

# ***Un passé qui ne passe pas : les enjeux juridiques de la “mémoire historique” en France et en Espagne***

---

ARIANA MACAYA

Doctorante, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

« Le passé n'est jamais mort. Il n'est même pas passé »

*Requiem pour une nonne,*  
William FAULKNER<sup>1</sup>

L'année 2006 fut déclarée par le Congrès espagnol comme « année de la mémoire historique »<sup>2</sup>. Cette déclaration servit de préambule à l'âpre débat qui permit, après plus de deux ans de controverses, l'approbation de la *Loi pour que soient reconnus et étendus les droits et que soient établis des moyens en faveur de ceux qui ont souffert de persécution ou de violence durant la Guerre civile et la Dictature*<sup>3</sup>, rapidement rebaptisée par les médias « Loi sur la mémoire historique ». Depuis, le traitement juridique de l'héritage du franquisme ne cesse d'être au centre des discussions politiques et judiciaires, comme le démontrent les polémiques récentes autour des procès pour l'ouverture des fosses communes.

De l'autre côté des Pyrénées, les problématiques liées aux « lois mémorielles », aux commémorations et à la gestion des passés douloureux de la Nation ne cessent de revenir au cœur du débat public. En témoignent la multiplication de missions d'information et de rapports publics sur le sujet : *Rapport final au Ministre de la Défense et à la Ministre de la Culture et de la Communication sur la création d'un musée de l'histoire de*

---

<sup>1</sup> Les références à la doctrine anglaise et espagnole, ainsi qu'à la jurisprudence espagnole renvoient à des publications rédigées en langue anglaise ou espagnole. La traduction en français est l'œuvre de l'auteur.

<sup>2</sup> Loi n° 24/2006 du 7 juillet 2006, *BOE*, n° 162, 8 juillet 2006, p. 25573.

<sup>3</sup> Loi n° 52/2007 du 26 décembre 2007, *BOE*, n° 310, 27 décembre 2007, p. 53410.

*France aux Invalides*<sup>4</sup> ; *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*<sup>5</sup> ; *Rapport de la mission d'information de l'Assemblée Nationale sur les questions mémorielles*<sup>6</sup> ou encore l'avis contentieux du Conseil d'État du 16 février 2009 qui nous rappelle que « La réparation des souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites ne pouvait toutefois se borner à des mesures d'ordre financier. Elle appelait la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par ces personnes, du rôle joué par l'État dans leur déportation ainsi que du souvenir que doivent à jamais laisser, dans la mémoire de la nation, leurs souffrances et celles de leurs familles »<sup>7</sup>.

La mémoire historique semble donc être au cœur des préoccupations contemporaines des deux pays voisins, mais cette problématique n'est pas l'apanage de l'Espagne et de la France. Si nous avons choisi de centrer notre étude sur ces deux exemples c'est parce que, dans les deux pays, le débat sur la gestion du passé a trouvé une traduction juridique : les « lois mémorielles » d'un côté, la « Loi sur la mémoire historique » de l'autre. Par-dessus les discours et les politiques publiques, c'est la voie juridique, et plus précisément la voie législative qui a été choisie dans les deux cas pour faire face aux questions mémorielles. Mais comment le passé peut-il faire l'objet d'une loi ? Comment la mémoire historique peut-elle être un objet juridique ? S'agit-il d'un droit, d'un devoir ? Peut-on obliger, décliner au mode impératif, le souvenir d'un fait historique ?

Avant d'exposer les principales pistes de réflexion sur le sujet, il convient d'essayer d'expliquer ce que nous entendons par « mémoire historique ». Pour cela il faut dépasser deux objections que cette expression aux allures d'oxymore semble soulever. La première est la difficulté de transposer à la sphère publique et collective une notion qui fait allusion à une faculté individuelle, subjective : le fait de se souvenir de quelque chose. La deuxième est l'opposition traditionnelle entre une histoire objective, située du côté des sciences, en quête de vérité et une mémoire

---

<sup>4</sup> H. LEMOINE, *La Maison de l'Histoire en France. Rapport au Ministre de la Défense et à la Ministre de la Culture et de la Communication pour la création d'un centre de recherche et de collections permanentes dédié à l'histoire civile et militaire de la France*, avril 2008, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000029/index.shtml>.

<sup>5</sup> Secrétariat de l'État à la Défense chargé des Anciens Combattants, *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, sous la présidence d'André Kaspi, novembre 2008, <http://www.defense.gouv.fr/sga/content/download/134477/1172233/file/RapportCommissionKaspi.pdf>.

<sup>6</sup> Assemblée Nationale, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du Règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles*, sous la présidence de Bernard Accoyer, 18 novembre 2008, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp>.

<sup>7</sup> Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, req. n° 315499, *RFDA* 2009, p. 316, conclusions F. LENICA, *AJDA* 2009, p. 589, commentaire S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI.

considérée comme une faculté subjective, aux sources fluctuantes, qui ne chercherait que la fidélité à un souvenir.

L'introduction du concept de « mémoire collective » aux côtés des mémoires individuelles nous permet de dépasser la première objection. La mémoire collective peut être définie comme « le souvenir ou l'ensemble de souvenirs, conscients ou non, d'une expérience vécue et/ou mythifiée par une collectivité vivante de l'identité de laquelle le sentiment du passé fait partie intégrante »<sup>8</sup>. La mémoire peut donc ne pas être individuelle, subjective, elle peut être attachée à une collectivité. Maurice Halbwachs, le pionnier de la sociologie de la mémoire, considérait que la mémoire historique était une composante de la mémoire collective et définissait la première comme la « suite des événements dont l'histoire nationale conserve le souvenir »<sup>9</sup>. Mais Halbwachs maintenait une opposition entre mémoire collective et histoire et considérait que l'expression « mémoire historique » n'était pas heureuse. En effet, pour lui, la mémoire collective est « un courant de pensée continu, d'une continuité qui n'a rien d'artificiel, puisqu'elle ne retient du passé que ce qui est encore vivant ou capable de vivre dans la conscience du groupe qui l'entretient »<sup>10</sup> ; l'histoire, au contraire, se place hors des groupes et au-dessus d'eux et n'hésite pas à introduire dans le courant des faits, des divisions. À la multiplicité des mémoires collectives qui ont comme support un groupe humain déterminé dans le temps et dans l'espace, il oppose la vocation d'universalité de l'histoire.

Une évolution dans la conception de l'histoire permet de surmonter l'opposition entre l'histoire et la mémoire. En particulier, dans l'œuvre de Paul Ricœur *La mémoire, l'histoire et l'oubli*<sup>11</sup> nous retrouvons les arguments pour réconcilier Clio avec sa mère Mnémosyne. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, nous assistons à la mise en place d'une « nouvelle histoire », qui à grands traits, recherche une collaboration avec les autres sciences sociales et le remplacement de l'histoire-récit par l'histoire-problème<sup>12</sup>. Elle s'intéresse à l'histoire du temps présent, à l'histoire des oubliés, des vaincus et multiplie les approches et les objets. Il s'agit donc d'abandonner la position hégélienne d'une histoire universelle, d'une narration linéaire et totalisante. Dans cette perspective, les rapports entre l'histoire et la mémoire doivent se penser non sur le point de l'opposition ou de la concurrence mais plutôt dans une dynamique solidaire<sup>13</sup>. Pour Ricœur, la mémoire

<sup>8</sup> P. NORA, « Mémoire collective », dans J. LE GOFF (dir.), *La nouvelle histoire*, Paris, Retz, 1978, p. 398.

<sup>9</sup> M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, nouvelle édition critique établie par G. Namer, 1997, p. 130.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>11</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Éditions du Seuil, coll. Points, 2000, 690 p.

<sup>12</sup> Sur ce point cf. J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Paris, Gallimard, coll. Folio histoire, 1988, pp. 330 et s.

<sup>13</sup> É. VIGNE, « Accords et désaccords avec les historiens », *Esprit* mars-avril 2006, p. 40.

est en amont un élément de base pour l'histoire, une sorte de matrice. C'est grâce aux mémoires plurielles que s'enrichit l'histoire, elles jouent un rôle de déclenchement de l'opération historiographique. En aval, la mémoire est un élément pour la réappropriation du passé historique par les sociétés contemporaines. Peu importe qu'elle soit multiple ou fragmentée, la mémoire est source et véhicule de l'histoire, d'une histoire qui n'a plus la prétention d'être universelle<sup>14</sup>.

Une fois surmontées les deux oppositions, nous pouvons reprendre la définition proposée par Maurice Halbwachs de la mémoire historique comme « suite des événements dont l'histoire nationale conserve le souvenir », définition qui a le mérite de la simplicité. Elle nous servira de point de départ pour la réflexion sur les enjeux juridiques du débat autour des questions mémorielles. Il semblerait néanmoins que, dans le débat contemporain, l'expression « mémoire historique » renvoie à une signification plus précise et plus problématique. Il ne s'agirait pas de la totalité des événements dont l'histoire nationale conserve le souvenir mais plutôt de certains événements traumatiques longtemps refoulés ou même niés et qui, par pression des propres victimes de ces événements ou de leurs héritiers, cherchent à être intégrés dans cette histoire nationale. En Espagne, il semblerait même que la synecdoque aille encore plus loin, et que le terme « mémoire historique » fasse exclusivement allusion, dans les débats actuels, aux événements liés à la fin de la II<sup>ème</sup> République, à la Guerre Civile et à la dictature de Franco.

Cette mémoire historique semble être en proie à des pathologies. En effet, d'après Ricœur, ces pathologies peuvent se manifester par un « trop plein » de mémoire ou au contraire par des situations de « pas assez » de mémoire. La situation depuis une dizaine d'années en France semble s'apparenter à un « trop plein » de mémoire : multiplication des commémorations, apparition des lois dites mémorielles. En Espagne, face à la problématique de la transition du régime franquiste vers la démocratie, nous nous trouvons dans une situation contraire de « pas assez » de mémoire, un refoulement des événements survenus lors de la dictature au nom d'un pacte d'oubli<sup>15</sup> légitimé par la transition démocratique. Entre ces deux pathologies, la mémoire historique se présente donc comme un mode de sélection dans la pensée, une construction. Se pose ainsi la question de savoir comment construire cette mémoire historique. Quelle est la place du droit dans la détermination des contenus de cette construction ? Le droit peut-il s'ériger en tiers absolu entre le « trop plein »

---

<sup>14</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., pp. 500 et s.

<sup>15</sup> Bien que critiqué par une partie de la classe politique et du tissu associatif, ce pacte a néanmoins permis la mise en place et le développement d'institutions démocratiques en Espagne. Il servit même de référence à la sortie des dictatures en Amérique Latine et en Europe de l'Est (cf. P. JOUTARD, « Le devoir d'oubli », *L'Histoire*, n° 311, juillet-août 2006, p. 109).

et le « pas assez » de mémoire ? Quels sont les risques d'une régulation juridique de la mémoire historique ?

Pour essayer de répondre à ces interrogations nous allons nous pencher dans une première partie sur l'étude de la régulation juridique de la mémoire historique en Espagne où la législation récente a consacré un « droit à la mémoire » et en France où le débat s'est surtout centré autour du néologisme « devoir de mémoire » (I). Toutefois l'usage de la mémoire historique par le droit peut facilement se transformer en un abus et conduire à des dérives, ce qui fera l'objet de notre deuxième partie (II). Ces pistes de réflexion nous permettront d'analyser les enjeux juridiques du moment mémoriel actuel et de voir comment les relations entre le droit et le passé peuvent avoir des conséquences sur le présent et l'avenir.

## I – LA MÉMOIRE HISTORIQUE SAISIE PAR LE DROIT

Ce nouveau champ de réflexion que constitue la « mémoire historique » va être « saisi » par le droit et plus concrètement par la loi. Dans quelle mesure et par quels moyens peut-on légiférer sur la mémoire ou sur les événements historiques qui lui servent de cadre ? L'Espagne et la France ont choisi deux voies *a priori* différentes pour appréhender juridiquement le débat sur la mémoire historique. Ainsi, l'Espagne va réaffirmer un devoir subjectif et individuel à la mémoire comme outil pour faire face au passé douloureux de la Guerre civile et du franquisme (1), tandis que la France va choisir de revendiquer un certain « devoir de mémoire » pour répondre aux diverses revendications mémorielles qui envahissent le débat public, devoir de mémoire qui va se traduire par l'apparition de « lois mémorielles » (2).

### 1) *Le droit à la mémoire et la Loi sur la mémoire historique*

Après la mort du général Franco, le 20 novembre 1975, l'Espagne entra dans un processus de transition démocratique, laissant derrière elle trois ans de guerre civile, entre 1936 et 1939, et plus de trente-six ans de dictature. Cependant, la consolidation de la démocratie et le désir de réconcilier la nation exigeaient le dépassement des clivages entre républicains et franquistes et de la mémoire traumatique de la guerre civile<sup>16</sup>. Cette volonté de tourner la page s'est traduite par l'approbation par un Parlement démocratiquement élu d'une loi d'amnistie<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Cf. D. ROZENBERG, « Le "Pacte d'oubli" de la transition démocratique en Espagne », *Politix*, n° 74, 2006, pp. 173-188 et J. AROSTEGUI, « La mémoire de la guerre civile et du franquisme dans l'Espagne démocratique », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, n° 74, 2002, pp. 31-42.

<sup>17</sup> Loi n° 46/1977, du 15 octobre 1977, *BOE*, n° 248, p. 22765.

Les caractéristiques de la transition espagnole réalisée sans solution de continuité avec le régime antérieur<sup>18</sup> et la permanence sur la scène politique de partis plus ou moins liés au franquisme ont empêché la mise en place de mécanismes de justice transitionnelle et de politiques de récupération de la mémoire des vaincus<sup>19</sup>. Certes, de nombreuses mesures de réparation vont être mises en place dès le début de la transition<sup>20</sup> mais la majorité de ces dispositions impliquent une assimilation des droits des anciens combattants de la République et des victimes du franquisme aux droits reconnus aux vainqueurs de la Guerre Civile<sup>21</sup>.

À partir des années 1990, des voix s'élèvent contre ce voile de silence jeté sur la période entre la fin de la II<sup>ème</sup> République et la mort de Franco<sup>22</sup>. Les victimes de la Guerre Civile et du franquisme ainsi que leurs héritiers réclament la fin de la fiction de l'équidistance, l'adoption de mesures de reconnaissance et de réparation des victimes ainsi que la mise en place de politiques publiques de récupération de la mémoire des vaincus. On va donc passer d'un système qui cherchait à mettre sur un pied d'égalité les droits des deux camps qui se sont affrontés lors de la Guerre Civile sous l'argument de l'équité, à un ensemble de dispositions qui vont reconnaître de façon plus ou moins explicite l'illégitimité et l'injustice du régime franquiste<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> En particulier, Franco avait désigné son propre successeur, le Roi Juan Carlos, en vertu de l'article 3 de la Loi de succession du chef de l'État de 1947, une des huit lois fondamentales du franquisme. De même le Congrès de députés franquistes décida lui-même de son propre remplacement le 16 novembre 1976.

<sup>19</sup> Cf. E. PINILLA MARTÍN, « La recuperación de la memoria histórica en España », dans F. GÓMEZ ISA (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Giza Eskubideak Derechos humanos, 2006, pp. 529-546.

<sup>20</sup> Pour un bilan des différentes mesures, on peut consulter le *Rapport de la Commission interministérielle pour l'étude de la situation des victimes de la Guerre Civile et du franquisme*, du 28 juillet 2006, <http://www.mpr.cs/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

<sup>21</sup> Cf. A. GREPPI, « Los límites de la memoria y las limitaciones de la ley. Antifascismo y equidistancia » dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, pp. 105-125. Un exemple de cette équidistance mise en place entre les deux camps est l'exposé de motifs de la loi n° 35/1980 sur les pensions aux mutilés ex-combattants de la zone Républicaine : « le besoin de dépasser les différences qui ont divisé les Espagnols durant le dernier conflit, oblige à l'établissement d'un traitement égalitaire sans prendre en compte le camp pour lequel ils ont lutté ».

<sup>22</sup> Cf. J. ORTIZ, « Contre l'histoire officielle espagnole. Bataille pour la mémoire républicaine », *Le Monde Diplomatique*, février 2009.

<sup>23</sup> Par exemple, l'approbation d'une proposition non de loi qui réaffirme le principe selon lequel « personne n'a de légitimation pour utiliser la violence, pour imposer ses convictions politiques et pour établir des régimes totalitaires contraires à la liberté et à la dignité de tous les citoyens [...] », le 20 novembre 2002 (Commission constitutionnelle du Congrès des députés, *Proposition non de loi sur la reconnaissance morale de tous les hommes et femmes qui ont souffert de la répression franquiste*, *Journal de séances du Congrès de députés*, n° 625, p. 20502 – *Nota bene* : La « proposition non de loi » est une notion espagnole [*proposición*

Malgré cette avancée, les différentes associations civiles réclament l'approbation d'une loi qui puisse à la fois mettre en ordre l'abondante législation en vigueur pour permettre une meilleure prise en charge des victimes de la guerre et de la dictature ; combler les lacunes qui existent en matière de réparation et d'accès à la documentation et qui condamneraient ouvertement le régime franquiste, suivant la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 17 mars 2006 qui dénonçait les graves violations de droits de l'homme commises en Espagne entre 1939 et 1975<sup>24</sup>. C'est ainsi que le 26 décembre 2007 le Congrès approuve, grâce à une alliance entre le PSOE<sup>25</sup> et divers partis de gauche, la « Loi sur la mémoire historique »<sup>26</sup>.

L'exposé de motifs de cette loi se réfère à la reconnaissance d'un « droit individuel à la mémoire personnelle et familiale de chaque citoyen » qui fait partie des politiques de développement de la mémoire démocratique. On peut toutefois se demander comment le droit peut réguler un aspect aussi intime et introspectif de la vie d'un individu et quelle est son utilité dans le cadre du développement de la récupération de la mémoire historique. Pour Benjamin Stora, « la représentation d'une chose passée peut être un acte anodin quand il s'agit de souvenirs personnels. Mais, dès que ces représentations touchent plus profondément l'individu, dès qu'elles entrent en contradiction avec les discours officiels, les fondements du droit ou les souvenirs d'autres groupes de personnes ayant vécu les mêmes événements, la réminiscence devient moins évidente et plus douloureuse »<sup>27</sup>. Le droit peut donc jouer un rôle pour faciliter cette mémoire en essayant d'éliminer les obstacles extérieurs qui influent sur la réminiscence. Comme le rappelle Ricœur « le fait majeur est que l'on ne se souvient pas seul, mais avec l'aide des souvenirs d'autrui.

---

*no de ley*], régie par le Titre X (articles 193 à 195) du règlement de l'Assemblée Nationale : il s'agit d'une proposition discutée par le Parlement mais qui n'a pas le caractère d'une loi. Elle peut ainsi être rapprochée de la notion de « résolution » telle qu'elle a été introduite dans la Constitution française après la réforme de 2008) ; la création d'une Commission Interministérielle pour l'étude de la situation des victimes de la Guerre Civile et du franquisme (Décret royal n° 1891/2004 du 10 septembre 2004, *BOE*, n° 227, 20 septembre 2004, p. 31522) ; l'approbation d'une loi qui octroie des aides économiques aux « enfants de la guerre » (Loi n° 3/2005 du 18 mars 2005, *BOE*, n° 68, 28 mars 2005, p. 9708) ; la loi de restitution des archives de la Guerre Civile à la *Generalitat* de Catalogne (Loi n° 21/2005 du 17 novembre 2005, *BOE*, n° 276, 18 novembre 2005, p. 37723) et la loi qui déclare l'année 2006 comme *Année de la mémoire historique* (*op. cit.*).

<sup>24</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1736 : *Nécessité de condamner le franquisme au niveau international*, 17 mars 2006.

<sup>25</sup> Parti socialiste ouvrier espagnol, parti politique auquel appartient le président du gouvernement actuel, José Luis Rodríguez Zapatero.

<sup>26</sup> Loi n° 52/2007, *op. cit.*

<sup>27</sup> B. STORA, « La France et ses guerres de mémoires » dans O. BLANCHARD et I. VEYRAT-MASSON (dir.), *Les Guerres de mémoires*, Paris, La Découverte, 2008, p. 7.

En outre nos prétendus souvenirs sont bien souvent empruntés à des récits reçus d'autrui. Enfin, et c'est peut-être le plus décisif, nos souvenirs sont encadrés dans des récits collectifs, eux-mêmes renforcés par des commémorations, célébrations publiques, portant sur des événements marquants dont a dépendu le cours de l'histoire des groupes auxquels nous appartenons »<sup>28</sup>.

La reconnaissance du droit à la mémoire personnelle et familiale serait donc pour l'État un moyen de garantir le droit des victimes, surtout de leurs héritiers, de connaître leur histoire personnelle, longtemps cachée par la volonté de tourner la page caractéristique de la transition démocratique espagnole. Il ne s'agit pas d'imposer un contenu à cette mémoire, mais de permettre la construction d'une mémoire collective et d'une mémoire historique qui prennent en compte les mémoires des victimes de la Guerre Civile et du franquisme<sup>29</sup>.

Ce droit individuel à la mémoire est en même temps une variante du droit à l'honneur et un droit à l'identité, à pouvoir construire sa propre biographie et à voir reconnaître sa personnalité par l'État. C'est donc un droit qui se définit par la relation entre son titulaire et la collectivité sociale, qui accorde un sens à cette construction individuelle<sup>30</sup>. Face à ce droit, le rôle de l'État serait de reconstruire ou de faciliter l'accès aux cadres sociaux qui permettront à l'individu de former sa mémoire individuelle, pour reprendre la terminologie d'Halbwachs<sup>31</sup>. Comme l'explique Paloma Aguilar Fernández « l'État doit éliminer tout obstacle institutionnel qui empêche la recherche sur le passé »<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> P. RICEUR, « Passé, mémoire et oubli », dans M. VERLHAC (dir.), *Histoire et mémoire*, Grenoble, Centre régional de documentation pédagogique, p. 12.

<sup>29</sup> Comme l'explique l'exposé des motifs de la loi n° 52/2007 « L'imposition d'une certaine mémoire collective n'est pas une prérogative du législateur. Mais la réparation des victimes, la consécration et protection – avec le plus haut degré de vigueur normative – du droit à la mémoire personnelle et familiale comme expression de la pleine citoyenneté démocratique, la promotion des valeurs constitutionnelles et le développement de la connaissance et de la réflexion sur notre passé, sont un devoir pour le législateur, et un objectif de cette loi ».

<sup>30</sup> J. M. SAUCA CANO, « El derecho ciudadano a la memoria histórica : concepto y contenido », dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>31</sup> Cf. M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, 2000, 367 p.

<sup>32</sup> P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, p. 37.

Le droit à la mémoire individuelle et familiale tel que le conçoit la Loi 52/2007 est composé par un faisceau de droits et de mesures. Il s'agirait d'un droit général et matriciel d'où dériveraient d'autres droits ou principes<sup>33</sup>.

Une première composante est le droit à la réparation des victimes de la Guerre Civile et du franquisme, réparation qui peut prendre plusieurs formes<sup>34</sup>. L'indemnisation ou réparation matérielle est reconnue par les articles 5 à 10 qui complètent ou développent les mécanismes de compensation matérielle et d'octroi de pensions prévus par la législation antérieure. Mais la loi prévoit aussi une réparation politique des membres des brigades internationales, auxquels l'article 19 octroie la possibilité d'accéder à la nationalité espagnole sans pour autant renoncer à leur nationalité d'origine. Une réparation symbolique se manifeste par la volonté exprimée dès l'exposé de motifs, d'éviter toute exaltation du soulèvement militaire, de la Guerre Civile et de la dictature. Pour atteindre cela, les articles 15 et 16 prévoient le retrait des symboles franquistes des lieux publics<sup>35</sup> et la « dépolitisation » du *Valle de los Caídos*, lieu de mémoire du franquisme par excellence<sup>36</sup>.

Néanmoins, la Loi 52/2007 ne contient pas une condamnation générale du régime franquiste, tel que cela avait été suggéré par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa recommandation précitée. Les indemnisations sont abordées comme une relation entre des sujets de droit privé et l'État espagnol qui n'assume qu'une responsabilité objective. La loi ne constate pas la responsabilité directe et subjective de l'État dans les violations des droits que ces indemnisations tentent de compenser<sup>37</sup>. Le très médiatique juge Baltasar Garzón a tenté de combler cette lacune en ouvrant la première instruction judiciaire contre le franquisme, attribuant au général Franco et à d'autres dirigeants de la dictature le délit de

---

<sup>33</sup> Nous allons suivre en partie la définition des composantes du droit à la mémoire individuelle et familiale proposée par J. M. SAUCA CANO dans son article « El derecho ciudadano a la memoria histórica : concepto y contenido », *op. cit.*, pp. 90-103.

<sup>34</sup> Antoine Garapon distingue trois principales formes de réparation : la réparation symbolique, qui cherche à dépasser un événement historique par un geste qui exprime les remords qu'éprouvent les auteurs ; la réparation politique, qui cherche des moyens concrets pour éliminer les traces d'injustices historiques toujours présentes ; et la réparation matérielle sous forme d'indemnisation (A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, Odile Jacob, 2008, pp. 11-12).

<sup>35</sup> Cette disposition contient une exception : les symboles franquistes pourront être maintenus lorsqu'il existe des raisons artistiques, architecturales ou artistico-religieuses protégées par la loi qui empêchent leur retrait.

<sup>36</sup> Sur la régulation juridique du retrait des symboles du franquisme voir J. M. ABAD LICERAS, *Ley de memoria histórica. La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, 274 p.

<sup>37</sup> Cf. A. BAYLOS GRAU, « Derechos económicos e indemnizaciones derivados de la memoria histórica », dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica*, *op. cit.*, p. 198.

rébellion contre la République et la mise en place d'un plan d'extermination des opposants politiques qui conduisit à la disparition de plus de 100 000 personnes<sup>38</sup>. Cette instruction, qui n'a pas abouti<sup>39</sup>, lui valut une mise en examen pour le délit de manquement à ses devoirs après le dépôt de plaintes par un syndicat lié à l'extrême droite et une association civile<sup>40</sup>.

La deuxième composante est le droit des victimes et de ses héritiers à savoir la vérité sur leur passé et à avoir accès aux sources qui pourront éclaircir ce passé. Ainsi, l'article 22 de la Loi 52/2007 consacre la liberté d'accès aux fonds documentaires des archives publiques. Un autre aspect de cette composante du droit matriciel à la mémoire historique concerne les mesures relatives aux fosses communes du franquisme. L'article 11 prévoit que les administrations publiques aideront les héritiers directs des victimes qui le souhaiteraient, à localiser, à identifier et éventuellement à exhumer les corps des victimes de la répression franquiste encore disparus. Les modalités de cette aide de la part de l'État sont développées dans les articles 12 à 14. Ce droit est d'autant plus important si on l'analyse à l'aune de la jurisprudence européenne. Dans une décision récente, la Cour Européenne des droits de l'homme a considéré que l'absence de mesures officielles pour la recherche d'un disparu constitue un traitement inhumain pour les proches du disparu, en contradiction avec l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales<sup>41</sup>.

Le législateur espagnol a donc évité de reconnaître explicitement un contenu à la mémoire historique qu'il essaie de protéger. La Loi 52/2007 ne fait qu'accorder une série de droits aux personnes qui ont été victimes de certains faits historiques, mais laisse de côté la qualification d'illégitimité donnée aux tribunaux franquistes et à leurs résolutions. En effet, le législateur s'est abstenu de qualifier explicitement les

---

<sup>38</sup> Juge d'instruction centrale n° 5 de l'Audience Nationale, Madrid, arrêté du 16 octobre 2008, procédure abrégée n° 399/2006 V.

<sup>39</sup> Après un imbroglio juridique, le juge Garzón a finalement déclaré son incompétence et a transmis l'affaire aux juges territoriaux de première instance (Juge d'instruction centrale n° 5 de l'Audience Nationale, Madrid, arrêté du 8 novembre 2008, procédure abrégée n° 399/2006 V). Mais cet arrêté fut annulé par la Chambre criminelle de l'Audience Nationale (arrêté du 2 décembre 2008, dossier n° 34/08).

<sup>40</sup> Au mois de janvier 2009, le syndicat de fonctionnaires Manos limpias ("Mains propres") avait déposé une plainte contre le juge Garzón pour le délit de prévarication. Il considérait que le juge avait pris des résolutions manifestement injustes. Il lui reprochait, entre autres, de ne pas avoir tenu compte de la loi d'amnistie de 1977 pour ouvrir son enquête sur des "disparitions forcées". La plainte fut admise par le Tribunal Suprême le 25 mai 2009. Le 10 mars 2009, l'association Liberté et identité présenta une nouvelle plainte contre le juge, dans des termes très similaires à celle présentée par le syndicat, plainte qui fut aussi admise pour examen par le Tribunal (Tribunal Suprême, section pénale, arrêt du 25 mars 2009, recours n° 20048/2009).

<sup>41</sup> Cour Européenne des droits de l'homme, 16 juillet 2009, *Karimov vs. Russie*, n° 29851/05, § 125.

faits qui sont à l'origine des inégalités qu'il essaie de neutraliser par l'attribution de droits subjectifs. Certains commentateurs s'opposent toutefois à la qualification du droit à la mémoire individuelle et familiale comme un véritable droit subjectif général. Ainsi, García Amado s'interroge « Qu'est ce qu'un droit individuel à la mémoire personnelle et familiale ? S'il s'agit de rendre compte des objectifs poursuivis par le législateur pour donner à chacun la possibilité d'enquêter sur son passé [...] cette disposition pourrait être la source d'une postérieure attribution de droits, mais elle ne serait pas un droit en elle-même »<sup>42</sup>. Malgré ces critiques, on ne peut pas nier que la loi consacre explicitement un droit individuel à la mémoire ; le contenu de celui-ci, s'il n'est pas entièrement déterminé par les dispositions de la loi, pourra être complété par l'interprétation du juge qui sera chargé de son application concrète<sup>43</sup>. Ce droit est un outil pour l'État espagnol pour faire face aux problématiques de la gestion du passé franquiste dans la perspective d'intégrer les mémoires oubliées à la mémoire historique nationale.

## 2) Les lois mémorielles et l'invocation d'un « devoir de mémoire »

La notion de « devoir de mémoire » a envahi le discours public en France depuis les années 1990. L'origine de l'expression peut être rattachée à la publication en France de l'ouvrage posthume de Primo Levi, *Le devoir de mémoire*, qui transcrit une interview accordée à deux historiens en 1983<sup>44</sup>. Dans un premier temps, le devoir de mémoire fut associé à la mémoire de la Shoah<sup>45</sup> mais rapidement il fut étendu à d'autres événements traumatiques du passé national, européen et même mondial. Ainsi, contrairement au cas espagnol, le débat mémoriel en France ne se concentre pas sur l'histoire nationale récente, mais il se penche aussi sur des événements datant de plus de quatre cents ans, comme c'est le cas de la traite négrière, ou sur des périodes troubles de l'histoire d'autres nations, c'est l'exemple du génocide arménien. Le terme est ainsi présenté comme « une émanation proprement nationale de l'État français qui tente, à partir des années 1990, de redéfinir son récit national, au nom des droits de l'Homme, dans une dimension multiculturelle »<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> J. A. GARCÍA AMADO, « Usos de la historia y legitimidad constitucional », dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica, op. cit.*, p. 70.

<sup>43</sup> Sur ce point, cf. nos développements en II, 2).

<sup>44</sup> P. LEVI, *Le devoir de mémoire*, Paris, Mille et une nuits, 1995, 96 p. Il est important de souligner que le titre de cet ouvrage n'est pas l'œuvre de Levi, mais le fruit d'un choix de l'éditeur.

<sup>45</sup> Cf. O. LALIEU, « L'invention du 'devoir de mémoire' », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 69, 2001, pp. 83-94.

<sup>46</sup> S. LEDOUX, « Pour une généalogie du 'devoir de mémoire' en France », texte présenté durant la séance du Groupe d'études transversales sur la mémoire, *Le devoir de mémoire*, Centre Alberto Benveniste, Paris, 4 février 2009.

Le débat autour du devoir de mémoire se centre sur l'apparition sur la scène juridique des lois dites mémorielles. L'expression « loi mémorielle » est apparue pour la première fois au cours des controverses autour de l'adoption de l'article 4 de la loi du 23 février 2005<sup>47</sup> et renvoie généralement à quatre lois : ladite loi de 2005 *portant reconnaissance de la nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, appelée aussi Loi Mékachera ; la loi du 13 juillet 1990 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, dite Loi Gayssot ; la loi du 29 janvier 2001 *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915* et la loi du 21 mai 2001 *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, dite Loi Taubira. Ces textes ont en commun de « se référer à un événement du passé, non pour punir rétroactivement ses auteurs mais pour établir entre le passé et le présent un lien de 'reconnaissance', dans toutes les significations de ce mot : le constat d'une réalité, l'expression d'une gratitude ou au contraire la contraction d'une dette »<sup>48</sup>. De plus ils invoquent systématiquement la formule « devoir de mémoire » dans leur exposé de motifs ou dans les débats parlementaires qui ont précédé leur approbation<sup>49</sup>.

Comment définir juridiquement ce « devoir de mémoire » ? L'existence d'un devoir implique, selon Ricœur, un double aspect « comme s'imposant du dehors au désir et comme exerçant une contrainte ressentie comme obligation »<sup>50</sup>. Dans les systèmes juridiques, le devoir est assimilé à l'obligation, c'est-à-dire à la relation juridique en vertu de laquelle nous sommes nécessairement contraints d'agir conformément aux normes juridiques<sup>51</sup>. Le devoir de mémoire serait donc une injonction au souvenir imposée par une norme juridique sous peine de sanction. Mais, à qui s'adresse cette injonction au souvenir ?

Si nous considérons que le destinataire du devoir de mémoire peut être tout individu, nous devons nous interroger sur la possibilité reconnue à une norme juridique d'imposer un souvenir, car la faculté de se remémorer est physiquement une faculté interne. Les groupes sociaux et les institutions déterminent néanmoins ce

---

<sup>47</sup> « Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord ».

<sup>48</sup> Assemblée Nationale, *Rapport de la mission d'information sur les questions mémorielles*, op. cit., p. 22.

<sup>49</sup> Par exemple, lors du débat autour de la loi sur la reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, le député Rudy Salles considéra que « La France a un devoir de mémoire et de reconnaissance envers ceux qui ont bâti son empire » (Assemblée nationale, Compte rendu analytique officiel, Session ordinaire de 2004-2005 – 60<sup>ème</sup> jour de séance, 146<sup>ème</sup> séance, 2<sup>ème</sup> séance du jeudi 10 février 2005).

<sup>50</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 107.

<sup>51</sup> Cf. A. BRENES CORDOBA, *Tratado de las obligaciones*, San José, Editorial Juricentro, 7<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 26.

qui est « mémorable » et la façon dont ce fait mémorable est remémoré<sup>52</sup>. L'État peut donc influencer la formation d'un imaginaire du passé<sup>53</sup>. L'injonction au souvenir viserait plutôt « un effort de transmission, le maintien des valeurs et de l'héritage d'une communauté »<sup>54</sup>. Peut-il pour autant sanctionner la non-réminiscence d'un fait dont il a imposé le souvenir par le biais d'une loi ? Une étude des différentes manifestations du devoir de mémoire nous permettra de voir si ce devoir, bien que véhiculé par des textes législatifs, est réellement un devoir au sens juridique.

La loi sur le génocide arménien de 1915 et la Loi Taubira ne font que porter un jugement de valeur et une qualification sur un événement passé. Ainsi, la première ne se compose que d'un article : « la France reconnaît publiquement le génocide arménien », cette reconnaissance n'engendrant aucune conséquence juridique. La Loi Taubira qualifie de crime contre l'humanité la traite négrière mais cette qualification ne s'accompagne d'aucune prescription juridique, aucun régime d'indemnisation n'étant mis en place. Comme l'explique Emmanuel Cartier « ce mode d'intervention du législateur suppose par conséquent l'identification d'une communauté de victimes, d'un acte préjudiciel, qualifié parfois de crime, et de son auteur, souvent l'État lui-même »<sup>55</sup>. Cette reconnaissance a certes un rôle symbolique qui permet d'apaiser le souvenir de ces événements de l'histoire nationale et mondiale. On peut parler alors d'une « authentification cathartique d'événements mortifères »<sup>56</sup>, le Parlement utilise la force symbolique de la loi pour authentifier des événements historiques, sans pour autant créer une obligation juridique de reconnaître ceux-ci comme crimes contre l'humanité ni sanctionner leur négation<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Sur ce point cf. l'introduction de L.-A. COSER à l'édition anglaise de la *Mémoire Collective* d'Halbwachs : M. HALBWACHS, *On collective memory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, 244 p.

<sup>53</sup> Cf. M.-C. LAVABRE, « Peut-on agir sur la mémoire », dans Y. LÉONARD (dir.), *La mémoire entre histoire et politique*, Paris, La Documentation française, Cahiers français, n° 303, 2001, pp. 8-14.

<sup>54</sup> E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, Paris, PUF, coll. Questions d'éthique, p. 2.

<sup>55</sup> E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, n° 67, juillet 2006, p. 527.

<sup>56</sup> P. FRAISSE, « Le droit mémoriel », *RFDC*, n° 67, juillet 2006, p. 485.

<sup>57</sup> L'attribution de conséquences juridiques à ces dispositions symboliques pourrait s'opérer par le biais d'une nouvelle disposition qui viendrait les compléter. Ce serait le cas si la proposition de loi *relative à l'incrimination pénale de la contestation publique du génocide arménien* était adoptée ou si la décision-cadre européenne concernant la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (décision qui fut accordée lors de la 2908<sup>ème</sup> réunion du Conseil à Bruxelles les 27-28 novembre 2008) était transposée. En effet, par le jeu de la coexistence de ces nouvelles dispositions et de certaines dispositions des « lois mémorielles » qui qualifient de « crime contre l'humanité » ou de « génocide » certains actes, ces lois se verraient dotées automatiquement d'un dispositif de sanction pénale.

Par contre la Loi Gayssot semble consacrer un véritable devoir juridique de mémoire. Cette loi modifie la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de presse* en introduisant un article 24 bis qui pénalise la contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été définis par le statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945. La jurisprudence a mis en avant les différents buts poursuivis par cette loi : la protection de l'ordre public, de la morale, des fondements d'une société démocratique ou encore de la mémoire des victimes. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation a spécifié « en effet, les propos contestant l'existence de crimes contre l'humanité, tels que définis par un traité international (le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945) et établis par une juridiction française ou internationale, portent atteinte à la mémoire des victimes du nazisme et sont susceptibles de troubler la coexistence harmonieuse des personnes au sein de l'État français du fait qu'ils propagent des idées tendant à réhabiliter la doctrine et la politique de discriminations raciales nazies »<sup>58</sup>.

Cet article permet donc « de lutter contre l'oubli et les effets du temps, en gardant en mémoire les atrocités perpétrées pendant la Seconde guerre mondiale. Il pallie la disparition prochaine des témoins survivants et permet à la société de rester vigilante »<sup>59</sup>. Ainsi, il s'intègre dans le processus du devoir de mémoire en faisant face aux négationnistes dont l'objectif est, selon Christian Godin, « de priver les hommes – et d'abord les descendants de ceux qui ont eu à souffrir le génocide – de leur mémoire »<sup>60</sup>. La Loi Gayssot impose l'Holocauste comme vérité officielle dont la contestation peut faire l'objet d'une condamnation pénale. Il y a donc un impératif extérieur contraignant les individus à reconnaître, *du moins dans la sphère publique*, l'existence de la Shoah. Certes, cette loi ne cherche pas à imposer un souvenir dans le for intérieur de l'individu, mais en prohibant, sous peine d'emprisonnement, l'expression d'idées contraires à cette vérité historique, elle impose un souvenir dans la mémoire collective, mémoire collective qui compose et influence finalement la mémoire individuelle.

L'article 5 de la Loi Mékachera interdit et sanctionne « toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki, d'ancien membre des formations supplétives ou assimilées ; toute apologie des crimes commis contre les harkis et les membres des formations supplétives après les accords d'Évian ». Si cet article n'impose pas une vérité officielle, il vise à protéger la mémoire d'un groupe qui avait été exclu du

---

<sup>58</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 décembre 1994, n° 93-80-67, *Bulletin criminel*, n° 424, 1994, p. 1031.

<sup>59</sup> C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007, p. 428.

<sup>60</sup> C. GODIN, *Négationnisme et Totalitarisme*, Nantes, Pleins feux, 2000, p. 19.

récit national et qui avait été victime de nombreuses discriminations. Il impose une certaine vision de la guerre d'Algérie en érigeant les harkis comme des victimes et cette vision et sanctionnée par la pénalisation des injures ou diffamations dirigées contre ce groupe. Cela peut donc être interprété comme un exemple juridique de devoir de mémoire.

Les commémorations semblent aussi relever, dans le discours public, d'un « devoir de mémoire ». En effet, elles permettent non seulement d'inscrire certains événements dans la mémoire historique mais encore de donner une signification présente à ces événements<sup>61</sup> ; elles structurent la mémoire collective autour de valeurs communes ou imposées par l'État. La France a une tradition commémorative qui remonte à la Révolution où se mettent en place des véritables liturgies républicaines qui « participent à l'éducation à la citoyenneté et de la construction du nouvel espace politique qui est celui de la France révolutionnée »<sup>62</sup>.

Mais la France vit une « boulimie commémorative d'époque »<sup>63</sup>, c'est le constat accablant que dresse Pierre Nora de la situation nationale depuis le début des années 1980. Ce constat est repris par les conclusions du *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*<sup>64</sup> : « Les commémorations publiques ou nationales sont trop nombreuses. Elles atteignent aujourd'hui le nombre de 12, soit deux fois plus qu'en 1999. Leur nombre pourrait encore augmenter dans les années à venir. Ce qui entraîne une désaffection et une incompréhension de la part d'une très grande majorité de la population, un affaiblissement de la mémoire collective, des particularismes qui vont à l'encontre de l'unité nationale »<sup>65</sup>. Toutefois, si les

---

<sup>61</sup> Cf. M. GABORIT, « Memoria histórica : revertir la historia desde las víctimas » dans *El Derecho a la memoria*, *op. cit.*, pp. 195-222.

<sup>62</sup> P. GARCIA, « Exercices de mémoire ? Les pratiques commémoratives dans la France contemporaine » dans Y. LÉONARD (dir.), *La mémoire entre histoire et politique*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>63</sup> P. NORA, *Les lieux de mémoire*, III, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque illustrée des histoires, 1986.

<sup>64</sup> Secrétariat de l'État à la Défense chargé des Anciens Combattants, *Rapport de la commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques*, *op. cit.*

<sup>65</sup> Les commémorations en vigueur sont : le 14 juillet, fête nationale (loi du 6 juillet 1880) ; la fête nationale de Jeanne d'Arc et du patriotisme (loi du 10 juillet 1920) ; la commémoration de l'armistice du 11 novembre 1918 (loi du 24 octobre 1922) ; la journée nationale du souvenir des victimes et héros de la déportation (loi du 14 avril 1954) ; le 8 mai comme commémoration de la victoire de 1945 (loi du 2 octobre 1981) ; la journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux « Justes » de France, (loi du 10 juillet 2000) ; le 10 mai comme journée commémorative de l'abolition de l'esclavage, (Loi Taubira) ; la journée nationale d'hommage aux harkis et aux membres des formations supplétives (décret du 31 mars 2003) ; la journée nationale d'hommage aux morts de la guerre d'Algérie et des combats du Maroc et de la Tunisie (décret du 26 septembre 2003) le 8 juin comme journée nationale d'hommage aux « morts pour la France » en Indochine (décret du 26 mai 2005) ; la journée nationale commémorative de l'appel du général De Gaulle du 18 juin 1940 (décret du 10 mars 2006).

commémorations, décidées par loi ou par décret, démontrent une volonté de l'État de favoriser le souvenir de certains événements marquants de l'Histoire nationale, elles n'imposent aucune obligation sanctionnée pour le citoyen. Elles ne traduisent qu'un devoir symbolique et non pas juridique de mémoire.

Il semblerait donc que le devoir de mémoire, plus qu'un devoir juridique adressé à l'individu, soit un impératif qui guiderait l'action politique et qui s'imposerait à l'État. Il s'agirait d'une sorte de dette morale envers des événements passés auxquels l'État a participé ou dont il se réclame porteur d'une repentance universelle. Cet impératif moral a reçu récemment une traduction juridique. En effet l'avis du Conseil d'État du 16 février 2009 relatif à la responsabilité de l'État dans la déportation résultant des dispositions antisémites a souligné le fait que cette responsabilité ne doit pas seulement se solder par des mesures d'indemnisation matérielle mais qu'« elle appelait la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par ces personnes, du rôle joué par l'État dans leur déportation ainsi que du souvenir que doit à jamais laisser, dans la mémoire de la nation, leurs souffrances et celles de leurs familles »<sup>66</sup>. Ainsi, face à l'impératif du devoir de mémoire, l'État français choisit de solder sa dette par la mise en place d'un dispositif juridique qui certes ne prescrit pas des comportements précis mais qui permet la construction d'une certaine mémoire historique. En effet, si l'injonction au souvenir que véhiculent les lois mémorielles ou les lois relatives aux commémorations n'imposent pas de sanctions, elles ont une forte portée symbolique. Ces textes juridiques tendent « à imposer par voie d'autorité une série de croyances dont la certitude ne serait mise en doute : il suffit qu'elles soient 'enchâssées dans la Loi' pour devenir incontestables et sacrées »<sup>67</sup>. Ces lois transmettent donc une certaine vision du passé, participant ainsi à la construction collective et publique des représentations du passé dont l'histoire nationale conserve le souvenir.

Qu'il s'agisse de permettre aux individus de construire leur mémoire individuelle et familiale comme une composante de la mémoire collective ou d'imposer symboliquement le souvenir d'événements jugés nécessaires aux intérêts nationaux pour répondre à un impératif que l'État s'impose, le droit participe à la construction de la mémoire historique et à la quête d'une « juste mémoire ». Mais, dans cette quête, le droit peut facilement tomber dans les dérives de l'abus de mémoire.

---

<sup>66</sup> CE, Ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, *op. cit.*

<sup>67</sup> J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité » dans C.-A. MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, Collection Droit public et institutions politiques, 1992, p. 56.

## II – LES DÉRIVES DE LA « JURIDICISATION » DE LA MÉMOIRE HISTORIQUE

L'incursion du droit dans le domaine de la mémoire historique est critiquée pour des raisons de fond et pour des raisons de forme. La première dérive de la régulation juridique de la mémoire historique est la possibilité d'une manipulation de celle-ci, ce qui impliquerait une potentielle violation des libertés fondamentales (1). L'incursion du droit dans les domaines mémoriels conduit aussi vers une autre dérive, qui affecte le droit dans sa propre structure. Nous nous intéresserons ainsi au problème de la remise en question de la normativité juridique par le recours trop fréquent dans les questions mémorielles aux lois d'affichage, aux dispositions symboliques (2). Ces dérives se retrouvent en Espagne et en France, même si nous constatons que les critiques quant à l'immixtion du droit dans la mémoire historique sont plus virulentes et plus abondantes au nord des Pyrénées. En effet, la spécificité du cas espagnol qui assimile la mémoire historique uniquement à la mémoire de la Guerre Civile et du franquisme, limite les dérives possibles de la gestion par le droit des passés douloureux.

### *1) De la mémoire historique à l'histoire officielle : la possibilité d'une violation de droits et libertés*

En décembre 2005, 19 historiens ont lancé un appel baptisé « Liberté pour l'histoire » qui dénonçait « dans un État libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique »<sup>68</sup>. Ainsi, ils accusaient les lois mémorielles d'être contraires à la liberté d'expression, de pensée et de recherche ; d'imposer une histoire officielle et de s'inscrire dans une logique communautariste qui serait contraire au principe d'égalité. Certains arguments se retrouvent dans le débat sur la Loi 52/2007 en Espagne. En effet, elle est accusée de manipuler la mémoire pour imposer une vision dénaturée du passé, une histoire officielle et d'être contraire à l'intérêt général.

Les critiques portant sur le caractère liberticide des lois mémorielles se concentrent, en France, sur deux dispositions : l'article 4 de la loi du 23 février 2005

---

<sup>68</sup> J.P. AZEMA *et al.*, *Liberté pour l'histoire*, texte disponible sur <http://www.lph-asso.fr/doc.html>.

sur le rôle positif de la présence française outre-mer<sup>69</sup> et l'article 9 de la Loi Gayssot qui pénalise la contestation du génocide juif<sup>70</sup>.

Par la première disposition, le pouvoir politique en arrive à prescrire aux historiens et aux enseignants, non seulement quelle doit être la mémoire à transmettre aux nouvelles générations mais de plus, la manière dont elle doit être présentée.<sup>71</sup> Cette disposition est un flagrant exemple de manipulation de la mémoire au nom d'un objectif politique. En effet, le rôle positif de la colonisation n'est pas un fait incontestable, basé sur un jugement consensuel. Le rôle de la colonisation fait encore l'objet d'intenses débats politiques et historiques. L'imposition d'une certaine conception du passé colonial bride non seulement la liberté de la recherche, mais aussi la liberté d'enseignement. Finalement, par un tour de passe-passe juridique, cet article fut déclassé puis abrogé par décret<sup>72</sup>.

Se pose alors le problème de la Loi Gayssot, seule loi mémorielle qui prévoit une sanction pénale en France. Pour ses détracteurs, la Loi Gayssot conduit le législateur à se substituer à l'historien « pour dire ce qu'est la réalité historique et assortir cette affirmation de sanctions pénales frappant tout propos ou toute étude qui viserait, non seulement à sa négation, mais aussi à inscrire dans le débat scientifique son étendue ou les conditions de sa réalisation »<sup>73</sup>. Cette loi introduirait ainsi un délit d'opinion<sup>74</sup> car elle « érige en infraction l'expression d'une idée jugée indésirable »<sup>75</sup>. Les débats parlementaires révèlent d'autres critiques : la loi serait

---

<sup>69</sup> L'article 4 de la loi du 21 mai 2001 sur l'esclavage se prononce aussi sur le contenu des programmes scolaires et de recherche historique en proclamant que ceux-ci « accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent ». Mais cette disposition, à la différence de l'article 4 de la loi du 23 février 2005, n'impose pas un jugement de valeur à priori sur un fait historique.

<sup>70</sup> Cette disposition ajoute un article 24 bis à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse qui dispose « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale [...] ».

<sup>71</sup> F. DOSSE, « L'histoire à l'épreuve de la guerre des mémoires », *Cités*, n° 33, 2008, p. 32.

<sup>72</sup> Par la décision n° 2006-203 L, le Conseil constitutionnel, saisi par le Premier ministre en vertu du second alinéa de l'article 37, déclassa l'article 4 de la loi du 23 février 2005 (CC, 31 janvier 2006, décision n° 2006-203 L, *Recueil*, p. 37, *JORF* du 2 février 2006, p. 1747), qui fut finalement abrogé par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006.

<sup>73</sup> B. MATHIEU, « Les 'lois mémorielles' ou la violation de la Constitution par consensus », *Recueil Dalloz* 2006, p. 3001.

<sup>74</sup> C. VIVANT, *op. cit.*, p. 419.

<sup>75</sup> J.-Ph. FELDMAN, « Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah ? (De l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1810) », *Revue de droit international et de droit comparé* 1998, p. 265.

contraire aux libertés essentielles dans une société démocratique comme la liberté d'expression et d'opinion, la liberté de la presse et la liberté audiovisuelle, ainsi que le principe de la libre recherche scientifique.<sup>76</sup> De plus, le fait qu'en France, seule la négation du génocide juif soit sanctionnée pénalement est souvent justifiée par la particularité du génocide juif<sup>77</sup>. On peut se demander toutefois si le droit positif se doit de « sacrifier » cette spécificité<sup>78</sup>.

La Loi Gayssot impose certes une vérité historique et une limite à la liberté d'expression et de la recherche mais cette vérité historique se base sur une vérité préalablement établie et généralement admise par la communauté scientifique. De plus, la limitation des libertés se fait au nom de la protection de l'ordre public car l'expression de propos négationnistes est considérée, en soi, comme un danger dans une démocratie.<sup>79</sup> Les juridictions nationales ont, en général, cantonné strictement l'application de ce délit<sup>80</sup> en donnant aux textes une interprétation restrictive<sup>81</sup>. De

---

<sup>76</sup> Cf. en particulier la discussion à l'Assemblée Nationale, le 2 mai 1990, *JORF, Débats*, pp. 905 et s., et les allocutions citées par S. GARIBIAN, « La loi Gayssot ou le droit désaccordé », dans C. COQUIO (dir.), *L'histoire trouée : négation et témoignage*, Nantes, L'Atalante, 2004, p. 227.

<sup>77</sup> On peut en effet considérer, comme le fait l'historien André Kaspi que « la Shoah n'est pas un événement, voire une série d'événements comme les autres. [...] Dans l'arithmétique macabre de la Seconde Guerre mondiale, elle n'est pas un *point de détail*, une horreur parmi d'autres horreurs. Elle tient une place centrale dans l'histoire du XX<sup>e</sup> siècle, car un État européen, l'Allemagne nazie, placée au premier rang des nations industrielles [...] a tenté de rayer de la carte du monde le peuple juif, jugé inférieur et dangereux » (A. KASPI, « Shoah : Histoire d'un mot », *L'Histoire*, n° 175, 1994, p. 80).

<sup>78</sup> Pour Michel Troper, c'est moins dans la spécificité du génocide que dans la spécificité du délit de négation du génocide qu'il faut chercher les motifs de la sanction pénale : « Si l'on recherche ces motifs [de la Loi Gayssot qui punit la négation de la Shoah] dans les particularités de ce crime, on s'expose à l'objection très sérieuse que ces particularités existent, mais qu'elles ne suffisent pas à justifier le monopole d'une protection contre le négationnisme. En revanche, il existe une spécificité non du génocide des juifs mais de la négation de ce génocide. Elle s'inscrit dans un mouvement antisémite et antidémocratique, qui n'a cessé avec le génocide lui-même, et elle l'alimente [...] » (M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, n° 6, 1999, p. 1255).

<sup>79</sup> Cf. les propos du garde des Sceaux Pierre Arpaillange lors de la discussion au Sénat de la loi, 11 juin 1990, *JORF, Débats*, p. 1445.

<sup>80</sup> Cf. P. WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 46, avril 2001, p. 596.

<sup>81</sup> Cf. pour un exemple récent l'arrêt de la Cour de cassation sur l'affaire de Bruno Gollnisch (Cour de Cassation, Chambre criminelle, 23 janvier 2009, n° de pourvoi 08-82521). Néanmoins, il existe aussi quelques exemples où le juge a admis une interprétation extensive du délit de contestation de la Shoah. La Cour de cassation a ainsi étendu l'action de « contestation » au-delà de la simple négation pour inclure la minimisation outrancière : « Que la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité entre dans les prévisions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 même si elle est présentée sous une forme déguisée ou dubitative ou par voie d'insinuation ; que la minoration outrancière du nombre des victimes de la politique d'extermination dans les camps de concentration caractérise le délit de contestation de

plus, la compatibilité de la Loi Gayssot avec les engagements internationaux et européens souscrits par la France en matière de droits de l'homme a été affirmée tant par les juridictions internes que par les juridictions et les instances internationales<sup>82</sup>, en particulier par la Cour Européenne des droits de l'homme qui considère que la négation ou la révision de l'Holocauste se verrait soustraite par l'article 17 de la Convention à la protection de l'article 10 relatif à la liberté d'expression<sup>83</sup>.

L'article 607-2 du Code Pénal espagnol pénalisait aussi le négationnisme. À la différence de la Loi Gayssot, la législation espagnole ne cantonnait pas cette peine à la négation de la Shoah, mais sanctionnait « la diffusion par n'importe quel moyen d'idées ou de doctrines qui nient ou qui justifient les faits qualifiés par l'alinéa précédent [de génocide et autres notions analogues], ou qui prétendent réhabiliter des régimes ou des institutions qui protègent les pratiques génératrices de ces faits ».

Mais le Tribunal constitutionnel espagnol, par une décision du 7 novembre 2007, déclara comme contraire à la liberté d'expression<sup>84</sup> l'inclusion du mot "niant" dans l'article 607-2, dépénalisant ainsi le négationnisme. Le Tribunal considère que « la liberté d'expression s'applique non seulement aux informations ou idées accueillies positivement ou jugées inoffensives ou neutres, mais aussi à celles qui contrarient, inquiètent ou choquent l'État ou n'importe quelle partie de la population »<sup>85</sup>. Mais le Tribunal veille à ce que le Code pénal contienne un système

---

crimes contre l'humanité prévu et puni par ledit article, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi » (Cour de Cassation, Chambre criminelle, 29 janvier 1998, n° de pourvoi 96-82731).

<sup>82</sup> Le Comité des droits de l'homme de l'ONU s'est prononcé, sur une demande de M. Faurisson, dans le cadre de sa condamnation pour contestation de la Shoah, sur la compatibilité de cette condamnation (prise en vertu de la Loi Gayssot) avec le Pacte International relatif aux droits civils et politiques : « le Comité note [...] que certaines restrictions au droit à la liberté d'expression sont permises par le paragraphe 3 de l'article 19, eu égard aux intérêts d'autrui ou de la communauté dans son ensemble. Étant donné que les propos tenus par l'auteur, replacés dans leur contexte intégral, étaient de nature à faire naître ou à attiser des sentiments antisémites, la restriction visait à faire respecter le droit de la communauté juive de ne pas craindre de vivre dans un climat d'antisémitisme. Le Comité conclut par conséquent que la restriction imposée à la liberté d'expression de l'auteur était permise en vertu du paragraphe 3 a) de l'article 19 du Pacte » (Comité des droits de l'homme, Communication n° 550/1993 : France, 16 décembre 1996).

<sup>83</sup> CEDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, et 7 juillet 2009, *Garaudy c. France*. Cf. sur ce point M. VERPEAUX, *La liberté d'expression*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, coll. L'Europe des droits, 2009, 197 p.

<sup>84</sup> L'article 20 -1 a) de la Constitution espagnole reconnaît et protège « le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction ».

<sup>85</sup> Tribunal Constitutionnel (Espagne), Assemblée plénière, 7 novembre 2007, arrêt n° 235/2007, *BOE* 2007, p. 1210.

de protection conforme aux exigences internationales et européennes auxquelles l'Espagne a adhéré. Ainsi, il opère une distinction entre la diffusion d'opinions ou de doctrines qui nient le génocide et celles qui le justifient. Toute négation d'un génocide ne « poursuit pas objectivement la création d'un climat social d'hostilité contre celles des personnes qui appartiennent au même groupe de celui qui [...] fut victime du délit de génocide dont l'inexistence est soutenue<sup>86</sup> », en revanche la diffusion de thèses qui justifient ce délit suppose une incitation directe au génocide qui justifie une limitation à la liberté d'expression.

À la différence de la France, en Espagne ce n'est pas l'expression en soi des propos négationnistes ou contestataires qui est considérée comme contraire aux valeurs démocratiques et aux droits de l'homme, mais le but de ses propos, qu'il s'agisse de l'incitation à la haine ou de la légitimation d'un crime contre l'humanité. L'interprétation limitative du délit vient, dans le cas Espagnol, non pas de l'application de la disposition par le juge ordinaire, comme dans le cas français, mais directement du Tribunal constitutionnel, ce qui en fait une condition à la constitutionnalité de la disposition pénale<sup>87</sup>.

Si l'Espagne semble adopter une conception plus protectrice en matière de liberté d'expression, sa législation en matière mémorielle n'est pas à l'abri de tomber dans la dérive de la manipulation de la mémoire et l'imposition d'une vérité officielle, ce qui mettrait en péril le pacte de concorde issu de la transition démocratique. Pour certains commentateurs, « la récupération de la mémoire historique implique l'utilisation du passé comme une arme politique [...]. Cela signifie aller à l'encontre du pacte constitutionnel, ce qui n'est pas une question sans importance à mes yeux. Pour nous, comme pour de nombreuses personnes de diverses idéologies, fouiller le passé est une énorme erreur, et nous considérons encore pire l'idée de construire une sorte de vérité officielle depuis les pouvoirs publics pour établir la vérité historique »<sup>88</sup>. De même, le magistrat du Tribunal Suprême Adolfo Prego reprit, pour se prononcer sur la Loi sur la mémoire historique, des arguments très connus dans le débat français : « les lois ne peuvent pas prescrire des faits historiques. L'histoire doit être étudiée par les intellectuels, elle ne se fait pas à force de lois »<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> E. ALBERTI, H. ALCARAZ, P. BON, P. CAMBOT, O. LECUCQ et J.-L. REQUEJO PAGES, « Chronique de jurisprudence. Espagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIII-2007, p. 709.

<sup>87</sup> Cf. P. CRUZ-VILLALON, « Espagne. Contribution à la Table Ronde Constitution et liberté d'expression », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIII-2007, pp. 178-179.

<sup>88</sup> Intervention du député Atencia Robledo du Parti Populaire, lors du débat sur le projet de loi sur la déclaration de l'année 2006 comme année de la mémoire historique, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, #146, 7 février 2006, p. 7343.

<sup>89</sup> « Un juez contra la memoria histórica », *El País* 7 août 2009.

Le fait que le gouvernement franquiste ait utilisé le souvenir de la Guerre Civile à la fois comme un instrument de manipulation de la mémoire et un moyen de répression, rend suspecte toute utilisation du passé aux yeux de l'opinion publique. L'équilibre entre le souvenir glorieux du franquisme que certaines personnes continuent à réclamer comme faisant partie de l'histoire de la Nation, et la volonté de revendiquer une mémoire occultée durant la dictature, relève d'un exercice d'équilibre très risqué. C'est ainsi que la loi sur la mémoire historique fait l'objet des critiques des deux camps. Les victimes du franquisme considèrent que la loi n'est pas allée suffisamment loin et qu'elle n'a pas réussi à neutraliser la manipulation de la mémoire opérée durant la période de la dictature. Les héritiers du franquisme jugent, au contraire, que la loi est allée trop loin, ainsi elle imposerait une vision de l'histoire qui ne tient compte que de la mémoire des victimes du franquisme, oubliant qu'une partie de la population ne faisait pas partie de ce groupe<sup>90</sup>. Le « trop » d'oubli imposé par le franquisme serait remplacé par un « trop » de mémoire des victimes de la guerre civile et de la dictature. On passerait d'un oubli manipulé à une mémoire manipulée. Comme l'explique Ricœur « Il ne s'agit certes plus de manipulations au sens délimité par le rapport idéologique du discours au pouvoir, mais de façon plus subtile au sens d'une direction de conscience qui se proclame elle-même porte-parole de la demande de justice des victimes »<sup>91</sup>.

Les lois mémorielles françaises permettent également au législateur de se prononcer sur des faits historiques et de les interpréter. Certaines dispositions législatives donnent ainsi une grille de lecture juridique à des événements factuels<sup>92</sup> et cette lecture peut trancher un débat qui suscite encore des divergences entre des historiens ou instaurer de véritables fictions<sup>93</sup>. Par exemple, la loi du 18 octobre 1999 se prononce sur les conflits en Algérie durant la difficile période de l'indépendance, en modifiant l'article L bis du Code des pensions militaires pour remplacer l'expression « opérations de maintien de l'ordre » par l'expression « guerre d'Algérie », même si à l'époque des faits, l'Algérie n'était pas encore un État indépendant et donc ne pouvait pas participer à une *guerre*, dans le sens donné à ce terme par le droit international<sup>94</sup>. De même l'article unique de la loi du 29 janvier 2001 en qualifiant les événements survenus en 1915 entre turcs et arméniens de « génocide » et l'article 1<sup>er</sup> de la Loi Taubira en qualifiant la traite négrière de

---

<sup>90</sup> Cf. M. HERRERO, « Historia y memoria », *El País* 24 octobre 2007.

<sup>91</sup> P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>92</sup> Cf. P. FRAISSEX, *op. cit.*, p. 484.

<sup>93</sup> La fiction en droit implique une dénégation ou une dénaturation de la réalité. Ainsi « constitue une fiction toute solution de droit contraire à la réalité » (G. WICKER, « Fiction », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 721).

<sup>94</sup> Cf. M. FRANGI, *op. cit.*, p. 258.

« crime contre l'humanité » procèdent à une interprétation juridique des faits historiques. Cette lecture juridique de l'histoire conduit certains commentateurs à dénoncer le risque d'une instrumentalisation de l'histoire<sup>95</sup> et même l'imposition d'une histoire officielle<sup>96</sup>. Mais ces différentes dispositions ne contiennent aucune sanction, aucune obligation pour les individus, ce sont des dispositions à caractère symbolique, comme nous le verrons plus bas. Plus qu'imposer une « histoire officielle », elles participent à la mise en place d'une « mémoire officielle »<sup>97</sup>, mémoire qui peut servir à stimuler la cohésion nationale en proposant une lecture de l'histoire qui permette de faire face aux passés douloureux.

Le problème est que souvent les mesures concrètes prises par le législateur en matière mémorielle, loin de proposer une lecture apaisée et unifiante des événements du passé, ne cherchent qu'à favoriser certaines mémoires communautaires. Le communautarisme est alors un risque qui hante le droit mémoriel en France comme en Espagne. Ainsi, le recours à la législation sur la mémoire « peut toutefois être considéré comme socialement et politiquement critiquable quant à ses effets sur la cohésion nationale qu'est susceptible d'engendrer la consécration de mémoires communautaires éclatées, qui à terme pourraient exacerber le sentiment identitaire de ceux qui n'ont pas eu droit à cette reconnaissance »<sup>98</sup>. Le droit mémoriel devient ainsi un symbole du « politiquement correct », assimilé à des luttes idéologiques et sectaires<sup>99</sup>.

## 2) *Les mesures symboliques comme dispositions non normatives*

En 2006, un groupe de juristes présidé par le professeur B. Mathieu lança un appel contre les lois mémorielles<sup>100</sup>. Un de leurs principaux arguments était le prétendu caractère non normatif ou insuffisamment normatif de ces lois. En effet, le débat sur les lois mémorielles coïncide en France avec une réflexion sur les dérives qualitatives de la loi. Cette pathologie fut dénoncée dans un discours devenu un leitmotiv du débat sur la normativité et la qualité de la loi : les vœux du Président Mazeaud devant le Président de la République en 2005 où il dénonçait « la loi n'est

---

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Ainsi Emmanuel Cartier qualifie certaines dispositions des lois mémorielles « d'historicidés » (E. CARTIER, *op. cit.*, pp. 528-534).

<sup>97</sup> Cf. E. KERVICHE, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », contribution présentée lors du *VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008.

<sup>98</sup> E. CARTIER, *op. cit.*, p. 525.

<sup>99</sup> Voir sur ce point A. LAIGNEL-LAVASTINE, « Les intellectuels contre la mémoire : remarques sur les ressorts d'une exaspération », dans T. FERENCZI (dir.), *Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?*, Bruxelles, Édition Complexe, 2002, pp. 33-40.

<sup>100</sup> B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 3001.

pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde [...]. La loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits ». C'est cette même année que le Conseil Constitutionnel rendit sa décision 2005-512 DC sur la *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*<sup>101</sup> où il affirme l'existence d'une exigence constitutionnelle de normativité de la loi<sup>102</sup> tirée de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Les critiques sur le caractère non normatif du droit mémoriel partent d'un amalgame entre les lois qui forment ce groupe épars baptisé sous le nom de « lois mémorielles ». Il est pourtant nécessaire de distinguer non seulement entre les lois mais à l'intérieur même de ces lois, entre des dispositions qui pourraient être considérées comme dépourvues de portée normative et des dispositions à normativité certaine, par exemple la Loi Gayssot. Dans la mesure où cette loi réprime un délit, sa signification déontique est évidente.

Aux antipodes de la Loi Gayssot, se trouve la loi sur le génocide arménien qui se contente de reconnaître publiquement le génocide de 1915. La signification déontique de cet énoncé est beaucoup plus difficile à dégager, même si certains commentateurs défendent sa normativité en considérant que cette loi « ne se borne pas à un hommage, elle incrimine implicitement les Turcs de 1915 et leur État, de plus l'emploi du qualificatif de « génocide » entraîne des effets de droit, notamment son imprescriptibilité »<sup>103</sup>.

Les lois Taubira et Mékachéra demandent un examen plus attentif car elles combinent des dispositions manifestement normatives avec des dispositions à caractère déclaratif. En effet, les articles établissant des commémorations, donnant la possibilité aux associations un *locus standi* devant les juridictions ou établissant des régimes de compensations financières ont une signification déontique évidente. Plus délicate est la qualification des articles premiers des deux lois où le législateur ne fait que « reconnaître la traite négrière » ou « exprimer sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre accomplie par la France dans les anciens

---

<sup>101</sup> CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Recueil, p. 72, *JORF* du 24 avril 2005, p. 7173.

<sup>102</sup> Cet article ne prétend pas entrer dans les détails de la discussion sur ce que signifie le caractère normatif d'une loi. Pour les besoins de l'exposé, nous allons prendre comme critère pour déterminer la normativité la signification déontique de l'énoncé d'une norme, critère qui semble se dégager de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : « *La loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (CC, 29 juillet 2004, décision n° 2004-500 DC, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Recueil, p. 116, *JORF* du 30 juillet 2004, p. 13562).

<sup>103</sup> G. VEDEL, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », dans D. MAUS, J. BOUGRAB (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2005, p. 55.

départements français d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française ». Leur signification prescriptive est difficile à déterminer, néanmoins ils semblent avoir une fonction juridique, celle d'expliquer, de mettre en perspective les dispositions qui suivent, qu'il s'agisse de la mise en place d'une commémoration ou d'un régime de compensation financière. Ils seraient une sorte d'exposé des motifs intégré dans le corps même de la loi.

Le recours à des dispositions non normatives ou à normativité faible dans le droit mémoriel se retrouve aussi en Espagne. Comme l'explique García Amado, « dans la pratique législative actuelle, il est très commun de rencontrer la proclamation solennelle de droits au contenu très diffus et dépourvus de toute virtualité pratique. Cette pratique législative fait partie de l'utilisation politique de la législation à des fins de propagande, ce qui a été baptisé par la sociologie du Droit comme une législation symbolique »<sup>104</sup>.

Ainsi, de nombreuses dispositions de la Loi 52/2007 sont dépourvues de conséquences juridiques. Les dispositions de l'article 2 qui déclarent « le caractère radicalement injuste de toutes les condamnations, les sanctions et n'importe quelle forme de violence personnelle motivées pour des raisons politiques, idéologiques ou religieuses, durant la Guerre Civile et la Dictature » et « l'injustice que suppose l'exil de nombreux espagnols durant la Guerre Civile et la Dictature » sont un exemple flagrant de cette absence de sens juridique. Ces dispositions qualifient d'injuste une série d'actes commis par le régime franquiste, mais cette qualification est d'ordre de la morale et n'implique aucune conséquence juridique.

Un problème plus délicat est posé par les dispositions de l'article 3 qui déclarent *l'illégitimité* de certains tribunaux franquistes comme le Tribunal pour la répression de la franc-maçonnerie et du communisme et des condamnations qui ont été « dictées par des motifs de politique, d'idéologie ou de croyance [...] contre ceux qui défendaient la légalité institutionnelle antérieure, s'efforçaient de rétablir un régime démocratique en Espagne ou essayaient de vivre selon les droits et les libertés aujourd'hui reconnus par la Constitution ». Cette illégitimité est constatée au motif que ces tribunaux « étaient contraires au Droit » et que leurs arrêts contenaient « des vices de forme et de fond ». On constate donc un glissement de la notion de légalité à la notion de légitimité, c'est-à-dire du vocabulaire propre au droit à celui des sciences politiques ou de la sociologie.

---

<sup>104</sup> J. A. GARCÍA AMADO, « Usos de la historia y legitimidad constitucional », dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica, op. cit.*, p. 69.

En effet, la notion de *légitimité* est synonyme de la somme de confiance ou de crédit que les citoyens ou gouvernés accordent à leurs dirigeants<sup>105</sup>, elle s'apprécie en fonction du mode de transmission régulière du pouvoir. L'exposé de motifs de la loi considère que cette déclaration d'illégitimité « souligne, de façon manifeste, l'absence actuelle de vigueur des dispositions et résolutions contraires aux droits de l'homme ». Tout en les qualifiant d'illégitimes, la loi ne procède pourtant pas à une annulation de ces résolutions. La seule conséquence de cette déclaration d'illégitimité est la possibilité ouverte, par l'article 4, pour les victimes ou leurs héritiers de recevoir une « déclaration de réparation et reconnaissance personnelle », déclaration qui, d'après l'alinéa 5 de ce même article « ne constitue pas un titre pour la reconnaissance de la responsabilité patrimoniale de l'État ou de l'Administration publique ». Il s'agit, en fin de compte, d'une déclaration symbolique qui ne fait qu'exprimer un jugement de valeur (injustice ou illégitimité) sans conséquences juridiques<sup>106</sup> et qui n'implique pas l'annulation des résolutions illégitimes. Ce point sera une des principales critiques adressées à la loi par les différentes associations pour la récupération de la mémoire historique et par certains partis politiques<sup>107</sup>.

Le problème, par rapport à la loi sur la mémoire historique, réside aussi dans l'abondance des dispositions qui se limitent « à suggérer ou solliciter d'autres dispositions, des agissements publics, sans établir une conséquence juridique expresse en cas de manquement »<sup>108</sup>. C'est le cas des dispositions relatives aux activités de recherche, localisation et identification des fosses communes qui ne font qu'inviter l'administration à « collaborer avec les particuliers pour la localisation et l'identification des victimes » et de « faciliter » ce processus (article 11), sans réellement déterminer le rôle de l'État. La seule mesure précise prévue à la charge de l'État est l'élaboration d'un protocole scientifique et pluridisciplinaire pour réguler les exhumations (articles 12 et 13)<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> D. TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie*, Paris, éd. Litec, 1998, p. 104.

<sup>106</sup> Cf. L. PAREJO ALFONSO, « Administración pública y memoria histórica », dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>107</sup> Plusieurs projets de loi ont été déposés pour compléter la Loi 52/2007 en incluant une déclaration expresse de la nullité et de l'illégalité des résolutions prises par les tribunaux franquistes, par exemple le *Projet de loi pour la reconnaissance de toutes les victimes de la dictature et de récupération de la mémoire historique*, dossier n° 122/000042, présenté le 8 avril 2008 par une coalition de partis de gauche.

<sup>108</sup> A. GREPPI, *op. cit.*, p. 121.

<sup>109</sup> Le travail de localisation, d'identification et d'exhumation reste donc une activité privée, à la charge des intéressés, mais soumise à des autorisations judiciaires et administratives. Cela a été fortement critiqué par les différentes associations des victimes et de récupération de la mémoire historique, et même par le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU lors du rapport présenté lors de la 94<sup>ème</sup> réunion du Comité de vigilance du Pacte International de Droits civils et politiques (Genève, 13-31 octobre 2008). Un groupe de parlementaires a ainsi présenté une proposition de modification de la Loi 52/2007 pour modifier les

La disposition abrogatoire contenue dans la Loi 52/2007 est considérée par certains commentateurs comme une disposition inutile, sans conséquences juridiques. Cette disposition déclare l'abrogation expresse d'une série de lois et décrets pris par le régime franquiste. Or, la Constitution de 1978 avait déjà explicitement abrogé toute disposition contraire à la Constitution<sup>110</sup>. De plus, le Tribunal Constitutionnel avait établi dans deux décisions (n° 77/1982 et n° 80/1983) que l'abrogation des dispositions du régime antérieur contraires à la Constitution était automatique et immédiate, et qu'elle ne nécessitait pas une déclaration expresse pour chaque disposition. Ainsi les lois « abrogées » par la Loi 52/2007 n'étaient plus en vigueur depuis la propre entrée en vigueur de la Constitution de 1978<sup>111</sup>.

Que ce soit par la voie de la mise en place d'un droit individuel à la mémoire ou par celle d'une politique étatique qui vise à accomplir un certain devoir de mémoire, nous sommes face à un phénomène général de « juridicisation » du passé, à une construction de la mémoire historique par le biais de la loi. Cette utilisation du droit et plus précisément de la loi, provoque toutefois des dérives que l'on retrouve des deux côtés des Pyrénées et qui nous mènent à nous interroger sur le rôle, en général, du législateur face aux questions mémorielles.

Les pouvoirs publics, et en particulier le pouvoir législatif, ont une prétention légitime à vouloir se prononcer sur les questions mémorielles, pour participer ainsi à la quête de la juste mémoire, car cette mémoire participe à la formation d'un socle commun, d'une identité nationale. Le problème est de savoir si la loi est l'instrument adéquat pour permettre d'atteindre le délicat équilibre des enjeux mémoriels, enjeux qui se trouvent à la limite du droit et de la morale. Nous venons de voir que le recours à la forme législative pour aborder les questions mémorielles peut dériver en une prolifération de dispositions symboliques non prescriptives à l'intérieur de textes formellement législatifs. Ce phénomène contribuerait à la crise de la loi<sup>112</sup>. En effet, comme le relève le Conseil d'État français, « le premier élément de la dégradation de la norme réside dans le développement des textes d'affichage, un droit mou, un droit

---

articles 11 à 13 et mettre à la charge de l'État toutes les activités d'indentification et de localisation des fosses communes (proposition n° 622/00007). Certaines communautés autonomes, comme la Catalogne, ont pris le devant en approuvant en juin dernier une *Loi sur la localisation et l'identification des personnes disparues durant la Guerre Civile et la dictature franquiste et de dignification des fosses communes* (Loi 10/2009 du 30 juin 2009, *BOPC* 464/08).

<sup>110</sup> Alinéa 3 de la Disposition abrogatoire : « De même, sont abrogées toutes dispositions contraires à ce qui est établi par la présente Constitution ».

<sup>111</sup> Cf. J. A. GARCÍA AMADO, « Usos de la historia y legitimidad constitucional », dans J. A. MARTÍN PALLIN, R. ESCUDERO ALDAY (dir.), *Derecho y memoria histórica, op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>112</sup> Cf. B. MATHIEU, *La loi*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2004, 142 p.

à l'état gazeux »<sup>113</sup>. C'est ainsi que la Mission d'Information sur les questions mémorielles, dans son rapport d'information, estime dans sa proposition n° 2 « que le vote des résolutions prévues par l'article 34-1 nouveau de la Constitution devrait donner au Parlement un meilleur outil d'expression sur l'histoire lorsqu'il souhaite reconnaître des événements significatifs pour l'affirmation des valeurs de la citoyenneté républicaine »<sup>114</sup>. Mais cette solution-miracle préconisée par le Rapport Accoyer pourrait s'avérer inefficace. En effet, le système juridique espagnol a intégré depuis longtemps les résolutions comme forme d'expression de la volonté parlementaire sous la figure des « propositions non de loi ». Malgré l'existence de ces propositions, la législation mémorielle espagnole n'échappe pas à la multiplication de dispositions symboliques au contenu non normatif.

La loi conserve une portée symbolique très forte. Expression de la volonté générale, elle occupe une place privilégiée dans l'imaginaire populaire comme instrument de la force du droit. C'est pour cela que, malgré son inadaptation technique pour régler les questions mémorielles qui se trouvent à cheval entre le droit et la morale, et qui ne se prêtent pas facilement à une traduction déontique, la loi continue à être l'instrument privilégié pour la quête de la juste mémoire. Reste à savoir si les parlementaires espagnols et français pourront relever le défi de trouver une mémoire apaisée, un équilibre entre la remémoration obsessionnelle des passés douloureux et les effets négatifs de la négation des mémoires.

---

<sup>113</sup> Conseil d'État, *De la sécurité juridique : Rapport public 1991*, La Documentation française, 1991.

<sup>114</sup> Assemblée Nationale, *Rapport de la mission d'information sur les questions mémorielles*, *op. cit.*, p. 181.

**RÉSUMÉ :**

*La mémoire historique est devenue, depuis le début de la décennie, une préoccupation centrale dans le discours public. Ce phénomène est particulièrement visible en France et en Espagne où le débat sur les événements dont l'histoire nationale conserve le souvenir a trouvé une traduction juridique : les lois dites mémorielles d'un côté et la « Loi sur la mémoire historique » de l'autre. Cet article essaie d'étudier comment le droit a abordé la notion polyvalente et polysémique de mémoire historique dans les deux pays. En Espagne, les problématiques liées au souvenir de la Guerre Civile et du franquisme seront surtout abordées sous l'angle d'un droit subjectif à la mémoire des victimes et de ses héritiers ; tandis qu'en France, les lois mémorielles introduisent plutôt un devoir de mémoire qui se trouve à la limite entre le droit et la morale. Mais, si la façon dont le droit appréhende cette notion peut différer entre la France et l'Espagne, les critiques sur l'utilisation juridique de la mémoire historique sont communes aux deux pays. Sur le fond, on constate ainsi un risque de passage d'une mémoire obligée à une mémoire manipulée (pour reprendre l'expression de P. Ricoeur), à une mémoire liberticide. Sur la forme, on observe une remise en question de la normativité juridique et de la qualité des lois par un recours trop fréquent aux lois d'affichage et aux dispositions symboliques. Face à la mémoire historique, le droit a donc une tâche très difficile : se poser en arbitre entre le trop de mémoire et le trop d'oubli, pour essayer de trouver une régulation de la juste mémoire, sans pour autant s'immiscer dans les domaines de la morale et de la recherche historique.*

**SUMMARY:**

*Since the beginning of the present decade, the idea of "historical memory" has become a recurrent theme of public debate, which is particularly noticeable in France and Spain. There, the debate concerning the events preserved within national history has found legal expression through the so-called memorial laws in France, and the "Law on Historical Memory" in Spain. This article sets out to examine how the law has treated the polyvalent and polysemic notion of "historical memory" in these countries. In Spain, the issues related to the remembrance of the Civil War and Franco's dictatorship are approached from the perspective of a subjective right to the recognition of the memories of victims and their families. In France, by contrast, the memorial acts introduce a duty of remembrance that lies somewhere at the intersection of law and morality. However, even if the law treats this notion in different ways in France and Spain, the critics on the legal use of historical memory are common to both countries. Concerning the substance, we point out the risk of moving from an imposed memory to a manipulated memory (to borrow P. Ricoeur's expression), a liberticidal memory. Concerning the form, the legal normativity and the quality of the acts can be jeopardized by a too frequently resorting to announcement effects and symbolic dispositions. When it comes to historical memory, the law has a very difficult mission: being an arbitrator between a surfeit of memory and a surfeit of forgetfulness, in order to balance the right memory, without interfering with moral and historical research.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- ABAD LICERAS J. M., *Ley de memoria histórica. La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, 274 p.
- AGUILAR FERNÁNDEZ P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, 583 p.
- BLANCHARD O. et VEYRAT-MASSON I. (dir.), *Les Guerres de mémoires*, Paris, La Découverte, 2008, 335 p.
- CARTIER E., « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, n° 67, Juillet 2006, pp. 509-534
- DOSSE F., « L'histoire à l'épreuve de la guerre des mémoires », *Cités*, n° 33, 2008, pp. 31-32
- FERENCZI T. (dir.), *Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?*, Bruxelles, Édition Complexe, 2002, 281 p.
- FRAISSEX P., « Le droit mémoriel », *RFDC*, n° 67, Juillet 2006, pp. 483-508
- FRANGI M., « Les 'lois mémorielles' : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *RDP*, n° 1, 2005, pp. 241-266
- GOMEZ ISA F. (dir.), *El Derecho a la memoria*, Bilbao, Giza Eskubideak, coll. Derechos Humanos, 2006, 623 p.
- HALBWACHS M., *La mémoire collective*, Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'Évolution de l'Humanité, nouvelle édition critique établie par Namer G., 1997, 295 p.
- KATTAN E., *Penser le devoir de mémoire*, Paris, PUF, coll. Questions d'éthique, 153 p.
- LE GOFF J., *Histoire et mémoire*, Paris, Gallimard, coll. Folio histoire, 1988, 410 p.
- LÉONARD Y. (dir.), *La mémoire, entre histoire et politique*, Paris, La Documentation française, Cahiers français, n° 303, 2001, 99 p.
- MARTÍN PALLIN J. A. y ESCUDERO ALDAY R. (dir.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, 250 p.
- MATHIEU B., « Les 'lois mémorielles' ou la violation de la Constitution par consensus », *Recueil Dalloz* 2006, p. 3001
- RICOEUR P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Éditions du Seuil, coll. Points, 2000, 690 p.

- VERPEAUX M., *La liberté d'expression*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, coll. L'Europe des droits, 2009, 197 p.
- VIVANT C., *L'historien saisi par le droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 525 p.
- WACHSMANN P., « Liberté d'expression et négationnisme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 46, avril 2001, pp. 585-599