

# LE DÉLIT D'OUTRAGE AU DRAPEAU TRICOLERE OU À L'HYMNE NATIONAL

par

Xavier CABANNES

*Maître de conférences à l'Université René-Descartes (Paris V)*

La loi du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure* a créé un nouveau délit : l'outrage au drapeau tricolore ou à l'hymne national (1). En effet, l'article 113 de ce texte insère dans le code pénal un article 433-5-1 ainsi rédigé : « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7500 euros d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ». Il ne s'agit plus ici de sanctionner tous « les agissements qui portent atteinte au respect du drapeau tricolore et à l'hymne national », comme le prévoyait le texte initial (2). Cette disposition, fortement contestée par certains intellectuels (il suffit de voir le déferlement d'articles relatifs à ce thème dans la presse nationale), limite le champ de ce délit à l'outrage commis lors d'une « manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques ». Sont donc exclus les actes accomplis dans un cercle privé ou lors d'une manifestation non organisée ou non réglementée par les autorités publiques. Cependant, force est de constater que le nombre de « manifestations » ici visé est, de par les termes employés, extrêmement large : défilés de rue, réunions sportives, concerts publics, etc. (3).

(1) Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, J.O.R.F. du 19 mars 2003, p. 4761.

(2) Texte issu d'un amendement, adopté par l'Assemblée nationale à l'unanimité, J.O.R.F. Débats Ass. nationale, 24 janvier 2003 (2<sup>e</sup> séance du 23 janvier 2003), p. 510; v. *Bull. des commissions*, Doc. Ass. nationale, XII<sup>e</sup> législature, 2002, n° 20 (du 17 au 21 décembre 2002), p. 2838. Cet amendement reprenait d'ailleurs le texte d'une proposition de loi du mois de décembre 2002 de MM. Rudy Salles et autres *tendant à réprimer les atteintes portées au drapeau tricolore et à l'hymne national*, Doc. Ass. nationale, 2002, n° 132; cette proposition s'inspirait elle-même de celle déposée par MM. les sénateurs Bernard Fournier et autres, en février 2002, *tendant à créer un délit d'outrage aux symboles de la République*, Doc. Sénat, 2001-2002, n° 304.

(3) La limitation du champ de ce délit aux seuls faits commis publiquement au cours d'une « manifestation » est due à une proposition de M. René Garrec devant la Commission mixte paritaire, v. *Bull. des commissions*, Doc. Ass. nationale, XII<sup>e</sup> législature, 2003, n° 4 (du 4 au 8 février 2003), p. 472.

Aussi, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-467 du 13 mars 2003 a-t-il précisé le champ de cet article : « l'expression *manifestations réglementées par les autorités publiques*, éclairée par les travaux parlementaires, doit s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent » (4). Les manifestations organisées par les autorités publiques sont les cérémonies publiques et les honneurs publics ou militaires.

Il est manifeste que cette disposition fait écho aux comportements observés à l'occasion de certains événements sportifs récents. Cependant, si le champ d'un tel délit est défini par le nouveau texte législatif, il n'en va pas de même *a priori* des faits constitutifs. En effet, que faut-il entendre par « outrage » ? Selon les dictionnaires de la langue française, l'outrage est une « injure grave ». Si la destruction ou la détérioration du drapeau tricolore et l'insulte au drapeau ou à l'hymne peuvent passer pour des injures graves, qu'en est-il des sifflets et quolibets, implicitement visés par ce texte ? Un individu sifflant stoïquement, sans violence physique ou verbale, l'un de ces symboles de la République commettra-t-il un outrage ? Faudra-t-il pour que le délit soit constitué qu'il accompagne ces sifflements de gestes insultants ? Est-il plus insultant de siffler la *Marseillaise* que d'observer un mutisme provoquant à son égard (comme certains sportifs, à l'honneur, alignés au milieu du stade pendant qu'est joué l'hymne national...) ? La liste des interrogations est ici longue. Toutefois, une réponse à ces questions peut être apportée par l'article 433-5 du code pénal (disposition après laquelle vient s'insérer le nouvel art. 433-5-1). Cet article vise le délit d'outrage à une personne dépositaire de l'autorité ou de la force publique dans ou

(4) J.O.R.F. du 19 mars 2003, p. 4789, cons. n° 104.

à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. En effet, constitue ici un délit d'outrage toute expression offensante, injurieuse ou diffamatoire, adressée à un représentant de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions, et de nature à diminuer la considération dont jouit ce personnage officiel et, à travers lui, à porter atteinte au respect dû à la fonction qu'il exerce. Est donc répréhensible dans le cadre de l'article 433-5-1 du code pénal, à l'image de l'article 433-5, toute injure et toute attitude traduisant le manque de respect à l'égard du drapeau ou de l'hymne national : ce qui est le cas de la destruction, de la détérioration, de l'insulte, de la dérision, de l'attitude provocatrice, du sifflement mais qui ne saurait-être, en tout état de cause, le cas de l'indifférence passive ou encore des critiques, même après.

Lors de la discussion parlementaire sur ce projet de loi, un sénateur remarquait que « ce texte est un aveu supplémentaire de l'incapacité de l'Etat d'affirmer son autorité par d'autres voies que l'extension indéfinie de mesures pénales » (5). Il ne reste plus qu'à espérer que les dispositions relatives à l'outrage au drapeau tricolore ou à l'hymne national ne seront pas l'occasion pour l'Etat de se ridiculiser : que se passerait-il si, prochainement, plusieurs centaines de personnes — comme ce fut déjà le cas — venaient à siffler sciemment, publiquement et d'une même voix le drapeau ou l'hymne national ?

Le vote d'une telle disposition peut moralement se comprendre; il peut être choquant pour le citoyen de voir les symboles de l'Etat outragés. Mais, de tels comportements sont la manifestation d'un mécontentement envers l'Etat, envers la politique suivie. Alors que le drapeau tricolore et la *Marseillaise* sont consacrés de longue date par les textes, ils ne bénéficiaient jusqu'alors que d'une protection minimaliste. Le nouvel article 433-5 du code pénal témoigne d'une véritable volonté de sacraliser ces symboles républicains (I). Cette nouvelle disposition, que l'on peut — une nouvelle fois — intimement comprendre et approuver, vient limiter, sans réel fondement juridique, la liberté d'expression; cependant, le Conseil constitutionnel en a profondément limité la portée (II).

(5) J.O.R.F. Débat Sénat, 14 février 2003 (séance du 13 février 2003), p. 880.

## I. LA VOLONTÉ DE SACRALISER LE DRAPEAU TRICOLEUR ET L'HYMNE NATIONAL

L'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « l'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc rouge » (al. 2). En outre, « l'hymne national est la *Marseillaise* » (al. 3). Cette consécration du drapeau et de l'hymne nationaux est le fruit d'un long cheminement qu'il est possible de retracer brièvement (6).

Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Corneille en 1917, « lors de la Révolution, la garde civique, devenue garde nationale, adopta la cocarde tricolore (rouge et bleu, couleurs de la ville de Paris, blanc, couleur de la monarchie, qui subsistait, tout en devenant constitutionnelle). La monarchie (...) disparut bientôt; mais le drapeau des armées de la première République resta aux couleurs mitigées de la garde nationale, sans aller jusqu'au rouge unique des armées des révolutions modernes » (7). Par un décret du 30 juin 1791, il avait été prévu que « le premier drapeau de chaque régiment d'infanterie (...) porter(a) désormais les trois couleurs nationales, suivant les dispositions et les formes présentées à l'Assemblée par son comité militaire » (8). Trois ans plus tard, le décret du 27 pluviôse an II décidait que « le pavillon national sera formé des trois couleurs nationales disposées en trois bandes égales, posées verticalement, de manière que le bleu soit attaché à la gable du pavillon, le blanc au milieu et le rouge flottant dans les airs » (9). C'est là, la naissance de l'actuel drapeau français. Le drapeau tricolore sera conservé sous le Premier Empire. Après que les première et seconde Restaurations eurent rétabli le drapeau blanc de l'Ancien Régime, c'est la monarchie de Juillet qui consacre, pour la première fois, le drapeau tricolore dans un texte constitutionnel. En effet, selon l'article 67 de la Charte du 14 août 1830, « la France reprend ses couleurs. A l'avenir, il ne sera plus porté d'autre cocarde que la cocarde tricolore ». Depuis lors, le drapeau national n'a plus été modifié. Lors de la Révolution de février 1848, au lendemain du discours de Lamartine, est publiée une déclaration du

(6) Voir, René Chiroux, commentaire sous l'article 2 de la Constitution in François Luchaire et Gérard Conac (dir.), *La constitution de la République française*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1987, spéc. pp. 167-174.

(7) Concl. sur C.E., 10 août 1917, *Berthenet c/ préfet de Saône-et-Loire*, S. 1918-1919. III. 9.

(8) Rec. Duvergier, tome 3, p. 80.

(9) Rec. Duvergier, tome 7, p. 67.

gouvernement relative au drapeau national : « le drapeau national est le drapeau tricolore, dont les couleurs seront rétablies dans l'ordre qu'avait adopté la République française » (10). Cette proclamation sera complétée par un arrêté du 7 mars 1848 (11). Selon ce texte, « le pavillon ainsi que le drapeau national sont rétablis tels qu'ils ont été fixés par le décret de la convention nationale du 27 pluviôse an II, sur les dessins du peintre David » (art. 1<sup>er</sup>). Aussi, « les trois couleurs nationales, disposées en trois bandes égales, seront à l'avenir rangées dans l'ordre suivant : le bleu attaché à la hampe, le blanc au milieu, le rouge flottant à l'extrémité » (art. 2). Conservé sous les régimes successifs, c'est la Constitution du 27 octobre 1946 qui mentionna, pour la deuxième fois, le drapeau tricolore dans un texte constitutionnel : « l'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge, à trois bandes verticales d'égales dimensions » (art. 2, al. 1<sup>er</sup>) (12). Cette disposition a été reprise, avec moins de précision, par la Constitution du 4 octobre 1958.

Si le drapeau tricolore est resté l'emblème de la France presque continuellement depuis 1791 (à l'exception des deux Restaurations), l'attachement de la France à la *Marseillaise* est plus récent. En effet, ce chant fut décrété « chant patriotique » le 26 messidor an III. Cependant, la *Marseillaise* n'est devenue « chant national officiel des Français » que sous la Troisième République, le 24 février 1879 (13). C'est finalement la Constitution du 27 octobre 1946 qui va consacrer ce chant comme hymne national (art. 2, al. 2, disposition reprise à l'identique par la Constitution du 4 octobre 1958).

Désormais, le drapeau tricolore et l'hymne national sont donc consacrés à l'article 2 de la Constitution. Ces dispositions constitutionnelles

---

(10) Déclaration du 26 février 1848, X, Bull. I, n° 26, Rec. Duvergier, tome 48, p. 61.

Le 25 février, Lamartine avait prononcé son célèbre discours, immortalisé par le tableau de Philipoteau, contre le drapeau rouge, « signe de terreur et de détresse ». Juché sur une chaise, le poète déclarait : « je repousserai jusqu'à la mort ce drapeau de sang, et vous devez le répudier plus que moi, car le drapeau rouge que vous me rapportez n'a jamais fait que le tour du Champ-de-Mars, traîné dans le sang du peuple, en 1791 et 1793, et le drapeau tricolore a fait le tour du monde, avec le nom, la gloire et la liberté de la patrie », discours rapporté par Lamartine dans son *Histoire de la Révolution* publiée en 1853 (à ce propos, v., par exemple, Inès Murat, *La II<sup>e</sup> République*, Fayard, 1987, p. 110 ou, encore, Xavier de La Fourrière, *1848 : un poète au secours de la République*, Historia, octobre 1990, n° 526, pp. 100-110, spéc. p. 105).

(11) X, Bull. VI, n° 74, Rec. Duvergier, tome 48, p. 75.

(12) L'article 42 du projet d'avril 1946 disposait que « l'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge, à trois bandes verticales ».

(13) Voir le commentaire de René Chiroux sous l'article 2 de la Constitution, précité, p. 173.

relèvent de la symbolique républicaine, elles font partie de l'« apport républicain » (14). La Constitution n'offre à ces symboles qu'un minimum de protection. En effet, une révision constitutionnelle serait nécessaire pour modifier les couleurs du drapeau national. Cependant, le constituant de 1958 a renoncé à inscrire dans la Constitution la verticalité et l'égalité des trois bandes du drapeau tricolore (15). Aussi, s'il ne pouvait « y avoir de doute [en 1958] au sujet de la volonté du gouvernement de maintenir notre emblème national » (16), nous pouvons nous demander si une réforme constitutionnelle serait nécessaire pour modifier la répartition ou la proportion des couleurs du drapeau français. Toutefois, en toute rigueur, il y a lieu de penser que le constituant a consacré le drapeau tricolore tel qu'il était au 28 décembre 1958. De même, le constituant a dû consacrer, outre son titre, les paroles de l'hymne national (si ce n'est son rythme...) au jour du référendum (17). En dehors de cette protection constitutionnelle, il appartient donc au législateur de garantir le respect dû à ces symboles de la République.

L'article 433-5-1 va introduire ici, d'un point de vue pénal, un changement. En effet, jusqu'à présent, le législateur, n'avait prévu qu'un minimum de dispositions pénales protégeant ces symboles. Toutefois, ces dispositions paraissent amplement suffisantes et surtout justifiées. D'une part, l'article 440 du code de justice militaire dispose qu'est « puni de cinq ans d'emprisonnement tout militaire ou tout individu embarqué qui commet un outrage au drapeau ou à l'armée. Si le coupable est officier, il est puni, en outre, de la destitution ou de la perte de son grade » (18). Cette disposition ne concerne que les militaires et personnes embarquées (19). Si l'article 440 du code de justice militaire vise directement l'outrage au drapeau, rien n'est prévu concernant l'outrage

---

(14) Serge Arné, *L'esprit de la V<sup>e</sup> République-Réflexions sur l'exercice du pouvoir*, R.D.P. 1971, pp. 641-728.

(15) A propos du débat suscité par cette rédaction, v. *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, Documentation française, 1960, p. 61.

(16) Intervention de Raymond Janot lors des débats du Comité consultatif constitutionnel, précité.

(17) A la différence du français, « langue de la République » (art. 2, al. 1<sup>er</sup>), qui comme toute langue vivante n'est pas figée (Cons. constitutionnel, déc. n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Rec. 106), le drapeau et l'hymne ne peuvent évoluer spontanément, d'eux-mêmes.

(18) De telles dispositions se retrouvent dans de nombreux Etats.

(19) Jusqu'à présent, l'outrage au drapeau était au nombre des infractions expressément prévues pour les seuls militaires, avec l'insoumission, la désertion, la mutilation volontaire pour échapper aux obligations militaires, la capitulation, le complot militaire, les pillages, etc., v. Nicole Guimezanes, *L'organisation de la justice militaire en France*, Droit et Défense 2001, n° 1, spéc. p. 3.

à l'hymne national. Cependant, cet outrage à l'hymne national peut être sanctionné par le biais de l'outrage à l'armée (20). Cette incrimination de l'outrage au drapeau ou à l'armée est de création assez récente. Jusqu'en 1928, le militaire qui insultait le drapeau ou l'armée, ne pouvait être poursuivi que sous le couvert d'autres dispositions pénales : outrage à la juridiction militaire lorsqu'il proférait ses insultes à l'audience d'un tribunal, ou parfois, exceptionnellement en vérité, infraction à la loi du 28 juillet 1894 sur la répression des menées anarchistes (21). L'existence de ces dispositions réservées aux militaires se justifie par leur statut particulier, par l'intensité plus forte du devoir de fidélité qui leur incombe (22). En effet, selon l'article 1<sup>er</sup> de l'actuel statut général des militaires (loi n° 72-662 du 13 juillet 1972), « l'état militaire exige en toute circonstance discipline [et] loyalisme » ; le loyalisme étant la fidélité au régime établi. De plus, selon l'article 7 de ce même texte, les militaires ne peuvent exprimer leurs opinions politiques ou philosophiques qu'en dehors du service et « avec la réserve exigée par l'état militaire ». D'autre part, l'article 322-2 du code pénal offre une possibilité de sanctionner certains outrages au drapeau commis par tout individu. En effet, il punit la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien destiné à l'utilité ou à la décoration publique et appartenant à une personne publique ou chargée d'une mission de service public (23). Aussi, cette disposition permet de sanctionner les atteintes physiques au drapeau tricolore (dès lors qu'il appartient à une personne publique ou à une personne chargée d'une mission de service public et qu'il est destiné à la décoration publique). Mais, elle ne permet nullement de sanctionner le

manque de respect par gestes ou sons au drapeau national. L'hymne national n'est en rien concerné par cette disposition.

En outre, il convient de remarquer — en dehors de toute disposition pénale — que les agents publics peuvent être disciplinairement sanctionnés pour avoir outragé le drapeau tricolore ou la *Marseillaise*. En effet, les agents collaborant à un service public sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, à une obligation de stricte neutralité qui leur interdit de manifester leurs opinions de quelque manière que ce soit. En dehors de leur service, ces mêmes agents sont tous (ou presque) tenus au respect de l'obligation de réserve, posant des limites déontologiques à la liberté d'expression (24). Le fait d'outrager un symbole républicain est sans nul doute une violation de ces obligations. En outre, existe une obligation de loyalisme. D'une part, les agents occupant certains emplois de haute responsabilité dits « à la discrétion du gouvernement » se doivent de respecter une obligation de loyalisme à l'égard du gouvernement du fait qu'ils sont étroitement associés aux tâches et responsabilités gouvernementales (25). D'autre part, pèse sur l'ensemble des agents publics une obligation de loyalisme à l'égard des institutions républicaines et de la Nation (26). Là aussi l'outrage au drapeau ou à l'hymne serait un renoncement au loyalisme attendu et exigé. Les agents publics se voient donc imposer le respect de certaines valeurs mais aussi des symboles républicains. Cela paraît ici logique, ces agents étant dans une situation juridique différente du reste de la population.

Qu'un individu soit sanctionné pénalement pour avoir volontairement porté atteinte à

(20) Ainsi, un militaire manquant de respect à la *Marseillaise*, manque en même temps de respect à l'armée (sur un militaire entonnant l'*Internationale*, et par là commettant « le délit d'outrage au drapeau ou à l'armée, prévu et puni à l'[ancien] article 211 du code de justice militaire », v. Trib. mil. de cass. Paris, 7 mars 1940, S. 1940. II. 23).

(21) André Vitu, V<sup>o</sup> *Outrage envers un dépositaire de l'autorité publique*, J.-Cl. Pénal, Art. 433-5, n° 2, V<sup>o</sup> *Armée*, J.-Cl. Pénal Annexes, fasc. 2, n° 86.

(22) En ce qui concerne les « individus embarqués », ce respect accentué à l'égard du drapeau se justifie — manifestement — par deux raisons : en premier lieu, le drapeau est ici un moyen d'identifier l'origine du navire (aussi, le seul fait d'hisser un drapeau en mauvais état peut être considéré comme un outrage aux couleurs nationales); en second lieu, le drapeau étant un signe international d'appartenance à un Etat, il serait du plus mauvais effet de voir les personnes embarquées sur un navire, naviguant en eaux internationales ou dans les eaux d'un autre Etat, manquer de respect à ce symbole.

(23) La destruction, la dégradation ou la détérioration de ces biens est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le fait de dessiner ou d'apposer des inscriptions sans autorisation sur ces biens est puni de 7 500 euros d'amende.

(24) Cette obligation de réserve est mentionnée dans certains statuts particuliers (par exemple, outre pour les militaires, pour les magistrats — art. 10 ordo. 22 décembre 1958 —, pour les membres du Conseil d'Etat — art. L.131-3 CJA —). Cette obligation n'est pas expressément mentionnée dans le statut général des fonctionnaires, néanmoins elle s'impose à eux.

(25) Nous trouvons ici, par exemple, les préfets, recteurs et ambassadeurs. La sanction d'un manquement à leur obligation de loyalisme étant politique (perte du poste à la discrétion du gouvernement) voire disciplinaire, selon leur statut propre.

(26) Cette obligation de loyalisme est expressément rappelée, outre pour les militaires, par exemple, pour les fonctionnaires de la Police nationale (art. 7 du code de déontologie de la police nationale). Cette obligation de loyalisme s'impose avec force pour les fonctionnaires en uniforme dépositaires de l'autorité publique. Si cette obligation de loyalisme n'apparaît pas dans le statut général, son respect s'impose à tous les fonctionnaires, et plus généralement à tous les agents publics. Ainsi, dans une affaire *Defrance*, le Conseil d'Etat, le 25 janvier 1935, a décidé qu'avait manqué à son obligation de loyalisme un simple commis en affirmant « que c'est le drapeau rouge qui abattra l'ignoble drapeau tricolore » ; ses propos étant « inconciliables avec les devoirs de sa fonction d'employé à la direction de l'artillerie navale de Cherbourg », Rec. 105.

l'intégrité physique du bien d'autrui et, à plus forte raison, du bien de la communauté, cela se comprend (juridiquement et moralement), même si ce bien n'est qu'une pièce d'étoffe. Mais comment expliquer qu'un individu puisse être pénalement sanctionné (en dehors des cas qui viennent d'être évoqués) pour avoir, par exemple, sifflé le drapeau tricolore ou l'hymne national ou encore détruit de manière outrageuse un drapeau national lui appartenant ? La question qui se pose ici est sans aucun doute la plus importante. Pourquoi sanctionner l'outrage au drapeau tricolore et à l'hymne national ? A la différence de l'outrage envers un dépositaire de l'autorité publique, le comportement de l'outrageant n'est pas de nature à porter atteinte à la dignité d'une personne ou au respect dû à la fonction dont cette personne est investie. Dans l'outrage au drapeau (ou à l'hymne), aucune personne physique ne se trouve atteinte ni directement ni indirectement. La meilleure explication de l'existence d'un tel délit a été donnée, en février 2001, par... Cesare Ruperto, Président de la Cour constitutionnelle italienne. Dressant le bilan de l'activité de la Cour en 2000, son Président commentait la sentence n° 531 (27), relative à la peine établie, *pour les seuls militaires*, par le code pénal de justice militaire italien pour le délit d'outrage au drapeau, en soulignant que « l'intérêt protégé [ici] est la dignité du symbole de l'Etat comme expression de la dignité de l'Etat lui-même au cœur de l'unité des institutions que la collectivité nationale s'est donnée » (28). C'est sur cette idée même que repose la nouvelle législation française. Il s'agit de protéger la dignité de ces symboles, pour protéger la dignité de ce qu'ils représentent : l'Etat. Ces symboles mériteraient un respect absolu de la part de tous. Mais, peut-on exiger de tout individu le même respect envers ces symboles que celui exigé des serviteurs de la Nation (militaires ou civils) qui se trouvent dans une situation juridique particulière ? Répondre positivement à cette question revient à sacraliser ces symboles. Par un curieux renversement de l'Histoire, la République a désormais sa loi sur le sacrilège (le sacrilège étant l'outrage à une personne ou à une chose particulièrement digne de respect...).

(27) *Repertorio generale della giurisprudenza italiana 2000*, U.T.E.T., 2001.

(28) Le texte de la conférence de presse du Président de la Cour constitutionnelle italienne est accessible (au mois de mars 2003) par le biais de l'internet [ita/attivita/corte/relazioni/annuali-deipresidenti/2001/Conference—de—presse.asp].

## II. L'OUTRAGE AUX SYMBOLES RÉPUBLICAINS ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La liberté d'expression peut se définir comme étant la liberté de révéler sa pensée à autrui : « La *liberté d'expression* prolonge (...) la *liberté de pensée* dont elle n'est autre que la manifestation extériorisée; la *divulgaration* de la pensée, l'*extériorisation* des opinions ou des croyances constituent des aspects indissociables de la liberté de pensée » (29). C'est là, l'une des plus fondamentales des libertés intellectuelles (30). « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » (art. 10 de la Déclaration du 26 août 1789). En outre, « la liberté de communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » (art. 11 de la Déclaration du 26 août 1789). Aussi, le Conseil constitutionnel a-t-il reconnu valeur constitutionnelle à la liberté d'expression (31). Cependant, dès 1789, les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en évoquant le trouble à l'ordre public, se sont fait l'écho des abus que peut entraîner la liberté d'expression. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, lui-même, a érigé la sauvegarde de l'ordre public en « objectif de valeur constitutionnelle » (32).

La France a renoncé au délit d'opinion (33). Cependant, le législateur peut limiter la liberté d'expression. On peut ainsi citer quelques exemples des limites apportées ici par le législateur. Il lui appartient de concilier la liberté d'expression avec le respect des autres exigences constitutionnelles. Ainsi, le législateur a pu imposer un devoir de réserve quant à l'expression de leurs propres opinions aux enseignants

(29) Louis Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2002, n° 1303, p. 776.

(30) Il convient ici de noter que selon la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression constitue « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun », 7 décembre 1976, *Handyside*, A. 24 § 49, et 24 mai 1988, *Muller et autres*, A. 133 § 33 et 34.

(31) Voir, not., Cons. constitutionnel, déc. n° 81-129 DC des 30 et 31 octobre 1981, Rec. 35. A ce propos, v. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2001, comm. sous décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, p. 353.

(32) Cons. constitutionnel, déc. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Rec. 48.

(33) Voir, Patrice Rolland, *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, in « Pouvoir et liberté—Etudes offertes à Jacques Mourgeon », Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 645-670.

dans les établissements privés sous contrat d'association avec l'Etat (loi du 31 décembre 1959). Dans un autre ordre d'idée, le législateur se doit « de soumettre la liberté d'expression au nécessaire respect de la dignité de la personne humaine » (34). Aussi, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 a érigé en délit pénalement sanctionné l'incitation au racisme, à la haine raciale. Une telle restriction est amplement justifiée (35). Mais, le législateur a pu prohiber et sanctionner l'expression de certaines opinions politiques, sans qu'il soit ici question de faire respecter la dignité de la personne humaine. Il en va ainsi, par exemple, de deux dispositions législatives adoptées sous la Troisième République (36). D'une part, la loi du 29 juillet 1881 sanctionne les « cris et chants séditieux proférés dans les lieux ou réunions publics » (art. 24). Cette disposition pouvant frapper les manifestants irrévérencieux ou les humoristes et chansonniers. D'autre part, la loi du 28 juillet 1894 punit la provocation à la révolte ou à la désobéissance effectuée dans un but de propagande anarchiste. Ces dispositions, non abrogées, sont tombées en désuétude. Cependant, le nouvel article 433-5-1 du code pénal semble en être l'héritier spirituel direct, il fait, tout au moins, partie de la même « zone grise » (37). Une question se fait jour. Cette nouvelle interdiction d'outrager le drapeau tricolore ou l'hymne national a-t-elle pour objectif de sauvegarder l'ordre public? On peut comprendre qu'en 1881, la jeune Troisième République ait voulu se protéger contre toute révolte — même verbale — contre l'autorité établie. Les « cris et chants séditieux » étant alors une véritable

menace contre le régime, encore fragile (d'une part, l'affaiblissement définitif des bonapartistes et des royalistes se concrétise seulement lors de la révision constitutionnelle du 14 août 1884 et des élections législatives de 1885 et d'autre part, le ralliement des catholiques à la République ne devint effectif qu'au début des années 1890 : toast du cardinal Lavignerie à Alger en 1890 et encyclique *Au milieu des sollicitudes* de Léon XIII en 1892), et par là contre l'ordre public. De même, dans les années 1890, l'agitation anarchiste représentait une véritable menace contre la République et l'ordre public (outre une série d'attentats en 1890-1892, le Président Carnot ne fut-il pas assassiné en 1894 par l'anarchiste Caserio?). Dans un même ordre d'idée, il faut reconnaître que le drapeau tricolore n'est pas un objet anodin. « On ne se promène pas seul avec un drapeau! » (38). L'exhibition d'un drapeau est, en soi, l'appel à une manifestation extérieure et collective. Aussi, dans certaines circonstances, l'exhibition publique d'un drapeau tricolore orné d'un emblème quelconque peut être, pour des raisons d'ordre public, interdite. Ainsi, le Conseil d'Etat a admis, en 1917 (en pleine guerre, alors que la loi de 1905 restait à l'esprit de tous et que la querelle religieuse était loin d'être définitivement éteinte), que soit interdite l'exhibition de drapeaux ornés de tout emblème (dont le Sacré-Cœur) sur la voie publique car « à l'heure où l'union entre tous les citoyens est une condition de la victoire, le devoir de l'autorité civile et militaire est de prendre toutes mesures pour qu'aucune manifestation ne vienne apporter la discussion où jusqu'ici a régné la concorde » (39). Mais, en quoi, en 2003, alors même que ni la forme républicaine du gouvernement n'est contestée ni l'unité de la République sérieusement menacée, le fait d'être irrévérencieux (dans l'anonymat de la foule) à l'égard du drapeau ou de l'hymne national peut-il menacer l'ordre public? Le fait de voir ou d'entendre un individu (ou des individus), y compris dans une enceinte publique accueillant un public nombreux, manquant de respect à ces symboles républicains peut-il entraîner un trouble à l'ordre public? De tels comportements peuvent-ils provoquer chez un spectateur moyen une envie de représailles et par là même un trouble à l'ordre public? Il y a fort à penser qu'un tel comportement, qui exprime, en soi, un mécontentement à l'égard de la politique suivie par le gouvernement, ne serait pas consi-

(34) Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 4<sup>e</sup> éd., 1999, p. 374.

(35) Tout comme, est-il besoin de le préciser, le fait de punir pénalement l'expression d'une opinion manifestée par le port d'un uniforme ou d'un insigne rappelant le nazisme, de sanctionner les personnes contestant l'existence d'un crime contre l'humanité avéré, ou encore, plus classiquement, de sanctionner les injures envers les personnes physiques, la diffamation, l'atteinte à la vie privée d'autrui.

De même l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est appliqué pour empêcher que la liberté d'expression ne soit invoquée, par exemple, pour promouvoir des doctrines incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme ou pour inciter à la haine ou à la discrimination raciale. Mais, en dehors de ces cas particuliers et extrêmes, comme l'affirme la Cour, l'article 10 § 2 de la Convention « ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général et de telles restrictions ne peuvent être justifiées par les besoins de l'ordre public que si les propos litigieux incitent à la violence », v. Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 5<sup>e</sup> éd., 2001, p. 304.

(36) Voir, Patrice Rolland, *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, précité, spéc. pp. 655-658.

(37) Nous reprenons là l'expression employée par le professeur Patrice Rolland, *ibidem*.

(38) Corneille, concl. précitées, p. 12.

(39) *Ibidem*.

déré par le spectateur moyen comme une insulte personnelle directe ou comme une invitation à la rixe (40). Cela devrait, tout au plus, si les circonstances s'y prêtent, être une occasion de dialogue civilisé [car, comme a pu l'écrire, non sans humour, le professeur René Chapus, à propos de l'ordre public, « nous ne sommes plus au temps des Romains » (41)]. Assurément, ce n'est pas la volonté de sauvegarder l'ordre public qui est à l'origine de cette disposition (42)... à moins d'assimiler, à tort, l'ordre public et plus exactement le « bon ordre » (art. L. 2212-2 C.G.C.T.) à l'ordre moral; l'ordre moral ayant pour objet d'assurer le respect des mœurs, des valeurs et des règles de conduite en usage dans une société. Mais, l'ordre public ne saurait être « l'ordre moral, qu'un État libéral se refuse à imposer » (43). L'ordre public ne saurait entraîner l'interdiction de l'expression d'une idée parce que la société trouve cette idée simplement désagréable [dès

---

(40) Les choses ont évolué depuis que Maurice Hauriou écrivait que « les Français ne sont pas habitués aux manifestations collectives et ne les aiment point. Ils ne sont pas manifestants, et le spectacle d'une manifestation les indispose plutôt qu'elle ne provoque leur sympathie, quel que soit, d'ailleurs, l'objet de la manifestation. Cette disposition fâcheuse dégénère facilement en intolérance et en colère, s'il s'agit d'une manifestation qui heurte leurs opinions. De là, la possibilité d'agitations et de troubles dans la rue, que la police a le devoir de prévoir et de prévenir ». Mais, comme le notait déjà Hauriou, « pour l'avenir, il faut compter que la fréquentation intime de nos alliés et amis les Anglais et les Américains, qui sont des manifestants, qui aiment la manifestation collective des opinions, et qui se sont appris à la tolérer, influera sur nos propres dispositions et sur nos mœurs », note sous C.E., 10 août 1917, *Berthienet c/ préfet de Saône-et-Loire*, S. 1918-1919. III. 9.

(41) René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 910-3°, p. 709.

(42) Paradoxalement les travaux parlementaires, mis en exergue par le Conseil constitutionnel, montrent que la préoccupation des parlementaires n'était pas de sauvegarder l'ordre public, bien loin de leurs préoccupations lors des débats. En effet, députés et sénateurs ont souhaité limiter le délit, en ce qui concerne les manifestations réglementées par l'autorité publique, aux outrages commis dans de grandes enceintes (1 500 personnes) lors de manifestations à caractère festif. Le fait de siffler l'hymne national lors d'une rencontre sportive dans un grand stade en présence de 1 500 personnes porterait-il atteinte à l'ordre public contrairement au fait de siffler l'hymne dans un petit stade en présence de 300 personnes? Le fait de brûler un drapeau au milieu du Stade de France serait-il en soi plus attentatoire à l'ordre public que le fait de brûler le drapeau lors d'une manifestation sur la place de la République?

(43) Marceau Long, Propser Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la justice administrative*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 1999, comm. sous C.E. Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, p. 787. Certes, la jurisprudence a déjà pu avoir l'occasion de tenir compte de considérations morales (cas, bien connus, de l'interdiction de la projection d'un film, de la lutte contre la prostitution, etc.), mais de telles décisions ont été sous-tendues par l'un des trois éléments traditionnels constituant l'ordre public : la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Le fait que la moralité publique est la quatrième composante de la notion d'ordre public a pu être affirmé (concl. Frydman sur C.E. Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. 372; René Chapus, *Droit*

lors, il faut de nouveau le souligner, que cette idée n'est pas en elle-même contraire à l'ordre public dans son acception traditionnelle; ordre public, dont le respect de la dignité humaine en est l'une des composantes (44)].

La loi pour la sécurité intérieure a été adoptée définitivement par le Parlement le 13 février 2003. Or, par un grand hasard, moins d'une semaine auparavant, aux Etats-Unis, un membre républicain du Sénat de l'Etat du Maine (Ron Collins) avait déposé un projet de loi visant à supprimer les taxes perçues par cet Etat sur les ventes du drapeau américain, sauf lorsque celui-ci est outrageusement brûlé. D'après ce projet (ayant peu de chance d'être adopté pour des raisons budgétaires), repris par une grande partie de la presse nationale américaine, les journaux locaux devraient publier le nom des citoyens brûlant le drapeau américain, les contrevenants étant alors obligés de payer une taxe de 5 % de la valeur marchande du drapeau à l'Etat du Maine. Cela serait alors une façon de sanctionner l'outrage au drapeau. En effet, la législation américaine, selon une conception différente de la nouvelle législation française, ne sanctionne nullement l'outrage au drapeau (ou à l'hymne national). Une telle solution remonte, en partie, à l'affaire *Johnson* (45). Cette affaire est l'un des cas où

---

*administratif général*, tome 1, précité, n° 910, p. 707). Cependant, le Conseil d'Etat se refuse à faire référence aux notions de moralité publique et a fortiori de morale : notions trop approximatives et trop complexes et dangereuses à manier en matière de police. Ainsi, dans sa décision *Commune de Morsang-sur-Orge* (« lancer de nain »), le Conseil d'Etat a préféré considérer directement que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public », plutôt que de soutenir que le respect de cette dignité est une des composantes de la moralité publique qui est elle-même l'un des éléments composant l'ordre public.

(44) L'ordre public, outre la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques, recouvre donc « une conception de l'homme, que la société doit respecter et les pouvoirs publics, faire respecter », Marceau Long, Propser Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la justice administrative*, précité, p. 788. Voir, Marie-Luce Pavia, *La découverte de la dignité de la personne humaine*, et Laurence Weil, *La dignité de la personne humaine en droit administratif*, in Marie-Luce Pavia et Thierry Revet (dir.), « La dignité de la personne humaine », *Economica*, 1999, respectivement, pp. 3-23 et pp. 85-106. L'ordre public ne se confond donc pas avec la moralité publique dans son ensemble et par là avec l'ordre moral; le respect de l'ordre public, outre la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques, ne fait que protéger la dignité de la personne humaine, il tend à interdire tout ce qui porte atteinte à cette dignité, à la qualité de l'humain dans l'homme. Assurément, nous sommes là, bien loin de l'outrage à une pièce d'étoffe ou à un chant!

(45) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). On ne peut ici que recommander la lecture de l'opinion de la Cour reproduite (version originale et traduction française), avec un rapide commentaire préliminaire, in Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, P.U.F., 2000, pp. 1107-1119 (sauf mention spécifique, les citations ci-après seront des extraits de l'opinion de la Cour suprême).

« la Cour a été confrontée aux diverses tentatives des Etats (et du Congrès) de sanctionner ceux qui désacralisent le drapeau national de diverses manières, notamment en le brûlant publiquement, mais aussi en le piétinant, en le mutilant, etc. » (46). En l'espèce, en 1984, lors d'une manifestation contre le Parti républicain dont la convention nationale se tenait à Dallas, un manifestant, Gregory Lee Johnson, déploya, devant l'hôtel de ville de Dallas, un drapeau américain et y mis le feu. Pendant que le drapeau brûlait, les manifestants entamèrent un chant contre les Etats-Unis. Sur la centaine de personnes ayant pris part à cette manifestation, seul Johnson fut poursuivi. Il fut accusé de profanation d'un objet sacré en violation d'une disposition du code pénal du Texas. Johnson fut reconnu coupable en première instance. Il a alors été condamné à un an de prison et 2 000 dollars d'amende. Sa condamnation fut confirmée par la cour d'appel du 5<sup>e</sup> district du Texas [706 SW 2d 120 (1986)], mais annulée par la cour supérieure d'appel du Texas [755 SW 2d 92(1988)] au motif que l'Etat ne pouvait pas, sans méconnaître le I<sup>er</sup> Amendement [liberté d'expression], punir Johnson de sanctions pénales pour avoir brûlé le drapeau américain dans de telles circonstances. L'Etat du Texas fit appel devant la Cour suprême. La Cour suprême confirma le jugement de la cour supérieure d'appel du Texas (47). Pour renverser cette jurisprudence le Congrès vota une loi (*Flag Protection Act of 1989*) qui fut invalidée par la Cour suprême [*United States v. Eichman*, 486 U.S. 310 (1990)] (48). Dans l'affaire *Johnson*, la Cour suprême a confirmé que le I<sup>er</sup> Amendement protège l'expression mais aussi, la conduite expressive. En effet, la Cour suprême avait déjà admis qu'une conduite puisse contenir « suffisamment d'éléments communicatifs pour entrer dans le champ d'application [du] I<sup>er</sup> Amendement ». Dans de telles circonstances, la Cour se demande s'il y a une intention de faire passer un message particulier et si ce message a de fortes chances d'être compris par les témoins [*Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974)]. En l'espèce, « pour Johnson brûler un drapeau américain faisait partie — était, en

réalité, l'apogée — d'une manifestation politique qui coïncidait avec la convention du Parti républicain et la nouvelle désignation de Ronald Reagan pour la candidature à l'élection présidentielle ». La requête de l'Etat du Texas tendait à « protéger le drapeau en tant que symbole de notre existence [celle des Etats-Unis] en tant que nation et de l'unité nationale, symbole ayant un registre précis de significations. Selon le Texas, si quelqu'un maltraite le drapeau de telle sorte qu'on puisse douter soit du fait que le drapeau est le symbole de la nation et de l'unité nationale, soit du fait que cette unité nationale existe réellement, le message communiqué est dangereux et peut donc être interdit ». Par le passé, la Cour suprême avait déjà décidé qu'un Etat ne peut sanctionner pénalement quelqu'un pour avoir critiqué le drapeau américain. Selon la Cour, « la liberté, constitutionnellement garantie, d'être intellectuellement... différent ou même en opposition, ainsi que le droit de ne pas être d'accord avec ce qui constitue le cœur de l'ordre existant, inclut la liberté d'exprimer publiquement ses opinions à propos de notre drapeau, y compris les opinions provocantes ou méprisantes » [*Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969)]. Aussi la Cour conclut que si elle décidait « qu'un Etat peut interdire de brûler un drapeau chaque fois que ce geste porte atteinte au rôle symbolique de ce dernier, mais qu'il peut le permettre chaque fois que ce même geste protège ce rôle — comme, par exemple, lorsqu'une personne brûle cérémonieusement un drapeau sale — cela reviendrait à dire que, s'agissant de l'atteinte portée à l'intégrité physique du drapeau, le drapeau lui-même ne peut être utilisé comme symbole — comme substitut aux mots écrits ou oraux ou comme un « raccourci entre les esprits » — que dans un seul sens. [La Cour] autoriser(ait) l'Etat à « édicter un dogme » qui serait qu'on peut brûler le drapeau pour exprimer une opinion envers ce drapeau et ce qu'il signifie, mais à condition de ne pas mettre en péril le drapeau en tant que symbole de la nation et de l'unité nationale ». C'est là assurément une analyse totalement différente de celle adoptée par le législateur français...

Cependant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 mars 2003, a précisé (et par là limité) la portée de la nouvelle disposition législative. Contre toute attente, le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel ne nous paraît pas très éloigné de celui suivi par la Cour suprême américaine ! En effet, la Cour suprême estime que le I<sup>er</sup> Amendement protège la conduite expressive. Aussi, l'outrage au dra-

(46) *Ibidem*, comm. préliminaire, p. 1107.

(47) Pour l'ensemble des faits, *ibidem*, pp. 1107 et 1108.

(48) A ce propos, v. Bruce Ackerman, *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Calmann Lévy, 1998, not., p. 42. De même, voir l'évocation (peu sérieuse!) de cette question par les députés, J.O.R.F. Débats Ass. nationale, 13 février 2003 (séance du 12 février 2003), p. 1217, ainsi que les textes de la saisine du Conseil constitutionnel par plus de soixante sénateurs et par plus de soixante députés, J.O.R.F. du 19 mars 2003, respectivement, pp. 4797 et 4812.



peau ou éventuellement à l'hymne ne pourrait être condamnable (sur le fondement d'une disposition plus générale) que dans la mesure où il ne traduirait pas la volonté de faire passer un message particulier ayant de fortes chances d'être compris par le public. Or, pour le Conseil constitutionnel, le délit d'outrage au drapeau ou à l'hymne ne pourra être réalisé, s'agissant des manifestations réglementées par les autorités publiques, que s'il a lieu uniquement dans une enceinte de quelque importance (plus de 1 500 personnes), à l'occasion d'un événement sportif, récréatif ou culturel; à l'occasion de la tenue d'un événement dont le public n'est pas prédisposé à recevoir un tel message à caractère politique, qui aura donc *a priori* peu de chance d'être compris. Dès lors que ce comportement expressif ne s'incère pas dans une démarche logique, dans un environnement favorable, le geste politique se transforme ici en outrage gratuit. Partant de là, le fait d'outrager le drapeau tricolore ou l'hymne national ne peut constituer un délit si ce geste est commis dans une enceinte publique lors d'une réunion à caractère politique ou syndical (le public étant alors prédisposé à recevoir le

message — sans pour autant y adhérer —) ou lors d'une manifestation de rue (en dehors des défilés à caractère purement et exclusivement festif — somme toute très rares — ce type de manifestation est la plupart du temps sous-tendu par des idéaux politiques permettant aux individus présents de comprendre le message — sans pour autant l'approuver —).

Le Conseil constitutionnel n'a pas déclaré cette disposition contraire à la Constitution, alors même qu'elle repose sur le seul malaise créé par les manifestations d'hostilité à l'égard des symboles républicains en cause. Mais, il en a tout de même limité les effets néfastes à l'égard de la liberté d'expression. Tout devient affaire de circonstance. Brûler le drapeau tricolore ou siffler la *Marseillaise* lors d'un concert ou d'un match de football (par exemple) est un geste outrageant pénalement condamnable; brûler le drapeau tricolore ou siffler la *Marseillaise* lors d'une manifestation contestataire ou lors d'un rassemblement à caractère politique est un geste politique fort, non répréhensible. Les contestataires n'ont plus qu'à bien choisir leur lieu et leur public!

X. C.