

*La Constitution et la mémoire historique : progrès ou régression du constitutionnalisme?**

Stéphane Pierré-Caps

SOMMAIRE: 1 Introduction : constitution, nation, histoire. – 2. La constitution comme roman national. – 3. La constitution comme vérité historique. – 4. Le constitutionnalisme mémoriel : malaise dans la constitution – 5. Conclusion.

1. *Introduction : constitution, nation, histoire*

Il importe, au préalable et même s'il s'agit là d'un lieu commun, de rappeler la raison d'être de la notion de constitution, telle qu'elle apparaît à la fin du XVIII^{ème} siècle : elle est une règle juridique relative au statut du pouvoir politique ; plus précisément, elle traduit un phénomène politique et juridique en vue de la limitation du pouvoir, dont la problématique a été suggérée par la philosophie politique au long des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles.

Par la suite, au cours du XX^e siècle, les développements de la justice constitutionnelle feront aussi de la constitution et du droit constitutionnel l'instrument de la protection juridique du citoyen contre le pouvoir politique : à la constitution politique s'ajoutera désormais ce que le Doyen Maurice Hauriou appelait la « constitution sociale »¹.

Mais la constitution n'a pas seulement pour objet de fixer le cadre juridique de l'action du pouvoir politique et de décliner les droits et libertés des citoyens. Elle est aussi « une autodescription du collectif qui se l'est donné, dimension souvent appelée symbolique en ce qu'elle permet à un collectif de se représenter »². Ce « collectif » est habituellement désigné par le concept de nation. De fait, comme le constate encore Danny Trom, « Une constitution ne repose donc jamais strictement sur un fondement

* Cet article fait partie des Actes de la neuvième conférence annuelle de la Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", qui s'est tenue au campus Einaudi de l'Université de Turin et au Polo del '900 les 2 et 3 novembre 2023.

¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, p. 611 ss.

² D. Trom, *L'État de l'exil. Israël, les juifs, l'Europe*, Paris, 2023, p. 72.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progress ou régression du constitutionnalisme?*

du patriotisme au sens de Jürgen Habermas : elle désigne le collectif dans son état historique »³.

Cependant, ce phénomène n'apparaîtra que progressivement au cours du XX^e siècle, dans la mesure où « Jusqu'à la Seconde guerre mondiale, les définitions constitutionnelles de la société politique sont rares car l'identité nationale semble évidente et s'exprime dans un nom propre reçu de l'histoire et non choisi. À partir de 1945 et du fait de la décolonisation, nombreux sont les pays qui accèdent à l'existence politique autonome et qui éprouvent le besoin de se définir négativement et positivement »⁴. Ainsi, les constitutions des États décolonisés de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, voire celles inspirées par le constitutionnalisme soviétique, témoignent de la pénétration de la nation dans le champ de la rationalité historique.

À partir de là, l'on peut constater que les constitutions modernes contiennent une définition juridique de la nation comme expression de l'unité de la base sociale de l'État, même si une telle définition possède, à l'évidence, un caractère idéologique marqué. En ce sens, le recours au concept juridique de nation exprime le vouloir-vivre ensemble des membres d'une société politique, car l'État ne saurait exister sans l'institution d'une assise humaine.

Or, moins la nation existe en fait, ce qui est le cas de nombre d'États d'apparition récente, plus il faut la proclamer en droit. À cet égard, ce recours au droit répond à un objectif bien précis : « Le droit, particulièrement lorsqu'il résulte d'un travail collectif approfondi du groupe lui-même pour se dire dans un langage rigoureux et culturellement signifiant, est un excellent révélateur de la réalité profonde qu'il organise et normativise »⁵.

Ce phénomène s'est suffisamment généralisé pour attester l'apparition d'un « droit constitutionnel démotique », c'est-à-dire un droit constitutionnel substantiel tendant à supplanter la neutralité formelle du constitutionnalisme libéral, dans la mesure, en effet, où nombre de constitutions ont recours à des facteurs objectifs, comme la langue ou la religion, aux fins de la construction du concept juridique de nation, voire de peuple. Ce qui ne va pas sans susciter « un certain malaise », dans la mesure où ce droit constitutionnel démotique « érige des données historiques, sociologiques, idéologiques en standards juridiques controversés et toujours discutables »⁶. Ainsi, au vouloir vivre ensemble qui, dans sa dimension subjective, sous-tendait la construction constitutionnelle de la base sociale de l'État, semble désormais succéder l'appréhension constitutionnelle d'une solidarité objective d'ordre culturel, c'est-à-dire pré-définie.

³ D. Trom, *L'État de l'exil*, cit., p. 73, note 1.

⁴ F. Borella, *Critique du savoir politique*, Paris, 1990, p. 175.

⁵ F. Borella, *Critique du savoir politique*, cit., p. 192.

⁶ F. Borella, *La situation actuelle du droit constitutionnel*, Revue française de droit constitutionnel, 2012, p. 8.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

Il s'ensuit un glissement de sens de la relation du concept de nation au constitutionnalisme : à la nation politique succède la nation culturelle ; à la communauté politique la communauté de culture. La nation n'est plus seulement un corps politique unifié et homogène de citoyens désincarnés, identiques et égaux, elle est devenue aussi un marqueur d'identité, un corps social, c'est-à-dire l'ensemble des hommes situés dans la singularité de leurs appartenances concrètes.

Ce concept juridique, constitutionnel, de nation, est désormais situé dans une perspective diachronique, dont l'histoire devient alors un élément fondamental. C'est la raison pour laquelle le droit constitutionnel et l'histoire entretiennent d'étroites relations :

- au titre de la garantie du caractère scientifique de la libre recherche historique, élément de la liberté d'expression, même s'il convient de se garder de l'illusion d'un caractère anhistorique du constitutionnalisme libéral ;
- car, si la nation n'existe pas sur le plan sociologique, il faut alors la « constituer », en la situant dans un continuum historique.

L'État, en effet, repose sur une présomption d'existence de la nation, soit comme un donné, dans les États les plus anciens, soit comme un construit, dans les États les plus récents, quitte, dans ce dernier cas, à faire appel au mythe.

Le constitutionnalisme contemporain donne ainsi à voir une fonction mémorielle de la constitution, dont les auteurs entendent imposer leur propre interprétation de l'histoire. Encore faut-il préciser quels sont les auteurs de la constitution. Deux réponses et deux seulement, sont alors possibles : le peuple ou le pouvoir politique.

Dans le premier cas, il s'agit de savoir ce que le peuple dit de lui-même au moment où il s'institue en État : «C'est d'abord en réponse à la question de son identité, «et toi, que dis-tu de toi-même?» que la société se définit et se donne à voir comme singulière et immuable»⁷. Dans ces conditions, le pouvoir constituant originaire fabrique alors un roman national en faisant appel à la mémoire historique ;

- dans le second cas, ce sont les pouvoirs publics qui disent ce qu'est le peuple en imposant leur vision propre de la mémoire historique : le pouvoir constituant dérivé impose alors sa vérité historique.

Mais cela ne va pas sans conséquence sur la notion même de constitution et le devenir du constitutionnalisme.

2. *La constitution comme roman national*

L'auteur de la constitution entend ici démontrer que la nation existait de longue date, bien avant l'apparition de l'État et de la constitution. Que cela soit vrai ou faux

⁷ F. Borella, *Critique du savoir politique*, cit., p. 174.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

n'a aucune importance : l'État ne saurait exister sans une assise humaine pour l'instituer, sans une réalité sociologique préexistante, autrement dit sans une présomption d'existence de la nation. Il n'existe pas d'État désincarné, pure abstraction. Si cette réalité humaine est absente, il faudra alors la « constituer », puisqu'il s'agit de susciter chez les membres du groupe social un sentiment de commune appartenance. D'où le recours à l'histoire comme révélateur d'une identité nationale, tel que le Professeur Burdeau l'avait bien mis en évidence : « tout se passe comme si la nation était un facteur de formation de l'État à ce point indispensable que l'effort des dirigeants pour implanter les structures étatiques modernes devait s'accompagner de la restauration d'une nation oubliée »⁸. Les constitutions modernes tendent ainsi à situer la nation dans cette perspective diachronique, avec plus ou moins de prolixité selon la nécessité de construire un vécu national qui puisse s'enraciner dans l'évocation du passé.

C'est précisément ce qu'exprimait le recours aux « Chartes nationales », par des États comme l'Algérie, l'Égypte et Madagascar, dans les années soixante et soixante-dix du XX^{ème} siècle. Véritables miroirs de sociétés politiques nationales en formation, les Chartes nationales correspondaient tout d'abord à un constat de carence du constitutionnalisme classique de type européen, en ce que celui-ci se réduisait essentiellement à l'établissement d'institutions du pouvoir politique et à la répartition des compétences entre elles, c'est-à-dire en privilégiant une conception formelle du droit constitutionnel. En mettant l'accent sur la « primauté de l'idéologique et du politique sur l'institutionnel »⁹, les Chartes nationales avaient pour fonction de contenir et développer un projet politique en vue de susciter l'adhésion du groupe social dans lequel il pourrait se reconnaître en contribuant activement à sa réalisation. Les sociétés décolonisées étaient des sociétés neuves, forgées dans les luttes pour l'indépendance nationale. De fait, les Chartes nationales avaient pour objet de transformer la solidarité née du combat commun pour la libération nationale en un devenir commun. C'est, en fin de compte, la question de l'identité du groupe social que la Charte nationale devait résoudre en lui fournissant le lieu et le moyen de son accomplissement. Il s'agissait de combler le vide provoqué par la réalisation de l'indépendance en donnant un sens à cette dernière et en faisant du recours au procédé de la Charte nationale l'armature idéologique de la constitution concernée. À cette fin, l'histoire occupait une place de choix, la Charte algérienne de 1976 allant jusqu'à faire de la nation algérienne une « entité historique » multiséculaire dans un récit chronologique de l'histoire de la nation depuis Massinissa, « fondateur du premier État numide » jusqu'à la lutte de libération nationale, chaque période apportant sa contribution au processus d'édification de la nation.

Plus généralement, l'histoire est donc bien utilisée en vue d'un récit national. Mais il s'agit d'une histoire mythifiée, susceptible de rattacher la nation étatique à un

⁸ G. Burdeau, *Traité de Science politique*, Paris, 1980, t. 2, p. 121-122.

⁹ T. Bensalah, *La République algérienne*, Paris, 1979, p. 139.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

très lointain passé. L'histoire ainsi revendiquée est la plupart du temps fort peu scientifique, dans la mesure où elle s'efforce de peser sur les représentations des membres du groupe national pour mieux les convaincre de la conscience d'un devenir, d'un destin commun. Bien sûr, les textes constitutionnels concernés se situent dans l'ordre du discours, mais d'un discours performatif qui transforme l'histoire en mythe, le mythe de la fondation lointaine d'une nation à nulle autre semblable. Cette démarche est typique des constitutions des États décolonisés, voire issues du démembrement des empires multinationaux. S'il y a bien altération du caractère scientifique du récit délivré par les historiens, celle-ci ne remet pas, du moins pas encore, en question l'intégrité du discours historique.

Il s'agit là d'une fonction idéologique par excellence de la Constitution : en inscrivant la nation dans la profondeur d'une histoire recomposée, les rédacteurs des textes constitutionnels poursuivent l'objectif d'imprimer dans la conscience sociale le sentiment de vivre et partager un devenir commun, ne serait-ce qu'au niveau symbolique : « Plus largement encore, on peut dire que ces États neufs revendiquent un droit à l'histoire, une histoire dont la nation serait un irremplaçable acteur »¹⁰.

Mais ils poursuivent aussi un autre objectif, celui de donner aux détenteurs du pouvoir politique la légitimité que confère la qualité de représentants de la nation historique. Il s'ensuit une rupture quant à l'utilisation de l'histoire par la constitution.

3. *La constitution comme vérité historique*

L'on constate ainsi que le discours juridique instrumentalise le passé et la mémoire pour façonner son propre récit historique et exprimer, par là même, une vérité officielle : il ne s'agit plus de composer une histoire nationale, mais de dicter et d'imposer une histoire fabriquée par le pouvoir politique.

C'est ce dont témoignent les lois mémorielles qui, en tant que telles, peuvent être définies comme un récit de substitution aux anciennes idéologies. Le constituant se fait alors lui-même historien : il entend promouvoir une histoire officielle, décidée par le pouvoir politique, à vocation identitaire.

À cet égard, la Constitution de la Fédération de Russie en figure l'exemple le plus éclairant.

La Constitution a été substantiellement modifiée à l'issue d'un référendum controversé qui s'est déroulé du 25 juin au 1^{er} juillet 2020. S'il a surtout été retenu la perpétuation au pouvoir de Vladimir Poutine, la Constitution s'est vu aussi adjoindre un nouvel art. 67.1, relatif à la politique mémorielle et au rapport à l'histoire, qu'il convient de citer dans son intégralité :

« 1. La Fédération russe est le successeur légal de l'Union des républiques socialistes soviétiques sur son territoire, ainsi que le successeur légal de l'Urss en ce qui

¹⁰ G. Burdeau, *Traité de Science politique*, cit., p. 122, note 89.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progress ou régression du constitutionnalisme?*

concerne l'appartenance à des organisations internationales, à leurs organes, la participation aux traités internationaux, ainsi qu'en ce qui concerne les obligations et les avoirs de l'Urss prévus par les traités internationaux en dehors du territoire de la Fédération russe.

2. La Fédération russe, unie par une histoire millénaire, préservant la mémoire des ancêtres, qui nous ont transmis leurs idéaux et la foi en Dieu, ainsi que la continuité dans le développement de l'État russe, reconnaît l'unité étatique historiquement établie.

3. La Fédération russe honore la mémoire des défenseurs de la Patrie, assure la défense de la vérité historique. La négation de l'importance de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie n'est pas admise.

4. Les enfants sont la priorité la plus importante de la politique de l'État russe. L'État crée les conditions propices au développement complet, spirituel, moral, intellectuel et physique des enfants, favorisant le patriotisme, la citoyenneté et le respect des aînés en eux. L'État, assurant la priorité de l'éducation familiale, assume la responsabilité des enfants laissés sans soins ».

En ce sens, la politique mémorielle de l'État russe se déduit aisément du par. 3 de l'art. 67.1, qui précise que celui-ci « assure la défense de la vérité historique ». Mais que faut-il entendre par « la vérité historique » sur le plan normatif, sinon une opération d'emprise de la réalité par le pouvoir politique et destinée à façonner le groupe social sur lequel il exerce son autorité ? Et non pas, comme cela est de règle dans le constitutionnalisme libéral, la garantie, par les pouvoirs publics, de la libre recherche historique. Au reste, la sacralisation, au même par., de la mémoire des « défenseurs de la patrie » et la prohibition de « la négation de l'importance de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie » suffiraient à dissiper toute équivoque à ce sujet.

Ainsi la « défense de la vérité historique » permet-elle à l'État de dérouler un récit officiel du passé russe. En instrumentalisant, par là même, la mémoire et l'histoire, le pouvoir politique s'est donné les moyens de mettre en place un récit officiel qui tend à se substituer à l'histoire révélée par le travail des historiens et, par voie de conséquence, à punir les historiens eux-mêmes qui viendraient contredire le récit officiel. On en voudra pour preuve la dissolution de l'Ong Memorial, dont la raison d'être était de perpétuer la mémoire historique des victimes du stalinisme, par la Cour suprême de Russie le 28 décembre 2021¹¹.

Cette manipulation du temps et de l'histoire est une démarche caractéristique des régimes autoritaires, voire illibéraux. Elle s'accompagne d'une pénalisation des

¹¹ Créée en 1989, Memorial est la plus ancienne ONG russe de défense des droits de l'homme. Elle a accompli un travail considérable dans l'exhumation, la préservation et la pérennisation de la mémoire des victimes du stalinisme en mettant à la disposition des familles concernées d'immenses ressources documentaires. V. I. Mandraud – B. Vitkine, *En Russie, la dissolution de l'ONG Memorial marque l'ampleur du recul démocratique de l'ère Poutine*, *Le Monde*, 29 décembre 2021 et la tribune de l'historien N. Werth, *La dissolution de Memorial marque une étape décisive dans la politique de contrôle de la société russe*, *Le Monde*, 2 janvier 2022.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

historiens de profession, dont le travail ne peut que démentir cette vérité historique dictée par le pouvoir politique : « (...) le passé devient une ressource temporelle exploitable à la convenance du maître (...). La réécriture de l'histoire, la continuelle remise en cause du passé, les condamnations et les réhabilitations permettent au pouvoir d'inventer des continuités, ou de masquer des ruptures »¹².

4. Le constitutionnalisme mémoriel : malaise dans la constitution

Le constitutionnalisme libéral peut-être défini comme un « droit processuel (...) un droit des formes et non du fond »¹³, même si la constitution demeure marquée par le contexte de son origine. Or, en incorporant un récit historique officiel, la constitution participe d'un « droit substantiel » qui tend à inverser la signification même du projet constitutionnel : il ne s'agit plus de faire de celui-ci une règle objective dont la suprématie garantit la libre expression des préférences, mais un instrument idéologique au service du détenteur du pouvoir. Seule demeure alors la suprématie constitutionnelle, bien qu'elle soit elle-même détournée de sa vocation initiale de garantie du libre jeu des acteurs, comme en témoignent la fréquence et l'absence de limite matérielle au pouvoir de révision des Constitutions concernées, comme on peut le constater à l'exemple de la Hongrie. Plus largement, ce constitutionnalisme mémoriel est la caractéristique même du nationalisme illibéral observable aujourd'hui, en ce qu'il tend à faire de la Constitution le creuset de l'identité du peuple, mais d'une identité prédéterminée, dont le pouvoir politique illibéral a préalablement défini les contours afin de mieux s'identifier avec lui.

On en voudra pour preuve les conditions d'adoption et de révision quasi permanente de la Constitution hongroise de 2012, elle-même empreinte d'historicisme : plus précisément, le préambule de la Constitution, intitulé « Profession de foi nationale », établit une filiation quasi mystique avec la « Constitution historique » et la « Sainte-Couronne », c'est-à-dire la Couronne de Saint-Étienne, « qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité de la nation ». Et de reconnaître en conséquence le rôle du « christianisme » dans la préservation de l'unité de la nation hongroise.

La constitution illibérale a ainsi vocation à devenir le réceptacle du programme politique et de l'idéologie du pouvoir en place, *a fortiori* de sa vision historique, mais elle se caractérise aussi par sa précarité normative. La constitution se retrouve ainsi démunie, sans défense et sans protection face à la captation du pouvoir de révision par une majorité politique. En incorporant une mémoire et une histoire fabriquées et imposées par le pouvoir politique, la Constitution mémorielle participe davantage de ce que les Allemands appellent un « constitutionnalisme apparent »

¹² F. Borella, *Critique du savoir politique*, cit., p. 181.

¹³ F. Borella, *La situation actuelle du droit constitutionnel*, cit., p. 8.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

(*Scheinkonstitutionnalismus*). Pour la doctrine juridique de langue anglaise, il s'agit là de « constitutions sans constitutionnalisme » : la constitution n'est alors qu'un mensonge, une manipulation du pouvoir politique du moment, à l'exemple de ce qu'est en train de devenir la Constitution hongroise et de ce qu'est devenue la Constitution de la Fédération de Russie, pour ne considérer que ces seuls exemples. Bien sûr, « la Constitution ne peut pas se défendre toute seule »¹⁴ et elle paraît ainsi bien fragile face aux entreprises mémorielles du pouvoir politique.

Il demeure toutefois possible d'inscrire un projet mémoriel dans le cadre constitutionnel sans dénaturer le caractère libéral du constitutionnalisme : on en voudra pour preuve l'exemple espagnol. En effet, la Loi n° 20/2022 du 19 octobre, dite de « Mémoire démocratique », a entendu substituer cet intitulé à celui de « Mémoire historique » employé par la Loi n° 52/2007 du 26 décembre. Cette substitution d'intitulé n'est pas anodine et répond à un objectif bien précis, à en juger par la définition de la notion de mémoire démocratique délivrée par l'art. 1.1 de la Loi n° 20/2022 : «*la LMD toma la Constitución – particulamente, las fechas del itinerario constitucional que signió el proceso constituyente español – como referencia nuclear en el diseño de las políticas de memoria y les ortogar una innegable trascendencia jurídico constitucional atribuyéndole a la Constitución de 1978 el carácter de “lugar de memoria en España”*»¹⁵. Par conséquent, la différence avec la Loi de Mémoire historique ne se réduit pas à une question de terminologie ; elle tient au fait que cette dernière était circonscrite à la Guerre civile et à la dictature franquiste. C'est aussi la raison pour laquelle la Loi de Mémoire démocratique récuse la notion circonstanciée de Guerre civile à laquelle se tenait la Loi de Mémoire historique, comme l'indique son préambule. De fait, la Loi de Mémoire démocratique, contrairement à sa devancière, se veut l'expression même de la neutralité du constitutionnalisme libéral espagnol, c'est-à-dire de son caractère non substantiel.

5. Conclusion

Mais il s'agit là d'une exception à des situations qui, au fond, ne font que traduire une disjonction de la Constitution et de la démocratie. En effet, la qualification officielle du fait historique et son inscription dans le droit constitutionnel, réduit à néant la liberté d'expression et fait de l'historien un délinquant potentiel dès lors que son activité de recherche le conduit inévitablement à révéler le caractère mensonger de la soi-disant « vérité historique ».

¹⁴ Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, Paris, 2018, p. 370.

¹⁵ A. Rallo Lombarte, *Memoria democrática y Constitución, Teoría y Realidad constitucional*, 2023, p. 118.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

Abstract: Liberal constitutionalism, traditionally defined as the status of political power, also contains a self-representation of society, expressed by the concept of nation. For a long time, the concept of nation was unthinkable in constitutional law, because the nation was self-evident or posed too many questions for it to be possible to give a legal definition. This is no longer the case today: modern constitutions establish the nation as a legal reality distinct from the State; because the less the nation exists in fact, the more it must be proclaimed in law. In this qualification of the concept of nation, history plays a fundamental role, whether to substantiate the precedence, even mythical, of the nation in relation to the State, by making the constitution the expression of a national novel; or to issue a historical truth forged by political power. This “demotic constitutional law” tends to make constitutional law a substantial right, which is not without unease, since the memorial function of the constitution is instrumentalized by illiberal political power, like Russia, even Hungary. The constitution is then nothing more than a lie and the professional historian a potential criminal.

Keywords : Constitution – Nation – History – Demotic constitutional law – Memory function

Stéphane Pierré-Caps - Professeur émérite de droit public à l'Université de Lorraine (stephane.pierre-caps@univ-lorraine.fr)