l'étendue du pouvoir d'interprétation d'un juge constitutionnel s'étant lui-même hissé à la hauteur de sa fonction dans l'indifférence populaire, privé en raison du passé national français d'une fonction salutaire de moralisation de l'ordre juridique, se distinguera nettement des autres Etats. Ainsi si la doctrine a pu relever, à l'heure récente, un phénomène d'éclatement du schéma décisionnel qui permet l'apparition d'une typologie élargie des décisions du juge constitutionnel¹⁰, et si tant est qu'une telle manifestation s'observe de manière manifeste en droit français, l'évasion du juge constitutionnel de l'exégèse des textes, nous le verrons, se heurtera à d'autres enjeux et d'autres obstacles qu'au sein des autres Etats visés par cette étude.

Par ailleurs, l'étude du référent historique au sein du contentieux constitutionnel français et comparé s'éloignera également du cadre strict relatif aux principes structurant l'Etat constitutionnel, pour intégrer le giron plus pratique de la cristallisation des droits et libertés eux-mêmes, que l'interprétation du juge constitutionnel étende leur garantie au nom du seul référent historique où à l'inverse qu'elle préside à leur aménagement vers un sens restrictif. En effet, que celui-ci soit ancré dans un Etat au passé national violent comme l'Etat allemand ou celui sud-africain, ou dans un Etat qui peine à se représenter son histoire et donc à former dans l'imaginaire de son peuple, les conditions de l'émergence d'une identité nationale solide comme l'Australie, le juge constitutionnel semble trouver un secours de premier plan, dans l'investigation des éléments historiques issus du passé national de l'Etat dans lequel il se situe. Ce faisant, il puise dans l'histoire, les bases d'une argumentation constitutionnelle solide et rationnelle, afin d'identifier au mieux les mandats explicites et implicites de la Constitution qu'il interprète, celle-ci se trouvant de fait, recouvert de cette autorité particulière, que certain nomment le *Pedigree historique*¹¹. Ainsi, s'agissant de l'Etat français, les recensements effectués des invocations de la « *tradition républicaine* » au long de cette étude paraîtront finalement très utiles au juge constitutionnel, dans la mesure où ils démontrent que ce concept existe réellement sur le plan juridique comme outil d'argumentation propre à assurer tant l'identification des principes constitutifs de la République française, qu'un apport substantiel vis-à-vis des droits fondamentaux que celle-ci consacre. Elément de raisonnablement particulièrement décisif dans la démarche interprétative du juge constitutionnel, protéiforme et flexible, le référent historique nous le verrons, se voit doté d'un terrain d'action vaste, aussi étendue que la mémoire des hommes peut l'être, et ce faisant permet la rationalisation de l'interprétation du juge constitutionnel quand toutefois, il ne s'érige pas en contrainte s'agissant des limites mêmes qu'il matérialise au sein des travaux d'interprétation constitutionnelle. En conséquence, dans le cadre de cette étude seront étudiées parallèlement à l'exemple de l'Etat français, les conditions de l'émergence de l'Etat de droit allemand, si particulièrement débiteur de l'histoire et des atrocités que celle-ci a permises, guidée par la Cour constitutionnelle elle-même qui s'engagera dans de multiples investigations historiques pour justifier les principes constitutifs du nouveau régime naissant, alors que dans le même temps elle prônera une utilisation soutenue du référent historique aux fins de consolider ce régime, ce dernier revêtant dès lors, dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle du juge, un rôle de garde-fou destiné à verrouiller les principes tenant à la démocratie et à la primauté du droit. De façon complémentaire à l'étude de cet Etat, l'exemple sud-

¹⁰ Di Manno. T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives en France et en Italie*, Edition Economica, P.U.A.M., Aix-Marseille, 1996, p. 15.

¹¹ Friedman. B. « Reconstructing Reconstruction : Some Problems for Originalists (And Everyone Else Too) », *Journal of Constitutional Law*, Vol. n°11, University of Pennsylvania, 2009, p. 43.

africain sera également envisagé afin de déterminer le poids du référent historique au sein de cette démocratie constitutionnelle naissante tentant elle aussi de chasser à l'échelle judiciaire les ombres de son passé en conférant au référent historique un rôle notoire s'agissant de la proclamation de droits fondamentaux spécifiques. Enfin les exemples de l'Etat australien et de l'Etat américain, seront également étudiés en ce qu'ils semblent propres à caractériser le poids du référent historique dans la représentation d'une mémoire nationale unifiée préservant les groupes minoritaires de la tendance régulatrice de la majorité. Ces exemples d'Etats semblant en effet utiles dans leur ensemble à nourrir les réflexions de cette étude, en raison d'une part, de l'histoire particulièrement troublée que certains de ceux-ci connurent, et pour la qualité de la place qu'il concède à l'Histoire au sein de leurs décisions constitutionnelles d'autre part.

Tout l'enjeu de cette réflexion sera justement celui d'identifier les connections que le droit constitutionnel dans son ensemble entretient avec l'Histoire, la mémoire, dans le but de caractériser leur influence réciproque, mais aussi de cerner le rôle que le référent historique peut jouer dans la conceptualisation des principes fondateurs de l'Etat de droit, que ce soit par le biais de la formation d'une identité nationale et constitutionnelle propre à un Etat, de l'identification des principes essentiels d'un régime constitutionnel spécifique ou encore dans celui d'œuvrer à la réconciliation d'une nation divisée à peine sortie de l'obscurité d'un régime autoritaire ou ségrégationniste. Toutefois, l'objectif de cette étude n'est pas de se limiter à l'identification des modalités d'intégration du référent historique dans le cadre théorique de l'identification des principes fondateurs de l'Etat de droit, il poursuit également la volonté de déterminer dans quelle mesure le référent historique peut se révéler vecteur d'un apport substantiel dans le cadre du contentieux relatif aux droits et libertés. Représente-t-il une source médiate ou immédiate d'inspiration quant à la délimitation du régime de droits fondamentaux spécifiques ? Dans l'affirmative, ainsi élevé au rang de norme de référence, matérialise-t-il plus un facteur de limitation et d'aménagement des droits et libertés ou à l'inverse représente-t-il sur le plan juridique, la raison privilégiée de leur essor en permettant une lecture particulièrement progressiste du texte constitutionnel ? Objet d'histoire puis enjeux de mémoire, dans quelle mesure le fait historique se juridicise-t-il au sein du contentieux constitutionnel pour devenir en lui-même vecteur de normativité et comment s'articulent ensuite ses diverses nappes de sens à l'échelle judiciaire ?

Ainsi, afin de déterminer l'étendue du terrain d'action du référent historique dans le contentieux constitutionnel des droits et libertés, dans une première partie, il sera effectué une analyse globale visant à l'identification des manifestations du référent historique dans la réception des principes constitutifs de l'Etat par le juge constitutionnel, afin de dresser une grille de lecture de celles-ci et de relever la mesure de la spécificité française en la matière (Partie I). Dans un second mouvement, nous tenterons d'investir le champ plus pratique du contentieux constitutionnel des droits et libertés pour circonscrire et révéler l'impact du référent historique sur la délimitation de ces derniers que celui-ci agisse directement sur leur renforcement ou emporte leur limitation (Partie II).

I) Identification des manifestations du référent historique : La mesure de la spécificité française dans l'usage de la notion de tradition républicaine

Erigeant le référent historique en vecteur privilégié d'une rationalité juridique nouvelle s'agissant de l'interprétation des principes théoriques devant fonder l'Etat de droit émergent, les juges constitutionnels allemands et sud-africains s'engageront dans un usage soutenu du référent historique en faisant appel à un fait passé brut strictement délimité, aux fins de verrouiller le nouveau régime constitutionnel mis en place pour éviter, pour le futur la répétition des excès historique ultérieurement expérimentés (A). En France, les choses se passent d'une toute autre façon. En effet, le référent historique semble au sein du contentieux constitutionnel français, non seulement trouver une application différente, mais également une forme d'expression distincte

qu'au sein des autres Etats. Faisant ainsi une première apparition remarquée via la notion de « tradition républicaine », celui-ci renverra plus à un vécu global idéalisé et fédérateur permettant le perfectionnement d'un système abouti (B).

A) Le principe d'un renvoi exprès à un « fait historique » situé

En effet, en instaurant ainsi les bases d'un raisonnement à finalité proprement pédagogique visant à ériger en normes de références ultimes les legs intolérables d'un passé troublé qu'il convient de maîtriser, ces deux Etats prôneront un usage particulièrement actif du référent historique aux fins de légitimer un militantisme juridique moralisateur du système émergent, assignant de fait au fait historique un rôle de référent-passerelle permettant la transition de l'Etat vers un ordre démocratique nouveau.

1° La visée conceptuelle du référent historique dans la construction de l'Etat de droit allemand

Point d'ancrage historique du constitutionnalisme allemand, la doctrine a pu remarquer que la Constitution de Weimar incarnait la face éclairée de l'Allemagne contemporaine¹². D'un autre côté, se trouve Nuremberg, ville qui fut l'un des théâtres les plus marquants du triomphalisme nazi et de la violation massive des droits de l'homme perpétrée par le régime national-socialiste allemand, lieu de mémoire tragique correspondant à la face sombre de l'Allemagne, il permit notamment le vote, par un Reichstag unanime, des odieuses lois raciales du 15 septembre 1935, dites loi de Nuremberg. De Weimar témoin d'une Allemagne civilisée, à Nuremberg territoire du crime et lieu de châtement, treize ans d'histoire allemande nous offrent ainsi un paradigme de l'aptitude du droit à s'approprier quelque situation que ce soit, à légaliser le crime pour ensuite y restituer la qualification qu'il mérite, jusqu'à devenir le support juridique sacré des legs de l'expérience tirés de l'histoire d'une nation. En effet, que ce soit le fruit de pressions extérieures ou le résultat d'une évolution interne, le nazisme préoccupe les allemands depuis un demi-siècle plus qu'aucune autre période de leur histoire, et la réception de cette mémoire tragique, constitue une source de renseignements précieuses sur l'utilisation politique et juridique de l'histoire, ainsi mise aux profits d'objectifs contemporains de politique intérieure¹³.

Renouvelé sous la forme d'un parlementarisme rationalisé aux suites de la chute de la dictature nazie, le régime juridique allemand se veut en effet, résolument tributaire de l'Histoire en ce qu'il érige en élément décisif, les leçons juridiques de l'échec du régime précédent¹⁴. La loi fondamentale du 23 mai 1949 sera ainsi toute entière marquée et modelée par le souvenir des dérives de l'Histoire allemande, en faisant sienne l'obsession de conjurer pour l'avenir, les risques de répétitions de ces périodes troublées. A cette fin dans son Préambule, le peuple allemand des Lander occidentaux se déclare « *conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes* » et entend « *donner un ordre nouveau à la vie politique durant une période transitoire* »¹⁵. En premier lieu, la démocratie constitutionnelle naissante entendra conférer un droit de résistance au peuple allemand afin que le régime démocratique nouvellement mis en place, ne puisse plus être renversé ou

¹² Habermas, J., « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Collection Société, Edition Esprit, Paris, 1992, p. 40.

¹³ Reichel, P., *L'Allemagne et sa mémoire*, Edition Odile Jacob, 1998, p. 8.

¹⁴ Lauvaux, P., *Les grandes démocraties contemporaines*, Collection Droit Fondamental, Edition P.U.F, Paris, 1990, p. 589.

¹⁵ Cet ordre nouveau repose sur une affirmation renforcée de l'Etat de droit mais reste fidèle à la tradition de l'Etat fédéral que le régime nazi avait aboli, et au principe du régime parlementaire que la République de Weimar avait finalement échoué à faire fonctionner.

dégradé en établissant qu'à défaut d'autre recours : « *tous les Allemands ont droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser ce présent régime constitutionnel* ». Dans cette optique, l'Etat de droit allemand émergent optera pour le concept juridique significativement circonstancié de « *démocratie combative* »¹⁶ en considération des enseignements tirés de la République de Weimar détruite par les partis radicaux ennemis de la Constitution. Le principe auquel obéit la démocratie combative est que le libre jeu des forces politiques touche à ses limites dès lors que l'on cherche à éliminer la démocratie avec les moyens de la démocratie. C'est pourquoi la Loi Fondamentale prévoit la possibilité, dans son article 21-2, d'interdire les partis politiques susceptibles de porter préjudice au régime politique démocratique ou de l'éliminer en arrêtant le principe selon lequel : « *Les partis qui, d'après l'attitude de leurs adhérents, cherchent à porter atteinte à l'ordre fondamental libre et démocratique, à le renverser ou à compromettre l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont anticonstitutionnels* ». Inaugurant ainsi l'avènement d'un loyalisme constitutionnel actif propre à une démocratie désormais apte à se défendre (*werhafte demokratie*)¹⁷, la Loi Fondamentale affirme fermement sa volonté d'éviter la répétition des fautes qui ont contribué à l'effondrement de la République démocratique de Weimar. En conséquence, dans un arrêt de 1952, la Cour constitutionnelle allemande prononcera l'interdiction du parti national socialiste au nom du « *vécu historique* » et de l'expérience tragique de ce type de discours politiques¹⁸, tandis qu'en 1956 le même raisonnement devait s'appliquer pour le parti communiste allemand, au nom cette fois de l'intérêt à préserver, pour l'avenir, l'intégrité du régime démocratique ainsi mis en place. Une exigence d'ailleurs consolidée par une jurisprudence ultérieure où la Cour est venue préciser que le principe de la liberté des partis politiques envers l'Etat proscrit le principe d'un financement étatique global et absolu au profit d'une aide financière partielle¹⁹. L'acte de refonte du constitutionnalisme allemand révélant ainsi toute la puissance de l'argumentation historique dans la dénonciation puis la cristallisation des errements de l'histoire d'une nation aux fins d'établir une lecture particulièrement circonstanciée de la norme fondamentale. Le passé et l'avenir étant, de fait, tour à tour utilisés au sein de l'interprétation du juge constitutionnel allemand, comme des instruments légaux, juridicisés permettant une interprétation contextualisée des dispositions de la Loi Fondamentale en fonction des circonstances du passé et en accord avec le mouvement et les aspirations du futur. En outre, la célèbre décision²⁰ de la Cour relative à l'examen de constitutionnalité de la loi du 11 mai 1951 dite « *Loi 131* » régissant la fonction publique allemande devait constituer une véritable leçon sur la nature des dérives du national-socialisme en établissant une sorte de définition par antithèse de la fonction publique dans une démocratie pluraliste. En effet au sein de cette décision, la Cour dans un premier mouvement livre un raisonnement de type pédagogique en évoquant les excès historiques de la fonction publique allemande sous le régime hitlérien et fixe à l'aune du référent historique les conditions du renouveau de cette fonction à l'heure de l'Etat de droit. Dès lors selon une visée plus stratégique que strictement idéologique, c'est au nom des « *agissements historiques* » des fonctionnaires allemands ayant conduit à la dégradation de l'Etat, que la Cour poursuit son raisonnement en stigmatisant l'union étroite ayant prévalu entre l'idéologie nazie et la fonction publique allemande aux fins d'asseoir toute la portée du principe de fidélité à la Loi

¹⁶ Béguin. J-C., *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, p. 39.

¹⁷ Lévinet. M., *Droits et libertés fondamentaux*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2010, p. 5.

¹⁸ Cour constitutionnelle allemande, décision du 8 juillet 1952, *BVerfG*, 3, 58, p. 88-89.

¹⁹ Cour constitutionnelle allemande, décision du 9 avril 1992, *BVerfGE*, Tome 85, pp. 264.

²⁰ Cour constitutionnelle allemande, décision du 17 décembre 1953, *BVerfGE*, 4, 62, p. 88.

Fondamentale auquel cette profession est soumise depuis 1949²¹. Erigeant ainsi le passé en moyen décisif de la refondation démocratique de l'Etat allemand, la Cour tisse dans cette décision les premiers rescrits constitutionnels quant aux liens de confiance mutuelle devant guider les rapports entre le peuple allemand et sa fonction publique. Par ailleurs, dans une décision rendue en date du 15 décembre 1970²², la Cour constitutionnelle allemande, en arrêtant une conception significativement limitée du pouvoir constituant dérivé, à l'issue d'un constat pétri de considérations historiques, offre une nouvelle occasion à ce dernier d'intervenir d'une manière particulièrement centrale dans le débat juridictionnel allemand. Dans un premier temps, la Cour relève à titre liminaire que : « *L'article 19 de la Loi Fondamentale considéré comme une limitation du pouvoir constituant dérivé a pour objet d'empêcher que l'ordre constitutionnel ne soit détruit dans sa substance, dans ses fondements par l'adoption formelle modifiant la Constitution et soit abusivement utilisé légaliser après-coup un régime totalitaire* »²³. Idéologiquement, l'article 79 al. 3 se présente comme le réceptacle constitutionnel de l'expérience historique des risques suscités par une brusque mutation de la norme constitutionnelle dans un sens contraire aux principes démocratiques dans le même temps qu'elle cristallise à l'échelle judiciaire, une crainte bien particulière de la puissance étatique elle-même. Ainsi en interdisant strictement toute révision constitutionnelle concernant le droit fondamental consacré dans l'article 1 du texte constitutionnel, la Cour constitutionnelle allemande érige le fait historique en vecteur privilégié de limitations substantielles du pouvoir de révision constitutionnelle. Ce faisant, celle-ci semble notifier prioritairement aux instances publiques qu'il n'y aura plus de moment-zéro, de *tabula rasa* des valeurs présentement entérinées par l'Etat allemand et fige dès lors pour le futur le topisme constitutionnel de l'Etat au nom de l'expérience historique. A cette fin, si dans cette décision, le rayonnement matériel de l'article 79 alinéa 3 se trouve limité aux principes les plus fondateurs de l'Etat de droit allemand naissant, il jouit toutefois d'un rayonnement temporel absolu puisque les prescriptions qu'il contient ont une vocation éternelle (clause d'éternité : *Ewigkeitsklausel*). Techniquement, il se présente donc comme le garde fou juridique d'une nation qui à peine sortie de l'obscurité de la période nazie se veut « condamnée » à progresser faisant ainsi sienne le credo du « jamais plus ». L'aménagement de ce « temps-troublé » de ce passé non maîtrisé est ainsi devenu l'une des ressources privilégiées de l'ingénierie constitutionnelle allemande, ce dernier représentant précisément « l'étalon de terreurs » contre lequel il fallait justement s'opposer. Poursuivant son œuvre progressive de verrouillage du système démocratique allemand pour que les atrocités du passé ne trouvent plus matière à se répéter, la Cour semble interdire de façon absolue l'abandon radical des principes contenues dans la Loi Fondamentale au premier rang desquels se trouve le principe fondateur de dignité humaine²⁴. La référence à la dignité humaine est ici significative. En effet, l'archéologie de la notion de « *dignité humaine* » montre qu'il s'agit

²¹ En vertu de l'article 33 de la Loi Fondamentale qui dispose que : « *En règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport permanent de service et de fidélité de droit public* ».

²² Cour constitutionnelle allemande, décision du 15 décembre 1970, *BVerfGE*, Tome 30, pp. 1-45.

²³ *Idem.*, pp. 24-26.

²⁴ Dans son discours le Président fédéral d'Allemagne devait attester du poids du référent historique au sein de l'émergence de l'Etat de droit allemand en déclarant que : « *La dignité de l'être humain est intangible. Voilà la phrase centrale de notre Loi fondamentale. Les pères et les mères de notre Constitution ont réuni le bon de plusieurs siècles de l'histoire allemande du droit et de la liberté, et tiré les enseignements de l'échec de la République de Weimar et des crimes des nazis. Les parents de la Loi fondamentale ont créé un ordre solide permettant aux citoyennes et citoyens libres de se faire une existence dans une société juste. De plus, avec la Cour constitutionnelle fédérale, ils ont donné à cet ordre libéral un gardien fort* ». Discours solennel prononcé par le Président Horst Köhler, à l'occasion de la cérémonie du 60^{ème} anniversaire de la République Fédérale d'Allemagne, le 22 mai 2009, à Berlin.

d'un principe qui progresse dans le temps²⁵. En effet, l'étude du droit constitutionnel révèle que le principe de dignité humaine n'est pas conçu de manière statique, à l'inverse il semble se développer prioritairement par son interaction avec les représentations elles-mêmes changeantes des valeurs sociales. Ainsi la Constitution de l'empire allemand de 1919 ne connaissait le principe de dignité humaine qu'indirectement²⁶. La valeur morale de la dignité humaine ne commence à triompher comme principe politique et juridique qu'après 1945, du fait des injustices dont le monde fit l'expérience et des procès de Nuremberg et de Tokyo où fut introduite la notion de « *crime contre l'humanité* ». L'idée neuve, désormais introduite dans le droit positif, que la personne humaine possède des droits propres, opposables à l'Etat, intervient seulement à l'issue de la deuxième guerre mondiale et les expériences de non-droit liées au fascisme et au national-socialisme allemand démontrent ainsi, toute l'importance du référent historique dans la délimitation des principes fondateurs de l'Etat de droit. En témoignent les arrêts du 17 décembre 1953²⁷ et du 19 février 1957²⁸ qui représentent de bons témoins de l'aptitude des tribunaux à évaluer une phase antérieure du système juridique du même Etat pour s'en servir comme vecteur d'une rationalité juridique nouvelle. La Cour constitutionnelle allemande opta ainsi en 1957 pour une solution de compromis, l'impératif de sécurité juridique, sous tendu par les principes mêmes de l'Etat de droit, lui interdisant de réduire à néant tout le droit en vigueur de 1933 à 1945. Il faut seulement exclure du legs les dispositions et les décisions intolérables²⁹. Un autre passage de cette décision se réfère à l'incompatibilité de la doctrine nationale-socialiste avec « *la dignité humaine commune à tous* ». C'est donc l'ordonnancement constitutionnel ou, plus exactement le système de valeurs actuel qui procure le critère non pas de la légitimité de l'ordre juridique du IIIème Reich, mais du choix des parties de cet ordonnancement qui seront incorporées dans le système de l'Etat libéral nouvellement mis en place. Dans un autre arrêt relatif à la déportation de juifs dont étaient accusés les membres de la Gestapo, rendu en date du 29 janvier 1952, la Cour constitutionnelle allemande se référa plus explicitement à un « *noyau dur du droit* » commun à « *la conscience de tous les peuples civilisés* »³⁰. A l'issue de ces jurisprudences, la dignité n'est plus seulement un droit fondamental, elle constitue la base même de l'Etat de droit³¹, celle-ci se trouvant *de facto* placée, vis-à-vis des droits fondamentaux dans une relation de fondation. La lettre de la Loi Fondamentale impliquant déjà elle-même un fort rayonnement de ce principe au sein de l'ordonnancement juridique allemand, se verra donc combinée à une lecture particulièrement active des implications de la notion de dignité humaine pour que les droits fondamentaux dans leur ensemble deviennent la concrétisation du principe suprême de l'Etat de droit. A la période récente, M. Westerwelle, célèbre homme politique allemand et membre du *Bundestag* depuis 1996, a souligné que le fait d'avoir vécu presque au même moment de « véritables bouleversements historiques portés par les mêmes valeurs, la dignité humaine, l'amour de la liberté, l'état de

²⁵ Edelman, B., « La dignité humaine, un concept nouveau », *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, pp. 25-34.

²⁶ C'est en effet, sous le titre « *La vie économique* » que l'on peut lire à l'article 151 : « *L'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de la justice et se proposer comme but de garantir à tous une existence digne de l'homme. A l'intérieur de ces limites, il faut assurer la liberté économique de l'individu* ».

²⁷ Cour constitutionnelle allemande, décision du 17 décembre 1953, *BVerfGE* 3, 58, 3, 208.

²⁸ Cour constitutionnelle allemande, décision du 19 février 1957, *BVerfGE* 6, 132, 170.

²⁹ Cour constitutionnelle allemande, décision précitée, p. 198-199.

³⁰ Cour constitutionnelle allemande, décision du 29 janvier 1952, *BVerfGE* 2, 234, 237.

³¹ La Loi Fondamentale allemande dans son article 1 expose que : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable* ».

droit », créait des liens particuliers entre la nation Sud-Africaine et l'Etat allemand³². En effet, ces deux Etats, ayant vécu un passé national particulièrement troublé enclavé dans une culture d'institutionnalisation et de catégorisation raciale, se rejoignent dans leur choix du constitutionnalisme pour ériger un « pont historique » entre les dérives du passé et les aspirations démocratiques du futur.

2° La Constitution sud-africaine perçue comme un « *pont historique* » entre le passé et l'avenir :

Outil de poids dans la circonscription et la reconnaissance des injustices passées pour les uns³³, élément justificateur de l'essor d'une justice constitutionnelle particulièrement puissante et active pour d'autres³⁴, le référent historique se présente doté, en Afrique du Sud, d'une portée considérable et de capacités juridiques multiples. Référent à géométrie variable, il est autant un facteur de légitimation de l'Etat constitutionnel naissant qu'un vecteur puissant de progrès et de développement des droits fondamentaux de la personne. Curseurs de l'humanité juridique à venir, le passé en Afrique du Sud et son instrumentalisation par la justice constitutionnelle semblent en effet, être les étalons de toute justice « *bien ordonnée* » et tournée vers le futur. Le référent historique reçoit, en conséquence, une tâche spécifique dans le processus sud-africain de reconstruction. Comme dans l'Etat allemand, il constitue le facteur d'une révolution juridique qui entend œuvrer à la reconstruction de l'identité nationale et à sa réconciliation, mais à la différence de ce dernier, il est paradoxalement revendiqué en Afrique du Sud pour opérer le retournement du passé de l'apartheid en avenir de la constitution de la nation. A titre d'illustration dans un arrêt *Azapo*³⁵, la Cour constitutionnelle sud-africaine s'appuya sur un usage soutenu du référent historique pour assurer l'incontestabilité de la politique d'amnistie entreprise par l'Etat, malgré les revendications multiples de la communauté noire exhortant à une justice punitive et rétributive, en affirmant qu'en fonction du contexte historique spécifique de celui-ci, l'oubli judiciaire des *perpetrators* en échange de la « *vérité historique* » sur leurs méfaits valait mieux qu'une guerre procédurière sans fin³⁶. Ce faisant, l'Etat sud africain se présente comme l'un des rares Etats à associer le référent historique à un solide réalisme politique et juridique, relayé par l'œuvre de la Commission Vérité Conciliation, renseignant ainsi, sur les liens qu'Histoire et pragmatisme immédiat entretiennent à l'échelle constitutionnelle.

Bâtissant la nouvelle Constitution sud-africaine avec les outils de l'expérience, la Commission Vérité-Conciliation, entend en effet, garantir au référent historique une place de choix dans la formulation des nouveaux principes et droits fondamentaux inscrits dans la Constitution³⁷. Fait notable au sein du constitutionnalisme, la Constitution définitive de 1996

³² Publication du Ministère Fédéral des affaires étrangères allemand, « L'Afrique du Sud, partenaire stratégique de l'Allemagne », le 12 avril 2010, p. 1.

³³ Garapon. A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 123.

³⁴ Jacobs. S., « Sur l'Afrique du Sud Post apartheid et le devenir de la nation en arc en ciel » in *Afrique du Sud : au-delà de l'arc en ciel*, Collection Politique Africaine, n° 103, Edition Karthala, Paris, 2006, p. 8.

³⁵ Cour constitutionnelle sud-africaine, arrêt *AZAPO vs. President of Republic of South Africa*, du 25 juillet 1996, (CCT17/96) [1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015, 1996.

³⁶ *Idem.* § 17.

³⁷ Ainsi, l'épilogue de la Constitution provisoire d'Afrique du Sud de 1993 énonce que : « *La présente Constitution pourvoit un pont historique entre le passé d'une société profondément divisée, marquée par la lutte, le conflit, les souffrances non dites et l'injustice, et un avenir fondé sur la reconnaissance des droits de l'Homme, sur la démocratie et une vie paisible côte à côte (...) sans considération de couleur, de race, de classe, de croyances ou de sexe (...) L'adoption de cette nouvelle Constitution pose la fondation solide sur laquelle le peuple d'Afrique du Sud transcendera les divisions et les luttes du Passé qui ont engendré (...) un héritage de haine, de peur, de culpabilité et de vengeance (...) De par cette Constitution et ces engagements,*

apparaît comme une norme subordonnée à la Constitution provisoire de 1993, conduisant ainsi à la promotion d'une hiérarchie paradoxale au sein d'une même sphère de constitutionnalité³⁸. C'est ainsi, plus d'une trentaine de normes constitutionnelles, toutes relatives aux droits fondamentaux politiques, économiques et sociaux qui s'imposeront au travail de la Constituante chargée d'établir une Constitution pour l'Afrique du Sud. L'autre révolution que connut le constitutionnalisme sud-africain à partir de 1993, fut celui d'introduire comme éléments de raisonnement dans l'œuvre du juge constitutionnel, autant de principes moraux et de données à valeur culturelle, au détriment d'une interprétation strictement positiviste de la norme constitutionnelle³⁹. En effet, avant les années 1993-1994, comme le démontre l'arrêt *Collins v. Minister of Interior*⁴⁰, la Constitution au même titre que la loi devait être interprétée indépendamment de toute référence aux valeurs ayant présidé à son adoption. Prenant le parti de rompre de façon définitive avec cette position dans un arrêt *State v. Zuma*⁴¹, la Cour constitutionnelle Sud-Africaine livrera de manière inédite les principes d'une méthodologie historique, dans le cadre de l'interprétation substantielle des droits fondamentaux sud-africains, en établissant que : « *l'interprétation constitutionnelle se doit de prendre en compte le fait qu'il s'agit du droit de l'Afrique du Sud et non du droit d'un pays étranger. L'histoire de cette Constitution, les traditions, les usages, la doctrine, et les espoirs sont ceux de la population sud-africaine, ils doivent donc être interprétés en conséquence de ces éléments* »⁴². L'objectif de ces directives d'interprétation est de développer une jurisprudence constitutionnelle propre au contexte sud-africain, afin que le passé de cet Etat soit regardé comme susceptible d'interprétations juridiques personnalisées et adaptées aux nouvelles valeurs sud-africaines. Deux rôles essentiels donc se rattachent à l'utilisation du référent historique dans le contentieux constitutionnel Sud africain, l'Histoire étant tour à tour citée dans les décisions de justice, comme un facteur de légitimation du progrès des droits fondamentaux, mais fait également office de garde fou, pour que la *rainbow nation*, ne puisse plus s'abimer dans l'oppression d'une communauté nommée en fonction de critères raciaux. De fait, favorisant une interprétation des dispositions constitutionnelles en fonction de valeurs très largement héritées de la vision du passé que la nation sud-africaine garde en mémoire⁴³, le référent historique dans cet Etat, se voit donc ouvrir un domaine d'action aussi vaste que l'entreprise de reconstruction de l'Etat Sud africain peut l'être. Le passé Sud Africain, c'est inévitablement l'apartheid et les violations massives des droits fondamentaux perpétrées par les colons blancs à l'encontre de la communauté noire qui devaient perdurer jusque dans les années 1990, les lumières des courants humanistes ne devant que faiblement filtrer sur le continent africain quand ceux-ci irradiaient dans d'autres Etats et permirent ainsi l'avancée considérable des droits et libertés. Le futur sud-africain, c'est prioritairement l'établissement par la voix du constitutionnalisme d'un principe d'égalité. Ainsi, dans un arrêt *Hugo*, le juge Kriegler put-il relever qu'à « *la lumière particulière de notre Histoire, et à notre vision du futur, la Constitution ne saurait*

nous, le peuple d'Afrique du Sud, ouvrons un nouveau chapitre de l'histoire de notre pays, Seigneur Dieu, bénis l'Afrique ! ».

³⁸ Cassin. B., Cayla. O. et Salazar. P. J., « Dire la vérité, faire la réconciliation, manquer la réparation » in *Le Genre Humain : Vérité, Réconciliation, Réparation*, n°43, Editions Seuil, Paris, 2004, p. 17.

³⁹ Viljoen. F., « The principle of equality in South African jurisprudence », *Droits et démocratie en Afrique du Sud*, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁰ Cour constitutionnelle sud africaine, décision *Collins v. Minister of the Interior*, 1957, (1) SA 552 (A).

⁴¹ Cour constitutionnelle sud africaine, décision *State v. Zuma and others*, 1995 (2) SA 642 (C).

⁴² *Idem.*, § 16.

⁴³ Raynaud. P., « La Mémoire et le Droit », in *Le Genre Humain : Vérité, Réconciliation, Réparation*, *op. cit.*, p. 278.

avoir d'autre principe fondateur que celui central du principe d'égalité »⁴⁴. La Constitution Sud Africaine étant : « originellement et énergiquement une Constitution égalitaire »⁴⁵. En conséquence, les deux autres droits fondamentaux que sont la liberté et le droit de propriété seront en Afrique du Sud considérablement façonnés par le principe d'égalité. En témoigne l'arrêt *Harksen*⁴⁶, où les juges constitutionnels semblent considérer que le principe de dignité lui-même doit être envisagé prioritairement comme un moyen de renforcer les exigences issues de ce principe, tandis que le principe de liberté de l'individu devra quant à lui, s'incliner devant le processus de redistribution des terres, ou devant les politiques d'*Affirmative Action* initiées également en son nom. Ainsi, le juge Mohamed dans l'arrêt *State v. Makwanyane*⁴⁷, relatif à la constitutionnalité de la peine capitale, a pu constater que la Constitution représentait, au sein de l'Etat Sud Africain : « une rupture catégorique et un rejet retentissant de cette partie du passé, honteusement raciste, autoritaire, étroite d'esprit et répressive, ainsi qu'une identification ferme et un engagement de valeurs envers un système de valeurs démocratique, universel, humanitaire et aspirant à l'égalitarisme, expressément dénoncé dans la Constitution »⁴⁸. Le juge Mohamed attribuant de fait, au référent historique, une place fondatrice au sein de ce nouvel ordre constitutionnel, la prise en compte du passé troublé sud-africain étant la condition même de son émergence : « le contraste entre le passé que la Constitution rejette et l'avenir vers lequel, elle cherche à engager la nation, est saisissant et spectaculaire »⁴⁹. Dans cette même affaire le juge O'Regan délivrera, à l'image du juge constitutionnel allemand, une conception contextualisée de la notion de dignité humaine au regard de la réalité historique sud-africaine en constatant que : « L'histoire l'a bien démontré, sans dignité, la vie humaine est considérablement amoindrie »⁵⁰. Démocratie de raison plus que de passion⁵¹, l'Etat Sud-Africain s'est ainsi acheminé vers la construction d'une démocratie constitutionnelle dans une dynamique se réclamant plus d'une logique de rectification que d'inspiration. Etudier la conception sud-africaine des principes d'égalité et de dignité de la personne humaine, c'est en effet, avant tout, s'immerger dans l'appréhension d'un construit façonné par le passé et le vécu⁵², et donc se situer à mille lieux des considérations juridiques abstraites et théoriques pour investir le champ du pragmatisme le plus puissant : l'Histoire et l'expérience qu'elle fournit aux hommes, afin de transformer ses acquis en véritable remparts constitutionnels. Inutile donc d'insister sur le poids du référent historique dans l'échelle de ces valeurs, le passé en Afrique du sud, est bel et bien une donnée juridique. Ainsi mis en corrélation avec le futur de la nation sud africaine, il est le prétexte de toutes les nouvelles avancées des droits et libertés, en même temps qu'un instrument légal de taille, pour cicatrifier les blessures laissées par l'Histoire et surtout, éviter leur retour.

En France, l'étude du référent historique ne se conçoit pas selon les mêmes enjeux que dans les autres Etats envisagés dans cette étude. En effet l'Etat français, nation centenaire dotée d'une mémoire tout aussi ancienne et relativement linéaire, ne semble pas aussi préoccupé par son passé que ceux précédemment étudiés. Dans ce cadre, la doctrine relève que ce dernier présente un exemple particulièrement achevé d'identité forgée par une

⁴⁴ Cour constitutionnelle sud-africaine, décision *The President of the RSA v. Hugo*, 1997 4 SA 1 (CC) 22G-23A, § 73.

⁴⁵ Cour constitutionnelle sud-africaine, décision *The President of the RSA v. Hugo*, décision précitée. § 74.

⁴⁶ Cour constitutionnelle sud-africaine, décision *Harksen v. Lane NO et autres* 1998 1 SA 300 (CC).

⁴⁷ Cour constitutionnelle sud-africaine, décision *State v. Makwanyane*, 1995 (6) BCLR 666 (CC).

⁴⁸ *Idem.* § 262.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Idem.* § 327.

⁵¹ Philippe X., « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, p. 158.

⁵² Macleod Gunn. A., *L'Afrique du Sud, un monde au défi*, Edition Legacy Press, 1990, p. 88.

expérience politique commune⁵³ et un sentiment solidement ancré dans l'imaginaire collectif de fierté nationale. Le passé national de la France n'est en effet, pas un passé-urgence ou coupable impliquant une confrontation immédiate et spécifique avec un fait historique violent strictement circonscrit. A l'inverse, il s'est façonné de manière diffuse par vagues successives entraînant la fusion d'acquis juridiques parfois épars et renferme en son creux, le produit brut d'une expérience historique qui a su résister au jugement du temps via d'autres intermédiaires que le juge constitutionnel. Dans ce contexte, bien vite le fait historique révolutionnaire deviendra légende, jusqu'à sa réception sur le plan constitutionnel où via la notion de tradition républicaine, il cristallisera les principes les plus fondamentaux d'une République révolutionnaire idéalisée. Dès lors, la pression du fait historique dans l'œuvre interprétative du juge se révélant moins immédiate parce que moins urgente, sera plus discrète que dans les autres Etats étudiés bien que tout aussi décisive dans la réception des principes fondateurs de l'Etat français. Une influence juridique qui bien que diffuse au sein de l'œuvre interprétative du juge constitutionnel se révèle proprement déterminante en ce qu'elle semble permettre l'aiguillage du juge dans ses divers travaux d'interprétation de la norme constitutionnelle.

B) Détermination du particularisme du référent historique en France via la notion de tradition républicaine: Un facteur indirectement juridicisé évoquant un « vécu historique » idéalisé

1° Un référent diffus dans la délimitation des principes constitutifs d'un Etat à l'identité achevée

A l'issue de ces observations, malgré sa singulière expression au sein du droit comparé, le bloc de constitutionnalité semble, par préférence, d'une rare richesse puisqu'il permet la synthèse juridique de l'ensemble des approches dominantes des rapports ayant prévalu en France entre l'individu et l'Etat⁵⁴. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen porte ainsi la marque des luttes révolutionnaires ayant permis le triomphe de la liberté sur l'oppression, de la souveraineté de la Nation sur celle du monarque de droit divin. En cela, elle représente d'abord, l'acte de décès définitif de l'Ancien Régime au profit d'un ordre nouveau fondé sur le citoyen, la République naissante devenant du même coup le vecteur prioritaire d'une certaine représentation du peuple français et de l'exercice de sa citoyenneté politique. En ce sens, la doctrine relève à propos de la Déclaration de 1789, alors enrichie de nouvelles découvertes, qu'elle : « *manifeste la cristallisation d'une partie de la tradition républicaine* » et qu'elle sera interprétée par le juge « *en fonction d'un standard d'imputation lié à la tradition républicaine dans son ensemble* »⁵⁵. L'article 2 de la Constitution de 1958, « *lieu de consécration de symboles par excellence* »⁵⁶ capte ainsi les enseignements diffus d'un Etat érigé sur des principes fortement centralisateurs qui a très tôt conçu l'unité du corps social en terme d'uniformité⁵⁷. Sur le plan fonctionnel, l'utilité immédiate de cette proclamation est évidente dans la mesure où la citoyenneté suppose pour être pleinement exercée une congruence de l'unité politique et culturelle. C'est ainsi que lorsqu'une loi en 1978, tentera

⁵³ Ory. P., « Qu'est ce qu'une nation ? C'est un Etat » in *Identités et Démocratie, Diversité culturelle et mondialisation : repenser la démocratie*, P.U.R., Rennes, 2003, p. 259.

⁵⁴ Bidegaray. C. et Emeri. C., « La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France », in *Droit constitutionnel et Droits de l'Homme*, Rapport français au II Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, Edition Economica, P.U.A.M., Aix en Provence, 1987, p. 14.

⁵⁵ Louvaris. A., *La tradition républicaine, source de légalité*, Mémoire D.E.A., Droit Public, Paris-I, (dir). Picard. E., 1989, p. 80.

⁵⁶ Courvoisier. C., « *La république dans ses symboles* », in Colloque organisé par le Groupe d'études constitutionnelles appliquées et composées, le 10 et 11 décembre 1992, sous la direction de Mathieu. B., et Verpeaux. M., *La République dans le droit public français*, Economica, Dijon, 1996, p. 192.

⁵⁷ Rouland. N., *L'Etat français et le pluralisme : Histoire des institutions publiques de 476 à 1792*, Edition Odile Jacob, Paris 1995, p. 12.

d'instituer le vote plural aux élections prudhommales, le Conseil constitutionnel n'hésita pas à la censurer, la doctrine remarquant à propos de la décision du 17 janvier 1979⁵⁸ que : « *la répugnance de notre droit à une différence de pondération entre le droit de vote des différents électeurs est issu de la Constitution, mais résulte aussi de la tradition républicaine* »⁵⁹. A la lumière des expériences étrangères précédemment envisagées, la valeur symbolique de cette affirmation semble particulièrement centrale en ce qu'elle permet une plus grande cohésion sociale de la population, et une exaltation de l'Etat républicain en ce qu'il comporte précisément d'achevé, d'irréversible, d'indivisible. A cet effet, la doctrine a pu relever que la notion de « *tradition républicaine* » détenait une fonction particulière au sein de la jurisprudence constitutionnelle française, celle-ci, pouvant être tour à tour désignée comme une norme d'aiguillage dans l'interprétation des dispositions de la Constitution, et comme un principe substantiel capable d'inspirer l'œuvre du juge⁶⁰. Révélant à cet effet la très forte emprise de la notion de tradition républicaine sur la détermination même du concept de peuple, la décision relative au statut de la Corse⁶¹ devait permettre au juge constitutionnel d'esquisser une furtive argumentation d'ordre historique dans le but d'étayer son raisonnement. A cette fin, celui-ci relève que : « *la référence faite au peuple français figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels* »⁶². Dès sa naissance, la démocratie française a en effet entendu se constituer en République indivisible, composée d'une population unitaire et homogène, l'ensemble du peuple français étant envisagé dès 1789, comme un corps abstrait de citoyens considérés indifféremment par les pouvoirs publics, puisque telle fut l'essence même des principes démocratiques que les constituants entendaient proclamer : la République française ne connaît qu'un seul territoire, qu'une seule Constitution, autour de laquelle se scelle l'unité nationale d'un seul peuple.

Le référent historique trouvant dès lors dans cette espèce, matière à intervenir de manière substantielle en ce qu'il permet, en renvoyant à une histoire constitutionnelle plus large, synonyme de patrimoine historique institutionnel, de fonder la valeur constitutionnelle du concept du peuple français⁶³. En outre, dans le prolongement de cette décision, le Conseil constitutionnel devait juger dans une décision du 15 juin 1999⁶⁴ que selon les termes de l'article 1er de la Constitution⁶⁵ : « *le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a valeur constitutionnelle* » et que : « *ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* »⁶⁶. S'érigeant ici en élément décisif du raisonnement constitutionnel du juge, le référent historique démontre ainsi tout le potentiel de son utilisation en France à des fins argumentatives puis normatives. En outre, une décision du 7 juillet 1987⁶⁷, donna également l'occasion au Conseil Constitutionnel d'interpréter la Constitution par référence à cette notion, en y retenant la primauté du critère de la population pour la représentation du corps électoral. Le juge constitutionnel n'ayant pas entendu « *remettre en cause une pratique ancienne (...) qui se traduit par une prépondérance de ce critère dans la tradition républicaine* »⁶⁸.

⁵⁸ Conseil constitutionnel, décision n°78-101 DC du 17 janvier 1979, *Rec.* p. 23.

⁵⁹ Hamon. L., « Note sous C.C. 17 janvier 1979 », *Droits.* 1981, p. 119.

⁶⁰ Ozouf. M., « L'idée républicaine et l'interprétation du passé national », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n° 6, 1998. p. 1080.

⁶¹ Conseil constitutionnel, décision n°91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.* p. 50.

⁶² Conseil constitutionnel, décision précitée, considérant n° 12.

⁶³ Dyens. S. et Sales. E., « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *Revue administrative* n°291, p. 279.

⁶⁴ Conseil constitutionnel, décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.* p. 71.

⁶⁵ Article 1 de la Constitution de 1958 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

⁶⁶ Considérant n°5 et 6 de la décision n°99-412 DC précitée.

⁶⁷ Conseil constitutionnel, décision n°87-227 DC du 7 juillet 1987, *Rec.* p. 41.

⁶⁸ Conseil constitutionnel, décision précitée, considérant n°3.

L'argument historique même diffus jouant dès lors un rôle fondamental dans la détermination même de la norme. Par ailleurs, la doctrine prévient pour l'avenir, des risques concrets qu'un tel référent pourrait induire vis-à-vis de cette question spécifique. Celle-ci semble en effet prendre acte du potentiel d'une déviation ultra représentative de la notion de tradition républicaine et ce, précisément en fonction du rôle central joué par cette notion dans la fixation des rapports politiques entre le peuple français et l'Etat, « la tradition historique française » conférant elle-même au peuple son caractère souverain et donc illimité⁶⁹.

Ici, semble se révéler l'un des premiers apports du référent historique au sein de l'œuvre constitutionnelle du juge qui ainsi employé aux fins de « *normativisation* » des choix idéologiques des principes et concepts constitutifs de l'Etat français engendre la juridicité de normes enracinées dans la tradition républicaine. Dans le prolongement de cette conception, la doctrine put relever que le juridique en France était venu au secours des valeurs républicaines en permettant leur cristallisation et leur ancrage véritable sur les rives de l'histoire française⁷⁰. Dès 1971, la tradition républicaine emporte donc avec elle une certaine idée de la stabilité de la norme constitutionnelle. En effet, l'idée d'une continuité et d'une unité du phénomène républicain devait rapidement jaillir au sein du contentieux constitutionnel français et y intervenir comme un argument particulièrement puissant. Ainsi, Michel Villey a pu évoquer « *le préjugé historiciste dans lequel nous baignons* » en prenant conscience que « *toutes choses sont historiques et devraient être vues historiquement* »⁷¹. Symptomatique de ce préjugé historiciste, les saisines du Conseil constitutionnel, quant à elles, multiplieront les références à l'histoire, notamment républicaine, pour obliger la loi à s'y conformer. Ainsi, la saisine qui se référait à « *un principe républicain traditionnel* » ajoutait au soutien de sa requête que : « *Ce que veut la tradition, la Constitution l'exige aussi* »⁷². Dans ce contexte, Monsieur Jacques Chevallier a pu observer en ce sens, que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pour double effet « *d'une part de mettre au jour des constances, des permanences qui apparaissent bien comme constitutives d'une tradition* », et d'autre part de cristalliser et de « *consolider celle-ci en la mettant à l'abri de toutes atteintes des pouvoirs institués* »⁷³. Un constat qui permet également l'identification d'une manifestation originale du référent historique implicitement supposée par l'existence de lacunes constitutionnelles au sein de l'ordonnement juridique français. A cet effet et de façon liminaire, il est utile de remarquer que l'invocation des lacunes d'un système juridique peut parfois revêtir une fonction argumentative, une valeur rhétorique significative dans le cadre du raisonnement global du juge constitutionnel⁷⁴. Au soutien de cette affirmation, la doctrine relève ainsi l'accroissement du pouvoir discrétionnaire de celui-ci face aux « *vides constitutionnels* » et en excipe un droit de proposition voir même de création normative⁷⁵. Et face à un tel pouvoir supplétif, en raison des risques même que celui-ci comporte eu égard à la légitimité de la justice constitutionnelle en France, la notion de tradition républicaine et son sceau fédérateur, devait rapidement permettre au juge constitutionnel d'accroître l'arsenal des dispositions constitutionnelles françaises tout en le plaçant à l'abri des critiques doctrinales. En effet, stigmatisée en 1971 et défendue au nom de la tradition républicaine au sein du Parlement, la liberté d'association fut la première à être reconnue par le Conseil constitutionnel comme Principe fondamental reconnu par les Lois de la République⁷⁶. La liberté de l'enseignement et la liberté de conscience, dont la valeur

⁶⁹ Troper. M., « Justice constitutionnelle et démocratie », *R.F.D.C.*, n°1, 1990, p. 31.

⁷⁰ Turpin. D., « République et démocratie aujourd'hui : le juridique et le politique », *Les Petites Affiches* n°22, 1993 p. 9.

⁷¹ Villey. M., *Philosophie du droit*, Tome I, Edition Dalloz, Paris, 1984, p. 241.

⁷² *J.O* du 8 juillet 1987, p. 7458.

⁷³ Chevallier. J., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Edition P.U.F, Aix-Marseille, 1990, p. 114.

⁷⁴ Mélin-Soucramanien. F., « Les lacunes en droit constitutionnel », *Le droit constitutionnel normatif : Développements récents*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 58.

⁷⁵ *Idem.* p. 59.

⁷⁶ Conseil constitutionnel, décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec.* p. 29.

constitutionnelle fut consacrée d'un même élan par le juge constitutionnel dans une décision du 23 novembre 1977⁷⁷, furent elles-aussi enracinées dans la tradition républicaine, notamment lors des débats parlementaires qui précédèrent la décision de 1977. Il en ira de même pour les droits de la défense⁷⁸, et enfin de l'indépendance des professeurs d'université⁷⁹. C'est ainsi que dès 1971, la tradition républicaine dans l'ensemble de ses relais historiques acquit une force juridique suprême via la technique jurisprudentielle des PFRLR et bénéficia donc d'un retentissement certain au sein de l'arsenal interprétatif du juge constitutionnel bien qu'indirectement juridicisée. Sur ce dernier point, le Conseil constitutionnel, dans une décision rendue en date du 20 juillet 1988, a en effet pu considérer que « *la tradition républicaine, ne saurait être utilement invoquée (...) qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un Principe Fondamental reconnu par les Lois de la République* »⁸⁰. Liant de ce fait la prise en compte des apports sur le plan substantiel du passé national à l'exigence de la présence de réceptacles formels, le juge dans cette décision exprime implicitement les limites apposées au pouvoir d'évocation de la notion de tradition républicaine ainsi qu'à son propre pouvoir d'interprétation. Preuve significative de la traditionnelle réserve d'un juge constitutionnel qui s'est lui-même hissé à la hauteur de sa charge dans l'indifférence, la constitutionnalisation rampante de la notion de tradition républicaine révèle ainsi beaucoup sur la spécificité même du pouvoir du juge en France. A l'inverse des autres juridictions, le Conseil, ne s'est pas stabilisé sur un activisme constitutionnel moralisateur de l'ordre juridictionnel permettant la réhabilitation de l'Etat mais sur le dogme de la loi, la captation des apports de l'histoire devant donc traditionnellement lui être associée. A l'exception peut-être d'un dérivé du principe central du constitutionnalisme français de séparation des pouvoirs⁸¹ au sujet duquel le Conseil constitutionnel sembla mettre un point d'honneur à cristalliser sur le plan constitutionnel, en l'absence de tout fondement législatif proprement républicain : le principe d'indépendance des juridictions administratives. Dans une décision du 22 juillet 1980⁸², le Conseil fit en effet preuve d'une réactivité certaine en excipant du principe de séparation des pouvoirs, un PFRLR relatif à l'indépendance des juridictions administratives en établissant un raisonnement contextualisé et finaliste de la norme constitutionnelle, largement fondé sur le passé national et la symbolique historique de cette pratique en France. Ultérieurement, la Haute juridiction n'hésitera pas à envisager spécifiquement le principe de séparation des pouvoirs et à le présenter de manière consubstantielle à la perspective historique française, celle-ci s'assurant ainsi le bénéfice d'une flexibilité certaine dans l'approche de ce dernier. En effet, à l'issue d'une décision rendue en date du 23 janvier 1987⁸³, le Conseil dégagea un entendement proprement français de ce principe permettant d'arrêter une lecture particulièrement active de celui-ci⁸⁴. Principe constitutionnel structurant que l'on a pu classer sous la dénomination de principe *franco-français*, le principe de séparation des pouvoirs semble en substance particulièrement débiteur de l'histoire spécifique de la France tandis que sa consécration formelle semble quant à elle étroitement liée au contrôle de constitutionnalité exercé par le juge. Entre méfiance traditionnelle du pouvoir judiciaire⁸⁵ et impératifs plus contemporains tenant à la dogmatique même des droits et libertés, notamment au principe de liberté individuelle, celui-ci

⁷⁷ Conseil constitutionnel, décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Rec.* p. 42.

⁷⁸ Conseil constitutionnel, décision n°76-70 DC du 2 décembre 1976, *Rec.* p. 39.

⁷⁹ Conseil constitutionnel, décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984, *Rec.* p. 30.

⁸⁰ Conseil constitutionnel, décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Rec.* p. 119.

⁸¹ Consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁸² Conseil constitutionnel, décision n°80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.* p. 46.

⁸³ Conseil constitutionnel, décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.* p. 8.

⁸⁴ Ainsi au considérant n°15 de la présente décision, le Conseil remarque que : « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique* ».

⁸⁵ La doctrine a pu en effet relever que cette conception était, pour une large part, issue d'un sentiment de défiance historique entretenu vis à vis des juridictions judiciaires.

devait de manière originale être saisi par le juge constitutionnel selon une conception spécifiquement française dont les vertus techniques premières seraient celles d'accroître le rayonnement de ce dernier au sein du domaine de la justice⁸⁶. Position d'ailleurs confirmée par de récentes jurisprudences qui ne cessent d'accroître son champ d'action⁸⁷ et confirment le potentiel du référent historique à façonner un concept ainsi qu'à faciliter une interprétation inhabituellement active du juge. A l'issue de ces observations, il semble que le juge constitutionnel français assume toutefois parfaitement l'héritage historique de la France et le revendique, ce qui lui permet de répondre sur le plan constitutionnel aux exigences du présent dans le même temps qu'il confirme le principe de l'irréversibilité de certains acquis juridiques historiques⁸⁸. Ainsi, à la différence des autres, le juge constitutionnel français ne subira pas de façon contraignante la pression du fait historique national mais s'emploiera à l'inverse, à le dépasser dans le but de pourvoir de façon constante à son perfectionnement. Il pourra librement s'inspirer d'un passé national maîtrisé aux fins de consolider le régime constitutionnel existant en usant d'expressions ou de relais qui puisent directement au même contenu idéologique, politique, historique que la « tradition républicaine », puisque celle-ci n'est pas l'élément contre laquelle il importe de réagir mais bel et bien la condition de l'intégrité à venir du régime étudié.

2° Un référent-idéalisé vecteur de légitimité constitutionnelle visant le perfectionnement du système juridique français

En effet, l'Etat français s'est chevillé autour d'un conflit politique historique, la Révolution française de 1789, portée par le soulèvement d'un peuple uni sur le plan identitaire bien que socialement divisé, qui permit la subjectivisation des individus, et la formation d'une identité nationale solide. Evènement historique à double emploi, la période révolutionnaire se présente sur le plan constitutionnel comme le vecteur immédiat d'une réalité institutionnelle inédite : la République française, dans le même temps qu'elle fonde pour le futur, un culte puissant, celui du mythe républicain, lui-même structuré autour des valeurs symboliques de liberté, d'égalité et de fraternité mobilisant de manière significative l'imaginaire national. En ce sens, la doctrine a pu relever que l'approche qui est faite de cette notion par le droit constitutionnel français, de par la charge affective très développée qu'elle revêt, représente une spécificité d'usage au sein du droit comparé⁸⁹. De ce lien de descendance direct entre la période révolutionnaire et l'émergence d'une nouvelle forme d'Etat véhiculant de manière inédite les principes démocratiques, le système constitutionnel français conserve deux caractéristiques principales le distinguant singulièrement des autres systèmes occidentaux et étrangers. La première s'incarne dans le fait que la conception française de la notion de République s'assimile plus à un ensemble de valeurs qu'à une réalité purement technique d'organisation du pouvoir⁹⁰. Elle est cet idéal symbolique diffus, cette conviction morale qui requiert des lois tout autant qu'une véritable foi⁹¹, irréductible à une simple forme de gouvernement. A cet

⁸⁶ Voir à cet effet, l'intervention de Monsieur Jean-Louis Debré, « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français » ayant eu lieu lors de la deuxième conférence régionale du monde arabe qui s'est tenue à Doha, au Qatar, les 27 et 28 avril 2008, p. 5.

⁸⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Rec.* p. 81, n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Rec.* p. 99., n°2005-519 DC du 29 juillet 2005, *Rec.* p. 129.

⁸⁸ Une condition jugée d'ailleurs centrale par la doctrine s'agissant des potentialités d'évolution des normes de références françaises, le doyen Vedel ayant depuis remarqué au sujet de l'essor des PFRLR, que ce n'est qu'au travers d'une acceptation totale de l'héritage juridique français qu'il devenait possible de lui ajouter quelque chose. Cf. Vedel. G., « Le Conseil constitutionnel gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 154.

⁸⁹ Berstein. S., « La culture républicaine dans la première moitié du XX siècle », in Berstein. S., et Rudelle. O., *Le modèle républicain*, P.U.F., Paris, 1992, p. 190.

⁹⁰ Violat. A., *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 83.

⁹¹ Ducomtej. M., « Pour que vive la République », *Parcours, Les Cahiers du G.R.E.P.*, 1992, n°5/6, p. 223.

effet, le Conseil constitutionnel s'est référé explicitement dans sa décision du 6 novembre 1962⁹², à « *l'esprit de la Constitution* » pour fonder son incompetence à contrôler la constitutionnalité de la loi référendaire qui lui était soumise. Initialement révélée par le juge constitutionnel, « *l'esprit de la Constitution* », fait ainsi inévitablement référence à la tradition républicaine, qui trouve là encore une occasion discrète d'intervenir dans le débat juridictionnel français. Phénomène qui polarise, la recherche de l'Esprit des constitutions, peut assurément se réclamer de cette perspective historique, en ce qu'il signifie qu'au-delà de la norme strictement positive, existe un attachement spécifique à des valeurs communes héritées de l'Histoire française et de l'expérience qu'elle a laissée aux hommes. Résultante incarnée d'une interprétation globale du système constitutionnel⁹³ dont la notion de tradition républicaine participera indéniablement à éclairer le sens⁹⁴, l'instrumentalisation de cet esprit renseignera sur les finalités spécifiques du référent historique dans le contentieux constitutionnel français étant entendu que si l'histoire peut éclairer le présent, elle en est toujours le reflet⁹⁵. En effet comme évoqué précédemment, les décisions du juge sont revêtues de la force de vérité constitutionnelle ce qui laisse de manière récurrente, ouvert le débat portant sur sa légitimité et l'étendue de ses pouvoirs. Par ailleurs à l'heure moderne, le juge constitutionnel semble s'émanciper de sa fonction négative d'endiguement de la norme constitutionnelle et participe ainsi de plus en plus à la fonction législative⁹⁶. Toutefois, la place qu'occupe traditionnellement le pouvoir judiciaire au sein de l'échiquier institutionnel français se révèle beaucoup plus rétive à l'essor et à la consolidation d'une interprétation axiologique du juge dans le cadre de ses travaux interprétatifs de la norme constitutionnelle qu'au sein des autres Etats envisagés dans cette étude. En effet en France, pour plusieurs raisons les données du problème s'inversent. D'un point de vue contextuel en premier lieu, il ne s'agit pas ici, comme au travers des autres systèmes juridiques de légitimer l'activisme d'un juge oeuvrant à la reconstruction ou à la réunification nationale en considération d'un passé troublé. Une telle dynamique étant dès lors rythmée par une crainte bien précise des autres forces en présence (les dirigeants politiques où le peuple lui-même) et du souvenir de leurs excès historiques dans la mesure où elle inaugure une vision d'un juge-réformateur, orchestrateur du sens des transformations du régime espéré. A l'inverse au sein du constitutionnalisme français, le rapport à l'histoire nationale s'effectuera de manière plus distanciée et plus indéterminée que dans les autres Etats en se construisant prioritairement au travers de l'évocation d'un « vécu historique » global qui fédère la nation plus qu'il ne la divise. La doctrine relevant à cet effet, que le concept de République se trouve lui-même enchâssé dans un repère temporel fluctuant en renvoyant tant à des périodes strictement déterminées que déconnectées de tout repères chronologiques⁹⁷. Ce qui explique pour une large part que l'œuvre du juge français ne soit pas perçue de manière aussi sacralisée ni même aussi salutaire que dans les autres Etats. Ce dernier officie dans la continuité historique juridique de l'Etat dans lequel il se situe, non dans une dynamique de rupture avec ce dernier. Il vise par conséquent au perfectionnement d'un système « abouti » non à sa refonte, et ne peut en cela prétendre de façon légitime à un activisme quelconque sur le plan constitutionnel puisque sa lettre et son esprit ont su résister au temps via d'autres relais et intermédiaires. Sur le plan technique et idéologique, les raisons

⁹² Conseil constitutionnel, décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p. 27.

⁹³ Mouzet. P., « Les manifestations contentieuses de l'esprit de la Constitution », *Revue de Droit Public* n°5, 2004, p. 1247.

⁹⁴ Pactet. P., « À propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 289. L'auteur notant à ce propos que : « *Il arrive aussi que le Conseil dégage de l'esprit de la Constitution, de la philosophie qui l'inspire et de la tradition républicaine qui en est indissociable des principes auxquels il attribue valeur constitutionnelle bien qu'ils ne soient pas expressément formulés dans les textes* ».

⁹⁵ Rouland. N., *L'Etat français et le pluralisme : Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1992*, Edition Odile Jacob, 1995, Paris, p.12.

⁹⁶ Voir à cet effet, Mélin-Soucramanien. F., « Les lacunes en droit constitutionnel », *Le droit constitutionnel normatif : Développements récents*, *op cit.* p. 54-61, où l'auteur évoque le cas précis des vides constitutionnels.

⁹⁷ Violat. A., *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* p. 91.

de la réserve du juge constitutionnel sont profondément enracinées nous l'avons vu, dans l'histoire française elle-même et la tradition des modèles de droit romano-germanique et commandent par nature en France, l'existence d'un office judiciaire strictement encadré, celui-ci représentant plus l'ennemi multiséculaire du peuple et de l'Etat qu'un véritable allié. A ce propos, il convient de relever qu'à la différence de l'Allemagne ou des Etats-Unis où les mécanismes juridictionnels de règlements des conflits procèdent d'une tradition de juridictionnalisation de la vie politique, en France comme le relève la doctrine, les choses sont différentes dans la mesure où « *la part substantielle de la notion de République emprunte moins la médiation de la Constitution que celles des acteurs politiques non juridictionnels* »⁹⁸. Par ailleurs, notons également que peu d'exemples tenant à l'émergence de la justice constitutionnelle en droit comparé attestent d'une difficulté aussi accrue d'implantation et de développement que l'exemple du Conseil constitutionnel français. En effet, gagnant « à la force du poignet » ses premières lettres de puissance, de par la consécration du bloc de constitutionnalité dans sa décision *Liberté d'association* de 1971, au travers de l'élargissement matériel des normes de références de son contrôle de constitutionnalité, c'est presque seul que le Conseil obtint les moyens de sa propre juridictionnalisation. Celui-ci consolidera ensuite dans un second mouvement son influence dans le paysage juridictionnel français via la cristallisation des PFRLR, lui permettant l'élaboration d'un réseau de prescriptions particulièrement dense à destination du législateur. Vinrent ensuite par vagues successives, le temps de l'élargissement de sa saisine, et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité⁹⁹, salutaires apports lui permettant enfin à l'issue d'un cheminement parfois chaotique et souvent contesté, de prendre acte de la suprématie de la Constitution sur la loi en autorisant sa contestation dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*.

En outre de par la constitutionnalisation de la DDHC et du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel, ainsi saisi d'une loi pour en examiner sa conformité à la Constitution, se trouve dans l'obligation de sonder l'histoire du bloc de constitutionnalité dans sa globalité en procédant à une relecture du texte à la lumière de notre époque¹⁰⁰. A la différence des autres juges qui justifient un militantisme juridique accru en fonction d'un passé-épreuve non surmonté, le juge constitutionnel français se trouve quant à lui paradoxalement lié par un passé-vaincu dont il doit assurer le rayonnement. Ce faisant, il réaliserait la synthèse du « discours de logique juridique qui l'investit » avec « l'autre discours, celui de la transcendance dont il n'est ni le maître ni le gardien mais le bénéficiaire »¹⁰¹. Dès lors, l'utilisation du référent historique trouve en France, une utilisation particulière, qui se démarque dans une large mesure, des autres exemples d'Etats, étudiés dans cette étude. Ainsi, en France, la tradition historique telle qu'elle est saisie en droit constitutionnel français, ne se rapporte pas tant à une pratique, à des faits ou conduites effectivement observés dans un passé réel, qu'à un idéal supposé ou des valeurs que l'on attribue à la République¹⁰². Le passé en France, s'il sert à la cristallisation de certains droits et principes fondateurs de l'Etat, n'est pas appréhendé avec autant de sentiments d'urgence et de culpabilité que dans les autres systèmes étudiés. Il représente plus le vecteur privilégié d'un idéal philosophique et politique, pour justifier les avancées d'une République, que l'Histoire veut en premier lieu caractériser par un progrès social continu. Dans ces conditions, et à l'inverse des autres Etats, ce premier vecteur de références historiques qu'est la « *tradition* » en droit français, ne correspond pas nécessairement à la vérité historique, mais sert plutôt de relais pour l'établissement d'un mythe, qui s'applique à une histoire sacralisée de la République, en retraçant le temps primordial de sa création, les événements mémorables de son

⁹⁸ Hummel. J., « Les conflits constitutionnels. Définition(s) d'un objet d'étude », *Les conflits constitutionnels : Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, P. U. R., Rennes, 2010, p. 17.

⁹⁹ Entrée en vigueur en date du 1 mars 2009.

¹⁰⁰ Oberdorff. H., « L'actualité juridique de la Déclaration des droits de l'homme », *RDP*, 1989, p. 678.

¹⁰¹ Vedel. G., « Le Conseil constitutionnel gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 154.

¹⁰² Vimbert. C. *La tradition républicaine en droit public français*, op. cit. p. 191.

passé. D'un autre côté celle-ci semble également revêtue d'une fonction particulièrement puissante de légitimation de l'œuvre du juge constitutionnel. En ce sens, la doctrine a pu en effet relever que la référence faite à la notion de *tradition républicaine* pouvait revêtir une fonction optimale de justification tant pour l'invocation politique de ce concept que pour les principes et autres relais que le juge dégage de lui¹⁰³. Ainsi présenté comme un matériel idéologique de premier plan dans lequel est susceptible de puiser à souhait le juge constitutionnel, la doctrine remarque que la notion de *tradition républicaine* contient déjà en elle-même deux éléments légitimants : l'élément temps qui atteste de l'enracinement et de la perpétuation de ce qui a fait ses preuves, auquel s'ajoute l'élément républicain constitué de principes consensuellement admis et possédant une charge affective très développée¹⁰⁴. Dès lors, le juge français de manière médiate et implicite puiserait dans l'airain constitutionnel de la mystique républicaine les éléments substantiels propres à fonder son argumentation tout en se prémunissant des remontrances des autres pouvoirs. Ce brevet de républicanisme ainsi conféré à certains principes constitutifs de l'Etat oeuvrant dès lors à la légitimation de ses prescriptions constitutionnelles voir à son assise institutionnelle elle-même. Les vertus fédératrices au sein du contentieux constitutionnel français de la notion de tradition républicaine révélant dès lors au prisme des exemples de droit comparé, toute la nécessité d'un référent temporel collectif pour la formation des mémoires, des identités et des imaginaires collectifs. Il conviendra toutefois de relativiser ce constat. En effet en France, si la République peut être idéalisée et le patrimoine historique républicain valoriser dans ses aspects les plus positifs et les plus fédérateurs sur le plan constitutionnel, l'histoire française globale, une fois dissipé le temps du mythe de sa fondation, ne saurait prétendre aux mêmes visées juridiques. Tantôt colonial hors des frontières, parfois réactionnaire au niveau national, le passé national français et sa traduction à l'échelle juridique dissimulent des enjeux de mémoires brutes beaucoup moins linéaires qu'il n'y paraît à première vue. L'utilisation constitutionnelle et législative du passé semblant induire l'existence en France, d'un référent historique réversible en fonction des périodes visées d'une part et surtout des effets attendus au travers de celle-ci. Ainsi quant il s'agira d'obtenir le renforcement d'un droit, l'usage du bloc de constitutionnalité et de ses multiples appels faits à la continuité historique de la République sera d'un secours utile tandis que pour emporter la définition d'une liberté dans un sens restrictif le rayonnement du fait historique singulier, expresse réinvestira le champs juridique. Nécessitant dès lors une expertise plus approfondie, il convient désormais de quitter le champ de la pénétration « théorique » du référent historique, pour intégrer un domaine plus pratique impactant de façon substantielle sur les droits et libertés.

A l'issue de cette première partie il est en effet, acquis que le référent historique jouit d'un rayonnement certain dans le cadre de la formulation et de l'identification des principes fondant l'Etat de droit ou présidant à sa construction. Toutefois, la question de son intégration au niveau substantiel, dans le contentieux des droits et libertés, doit également être envisagée en ce qu'elle est propre à démontrer toute l'étendue du terrain d'action du référent historique dans le cadre de l'interprétation du juge constitutionnel. Ce dernier quittant ainsi le domaine de la conceptualisation théorique des principes constitutifs de l'Etat et des valeurs fondamentales le sous-tendant, pour investir un domaine plus pratique tenant à l'interprétation des droits et libertés au sein du contentieux constitutionnel. A cet effet, il semble possible d'identifier deux caractéristiques propres au référent historique dans le cadre de la démarche interprétative élaborée par le juge constitutionnel, au sein du contentieux spécifique des droits et libertés. Ainsi, envisagé à l'échelle constitutionnelle, le référent historique revêtira un aspect résolument positif, et s'intégrera directement dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats précédemment envisagés dans une optique de renforcement des droits et libertés, quand ce dernier ne justifiera pas à lui seul, l'essor de garanties collectives spécifiques telles les politiques d'*Affirmative Action*. Dans un second temps, ce dernier semble également revêtir un rôle de premier ordre dans la limitation des droits et libertés de la personne, en ce qu'il se présente

¹⁰³ Agulhon. M., « L'héritage de 1789 », *Revue Politique et Parlementaire* n° 915, 1985, p. 45.

¹⁰⁴ Vimbert. C. *La tradition républicaine en droit public français*, op. cit. p. 256.

comme un élément de raisonnablement particulièrement décisif dans l'évaluation du degré de tolérabilité d'une forme d'expression désignée, de pratiques sociales spécifiques, ou même parfois d'un droit fondamental reconnu, mais qui nécessite en fonction d'un contexte historique particulier, sa conciliation avec d'autres droits. Flexible et modulable, le référent historique est en effet doté d'un cadre d'action vaste dans l'interprétation du juge constitutionnel s'agissant de l'essor, de l'extension ou même de la limitation des droits fondamentaux, il représente ainsi tour à tour la condition de l'émergence d'un droit, comme le facteur d'aménagement privilégié d'autres garanties.

II Essai de classification des fonctions pratiques du référent historique et la persistance d'une singularité française

Dans cette seconde partie plus pratique, il sera ainsi tenté d'évaluer le degré de pression du fait historique dans le travail d'interprétation et de conciliation de la norme constitutionnelle dans l'œuvre du juge, celui-ci semblant en effet d'un secours particulièrement utile au juge constitutionnel s'agissant de favoriser l'essor direct d'une garantie spécifique ou au contraire d'emporter l'aménagement dans un sens restrictif d'une liberté désignée (A). A la lumière de ces exemples comparatistes, il sera également tenté de caractériser le jeu caractéristique du référent historique au sein du contentieux constitutionnel français tout en mesurant l'impact direct en résultant sur la teneur des droits et libertés au sein de cet Etat (B).

A) L'impact substantiel du référent historique sur la délimitation des droits et libertés dans le contentieux constitutionnel : Facteur de renforcement et de limitation des droits

1° L'emploi du référent historique aux fins de renforcement des droits et libertés :

En ce sens, en plus de ses potentialités substantielles évidentes vis à vis des principes constitutifs de l'Etat, comme du façonnage idéologique de certains droits et libertés s'y rapportant, le référent historique semble revêtir un premier ensemble de fonctions bien précises au sein du contentieux constitutionnel. La première relève, dans la continuité de ce qui fut avancé plus haut de sa capacité à fonder un cadre juridique renforcé de droits et libertés spécifiques visant à faire primer, selon l'établissement d'une certaine taxinomie, les droits les plus perméables au fait historique, dans le cadre de leur conciliation avec d'autres droits. La seconde favorise l'essor de droits et libertés spécifiques sur le seul fondement du fait historique, révélant dans le même temps, la propension de certains juges constitutionnels à la judiciarisation du fait historique aux fins de consolider l'assise de leur raisonnement juridique. Nous l'avons vu avec les exemples précédents, le terrain d'action du référent historique ne semble limité par aucune frontière, aucune affinité politique ni par aucun choix d'organisation étatique, sa seule condition de réalisation résidant dans la captation judiciaire du souvenir que garde les nations de leur histoire. Dans ce cadre, ici revêtu d'une finalité tant argumentative que proprement normative, le référent historique permettra le plus souvent une interprétation finaliste de la norme constitutionnelle via la construction d'une axiologie constitutionnelle spécifique. A titre d'exemple, le juge constitutionnel allemand bénéficiant de l'urgence d'un passé tragique immédiat favorisera la fulgurante ascension des droits fondamentaux en Allemagne, dans un célèbre jugement *Luth*¹⁰⁵, en arrêtant sur le fondement du fait historique une conception objective des droits et libertés. Dans cette décision, la Cour s'appuyant sur un usage soutenu du référent historique déclare qu'en : « *considération de l'histoire particulière allemande, et des violations continues perpétrées à l'encontre des droits fondamentaux par le régime national-socialiste allemand* », la Loi Fondamentale ne saurait être interprétée de façon « *neutre quant aux valeurs qu'elle porte* » mais qu'à l'inverse elle pose, dans sa partie consacrée aux droits

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle allemande, arrêt *Luth*, *BVerfGE* 7, 198 (205).

fondamentaux : « *un ordre objectif de valeurs* ». De manière proprement inédite, la Cour arrête le constat selon lequel les dispositions consacrant un droit fondamental n'ont pas seulement une dimension subjective, mais sont aussi des « *normes objectives* » dont le contenu juridique se déploie dans l'ensemble du droit allemand. Une conception de la Constitution comme ordre de valeurs qui emporte implicitement le principe d'un fort pouvoir créatif du juge constitutionnel allemand¹⁰⁶, lui-même fortement sous-tendu par la nécessité de dépasser à l'échelle nationale, le « fait national nazi ». Ainsi en leur qualité d'Etats accordant une vaste place au référent historique dans la construction de la « mémoire nationale » à l'échelle judiciaire, les Etats allemand, sud-africain et australien s'engageront dans une utilisation soutenue du référent historique aux fins de favoriser l'essor spécifique de certains droits. A l'image du contentieux constitutionnel australien où le juge excipe du fait historique colonial de cet Etat un référent juridique de premier plan dans l'essor du droit propriété renouvelé qu'il consacre comme du bouleversement foncier qu'il opère.

En effet, l'arrivée au pouvoir en 1996, du parti conservateur australien d'Howard, marque le début des célèbres « *guerres de l'Histoire* »¹⁰⁷ de l'Australie contemporaine, autre exemple récent de nation qui « discute » avec son passé à l'échelle constitutionnelle. Ces « *guerres de l'Histoire* » furent essentiellement dirigées vers la nature du projet colonial britannique et sur la place des peuples indigènes dans le passé et le présent de la nation australienne. Un débat d'une importance cruciale pour la cohésion sociale de l'Etat australien dans son entier qui, dans le but de s'accorder sur le récit de ses origines, explore les connexions entre la loi, l'Histoire et la mémoire dans un cadre judiciaire. Une telle controverse qui met de plus en exergue tout le poids et la signification du récit historique concernant la construction de l'identité nationale d'un Etat et renseigne sur la manière dont l'instrumentalisation d'une histoire choisie parmi d'autres peut devenir Mémoire, et œuvrer ainsi à la légitimation des rapports politiques, économiques, juridiques et sociaux¹⁰⁸ dans le même temps qu'elle entraîne l'essor direct de prérogatives foncières spécifiques. L'enjeu prioritaire de ces « *guerres de l'Histoire* », fut celui d'éclairer le passé de cette nation, afin que l'Histoire du peuple australien ne puisse être l'objet de manipulations visant à fabriquer et à transmettre une autre Histoire que celle effectivement vécue par l'Australie, la doctrine australienne ayant révélé avec fracas à la période récente, le maintien d'une fiction juridique pendant plus de deux cents ans concernant l'invasion des terres australiennes. C'est notamment dans le procès *Mabo*¹⁰⁹ que les juges constitutionnels de la Haute Cour, seront les plus vifs à questionner le passé colonial australien et les plus prompts à soulever l'argument historique afin de mettre un terme, du moins judiciairement, aux guerres de l'histoire australienne. En cela, la justice constitutionnelle devint pour l'histoire d'une nation, une réserve significative de reconfigurations possibles du temps lui-même. En effet, en faisant triompher dans l'arrêt *Mabo*, une autre version de l'histoire, plus violente mais aussi, plus proche de la vérité, les juges constitutionnels ont en effet entendu avant tout, restituer au peuple aborigène leur place dans l'Histoire de l'Etat Australien. Dans ce contexte, il reviendra à l'autorité judiciaire d'abord, de conjurer les conséquences dévastatrices de ce déni puis, de redonner à la communauté aborigène les moyens d'exister au présent au sein de la nation australienne, en concédant et ce pour la première fois, un véritable passé à cette communauté. Dans la requête d'Eddie Mabo, issu de la communauté des *Torres Strait Islander*, dirigée contre l'Etat du Queensland, ce dernier revendiquait au nom de la « *réalité historique* », le retour des terres, qui de tout temps avaient appartenu aux Insulaires, et le maintien des droits fonciers du peuple aborigène. A l'appui de cette requête, Eddie Mabo, invoquait la continuité de la présence de son peuple, les Meriam, sur les îles Murray, situées au Nord de l'Australie, au sein du détroit de Torres, le développement d'une agriculture soignée, la complexité de leur système social et surtout

¹⁰⁶ Zoller. E., *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., Collection Droit Fondamental, 1999, p. 176.

¹⁰⁷ Macintyre. S. et Clark. A., *The History wars*, Melbourne University Press Ltd., Australia, 2003.

¹⁰⁸ McNamara. L., « History, Memory and Judgment: Holocaust Denial, The History Wars and Law's Problems with the Past », *Sidney Law Review* vol. n°26, 2004, p. 357.

¹⁰⁹ Haute Cour australienne, décision *Mabo v. Queensland*, (1992), 175 CLR 1.

l'élaboration d'une tenure foncière qui définissait clairement la propriété de chacun¹¹⁰. En juin 1992, faisant droit à la requête d'Eddie Mabo, la Haute Cour bouleversa le droit foncier australien en reconnaissant l'existence d'un droit aborigène (*Native Title*) antérieur à la colonisation britannique de 1788. Appliqué aux îles Murray, mais étendu à l'ensemble du continent, le *Mabo Case* reconnaît ainsi aux peuples aborigènes, un droit « naturel » sur leur terre ancestrale, droit qu'ils peuvent désormais revendiquer sur les « terres vacantes de la couronne » (*vacant crown lands*). Les juges constitutionnels, en reconnaissant aux aborigènes des droits fonciers spécifiques, ont rejeté, par la même, l'un des dogmes fondamentaux de la nation australienne qui avait prévalu jusque-là, la doctrine de la *Terra nullius*. Ce faisant, les juges Deane et Gaudron, dans la rédaction de leurs conclusions dans l'arrêt Mabo nous livrent une version alternative de l'Histoire coloniale australienne en établissant que : « *La réunion de l'oppression et du conflit allait au cours du siècle suivant s'étendre sur le continent pour déposséder, dégrader et dévaster les peuples aborigènes et laisser ainsi une légende, un souvenir de honte innommable (...) l'oppression et à d'autres endroits du Continent, la négation du peuple aborigène étaient les conséquences inévitables du fait qu'ils avaient été dépossédés de leur terres traditionnelles*¹¹¹. Dans un second mouvement, la Haute Cour mettra un point d'honneur à préciser les conditions de la colonisation des terres australiennes, en décrivant une *terra nullius* qui n'avait rien de vierge et d'inhabitée mais qui abritait, un peuple de « *No-one* », les aborigènes, qui étaient alors perçus par la puissance britannique comme des individus placés : « *si bas dans l'échelle de l'organisation sociale que leurs usages et leurs conceptions des droits et des devoirs ne pouvaient être conciliés avec les institutions ou les idées juridiques des sociétés civilisées* »¹¹². Ainsi, releva la Cour, a-t-on pu justifier, pendant plus de 200 ans, le déni de toute propriété aborigène et plus encore le déni politique de cette population autochtone jugée trop archaïque pour figurer légitimement comme membre à part entière d'une jeune nation. Dans les lignes suivantes des conclusions des juges Deane et Gaudron, il est possible de capter l'une des expressions les plus notables du référent historique dans le contentieux constitutionnel australien, celle où l'Histoire, ici conçue comme un argument légal fonde, non seulement le droit à obtenir réparation des peuples aborigènes au nom des injustices commises dans le passé, mais participe également à la représentation de l'identité nationale d'un Etat : « *Les actes et les événements par lesquels cette dépossession légale a trouvé un effet pratique constitue l'aspect le plus sombre de l'Histoire de cette nation. La Nation en tant que tout, demeure diminuée à moins et jusqu'à ce qu'il y ait une reconnaissance et un repentir de ces injustices passées* »¹¹³. Pratique à l'échelle nationale, le culte de l'oubli¹¹⁴, dénoncé dès 1968 par l'anthropologue australien W. E. H. Stanner, devait résolument influencer la solution de l'arrêt *Mabo* qui s'inscrit prioritairement dans une logique de réparation amorcée à la fin des années 1960, dont témoignent notamment l'élargissement du droit de vote aux Aborigènes initié dès 1962 et leur prise en compte dans le recensement populaire en 1967. Le débat juridictionnel mémoriel australien rappelle ainsi de manière concrète que les revendications identitaires ne sont pas l'apanage exclusif des minorités, les groupements majoritaires y prétendent également. Qualifiée de « *jurisprudence du regret* »¹¹⁵, l'arrêt *Mabo* concède ainsi une vaste place au référent historique dans la justification du bouleversement foncier qu'il opère, le présent étant devenu dans cette décision, l'occasion inespérée de reconnaître les injustices du passé, les violences commises « *on the frontier* », mais surtout de prendre toute la mesure de ce que signifie, une société démocratique capable de cacher en creux des situations d'aliénations évidentes. Mais le *Mabo Case* est plus que cela, il s'appuie sur une réinterprétation du

¹¹⁰ « *Mabo v. Queensland* », *Australian Law Reports*, 10 (1) 1992.

¹¹¹ Citation tirée du *Mabo Case*, §104, §106, par *Justices Deane et Gaudron*.

¹¹² Citation tirée du *Mabo Case*, § 39, par *Justice Brennan*.

¹¹³ Citation tirée du *Mabo Case*, §109, par *Justices Deane et Gaudron*.

¹¹⁴ Stanner. W. E. H., *After the Dreaming*, The Boyer Lectures, Sydney, 1968, p. 54.

¹¹⁵ Webber. J., « The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in Mabo », *The Sydney Law Review* n°17, 1995, p. 154.

passé en proposant une nouvelle version historico-légale capable de prendre en compte le fait colonial et d'intégrer les aborigènes et l'oppression qu'ils ont subie dans un passé national reconnu¹¹⁶. En s'attaquant à la doctrine de la *terra nullius*, la Haute Cour a ainsi, voulu dénoncer l'interprétation historique officielle soutenue jusque-là par le droit australien et défendu encore jusqu'en 1971 dans le célèbre arrêt *Millerrpum v. Nabalco and Commonwealth*¹¹⁷. Et avant lui, le cas le plus célèbre de l'histoire légale de l'Australie, le cas *Cooper v. Stuart*¹¹⁸, qui devait poser pour un siècle le « *récit de la fondation pacifique* » de l'Australie. Procédant ainsi, à une lecture continue du passé, le juge constitutionnel réécrit la « *nouvelle histoire* » australienne et réintègre les Aborigènes, en insistant sur l'importance de leur position, de leurs actions et de leurs dynamiques propres. « *Industrie de la culpabilité* »¹¹⁹ pour certains, preuve du désarroi du droit de la propriété australien, pour d'autres, l'arrêt *Mabo* fut de plus, violemment critiqué en ce qu'il serait la preuve des dangers de l'interprétation judiciaire pour le peuple, la Haute Cour étant accusée d'être devenu dans les faits « *un parlement non élu* »¹²⁰. Par cette décision, en effet, sous la plume du juge constitutionnel, c'est la chronologie même de l'histoire australienne qui se trouve bouleversée, car la découverte du continent n'appartient plus à James Cook mais aux ancêtres aborigènes arrivés il y a quelque 60 000 ans. Dans une telle perspective comme relève la doctrine, « *les deux siècles qui se sont écoulés depuis l'arrivée du Capitaine Cook se réduisent à peu de choses, ne représentant que 0,5 % de l'histoire humaine de l'Australie* »¹²¹. La narration historique change elle-aussi de sens, en évoquant l'invasion britannique plutôt que le peuplement (*settlement*), les dépossession foncières et les violences de la frontière, en lieu et place d'une occupation paisible. L'utilisation du référent historique dans l'arrêt *Mabo* peut, en certains aspects sembler paradoxale, puisqu'elle vise en l'espèce, plus à éclairer la nation australienne toute entière sur sa perception du passé et sa conscience nationale, qu'à assurer, sous couvert d'évidences ou d'expériences historiques communément intégrées, l'essor de régimes juridiques spécifiques. Il permet ainsi, de faire le lien essentiel entre le passé et le présent qui fait de l'Australie à la fois un pays très vieux et un pays très jeune. Argument juridique, à double emploi, le référent historique en Australie, permet autant la réconciliation nationale d'une nation, dans le cadre du processus judiciaire, qu'il fournit au juge un argument juridique propre à assurer la reconnaissance de droits fondamentaux spécifiques à une communauté désignée, au premier rang desquels se situe le droit de propriété¹²². Par ailleurs au sein de l'Etat sud-africain, le rayonnement du principe d'égalité, principe structurant du constitutionnalisme *post apartheid*, semblera également largement débiteur de l'usage du référent historique au sein du contentieux constitutionnel via la force supérieure que celui-ci lui concède. Argument rhétorique doté d'une vaste légitimité, le référent historique permettra ainsi une lecture modulée de la norme constitutionnelle, celui-ci semblant en effet avoir pour attrait premier l'accentuation significative de son élasticité¹²³. Comme nous l'avons vu plus avant, les Etats Australiens et Sud Africains, érigés sur la catégorisation raciale et la diffusion des pratiques

¹¹⁶ Merle. I., "Le Mabo Case: L'Australie face à son passé colonial", *Annales Histoire Sciences Sociales* n°2, 1998, p. 211.

¹¹⁷ Haute Cour Australienne, decision *Millerrpum v. Nabalco and Commonwealth*, 1971, *Australian Argus Law Reports*, 1972-1973.

¹¹⁸ Conseil privé de la Reine, decision *Cooper v. Stuart, House of Lords and Privy Council, Law Reports Appeal Cases*, 14, 1889.

¹¹⁹ Nettheim. G., "Judicial Revolution or Cautious Correction, *Mabo v. Queensland*", *University of New South Wales Law Journal* n°16, 1993, p. 2.

¹²⁰ Piquet. M., *Australie Plurielle: Gestion de la diversité ethnique en Australie de 1788 à nos jours*, Edition L'Harmattan, 2004, p. 89.

¹²¹ Attwood. B., "Mabo, Australia and the End of History", Oxford University Press, 2006, p. 103.

¹²² En décembre 1993, le peuple aborigène gagna une autre bataille face à l'Etat du Queensland, la Cour suprême australienne dans un arrêt *Wik*, dans la continuité de sa jurisprudence *Mabo*, doublant la superficie des terres autochtones. Cet arrêt de la Cour suprême australienne permit également, le vote historique du *Native Title Act* du 21 décembre 1993.

¹²³ Pardini. J-J., *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France, op. cit.*, pp. 12-13.

ségrégationnistes, notamment l'exclusion du corps politique d'une communauté donnée en fonction de ses origines, ne pouvaient proposer, à la période récente sous couvert du principe d'égalité, que l'émergence d'un droit à la différence. Ainsi, la nouvelle Constitution d'Afrique du Sud garantit le droit fondamental à l'égalité au paragraphe 1 de la section 9 du chapitre II, mais elle autorise et prévoit également, au paragraphe 2, le recours à des mesures préférentielles en faveur de personnes, ou catégories de personnes désavantagées par une discrimination injuste. L'*Affirmative Action* est donc élevée dans cet Etat au rang de principe constitutionnel, un phénomène quasi unique dans le monde, car contrairement à l'Australie, le Canada ou encore les Etats Unis, celle-ci s'appuie sur des bases constitutionnelles, alors qu'au sein des ces deux Etats, l'*Affirmative Action* reste une exception, d'interprétation stricte, au principe d'égalité. Résolument donc, la Constitution d'Afrique du Sud, tout en s'inspirant de celle pratiquée aux Etats Unis, évite de se placer sur le terrain de la distinction entre l'égalité substantielle et formelle, pour ne pas sans doute, tomber dans les difficultés d'interprétation qu'on pu rencontrer les Etats Unis¹²⁴. Aux Etats-Unis en effet, Etat méritant une étude approfondie en ce qu'il fut le pionnier dans la proclamation de ce principe, l'*Affirmative Action* fut conçue comme l'ensemble des méthodes qui consistent à instituer des inégalités pour promouvoir ou rétablir une égalité de fait vis-à-vis de populations ayant au travers de l'Histoire subies des injustices. Les avantages conférés dans le cadre des politiques spécifiques trouvant leur fondement dans le mouvement de sortie de l'assujettissement passé de certaines communautés et s'inscrivent dès lors dans un utilitarisme historique, en considérant ces dernières comme un rattrapage de droit fondé sur toute discrimination historiquement constatée. Le référent historique est ici palpable tant il est saillant dans la logique de justification avancée au profit de la légitimité de telle pratiques, il s'agit au travers d'elles de conjuguer au présent les errements du passé de la nation américaine. En effet, tout dans l'*Affirmative Action*, de son essor à sa représentation et ce jusque dans sa stigmatisation, se révèle et s'affirme comme étant le produit tout entier de l'Histoire d'une nation. En cela, elle peut être perçue comme le moyen privilégié d'arracher un Etat pourtant bien jeune à un passé déjà si lourd, comme le creuset d'une culpabilité historique d'un peuple, conscient qu'il s'est avant tout érigé en nation au travers de l'institutionnalisation de la « race », qu'il s'est construit au travers de la catégorisation raciale, non contre elle. En effet, comme a pu le relever une certaine partie de la doctrine, l'essor de l'*Affirmative Action*, comme son déclin d'ailleurs, est le produit d'un processus déjà historique en soi, dont l'enjeu considérable ne saurait être négligé, celui de la « *déracialisation du système juridique américain* »¹²⁵ qui devait aboutir à l'émergence d'une norme de *Color-blindness*, au statut juridique et moral, dont la métamorphose progressive en norme constitutionnelle semble devoir tout à la représentation de l'Histoire que le peuple américain garde en mémoire. Dilemme politique opposant égalité formelle et égalité concrète, l'*Affirmative Action*, trouve ici ses premiers points d'ancrage. Débat qui passionne et qui divise, la question de la constitutionnalité de cette discrimination à rebours¹²⁶ en fonction des errements passés, devait en effet surgir en premier lieu, dans le contexte universitaire, aux suites de la requête d'Allan Bakke, jeune ingénieur blanc qui contestait la constitutionnalité du système d'admission de la Faculté de Médecine de Davis, en Californie¹²⁷. Dans une décision controversée, qui devait opposer la vision du

¹²⁴ Smith. N., « Affirmative Action under the new constitution », *SAJHR*, Vol. 2, 1995, p. 84 et s.

¹²⁵ Sabbagh. D., *L'égalité par le droit : Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats Unis*, Collection Etudes politiques, Edition Economica, 2003, p. 129.

¹²⁶ Beaud. O., « L'Affirmative Action aux Etats Unis: une discrimination à rebours? », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 36, n° 3, 1984.

¹²⁷ L'Université de Californie avait élaboré un système d'admission particulier à destination de ses étudiants, en réservant pour les candidats appartenant à des minorités désavantagées une procédure spéciale d'admission, séparée du concours commun, 16 % des places étant réservé aux étudiants admis à concourir selon cette procédure spéciale, sur la totalité des places disponibles pour l'ensemble de la promotion. Allan Bakke, ayant échoué au concours commun d'examen d'entrée, porta, dès lors, l'affaire en justice, estimant que le double système d'admission mis en place avait eu pour effet de l'exclure de l'Université en violation du XIV Amendement de la Constitution et du Titre VI de la loi sur les Droits Civils de 1964, étant acquis qu'au regard

principe d'égalité de deux groupes de force égale, le premier, composé des juges Stevens, Burger, Stewart et Rehnquist et le deuxième, composé des juges Brennan, White, Blackmun et Marshall, la Cour suprême américaine, infirmera le jugement de la cour inférieure qui interdisait à l'Université de prendre en compte le facteur racial, dans ses procédures de concours d'entrée. Ce faisant, celle-ci ouvrit timidement la porte aux mesures d'*Affirmative Action*, en évoquant la possibilité de leur constitutionnalité. Le fait historique devant faire pencher en lui-même la balance pour la création d'un nouveau droit impliquant une action positive de l'Etat au détriment d'une vision exclusivement statique du concept d'égalité. En effet, d'après les forces en présence, soit l'égalité recherchée au travers du XIV Amendement était de nature individuelle, et dans ce cas, la procédure d'entrée mise en place par l'université de Californie, était inconstitutionnelle, car celle-ci violait les droits particuliers des citoyens américains blancs à faire l'objet d'une procédure loyale d'admission au sein de l'enseignement supérieur. Cette position fut notamment celle tenue par le premier groupe de juges, pour qui les mesures d'*Affirmative Action* lèseraient les citoyens blancs en tant qu'individus et non en tant que groupe social. Ils reprochent en effet, au programme d'admission, sa rigidité et son système de quota qui élimine brutalement, et sur seul critère de la race, les candidats de la majorité blanche. Soit l'égalité visée, était de nature collective, et dans ce cas, le système discriminatoire d'admission mis en place par l'Université de Californie, devenait le moyen d'aider les membres d'une minorité à atteindre effectivement l'égalité sociale, position défendue par le second groupe de juges. En effet, pour les partisans du second groupe, peu importait la nature des moyens mis en œuvre, seul l'objectif poursuivi par les mesures d'*Affirmative Action*, était déterminant. Le référent historique pesant ici de tout son poids, l'héritage du passé de la nation américaine, la ségrégation et la discrimination historique subie par la communauté Noire, commandant la mise en place de telles procédures. D'un côté se trouvent donc, des juges prônant une vision individualiste des rapports sociaux, ne concevant l'égalité que d'une façon purement formelle, sans mise en perspective historique, et, de l'autre, les juges préférant adopter une démarche téléologique, qui conçoivent la clause d'Égale protection comme susceptible d'éliminer les vestiges de l'esclavage en permettant aux Noirs de participer pleinement à la vie américaine. Déjà dans une jurisprudence antérieure, les juges constitutionnels avaient consenti au référent historique, une place de choix dans l'interprétation des dispositions du XIV Amendement de la Constitution américaine, en le présentant comme un instrument juridique privilégié destiné à éclairer le sens même de ces dispositions. Ainsi, dans un arrêt *McLaughlin v. Florida*¹²⁸, concernant les unions interraciales, et leur prohibition dans l'Etat de Floride, la Cour suprême américaine avait considéré que : « (...) à la lumière des faits historiques, l'objectif central du Quatorzième amendement était d'éliminer la discrimination raciale émanant de sources officielles dans les États ». Conformément à cette compréhension historique du principe d'égalité, le juge Marshall put, dans cette décision, amorcer son raisonnement en constatant que : « La position de la communauté noire aux Etats Unis est la tragique mais inévitable conséquence de siècles de traitements inéquitables ». Poursuivant son raisonnement, ce dernier note avec force que : « le lien entre ces faits et l'Histoire du traitement inégal infligé à la communauté noire ne peut être nié. De la naissance à la mort, l'impact du passé se reflète dans la même position défavorable qu'a connu et que connaît toujours la communauté noire ». Ainsi utilisé au secours de la politique d'*Affirmative Action*, le Juge Marshall conféra au référent historique, tous le poids d'un argument légal rhétorique, en constatant qu'eu égard au passé de la nation américaine, le principe d'égalité devrait désormais servir à la réparation concrète des torts du passé, plutôt que de se cantonner à la promotion d'une égalité purement formelle. En conséquence, il affirmera qu'à « la lumière de la déplorable histoire de la discrimination et de son impact dévastateur sur la vie des noirs, amener la communauté Noire dans le schéma de l'*American way of life* devrait être un intérêt

de ses notes, il aurait été admis, si l'on avait au préalable supprimé les privilèges accordés aux membres de minorités. Voir à ce propos, Tribe. L. H., « Perspectives on Bakke: equal protection, procedural fairness or structural justice? », *Harvard Law Review*, t. 92, 1979, p. 864.

¹²⁸ Cour suprême américaine, arrêt *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).

d'Etat des plus élevés » avant de remarquer qu' : « échouer dans cette tentative serait s'assurer que les Etats Unis d'Amérique restent pour toujours une société divisée ». Les deux visions d'égalité en présence, seront tranchées par le juge Powell, qui, bien que profondément opposé à la pratique des quotas qu'interdirait selon lui toute lecture juste du XIV amendement, donnera sa voix au groupe du Juge Brennan, considérant comme ce dernier, que l'argument historique malgré tout, devait l'emporter, et qu'il est nécessaire que les universités puissent prendre des mesures d'*Affirmative Action* pour compenser les effets de la discrimination de jadis. C'est ainsi, que selon les propres termes de la Cour suprême, la raison d'être des mesures positives d'*Affirmative Action*, se puisent dans l'Histoire même de la nation américaine, et son objectif se déploie autour d'un but résolument actuel : assurer dans un premier temps la diversité au sein des universités, puis par la suite au sein du monde professionnelle.

2° Le jeu de l'argument historique comme élément de modulation et de restriction des droits et libertés :

Le référent historique trouve, au sein du contentieux constitutionnel allemand, une vocation spécifique, s'agissant de l'aménagement du régime juridique de certains droits fondamentaux. En effet, utilisé comme un élément de ponctuation des droits et libertés, ce dernier se trouve doté d'une autorité redoutable concernant la justification des restrictions apportées à l'exercice d'un vaste ensemble de prérogatives, au premier rang desquels se trouve le droit de la femme à l'autodétermination en matière de grossesse. En effet, nous l'avons évoqué plus haut, en raison de son histoire particulière, l'Allemagne devait postérieurement à l'épisode tragique de la seconde guerre mondiale, s'acheminer dans la seconde moitié du XX siècle, vers la construction d'un Etat de droit, résolument fondé sur une conception historique de la dignité de la personne humaine, et des principes fondamentaux tenant à la notion de démocratie et à la primauté du droit¹²⁹. Saisie elle aussi, aux alentours des années 1970, comme la très grande majorité des cours constitutionnelles de l'épineuse question du droit de la femme à l'interruption volontaire de grossesse, c'est dans un arrêt de principe du 25 février 1975¹³⁰ mettant en cause la constitutionnalité de la loi du 18 juin 1974 relatif à l'interruption volontaire de grossesse, que la Cour constitutionnelle allemande, formulera ses premières prises de positions en matière de droit à la vie de l'enfant à naître. Celles-ci se caractériseront dès l'origine, par une utilisation soutenue du référent historique, les juges de la Cour de Karlsruhe, considérant que le passé tragique de l'Allemagne était susceptible d'une instrumentalisation juridique propre à fonder la conception originelle du droit à la vie dans cet Etat¹³¹. En effet, l'une des premières affirmations, de la Cour dans cette espèce, s'articule autour d'un constat pétri de considérations historiques : « *La loi fondamentale se fonde sur des principes d'organisation de l'Etat qui ne s'expliquent que par l'expérience historique et l'affrontement spirituel et éthique avec le système antérieur du national-socialisme* »¹³². Celle-ci en réfère alors directement au vécu historique national en établissant que l'insertion du droit à la vie dans la Constitution est le résultat direct de la réaction au programme de l'euthanasie entrepris par le régime nazi. Ce faisant, la Cour constate que l'insertion de ce droit n'aurait pas été nécessaire, si ce n'est en réaction à l'histoire allemande. C'est ainsi, que dans cette décision, le juge constitutionnel allemand, se basant sur l'article 2 alinéa 2 de la Loi Fondamentale visant expressément le droit de « *chacun à la vie et à l'intégrité physique* », cristallisera l'idée que la vie en cours de développement dans le sein de la mère est un bien juridique (*Rechtsgut*) qui a une existence propre et qui en tant que tel, est

¹²⁹ Fromont. M. et Rieg. A., *Introduction au droit pénal allemand, la République fédérale d'Allemagne*, Edition Cujas, Paris, 1984, p. 13.

¹³⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 25 février 1975, *BVerfGE* 39, 1.

¹³¹ Tiedmann. K., « La constitutionnalisation de la matière pénale en Allemagne », *Revue de sciences criminelles et de droit comparé* janvier-mars, Edition Sirey, Paris, 1994, p. 15.

¹³² Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 25 février 1975, § 12.

placé sous la protection de la Constitution. Une fois, le statut de l'enfant à naître cerné, la Cour précisera notamment que : « *la vie de l'embryon prime en principe le droit de la femme enceinte à l'autodétermination pendant toute la durée de la grossesse* », car selon celle-ci, même si la grossesse affecte la sphère intime de la mère, il n'en résulte pas systématiquement pour cette dernière « un droit de libre disposition » sur son corps sauf dans des cas strictement délimités mettant en jeu la santé même de celle-ci, ou celle de son fœtus¹³³. Poursuivant son raisonnement, la Cour, formule les principes directeurs devant guider l'action du législateur en mettant l'accent sur la nécessité d'anticiper par des techniques de prévention les atteintes au droit à la vie du fœtus ainsi que sur la nécessité d'édicter des mesures de répression pénales en considération du caractère fondamental du droit à la vie de ce dernier. Ce faisant, la Cour établit en antithèse, un ordre lié à un système de valeurs qui place au centre de toutes les représentations étatiques l'individu et sa dignité et justifie au travers du référent historique, une interprétation particulièrement active des dispositions de l'article 2 alinéa 2 de la Loi Fondamentale allemande¹³⁴. Le référent historique légitimant ici, une interprétation « progressiste » du droit à la vie de l'enfant à naître, directement liée à l'Histoire propre de l'Allemagne, et permettant à lui seul, de faire pencher la balance en faveur du droit à la vie de l'enfant à naître dans le cadre de sa conciliation avec les droits de la femme à choisir les conditions de sa grossesse. Dans la rédaction de l'opinion dissidente de cette décision, les juges Rupp-Von Brünneck et Simon faisant notamment valoir que la Cour constitutionnelle fédérale avait poussé trop loin son contrôle et que celle-ci n'avait pas respecté le pouvoir d'appréciation du législateur, en substituant ses propres appréciations à celles du pouvoir législatif et surtout, insistaient sur le fait que le droit à la vie fut conçu de façon originelle comme un droit de défense de l'individu contre les interventions de l'Etat et qu'il ne pouvait être interprété comme une obligation à l'Etat d'édicter des règles de droit pénal¹³⁵. A l'appui de leur argumentation, ces deux juges en réfèrent également aux exemples tirés du droit comparé, les législations françaises, suédoises, anglaises ayant entrepris la dépénalisation de l'avortement, arguant notamment du fait que l'Autriche, bien que partie à la Convention Européenne des droits de l'homme, avait considéré que l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie, ne s'appliquait pas à la vie en cours de développement. La Cour, dans sa décision, rejette l'objection selon laquelle certaines démocraties occidentales seraient allées encore plus loin dans le régime des conditions d'ouverture de ce droit et dans l'atténuation de la répression de ce dernier, car relève-telle, aucune d'elles n'a fait la dure expérience d'un régime totalitaire¹³⁶. S'observe alors une différence très nette entre la méthode du juge dissident qui est préparé à accepter le développement dans les juridictions d'autre pays en tant qu'idée directrice de l'interprétation de la norme Fondamentale, et celle choisie par la majorité des juges de la Cour, qui rejette cette méthode et établit une interprétation autonome basée sur l'histoire et la conception de la dignité humaine établie d'après les expériences du nazisme. Partant dans cet Etat, c'est bel et bien l'utilisation du référent historique renvoyant à une conception et une crainte bien particulière de la puissance étatique et de l'expérience historique, qui devait pousser la Cour, à assurer au fœtus une protection constitutionnelle forte, pour qu'au sein de la République fédérale d'Allemagne, tous détiennent contre l'Etat, un droit général et absolu à la vie. Le référent historique représente donc, un aiguillage d'une importance fondamentale dans l'œuvre du juge constitutionnel, dans le cadre de la conciliation de droits et libertés susceptible d'entrer en collision. Rares seront les Etats qui adopteront des positions aussi tranchées par référence à des valeurs éthiques directement liées à une certaine

¹³³ Fromont. M., « L'Allemagne Fédérale » in *La Table Ronde sur l'Interruption volontaire de grossesse*, Annuaire international de justice constitutionnelle, Vol. II, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, Vol. II, 1986, p. 85.

¹³⁴ Voir à cet effet, Moderne. F., « Rapport de synthèse », in *Table ronde sur l'interruption volontaire de grossesse*, *Annuaire de justice constitutionnel*, Vol. II, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

¹³⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 25 février 1975, voir l'opinion dissidente du juge Simon.

¹³⁶ *Idem.*, § 120.

expérience historique, comme l'Allemagne contemporaine¹³⁷. Par ailleurs il convient de relever une autre utilisation du référent historique, dans le cadre de l'aménagement des droits fondamentaux au sein du contentieux constitutionnel allemand, lié cette fois au droit au respect de la vie privée. L'Allemagne semble être l'un des rares Etats faisant intervenir dans la délimitation de l'étendue du domaine de vie privée de l'individu, des considérations se rattachant directement à l'Histoire. Ainsi, dans un arrêt du 15 décembre 1999, la Cour constitutionnelle allemande a pu affirmer que pour les personnalités absolues de l'Histoire contemporaine, la protection du droit à l'image, pourtant étroitement liée aux exigences du droit au respect de la vie privée, ne s'appliquait qu'aux protections du domaine domestique, indiquant ainsi que ces personnalités en raison de leur appartenance à l'histoire, ne saurait jouir, d'un droit au respect de la vie privée identique aux autres individus personnes physiques.¹³⁸ La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt précité plus haut, validera ce critère d'isolement spatial en raison de l'emprunte temporelle particulièrement marqué de ces personnalités. Preuve manifeste de la force juridique du souvenir au sein du système constitutionnel de cet Etat, la solution de la Cour se présente significativement contextualisée. Fait inédit dans l'argumentation constitutionnelle, le référent historique est ainsi directement cité aux fins de limitations du droit au respect de la vie privée. Intervenant comme un argument légal, légitimant les intrusions des médias dans la sphère de vie privée des personnalités publiques, celles-ci se voient discriminées, en raison même de leur appartenance au passé de la nation allemande.

Nous l'avons vu avec les exemples étrangers précédemment évoqués, dans le contentieux constitutionnel comparé, le fait historique spécifique mute en un argument du débat constitutionnel d'interprétation stricte dès lors qu'il s'agit de renforcer ou de limiter le champs d'action d'un droit ou d'une liberté. Dans cette optique, leurs juges constitutionnels activent de manière relativement homogène leurs références historiques, le dépassement du fait national violent étant l'étalon de référence de l'intégrité de la norme constitutionnelle. Alors endeuillés à l'échelle nationale, le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel leur a ainsi permis de se libérer à l'échelle judiciaire et de faire face aux drames de leur passé. En France, si le référent historique reçoit les mêmes fonctions de limitations ou de renforcements des droits, il le fait au travers de deux construits bien distincts aboutissant à un façonnage sur le plan substantiel de droits et libertés spécifiques mais également via une méthodologie d'usage différente des autres systèmes.

B) L'emploi caractéristique du référent historique dans le contentieux constitutionnel français

1° Le poids de la notion de tradition républicaine dans la réception des droits et libertés français

Ainsi quand il s'agira de constitutionnaliser un droit ou de réceptionner les démembrements diverses d'un même principe, le Conseil fera orienter ses références historiques vers l'héritage global positif de la tradition républicaine, à l'inverse, quand il s'agira de limiter une prérogative définie, le fait historique spécifique, le régime vichyste, la période nazie, via l'interdit mémoriel sera privilégié de manière implicite. Oscillant au travers de deux prismes distincts, le droit constitutionnel dégage ainsi une première tendance, dans l'évocation du référent historique : le renforcement des droits par le construit médiat de la notion de tradition républicaine par une diffusion continue de ses multiples relais. Partant, c'est à l'aune de ce référent que la constitutionnalisation du droit de propriété sera initiée dans la célèbre décision *Nationalisation* du 16 janvier 1982, essentiellement en ce que la légitimité qu'il emporte lui permet une interprétation active du texte de la Déclaration des droits de

¹³⁷ Ce n'est qu'au tournant des années 1990 que la Cour constitutionnelle allemande prendra le parti d'opter a pour l'élargissement du champs d'action du droit à l'autodétermination de la mère par rapport au principe du droit à la vie de l'enfant à naître toujours aussi solidement fondé sur principe du respect de la dignité humaine. Voir à ce propos, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 28 mai 1993, *BVerfGE*, 1993, 203.

¹³⁸ Cour constitutionnelle allemande, décision du 15 décembre 1999, *BVerfGE*, 1999, 361.

l'homme. Présenté de nos jours, comme la forme la plus complète du droit subjectif¹³⁹, le droit de propriété, reste en France à l'image du principe de laïcité et d'égalité, l'un des droits fondamentaux, les plus façonnés par la tradition républicaine française, et en tant que tel, se présente comme l'une des prérogatives constitutionnellement garanties les plus tributaires du passé de l'Etat français. En effet, la révolution de 1789 l'avait proclamé : la propriété est un droit de l'homme, complément indispensable du droit à la liberté : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ». Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Dès l'origine donc, en droit français, liberté et propriété étaient donc situées sur le même plan¹⁴⁰. Le Code civil devait continuer l'œuvre de la révolution française¹⁴¹ en le situant à la base de toute organisation sociale, celui-ci fait ainsi du droit de propriété, un droit quasi souverain, exclusif et perpétuel. A la lumière de ces développements, l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme semble nous faire parvenir un puissant message tout droit venu de la tradition historique française : la propriété privée qu'il proclame s'incarne au travers d'un droit naturel et imprescriptible. L'article 17 de la même Déclaration vient renforcer ce constat révolutionnaire¹⁴². Appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution de 1958 des nationalisations votées en 1981 par le Parlement, le Conseil Constitutionnel est resté fidèle à cette tradition. Il a en effet, clairement affirmé en date du 16 janvier 1982 que : « *si postérieurement à 1789 et ce jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique, et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ». A l'issue de cette décision, la doctrine a pu considérer que le Conseil constitutionnel avait « républicanisé » au sens étymologique du terme, les différentes dimensions du droit de propriété. En effet, au sein de cette décision l'interprétation du droit de propriété se fait selon l'évolution de la République. Référent flexible et modulable, l'argument historique permet donc en droit français, tant la détermination de l'orientation et de l'esprit d'un droit spécifique en même temps qu'il permet son évolution. En effet, la doctrine a pu remarquer à ce sujet, que tout en consacrant le droit de propriété à partir des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, le Conseil constitutionnel n'hésitait pas à « moderniser » ce droit, en énonçant notamment dans sa décision *TGV Nord*¹⁴³ que c'est en fonction de l'évolution caractérisée par des limitations exigées au nom de l'intérêt général que doit s'entendre la réaffirmation du droit de propriété par le Préambule de 1958. S'agissant cette fois des principes fondateurs d'égalité et de laïcité, il est courant de relever que leur essor bien que de manière implicite et indirecte fut considérablement influencé par la force latente de la notion de tradition républicaine. En effet, la France est l'un des très rares Etats où la laïcité soit posée comme un des principes fondateurs, comme une valeur républicaine complétant en quelque sorte la trilogie de 1789 : liberté, égalité, fraternité, la doctrine relevant à ce propos, l'indifférence notable des autres Etats envers ce principe¹⁴⁴. Peu exportable, dans la mesure où elle ne recèle rien de naturel, la laïcité est en effet le

¹³⁹ Roubier. P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Editions Dalloz, Paris, 1963, p. 29.

¹⁴⁰ Terré. F., « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits : Destins du droit de propriété*, I, P.U.F, Paris, 1985, p. 33.

¹⁴¹ En effet, réaffirmant le caractère naturel du droit de propriété, ses rédacteurs s'attelèrent à dégager le principe de la propriété individuelle et firent en sorte que tous les droits patrimoniaux ainsi que leurs modes d'acquisition et d'extinction soient situés et réglementés en fonction du droit de propriété.

¹⁴² L'Article 17 de la DDHC énonce que : « *La propriété est un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

¹⁴³ Conseil constitutionnel, décision n°89-256 DC, *Rec.* p. 53.

¹⁴⁴ Voir à cet effet, Zylberberg. J., « Laïcité, Connais pas : Allemagne, Canada, Etats Unis, Royaume-Uni », *Pouvoirs : La Laïcité*, n°75, Editions Seuil, Paris, 2002.

résultat d'une histoire qui s'identifie largement à celle de la République française. La qualifiant en ce sens de loi de circonstance, la doctrine relève que le principe de laïcité forgé entre le marteau du cléricisme et l'enclume de l'Etat républicain constitua en premier lieu un facteur privilégié d'apaisement en assurant la maturation d'un compromis nécessaire à l'Etat français¹⁴⁵. Indissociable d'une réflexion historique tenant à la construction d'une gouvernance atypique dans le monde occidental, la compréhension de la laïcité, particularité française renvoyant tant à l'impératif de neutralisation du fait religieux, à la tolérance religieuse ainsi qu'à la liberté de religion dans toutes ses dimensions semble en effet être profondément tributaire de l'histoire et des enjeux qu'elle a laissés. Cité comme un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France¹⁴⁶, le principe de laïcité jouit d'une ascendance historique, qui l'associe donc étroitement à l'essor de la République, et qui justifie dans le même temps, l'approche du Conseil constitutionnel le considérant comme un principe structurant du constitutionnalisme français. En effet, le principe de laïcité se présente indéniablement au sein de cet Etat comme un principe contenu dans l'« *identité constitutionnelle de la France* », autre référent juridique puisant directement au contenu de la notion de tradition républicaine¹⁴⁷ récemment dégagé par le Conseil. En effet, à l'heure récente, marquant l'intégration de plus en plus visible de la France dans le processus de construction d'un ordre européen, le Conseil constitutionnel semble moins réticent à se saisir de l'argument historique de manière expresse dans le but de qualifier ce qui, au sein du domaine constitutionnel français doit rester indisponible à la régulation communautaire¹⁴⁸. Tirant ainsi de l'article 88-1 de la Constitution, relatif à l'intégration de la France dans le processus communautaire, l'obligation de transposition en droit interne des directives communautaires, le Conseil estime qu'une telle obligation « *ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y est consenti* »¹⁴⁹ et utilise ainsi l'article 88-1 comme un passage lui permettant de sortir de sa jurisprudence *IVG*. En effet, soucieux d'offrir une couverture constitutionnelle à ce qui semble représenté autant de référents historiques pour l'Etat français, le Conseil paraît ici prendre acte des évolutions engendrées par le droit communautaire afin de renouveler sa position face à la donne communautaire¹⁵⁰. Le principe d'égalité quant à lui, pierre angulaire de la République française depuis la période révolutionnaire devait, au fil des jurisprudences du Conseil¹⁵¹, se révéler être l'une des normes de références les plus puissantes du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil. Au regard de l'histoire constitutionnelle française, le principe d'égalité n'a pas en effet, tout à fait le même poids, ni la même portée que tous les autres principes. Directement issu de la théorie du contrat social de Rousseau, il est le seul principe révolutionnaire à n'avoir jamais été remis en cause depuis 1789¹⁵². Présenté dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme le plus fondamental de tous les droits naturels, et perçu par le Doyen Georges Vedel comme l'essence

¹⁴⁵ Schrameck. O., « Laïcité, neutralité et pluralisme », *Mélanges Jacques Roberts, Libertés*, Montchrestien, E.J.A., Paris, 1998, pp. 196-197.

¹⁴⁶ Conseil Constitutionnel, « Commentaire de la décision n°2008-564 », *Cahier du Conseil constitutionnel* n°25, P.U.F., Paris, 2008.

¹⁴⁷ Mélin-Soucramanien F., « La Constitution, le juge et le « droit venu d'ailleurs » », *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation – Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 184.

¹⁴⁸ Favoreu. L. et Philip. L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Editions Dalloz (14 Edition), Paris, 2007, p. 920.

¹⁴⁹ Conseil constitutionnel, décision n°543 DC du 30 novembre 2006, considérant n° 6, *Rec.* p. 120. Une décision prolongement la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Rec.* p. 101. Une récente application de cette jurisprudence ayant notamment été faite dans le cadre d'une QPC soumise au Conseil constitutionnel, décision, *M. Kamel D.* n° 2010-79 QPC, *J.O.* du 19 décembre 2010, p. 22373.

¹⁵⁰ Roure. S., « L'utilisation contentieuse de l'article 88-1 de la Constitution » *Revue Politeia* n°9, 2006, p. 15.

¹⁵¹ Une ligne jurisprudentielle débutant avec la célèbre décision n°73-51 DC *Taxation d'office* du 27 décembre 1973, *Rec.* p. 27.

¹⁵² Levade. A., « Discrimination positive et Principe d'Egalité en Droit Français », *Pouvoirs* n° 111, Seuil, Paris, 2004, p. 56.

même de ce qui identifie l'humain¹⁵³, le principe d'égalité en France, est indéniablement perçu comme un principe fondateur de l'Etat républicain français. La nature originellement égalitaire de la République française devait en effet confier à la notion de tradition républicaine un rôle puissant dans l'essor des multiples facettes de ce principe comme dans sa réticence très singulière à la politique de discriminations positives. Assurant ainsi l'égalité de tous devant la loi, la justice¹⁵⁴, les emplois publics¹⁵⁵, les impôts¹⁵⁶, les décisions du Conseil tissent une toile juridique tentaculaire au vu des multiples implications de ce principe. Toutefois, lui aussi prit dans le débat proprement contemporain devant opposer une lecture formelle de l'égalité à une approche plus concrète de réalisation de celle-ci, le Conseil bien que prenant acte de la réticence intrinsèque de la tradition républicaine à distinguer entre ses citoyens dans sa décision *Quota par sexe*¹⁵⁷, devait décider d'ouvrir progressivement le droit français aux discriminations positives en considérant que « *si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes* »¹⁵⁸. Inaugurant ainsi l'essor d'une discrimination positive à la française¹⁵⁹, celui-ci devra toutefois développer, un effort considérable de conceptualisation pour que ce principe n'entre pas en contradiction directe avec la conception républicaine du principe d'égalité comme le démontre ses décisions rendues en date du 30 mai 2000 et du 11 juillet 2001, respectivement relatives à l'égal accès des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives¹⁶⁰ ainsi qu'à l'accès des étudiants à l'Institut d'Etudes politiques¹⁶¹. Il semble en effet, qu'en France à la différence des autres Etats envisagés, l'égalité, dans la conception républicaine de ce principe, est un horizon qui, s'il est l'objet d'une mise en sens propre à chaque époque, véhiculera toujours la même universalité abstraite et formelle¹⁶².

2° Le moment-repentance de l'Etat français : De la gestion du fait historique brut et ses conséquences sur la limitation de la liberté d'expression

Dans le cadre des limitations cette fois, il convient de revenir sur un aspect plus sombre de l'histoire française ayant directement trait à la parenthèse pétainiste de la République ainsi qu'à ses expériences coloniales. Faits nationaux inondant de manière récurrente le débat juridique français, ils portent les stigmates d'un passé non complètement surmonté en ce qu'ils impliquent. Le droit à la liberté d'expression se révèle en France, être l'un des droits constitutionnels les plus perméables à l'histoire eu égard aux limitations qu'elle emporte. En effet, que celui-ci soit façonné de façon médiate par la notion de tradition républicaine ou que celle-ci impacte de façon plus directe le débat juridictionnel sous la forme d'un fait historique spécifique, ce type de référents en France, aménagera systématiquement le droit à la liberté d'expression vers un sens restrictif. Ainsi, si la liberté d'expression résulte à l'échelle constitutionnelle de la réunion des articles 2, 4, 5, 10 et 11 de la DDHC, malgré son caractère essentiel s'agissant du respect des autres libertés¹⁶³ celle-ci ne

¹⁵³ Vedel. G., « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, La Documentation française, 1990, p. 172. En ce sens que l'humanité constitue à elle seule, une catégorie d'individus de la même essence et que dénier l'égalité revient à refuser du même coup la qualité d'homme.

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, décision du 27 juillet 1975, *Rec.* p. 22.

¹⁵⁵ Conseil constitutionnel, décision n°82-153 DC du 14 janvier 1983, *Rec.* p. 35.

¹⁵⁶ Conseil constitutionnel, décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Rec.* p. 31.

¹⁵⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Rec.* p. 66.

¹⁵⁸ Conseil constitutionnel, Décision « *Ponts à péages* » précitée.

¹⁵⁹ Conseil constitutionnel, « Les discriminations positives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dossier du Conseil constitutionnel, Exposé présenté lors de la visite au Conseil constitutionnel d'un groupe d'universitaires britanniques, septembre 2004, p. 6.

¹⁶⁰ Conseil constitutionnel décisions n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Rec.* p. 84.

¹⁶¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2001- 450 DC du 11 juillet 2001, *Rec.* p. 82.

¹⁶² Perreau. B., « L'invention républicaine. Eléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs* n°111, Seuil, Paris, 2004, p. 44.

¹⁶³ Conseil constitutionnel, décision n°n°161 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Rec.* p. 189.

saurait par nature, faire l'objet d'un exercice inconditionnel. Ni générale ni absolue¹⁶⁴, limitée tant en fonction de ses destinataires qu'au travers de son contenu, la liberté d'expression se déploie dans un milieu juridique lui imposant une cadence effrénée de conciliations : l'ordre public, le respect de la dignité de la personne, la propriété d'autrui, les besoins de la défense nationale, préservation du caractère pluraliste des courants d'expressions socio-culturels¹⁶⁵ et politiques¹⁶⁶... En cela, il existerait ainsi une liberté à la française, parée du carcan de l'unanimisme et de l'universalisme¹⁶⁷, produit d'un modèle français supposé avoir inventé la liberté au travers de l'inspiration libérale du siècle des lumières mais qui se replierait en réalité au moindre signe d'expression. La doctrine a ainsi pu remarquer qu'historiquement, de ce lien consubstantiel entretenu avec la tradition républicaine, passé idéalisé capté au sein d'un processus judiciaire institutionnalisant son récit, la liberté d'expression n'emprunta jamais la voie royale d'un droit inconditionné mais bien plus de petits chemins faites de régressions¹⁶⁸. De manière originelle en effet, la tolérance envers toutes les formes d'expressions individuelles ne fut pas l'apanage du libéralisme moderne qui subordonne le règne de la loi à une certaine vision morale¹⁶⁹. En cela, la physionomie constitutionnelle de la liberté d'expression à la française capte de manière oblique les marques du système l'ayant engendré. Ainsi, décidant dans une décision n°412 DC du 15 juin 1999¹⁷⁰, le Conseil constitutionnel ira même jusqu'à imposer une limite d'ordre formel à son exercice : l'article 2 de Constitution et le constat qu'il emporte : « *la langue de la république est le français* ». Dès lors si consubstantiellement liée à l'héritage républicain, celle-ci se concevra au travers d'une forme d'expression proprement républicaine dès lors qu'elles se situeront dans l'espace où évoluera la fonction publique. Les manifestations de la liberté d'expression se voyant donc en elles-mêmes régulées, via l'usage obligatoire du français qui s'impose *de facto* aux personnes morales de droit public et aux personnes privé dans l'exercice d'une mission de service public. Ainsi, érigés en vecteur de limitations diffuses vis-à-vis de la liberté d'expression, la tradition républicaine française semble en elle-même envisagée au sein du contrôle de constitutionnalité du juge comme une norme avec laquelle la liberté d'expression doit se concilier. Bornée par nature dans son expression, cette liberté sera également limitée par des faits historiques plus immédiats, plus violents qui représenteront dans les faits des obstacles beaucoup influents. Ici débute le moment où la liberté d'expression s'affronte à la spécificité du phénomène mémoriel français et aux lois-repentances¹⁷¹ qui dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir exorbitant se sont attelés à la dénonciation des errements historiques d'une République française plus sombre. Mouvement de l'esprit par excellence, la liberté d'expression réceptionnera elle aussi à l'image des autres droits dans le contentieux constitutionnel comparé, les incursions d'un fait historique brut, suscitant la condamnation justement parce qu'il ne pouvait donner lieu à idéalisation. En effet, même dans le cadre d'un régime constitutionnel libéral solidement ancrée dans la durée d'une nation toute entière, les enjeux de mémoire restent cruciaux pour assurer la cohésion de la société. A cet effet, la doctrine a pu justement remarquer que dans le cadre de l'Etat providence, le législateur, et le pouvoir politique, à l'issue des deux guerres mondiales et de celles coloniales, avaient du

¹⁶⁴ Conseil constitutionnel, décision n°94-345 DC du 29 juillet 1994, *Rec.* p. 106.

¹⁶⁵ Conseil constitutionnel, décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982. *Rec.* p. 48.

¹⁶⁶ Conseil constitutionnel, décision du 23 août 2000, *Rec.* p. 137.

¹⁶⁷ Michel. I., « La liberté d'expression sous influence », *Revue Politeia Liberté d'expression et Démocratie* (I) n°9, Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, 2006, Bordeaux, p. 226.

¹⁶⁸ Verdier. M-F., « A propos d'une triple entrave à la liberté d'expression », *Revue Politeia* précitée, p. 88.

¹⁶⁹ *Idem.* p. 227. Voir également. Szahaj. A., « Le libéralisme post moderne comme nouvel humanisme », *Diogène* n°206, P.U.F., 2004, p. 87.

¹⁷⁰ Conseil constitutionnel, décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.* p. 71.

¹⁷¹ Voir à cet effet, Robert. J., « L'Histoire, la repentance et la loi », *Revue de Droit Public* n°2, 2006, pp. 279-291.

compenser le fait historique lui-même via l'indemnisation *ex post* des victimes concernées¹⁷². Ainsi, bien que l'Etat français ait ratifié le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques qui vise l'exercice, sans aucune considération de frontière, de la liberté d'expression dans ses différentes composantes : la liberté de recherche, de réception, de diffusion des informations de toute espèce¹⁷³, le droit français a singulièrement opté pour la limitation de cette liberté en fonction du fait historique national, plus exactement sur la teneur du souvenir qu'il a laissé. Inaugurant dès lors l'avènement d'une criminalisation de l'expression historique, le droit français semble dans le même temps vider sur ce point la liberté d'expression de sa fonction critique, et certaines de ses composantes à l'image de la liberté de la recherche, de leur fonction tout court. La première pierre de ce régime législatif restrictif fut posée dès 1993 par la *loi Gayssot* qui tend à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe en érigeant le discours négationniste en délit pénalement réprimé. Se fondant sur le jugement du Tribunal de Nuremberg arrêtant la définition d'un nouveau crime imprescriptible, aux suites des excès historiques du régime national-socialiste allemand, le crime contre l'humanité, cette loi semble prendre acte de la permanence de leurs échos en criminalisant de manière globale les expressions déniaient l'existence de ces faits. En revanche, le phénomène mémoriel qui s'ensuivit, en ce qu'il imposa une lecture officielle du fait historique exigea bien vite un discours uniforme envers celui-ci, révélant ainsi quant à lui la très forte perméabilité de la norme française au fait historique et semble inaugurer l'âge de plomb de la liberté d'expression¹⁷⁴. En effet, symptomatique d'un droit « mal à l'aise » avec son passé, le droit français devait à l'époque récente, multiplier les références au fait historiques. Par ailleurs, il fut également relevé que récent développement des lois mémorielles en France avait coïncidé avec l'apparition d'une tendance au communautarisme en rupture avec le dogme hérité de la révolution¹⁷⁵. Pour n'en citer que quelques unes, aux suites de la brèche mémorielle ouverte par la *loi Gayssot*, seront successivement édictées la loi du 29 janvier 2001 reconnaissant le génocide arménien de 1915, la *loi Taubira* du 23 mai 2001 qui définit la traite négrière et l'esclavage européen dès le XV siècle comme un crime contre l'humanité et effectua une incursion remarquable dans l'espace scolaire au même titre d'ailleurs que celle du 23 février 2005 relative aux français expatriés. Au sujet de la *loi Taubira*, il convient de noter que le gouvernement lui-même demandera la délégalisation, par le Conseil constitutionnel de l'alinéa 4 de celle-ci via l'instrumentalisation politique de l'alinéa 2 de l'article 37 de la Constitution¹⁷⁶. Un recours en effet, véritablement utile sur le plan technique puisqu'il permet la saisine *a posteriori* du Conseil constitutionnel, dans le même temps qu'il entraîne la délégalisation de la disposition réglementaire dénaturant l'acte législatif. En outre, au delà de son aspect fonctionnel, l'appel spécifique fait à cet article par le gouvernement, revêt une signification politique indéniable et semble démontrer toute la difficulté française dans la gestion du fait historique, y compris dans le cadre constitutionnel. Au soutien de ce constat, la doctrine relève qu'avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le caractère exclusif du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois, réservé aux seules autorités publiques, en plus de restreindre le rayonnement potentiel de la justice constitutionnelle en droit interne, avait eu pour effet d'entraîner l'instrumentalisation politique de la saisine du Conseil elle-même. Ainsi, alors que le gouvernement n'avait pas jugé bon d'entreprendre dans le délai légal de l'article 61, la saisine de

¹⁷² Frangi. M., « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *Revue de Droit Public* n°1, 2005, pp. 243-244.

¹⁷³ Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, article 19, § 2 : « toute personne a le droit à la liberté d'expression, ce droit comprend la liberté de rechercher, recevoir et répandre des informations de toutes espèces, sans considérations de frontières ».

¹⁷⁴ Verdier. M-F., « A propos d'une triple entrave à la liberté d'expression », *Revue Politeia* précitée, p. 88.

¹⁷⁵ Frangi. M., « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. précité*, p. 247.

¹⁷⁶ Cubertafond. B., « Régressions du Parlement et du Conseil constitutionnel. Retour constitutionnaliste sur la délégalisation de l'article 4, alinéa 2, de la loi du 23 février 2005 », *Revue Politéai* n°8, Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, 2005, p. 13.

la Haute juridiction, il obtient quand même la disparition législative de l'acte tout en se prémunissant des retombées électorales inhérentes à la saisie juridique d'une histoire nationale qui heurte toujours violemment l'imaginaire de la communauté. La principale raison de cette absence de saisine réside dès lors : « dans le poids des communautés, véritable clientèle électorale » d'une classe dirigeante élue, dans le même temps qu'elle révèle le poids des citoyens dans la mise en œuvre même de la justice constitutionnelle¹⁷⁷. Le poids de l'opinion publique en France semblant dès lors si puissant qu'il emporte à lui seul un élargissement direct de la saisine du Conseil. Phénomène remarquable dans lequel la doctrine a pu y voir une récupération citoyenne judicieuse du contrôle *a priori* de constitutionnalité¹⁷⁸. Par ailleurs, de manière indirecte, l'inflation législative mémorielle donna lieu à un contentieux constitutionnel notable, relatif à l'exigence de normativité et de qualité de la loi. A la suite en effet, de cette mutation partielle de la loi en réceptacle déclaratoire opérée par les lois mémorielles la décision du 29 juillet 2004 du Conseil constitutionnel devait paradoxalement rappeler à la loi elle-même sa fonction normative¹⁷⁹. Réaffirmée en 2005, où le Conseil n'hésite pas à censurer une loi creuse comme contraire à la Constitution¹⁸⁰. Un autre exemple de reproche souvent adressé aux lois mémorielles françaises est la manipulation de la réalité historique qu'elles occasionnent. Ainsi, l'ordonnance du Général de Gaulle, rédigée par René Cassin en date du 9 août 1944, est empreinte d'une démarche générant l'instrumentalisation juridique et politique de l'histoire, et porte en elle-même la volonté de faire *tabula rasa*, d'un passé trop lourd à assumer pour la République française. Rétablissant la légalité républicaine, l'article 1 de ce texte, énonce en effet que : « La forme du gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Cette entreprise, animée par une volonté de déculpabilisation, de minoration de la responsabilité de l'administration françaises s'agissant des dérivés de l'Occupation, illustre parfaitement le rôle du droit au sein d'un Etat, qui cherche à se refaire une virginité juridique en minimisant ses excès pourtant avérés, afin de renouer dans la limite du possible avec le passé légal¹⁸¹. Elément déterminant de limitations des droits sur le plan substantiel, celle-ci justifia ainsi plusieurs limitations du droit à l'exception de vérité inclus dans le cadre global de la loi de 1881 venant régler le régime de la liberté d'expression. En effet, l'ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse est venue au nom de ce fait historique national établir une limitation du droit à la preuve en matière de diffamation en interdisant celle-ci par le biais de trois aménagements restrictifs. Pour le sujet qui nous intéresse ici, le seul critère de la prescription décennale du droit à l'*exception veritatis* sera retenu, précisément en raison des considérations historiques immédiates ayant présidé à son essor. A cet effet, la doctrine relève que l'adoption de cette ordonnance se fit selon une crainte bien spécifique de la parenthèse historique représentée par cette période et serait dès lors largement façonnée par un souci de paix social et de droit à l'oubli¹⁸². Spécificité française avant que le Conseil constitutionnel dans une récente décision QPC du 20 mai 2011¹⁸³, ne décide de la disparition de ce « vestige historique », cette notion ne trouvait jusqu'alors aucun équivalent en droit comparé et démontre bien que le droit français quand cela est nécessaire sait aussi oublier et aménager l'histoire elle-même.

¹⁷⁷ Beauverger. B., « Liberté d'expression et Lois Mémorielles : La loi du 23 février 2005 devant le Conseil constitutionnel », *Revue Politeia Liberté d'expression et Démocratie* (I) n°9, Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, 2006, Bordeaux, p. 91.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Conseil constitutionnel décision n°2004-500 du 29 juillet 2004, *Rec.* p. 116.

¹⁸⁰ Conseil constitutionnel, décision n°2005-512 du 21 avril 2005, *Rec.* p. 72.

¹⁸¹ Selon la formule tirée de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 11 octobre 1944 modifiant la composition, le fonctionnement et les attributions de l'Assemblée consultative provisoire instituée par l'ordonnance du 17 septembre 1943, *JO*, 12 octobre 1944, p. 916.

¹⁸² « Commentaire de la décision n°2011-131 du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 2.

¹⁸³ Conseil constitutionnel, décision n°2011-131 QPC du 20 mai 2011, *J.O.* du 20 mai 2011, p. 8890.