

LE DRAPEAU TRICOLORE,
UN SYMBOLE CONSTITUTIONNEL
DANS TOUS SES ETATS (DU DROIT)*

Par Élodie DERDAELE

*Maître de conférences de droit public
Université de Lorraine, IRENEE*



* Communication présentée au VIII^e Congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Nancy, les 16, 17 et 18 juin 2011, dans l'atelier n° 1 « Droit constitutionnel et autres branches du droit » présidé par les professeurs Guillaume DRAGO et Charles VAUTROT-SCHWARTZ.

AVANT-PROPOS

La photographie figurant en page de garde représente le drapeau tricolore qui orne la façade de la Préfecture de la Meuse. Toutes les photographies illustrant cette étude ont, par ailleurs, été prises par l'auteur à Bar-le-Duc (sauf exceptions mentionnées), chef-lieu du département de la Meuse, au cours du mois de mai 2011 à l'occasion duquel furent célébrés l'armistice de 1945 et la journée de l'Europe, ceci afin de respecter, autant que possible, une perspective de recherche cohérente fondée sur l'unité de temps et de lieu, et incidemment écarter tous problèmes liés aux droits d'auteur.

De surcroît, la ville de Bar-le-Duc, que l'auteur connaît bien (étant elle-même Barisienne) offre bien des avantages. Elle est, en effet, caractéristique des villes françaises accueillant nombre d'administrations gouvernementales et territoriales et reflète assez bien l'effectivité de l'influence du droit constitutionnel sur nos institutions républicaines. Cette étude est aussi un hommage rendu aux Barisiens ainsi qu'aux serveurs de la République.

L'auteur saisit cette occasion pour remercier : Mme le préfet de Meuse, Colette DESPREZ ; M. le député de la Meuse, Bertrand PANCHER ; Mme le maire de Bar-le-Duc, Nelly JAQUET ; M. le conseiller général de Bar-le-Duc Nord, Roland CORRIER ; M. l'adjoint au maire, Didier AYNES, Mme l'adjointe au maire, Chantal DEPREZ ; M. le conseiller municipal, Alain BURNEL ; M. Richard PAPAZOGLU ; Mme Anne PEDRESCU ; M. Djilali DJAFER, *Le Journal de la Haute-Marne*, le peloton de la Gendarmerie nationale de Bar-le-Duc ainsi que Mme Nathalie DEFFAINS, maître de conférences de droit public et Mme Geneviève TILLEMENT, maître de conférences de droit privé pour leur aimable collaboration et leur disponibilité.



La Préfecture de Meuse, le 9 mai 2011

I. – LA SANCTUARISATION DU DRAPEAU TRICOLORE

A. – Un emblème matériellement constitutionnel

1. – L'emblème d'une nation

2. – L'emblème du souverain

B. – Un emblème formellement constitutionnel

II. – LA SACRALISATION DU DRAPEAU TRICOLORE

A. – La suprématie tricolore

1. – La révérence

a. – Les devoirs militaires

b. – Les cérémonies publiques

c. – La démopédie

2. – La préséance du drapeau tricolore

a. – Le drapeau tricolore aux côtés des signes étrangers et internationaux

b. – Le drapeau tricolore aux côtés du drapeau européen

c. – Le drapeau tricolore et les emblèmes territoriaux

B. – Les interdits

1. – L'interdiction de l'usurpation tricolore

2. – L'interdiction de l'outrage au drapeau

a. – L'incrimination militaire

b. – Les incriminations de droit commun

L'étude des relations entre les drapeaux et le droit – ou vexillologie juridique¹ – en dit long sur la manière dont une communauté se perçoit, entend être perçue et respectée. Aussi la représentation symbolique de la nation française à travers son drapeau n'échappe-t-elle pas à une pleine reconnaissance constitutionnelle (article 2 de la Constitution).

Il existe en effet des liens étroits entre les drapeaux et les Constitutions – ne serait-ce que dans leur fonction respective. Ainsi le drapeau, en tant que symbole, tend-il à rassembler ce qui est épars en vue de soutenir non seulement l'identité et l'unité du corps politique mais aussi ses prétentions à représenter l'autorité publique ; tandis que la Constitution, en tant que norme fondamentale d'une nation, entend asseoir l'identité et la souveraineté du corps politique. De ce point de vue, le drapeau officiel d'un État souverain est matériellement constitutionnel.

Mais l'est-il toujours formellement ? Non, *de facto* les postures constitutionnelles divergent. Pour prendre un exemple parmi les plus illustres, *La Bannière étoilée* n'est pas constitutionnalisée, à l'inverse du drapeau tricolore. Pourtant cette différence de statut juridique est sans influence quant à la signification des drapeaux tant à l'intérieur des frontières qu'à l'extérieur. Tous deux flottent au siège des Nations unies, selon les mêmes règles protocolaires, matérialisant d'une part, le statut d'États membres des États-Unis d'Amérique et de la France au sein de l'organisation internationale et d'autre part, leur statut d'États souverains et égaux.

¹ La vexillologie tire son nom du vexille, célèbre étendard des légions romaines sur lequel figurait : *SPQR* pour *Senatus Populusque Romanus*, signifiant alors que les soldats combattaient « au nom du Sénat et du peuple romains ».

Mais qui oserait sérieusement prétendre que *La Bannière étoilée* n'est pas l'étendard officiel des États-Unis sous prétexte qu'il n'est pas un symbole constitutionnalisé ? Évidemment personne.

Or comme de nombreux autres États, la France a constitutionnalisé de manière formelle ses symboles et notamment son emblème, qui est la figure symbolique et représentative de la nation : le drapeau, bleu, blanc, rouge. Mais à quelle(s) fin(s) ? Serait-ce une coquetterie, un simple rappel ou la nécessité de conjurer une possible remise en question des intérêts de la nation et de la République par le biais de règles juridiques strictes ? L'interrogation initiale, loin d'être anodine, appelle des réponses s'appuyant sur un authentique travail de sémiologie juridique, illustré pour partie par des photographies *in situ*, et touchant, tour à tour, les règles constitutionnelles, pénales, administratives, militaires mais aussi protocolaires ainsi que les exigences propres au respect des libertés publiques. Quelle est, en l'espèce, l'influence du droit constitutionnel sur la législation, la réglementation et la jurisprudence touchant à la protection du drapeau national, arsenal juridique qui, depuis les années 2000, n'a cessé de s'étoffer ?

Or si l'objet de la constitutionnalisation du drapeau est de consacrer un élément objectif et matériel de l'unité et de la souveraineté nationales, il n'en demeure pas moins vrai que la Constitution n'a pas pour objet d'en assurer le respect. C'est ainsi que d'autres dispositifs juridiques interviennent tant pour soutenir l'ordre constitutionnel – seul légitime – que pour protéger le drapeau tricolore de toute usurpation, de toute concurrence de portée symbolique et de tout outrage. L'ensemble du dispositif juridique tend ainsi à la sacralisation, c'est-à-dire à l'absence de remise en cause du drapeau qui reviendrait à fragiliser l'autorité de l'État appelé à agir au nom de la nation. Le drapeau et (plus largement encore) les trois couleurs sont les outils du droit en ce qu'il signale la présence d'une personne appelée à agir au nom de l'État ou tout simplement d'une personne honorée par la nation. Le fait de les arborer sans en être formellement autorisé constitue une infraction ; tandis que la révérence traditionnelle imposée aux militaires à l'égard du drapeau est symptomatique de la volonté de s'assurer de leur loyauté. Les règles protocolaires mais aussi les lois et les règlements de notre ordre juridique complètent ainsi la Constitution.

Nous verrons également que le drapeau constitutionnel est, de plus en plus, concurrencé par la présence à ses côtés d'autres emblèmes qu'ils soient internationaux, européen ou territoriaux. Bien que cette présence ne soit pas formellement imposée par le droit, cette pratique pose questions. Il revient donc d'analyser la réelle portée de la constitutionnalisation de ce symbole national, étendard de notre identité constitutionnelle.

Nous verrons notamment que ce formalisme juridique s'explique tant pour des raisons éminemment culturelles que politiques. Le juriste – et plus spécifiquement le constitutionnaliste – ne saurait également ignorer les faits et leur perception et notamment l'influence grandissante du droit européen.

Nous déterminerons ainsi le caractère constitutionnel du drapeau tricolore tant d'un point de vue matériel que formel, lequel a conduit à sa sanctuarisation (I). Nous verrons également que le droit constitutionnel ne peut suffire à protéger le

drapeau tricolore et que d'autres branches du droit mais aussi des usages ont conduit à sa sacralisation (II). Nous constaterons ainsi que la vexillologie juridique (ou l'étude du drapeau dans tous ses états du droit) offre, en creux, une analyse originale et emblématique de la nature d'un régime politique et institutionnel donné mais également une analyse de l'influence du droit constitutionnel sur les autres branches du droit tant national qu'euro péen. Cependant nous ne pouvons mettre sous le boisseau une réalité aujourd'hui incontournable. Le droit positif est ainsi loin de régler le sort de notre emblème national. Les usages et la tradition républicaine exercent encore, en effet, une grande influence en la matière d'où la parenthèse figurant dans le titre de cette étude : « le drapeau tricolore, un symbole constitutionnel dans tous ses états (du droit) ».

I. – LA SANCTUARISATION DU DRAPEAU TRICOLORE

Le drapeau national d'un État souverain communément admis est constitutionnel. Il est le marqueur matériel d'une communauté politique souveraine qui entend souligner son existence et la présence de ses intérêts aussi bien à l'intérieur de son territoire qu'au-delà. TOUS les États souverains possèdent ainsi un drapeau unique et officiel qui leur permettent d'être identifiés partout à travers le monde. Néanmoins la fonction représentative de cet emblème ne se limite pas à un simple intérêt pratique, il participe aussi de la geste nationale qui ne saurait être neutre. Cette notion de geste nationale est inspirée d'une expression littéraire et médiévale (la fameuse chanson de geste²) suggérant l'idée que la nation, à travers son symbole, véhicule des valeurs considérées comme positives et vertueuses. La geste serait alors une sublimation, une héroïsation³ ; en d'autres termes, une manière pour la nation de se raconter et d'être racontée sous ses plus bas atours.



8 mai 2011, le monument aux morts ainsi que trois symboles forts de la geste nationale : le drapeau, les Poilus, la Croix de Lorraine

² La geste (nom féminin latin tiré de *gesta* ou de *res gestae*, choses faites, événements) est une histoire, une chanson, un poème qui de manière épique relate les actes héroïques d'un illustre personnage mêlant ainsi légendes et mémoires (la chanson de Roland). La geste est également un récit historique rapportant des hauts faits, cf. F.-O. TOUATI (dir.), *Vocabulaire historique du Moyen Age*, Paris, Éd. La boutique de l'Histoire, Paris, 1995, p. 94.

³ Néologisme de l'auteur, rendre héroïque.

Il s'agit plus précisément d'arborer le drapeau lors d'un discours, d'un hommage, d'un rituel afin de légitimer la nation et ses institutions... L'emblème véhicule ainsi les vertus nationales (comme l'unité et sa continuité) autant que ses valeurs (celles sur lesquelles se fondent respectivement les États). En somme, le drapeau contribue à voir une nation, qui par nature est abstraite, de sorte que les nationaux puissent croire en elle (voir pour croire) et en assurer la pérennité. L'utilité anthropologique d'un symbole est, à cet égard, remarquable, comme le note implicitement Émile DURKHEIM : « [...] sans symboles, les sentiments sociaux ne pourraient avoir qu'une existence précaire. [...] Ainsi l'emblématisation, nécessaire pour permettre à la société de prendre conscience de soi, n'est pas moins indispensable pour assurer la continuité de cette conscience. ⁴ »

L'existence des nations nécessite par conséquent des rappels constants appréciés de tous, de manière plus ou moins consciente. Ce drapeau exclusif souligne non seulement ce qu'est la nation, c'est-à-dire son identité mais aussi ce qu'elle a, c'est-à-dire sa souveraineté, exercée – dans le cas qui nous préoccupe – par une République. C'est ce pour quoi le drapeau tricolore est matériellement constitutionnel (A). Or comme d'autres États, la France a constitutionnalisé, de manière formelle, son drapeau national (B). Cette consécration juridique ultime est tout sauf une simple formalité ; elle revêt, en effet, un sens symbolique fort, ni anodin ni circonstanciel. La norme reconnaissant ces drapeaux peut être rangée parmi les normes constitutionnelles contingentes⁵ les plus porteuses de sens puisqu'elle tend à fédérer la nation et à asseoir la légitimité des actions commises au nom de la République, au service de la nation.

A. – Un emblème matériellement constitutionnel

Le drapeau tricolore est l'emblème d'une nation consciente d'une existence à nulle autre pareille. Il est ainsi le signe manifeste de l'affirmation d'une communauté humaine unique et singulière, d'une population qui s'est muée en peuple (avec tout ce que cela suppose de liens de solidarité horizontale) et de son aspiration à être reconnu comme tel. Il existe donc bel et bien un peuple français qui se démarque du reste du monde ; autrement dit, il y a « nous » et les « autres ».

⁴ E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1912, p. 330-331.

⁵ Les dispositions contingentes sont les dispositions qui ne modifient en rien l'organisation des pouvoirs publics. « Aussi péjorative que l'expression contingente puisse paraître, elle ne signifie pas pour autant que les dispositions ainsi qualifiées sont de moindre valeur. Bien au contraire, c'est parce qu'elles revêtent un caractère fondamental pour la communauté politique qu'elles méritent d'être constitutionnalisées. Leur présence dans le corpus constitutionnel est donc le symbole d'une identité et d'une souveraineté affirmées » cf. E. DERDAELE, « La Constitution entre norme et symbole, réflexions sur le constitutionnalisme contemporain », communication présentée lors du VII^e Congrès français de droit constitutionnel dans l'atelier intitulé « Constitution, enseignement et doctrine, Paris, 2008, actes publiés aux éditions Ant. N. Sakkoulas et Bruylant sous la direction de K. MAVRIAS et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Athens, 2009, p. 95-109. Cette communication est consultable in : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC2/DerdaeleTXT.pdf>.

À l'image de ces étendards⁶ plantés dans le sol, le drapeau est dressé se tenant fermement pour faire montre de ses forces et soutenir les prétentions de la nation qu'il représente. C'est alors fière de l'affichage de son identité singulière que la nation signifie la maîtrise de son destin. En effet, la souveraineté trouverait peine à s'exprimer si son titulaire n'était pas en capacité de fédérer l'ensemble des nationaux afin d'imposer son autorité sur l'ensemble du territoire national. A l'instar de tous les symboles officiels des États souverains, le drapeau français soutient l'identité et la souveraineté nationales et par là même son ordre juridique interne. Aussi le drapeau arboré par les institutions, dans les établissements publics ou à l'occasion de cérémonies officielles, est-il le drapeau officiel et constitutionnel en ce qu'il est communément reconnu comme étant l'étendard exclusif non seulement d'une nation (1) mais aussi du souverain (2).

1. – *L'emblème d'une nation*

Une nation, par essence abstraite, ne peut se passer d'identifiants objectifs qui matériellement authentifient son identité et, d'une certaine manière, sa parole.

Le drapeau ainsi que ses diverses déclinaisons : pavillon, étendard, cocarde, écharpe, ceinture, fanion, oriflamme, carte professionnelle nationale, insigne, brassard, écusson, guidon, en-tête (...) exercent, en outre, une fonction pratique de reconnaissance et de ralliement dans un élan unitaire – tout en exprimant un lien de solidarité horizontale entre tous les nationaux. Le drapeau national est en conséquence le même pour tous ; aucun autre ne peut s'y substituer au risque de fragiliser l'unité de la nation.

Mais c'est bien évidemment à la condition expresse d'être le moins contestable, aux yeux du plus grand nombre, qu'il devient l'un des plus efficaces vecteurs de communication politique et institutionnelle.

Un drapeau certes, mais lequel ? Quelle est la principale qualité requise ? De toute évidence, et puisqu'il se doit d'être un symbole, le drapeau idéal doit être fédérateur, c'est-à-dire le marqueur d'une identité commune⁷ traversant, dans la mesure du possible, l'ensemble de la communauté appelée à être représentée et ce dans un dessein d'inclusion. Dans cette logique, les concepteurs éviteront tout signe de division majeure. Aussi, pour être efficace, le drapeau national se doit-il d'être démotique ; autrement dit, être le reflet sensible du peuple. Car sans l'adhésion de celui-ci, le drapeau n'a aucune chance de constituer un objet de reconnaissance, de ralliement, de solidarité, de cohésion et pour tout dire d'unité.

⁶ Etymologiquement le mot étendard vient du « *francique standhard, de stand "action de se tenir debout" [...] L'étendard d'une armée, au Moyen Age, était souvent fiché en terre ("se tenait debout") pendant la bataille en un lieu où tous les combattants pouvaient le voir* », in *Le Robert*.

⁷ L'identité est un terme qui recouvre deux sens. L'un est celui qui met en exergue la qualité de ce qui est identique, commun à l'ensemble de la collectivité considérée, l'autre est celui qui met en exergue la singularité de la personne considérée. La carte d'identité nationale reflète parfaitement cette dualité en ce qu'elle révèle l'appartenance et le rattachement d'un individu à une communauté nationale, tout en le distinguant des autres membres de la communauté par le biais de mentions précises sur son état civil.

Il doit en effet être le signe manifeste de l'unité objective de la nation, tout en jouant sur la subjectivité de ceux auxquels il s'adresse, pour décrocher ainsi son brevet de légitimité. Lorsqu'il cherche à s'imposer, le drapeau national doit chasser le symbole officiel précédent⁸ ; il est, par essence, exclusif et iconoclaste en ce qu'il borne, dans le temps, un *avant* et un *après*. En soi, il est une épiphanie, une annonce et un signe de rupture profond. Il fédère la nation autour de l'idée suivant laquelle le changement doit advenir pour assurer son unité et sa continuité.

Nul doute que le drapeau français est conforme à ces attentes. La France a adopté un emblème fidèle à sa complexion, à ses valeurs et à sa propre émancipation politique. S'agissant de la représentation symbolique de la nation française, il est plus juste de parler des trois couleurs, le drapeau ne s'imposant que postérieurement à la cocarde⁹ (1789) puis au pavillon¹⁰ (1794) : bleu, blanc, rouge.

Ces trois couleurs sont les couleurs des Français pris individuellement et collectivement. Adoptées en juillet 1789, elles symbolisent encore la révolution juridique

⁸ Lors de la fête de l'Unité et de l'Indivisibilité, qui se déroula le 10 août 1793 sur la place de la Concorde, afin de célébrer le premier anniversaire de la chute du trône, les Républicains rendirent hommage à la statue de la Liberté qui venait de remplacer celle du roi puis brûlèrent les symboles de la monarchie (dont le drapeau fleur-de-lysé) avant de libérer une nuée d'oiseaux. Cette scène figure sur un tableau de Pierre-Antoine DEMACHY, exposé aujourd'hui au Musée Carnavalet à Paris. Les cérémonies avaient été orchestrées par un autre peintre, l'un des concepteurs du drapeau tricolore : DAVID. Voir J. CORNETTE (dir.), *Histoire de France*, tome IX, « Révolution, Consulat », Empire, Paris, éd. Belin, 2010, p. 354-356.

⁹ La cocarde était à l'origine le signe d'appartenance à une unité militaire ou à une milice, par la suite elle prit une signification politique. Historiquement, le bleu et le rouge représentaient les couleurs de la ville de Paris, haut-lieu de la Révolution française. LA FAYETTE aurait alors proposé d'y intercaler le blanc pour que l'association de ces trois couleurs représente la nation souveraine. Mais ce blanc était-il le symbole de l'institution monarchique (devenue constitutionnelle) ou celui de la France en tant que nation ? Les avis sur ce point divergent. Une chose cependant est certaine : la cocarde tricolore, adoptée le 15 juillet 1789 et présentée deux jours plus tard au roi de France par le maire de Paris BAILLY, était originellement sans liens avec l'idée de République. C'est donc *a posteriori* que les Français l'ont associée à celle-ci. À noter que le fait de ne pas porter cette cocarde pendant la période révolutionnaire était risquée pour les réfractaires et pouvait conduire à la mort. Enfin la loi des 30 juin et 10 juillet 1791 disposait que le premier drapeau de chaque régiment porterait les trois couleurs.

¹⁰ Décret du 27 pluviôse An II (15 février 1794) : « le pavillon national sera formé des trois couleurs nationales, disposées en bandes verticalement, de manière que le bleu soit attaché à la gable du pavillon, le blanc au milieu et le rouge flottant dans les airs. » Le choix du pavillon fut l'une des premières questions symboliques posées aux révolutionnaires, dès 1790. Mais ce n'est qu'en 1794 – et après maints revirements – que le pavillon actuel de la France a été définitivement adopté et a inspiré le drapeau national (la bannière n'était pas non plus définitivement arrêtée au vu de l'iconographie mémorisant la fête de la Fédération de 1790, les bandes en effet y étaient horizontales). Puis afin d'éviter la confusion avec le pavillon des Provinces unies des Pays-Bas, il fut décidé que les trois bandes tricolores ne seraient pas horizontales mais verticales. Le drapeau tricolore fut de nouveau officialisé par une ordonnance impériale du 6 avril 1812 en tant que symbole de tous les régiments français.

qu'est le transfert de souveraineté du roi à la nation et à ses représentants¹¹. La cocarde tricolore, premier symbole fort de la France révolutionnaire, devient alors un signe de ralliement des Français aspirant au changement, que ce soit, dans un premier temps, en faveur de la monarchie limitée puis, dans un second temps, en faveur de la République (1792). Les trois couleurs couronnent, en somme, l'avènement d'une nouvelle ère constitutionnelle au service d'une nation émancipée d'une dynastie qui régna sur la France, sans discontinuer, depuis 987. Même BONAPARTE, devenu Napoléon en 1804, conserve les trois couleurs sous lesquelles se battent ses Grognaards¹², comme auparavant les volontaires de « la Patrie en danger ». Mais le retour de la branche aînée des BOURBON, en 1814/15, marque aussi celui du symbole fleur-de-lys de l'Ancien Régime, surlignant la légitimité que Louis XVIII puis Charles X estiment tirer des règles dynastiques d'une France ancestrale¹³. Or la Fleur-de-Lys ne résiste pas aux Trois glorieuses de 1830 et à la consécration de la branche cadette des BOURBON en la personne de Louis-Philippe I^{er} qui, étant, non pas roi de France (comme ses prédécesseurs), mais des Français, fait inscrire sans barguigner les trois couleurs dans la charte constitutionnelle de 1830¹⁴, reconnaissant ainsi la souveraineté de la nation. On en oublierait presque la foule insurrectionnelle de février 1848, qui, partagée entre le drapeau rouge et le maintien du drapeau tricolore, était prête à s'entredéchirer. Le tumulte – qui aurait pu alors conduire à la guerre civile – est ainsi narré par Alphonse DE LAMARTINE, acteur direct des événements en tant que membre du gouvernement provisoire :

« Je repousserai jusqu'à la mort ce drapeau de sang [...] car le drapeau rouge que vous nous rapportez n'a jamais fait que le tour du Champ-de-Mars traîné dans le sang du peuple en [17]91 et en [17]93, et le drapeau tricolore a fait le tour du monde avec le nom, la gloire, et la liberté de la patrie !¹⁵ »

¹¹ Un décret du 20 mars 1790 ordonne aux officiers municipaux en fonctions de ceindre une écharpe distinctive aux trois couleurs de la nation.

¹² Mais aucun texte ne fut adopté en ce sens durant l'Empire.

¹³ Les Légitimistes, partisans de la branche aînée des Bourbon, remettent en cause certains acquis révolutionnaires et se rangent encore sous la bannière fleur-de-lysée. Le Duc de Bordeaux (appelé également Comte de Chambord ou Henri V), petit-fils de Charles X, a renoncé au trône sous prétexte qu'il n'acceptait pas de régner sous les couleurs tricolores qu'on cherchait à lui imposer (manifeste de Chambord, 5 juillet 1871, texte intégral *in* <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54528422.image.f2.pagination>).

¹⁴ Le 31 juillet 1830, les représentants du peuple – en présence du général LA FAYETTE (toujours lui) – confient solennellement à Louis-Philippe d'Orléans la lieutenance générale du royaume ainsi que le drapeau tricolore qu'il embrasse sous les acclamations de la foule. Il fera ensuite inscrire une nouvelle disposition à la Charte constitutionnelle au titre des « droits garantis par l'État » : « Article 67. – La France reprend ses couleurs. À l'avenir, il ne sera plus porté d'autre cocarde que la cocarde tricolore ». L'historien Francis DEMIER parle « d'une monarchie tricolore » : « La révolution de 1830 ferme ainsi la porte de la contre-révolution ouverte en 1815 et replace la vie politique française sur les rails de 1789. Le signe le plus fort de l'événement est le retour du drapeau tricolore, qui renoue avec les grandes heures de la Révolution et de la fierté nationale. » *in* *La France du XIX^e siècle : 1814-1914*, Paris, Éd. du Seuil, 2000, p. 121-122.

¹⁵ Alphonse DE LAMARTINE, *Histoire de la Révolution de 1848*, t. 1, Paris, Perrotin libraire-éditeur, 1849, p. 395. La question du drapeau occupe de nombreuses pages de l'ouvrage,

Plus que le symbole d'une nation, le drapeau rouge eût été en effet l'étendard d'une idéologie politique (comme il le devint plus tard dans les régimes socialistes), source de divisions traversant la nation tout entière. Aussi, tout en se démarquant d'une quelconque allégeance idéologique et internationaliste, les trois couleurs offrent-elles l'avantage de symboliser une nation non constitutive d'une communauté ethnique, religieuse ou linguistique particulière. La vision abstraite, universaliste et subjective de la nation française – que l'on retrouve de la même manière dans sa devise de liberté, d'égalité et de fraternité – s'accommode parfaitement du : bleu, blanc, rouge.

Et c'est ainsi que, depuis 1830, et en dépit des soubresauts de l'histoire et des changements de régime, la France a su conserver ses trois couleurs lesquelles sont aujourd'hui associées au régime républicain. En ce sens, le drapeau français est parfaitement ajusté à l'identité constitutionnelle de notre nation, contribuant puissamment aux discours institutionnels d'une République indivisible¹⁶ et laïque¹⁷, laquelle n'a effectivement pas à faire étalage d'un lien supposé ou réel avec un quelconque particularisme ou une quelconque coterie. « *Une nation est une âme, un principe spirituel* » affirmait Ernest RENAN, lors de sa fameuse conférence :

signe de la tension au sein du camp républicain. Finalement, le décret que cherchaient à imposer les partisans du drapeau rouge ne fut pas signé. LAMARTINE avoue dans son témoignage que ce n'est pas lui qui a fini par convaincre les insurgés mais un tribun inconnu. A noter que le 26 février 1848, le gouvernement provisoire fit apposer des affiches proclamant la République dans lesquelles on y vantait les trois couleurs. « [...] *Conservons avec respect ce vieux drapeau républicain dont les trois couleurs ont fait avec nos pères le tour du monde, Montrons que ce symbole d'égalité, de liberté et de fraternité est en même temps le symbole de l'ordre et de l'ordre le plus réel, le plus durable, puisque la justice est la base et le peuple entier l'instrument [...]* » Affiche consultable in <http://www.isere.fr/124-le-26-fevrier-1848-affiche-proclamant-la-republique-francaise-.htm>. Par suite, un arrêté du 7 mars 1848 viendra consacrer officiellement l'emblème tricolore : « *Le pavillon ainsi que le drapeau national sont rétablis tels qu'ils ont été fixés par le peintre David ; en conséquence, les trois couleurs, disposées en trois bandes égales, seront, à l'avenir, disposées dans l'ordre suivant : le bleu attaché à la hampe, le blanc au milieu, le rouge flottant à l'extrémité.* » Cet arrêté ne sera pas abrogé sous le Second Empire et la jurisprudence administrative de la III^e République y fera même référence dans l'arrêt Baldy, concl. CORNEILLE (CE, 1917, rec. p. 637 et suiv., cf. *infra*). Les conclusions du commissaire du gouvernement CORNEILLE sont, à ce propos, une merveille d'érudition et de finesse juridique.

¹⁶ Vision confirmée par le Conseil constitutionnel : « *Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion.* » Conseil constitutionnel 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 13, rec. p. 50.

¹⁷ La loi de séparation des Églises et de l'État fut adoptée en décembre 1905. Mais ce n'est qu'en 1946 que la Constitution française proclamera la République indivisible et laïque. Ces qualités constitutionnelles de la République française ont été confirmées à l'article premier de la Constitution de 1958.

*Qu'est-ce que la nation*¹⁸ ? Reflet d'une identité nationale fondée sur des principes spirituels, le drapeau bleu, blanc, rouge répond donc aux exigences attendues d'un symbole démotique et incontestable de l'identité constitutionnelle française et de l'attachement des Armées à la nation et à la République¹⁹. Dans ce contexte, rien d'étonnant non plus à ce que les parlementaires, en tant que représentants de la nation souveraine, soient également autorisés à arborer l'écharpe tricolore²⁰.



M. le député de la Meuse, Bertrand PANCHER, avec son aimable autorisation.

À noter que le rouge se porte au bord du col pour différencier les parlementaires des maires.

Si l'élu cumule les deux mandats, la préséance veut qu'il porte son écharpe en tant que député

¹⁸ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ? Et autres essais politiques*, Paris, Presses Pocket, 1992, p. 54.

¹⁹ La loi du 6 juillet 1880 instaurant le 14 juillet comme jour de la fête nationale ne faisait certes pas mention du drapeau. Mais la distribution de nouveaux drapeaux à l'Armée fut l'un des deux points d'orgue de la première fête nationale. Il s'agissait de sceller la réconciliation entre l'Armée et la République. Voir http://www.14juillet.senat.fr/toutsavoir/tout_savoir_2.html

²⁰ L'écharpe de la fonction de représentation de la Nation fut créée en juillet 1792 par l'Assemblée législative. Selon la tradition, l'écharpe tricolore doit être portée en sautoir de l'épaule droite au côté gauche, l'ordre des couleurs faisant apparaître le rouge près du col (pour les distinguer des élus municipaux, cf. article D. 2122-4 du Code général des collectivités territoriales). Les députés et sénateurs peuvent donc arborer les signes de leur fonction mais la nature de ces symboles est définie par le bureau de leur Assemblée (cf. art. 160 du règlement de l'Assemblée nationale et 107 du règlement du Sénat).



Carte d'identité du député M. PANCHER, avec son aimable autorisation. Cette carte atteste que son titulaire est un représentant de la nation mais ne saurait lui conférer le droit d'exercer des prérogatives de puissance publique.

Il peut cependant bénéficier lors de cérémonies publiques de la préséance sur d'autres élus



Les élus locaux arborent aussi l'écharpe tricolore, ici lors de la manifestation en vue du maintien de la maison d'arrêt à Bar-le-Duc (voir art. D. 2122-6 du Code général des collectivités territoriales : CGCT). Il s'agit, en l'espèce, d'une pratique courante pour souligner l'implication des élus, qu'ils soient nationaux ou locaux, dans le débat politique

Or si aucune norme juridique n'oblige à ce que les voies ou bâtiments publics pavoièrent sous les couleurs nationales lors des fêtes commémoratives officielles, force est de constater que cette pratique est extrêmement courante et participe d'une longue tradition républicaine²¹. Pourtant à une question qui lui était posée à

²¹ À l'occasion d'une question posée au gouvernement (question n° 50143), le député BIANCHERI souhaite « que soit rappelée aux collectivités l'absolue nécessité de pavoiiser les bâtiments publics lors des journées commémoratives officielles ». La réponse du ministre fut la suivante : « S'agissant du pavoiisement des édifices publics, il y a lieu de préciser que l'article 1^{er} du décret n° 89-655 du 13 septembre 1989 modifié relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires, dispose que les cérémonies publiques sont des cérémonies organisées sur ordre du Gouvernement ou à l'initiative d'une autorité publique. Par ailleurs, si l'article 2 de la Constitution de 1958 dispose que l'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc rouge, aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe les

ce sujet, le ministre de l'intérieur a répondu, qu'en vertu de l'article L. 2122-16 du Code général des collectivités territoriales, il pouvait suspendre un maire qui refuserait de procéder à tel pavoisement²². Cette réponse fait ainsi écho à la jurisprudence du Conseil d'État. Aussi un maire qui refuserait de faire pavoiser les édifices publics de sa commune alors qu'il en a reçu l'ordre est-il susceptible d'être sanctionné²³, le maire n'étant pas seulement un représentant d'une collectivité mais aussi un agent de l'État dans sa commune ; et par conséquent, il lui incombe de contribuer aux commémorations officielles ordonnées par la République.

règles du pavoisement des bâtiments et édifices publics. Seuls l'usage et la tradition républicaine sont pris en considération. C'est ainsi qu'il appartient au Premier ministre, par l'intermédiaire du secrétariat général du Gouvernement, de donner des instructions aux ministres pour le pavoisement des bâtiments et édifices publics soit à l'occasion des cérémonies nationales, ou à l'occasion de la réception de chefs d'État étrangers, soit pour la mise en berne lors de deuils officiels. A l'occasion de chaque fête nationale de la République, conformément aux instructions du secrétariat général du Gouvernement, un message est donc adressé par le ministre de l'intérieur à tous les préfets qui le transmettent ensuite aux services déconcentrés de l'État et aux collectivités territoriales afin qu'il soit procédé au pavoisement des bâtiments et édifices publics. Les préfets sont chargés de veiller au respect de ces instructions qui sont, en principe, bien observées par les collectivités territoriales. » (souligné par nous) in <http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-50143QE.html>

²² Voir la réponse ministérielle présentée au Sénat le 10 novembre 2005, n° 18643. Article L.2122-16 du Code général des collectivités territoriales : « Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'excède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres. Le recours contentieux exercé contre l'arrêté de suspension ou le décret de révocation est dispensé du ministère d'avocat. La révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux ». (souligné par nous).

²³ CE, 1^{er} février 1967, *Cuny, rec.* p. 52, *AJDA* 1967, p. 344-347, note MOREAU. En l'espèce, M. Cuny, maire de Bertrichamps, avait refusé de faire pavoiser sa ville le 18 juin 1964 en vue de la commémoration de l'appel du général DE GAULLE, estimant que l'ordre préfectoral était entaché d'illégalité. Aux fins de sanction, le préfet de Meurthe-et-Moselle prit un arrêté le suspendant de ses fonctions pour une durée d'un mois, arrêté qui fut ensuite contesté, en vain, par M. CUNY, pour excès de pouvoir. Il est à noter que les sanctions ne sont plus du ressort du préfet mais désormais du ministre et que, quelles que soient les circonstances, elles doivent être motivées et exigent au préalable que l'élu puisse s'expliquer. Notons enfin que le maire, en vertu de l'article L. 2122-34 du Code général des collectivités territoriales, est un agent de l'État dans sa commune (voir également l'article L. 211-27 du même Code).



Le pavoisement du monument aux morts, le 8 mai 2011



Le pavoisement de la Préfecture, 7 mai 2011, en vue de la commémoration de la victoire



Le pavoisement de la mairie, le 7 mai 2011



Le pavoisement de la Police nationale, le 7 mai 2011



Le pavoisement de la Communauté de communes, le 7 mai 2011



Le pavoisement de la voie publique, le 8 mai 2011



Le pavoiement d'un service public, celui de l'OPH (Office pour l'habitat), le 7 mai 2011

Toutefois le symbole tricolore n'est pas l'apanage des autorités. Selon les circonstances, il véhicule l'image de *La Liberté guidant le peuple* telle que la dépeint, de manière allégorique, Eugène DELACROIX. Il est ainsi capable de par sa seule puissance évocatrice de, tour à tour : mobiliser les hommes en les aidant à se dépasser²⁴, soulever des foules, exprimer une solidarité, raffermir les volontés, galvaniser les plus indécis, appeler à la résistance ou au changement de régime voire plus prosaïquement supporter des sportifs et fêter leur victoire (comme le 12 juillet 1998, lors de la victoire de l'équipe de France de football en finale de la

²⁴ À noter que, comme pour les régiments, certaines administrations civiles sont distinguées en se voyant attribuer un drapeau tricolore qui leur est spécifique – en ce qu'il mentionne leur appartenance voire une devise singulière. Ce privilège permet de transcender, de souder et d'honorer un corps dans lequel les agents exposent leur vie. Cela accrédite aussi l'idée selon laquelle il existerait un lien privilégié entre la nation et ces corps civils et militaires, prêts à de lourds sacrifices pour la servir. Cf. décret n° 2001-108 du 6 février 2001 fixant l'attribution d'un drapeau à chaque corps départemental de sapeurs-pompiers ; décret n° 2002-557 du 22 avril 2002 fixant l'attribution d'un drapeau au ministère de la justice, administration pénitentiaire ; décret n° 2002-558 du 22 avril 2002 fixant l'attribution d'un drapeau au ministère de la justice, Ecole nationale d'administration pénitentiaire ; décret n° 2002-313 du 26 février 2002 fixant l'attribution d'un drapeau au ministère de l'intérieur, police nationale ; décret n° 2003-411 du 5 mai 2003 portant attribution d'un drapeau à l'unité de recherche, d'assistance, d'intervention et de dissuasion (RAID) ; décret n° 2005-555 du 26 mai 2005 fixant l'attribution d'un drapeau à la direction de la défense et de la sécurité civiles (service du déminage).

Coupe de monde²⁵). Il permet également d'honorer les morts pour la France, de commémorer et de fêter une victoire militaire ou une libération.



En hommage éternel, le drapeau flotte constamment, en la nécropole nationale de Bar-le-Duc, où reposent plus de 3 000 soldats et officiers morts pour la France. La fameuse Voie sacrée qui relie Bar-le-Duc à Verdun débute non loin de ce cimetière.

Le 14 juillet 1944, Radio-Londres exhortait les Français à « hisser les drapeaux tricolores sur les bâtiments publics, les clochers et les cheminées d'usine²⁶ » alors que le territoire n'était pas encore totalement libéré, tandis que le général Leclerc s'engageait à faire hisser le drapeau au sommet de la Cathédrale de Strasbourg, en signe de libération totale de la France²⁷.

Encore très récemment, le drapeau tricolore a été utilisé (pour ne pas dire instrumentalisé) afin d'emporter la décision présidentielle et proposer une intervention armée contre le régime libyen de Mouammar KHADAFI. Ainsi Bernard-Henri LEVY (BHL) a-t-il annoncé au président SARKOZY, dès son retour de la ville rebelle de Benghazi, en mars 2011 : « *Le sang des Libyens éclaboussera le drapeau français qui flotte sur Benghazi. Si ça se trouve, ce drapeau sera leur linceul*²⁸. » Le philosophe réitéra son invocation du drapeau, lors d'un entretien radiodiffusé pour tenter d'emporter le soutien des Français dans cette entreprise

²⁵ De mémoire d'anciens, on n'avait jamais vu un tel engouement tricolore depuis la Libération de 1944.

²⁶ Source : entrée « Drapeau tricolore », in *Dictionnaire d'histoire de France*, Paris, éd. Perrin, 2002, p. 327.

²⁷ Ce qui fut fait en novembre 1944.

²⁸ « *De retour à Paris, BHL rencontre Nicolas Sarkozy. Lors de leur tête-à-tête à l'heure du déjeuner, le philosophe trouve les mots justes : "Le sang des Libyens éclaboussera le drapeau français qui flotte sur Benghazi. Si ça se trouve, ce drapeau sera leur linceul."* », in *Le Figaro magazine* : <http://www.bernard-henri-levy.com/bhl-la-libye-et-sarkozy-recit-d%E2%80%99un-intense-ballet-diplomatique-par-carl-meeus-le-figaro-magazine-du-26-mars-17464.html>.

militaire²⁹. BHL convoque donc le drapeau national pour sensibiliser les Français au drame libyen et leur rappeler implicitement que la France serait le pays des droits de l'homme, de la défense universelle de la liberté... et que le fait de laisser notre drapeau taché du sang des rebelles serait une capitulation de nos valeurs, une sorte de défaite en rase campagne de nos propres idéaux. Force est de constater que la France, qu'elle soit révolutionnaire ou du 3^e millénaire, reste sensible à cette geste nationale qui confine ici au récit de propagande au sens littéral du terme, puisque le mot « propagande » signifie tout simplement une action visant à propager la foi³⁰. Serait-ce la préfiguration d'un nouveau concept : le patriotisme humanitaire armé ?

Il s'avère, au final, tout aussi bien un objet de vie (ou de survie) pour la nation qu'un objet de mort pour les hommes, véritable appel à l'union et à la défense de l'identité, de l'indépendance et des valeurs nationales. C'est donc tant pour des raisons pratiques que spirituelles que nulle communauté humaine, prétendant former une nation souveraine, ne saurait réprimer son désir d'afficher ses propres couleurs, son propre drapeau.

Soulignons enfin que les Français considèrent ce symbole comme étant l'un des éléments incontournables du patrimoine national immatériel auxquels ils sont les plus attachés³¹. Ils se le sont donc appropriés. Or tous n'ont pas forcément conscience du fait qu'il est un symbole constitutionnalisé. Son usage et son respect seraient davantage du ressort d'une tradition républicaine bien intégrée. Il est ainsi le drapeau de la nation, parce qu'il l'est de génération en génération et a su s'imposer à la conscience de tous, qu'ils soient Français ou étrangers (de là à parler de coutume constitutionnelle, vaste débat...).

2. – L'emblème du souverain

Le drapeau officiel est l'objet matérialisant les trois éléments fondamentaux de l'État : *une population*, devenue nation, *un territoire* dans lequel son mât ou sa

²⁹ Interview du 17 mars 2011 sur France Inter de BHL par Patrick COHEN in <http://www.youtube.com/watch?v=PMunBUYi4GA/>

Les partisans de BHL expriment ainsi cette vision sur le site hagiographique de l'auteur, *La règle du jeu* : « BHL, pour sa part, est parvenu à faire basculer l'opinion publique française en une seule interview, jeudi matin, sur France Inter, l'émission matinale la plus écoutée. Il choisit pour cela un pathos puissant, rarement employé, rarement aussi justifié : « Le sang des insurgés de Benghazi coulera sur le drapeaux français, car c'est lui, le drapeau tricolore, qui est suspendu à la façade du bâtiment qui abrite le Conseil National de Transition, sur la Corniche de Benghazi. ». BHL a trouvé là l'image symbolique forte, capable d'émouvoir les Français de toute orientation politique, et même les apolitiques d'ailleurs, et même ceux qui ne le sont pas (Français) ». Voir <http://www.bernard-henri-levy.com/libye-il-est-minuit-mois-cinq-a-benghazi-16936.htm>, ainsi que le site *La règle du jeu* : <http://laregledujeu.org/2011/03/24/5200/sarkozy-kadhafi-la-libye-et-bernard-henri-levy/>

³⁰ Le mot propagande tire son origine du latin : *Congregation de propaganda fide* : « pour propager la foi », source in *Le Robert*.

³¹ Le drapeau constitue l'un des éléments constitutifs de la nation pour 63 % des Français (source CSA/31 octobre 2009), en premier arrive la langue : 80 %, puis la République : 64 %.

hampe prend racine et corps dans la « terre sacrée de la Patrie » et enfin *une souveraineté* dont il est le signe le plus apparent. Aussi la consécration du drapeau est-elle en soi un acte du souverain en tant qu'affirmation originelle de son identité et de sa prétention à exercer la puissance publique sur un territoire donné. A ce propos, des mots comme « pavoisement » ou « pavoiser », très utilisés en vexillologie, tirent leur origine de la glorification des chefs francs hissés sur leur pavois. En prenant de la hauteur, ils affermissaient ainsi leur pouvoir sur leur tribu.

Le drapeau se décline aussi en étendard. Il marque l'emprise et l'ancrage d'une nation sur un territoire, qui s'extirpe du sol pour s'ériger et signifier ainsi à la population la puissance majestueuse de la Nation. Le drapeau sert tout particulièrement à borner un espace et à matérialiser les frontières. La nation souveraine, en effet, marque et délimite son territoire pour éviter toute immixtion extérieure indésirable et y faire appliquer son droit³². Il est ainsi le signe ostensible des liens de solidarité verticale et pour tout dire d'une autorité qui transcende et impose ses vues. En ce sens, il est le symbole manifeste de *l'imperium*, à l'instar du drapeau qui jadis était déployé dans les colonies³³. En d'autres termes, le drapeau et ses déclinaisons véhiculent l'image du droit du souverain.

Lato sensu, les institutions sont particulièrement amenées à « déployer » les trois couleurs à des fins d'efficacité juridique. Aussi le droit pénal, maritime³⁴, militaire et administratif n'ignorent-ils pas cette réalité.

³² Voir l'ouvrage stimulant de R. DEBRAY, *Eloge des frontières*, Paris, Gallimard, 2010.

³³ La conférence de Berlin 1885 posait l'obligation selon laquelle les puissances colonisatrices devaient occuper effectivement leurs possessions territoriales avant de les revendiquer. Il s'ensuivit une véritable course aux drapeaux (ou « course au clocher ») sur le continent africain, censés matérialiser les occupations. Source *Encyclopedia Universalis*, « Conférence de Berlin 1884-85 », Sylvain VENAYRE.

³⁴ Ce qui vaut pour le drapeau vaut pour le pavillon cf. des infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, article 113-3 du Code pénal : « *La loi pénale française est applicable aux infractions commises à bord des navires battant un pavillon français, ou à l'encontre de tels navires, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Elle est seule applicable aux infractions commises à bord des navires de la marine nationale, ou à l'encontre de tels navires, en quelque lieu qu'ils se trouvent.* » L'octroi du pavillon est, par ailleurs, régie par le droit international et la Convention sur le droit de la Mer (dite de Montego Bay) ratifiée par la France, en 1996. « *Article 91 : Nationalité des navires 1. Chaque État fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'État dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'État et le navire. 2. Chaque État délivre aux navires auxquels il a accordé le droit de battre son pavillon des documents à cet effet.* » Le Code des douanes dispose ainsi : « *Article 217. La francisation confère au navire le droit de porter le pavillon de la République française avec les avantages qui s'y attachent. Cette opération administrative est constatée par l'acte de francisation.* » Et la Convention sur le droit de la Mer de préciser : « *Article 92. Condition juridique des navires 1. Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer. Aucun changement de pavillon ne peut intervenir au cours d'un voyage ou d'une escale, sauf en cas de transfert réel de la propriété.* »



Le pavillon d'un bateau de plaisance, port fluvial

Ce sont, en effet, les droits d'un souverain qui interdit, contraint et sanctionne en vue de l'intérêt général et de la défense des institutions républicaines³⁵. Dès lors, l'exercice de prérogatives de puissance publique étant, par essence, exorbitantes du droit commun exige que l'on puisse identifier, à coup sûr, les autorités habilitées à agir et plus particulièrement celles exerçant des pouvoirs régaliens. Même si le fait d'ornez les murs et les façades des administrations et des services publics ne résulte d'aucune norme contraignante, mais bel et bien d'une longue pratique, conforme à la tradition républicaine.



Le drapeau national de la Préfecture est hissé sur chaque façade. Dans les deux cas, il surplombe littéralement les passants et les administrés

té ou de changement d'immatriculation. [...] Article 94. Obligations de l'État du pavillon 1. Tout État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon.[...] ». Le texte de la Convention est consultable in <http://www.un.org/french/law/los/unclos/closindx.htm>.

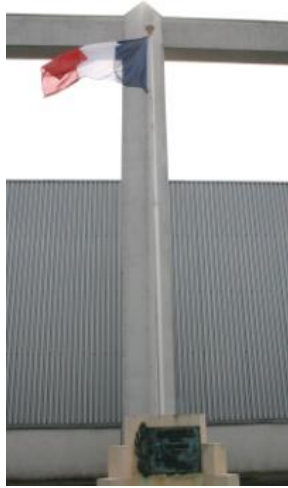
³⁵ Citons l'exemple de l'article premier du Code de déontologie de la police nationale : « *La police nationale concourt, sur l'ensemble du territoire, à la garantie des libertés et à la défense des institutions de la République, au maintien de la paix et de l'ordre public et à la protection des personnes et des biens.* »



Le drapeau de la Police nationale, siège de la direction départementale de la sécurité publique



Le CIRFA, administration de l'armée



Le drapeau du peloton de gendarmerie

« Art. 454 du Code de procédure civile : Le jugement est rendu au nom du peuple français » ; *ici, le Palais de justice*



La maison d'arrêt

Par conséquent, il n'existe pas de moyen plus efficace pour une autorité, prétendant exercer la puissance publique, que de présenter aux administrés et aux autorités les trois couleurs, que ce soit à l'aide de cartes professionnelles officielles, de papiers-à-en-tête des ministères, d'écusson sur les véhicules de l'administration, d'uniforme...



Ecusson des motos de la Compagnie républicaine de sécurité



Ecusson des automobiles de la Police municipale laquelle ne dispose cependant pas des mêmes prérogatives que celles de la Police nationale



Plaque des surveillants pénitentiaires. Au centre, la balance de la Justice



Papier à-en-tête du ministère de la Défense

C'est ainsi que les palais de la République, les ministères, les mairies, les garnisons, les commissariats, les centres pénitentiaires, les palais de justice, les ambassades³⁶, les consulats³⁷ et tout autre administration et service public arborent sur leur fronton l'emblème le plus marquant de la République.

Le drapeau littéralement matérialise la présence d'une autorité publique qui décline néanmoins son identité pour ne pas être confondue. L'intérêt pratique des trois couleurs est à cet égard évident.

De leur côté, les électeurs sont également invités à présenter leur carte électorale barrée des trois couleurs afin d'exercer leur droit de concourir à l'expression de la souveraineté³⁸.

³⁶ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 : « Article 20 : La mission et son chef ont le droit de placer le drapeau et l'emblème de l'État accréditant sur les locaux de la mission, y compris la résidence du chef de la mission, et sur les moyens de transport de celui-ci » http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/9_1_1961_francais.pdf

³⁷ Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 du 24 avril 1963 : « Article 29 : Usage des pavillon et écusson nationaux. 1. L'État d'envoi a le droit d'utiliser son pavillon national et son écusson aux armes de l'État dans l'État de résidence conformément aux dispositions du présent article. 2. Le pavillon national de l'État d'envoi peut être arboré et l'écusson aux armes de l'État placé sur le bâtiment occupé par le poste consulaire et sur sa porte d'entrée, ainsi que sur la résidence du chef de poste consulaire et sur ses moyens de transport lorsque ceux-ci sont utilisés pour les besoins du service. 3. Dans l'exercice du droit accordé par le présent article, il sera tenu compte des lois, règlements et usages de l'État de résidence. » http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/9_2_1963_francais.pdf

³⁸ Article R. 23 du Code électoral : « Une carte électorale valable pour toutes les consultations politiques au suffrage direct est délivrée à tout électeur inscrit sur la liste électorale ». Article R. 24 du même code : « La carte électorale des personnes inscrites sur les listes électorales de la commune qui ont atteint l'âge de dix-huit ans depuis le 1^{er} mars de l'année précédente leur est remise lors d'une cérémonie de citoyenneté. Cette cérémonie est organisée par le maire dans un délai de trois mois à compter du 1^{er} mars de chaque année ; elle ne peut pas être organisée durant la campagne électorale d'une élection concernant tout ou partie du territoire de la commune. Le préfet et le président du tribunal de grande instance, ou leurs délégués, assistent à la cérémonie de citoyenneté. A défaut de remise au cours de cette cérémonie ou lorsque celle-ci n'a pas été organisée, la carte électorale est adressée dans les conditions prévues à l'article R. 25. »



« art. 3 de la Constitution : la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ou par la voie du référendum. »

Les élus, selon les circonstances, sont en outre autorisés voire obligés d'arborer l'écharpe tricolore. Le port de l'écharpe n'est pas neutre et peut avoir des conséquences juridiques majeures, notamment si l'élu agissant dans le cadre de ses fonctions est molesté, menacé ou intimidé. L'auteur d'une telle violence qui aurait alors agit en raison même de la qualité de dépositaire de l'autorité publique de sa victime s'expose à une lourde sanction³⁹.

³⁹ Cependant les élus locaux ne sont pas les seuls concernés par les dispositions de l'article 433-3 du Code pénal : « *Des menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique, Est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens proférée à l'encontre d'une personne investie d'un mandat électif public, d'un magistrat, d'un juré, d'un avocat, d'un officier public ou ministériel, d'un militaire de la gendarmerie nationale, d'un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'inspection du travail, de l'administration pénitentiaire ou de toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, d'un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, [...]* La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende lorsqu'il s'agit d'une menace de mort ou d'une menace d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes. [...] Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende le fait d'user de menaces, de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation pour obtenir d'une personne mentionnée au premier ou au deuxième alinéa soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit qu'elle abuse de son autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ». Voir également, Crim. 23 nov.1999, Bull. crim. n° 270. En l'espèce, une élue ceinte de son écharpe tricolore avait été molestée par Jean-Marie LE PEN et celui-ci avait été condamné. En 1999, la Cour de cassation avait rejeté son pourvoi.



La carte d'identité d'adjoint au maire, délivrée par les services de la préfecture, atteste que son titulaire peut se prévaloir de ses fonctions d'officier d'état civil (art. L. 2122-32 du Code général des collectivités territoriales) et de police judiciaire (art. 16 du Code de procédure pénale) ce qui ne le dispense pas du port de l'écharpe tricolore à franges argentées, si nécessaire (la même carte est attribuée au maire en exercice pour les mêmes raisons). Avec l'aimable autorisation de M. l'adjoint, Didier AYNES.



« Art. D. 2122-4 du CGCT : Les maires portent l'écharpe tricolore avec glands à franges d'or dans les cérémonies publiques et toutes les fois que l'exercice de leurs fonctions peut rendre nécessaire ce signe distinctif de leur autorité [...] », *ici célébration d'un mariage, le maire agissant en tant qu'officier d'état civil. A noter que tous les maires ou adjoints n'arbovent pas cette écharpe lors de la cérémonie, ce qui n'entache pas la légalité du mariage. En outre, et à notre connaissance, aucun officier d'état-civil n'a été sanctionné pour ne pas avoir ceint son écharpe tricolore en procédant à un mariage.*

L'écharpe constitue cependant le seul élément solennel de ce rituel civil

La hauteur et la verticalité du drapeau sont autant de signes distinctifs de la majesté de la nation et de sa personnification juridique : l'État républicain. Le drapeau et, plus largement encore, la vue de toutes ses déclinaisons (comme l'écusson, l'écharpe et les logos : bleu, blanc, rouge) sont alors les signes visibles de la présence d'un service public, d'un régiment combattant pour la France ou d'une autorité publique. Ces trois couleurs sont les instruments à travers lesquels une autorité

pourra exercer ses fonctions⁴⁰, engager les troupes au combat⁴¹ ou contraindre les administrés. Prenons un exemple parmi les plus communs. L'automobiliste qui n'obtempère pas à une injonction d'un fonctionnaire ou d'un agent, lui faisant signe de s'arrêter alors que celui-ci arbore les signes manifestes extérieurs de sa charge (notamment les bandes tricolores d'un véhicule de la police nationale, écussons...) commet un délit⁴². De plus, en vertu de l'article 25-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité : « *Les personnels de la police nationale revêtus de leurs uniformes ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité sont autorisés à faire usage de matériels appropriés pour immobiliser les moyens de transport dans les cas suivants :- lorsque le conducteur ne s'arrête pas à leurs sommations ; - lorsque le comportement du conducteur ou de ses passagers est de nature à mettre délibérément en danger la vie d'autrui ou d'eux-mêmes ; - en cas de crime ou délit flagrant, lorsque l'immobilisation du véhicule apparaît nécessaire en raison du comportement du*

⁴⁰ Article D. 2122-6 du Code général des collectivités territoriales : « *Le port de l'insigne officiel des maires aux couleurs nationales, dont l'usage est facultatif, est réservé aux maires dans l'exercice de leurs fonctions et ne dispense pas du port de l'écharpe lorsque celui-ci est prescrit par les textes en vigueur* ». Article D. 2122-5 du même code « *L'insigne officiel des maires aux couleurs nationales est conforme au modèle ci-après : " Sur un fond d'émail bleu, blanc et rouge portant "MAIRE" sur le blanc et "R.F." sur le bleu ; entouré de deux rameaux de sinople, d'olivier à droite et de chêne à senestre, le tout brochant sur un faisceau de licteur d'argent sommé d'une tête de coq d'or barbée et crêtée de gueules.* " ». Article D. 2122-4 du Code général des collectivités territoriales : « *Les maires portent l'écharpe tricolore avec glands à franges d'or dans les cérémonies publiques et toutes les fois que l'exercice de leurs fonctions peut rendre nécessaire ce signe distinctif de leur autorité. Les adjoints portent l'écharpe tricolore avec glands à franges d'argent dans l'exercice de leurs fonctions d'officier d'état civil et d'officier de police judiciaire, et lorsqu'ils remplacent ou représentent le maire en application des articles L. 2122-17 et L. 2122-18. Les conseillers municipaux portent l'écharpe tricolore avec glands à franges d'argent lorsqu'ils remplacent le maire en application de l'article L. 2122-17 ou lorsqu'ils sont conduits à célébrer des mariages par délégation du maire dans les conditions fixées par l'article L. 2122-18. L'écharpe tricolore peut se porter soit en ceinture soit de l'épaule droite au côté gauche. Lorsqu'elle est portée en ceinture, l'ordre des couleurs fait figurer le bleu en haut. Lorsqu'elle est portée en écharpe, l'ordre des couleurs fait figurer le bleu près du col, par différenciation avec les parlementaires.* »

⁴¹ C'est même une nécessité absolue pour les navires en surface et aéronefs au combat. Article D. 3223-44 du Code de la défense, créé par le décret n° 2008-1219 du 25 novembre 2008 – art. (V) « En aucun cas le commandant d'élément de force maritime ne doit engager le combat sans pavillon ou sous un autre pavillon que le pavillon français ou, dans le cas des aéronefs, sans les marques distinctives de nationalité. Cette disposition ne s'applique pas aux sous-marins en plongée ni aux formations de combat à terre. » (souligné par nous).

⁴² Article L.233-1 du Code de la route : « *I. Le fait pour tout conducteur d'omettre d'obtempérer à une sommation de s'arrêter émanant d'un fonctionnaire ou agent chargé de constater les infractions et muni des insignes extérieurs et apparents de sa qualité est puni de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. [...] III. Ce délit donne lieu de plein droit à la réduction de la moitié du nombre maximal de points du permis de conduire.* » Voir également l'article L.233-1-1. Article L.233-3 du même code : « *I. – Le fait pour tout conducteur de refuser de se soumettre à toutes vérifications prescrites concernant son véhicule ou sa personne est puni de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende.[...]* »

conducteur ou des conditions de fuite. Ces matériels doivent être conformes à des normes techniques définies par arrêté ministériel ».



La vue d'un véhicule de police aussi ostensible est une incitation à la prudence. Il n'y a pas que la fameuse « peur du gendarme ». Ici, le capot d'un véhicule de la Police nationale



Écusson des automobiles de la Police nationale

Il est vrai cependant que le port de l'uniforme ou la présence de véhicules tricolores sont les signes les plus ostensibles de la fonction et de la compétence des agents de la force publique, c'est pourquoi l'article 113-20 de l'arrêté portant règlement général d'emploi de la police nationale dispose : « [L]ors d'opérations de police, à défaut d'être revêtus de leur tenue d'uniforme, les fonctionnaires de police doivent être porteurs, de façon visible, de l'un des moyens matériels d'identification dont ils sont dotés [écussons, carte tricolore...]. Ils ne peuvent en être dispensés que sur les instructions expresses de l'autorité commandant l'opération ou, s'agissant de missions pour l'accomplissement desquelles la discrétion doit être privilégiée, sur celles du responsable de dispositif » et l'article 114-2 du même arrêté de préciser : « [s]auf nécessité de service, les fonctionnaires actifs de la police nationale sont porteurs de leur carte professionnelle pendant le temps d'exercice de leurs fonctions, même lorsqu'ils les accomplissent en tenue d'uniforme. Ladite carte ne peut être utilisée que pour l'exercice de la fonction ou l'accomplissement d'un acte rattachable à celle-ci, y compris lors de missions à l'étranger⁴³ ». Les écussons sur les uniformes constituent, par conséquent, un

⁴³ Suite de l'article 113-20 de l'arrêté, *op.cit.* : « Elle est déposée au service préalablement à tout séjour privé à l'étranger. Toute reproduction, à quelque fin que ce soit, en est stricte-

moyen efficace d'identification, à défaut de tels signes extérieurs, la carte professionnelle de la police mais aussi celle de la gendarmerie, toutes deux frappées des trois couleurs, permettront à leur titulaire de se présenter en qualité d'agent ou d'officier dans l'accomplissement de leur service. En effet, lorsque ceux-ci se présentent, ils ne le font pas en leur nom propre mais en tant que fonctionnaire ou agent exerçant telle ou telle fonction et les autorisant, pour les besoins de service, à bénéficier de l'assistance de la force publique. La carte de police mentionne ainsi : « *les autorités civiles et militaires sont invitées à laisser passer et circuler librement le titulaire de la présente carte qui est autorisé à requérir pour les besoins du service l'assistance de la force publique* » alors que celle de la gendarmerie est plus laconique : « *le titulaire de la présente carte est autorisé à requérir l'assistance de la force publique pour les besoins de service* ». Toutes deux constituent, en dépit de leurs légères différences, les signes manifestes des prérogatives de la puissance publique, en l'occurrence celles de la force publique. L'efficacité des signes tricolores est, en ce sens, remarquable dans la mesure où des personnes n'ayant reçu aucune formation juridique, y compris des enfants, comprennent spontanément que ces symboles officiels peuvent justifier, de la part de ceux qui les exhibent, l'exercice d'une autorité légale.

Autre exemple, obligation est faite aux autorités habilitées à sommer une foule (qui porterait atteinte à la paix publique) de se disperser avant l'emploi de la force publique, de porter : qui une écharpe tricolore (pour les autorités civiles), qui le brassard tricolore (pour les autorités militaires)⁴⁴. Car, sauf cas de force majeure, la matérialisation de l'insigne tricolore est substantielle quant à la validité de la sommation⁴⁵. Autrement dit, les trois couleurs sont des outils d'identification

ment interdite. Il en est de même pour l'ensemble des cartes, documents ou attestations mis à la disposition des fonctionnaires pour leur permettre d'exercer leur mission. Tout manquement à l'une quelconque de ces obligations constitue une faute disciplinaire, sans préjudice de l'application, le cas échéant, de la loi pénale » C'est la raison pour laquelle l'auteur n'a pas été autorisée à photographier l'une de ses cartes. Les raisons de sécurité sont, en effet, évidentes. Il s'agit d'éviter l'édition de fausses cartes qui ressembleraient à s'y méprendre à des vraies.

⁴⁴ Article R.431-2 du Code pénal relatif aux autorités habilitées à sommer la foule de se disperser avant l'emploi de la force publique : « *les autorités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 431-3 doivent, pour procéder aux sommations, porter les insignes suivants :- le préfet ou le sous-préfet : écharpe tricolore ; - le maire ou l'un de ses adjoints : écharpe tricolore ; - l'officier de police judiciaire de la police nationale : écharpe tricolore ; - l'officier de police judiciaire de la gendarmerie nationale : brassard tricolore* ».

⁴⁵ Cass. crim. 4 déc. 1903, DP 1903.1.623/Article 431-3 du Code pénal : « *Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public. Un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser demeurées sans effet, adressées par le préfet, le sous-préfet, le maire ou l'un de ses adjoints, tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique, ou tout autre officier de police judiciaire, porteurs des insignes de leur fonction. Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai. Toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent. Les modalités*

d'appartenance à une autorité habilitée à exercer une contrainte⁴⁶ ou une prérogative de puissance publique.



L'écharpe du maire aux franges dorées dont le port, selon les circonstances, est tantôt obligatoire (lorsque le maire agit en tant qu'officier d'État civil ou de police judiciaire, voir R431-2 du Code pénal), tantôt facultatif lors de manifestations politiques ou syndicales (il s'agit d'une pratique courante).

d'application des alinéas précédents sont précisées par décret en Conseil d'État, qui détermine également les insignes que doivent porter les personnes mentionnées au deuxième alinéa et les conditions d'usage des armes à feu pour le maintien de l'ordre public ». Article R.431-1 du même code : « Pour l'application de l'article 431-3, l'autorité habilitée à procéder aux sommations avant de disperser un attroupement par la force : 1° Annonce sa présence en énonçant par haut-parleur les mots : " Obéissance à la loi. Dispersez-vous " ; 2° Procède à une première sommation en énonçant par haut-parleur les mots : " Première sommation : on va faire usage de la force " ; 3° Procède à une deuxième et dernière sommation en énonçant par haut-parleur les mots : " Dernière sommation : on va faire usage de la force ". Si l'utilisation du haut-parleur est impossible ou manifestement inopérante, chaque annonce ou sommation peut être remplacée ou complétée par le lancement d'une fusée rouge. Toutefois, si, pour disperser l'attroupement par la force, il doit être fait usage des armes, la dernière sommation ou, le cas échéant, le lancement de fusée qui la remplace ou la complète doivent être réitérés ». Voir également D. PERROUDON, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Attroupement 48- (dernière mise à jour : décembre 2010).

⁴⁶ À noter l'existence d'une véritable police du pavillon. Article D. 3223-53 du Code de la Défense, créé par le décret n° 2008-1219 du 25 novembre 2008 – art. (V) : « Les commandants de zone maritime sont chargés : [...] 3° [...] de la police du pavillon et, lorsqu'il est mis en œuvre, du contrôle naval ; [...] »



Echarpe des adjoints au maire identifiable à ses franges argentées.



Brassard des officiers de police judiciaire de la gendarmerie dont le port est obligatoire en cas de dernière sommation de la foule avant l'usage de la force, art. R431-2 du Code pénal. À noter que, selon Max WEBER, l'État détient le monopole de la violence légitime.

Elles facilitent l'application du privilège du préalable, principe selon lequel les actes de l'administration civile ou militaire sont présumés légaux et ne requièrent pas aux fins d'exécution l'autorisation préalable d'un juge (même si par la suite, ces actes peuvent être contestés devant les juridictions). Aussi toute personne qui usurperait les trois couleurs aux fins de tromperie est-elle passible de lourdes sanctions (cf. *infra*. Partie 2. B.1.a).

Pour conclure, le drapeau tricolore – symbole de la nation et des autorités appelées à la représenter et à exercer une quelconque autorité en son nom – est bel et bien l'emblème officiel (donc matériellement constitutionnel) de la République française. Il est « *le drapeau de l'ordre social* »⁴⁷. En tant que tel, il véhicule un discours qui ne saurait être neutre. A l'origine, objet matérialisant la présence d'une force armée, il est devenu non seulement l'objet d'une vénération transcendant la nation mais aussi l'instrument des pouvoirs publics. Or au regard du droit, la consécration constitutionnelle de l'emblème national n'est pas impérative pour s'imposer, le drapeau tricolore tirant sa légitimité de sa fonction représentative,

⁴⁷ Le drapeau tricolore est « *par opposition à l'étendard sanglant de l'anarchie, le drapeau de l'ordre social* ». Formule de FALLOUX citée in « Dictionnaire d'histoire de France », Paris, Ed. Perrin, Paris, 2002, in entrée « Drapeau tricolore », p. 327.

reconnue de tous. Ce n'est donc pas le Constituant de 1958 qui fit du drapeau national un symbole constitutionnel. Mais alors pourquoi l'inscrire dans la Constitution ?

B. – Un drapeau formellement constitutionnel

Depuis la Révolution, le formalisme juridique participe puissamment de la culture nationale. Pour les Français, écrire le droit, c'est conjurer le désordre. En ce sens, la Constitution formelle est une norme et un symbole de l'État souverain. La Constitution, à l'image du drapeau national, sous-tend un discours et des valeurs censés transcender la nation et assurer la continuité de l'État⁴⁸. Rédiger une Constitution revient donc à conjurer l'instabilité et la division nationales ; tandis que rendre formellement intangible l'emblème national revient à conjurer la remise en cause de la légitimité des autorités, habilitées à agir au nom de la nation souveraine⁴⁹. La formalisation du symbole lie de manière inextricable : la nation, la République et l'ordre public constitutionnel. Toutefois que l'on ne s'y trompe pas : c'est bien davantage la Constitution qui a besoin du drapeau tricolore pour être légitime que l'inverse. Imaginons, par l'absurde, que le Constituant de 1958 ait inscrit l'emblème fleur-de-lysé comme emblème national, nul doute que le projet constitutionnel n'aurait jamais été approuvé par le peuple français ! L'idée même qu'il aurait pu créer *ex nihilo* un emblème autre que celui des trois couleurs paraît tout aussi grotesque. Le drapeau bleu, blanc, rouge s'est imposé de lui-même en 1958.

Ce qui n'était certes pas le cas en 1830 lorsque le roi des Français fit inscrire la cocarde tricolore dans la Charte constitutionnelle. Cette formalisation symbolisait alors la volonté de renouer avec l'idéal révolutionnaire ; c'est-à-dire l'idée selon laquelle c'était bien la nation qui était souveraine et unique source de légitimité. En 1946, le contexte était quelque peu différent. La France d'après-guerre, traumatisée par la contre-révolution juridique du régime de Vichy, souhaitait marquer la restauration de la légalité républicaine, amorcée sous l'empire de l'ordonnance du 9 août 1944. Ainsi la IV^e République – contrairement à la précédente qui s'était achevée tragiquement le 10 juillet 1940 – entendait-elle marteler les valeurs républicaines dans sa Constitution. Rappeler, comme dans la loi constitutionnelle du 14 août 1884, que la forme républicaine du gouvernement ne saurait être amendée ne lui

⁴⁸ Le symbole est, comme le droit, un discours mais il peut rendre d'autant plus efficace le discours de légitimation de celui-ci. Pour approfondir lire Danièle LOSCHAK, « Le droit, discours du pouvoir », in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429. « [...] le droit concourt d'autant plus efficacement à assurer l'emprise du pouvoir sur le corps social qu'il constitue simultanément un puissant facteur de légitimation. Le droit a ainsi cette particularité d'occulter le mécanisme d'une domination à laquelle il participe directement ; il légitime la contrainte qui, contenue par des normes juridiques, ne saurait être abusive ou arbitraire, il légitime l'ordre social existant et, par voie de conséquence, le pouvoir qui en est l'énonciation et le garant, en mettant en scène des sujets de droit libres et égaux ; il s'autolégitime, enfin, en se donnant à voir comme l'expression de la volonté générale ».

⁴⁹ Le cas français n'est cependant pas marginal. D'autres États ont constitutionnalisés leur drapeau national, comme l'Espagne, l'Italie, l'Allemagne et la Belgique... contrairement aux pays de culture anglo-saxonne.

suffisait plus. L'approbation populaire des projets constitutionnels de 1946 et de 1958 a donc ratifié la constitutionnalisation de l'emblème national et les valeurs qui s'y attachent, leur conférant une légitimité qui ne serait plus seulement *de facto* mais aussi *de jure*. Ce formalisme est donc un défi lancé au temps et à l'oubli. Au sortir de la seconde guerre mondiale, la République entendait ainsi renouer avec la mystique de la nation éternelle, laquelle trouvait sa traduction juridique dans les principes constitutionnels de souveraineté nationale et de continuité de l'État. Pour preuve, les Constituants de la IV^e et de la V^e Républiques ont inscrit l'emblème national dès l'article 2 du titre premier de la Constitution, intitulé « *de la souveraineté* », article dans lequel on retrouve également posés l'hymne et la devise « *liberté, égalité, fraternité* », et ceci avant même l'énoncé du principe de souveraineté nationale figurant à l'article 3.

« Titre I – De la Souveraineté »

Article 2. – La langue de la République est le français.

L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L'hymne national est la Marseillaise.

La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité".

Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. [...]. »

Exempts de tout discours historique ou de légitimation qui serait effectivement superfétatoire, les symboles de l'identité, de la souveraineté nationales et républicaines sont simplement énoncés. Le drapeau tricolore y est décrit *a minima*, le Constituant ne faisant que décliner ses trois couleurs constitutives, comme si l'emblème national était en soi une évidence⁵⁰. Notons également que tous ces symboles ne sont pas relégués à la fin de la Constitution⁵¹. Leur place est en elle-même symptomatique en ce qu'elle souligne une préséance. Si l'on considère la Constitution comme un discours, on note alors que les droits et libertés constitutionnellement garantis ainsi que les principes et symboles républicains précèdent l'énoncé des différents statuts et compétences dévolus aux pouvoirs publics. Cette préséance dans le corpus constitutionnel n'est pas neutre. C'est un rappel de ce pour quoi les autorités sont légitimes à exercer leurs prérogatives. Remettre en question les valeurs et les symboles reviendrait pour elles à perdre leur légitimité. Gouverner, légiférer, juger impliquent, en effet, de respecter ces principes et va-

⁵⁰ La Constitution de la IV^e République fut la première à constitutionnaliser le drapeau tricolore, mais elle se révèle plus rigoureuse quant à son descriptif faisant ainsi mention de « *trois bandes verticales d'égales dimensions* » (art. 2 de la Constitution française de 1946). Notons néanmoins que parmi les principes de la loi du 3 juin 1958 que devaient impérativement respecter le projet constitutionnel, rien n'avait trait à l'emblème national. Précisons également qu'afin de compenser un effet d'optique, les bandes verticales peuvent être de dimensions inégales, c'est notamment le cas du pavillon (depuis le milieu du XIX^e siècle) et du drapeau arboré lors des allocutions télévisées du président de la République.

⁵¹ Par comparaison, la Charte de 1830 ne fait figurer la cocarde tricolore qu'à l'article 67 dans la rubrique : « *droit public des Français* ».

leurs véhiculés par les symboles. Il apparaît ainsi que ce discours constitutionnel de portée symbolique s'adresse tant aux pouvoirs et autorités publics qu'aux citoyens.

Ces symboles ainsi posés ne peuvent être amendés par une simple loi. Ils sont non seulement enchâssés⁵² dans le bloc de constitutionnalité mais également hissés au sommet de l'ordre symbolique national, de manière à leur assurer la primauté sur tout autre symbole (cf. partie 2). Constitutionnaliser des symboles est par conséquent en soi un acte hautement symbolique puisqu'il revient à les sanctuariser au sein de la norme suprême et fondamentale d'une nation. Seule une révision constitutionnelle pourrait en effet les modifier ou les rétrograder dans l'ordre symbolique⁵³ et nécessiterait soit, une approbation du peuple français soit, l'accord des 3/5^e des suffrages exprimés au sein du Congrès (selon les procédures envisagées à l'article 89 de la Constitution). Mais l'hypothèse paraît, pour l'heure, unimaginable. L'intangibilité du drapeau tricolore est donc assurée... sauf révolution politique et juridique majeure (l'avenir n'étant jamais certain et une Constitution, par nature, précaire). Si tel était le cas, la Constitution qui serait ainsi emportée ne pourrait rien y changer. Au final, une Constitution, comme tout symbole, ne tient que par le consentement ou la servitude des gouvernés. Ce n'est donc pas une simple Constitution qui peut, à elle seule, garantir la pérennité d'un symbole qui serait effectivement perçu comme l'instrument de légitimation d'un ordre constitutionnel honni et qui, en tant que tel, pourrait être le premier battu en brèche dans un vaste élan révolutionnaire et iconoclaste. L'attachement au symbole ne saurait trouver sa justification dans le simple respect du droit. Mais dans l'hypothèse d'un mouvement révolutionnaire, l'on peut tout aussi bien concevoir que l'emblème soit conservé, dans la mesure où il demeurerait un ferment de l'unité nationale ; tandis que le régime politique serait, quant à lui, démantelé⁵⁴. Dans ce cas, le symbole aura démontré sa supériorité symbolique sur la norme constitutionnelle.

En définitive, le caractère constitutionnel de l'emblème national implique que les trois couleurs soient associées aux yeux de tous, Français comme étrangers, à la République française. Elles sont ainsi utilisées afin d'authentifier qui, une autorité habilitée à agir et à la représenter qui, un acte adopté par une telle autorité. L'emploi d'une telle combinaison de couleurs n'est donc pas sans incidences juridiques et justifient amplement l'existence d'une législation et d'une réglementation spécifiques. Il s'agit d'asseoir l'ordre juridique et de le faire respecter. Le Conseil constitutionnel fit d'ailleurs référence à l'article 2 de la Constitution lorsqu'il dû se

⁵² Le verbe enchâsser est adopté à dessein. Enchâsser sous-entend que l'on sertit la Constitution d'un objet précieux car sacré.

⁵³ L'hypothèse la moins improbable consisterait à assurer la primauté du drapeau européen et de *L'hymne à la joie* sur le drapeau tricolore et *La Marseillaise* ; ce qui, dans cette hypothèse, relèverait d'une révolution juridique.

⁵⁴ Les événements du printemps 2011 survenus en Tunisie illustrent parfaitement cette assertion. Voir É. DERDAELE, « Le drapeau tunisien, emblème du printemps arabe », chronique constitutionnelle, à paraître in *Civitas Europa*, juin 2011.

prononcer sur la constitutionnalité du délit d'outrage au drapeau (*cf. infra*, partie 2, B)⁵⁵.

Si l'emblème national est constitutionnalisé cela signifie-t-il que les particuliers puissent prétendre exercer une liberté constitutionnelle en tant que telle en l'arborant ? Non, en vérité, bien que l'emblème soit officiellement celui de la nation, il n'existe pas expressément un « droit au drapeau ». Mais toute personne privée (physique ou morale) peut pavoiser aux couleurs nationales (ou autres couleurs) au nom de la liberté d'expression. Pavoiser aux couleurs nationales revient à exprimer, selon les circonstances : son soutien à la nation, sa solidarité, son appartenance à la communauté nationale, sa fierté de voir une équipe nationale triompher... Cependant et contrairement aux Américains, force est de constater que les Français sont assez rétifs à de telles manifestations patriotiques d'ordre privé, tout au plus, encouragent-ils les sportifs français dans les stades en déployant leur drapeau ou en se peignant le visage des trois couleurs.



Le pavoisement d'un particulier, le 8 mai 2011.

Il s'agit du seul drapeau que nous ayons vu déployé chez un particulier

Dans les faits, l'emblème tricolore est davantage revendiqué par les institutions républicaines comme étant le signe de leur présence et de leur autorité ou, dans le cadre des cérémonies publiques, comme étant la manifestation de la geste nationale. Mais là aussi, ce déploiement de drapeaux demeure très largement sous leur contrôle.

Reste la question du respect de la charte graphique du drapeau et de ses déclinaisons. Plus précisément, peut-on faire figurer puis exhiber sur l'emblème national (ou ses déclinaisons), d'autres emblèmes sans encourir d'interdiction de la part de l'autorité de police ? Constatons d'emblée qu'aucune norme prohibe une telle association ; et rappelons enfin que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception, et partant tout est affaire de contexte. L'interdiction est légale si elle est circonscrite à la voie publique et à ses dépendances, car elle est de nature à troubler l'ordre public. Si un cortège se forme pour arborer de tels symboles, on

⁵⁵ Conseil Constitutionnel DC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 102.

peut légitimement craindre des tensions tout au long du parcours voire des rixes. L'interdiction est, en revanche, illégale si elle vise l'exhibition en des lieux qui, bien qu'ouverts au public, ne constituent pas une dépendance du domaine public (comme une église, un café...), à moins que ces emblèmes ne revêtent effectivement un caractère séditionnel voire nazi⁵⁶. Cependant aucun motif d'ordre public ne peut être invoqué à l'encontre d'actes purement individuels comme le port d'insignes associés aux couleurs nationales (comme un pin's, une cravate, un écusson...), y compris sur la voie publique⁵⁷, sauf s'ils prêtent à confusion en raison de leur ressemblance avec des insignes réservés aux seules autorités (cf. *infra*, partie 2, § 2. 1 sur l'interdiction d'usurpation tricolore) ou s'ils sont liés à l'idéologie nazie. En l'absence de textes formels (loi, décret), rien dans l'absolu n'interdit donc aux personnes privées de s'approprier les trois couleurs et de les décliner à leur manière. La Constitution et la loi sont à ce sujet, totalement muettes, et les personnes peuvent ainsi faire valoir leur liberté d'expression de valeur constitutionnelle.

⁵⁶ « Code pénal : Des contraventions de la 5^e classe contre la nation, l'État ou la paix publique. Section 1 : Du port ou de l'exhibition d'uniformes, insignes ou emblèmes rappelant ceux d'organisations ou de personnes responsables de crimes contre l'humanité. Article R. 645-1, modifié par décret n° 2010-671 du 18 juin 2010 – art. 4 : « Est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe le fait, sauf pour les besoins d'un film, d'un spectacle ou d'une exposition comportant une évocation historique, de porter ou d'exhiber en public un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant les uniformes. Les insignes ou les emblèmes qui ont été portés ou exhibés soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, soit par une personne reconnue coupable par une juridiction française ou internationale d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité prévus par les articles 211-1 à 212-3 ou mentionnés par la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 [...] ». (souligné).

⁵⁷ CE, 10 août 1917, *Baldy*, rec. p. 636-646, concl. CORNEILLE. CE, 8 février 1918, *Mlle Le Tourneur*, rec. p. 106-107. Voir également la Circulaire signée de Raymond MARCELLIN, du 27 octobre 1970, n° 70-476 sur l'utilisation du drapeau national à l'occasion de quêtes ou manifestations sur la voie publique et qui s'inspire de la jurisprudence *Baldy*. « *Mon attention a été appelée sur l'utilisation regrettable qui est parfois faite du drapeau national à l'occasion de quêtes ou manifestations politiques ou partisans sur la voie publique. Il importe de limiter dans toute la mesure du possible le renouvellement de faits de l'espèce [...]* Les exhibitions sur la voie publique d'insignes ou d'emblèmes associés aux couleurs nationales, sont d'une manière générale, de nature à compromettre la sûreté et la tranquillité publique; [...] elles peuvent donc être interdites. »



Ici l'insigne de l'association « souvenir français » brodé sur une cravate et photographié lors du 8 mai, à l'occasion de la commémoration de la victoire. Cet insigne, associant le glaive aux trois couleurs, est arboré par les anciens combattants membres de l'association

C'est ainsi en l'occurrence que les associations, les entreprises, les fédérations sportives nationales⁵⁸ peuvent sans encourir le moindre interdit arborer les couleurs tricolores.



Logo de l'AFDC. Il est loisible aux associations de décliner les couleurs nationales dont l'usage n'est pas un monopole des pouvoirs publics, à condition de ne pas en reproduire les déclinaisons officielles.

Que seraient enfin Miss France, sans son écharpe tricolore (flanqué de son titre pour ne pas être confondue avec d'autres élues), le champion de France cycliste sans son maillot tricolore ou les meilleurs ouvriers de France sans leur col tricolore ? L'identification à la nation dans ces cas d'espèce sont des marques de distinction et d'excellence. C'est aussi l'idée selon laquelle la nation serait porteuse de valeurs et de vertus, et partant, désireuse de distinguer ses enfants parmi les plus méritants.

Où l'on voit surtout que le drapeau national est davantage qu'un bout de tissu coloré, flottant selon les caprices du vent ; il est une évocation puissante de la communauté politique qu'il est censé représenter. Sa vue doit susciter des *stimuli* chez le récepteur, lui rappelant son appartenance à une collectivité qui le transcende, ainsi que ses droits et obligations qui l'unissent à l'État et à ses concitoyens. Dès lors, cet objet ô combien matériel jouit (ou pas) de l'affection des hommes. La

⁵⁸ On imagine mal en effet qu'une équipe nationale puisse troquer les trois couleurs et pourtant, en 2011, pour des raisons probablement de marketing, l'équipe de France de football a porté en guise de maillot une marinière ! Sans commentaire.

relation que nous entretenons individuellement et collectivement avec notre drapeau national n'est ainsi jamais neutre ; elle peut même se révéler passionnelle – concrétisant, selon les circonstances, notre adhésion à la nation et à la République ou, au contraire, notre détachement voire notre franche hostilité à l'égard de ce que nous évoque le drapeau. C'est dire si la question de l'emblème national – question à la fois sensible et politique – est soumise à diverses interprétations. Rien étonnant, de surcroît, que des Constituants – soucieux d'assurer la stabilité du corps politique et de son ordre juridique – entendent sanctuariser l'emblème national ; ce qui revient à consacrer définitivement un drapeau dont la vocation est de représenter la Nation et son identité mais aussi la République, ses fondements et ses valeurs. Sanctuariser l'emblème national est une chose – elle permet ainsi aux autorités qui s'en prévalent d'asseoir leur légitimité à agir – mais sacraliser en est une autre, puisqu'elle consiste à prescrire des comportements et en interdire formellement d'autres au nom du respect dévolu à cet emblème et aux trois couleurs.

II. – LA SACRALISATION DU DRAPEAU TRICOLORE

Comme le notait si justement Émile DURKHEIM : « [...] *la partie rappelle le tout, elle évoque aussi les sentiments que le tout rappelle. Un simple fragment du drapeau représente la patrie comme le drapeau lui-même : aussi est-il sacré au même titre et au même degré*⁵⁹. »

Il existe effectivement un lien « synecdotique » (la partie rappelle le tout) et métonymique entre le drapeau tricolore et la nation qu'il représente. Spontanément aux yeux de l'observateur, ce lien est une évidence d'une logique imparable. Les trois bandes verticales : bleu, blanc, rouge évoquent forcément la France ou ce qui est français. Le drapeau est l'expression symbolique de la nation, dont il est la référence visible et matérielle la plus connue à travers le monde. Il participe, nous l'avons vu, de la geste nationale et facilite le rappel constant que les autorités publiques doivent agir dans l'intérêt de tous et partant sont compétentes pour adopter certaines décisions. Le drapeau et les trois couleurs sont ainsi l'image du droit et de l'ordre public constitutionnel. Ils exercent une fonction quasi magique et quotidienne qui permet notamment aux autorités de se prévaloir de ces symboles pour légitimer les contraintes exercées sur les personnes qui s'y soumettent, bon gré, mal gré, dans la quasi-totalité des cas. Pourtant il demeure bien des résistances et rien n'est jamais acquis. Le sentiment national peut se déliter ainsi que la majesté de l'État auprès de la population.

Porter atteinte de quelque manière que ce soit aux trois couleurs peut alors être considéré comme une attaque en règle contre la nation, la République, l'État, c'est-à-dire la population, son régime politique et son ordre juridique. Or une telle remise en question est difficilement supportable pour le souverain. Il importe dès lors de protéger ce symbole et écarter tout comportement profane qui souillerait l'image même de la nation et de ses institutions. Aussi tous les États sont-ils désireux de condamner les actions qui entacheraient leur légitimité ; et la France n'y fait évidemment pas exception.

⁵⁹ É. DURKHEIM, « Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie » *op. cit.*, p. 328.

Cette sacralisation se manifeste dans deux catégories de normes et d'usages selon leur finalité, l'une consiste à marteler la suprématie tricolore (A) à travers des rituels, des règles protocolaires strictes, l'enseignement civique et le pavoisement des édifices publics... qui sont autant d'invitations à respecter le drapeau, l'autre est plus contraignante puisqu'elle pose des interdits (B) à tout ce qui pourrait directement altérer le caractère sacré des trois couleurs et la souveraineté de l'État. Nous verrons également que deux branches du droit se démarquent nettement en ce qu'elles sont les promoteurs les plus contraignants de cette sacralisation : le droit militaire et le droit pénal et qu'une autre : le droit de l'Union européenne se matérialise, à travers son propre symbole, dans le quotidien des Français. Ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations.

A. – *La suprématie tricolore*

La suprématie tricolore consiste à assurer la suprématie constitutionnelle sur toute autre considération. Elle oblige à des attitudes révérencieuses. Le pouvoir a besoin ainsi de marquer son emprise sur les hommes à travers des outils symboliques et rituels (*soft power*) sans pour autant recourir à une contrainte qui serait insupportable et nuirait à la soumission volontaire des citoyens à l'égard de l'autorité. La révérence orchestrée est un moyen pacifique d'imposer l'idée qu'il existe au sein de la République, une hiérarchie nécessaire à la cohésion nationale. Il est vain, en effet, de penser qu'une société démocratique et libérale, comme la nôtre, puisse s'en passer. L'égalité est certes l'un des éléments de notre devise trinitaire, mais elle ne signifie aucunement égalitarisme ou relativisme. Il existe des choses qui nous dépassent et il faut régulièrement battre le rappel de cette réalité, y compris auprès des personnes titulaires d'une charge civile ou militaire. Car nous sommes tous censés être placés sous l'aile protectrice de notre drapeau, lequel nous invite à nous transcender pour défendre, entre autres, notre idéal de liberté, d'égalité et de fraternité. Sans règles strictes, sans rituels, sans volonté de transmettre nos valeurs, la révérence envers le drapeau (1) et les usages en faveur de sa présence (2) seraient vains ; et nous serions tous voués au chaos institutionnel. Aussi la suprématie tricolore vise-t-elle à nous protéger, à nous donner des repères, à nous rassembler, bref à conjurer l'instabilité qui est une menace constante pour toute société humaine. Mettre en exergue le drapeau pour signifier qu'il prime sur tout autre revient également à marteler que l'intérêt général prime sur les intérêts particuliers et qu'aucun corps, aucune communauté infra ou supra nationale ne sont autorisés, même de manière symbolique, à surpasser la République. La présence symbolique d'un drapeau sur les édifices publics doit être le reflet de la présence de l'État et de ses normes sur les autres. La hiérarchie symbolique est donc ordonnée par ce principe au risque de remettre en cause ostensiblement la hiérarchie des normes et des institutions. Pavoiser pour les autorités publiques n'est donc pas un acte anodin.

1. – *La révérence*

Nous l'avons vu, au cours de la première partie, le drapeau tricolore participe de la geste nationale ; il constitue, par excellence, un point de fixations et de convergences lors de cérémonies ou de rituels réguliers et figure même dans la décora-

tion la plus prestigieuse que la nation puisse remettre à ses serviteurs : la Légion d'honneur⁶⁰.



Le revers de la Légion d'honneur. Ici la médaille de feu Jean BERNARD, maire honoraire. Avec l'aimable autorisation de Mme PEDRESCU

En vertu de sa puissance évocatrice et incantatoire, le drapeau matérialise la nation célébrée, devenant le vecteur d'une communion aussi bien civile que militaire, dépassant tous les clivages. Bref, il transcende et requiert à son égard une attitude révérencieuse. Cette révérence est un devoir constant pour les militaires (a) mais elle est aussi une obligation pour tous les participants aux cérémonies publiques (b). De surcroît, la République entend véhiculer le culte du symbole national auprès des jeunes gens aux fins de transmission et de respect, dans une démarche démopédique (c).

a. – Les devoirs militaires

L'Article L.4111-1 du Code de la défense dispose : « [l]'armée de la République est au service de la Nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la Nation. L'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la Nation. [...] »

Les militaires sont ainsi soumis à des rituels très stricts sous l'égide du drapeau ou du pavillon tricolore. L'expression juridique métonymique selon laquelle un individu est (r)appelé ou maintenu « *sous les drapeaux* » signifie son appartenance et sa dépendance à une armée au service de la nation. Plus précisément, le statut de

⁶⁰ Article R. 59 du Code de la légion d'honneur et de la médaille militaire : « La décoration de la Légion d'honneur est une étoile à cinq rayons doubles, surmontée d'une couronne de chêne et de laurier. Le centre de l'étoile, émaillée de blanc, est entouré de branches de chêne et de laurier et présente à l'avant l'effigie de la République avec cet exergue : "République française" et, au revers, deux drapeaux tricolores avec cet exergue : "Honneur et Patrie" et la date : "29 floréal an X". » (souligné par nous)

soldat, de marin, de gendarme et d'officier est exorbitante du droit commun et les oblige à une révérence toute particulière au drapeau et, à travers lui, à la nation.



Officiers saluant le monument aux morts et les drapeaux lors de la cérémonie commémorative du 8 mai

Car indépendamment de leur motivation réelle et personnelle, ils ne sont pas des mercenaires. Le drapeau national, qui leur est sans cesse présenté et qui les surplombe, dès la levée des couleurs, est, par conséquent, non seulement un appel constant à leur loyauté mais aussi un rappel de ce pour quoi ils peuvent être amenés à se battre, à savoir la défense de la nation et la préservation de son intégrité territoriale qui est un objectif constitutionnel que l'on peut tirer de la lecture des articles 5, 16 et 89 de la Constitution. Et c'est ainsi que, par extension métonymique⁶¹, l'honneur même des trois couleurs peut commander l'emploi de la force armée⁶².

Il incombe également aux régiments de procéder régulièrement à des cérémonies qui entretiennent la foi en leur mission mais aussi le souvenir, la fidélité et l'esprit de corps des frères d'armes, telles la présentation du drapeau aux recrues ainsi que sa passation⁶³. Quant aux anciens combattants blessés, ils peuvent être

⁶¹ Le drapeau national revêt, en ce sens, un caractère métonymique. Défendre son drapeau revient à défendre la nation.

⁶² Article D. 3223-32 du Code de la défense : « *Sur le territoire ou dans les eaux intérieures ou dans la mer territoriale d'un État étranger, le commandant de force maritime ne doit pas recourir à la force ni agir d'une façon susceptible de conduire à l'emploi de la force sans y avoir été spécialement autorisé par l'autorité habilitée à cet effet, à moins qu'il n'ait soit à repousser une attaque contre les représentants diplomatiques ou consulaires de France, contre des nationaux ou contre des navires ou aéronefs français, soit à défendre l'honneur du pavillon.* [...] » (souligné par nous).

⁶³ Les régiments de chasseurs rappellent régulièrement les paroles du Colonel DRIANT, lors de la cérémonie de la passation du drapeau : « *Quand le drapeau avance, il faut le suivre ; quand il tombe, le relever pour le porter toujours plus loin.* »

appelés à arborer les couleurs nationales lors des piquets d'honneur rendus aux plus hautes autorités⁶⁴.



Les porte-drapeaux, tous anciens combattants ou pupilles de la nation



Drapeau de l'association « Souvenir français » dont le but est d'honorer les Français morts pour la France. Elle est reconnue d'utilité publique depuis 1906.

Les honneurs militaires, qui sont des manifestations extérieures, peuvent aussi être rendus tout spécialement « au pavillon national » ainsi qu'« aux emblèmes (drapeaux et étendards) des forces armées et formations rattachées »⁶⁵.

⁶⁴ Les invalides de guerre arborent le drapeau tricolore lors de cérémonies. C'est une manière de les honorer et de rappeler à la nation les souffrances subies en son nom. Article A. 306 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre : « Un piquet d'honneur avec drapeau, composé d'une dizaine d'hommes placés sous la conduite d'un sous-officier, représente l'institution nationale des invalides [de guerre] dans la réception des hautes autorités et des chefs d'État. »

⁶⁵ Article 6 du décret n° 2004-1101 du 15 octobre 2004 relatif au cérémonial militaire : « Les honneurs militaires sont des démonstrations extérieures par lesquelles les forces armées et les formations rattachées présentent un hommage spécial aux personnes et aux symboles qui y ont droit. [...] Les honneurs militaires sont rendus : [...] m) Au pavillon national ; n) Aux emblèmes (drapeaux et étendards) des forces armées et des formations rattachées [...]. » cf. notamment le rituel militaire décrit à l'annexe III de ce décret (art. 9) intitulé : « honneurs

Honorer le drapeau et ceux qui combattent sous son égide est un devoir qui n'est évidemment pas sans revers. Le droit militaire est en effet strict et prévoit de lourdes sanctions à l'encontre de ceux qui auraient enfreint au devoir et à l'honneur. Tout militaire ne saurait ainsi abandonner son drapeau ou l'étendard de sa formation⁶⁶, tout commandant ne saurait renoncer à défendre ses couleurs sans avoir épuisé tous les moyens de défense à sa disposition au risque d'encourir le plus lourd châtement qui soit, à savoir la réclusion criminelle à perpétuité⁶⁷. En outre, le fait pour quiconque en temps de guerre d'amener sans ordre du commandant le pavillon est constitutif d'un acte de trahison passible également de la réclusion criminelle à perpétuité⁶⁸. Bref, les militaires ne badinent avec les couleurs (*cf. infra*, B. 2.) les peines encourues en cas d'outrage au drapeau perpétré par un militaire sont particulièrement sévères.

aux drapeaux, aux étendards des forces armées et des formations rattachées et au pavillon national ». Où l'on voit que les cérémonies militaires sont réglementaires et sont encadrées avec force détails (il est notamment prescrit qu'en aucun cas le drapeau ou l'étendard ne doit toucher le sol). Voir article 10 et ses annexes réglant le protocole.

⁶⁶ Article D. 4122-6 du Code de la Défense (Créé par Décret n° 2008-393 du 23 avril 2008) – art. (V) inclus dans une Sous-section intitulée : *Devoirs et responsabilités du chef et du subordonné militaires* « *Le militaire, seul ou comme membre d'une formation ou d'un équipage : [...] 4° [...] ne doit [en aucun cas] :]a) Abandonner [des armes et des matériels en état de servir], le drapeau ou l'étendard de sa formation [...]* ».

⁶⁷ Article L. 322-1 du Code de justice militaire (infraction contre le devoir et l'honneur/Ordonnance n° 2006-637 du 1^{er} juin 2006 art. 4) : « Le fait pour tout commandant d'une formation, d'une force navale ou aérienne, d'un bâtiment de la marine ou d'un aéronef militaire, qui, mis en jugement après avis d'un conseil d'enquête, est reconnu coupable d'avoir capitulé devant l'ennemi, ou ordonné de cesser le combat ou amené le pavillon sans avoir épuisé tous les moyens de défense dont il disposait et sans avoir fait tout ce que lui prescrivaient le devoir et l'honneur, est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. » (souligné par nous)

⁶⁸ Article L. 331-3 du Code de justice militaire : « *Constitue également un acte de trahison puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende le fait, en temps de guerre, par toute personne embarquée sur un bâtiment de la marine ou un aéronef militaire, ou sur un navire de commerce convoyé : [...] 2° De provoquer, sans ordre du commandant, la cessation du combat ou d'amener, sans ordre du commandant, le pavillon ; [...]* »

b. – Les cérémonies publiques



Les autorités civiles puis militaires saluent les porte-drapeaux à l'issue d'une cérémonie. Au premier plan, le préfet de Meuse

Nulla cérémonie publique⁶⁹(cérémonie organisée par les autorités publiques), qu'elle soit civile ou militaire, ne saurait s'affranchir des trois couleurs. Lors des cérémonies, le drapeau ne saurait toucher le sol, car ce serait rabaisser et souiller la nation ; il ne saurait pas même être brûlé ou enterré avec l'homme qui serait mort à son service ; car la nation – bien que reconnaissante – survit à ses serviteurs. « *La nation, comme l'individu, est l'aboutissant d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements. Le culte des ancêtres est de tous le plus légitime ; les ancêtres nous ont faits ce que nous sommes. Un passé héroïque, des grands hommes, de la gloire (j'entends de la véritable), voilà le capital social sur lequel on assied une idée nationale. [...] Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire core.*⁷⁰ » (RENAN).

⁶⁹ Voir le décret n° 89-655 du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires. Selon l'article L.2212-2 3° du Code général des collectivités territoriales, le maire a la responsabilité du maintien de l'ordre lors des cérémonies publiques.

⁷⁰ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ? Et autres essais politiques, op.cit.*, p. 54.



Les autorités civiles et militaires déposent chacune une gerbe tricolore en hommage aux morts pour la France



Couronne mortuaire aux couleurs nationales

Ainsi conformément aux règles protocolaires, les porte-drapeaux abaissent-ils leur drapeau lors de la sonnerie aux morts, comme si la nation tout entière s'inclinait respectueusement, gardant ainsi cette position pendant la minute de silence ; puis le relèvent lorsque retentit *La Marseillaise*. Ce rituel signifie également que, malgré les épreuves endurées, la nation reste debout.



Après le dépôt de gerbes, les militaires restent fixes avant l'entame de la sonnerie aux morts. A noter que malgré l'obligation faite pour un maire ou un adjoint

d'arborer son écharpe tricolore lors des cérémonies publiques, les élus locaux l'arbovent rarement en ces occasions (« Art. D. 2122-4 du CGCT : Les maires portent l'écharpe tricolore avec glands à franges d'or dans les cérémonies publiques [...]»). A notre connaissance, il n'y a jamais eu de sanctions.



L'orchestre d'harmonie interprète la sonnerie aux morts. Les officiers et le préfet saluent les drapeaux qui s'inclinent.

A l'issue de la sonnerie aux morts, une minute de silence sera observée par tous les participants



La minute de silence est rompue aux sons de La Marseillaise interprétée par l'orchestre et les enfants des écoles, les drapeaux se redressent



Les officiers et le préfet continuent de saluer au son de l'hymne national

Autre honneur funèbre rendu symboliquement : le drapeau posé sur le cercueil des agents tombés en service, notamment ceux qui selon, l'expression consacrée, sont « *morts pour la France* »⁷¹ sans négliger bien sûr les représentants de la nation – qui sans être forcément tous « *morts pour la France* » ont du moins vécu à son service. Le drapeau est notamment de droit mis en berne, lorsque le chef de l'État décède⁷² dans la mesure où il est l'incarnation de la nation et feu chef des armées. En outre, le drapeau national peut être mis en berne sur les édifices publics⁷³ à l'occasion de la mort d'un illustre serviteur de la République, comme ce fut le cas lors du décès du Maréchal DE LATTRE DE TASSIGNY, Compagnon de la Libération nationale. En l'occurrence, le refus d'un maire de mettre en berne le drapeau de sa municipalité avait entraîné sa suspension⁷⁴.

⁷¹ La mention « *mort pour la France* » est inscrite sur l'acte de décès ainsi que sur les registres d'état-civil, selon les modalités fixées aux articles L. 488 à L. 492 bis du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. Un diplôme d'honneur mentionnant « *mort pour la France* » peut être délivré aux ayants-droit des militaires par le ministre des anciens combattants et victimes de guerre. A noter que l'on ne mentionne pas « *mort pour la République* », ce qui signifie que la France, c'est-à-dire ici la nation, renferme une signification plus forte, plus affective donc plus symbolique.

⁷² Ce deuil collectif est ainsi matérialisé en vertu de l'article 47 du Décret n° 89-655 du 13 septembre 1989, *op. cit.* : « *lors du décès du Président de la République, les drapeaux et étendards des armées prennent le deuil ; les bâtiments de la flotte mettent leurs pavillons en berne* ». De plus, selon l'article 12. 1. du décret n° 2004-1101 du 15 octobre 2004 relatif au cérémonial militaire, les honneurs funèbres militaires : « *Les drapeaux et étendards des forces armées et des formations rattachées sont munis d'un crêpe noir, uniquement lors des funérailles du Président de la République.* » Cet hommage funèbre rendu par les militaires au président de la République résulte de sa fonction constitutionnelle de chef des armées (article 15 de la Constitution).

⁷³ Le drapeau peut être mis en berne au fronton des édifices publics à d'autres occasions, en signe : de solidarité à des victimes, d'amitié à l'égard d'un peuple en deuil... Les autorités doivent alors obtempérer sous peine de sanction administrative.

⁷⁴ Cette suspension avait été confirmée par le Conseil d'État. Voir CE, 5 novembre 1952, *Le Moign*, *rec.* p. 486. « *Considérant [...] qu'il appartenait au gouvernement de prescrire à l'occasion d'un deuil national, la mise en berne des drapeaux de tous les édifices publics ayant un caractère public, quelle que soit leur affectation ; qu'en refusant d'exécuter ces instructions et de mettre en berne le drapeau de la mairie, le maire [...] a méconnu les obligations qui s'imposaient à lui en tant que représentant de l'État dans sa commune ; que le Sieur Le Moign n'est dès lors pas fondé à prétendre que la sanction prise contre lui manque de base légale [...].* » À rapprocher de CE, 1^{er} février, *Cuny*, *op. cit.*



Monument du souvenir de la garde, cité administrative, le drapeau y est hissé en permanence



Figure 1. Monument dit de « la Fédération » où tous les mois d'août, la Ville de Bar-le-Duc commémore le souvenir de 5 jeunes résistants fusillés par les Allemands, le 28 août 1944 (R. LHUERRE, C. MASKALOFF, J. PORNOT, H. VARINOT et G. VOITIER). A cette occasion, le monument est pavoisé. Photo obtenue grâce à l'aimable collaboration de M. CORRIER.



Bar-le-Duc, février 2011, hommage au gendarme Philippe LAURENT décédé dans l'exercice de son devoir, en présence des plus hautes autorités civiles et militaires du département. Crédit photo, M. DJAFER et le Journal de la Haute-Marne, édition du 12 février 2011.

c. – La démopédie

Force est ainsi de constater que l’emblème tricolore est devenu l’un des éléments incontournables du patrimoine national. Il véhicule, en effet, des valeurs immatérielles de la nation que les autorités entendent bien transmettre aux jeunes gens, de sorte qu’à leur tour ils puissent se les approprier. Le sentiment d’appartenance à une nation est encore cultivé lors de la journée « défense et citoyenneté »⁷⁵ ainsi que dans les écoles afin que les jeunes gens prennent conscience de leur destin commun tout en aiguisant leur sens civique et leur solidarité.



Commémoration en souvenir des 5 résistants martyrs de la Libération. Sur le site sont matérialisés au sol l’emplacement et l’orientation des victimes avec des pavés où sont gravées leurs initiales. Ici, les enfants rallument le souvenir de ces jeunes gens en allumant 5 flambeaux. Photo obtenue grâce à l’aimable collaboration de M. CORRIER.

Déjà sous la III^e République, Jules FERRY, à travers l’instruction obligatoire, tenait à ce que les enfants « se forment leur République intérieure ». Cette démopédie (ou apprentissage des jeunes à la citoyenneté) figure sans ambiguïté dans l’annexe du Code de l’éducation nationale (décret de 2006) parmi les objectifs et missions de l’enseignement scolaire « [...] Pour exercer sa liberté, le citoyen doit être éclairé. La maîtrise de la langue française, la culture humaniste et la culture scientifique préparent à une vie civique responsable. En plus de ces connaissances essentielles, notamment de l’histoire nationale et européenne, l’élève devra connaître : [...] – les symboles de la République et leur signification (drapeau, devise, hymne national) [...]. » Toutefois cette tâche éducative est sujette à controverses ; car, tout en contribuant à perpétuer la geste nationale, elle tend à imposer une interprétation officielle de la nation et de son histoire qui, par nature, ne sont jamais

⁷⁵ Article L. 111-2 du Code du service national : « *Le service national universel comprend des obligations : le recensement, la journée défense et citoyenneté et l’appel sous les drapeaux. Il comporte aussi un service civique et d’autres formes de volontariat. La journée défense et citoyenneté a pour objet de conforter l’esprit de défense et de concourir à l’affirmation du sentiment d’appartenance à la communauté nationale, ainsi qu’au maintien du lien entre l’armée et la jeunesse. L’appel sous les drapeaux permet d’atteindre, avec les militaires professionnels, les volontaires et les réservistes, les effectifs déterminés par le législateur pour assurer la défense de la Nation.* » (souligné par nous).

figées⁷⁶. L'on prend ainsi le risque d'une distorsion entre la lecture officielle du symbole et l'interprétation qui en est faite des citoyens et à la prise de distance de ceux-ci à l'égard d'un symbole pourtant censé les rassembler. Cette question est d'autant plus sensible pour la nation que le drapeau tricolore est aussi celui d'un État souverain qui entend asseoir son autorité sur la population.

La révérence imposée ne doit cependant pas être contredite par le pavoiement des personnes publiques. Encore faut-il, en effet, qu'elles traduisent, dans le même esprit, la primauté tricolore tant sur la voie publique que sur et dans les édifices publics.

2. – La préséance du drapeau tricolore

L'exclusivité du drapeau tricolore n'est pas absolue. En effet, la décentralisation ainsi que la montée en puissance du droit international et notamment européen n'est pas sans incidences sur les relations symboliques qu'entretiennent le drapeau national avec les emblèmes infra et supranationaux appelés à se côtoyer lors des cérémonies ou au sein des institutions publiques. Ici, il ne s'agit pas seulement d'afficher la prééminence nationale mais aussi la volonté de prendre acte des différents liens qui unissent le centre à la périphérie et la France à ses partenaires internationaux. La République, par le biais d'apposition d'emblèmes étrangers et internationaux aux côtés du drapeau tricolore, manifeste ainsi l'idée que ses actions sont également fondées en droit sur des sources internationales. Elle n'est donc ni nationaliste, ni totalement exclusive. Elle n'exprime pas à travers ses symboles, le rejet de l'autre. La République cependant est en droit d'exalter le patriotisme qui n'est pas « un nous contre les autres » (tel le nationalisme) mais un « nous dans le respect de l'autre ». Aussi l'évolution des rapports qu'entretiennent l'État avec ses partenaires internationaux conduit-elle à une évolution également d'ordre symbolique. Les couleurs nationales sont ainsi de moins en moins isolées sur les frontons des bâtiments publics et sur les champs de bataille. La République consent, en fait comme en droit, à reconnaître qu'elle n'est plus seule décisionnaire. Reste à déterminer si ses différentes relations sont d'ordre hiérarchique ou réticulaire et si le droit constitutionnel exerce une quelconque influence. Il importe alors de distinguer les circonstances selon lesquelles le drapeau français se trouve aux côtés de signes internationaux (a), européen (b) ou territoriaux (c).

a. – Le drapeau tricolore aux côtés des signes étrangers et internationaux

Les drapeaux français, internationaux et étrangers hissés dans les lieux publics.

Sous la III^e République, la question s'était posée de savoir s'il était possible d'arborer le drapeau d'une puissance étrangère. Une circulaire du 20 mars 1920, rédigée par le ministre de l'intérieur, répondit alors que cette possibilité était effectivement envisageable à titre exceptionnel afin d'honorer celle-ci ; mais qu'en aucun cas elle ne saurait effacer le drapeau tricolore, qui doit rester présent à ses

⁷⁶ L'esprit civique, que l'on souhaite inculquer aux enfants d'une nation démocratique, ne passe-t-il pas également par la stimulation de l'esprit critique et un certaine prise de distance à l'égard du discours symbolique, éminemment sensible ?

côtés, à la place d'honneur. Cet usage bien évidemment perdue, et ce d'autant plus que la France contemporaine entend entretenir des relations amicales sur la scène internationale et que le pavoisement des emblèmes de ses nombreux partenaires constitue une marque manifeste d'intérêt et de respect à l'égard d'autres États souverains, mais aussi à l'égard d'organisations internationales (qu'elle en soit membre ou non).

L'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 dispose : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». C'est ainsi qu'au nom du principe d'égalité souveraine des États, les drapeaux des États partenaires sont déployés et hissés à la même hauteur et sont d'égales dimensions. Hors de question qu'un État puisse, de manière symbolique, faire montre d'une quelconque hégémonie ou *leadership* sur la scène internationale ; la vision westphalienne des relations internationales n'y survivrait pas. Aucun État ne saurait par conséquent afficher sa prétention à exercer une quelconque suprématie sur un autre sans risquer la paix et la sécurité internationales. Les apparences, à travers les rituels symboliques doivent, en effet, demeurer sauves. C'est pourquoi les règles protocolaires reconnues internationalement sont strictes et ne permettent aucun écart ; la France accueille ainsi les représentants des autres États en déployant aussi bien le drapeau tricolore que ceux des pays hôtes.

Toutefois en vertu des pratiques protocolaires, le drapeau tricolore, sur le sol français, a la préséance sur tous les autres, à l'exception notable des drapeaux pavoisés devant les institutions européennes à Strasbourg⁷⁷ ou internationales. Bien évidemment et conformément au droit international, les missions diplomatiques et consulaires en France sont en droit de pavoiser sous leurs propres et seules couleurs.

Malgré l'absence de règles formelles, il convient cependant de classer les drapeaux des pays étrangers par ordre alphabétique suivant la langue du pays d'origine, ceci dans le but d'éviter tout incident diplomatique (l'ordre alphabétique étant un critère objectif de classement qui est internationalement reconnu).

Quant à la place d'honneur du drapeau français, elle dépend du dispositif et plus exactement du nombre de drapeaux. Si deux drapeaux sont en présence, le drapeau français est à gauche (c'est-à-dire à droite de l'observateur) et l'autre à droite (à gauche de l'observateur). Si nous sommes en présence de trois drapeaux, le drapeau français occupe logiquement la place centrale. Au-delà de trois drapeaux, ceux-ci sont hissés sur des mâts distincts et d'égale hauteur, le drapeau français se trouve alors au bout de la file, à gauche (à droite de l'observateur), tandis que les autres drapeaux sont classés selon l'ordre alphabétique... Enfin s'il y a plusieurs rangées de drapeaux, le drapeau tricolore est hissé sur chacune des rangées à la place d'honneur à droite de l'observateur.

⁷⁷ Ce qui est le cas devant le Conseil de l'Europe et le Parlement européen à Strasbourg. Le drapeau français y représente un État membre parmi d'autres tandis que la place d'honneur revient logiquement au drapeau européen afin de spécifier l'essence européenne de ces institutions.

Les couleurs nationales lors des interventions armées

S'agissant plus spécifiquement des règles internationales propres à la guerre, les militaires ne sauraient combattre sous d'autres couleurs que les couleurs nationales mais il existe certaines situations au cours desquelles il sont spécialement autorisés à déployer des signes internationaux distinctifs⁷⁸. Le nombre accru d'opérations extérieures sous mandat international explique notamment le fait que les contingents français sont davantage appelés à se battre – outre sous les couleurs françaises – sous d'autres couleurs comme celles de l'ONU ou celles de l'Union européenne. Signe de l'évolution de l'Armée, le ministère de la Défense s'inscrit, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, dans une démarche de paix et de sécurité internationales⁷⁹. Les opérations de l'OTAN sous commandement intégré sont ainsi symptomatiques de cette mutation ; car bien que le lien entre le soldat et la nation soit conservé, le militaire est désormais soumis à des obligations qui ne relèvent plus exclusivement de l'État pour lequel il s'était initialement engagé dans le métier des armes. Et si la France souscrit à l'idée d'une internationalisation de ses forces combattantes, elles n'acceptent toutefois pas l'idée que des Français puissent combattre dans le cadre d'une activité privée. Les activités de mercenaire d'un Français à l'étranger constituent, en effet, un délit⁸⁰ passible de lourdes sanctions.

⁷⁸ Article D. 4122-9 du Code de la défense, créé par Décret n° 2008-393 du 23 avril 2008 – art. (V) « [...] *Le militaire au combat respecte les signes distinctifs prévus par le droit international et leurs bénéficiaires. Il lui est donc interdit d'user indûment du drapeau blanc de parlementaire ou de signes distinctifs reconnus par le droit international* ». Article D. 3223-44 du Code de la défense, *op.cit.*, créé par Décret n° 2008-1219 du 25 novembre 2008 – art. (V) « *En aucun cas le commandant d'élément de force maritime ne doit engager le combat sans pavillon ou sous un autre pavillon que le pavillon français ou, dans le cas des aéronefs, sans les marques distinctives de nationalité. Cette disposition ne s'applique pas aux sous-marins en plongée ni aux formations de combat à terre* ». Parmi les moyens et méthodes de combat prohibés dans un conflit armé international : Article 461-29 du Code pénal (créé par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010) – art. 7 (loi visant à adapter notre code pénal aux institutions de la Cour pénale internationale) : « *Le fait d'employer indûment le pavillon parlementaire, le drapeau ou les insignes militaires et l'uniforme de l'ennemi ou de l'Organisation des Nations unies, ainsi que les signes distinctifs prévus par les conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs protocoles additionnels et, ce faisant, de causer à un combattant de la partie adverse des blessures ayant porté gravement atteinte à son intégrité physique, est puni de vingt ans de réclusion criminelle. Lorsque l'infraction définie au premier alinéa a eu pour effet de causer audit combattant des blessures ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, la peine est portée à trente ans de réclusion criminelle. Lorsque l'infraction a eu pour conséquence la mort de la victime, la peine est portée à la réclusion criminelle à perpétuité* ».

⁷⁹ Alinéa 14 du préambule de 1946 suite : « [...] *[la République] n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* ». Alinéa 15 du préambule de 1946 : « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ».

⁸⁰ Voir loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire.

b. – Le drapeau tricolore aux côtés du drapeau européen

Les relations entre le drapeau national et le drapeau européen sont révélatrices des liens institutionnels et juridiques qui unissent la République au Conseil de l'Europe mais davantage encore à l'Union européenne. Plus étonnant, le drapeau européen est – contrairement à toute règle généralement admise (selon laquelle un symbole doit être exclusif)-rigoureusement identique aux deux organisations européennes⁸¹. Il s'agit en l'occurrence de susciter auprès du public une conscience européenne qui ne saurait être à géométrie variable. Le symbolisme est ainsi envisagé comme un élément tendant à faire émerger un lien affectif entre les peuples européens et l'Europe ainsi qu'un sentiment d'appartenance. Or cette ingénierie symbolique, mise en œuvre depuis les années 50, conduit à des confusions. Le grand public confond les deux organisations et n'en connaît pas forcément les contours exacts (en l'occurrence ni tous les États membres, ni toutes les compétences), alors que ce symbole est présent dans de très nombreux bâtiments publics. Mais quoi qu'on pense, quoi qu'on en dise, le drapeau européen fait bel et bien partie du « décor » institutionnel.

Néanmoins, cette apparition symbolique de l'Europe sur les frontons de la République est, au regard de l'histoire, sans liens, même indirects, avec la Constitution dans la mesure où le titre XV, consacré à l'Union européenne et à la participation de la France, n'a été introduit qu'en 1992⁸² tandis qu'aucun article constitutionnel ne fait encore aujourd'hui explicitement référence au Conseil de l'Europe⁸³. En effet, le drapeau européen ornait déjà les bâtiments publics dès les années 60, pour preuve, la circulaire du ministre de l'intérieur Roger FREY, en 1963. « [...] un certain nombre de municipalités ont décidé de faire pavoiser les édifices publics aux couleurs de l'Europe à l'occasion de chacun des grandes circonstances de la vie communale. De telles décisions ne soulèvent aucune objec-

⁸¹ Voir Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (55) 32 (9 décembre 1955) sur l'emblème du Conseil de l'Europe : « *Le Comité des Ministres, Ayant pris connaissance de la Recommandation 88 adoptée à l'unanimité par l'Assemblée Consultative le 25 octobre 1955, Décide d'adopter, pour le Conseil de l'Europe, un emblème d'azur à un cercle composé de douze étoiles d'or à cinq rais, dont les pointes ne se touchent pas. L'emblème est conforme aux descriptions et au modèle annexés [...] Description héraldique : D'azur à un cercle composé de douze étoiles d'or à cinq rais dont les pointes ne se touchent pas. Description symbolique : Sur le fond bleu du ciel d'Occident, les étoiles figurant les peuples d'Europe forment le cercle en forme d'union. Elles sont au nombre invariable de douze, symbole de la perfection et de la plénitude* ». in *Documents of the Committee of Ministers 1955 – II* (July – December, 1955), Documents du Comité des Ministres 1955 II (Juillet - Décembre 1955), 1955, p. 205. Voir également la Résolution du Parlement européen sur l'adoption d'un drapeau pour la Communauté européenne, 11 avril 1983, « [le Parlement] décide que le drapeau européen adopté en 1955 par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, drapeau qui représente une couronne de douze étoiles d'or sur fond azur, sera le drapeau européen », in *Journal officiel des Communautés européennes* (JOCE). 16.05.1983, n° C 128, p. 18. Pour sa part, le Conseil européen de Milan, en juin 1985, a reconnu officiellement le drapeau européen.

⁸² Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992.

⁸³ Même si le Conseil constitutionnel fait désormais référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

tion de principe dès lors qu'elles concernent effectivement le drapeau adopté en 1955 [...] »⁸⁴.

Cette apparition symbolique est devenue par la suite plus prégnante encore sous la présidence de François MITTERRAND, l'exemple venant d'en haut. En effet, si l'on se réfère aux images d'archives de l'INA, nous voyons que le président de la République effectuait ses allocutions télévisées en présence du seul drapeau tricolore, tout du moins de 1984 à 1989⁸⁵. Or lors de ses vœux adressés aux Français, le 31 décembre 1989, le président s'est présenté aux côtés du drapeau national mais aussi européen. Cette pratique s'est ensuite perpétuée sous les présidences CHIRAC et SARKOZY. L'observateur attentif de la vie publique a déjà pu constater la présence des deux drapeaux sur le perron de l'Élysée ainsi que sur le portrait officiel du président SARKOZY, qui orne les murs des préfectures et des mairies⁸⁶.



Portrait officiel du président de la République en exercice ornant la salle du Conseil municipal, conformément à une vieille tradition républicaine. Le président est ici photographié en présence des deux drapeaux

Ce n'est assurément pas une image subliminale dans la mesure où elle est clairement affichée par l'homme qui incarne la nation, et qui se trouve être à la fois chef de l'État et tant que tel, premier magistrat de France et chef des armées. C'est

⁸⁴ Circulaire n° 246 relative au pavoisement des édifices publics aux couleurs de l'Europe adressé par le ministre de l'intérieur aux préfets, 4 mai 1963.

⁸⁵ Voir les Archives de l'Institut National de l'Audiovisuel. Les vœux du président MITTERRAND de 1984 sont consultables in <http://www.ina.fr/economie-et-societe/vie-sociale/video/CAB90026353/voeux-du-president-de-la-republique.fr.html>. Les vœux de 1989 sont consultables in <http://www.ina.fr/politique/allocutions-discours/video/CAB90000172/vœux-du-president-de-la-republique.fr.html>. Les vœux du président CHIRAC en 1995 sont consultables in <http://www.ina.fr/economie-et-societe/vie-sociale/video/CAB96000119/voeux-de-jacques-chirac.fr.html>. Les vœux du président SARKOZY de 2007 sont consultables in <http://www.ina.fr/politique/allocutions-discours/video/3523000001045/voeux-de-nicolas-sarkozy.fr.html>.

⁸⁶ Voir ce portrait sur le site de l'Élysée <http://www.elysee.fr/president/la-presidence/le-president-de-la-republique/nicolas-sarkozy.482.html>. À noter que le portrait du président GISCARD D'ESTAING faisait figurer en arrière-plan les couleurs nationales et que celui du président CHIRAC laissait apparaître au loin et flouté le drapeau tricolore qui orne le toit du palais de l'Élysée.

dire si sa proximité physique avec l’emblème européen en dit long sur l’implication de la France au sein des institutions européennes ; elle est tout sauf neutre.

Néanmoins aucune règle juridique n’explique ce phénomène. Tout au plus, peut-on en effet invoquer, depuis 1992, l’article 88-1 de notre Constitution : « *La République participe aux Communautés européennes et à l’Union européenne, constituées d’États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d’exercer en commun certaines de leurs compétences.* » (article introduit par la loi constitutionnelle de 1992 et depuis amendé⁸⁷). Mais cela ne signifie aucunement qu’il y ait, en l’espèce, une quelconque exigence constitutionnelle, du moins formelle, pour les institutions républicaines à pavoiser sous les couleurs européennes. Aucune loi, aucun décret n’ont été adoptés en ce sens, ni même une quelconque disposition européenne contraignante pour les États membres⁸⁸. La République s’est même refusé à signer la déclaration n° 52 annexée à l’acte final de la Conférence intergouvernementale de Lisbonne, selon laquelle 16 États parmi ceux de l’Union reconnaissent les symboles européens, dont le drapeau bleu étoilé. Ces symboles « *continueront d’être, pour eux, les symboles de l’appartenance commune des citoyens à l’Union européenne et de leur lien avec celle-ci* »⁸⁹.

Pourtant le projet de Traité constitutionnel européen (traité de Rome de 2004) avait introduit les symboles européens afin de les formaliser dans son article I-8. Or le rejet par le peuple français du Traité, lors du référendum du 29 mars 2005, a empêché cette consécration au sein de la norme suprême de l’Union. Cette question est devenue particulièrement sensible et mobilise les opposants à la construction européenne, telle qu’elle s’opère du moins depuis les années 50. Symboliquement, l’intrusion du drapeau européen dans le corpus d’un traité constitutionnel visait à renforcer le caractère démotique de la construction européenne dans la mesure où jusqu’à lors les traités originaires ne contenaient aucune disposi-

⁸⁷ L’actuel article 88-1 de la Constitution est rédigé comme suit : « *La République participe à l’Union européenne constituée d’États qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.* »

⁸⁸ Pour en savoir plus sur le protocole de l’Union, lire F. FORET, *AFRI* 2003, volume IV – « *Le protocole de l’Union européenne ou la mise en forme d’un ordre politique* », 1^{er} janvier 2004, 16 p. Le lecteur peut consulter et télécharger cette communication in <http://www.afri-ct.org/Le-protocole-de-l-Union-europeenne>.

⁸⁹ « *La Belgique, la Bulgarie, l’Allemagne, la Grèce, l’Espagne, l’Italie, Chypre, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l’Autriche, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie et la Slovaquie déclarent que le drapeau représentant un cercle de douze étoiles d’or sur fond bleu, l’hymne tiré de “l’Ode à la joie” de la Neuvième symphonie de Ludwig van Beethoven, la devise “Unie dans la diversité”, l’euro en tant que monnaie de l’Union européenne et la Journée de l’Europe le 9 mai continueront d’être, pour eux, les symboles de l’appartenance commune des citoyens à l’Union européenne et de leur lien avec celle-ci* ». in *JOUE*, 30 mars 2010, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:FR:PDF/>

tion donnant chair⁹⁰ ou donnant un quelconque souffle au processus de construction européenne en cours. L'échec référendaire du projet de Traité constitutionnel a cependant conduit les rédacteurs du Traité de Lisbonne au renoncement. Les symboles n'y figurent tout simplement plus. La consécration conventionnelle et par là-même solennelle des symboles européens (drapeau, hymne, devise, monnaie, journée du 9 mai) reste taboue dans la mesure où elle pourrait de nouveau cristalliser le rejet des institutions européennes de la part des souverainistes qui, par principe, refusent d'accorder à l'Europe des attributs traditionnellement attachés aux États. Dans le même sens, et toujours pour rassurer les plus réfractaires, le Traité sur l'Union européenne dispose désormais, en son article 4 al. 2 : « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles [...]* »⁹¹. Toutefois « l'identité européenne » en tant que telle n'est jamais mentionnée dans les traités européens, signe manifeste de la difficulté à faire émerger une véritable « *affectio societatis* »⁹² ou fierté paneuropéennes (de mémoire, nous n'avons même jamais vu des sportifs ou des supporters brandir un drapeau européen pour fêter une victoire). Il existe malgré tout une communauté d'intérêts. Citons de nouveau RENAN (qui n'était évidemment pas un contemporain de la construction européenne) : « *la communauté des intérêts est assurément un lien puissant entre les hommes. Les intérêts, suffisent-ils à faire une nation ? Je ne le crois pas. La communauté des intérêts fait les traités de commerce. Il y a dans la nationalité un côté de sentiment ; elle est âme et corps à la fois ; un Zollverein⁹³ n'est pas une patrie.* »⁹⁴ Il en va du citoyen comme du national, et ce singulièrement dans notre culture juridique où les deux notions sont imbriquées. Or si le citoyen français, de par son statut, est juridiquement citoyen européen, la conscience de cette double identité civique ne lui paraît pas si évidente. Le sentiment d'appartenance reste ainsi tenu en dépit de l'ingénierie symbolique mise en œuvre pour susciter de réels liens de solidarité entre les peuples européens.

Si le drapeau européen n'est pas considéré unanimement par les États membres comme un signe d'appartenance trans-ou pan-européen, il n'en demeure pas moins qu'il est l'emblème matériel de l'ordre juridique européen (au sens large) et de l'Union qui, en 2003, envoya pour la première fois un corps d'armée sous ses

⁹⁰ Ce défaut d'incarnation de l'Union européenne se caractérise également par l'absence d'un chef clairement identifié à la tête de l'organisation.

⁹¹ Pour les versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne voir le *JOUE* du 30 mars 2010, *op. cit.* Cette préoccupation est reprise dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local [...]* », même source.

⁹² Voir sur ce sujet R. DEBRAY, *Éloge des frontières*, *op.cit.*, pp.63-64.

⁹³ RENAN fait ici allusion à l'Union des États allemands amorcée au cours des années 1830 sous les auspices prussiennes.

⁹⁴ E. RENAN, *op. cit.*, p. 52.

propres couleurs⁹⁵. Il est surtout une figure emblématique et quotidienne du droit applicable sur le sol national, ne serait-ce que sous la forme d'un logo apposé sur de très nombreux produits affichant le respect de normes européennes ou sur des documents administratifs (le permis de conduire entre autres...).

Mais le signe le plus éclatant de la forte influence de l'Union sur notre vie quotidienne réside bien évidemment sur les billets de banque ; aussi tous ceux émis au sein de la zone euro sont-ils flanqués d'un petit drapeau de l'Union⁹⁶.



Comme tous les billets d'Euros, le billet de 10 € est frappé en son avers du logo européen. Il est en circulation depuis 2002

De surcroît, l'apposition du symbole européen est obligatoire, selon les cas d'espèce, en vertu de directives européennes dont la transposition en droit français est une exigence constitutionnelle⁹⁷. Autre exemple, mais symptomatique de l'influence du droit de l'Union en droit interne, les plaques d'immatriculation des véhicules automobiles font obligatoirement figurer l'emblème étoilé, symbole de la libre circulation des personnes et des biens à travers l'Europe. Dans une démarche syncrétique, la mention : « F » pour France figure bien en bas de l'emblème européen tandis que les couleurs tricolores sont implicitement interdites sur les plaques

⁹⁵ « Depuis 2003, l'Union européenne a lancé 23 missions civiles et opérations militaires dans le cadre de la Politique de sécurité et de défense commune, sur plus de 3 continents, déployant environ 20 000 personnes sous drapeau européen » in document du ministère de la Défense retraçant les grandes étapes de la défense européen. Voir www.defense.gouv.fr. Les militaires français conservent bien évidemment leurs couleurs.

⁹⁶ L'Euro est aussi envisagé comme un symbole européen. Mais, à la différence des pièces de monnaie, ils ne font pas figurer des marqueurs des différentes identités nationales. Ces billets manquent singulièrement d'incarnation, nulle personnalité illustre n'y étant représentée.

⁹⁷ Conseil constitutionnel, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7, rec. p.101. Le Conseil reconnaît cette exigence constitutionnelle mais l'assortit d'une réserve selon laquelle une directive qui serait contraire à une disposition expresse de la Constitution ne saurait être transposée. Puis, en 2006, le Conseil constitutionnel ajoute une seconde réserve. La directive ne peut être appliquée si elle porte atteinte à l'identité constitutionnelle de la France, voir 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons.19, rec. p. 88.

(à l'inverse des symboles régionaux qui, sans être obligatoires, sont autorisés⁹⁸). Il s'agit pourtant de véhicules immatriculés en France, mais leur régime juridique répond en partie aux exigences des transports intracommunautaires⁹⁹ et aux règles inhérentes d'identification européenne. A noter également que les véhicules militaires conservaient le privilège de matérialiser les couleurs nationales sur leur plaque ainsi que l'emblème respectif du corps d'armée : marine, armée de l'air, armée de terre, gendarmerie auxquels ils sont rattachés. Or depuis 2009, les plaques des nouveaux véhicules de gendarmerie n'arborent plus leur symbole tricolore au profit du symbole dévolu aux plaques des véhicules civils. La gendarmerie a ainsi non seulement perdu ses couleurs nationales mais aussi son emblème, la grenade allumée (tout du moins sur ses véhicules). Cette européennisation des plaques vaut donc pour tous les véhicules affectés aux services des administrations régaliennes, ce qui n'est pas sans poser de questions sur la maîtrise que conserve la

⁹⁸ Arrêté du 9 février 2009 fixant les caractéristiques et le mode de pose des plaques d'immatriculation des véhicules : « Article 10. Identifiant territorial. Les plaques d'immatriculation des véhicules portant le numéro définitif prévu à l'article R. 322-2 du code de la route doivent comporter un identifiant territorial constitué par le logo officiel d'une région et le numéro de l'un des départements de cette région. Le choix de cet identifiant territorial est libre et peut ne pas avoir de lien avec le domicile du titulaire du certificat d'immatriculation. L'identifiant territorial doit être intégré dans sa globalité à la plaque d'immatriculation et être situé dans la partie utile de la plaque à l'extrémité droite de celle-ci, sur fond bleu non obligatoirement rétro réfléchissant. [...] ».

⁹⁹ Voir entre autres le règlement (CE) n° 2411/98 du Conseil de l'Union européenne, du 3 novembre 1998 relatif à la reconnaissance en circulation intracommunautaire du signe distinctif de l'État membre d'immatriculation des véhicules à moteur et de leurs remorques : « [...] (4) considérant que plusieurs États membres ont introduit un modèle de plaque d'immatriculation qui arbore, à l'extrémité gauche de la plaque, un aplat bleu contenant, d'une part, les douze étoiles jaunes rappelant le drapeau européen et, d'autre part, le signe distinctif de l'État membre d'immatriculation; que ce signe distinctif répond, en ce qui concerne le transport intracommunautaire, aux objectifs d'identification de l'État d'immatriculation visés à l'article 37 de la convention [convention de Vienne de 1968 sur la circulation routière] ; (5) considérant que, dès lors, il est nécessaire que les États membres qui requièrent que les véhicules provenant des autres États membres arborent le signe distinctif de l'État d'immatriculation, reconnaissent également le signe tel que prévu à l'annexe du présent règlement [...] [symbole européen] ». Arrêté du 9 février 2009, *op. cit.* : « Article 8. Symbole européen. Les plaques d'immatriculation des véhicules portant le numéro définitif prévu à l'article R. 322-2 du code de la route doivent obligatoirement comporter le symbole européen complété de la lettre "F". Le symbole européen complété de la lettre "F" doit se situer dans la partie utile de la plaque d'immatriculation à l'extrémité gauche de celle-ci, sur fond bleu rétro réfléchissant. Les dimensions et caractéristiques du symbole européen, complété de la lettre « F », figurent en annexes 1 et 6 du présent arrêté. [...] Article 10. Dispositions particulières. Il est interdit de modifier les plaques d'immatriculation ou d'y rajouter un élément. Les tirets, symbole européen et identifiant territorial sont intégrés dans le processus de fabrication à la plaque ou au matériau réfléchissant utilisé pour sa fabrication, de façon à garantir d'origine le respect de leurs positionnements corrects et de leurs caractéristiques dimensionnelles et visuelles. Il est interdit d'apposer sur les véhicules automobiles ou remorqués des plaques ou inscriptions susceptibles de créer une quelconque confusion avec les indications de la plaque d'immatriculation ».

République sur des tâches traditionnellement dévolues à l'État (police, justice, défense nationale).



Logo européen frappé d'un «F» présent obligatoirement sur toutes les plaques des véhicules motorisés (du moins récents)



Une survivance des trois couleurs sur les plaques militaires. Ici la grenade représentant la gendarmerie. Ce véhicule a donc été immatriculé avant 2009

Cet exemple est en ce sens emblématique de l'existence d'un ordre juridique de l'Union intégré à l'ordre juridique interne (mais distinct de l'ordre juridique international), tel qu'il découle de l'article 88-1 de la Constitution¹⁰⁰. Aussi le droit de l'Union prime-t-il sur les lois et les règlements français¹⁰¹ tandis que le Conseil

¹⁰⁰ Voir Conseil constitutionnel 2004-505 DC, 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cons. 11 et ainsi que 2007-560 DC, 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, cons. 7.

¹⁰¹ Sur la primauté du droit européen originaire et dérivé sur les actes de l'administration : voir CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, n° 28467 ; CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n° 28467 ; CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n°s 41971 et 41972 ; CE, Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, n° 74052 ; CE, Ass., 28 février 1992, *Sté Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, n° 87753, rec. ; CE, Ass, 30 octobre 2009, *Mme P...*, n° 298348, rec.. Sur la primauté du droit de l'Union originaire et dérivé sur la loi : voir CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, rec. ; CE, 24 septembre 1990, *M. X...*, n° 58657, rec. ; CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, n°s 56776 et 56777, rec. ; CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, n° 195354, rec. ; CE, Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor*

d'État¹⁰², la Cour de Cassation¹⁰³ ainsi que le Conseil constitutionnel rappellent toutefois la suprématie de la Constitution au sein de l'ordre juridique interne¹⁰⁴.

Mais, au vu de ces différentes considérations, qu'en est-il de l'apposition des deux drapeaux ? Notons d'emblée que leur relation n'est pas formalisée juridiquement alors que le drapeau aux 12 étoiles dorées est, sans conteste, l'emblème matériel de l'Europe aux yeux de la France et formel aux yeux des institutions européennes. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être totalement négligé, et ce d'autant moins que le droit européen, nous l'avons vu, est particulièrement prégnant en France. La République et l'Union ainsi que leur droit étant intimement liés, il en va logiquement de même s'agissant de leur symbole respectif. Or seuls les usages encadrent leur cohabitation qui, sans être contraire à la Constitution ni obligatoire, obligent cependant à quelques accommodements afin de ménager la souveraineté nationale et la suprématie constitutionnelle au sein de l'ordre juridique interne¹⁰⁵.

Atlantique et Lorraine et autres, n° 287110, rec. n° 74052. Le lecteur peut consulter utilement un document du Conseil d'État sur les différentes positions de la haute juridiction au regard du droit européen à l'adresse suivante : <http://www.conseil-État.fr/cde/fr/dossiers-thematiques/la-place-du-droit-international-et-du-droit.html>

¹⁰² CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national des industries pharmaceutiques*, n° 226514, rec.

¹⁰³ Sur la primauté de la Constitution en droit interne : C. Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, *Bull.* 2000, ass. plén., n° 4, p. 7, pourvoi n° 99-60.274, arrêt *Fraisie*. Sur la primauté du droit européen, chambre commerciale voir notamment : Ch. Com, 15 mai 1985, pourvois n° 84-12.386, *Bull.* 1985, IV, n° 154, p. 131, et n° 84-14.982, *Bull.* 1985, IV, n° 155, p. 132 ; Ch. Com. 6 mai 1996, pourvoi n° 94-13.347, *Bull.* 1996, IV, n° 125, p. 109 ; Ch. Com., 20 octobre 1998 (*Bull.* 1998, IV, n° 253, p. 210, pourvoi n° 96-19.277).

¹⁰⁴ 2007-560 DC, *op.cit.*, 20 décembre 2007, rec. p.459 : « 8. Considérant que, tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne, ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres ; 9. Considérant, toutefois, que, lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ; 10. Considérant que c'est au regard de ces principes qu'il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'examen du traité de Lisbonne, ainsi que de ses protocoles et de son annexe ; que sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France. » (souligné par nous). Voir également Conseil constitutionnel, 2004-505 DC, *op.cit.*, cons. 11 à 13, rec. p. 173 ; 2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 14 et 22, rec. p. 206. La décision de 2007 est symptomatique d'une certaine ambiguïté dans la mesure où elle incite le Constituant à réviser la Constitution aux fins de ratification des traités. *De facto*, depuis le Traité de Maastricht de 1992, la République n'a eu de cesse de modifier la Constitution pour supprimer les contrariétés constitutionnelles au regard des traités de l'Union. Ne serait-ce pas une manière détournée de reconnaître la primauté des traités sur la Constitution en la rendant compatible à une norme paraissant plus essentielle aux yeux du Constituant ?

¹⁰⁵ Voir la question posée par le député Nicolas DUPONT-AIGNAN sur le sujet et la réponse qui lui fut apportée in <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-91569QE.htm>.

Le drapeau français doit par conséquent être assuré de la préséance sur son sol ceci afin de matérialiser la suprématie constitutionnelle tricolore (sauf devant le siège des institutions européennes qui se trouvent en France). Cinq usages peuvent être tirés des pratiques et de l'esprit de la participation de la République à la construction européenne. *Primo*, afin de matérialiser la souveraineté nationale, le drapeau européen ne peut être exclusif ; autrement dit, il ne saurait être hissé hors la présence de l'emblème national. *Secundo*, afin de perpétuer la geste nationale, il ne saurait être hissé lors des festivités patriotiques (comme celles qui président au 8 mai, au 14 juillet et au 11 novembre)¹⁰⁶. *Tertio*, lorsqu'ils cohabitent, le drapeau européen doit siéger à droite du drapeau tricolore de sorte que l'emblème national soit toujours à la place d'honneur (c'est-à-dire à droite de l'observateur faisant face aux deux drapeaux),



Les drapeaux européen et français hissés devant le siège du Conseil général de Meuse. Le drapeau tricolore est situé à la place d'honneur



Les deux drapeaux pavoisant à l'entrée du Centre départemental d'incendie et de secours de Bar-le-Duc à Fains-Veel

¹⁰⁶ Voir la circulaire du ministre de l'intérieur, Roger FREY, en 1963, *op.cit.* « Vous aurez soin cependant de rappeler aux maires, chaque fois que vous serez saisi d'une délibération prise dans ce but, que le drapeau tricolore reste le seul emblème qu'il convient d'arborer sur les bâtiments publics pour la célébration des fêtes nationales. »

bien qu'à titre exceptionnel l'on puisse tolérer une inversion des places, le 9 mai à l'occasion de la journée de l'Europe¹⁰⁷.



Le 9 mai 2011, la Préfecture de Meuse célèbre la journée de l'Europe où exceptionnellement le drapeau européen est situé au centre, à la place d'honneur



La Police nationale célèbre également la journée de L'Europe en plaçant au centre le drapeau européen



A la DDCSPP (Direction départementale de la cohésion sociale et de la protection et des populations), le drapeau européen est certes hissé exceptionnellement en cette journée de l'Europe, mais ne figure pas à la place d'honneur

¹⁰⁷ Journée décidée par le Conseil européen le 25 juin 1989.

Dans le même esprit, il aurait été logique que le logo de la présidence française du Conseil de l'Union européenne assurât la présence symbolique de l'Europe dans la mesure où le chef de l'État français, dans le cadre de ce mandat¹⁰⁸, agissait au nom de l'Union et de ses intérêts. Or le logo ne reflétait pas cette mission puisque l'emblème national s'y trouvait encore à la place d'honneur.



Quarto, les deux drapeaux, lorsqu'ils cohabitent, doivent être d'égales dimensions et hissés à la même hauteur. *Quinto*, si les deux drapeaux sont en présence d'autres emblèmes, le drapeau européen bénéficie de la préséance sur les drapeaux autres que le drapeau tricolore dans la mesure où l'Union européenne et la République sont institutionnellement liées et disposent toutes les deux de la personnalité juridique internationale.

Toutefois, certains de ces usages, pourtant élémentaires, sont régulièrement violés. En effet, nous pouvons voir le drapeau européen pavoisé seul, à la place d'honneur, hissé lors d'une journée patriotique, surdimensionné ou sousdimensionné, voire ne pas bénéficier de la préséance sur un emblème territorial.



Le drapeau européen pavoisant constamment seul au relais fluvial (lequel pourtant relève du domaine public)

¹⁰⁸ <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/le-logo-et-le-site-de-la-presidence-francaise-de-lue/>. Voir également la circulaire 5305/SG du 20 mai 2008 invitant les administrations françaises à arborer le drapeau européen tout au long de la présidence française s'écoulant du 1er juillet au 31 décembre 2008.



Cité administrative, le drapeau européen pavoisant constamment à la place d'honneur



Banque de France, le drapeau européen pavoisant constamment à la place d'honneur



Le 8 mai, au fronton de la Direction départementale des finances publiques, le drapeau européen pavoise aux côtés du drapeau tricolore



Sur le fronton de la gare SNCF, le drapeau européen pavoisant le 8 mai à la place d'honneur et avec des dimensions disproportionnées au regard de celles des deux drapeaux français



Hôtel de ville, cour intérieure, bien que le drapeau soit à la place d'honneur, il est normalement d'usage que les drapeaux soient de mêmes dimensions. Mais la présence de deux drapeaux européens ne soulève pas de difficultés



Fronton du collège et lycée Raymond Poincaré. Le drapeau tricolore est bien à la place d'honneur ; mais selon les usages, le drapeau européen devrait être à sa droite (donc à gauche de l'observateur faisant face), car il a préséance sur l'emblème territorial

c. – Le drapeau tricolore et les emblèmes territoriaux

Le vaste mouvement en faveur d'une plus large décentralisation, au cours des années quatre-vingt, a vu fleurir sur les frontons et aux abords des bâtiments publics, les emblèmes territoriaux (municipaux, départementaux et régionaux).



Devant le Conseil général, les drapeaux respectifs du Conseil général de la Meuse et du Conseil régional de Lorraine. A noter que le drapeau du Conseil régional n'est pas celui de la Lorraine historique, mais un symbole distinctif de cette collectivité territoriale s'inspirant de l'emblème historique. Ces deux drapeaux font face aux drapeaux européen et français, ces derniers étant à droite à l'entrée du Conseil général (c'est-à-dire à la place d'honneur).

Cette affirmation territoriale ne saurait, par ailleurs, être contestée dans la mesure où, depuis 2003, l'organisation de la République est officiellement consacrée à l'article 1^{er} de la Constitution¹⁰⁹. Cependant seuls les usages viennent régir les relations entre le drapeau tricolore et les emblèmes territoriaux. Comme pour le drapeau européen, les drapeaux territoriaux ne peuvent être arborés hors la présence du drapeau tricolore au risque d'y voir une tentative symbolique de remise en cause de la souveraineté de l'État, les collectivités territoriales demeurant des institutions républicaines. D'autre part, il est bien évident que ces symboles ne peuvent prétendre à la place d'honneur. *De facto*, il n'est pas rare de voir le drapeau tricolore occuper la place centrale avec à sa droite (gauche de l'observateur) le drapeau européen et à sa gauche le drapeau territorial, ce qui est en tout point conforme aux usages, à l'esprit républicain et à la prise en compte du fait européen (et des nombreux financements de l'Union européenne à destination des collectivités).

Mais arrêtons-nous désormais sur le cas singulier de la Nouvelle-Calédonie. L'accord de Nouméa de 1988, signé par les responsables politiques et approuvé par 72 % des Calédoniens, en vue de la réconciliation entre Kanaks et Caldoches, dispose à l'article 1.5 relatif aux symboles : « *Des signes identitaires du pays, nom, drapeau, hymne, devise, graphisme des billets de banque, devront être recherchés*

¹⁰⁹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

*en commun pour exprimer l'identité kanak et le futur partagé entre tous*¹¹⁰ ». Il s'agissait d'une part de réhabiliter, dans un souci d'apaisement, la culture kanak qui fut longtemps mise sous le boisseau par les autorités et, d'autre part de promouvoir un destin commun. La Constitution fut ensuite amendée afin d'intégrer un Titre XIII consacré spécifiquement au statut du territoire¹¹¹, réforme complétée en 1999 par une loi organique précisant « Article 5 : La Nouvelle-Calédonie détermine librement les signes identitaires¹¹² permettant de marquer sa personnalité aux côtés de l'emblème national et des signes de la République¹¹³ » sans pour autant préciser si cette disposition visait spécifiquement le pavoisement des institutions publiques. Les signes manifestes d'une possible indépendance se faisaient ainsi jour. Restait notamment à déterminer l'emblème singulier de la Nouvelle-Calédonie qui serait érigé aux abords des institutions du territoire, tels le Haut commissariat de la République française à Nouméa, le Congrès calédonien, le Sénat coutumier, les mairies... aux côtés des trois couleurs. Pour l'heure, le Congrès, qui n'est autre que l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, a simplement émis le vœu que le drapeau indépendantiste de l'ancien leader du Front de Libération Nationale Kanak Socialiste (FLNKS), Jean-Marie TJIBAOU, pavoise aux côtés du drapeau tricolore. Ce compromis, proposé à l'initiative d'un élu local, M. FROGIER, a permis aux officiels d'hisser pour la première fois les deux drapeaux, le 15 juillet 2010¹¹⁴ et de mettre en exergue deux légitimités. Pourtant ce choix est loin de faire consensus.

En effet, en l'absence d'une loi, formalisant un emblème néo-calédonien représentant « *un futur partagé entre tous* » qui, aux termes de l'article 5 *in fine* de la loi organique de 1999, devra être adoptée à la majorité des 3/5^e des membres du Congrès néo-calédonien, la décision de hisser le drapeau notoirement indépendantiste aux côtés du drapeau national est laissée à la discrétion des collectivités de l'archipel. Au final, rien n'est définitivement arrêté, tant les représentants de la Nouvelle-Calédonie semblent divisés sur cette épineuse question. Preuve une fois de plus, que l'on ne saurait badiner avec les symboles, reflets de nos aspirations et

¹¹⁰ Voir le texte intégral de cet accord *in* <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000555817&dateTexte>.

¹¹¹ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie. Voir les articles 76 et 77 de la Constitution.

¹¹² Sur les symboles identitaires de l'archipel voir *in* www.lemonde.fr/politique/article/2010/08/18/la-nouvelle-caledonie-se-dote-d-un-hymne-et-d-une-devise_1399996_823448.html

¹¹³ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, article 4 : « *Il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188.* »

¹¹⁴ Le Premier ministre, François FILLON, fit spécialement le déplacement en Nouvelle-Calédonie pour, à son tour, accomplir ce geste symbolique, le 17 juillet 2010. Cependant, les deux drapeaux ont déjà été hissés côte à côte en 1988, lors de la visite du Premier ministre d'à lors, Michel ROCARD. Mais à l'époque, il n'y avait pas eu d'accord officiel en ce sens. Le lecteur peut consulter l'article du *Le Monde* du 17 février 2011, et voir ainsi les deux drapeaux flotter côte à côte : « *Une histoire de drapeaux fait chuter le gouvernement calédonien* » paru le 17 février 2011. http://www.lemonde.fr/politique/article/2011/02/17/démission-du-gouvernement-collegial-de-nouvelle-caledonie_1481263_823448.html

de nos identités profondes, le gouvernement néo-calédonien a été notamment contraint à la démission, en février 2011, suite à la défection, au sein de l'exécutif local, de représentants indépendantistes au motif que le président de l'exécutif, M. GOMES, aurait fait obstruction à l'érection conjointe des deux drapeaux¹¹⁵. Or, les divisions sont profondes tant chez les indépendantistes que chez les militants anti-indépendantistes. Le sort de l'archipel n'est donc pas réglé et les Néocalédoniens, habilités à voter, devront statuer sur leur avenir au cours d'un référendum d'autodétermination, prévu entre 2014 et 2018. Nul doute cependant que la question de l'emblème attisera de nouveau les tensions au cours des débats institutionnels.

Soulignons que les autorités françaises n'ont pas toujours été aussi tolérantes envers l'expression identitaire des populations autochtones. En février 1938, le protectorat français interdisait aux Tunisiens de pavoiser sous leurs couleurs nationales tandis qu'en mai 1945, à Sétif, les forces de l'ordre avaient tiré sur une foule arborant le drapeau algérien, tragédie qui préfigura la guerre d'indépendance¹¹⁶. Or si de tels emblèmes remettent effectivement en cause la souveraineté nationale, ils ne peuvent toutefois être interdits de manière générale et absolue, au risque de compromettre la liberté d'expression découlant de l'article 11 de la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Mais aujourd'hui la République, à défaut de reconnaître l'indépendance des territoires ultramarins, fait davantage preuve de compréhension à l'égard des identités singulières très éloignées de la métropole puisqu'en l'occurrence la Polynésie est désormais autorisée à faire figurer aux côtés de l'emblème national, y compris à l'occasion des manifestations publiques officielles, les signes distinctifs de son choix¹¹⁷ et ce conformément à l'esprit d'autonomie accordée à l'archipel.

En revanche, le fait pour une institution de la République de pavoiser sous les couleurs indépendantistes (hors le cas spécifique de la Nouvelle-Calédonie) pose questions. Le juge administratif a dû ainsi se pencher sur la légalité de la délibération du Conseil municipal de Sainte-Anne, en Martinique, décidant de « *la pose d'un drapeau rouge, vert et noir sur le fronton de la mairie et donnant mandat au maire pour accomplir toutes les formalités nécessaires à l'aboutissement de cette affaire* ». Ce qui revenait en fait à apposer un drapeau partisan, en l'occurrence, pro-indépendantiste, sur le fronton d'un bâtiment de la République¹¹⁸. Le juge a

¹¹⁵ Voir article du *Monde op.cit.*

¹¹⁶ G. PERVILLE, « Sétif, enquête sur un massacre », *L'Histoire*, n° 318, mars 2007, p. 44-48. « *Le 8 mai, jour de la capitulation allemande, alors que partout ailleurs la plupart des cortèges officiels se déploient sans incidents, à Sétif, la manifestation dégénère au moment où la police tente de s'emparer des banderoles et des drapeaux algériens arborés par certains manifestants. Une fusillade éclate, dont l'origine reste controversée.* » p. 45.

¹¹⁷ Article 1^{er} in fine de la Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française: « *La Polynésie française détermine librement les signes distinctifs permettant de marquer sa personnalité dans les manifestations publiques officielles aux côtés de l'emblème national et des signes de la République. Elle peut créer un ordre spécifique reconnaissant les mérites de ses habitants et de ses hôtes.* »

¹¹⁸ Selon les conclusions de F. DONNAT, *RFDA* 2005 p. 1137 (cf. note *infra*): « *une brochure figurant au dossier explique que ce drapeau apparut en effet en 1870, est devenu le*

néanmoins annulé cette décision en vertu du principe de la neutralité du service public qui « s'oppose à ce que soient apposés sur les édifices publics des signes symbolisant la revendication d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques »¹¹⁹. On peut toutefois objecter que ce n'est pas tant le principe de neutralité du service public qui est, en l'espèce, en cause. Après tout, le drapeau national, en tant qu'emblème de la nation souveraine fondée sur des valeurs républicaines qui lui sont propres, est loin d'être neutre ; pourtant il est présent sur le fronton de nombreuses municipalités françaises, en tant qu'institutions éminemment républicaines exerçant au nom de l'État des missions de service public telles que la tenue du registre d'État civil... Néanmoins l'apposition d'un drapeau notoirement indépendantiste doit effectivement être prohibée en ce qu'une municipalité (ou autre collectivité territoriale) n'est ni légitime à s'approprier un bâtiment de la République française ni à remettre en cause son intégrité ; d'autant moins lorsqu'il s'agit, comme dans le cas d'espèce d'une substitution du drapeau tricolore, dont certes l'apposition n'est pas obligatoire mais qui résulte d'une tradition républicaine communément acceptée¹²⁰. Et si le droit à l'autodétermination des popula-

symbole des mouvements indépendantistes de la Martinique. La brochure décrit ainsi ce drapeau comme représentant "la revendication nationaliste martiniquaise" et "l'affranchissement de la tutelle békée et métropolitaine" ».

¹¹⁹ TA Fort-de-France, 20 avril 1999 ; jugement confirmé par CAA Bordeaux, 24 juin 2003, n° 99BX01286, *rec.* ; puis par CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne* n° 259806, *rec.*, concl. DONNAT, *op.cit.* : « [...] Le fronton et, plus généralement, la façade d'un édifice public ne sont en effet pas des espaces quelconques et le fait d'y apposer un symbole plutôt qu'un autre n'est pas un geste dénué de toute portée. Parce qu'ils se présentent à la vue de tous et parce qu'ils surmontent l'entrée d'un bâtiment administratif, les façades et frontons des bâtiments publics sont ce que l'usager du service public voit en premier et ce que l'administré retient d'emblée de l'administration qu'il vient solliciter. L'apparence extérieure du bâtiment administratif n'est pas, à cet égard, indifférente. De même que l'usager du service public est en droit d'attendre de l'agent public qu'il n'exerce sur lui aucune pression par l'expression de ses convictions personnelles ou par le port d'un signe permettant de les reconnaître, et est en droit d'attendre de l'administration qu'elle examine son dossier sans tenir compte de ses opinions personnelles, de même l'usager et, plus largement, le simple passant est en droit d'attendre des autorités responsables d'un service public qu'elles ne lui imposent pas, sur la voie publique, la vue d'un signe symbolisant un attachement particulier à un courant de pensée, à un parti politique ou à des convictions religieuses. L'apposition de signes ou d'emblèmes religieux ou politiques sur la façade ou sur le fronton d'un édifice public pourrait être considérée à juste titre comme un acte de pression, de propagande ou de prosélytisme, voire comme une forme de reconnaissance officielle, contraire en tout état de cause à la neutralité du service public. Elle pourrait également laisser penser que l'activité de service public dont le bâtiment ainsi décoré est le siège s'exerce en tenant compte de convictions politiques ou religieuses, et que l'autorité responsable du service public entend privilégier les administrés partageant les mêmes idées qu'elle ; en somme, que l'activité de service public exercé derrière la façade ne l'est ni dans le respect du principe d'égalité ni dans un objectif d'intérêt général. [...] » (souligné par nous). Voir également J.-B. DARRAQ, « Pas de drapeau politique au fronton d'une mairie », *AJDA* 2006, p. 196 et suiv.

¹²⁰ La Commune de Sainte-Anne a continué d'arborer ce drapeau sur le fronton de l'Hôtel de ville, en dépit du jugement du Tribunal administratif. Des opérations électorales eurent ainsi lieu dans le bâtiment, qui sert également de bureau de vote, sans que les autorités

tions a pu être tiré de l'article 53 al. 3 de la Constitution¹²¹, il ne peut toutefois s'exprimer que de manière démocratique avec l'aval des populations intéressées et préalablement consultées en ce sens à travers un référendum, avant qu'une loi entérine ou non ce processus d'indépendance (même si l'on voit mal comment le législateur pourrait aller à rebours de la volonté manifeste d'une population à fonder son propre État souverain). Enfin s'agissant plus largement des symboles politiques, religieux ou philosophiques, leur interdiction dans les bâtiments publics s'explique bien au-delà du principe de neutralité de service public. Leur présence remettrait fondamentalement en cause l'essence même du symbole tricolore en ce qu'il est l'emblème exclusif de la communauté nationale représentée dans toute sa complexion, et ce au nom de la préservation de son indivisibilité (unicité) (article 1^{er} de la Constitution) et de sa souveraineté, souveraineté pour laquelle : « *Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* » (article 3 al. 2 de la Constitution). L'on pourrait également ajouter qu'un emblème à caractère religieux apposé au fronton d'un édifice public serait d'autant moins acceptable qu'il conviendrait, en outre, à l'essence laïque de notre République (voir article 1^{er} de la Constitution) et à l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État) selon lequel : « *il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires ainsi que des musées ou expositions* »¹²².

La suprématie tricolore est par conséquent bien assurée à travers les diverses formes de révérence due à l'emblème national, mais l'on ne peut pas en dire autant s'agissant des pavoisements publics. La préséance tricolore n'est pas soutenue avec toute la rigueur souhaitée, faute de textes contraignants ou d'instructions ministérielles plus précises (après tout, nous ne sommes pas obligés de légiférer). Enfin, nous ne pouvons minorer l'influence grandissante de l'Union européenne sur nos institutions civiles qui, confrontées à ce phénomène, semblent toutefois perdre tous leurs repères. L'exemple pourtant devrait provenir des institutions républicaines, toujours promptes à soulever de nouveaux interdits.

locales eussent pris la peine de retirer le drapeau illégal. Cependant le Conseil d'État n'a pas annulé les élections estimant que ce drapeau apposé de manière continue et revendiqué par nombre de mouvements politiques sur l'île, n'était ni de nature à tromper les électeurs ni à altérer la sincérité du scrutin. Voir CE, 22 février 2002, n° 236225 et 236226, *rec.*

¹²¹ Conseil constitutionnel 87-226 DC, 2 juin 1987, Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1^{er} de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.

¹²² Voir également CAA Nantes, 11 mars 1999, n° 98NT00357, *rec.*. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si le logotype du Conseil général de Vendée, à savoir deux cœurs entrelacés surmontés d'une couronne portant une croix était ou non religieux. La Cour a estimé que cet emblème était « *un identifiant du département au graphisme stylisé* ». Cependant il n'est pas sans rappeler, bien qu'il ne lui soit pas rigoureusement identique, le fameux emblème des Chouans restés, pendant la Révolution française, fidèles au roi et à l'Église.

B. – *Les interdits*

La République n'est pas naïve, elle sait que l'emblème national et ses nombreuses déclinaisons peuvent être détournés de leur vocation voire tournés en dérision. La sacralisation ne vise pas seulement à prescrire ce qu'il faut faire mais aussi à prescrire ce qu'il ne faut pas faire.

Deux types d'interdits visent à protéger le symbole, l'un tendant à éviter et à sanctionner l'usurpation tricolore (1), l'autre tendant à éviter et à sanctionner l'outrage au drapeau (2).

Les trois couleurs peuvent, en effet, être revêtues d'un « sceau » officiel et ne sauraient être employées en vue de détourner de leurs fins les prérogatives dévolues aux autorités publiques. Usurper l'emblème et autres signes tricolores pourrait tromper le public et remettre en cause la légitimité et l'autorité des personnes habilitées à s'en prévaloir. Les incriminations en la matière sont nombreuses, bien souvent anciennes et ne souffrent aucune contestation.

Quant à l'interdiction de l'outrage, elle suscite bien des interrogations. Elle est un surcroît de protection et, en ce sens, matérialise l'ultime degré de sacralisation de l'emblème national. Outrager le drapeau est donc un tabou. Le briser revient à manifester de la manière la plus éclatante le rejet que peut inspirer ce signe d'autorité et d'identité. D'évidence, il l'a toujours été au sein de l'Armée, mais il l'est devenu depuis peu auprès de la société civile. Aussi les incriminations militaires et celles de droit commun opèrent-elles un rapprochement qui en dit long sur le manque de repères de notre société. Pour autant fallait-il légiférer et réglementer en ce sens ?

Assurément nous ne sommes pas tous enclins à respecter le drapeau. Notre degré d'adhésion envers ce symbole est ainsi variable d'un individu à l'autre, selon l'idée que nous nous faisons de la nation, de la République et de l'autorité. Gustave FLAUBERT, lui-même, fustigeait les drapeaux, quels qu'ils soient : « [t]ous les drapeaux ont été tellement souillés de sang et de m... qu'il est temps de n'en plus avoir, du tout ! »¹²³. Aujourd'hui encore, les Monarchistes légitimistes, les Trotskistes et les Anarchistes n'éprouvent guère de tendresse à l'égard du drapeau tricolore ; mais ils ne sauraient, au vu des nouvelles incriminations, l'outrager au risque d'encourir de lourdes sanctions. Pour reprendre une expression chère à BEAUMARCHAIS, n'y aurait-il plus en France de liberté de blâmer, sans laquelle pourtant il n'y aurait point d'éloges flatteurs ?

1. – *L'interdiction de l'usurpation tricolore*

L'interdiction de l'usurpation des couleurs nationales vise à garantir l'exclusivité du symbole tricolore. Il s'agit plus précisément d'interdire tout usage frauduleux des signes et insignes tricolores susceptible de tromper la confiance du public et d'entamer l'autorité des pouvoirs publics.

¹²³ G. FLAUBERT, « Correspondance, à George Sand, 5 juillet 1869 ».

L'utilisation de cocardes et insignes particuliers aux couleurs nationales est strictement réservée aux autorités et personnes habilitées¹²⁴.



Cocarde tricolore du véhicule du préfet du département, avec l'aimable autorisation de Mme le Préfet

¹²⁴ Article 50 du décret n° 1989-655, *op. cit.* – « L'utilisation de cocardes et insignes particuliers aux couleurs nationales sur les véhicules automobiles, aéronefs et vedettes maritimes ou fluviales est interdite, sauf en ce qui concerne : 1° Le Président de la République ; 2° Les membres du Gouvernement ; 3° Les membres du Parlement ; 4° Le président du Conseil constitutionnel ; 5° Le vice-président du Conseil d'État ; 6° Le président du Conseil économique, social et environnemental ; 7° Les préfets dans leur département, à Mayotte ou dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, les sous-préfets dans leur arrondissement, les représentants de l'État en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises. Les véhicules des officiers généraux portent, dans les conditions prévues par les règlements militaires : 1° Des plaques aux couleurs nationales avec étoiles ; 2° A l'occasion des cérémonies ou missions officielles, des fanions aux couleurs nationales avec ou sans cravates ». De l'usurpation d'uniformes, de décorations, de signes distinctifs et emblèmes, article L. 322-15 du Code justice militaire : « Le fait pour tout militaire, toute personne embarquée de porter publiquement des décorations, médailles, insignes, uniformes ou costumes français, sans en avoir le droit, est puni d'un emprisonnement de deux ans. La même peine est prononcée contre tout militaire ou personne embarquée qui porte des décorations, médailles ou insignes étrangers sans y avoir été préalablement autorisé. »



Cocarde tricolore d'un parlementaire, avec l'aimable autorisation de M. PANCHER

Ce monopole est justifié par le fait que les couleurs nationales sont employées aux fins d'authentications légitimant les honneurs, actes et décisions rendus par les autorités publiques effectivement compétentes. Porter indûment des symboles tricolores est par conséquent constitutif d'un délit car cet acte revient non seulement à tromper le public quant au titre, fonction, insigne ou décoration que la personne attend exhiber, mais aussi à contester la légitimité des décisions adoptées par l'État et plus largement par les autorités publiques. Ces incriminations figurent sans surprises dans le Livre IV du Code pénal, intitulé : « *des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique*¹²⁵ ». Il est bien évident cependant que si

¹²⁵ In Code pénal, Titre III : Des atteintes à l'autorité de l'État. Chapitre III : Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers. Section 7 : De l'usurpation de fonctions. Article 433-12 : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait, par toute personne agissant sans titre, de s'immiscer dans l'exercice d'une fonction publique en accomplissant l'un des actes réservés au titulaire de cette fonction.* » Article 433-13 : « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait par toute personne : 1° D'exercer une activité dans des conditions de nature à créer dans l'esprit du public une confusion avec l'exercice d'une fonction publique ou d'une activité réservée aux officiers publics ou ministériels ; 2° D'user de documents ou d'écrits présentant, avec des actes judiciaires ou extrajudiciaires ou avec des documents administratifs, une ressemblance de nature à provoquer une méprise dans l'esprit du public.* » Section 8 : De l'usurpation de signes réservés à l'autorité publique. Article 433-14 : « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait, par toute personne, publiquement et sans droit : 1° De porter un costume, un uniforme ou une décoration réglementés par l'autorité publique ; 2° D'user d'un document justificatif d'une qualité professionnelle ou d'un insigne réglementés par l'autorité publique ; 3° D'utiliser un véhicule dont les signes extérieurs sont identiques à ceux utilisés par les fonctionnaires de la police nationale ou les militaires.* » Article 433-15 : « *Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende le fait, par toute personne, publiquement, de porter un costume ou un uniforme, d'utiliser un véhicule, ou de faire usage d'un insigne ou d'un document présentant, avec les costumes, uniformes, véhicules, insignes ou documents distinctifs réservés aux fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires, une ressemblance de nature à causer une méprise dans l'esprit du public.* » Article 433-16 : « *Les infractions définies par les articles 433-14 et 433-15 sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsqu'elles ont pour objet de préparer ou de faciliter la commission d'un crime ou d'un délit.* »

le symbole tricolore arboré est ancien et ne tend pas à une méprise auprès du public, il est loisible de l'afficher. En revanche, s'il est suffisamment récent au point que le public n'a pas eu le temps de réaliser qu'il avait changé, il appartiendra au juge de déterminer, au cas de l'espèce, s'il était de nature à le tromper et s'il a été utilisé à cette fin. Enfin si un symbole protégé est utilisé dans le cadre d'une œuvre intellectuelle (théâtre, cinéma...) ou présenté au public dans un but pédagogique, il ne saurait conduire à la moindre sanction.

Les candidats à une élection ne sauraient également s'approprier à des fins de propagande les couleurs nationales¹²⁶. Même si un candidat est en lice pour sa réélection, il est un candidat parmi d'autres et ne saurait se prévaloir de ses fonctions de représentant de la nation ou de l'État dans sa commune lorsqu'il est en campagne ou lorsqu'il est dans un bureau de vote. Il ne saurait, en ces instants précis, être légitime à véhiculer l'image de la souveraineté¹²⁷. On imagine bien que s'il se prévalait des trois couleurs dans un bureau de vote, il y exercerait une pression sur les électeurs qui pourraient être ainsi influencés. Ce qui contreviendrait à la neutralité civique hors de l'isoloir qui sied pourtant au bon déroulement du scrutin¹²⁸.

Section 9 : De l'usurpation de titres. Article 433-17 : « *L'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique ou d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Les personnes physiques ou morales coupables du délit prévu à la présente section encourent également la peine complémentaire suivante : interdiction de l'activité de prestataire de formation professionnelle continue au sens de l'article L. 6313-1 du code du travail pour une durée de cinq ans* ». Voir également les articles R.643-1, R. 645-8-1 du Code pénal ainsi que l'article R.15-33-29-1 du Code de procédure pénale *in fine* (souligné par nous). Voir également le Titre IV du Livre IV sur les atteintes à la confiance publique. Article 311-4 du Code pénal : « *Le vol est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende : 3° Lorsqu'il est commis par une personne qui prend indûment la qualité d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public [...]* ».

¹²⁶ Article R. 27 du Code électoral : « *Les affiches et circulaires ayant un but ou un caractère électoral qui comprennent une combinaison des trois couleurs : bleu, blanc et rouge à l'exception de la reproduction de l'emblème d'un parti ou groupement politique sont interdites [...]* ». Dans le même esprit voir : les articles A. 713-7 et A. 713-22 du Code de commerce s'agissant des élections des membres des chambres de commerce et des délégués consulaires ainsi que les articles R.1112-4 du Code général des collectivités territoriales (propagande lors d'un référendum local) et R.1112-16 du même code (sanction contre l'imprimeur). Dans les faits, les commissions préélectorales sont vigilantes et n'hésitent pas à exiger la destruction de la propagande non conforme à l'article R. 27 du Code électoral tout en enjoignant le candidat à produire de nouveaux documents à ses frais. Voir pour un cas d'espèce, <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2010/03/01/01011-20100301FILWWW00609-ump-2m-de-professions-de-foi-a-refaire.php/>

¹²⁷ Toutefois les partis politiques sont autorisés à adopter un logo tricolore à charge notamment pour eux de « *respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie* » (article 4 al. 1 *in fine*).

¹²⁸ Cependant la présence de symbole tricolore arboré dans un bureau de vote ne conduit pas forcément à invalider l'élection d'un candidat si cette inscription, dans le cas d'espèce, n'était pas de nature à fausser les résultats, voir CE, 12 juillet 1969, n° 74548, *rec.* (élection

Enfin, l'utilisation des couleurs nationales est également réglementée en matière commerciale afin notamment d'éviter de tromper le consommateur. La France a ainsi ratifié la Convention de Paris dont l'article 6ter¹²⁹ vise à interdire l'enregistrement et l'utilisation, à défaut d'autorisation, de marques de produits identiques à ses emblèmes nationaux ou signes officiels ou présentant certaines similitudes avec eux. Cette règle s'étend également aux marques de service¹³⁰. Quant aux signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie qui figurent sur certains produits, ils certifient que l'État s'est assuré qu'ils satisfont effectivement à une norme prescrite ou présentent une certaine qualité. En d'autres termes, l'État s'engage à se montrer vigilant afin d'éviter que ses symboles soient employés à des fins frauduleuses, lesquelles entameraient l'image des produits et des services français. Les couleurs nationales sont en ce sens considérées comme les vecteurs de promotion de « l'excellence » à la française, et participent de ce que les Anglo-Saxons nomment le « *soft power* » et les Français « le patriotisme économique », enjeu d'autant plus crucial à l'heure où la libre circulation des biens et des services constitue une règle internationale.

confirmée). Voir, un cas inverse (élection annulée), CE, 8 mars 2002, *Elections municipales de la commune de Vairao*, M. Doom, n° 236291, *rec.* ; AJDA 2002, p. 1014, chron. DONNAT et CASAS ; *Dr. adm.* 2002, comm. n° 142, note MAUGUE. « [...] *Considérant qu'au cours du déroulement du scrutin, le président du bureau de vote et les membres de ce bureau sont astreints à une obligation de neutralité ; qu'ils doivent en conséquence s'abstenir d'influencer les électeurs lors du scrutin ; qu'il est constant que le maire sortant, M. Doom, a voté ceint d'une chemise « paréo » aux couleurs de la « liste d'entente communale de Vairao » et a présidé le bureau de vote toute la journée dans cette tenue ; qu'outre l'attitude partisane ainsi adoptée, le maire sortant a arboré son écharpe tricolore, ce qui dans les circonstances de l'espèce, a constitué un moyen de pression supplémentaire sur les électeurs ; que les irrégularités ainsi constatées sont constitutives d'une manœuvre qui, en raison du faible écart de voix entre les deux listes en présence, a altéré la sincérité du scrutin [...] ».*

¹²⁹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (marques de produits) « *Les pays contractants conviennent de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire, par des mesures appropriées, l'utilisation, à défaut d'autorisation des pouvoirs compétents, soit comme marques de fabrique ou de commerce, soit comme éléments de ces marques, des armoiries, drapeaux et autres emblèmes d'État des pays contractants, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie adoptés par eux, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique. [...] Les pays contractants s'engagent à interdire l'usage, non autorisé dans le commerce, des armoiries d'États des autres pays contractants, lorsque cet usage sera de nature à induire en erreur sur l'origine des produits. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'exercice, par les pays, de la faculté de refuser ou d'invalider, par application du n° 3 de l'alinéa 2 de l'art. 6, les marques contenant, sans autorisations, des armoiries, drapeaux, décoration et autres emblème d'État ou des signes et poinçons officiels adoptés par un pays de l'Union* » (souligné par nous). Voir également le site de l'Organisation mondiale de la propriété industrielle in http://www.wipo.int/article6ter/fr/general_info.htm.

¹³⁰ En 2009, la France a ratifié le traité de Singapour sur le droit des marques dont l'article 16 dispose « *Toute Partie contractante enregistre les marques de services et applique à ces marques les dispositions de la Convention de Paris qui concernent les marques de produits* » in http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/singapore/singapore_treaty.html.



Les trois couleurs sur une boîte d'un bien de consommation courante

Pourtant rien n'est vraiment clair. L'apposition des couleurs tricolores signifie-t-elle que le produit ou le service a été conçu, imaginé, assemblé, fabriqué, élevé ou abattu en France ou élaboré à partir d'une méthode française ? Il n'est pas sûr que les consommateurs soient particulièrement éclairés, et peuvent légitimement dénoncer l'opacité des informations commerciales en la matière. La présence d'un logo tricolore, même autorisée par les services de l'État, aurait plutôt tendance à évoquer spontanément au consommateur non averti que le processus de conception et de fabrication s'est réalisé dans sa totalité sur le territoire national.

2. – L'interdiction de l'outrage au drapeau

Notons d'emblée qu'aucune incrimination d'outrage ne vise à protéger les drapeaux internationaux, étrangers ou européen. Seul le drapeau français est protégé. Cependant l'on pourrait concevoir que la République sanctionne également certains comportements qui pourraient altérer ses bonnes relations diplomatiques (ce qui serait conforme à l'esprit de l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946).

Pour revenir au cas français, soulignons en préambule que les manifestations hostiles envers le drapeau sont rares, généralement le respect ou l'indifférence s'imposent. Si rassembler la nation autour du drapeau est symbolique, la diviser est littéralement diabolique, le « *diabolon* » étant celui qui divise, par opposition au « *sumbolon* », celui qui rassemble. L'interdiction de l'outrage consiste à éviter que soit accompli un acte sacrilège qui reviendrait à atteindre la nation tout entière. C'est donc un interdit métonymique qui vise à éviter la discorde publique, la rupture du pacte républicain¹³¹.

Mais qu'est-ce qu'un outrage ? Est-il forcément diabolique ? Ce n'est pas certain. L'outrage, dans la langue française, est une notion vague, imprécise. Cela va de la satire, à la parodie, à la destruction, à la souillure, à la déconstruction, au détournement, au crachat...jusqu'à l'acte le plus destructeur mais aussi le plus régénérateur pour ses partisans : l'autodafé. « *Brûle ce que tu as adoré, adore ce que tu as brûlé !* », aurait dit Saint Remi à CLOVIS, lors de son baptême. Le sens de l'outrage est tout aussi divers : manifestation de déloyauté, de négation de l'identité nationale, simple provocation en vue d'une publicité, acte de révolte, de

¹³¹ Voir L. PECH, « Du respect des symboles de la République imposée par la loi », éd. juriscasseur, mai 2003, p. 16-22, et P. ROLLAND, « Du délit d'opinion dans la démocratie française » in *Mélanges Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 667.

démence, expression d'un désarroi profond, d'un malaise social, discours de délégitimation du politique, de remise en cause des élites, appel à la sédition, dénonciation d'une oppression politique, religieuse, culturelle, linguistique, sociale..., apologie à la haine raciale, à la xénophobie...

Pour clarifier les enjeux, il convient désormais de distinguer les différentes incriminations, la militaire qui est traditionnelle (a) et celles de droit commun, apparues au début de ce siècle (b).

a. – *L'incrimination militaire*

Le Code justice militaire énonce : « article L322-17 : *Le fait pour tout militaire ou toute personne embarquée de commettre un outrage au drapeau ou à l'armée est puni de cinq ans d'emprisonnement. Si le coupable est officier il encourt, en outre, la destitution ou la perte de son grade* ¹³² ». L'incrimination est logique dans la mesure où l'on doit s'assurer de la loyauté de tous les militaires censés porter les armes pour défendre la nation et ses intérêts. Outrager le drapeau revient symboliquement et sans équivoque à renier cet engagement sous les drapeaux ¹³³, outre le fait que cet acte constitue un cas manifeste d'un manquement à l'honneur et au devoir.

Selon la jurisprudence, l'outrage serait un geste offensant ou/et toute expression injurieuse manifestant le mépris dans lequel l'auteur tient le drapeau ¹³⁴.

À noter cependant que cette incrimination n'affecte pas seulement les militaires mais aussi les « *personnes embarquées* » même civiles, et ce qu'elles soient françaises ou étrangères, l'espace dévolu à l'armée étant en soi un sanctuaire pour les couleurs nationales.

Le lien matériel entre l'armée et la nation est donc sacralisé par cet interdit catégorique, absolu et général qui constitue un véritable tabou pour toutes les armées régulières du monde. En outre, la formulation de l'incrimination par son caractère général laisse à penser que cet interdit vaut aussi bien en situation de paix, en situation de combat, en service et hors service, qu'il ait été réalisé en public ou dans un cadre strictement privé ; même si l'on peut objectivement penser que la peine privative de liberté effectivement prononcée sera plus sévère si l'outrage est réalisé non seulement en public mais aussi en cours d'opération.

Quoi qu'il en soit, la sanction encourue est particulièrement lourde. Elle l'est davantage encore si l'outrage a été commis par un officier, dont le statut constitue une circonstance aggravante (il encourt la destitution ou la perte de grade). Le respect de la hiérarchie et de la discipline inhérent au bon fonctionnement de

¹³² L'incrimination figure dans un chapitre consacré aux infractions contre l'honneur ou le devoir. Pour connaître la procédure pénale militaire voir le décret n° 2007-759 du 10 mai 2007 portant partie réglementaire du code de justice militaire.

¹³³ Depuis l'entrée en vigueur de la loi suspendant l'appel sous les drapeaux des Français, tous les militaires sont désormais des volontaires qui ont opté délibérément pour le métier des armes (Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national).

¹³⁴ Voir Ph. SALVAGE, *JurisClasseur*, Lois pénales spéciales, V° Armée, Fasc. 60 : Armée. – Infractions contre l'honneur et le devoir.

l'armée implique, en effet, que ses cadres dirigeants fassent montre d'un comportement exemplaire, nécessaire à la cohésion des frères d'armes et à leur sécurité.

La constitutionnalité de cette incrimination ne souffre aucune contestation. Un militaire, y compris au sein d'une démocratie pluraliste et ouverte comme la France, n'est évidemment pas un civil ; ses devoirs sont donc exorbitants du droit commun, il ne peut, en l'espèce, invoquer la liberté d'opinion ou d'expression pour justifier cet outrage (les articles 10 et 11 de la déclaration de 1789 reconnaissent certes ces libertés mais celles-ci ne sont pas absolues, et ce en vue de préserver l'ordre public, en l'occurrence ici l'ordre et la discipline militaires¹³⁵). Rappelons également que le drapeau national est le lien matériel et affectif qui unit les Armées à la République, dont le président est aussi le chef ; tandis que cet emblème unit et transcende des frères d'armes prêts à se sacrifier au nom de la nation. La solidarité dans l'armée vis-à-vis du drapeau est donc une exigence se manifestant entre les hommes du même rang (solidarité horizontale) mais aussi entre les hommes de différents grades, les subalternes devant respecter leurs supérieurs, les supérieurs devant assumer toutes leurs responsabilités devant leurs subalternes (solidarité verticale, ascendante et descendante), l'Armée s'appuyant sur le fameux « esprit de corps ». Dans ce contexte si particulier, savoir que l'un d'eux ait pu outrager le drapeau laisse suggérer qu'il n'a plus confiance en l'institution, en la nation et/ou à sa mission. En retour, il est à craindre que ses frères d'arme puissent ne plus avoir confiance en lui. L'outrage d'un militaire n'est pas anodin, sauf à considérer que les militaires ne sont que de vulgaires mercenaires qui n'auraient qu'une seule couleur à défendre celle des billets de banque et n'auraient jamais ainsi à répondre de leurs actes ni devant la nation, ni devant leurs compagnons. L'interdit est par conséquent à l'aune de la révérence exigée d'un militaire à l'égard de son drapeau, emblème d'une nation qu'il s'est engagé, en toute connaissance de causes, à défendre et pour laquelle il a sacrifié une part importante de sa liberté d'expression.

Bien que le cas ne semble pas avoir été encore soulevé en France, une personne accusée d'un tel outrage pourrait-elle cependant contester sa conventionnalité au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (ci après désignée Convention) ? L'article 10 § 1 de la Convention dispose : « *toute personne a droit à la liberté d'expression.]Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière [...].* ». Cependant, en vertu du § 2 de l'article 10 cette liberté peut être restreinte : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la*

¹³⁵ Article 10 de la déclaration : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.* » Article 11 : « *La libre 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.* ».

défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale [...] ».

Incontestablement l'incrimination militaire constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, mais elle peut être autorisée : 1° si elle est prévue par la loi¹³⁶ (ce qui est le cas de l'article L322-17 du code de justice militaire), 2° si elle poursuit un but légitime (en l'occurrence la défense de l'ordre dans les forces armées)¹³⁷, 3° si elle est « *nécessaire dans une société démocratique* ». Sur ce troisième élément, la Cour européenne des droits de l'homme (ci après désignée la Cour) a précisé dans une jurisprudence récente : « [...] [L]a Cour doit [...] être attentive aux particularités de la condition militaire et à ses conséquences sur la situation des membres des forces armées : l'État doit donc pouvoir imposer des restrictions à la liberté d'expression là où il existe une menace réelle pour la discipline militaire, le fonctionnement efficace d'une armée ne se concevant guère sans les règles juridiques destinées à empêcher de saper cette discipline ». Et la Cour de poursuivre afin de préciser le 4° élément nécessaire à toute ingérence conforme à la Conv. EDH : « Pour déterminer si l'ingérence est proportionnée au but légitime visé et, partant, nécessaire dans une société démocratique, la Cour apprécie l'ensemble des circonstances de la cause, tel que le contenu des déclarations litigieuses, le contexte dans lesquelles elles ont été formulées, la valeur essentielle de la discipline dans les forces armées et le statut particulier de l'intéressé. Il convient en fait de tenir compte de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu. Grâce à leur contact directs et constants avec les réalités du pays, les cours et tribunaux d'un État se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, ce juste équilibre¹³⁸ ». (souligné par nous).

L'incrimination, au vu de cette jurisprudence, est conforme à la Conv. EDH. Reste à savoir si la sanction qui serait effectivement prise à l'encontre de l'auteur d'un tel outrage est proportionnée, et ce en tenant compte du contexte de l'acte (est-ce en temps de paix, de guerre, en service, hors service, en public, en privé, acte commis isolément ou en groupe ?) et du statut de son auteur (son grade, ses fonctions...). Il est donc possible que l'auteur de l'outrage ne soit pas ou peu sanctionné au vu du cas espèce, notamment si cet acte a eu peu d'impact sur la discipline (impact objectif minime¹³⁹) et qu'à l'inverse l'auteur soit sévèrement réprimé

¹³⁶ La prévisibilité de la loi est aussi une qualité requise.

¹³⁷ Voir CEDH, *Engel c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 98 série A n° 22.

¹³⁸ CEDH, *Mattely c. la France*, 15 septembre 2009, n° 30330/04, *AJDA* 2010, p. 997, obs. FLAUS. L'affaire *Mattely* est intéressante au regard de la liberté d'expression des militaires. Voir notamment J. PIEDNOIR, « L'obligation de réserve d'un officier chercheur entre les énervements de la hiérarchie et les évitements du juge : l'affaire *Mattely* », *AJFP* 2011, p. 108 et suiv.

¹³⁹ Voir CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, 25 novembre 1997, req. 24348/9, www.echr.coe.int/ (rubrique jurisprudence), § 47-48, violation de l'article 10 de la Convention. Dans cette affaire, un officier avait vivement critiqué l'institution militaire dans une missive adressée à son supérieur. Selon le code pénal militaire grec, il était passible de lourdes sanctions pour avoir outragé l'institution militaire. Or, à l'étude des faits, la peine prononcée par les juges grecs n'était pas nécessaire dans une société démocratique car elle eut peu de répercussions

si son geste a démoralisé les troupes, conduit à l'indiscipline de ses pairs ou de ses subalternes...

b. – Les incriminations de droit commun

Il existe deux types d'incrimination de droit commun, l'une législative¹⁴⁰, l'autre réglementaire. Or à l'inverse de l'incrimination militaire, les incriminations de droit commun, qui sont par ailleurs d'interprétation stricte¹⁴¹, appellent des réserves. Certes incriminer l'outrage est en soi un acte symbolique visant à prévenir et à réprimer un acte censé diviser la communauté nationale, mais recourir au droit pénal pour poser cet interdit surligne la volonté manifeste de forcer des civils, tant Français qu'étrangers, à respecter l'identité et la souveraineté nationales.

L'objet de cette incrimination ne serait-il pas une illusion juridique ? Une norme ne peut de sa simple existence forcer au respect, et de d'autant moins si l'auteur de l'outrage n'a aucun engagement spécifique vis-à-vis de la République.

Notons également que les incriminations de droit commun ne sont apparues qu'au cours des années 2000 et s'inscrivent dans des contextes particuliers au cours desquels les autorités ont sur-réagi à des événements qui, bien que marquants, n'ont jamais menacé sérieusement les fondements de la République. Dès lors, on peut s'interroger. L'interdiction de l'outrage ne revient-elle pas à instaurer une sorte de délit de blasphème public ? Ne serait-ce pas une atteinte à la liberté d'expression ?

Rappelons d'emblée les faits. L'incrimination fut introduite dans la loi de 2003 dite de sécurité intérieure et fit suite à la rencontre de football opposant l'équipe de France à l'équipe d'Algérie, en 2001, ainsi qu'à celle opposant Lorient à Bastia, lors de la finale de la Coupe de France de 2002, à l'occasion desquelles *La Marseillaise* fut copieusement huée. L'émotion fut telle que le législateur introduisit l'incrimination d'outrage à l'hymne et au drapeau (qui lui est associé au sein de l'article 2 de la Constitution), au Livre IV du Code pénal consacré aux « crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique » et plus précisément au Titre III, Chapitre III consacré aux atteintes à l'autorité de l'État. « Article 433-5-1. *al.1. Le fait, au cours d'une manifestation organisée¹⁴² ou réglementée¹⁴³ par les autorités*

(la Cour a examiné l'impact objectif de cette missive et l'a jugée minime). A noter que le fondement juridique des poursuites pénales contre M. Grigoriades était l'ancien article 74 du code militaire grec sanctionnant non seulement les insultes à l'armée mais aussi les insultes aux symboles de la nation grecque.

¹⁴⁰ X. CABANNES, « *Le délit d'outrage au drapeau tricolore ou à l'hymne national* » in *Revue de la recherche juridique*, 2003, volume 1, n° 2, p. 987-999.

¹⁴¹ Selon l'article 111-4 du Code pénal : « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». Ce principe est un corollaire de celui de la légalité criminelle selon lequel les crimes et délits ainsi que les peines applicables doivent être clairement définis par la loi.

¹⁴² Les manifestations organisées par les autorités publiques sont les cérémonies publiques, les préséances, mais aussi les honneurs publics ou militaires, au sens du décret n° 89-655 du 13 septembre 1989. Voir J.-É. SCHOETTL, « La loi pour la sécurité intérieure devant le Conseil constitutionnel (Cons. const., 13 mars 2003) », *Petites affiches*, 28 mars 2003 n° 63, p. 4 et suiv.

publiques, d'outrager publiquement¹⁴⁴ l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 € d'amende. Al.2. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende¹⁴⁵».

A noter l'absence de définition légale de l'outrage¹⁴⁶. Mais selon la doctrine pénale, celui-ci consisterait à injurier, à diffamer ou à adopter une attitude irrespectueuse à l'égard du drapeau national¹⁴⁷.

Quoi qu'il en soit et en dépit de la loi, rien n'y fit. Le délit d'outrage contre *La Marseillaise* est commis régulièrement dans les stades¹⁴⁸, sans que les autorités aient cherché à comprendre ou à juguler les raisons d'un tel phénomène. La crainte d'une sanction quasi inapplicable ne suffit visiblement pas. Il est, en effet, difficile de déterminer qui siffle et qui ne siffle pas, de prouver tout simplement l'outrage. Dans cette condition, la loi peut être contre-productive et inciter à l'outrage par esprit de provocation. Il s'agit, dès lors, d'une loi conjuratoire qui n'a pas atteint les effets escomptés.

Autre danger, une démocratie ne peut pas interdire de manière absolue et générale les atteintes aux symboles qui exprimeraient une opinion. Certes la loi n'instaure pas une telle interdiction, mais le risque demeure. N'oublions pas que la liberté est la règle, l'interdiction une exception. En ce sens, le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité de la loi de 2003, avait émis une importante réserve¹⁴⁹. Après avoir rappelé les articles 10 et 11 de la Dé-

¹⁴³ Les manifestations réglementées par les autorités publiques sont celles régies par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 et le décret n° 97-646 du 31 mai 1997, autrement dit les « manifestations sportives, récréatives et culturelles à but lucratif dont le public et les personnels qui concourent à leur réalisation peuvent atteindre plus de 1 500 personnes ». Voir J.-É. SCHOETTL, *op.cit.* Les manifestations politiques et syndicales (défilés, cortèges) n'entrent donc pas dans le champ de l'article 433-5-1 du Code pénal. Cet article, selon le Conseil constitutionnel (*cf.infra*), ne vise que les manifestations sportives, culturelles et récréatives et les cérémonies publiques. Voir D. PERROUDON in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Manifestations – octobre 2010, 99.

¹⁴⁴ Ce qui exclut *a contrario* l'outrage qui aurait été commis dans un cadre privé. En droit pénal, il importe également de s'assurer que l'auteur de l'outrage ait eu l'intention de commettre cet acte, en toute conscience.

¹⁴⁵ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 – art. 113. Voir M. SEGONDS, *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 433-5-1, Fasc. 20 : Outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore. Voir sur les conséquences de cette incrimination au regard du droit du sport : J.-P. KARAQUILLO, « L'hymne national sifflé dans les stades de football », *Recueil Dalloz* 2008, p. 2776. À noter également que les personnes morales bénéficient de l'impunité quand bien même auraient-elles organisé la manifestation au cours de laquelle se seraient produits les faits incriminés.

¹⁴⁶ Cette imprécision aurait dû pourtant soulever l'attention du juge constitutionnel.

¹⁴⁷ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Paris, LGDJ, 2000, p. 262, n° 428.

¹⁴⁸ Voir *Le Monde*, « La Marseillaise sifflée, des précédents existent », http://www.lemonde.fr/sport/article/2008/10/16/la-marseillaise-sifflee-des-precedents-existent_1107900_324_2.html

¹⁴⁹ Conseil Constitutionnel DC 2003-467 DC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure. « 105. Considérant qu'en instituant un tel délit, le législateur a effectué la conciliation qu'il lui appartenait d'assurer entre les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus ; que la

claration de 1789 relatifs à la liberté d'opinion et d'expression ainsi que l'article 2 de la Constitution consacrant le drapeau tricolore en tant qu'emblème national, le Conseil note que le législateur se doit de concilier les exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées et qu'en conséquence : « [Considérant 104] sont exclus du champ d'application de l'article critiqué les œuvres de l'esprit¹⁵⁰, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementés par elles ; que 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 accueillent¹⁵¹ » (souligné par nous).

peine qu'il a fixée ne revêt pas de caractère manifestement disproportionné par rapport à l'infraction ;106. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous la réserve d'interprétation énoncée au considérant 104, l'article 113 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ».

¹⁵⁰ Les œuvres de l'esprit sont définies à l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; 7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; 8° Les œuvres graphiques et typographiques ; 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; 10° Les œuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations [...]. »

¹⁵¹ Voir une jurisprudence appliquant l'article 433-5-1 du Code pénal, CA Riom, Ch. des appels correctionnels, n° 06/00167, 14 juin 2006, consultable sur *Lamyline*.

Les faits sont les suivants : un individu qui venait de grimper sur la façade de la mairie a arraché un drapeau tricolore, l'a agité puis l'a jeté dans la foule amassée sous les fenêtres ; c'est alors qu'un jeune homme s'en est emparé puis l'a brûlé à l'aide d'un briquet tout en l'agitant jusqu'à complète combustion. L'auteur de l'autodafé a reconnu son geste. Il aurait agi ainsi car il « n'était pas d'accord avec la politique capitaliste, sécuritaire et extrémiste actuelle » et « que dans l'ambiance du festival, il avait voulu s'en prendre à l'emblème du gouvernement en place et non à l'emblème de la France » tout en regrettant postérieurement son acte. L'auteur de l'outrage a été relaxé en première instance mais a été condamné en appel. « Attendu qu'il importe peu que le prévenu se soit mépris sur le sens qu'il voulait donner à son geste et qui a consisté à brûler en toute connaissance de cause le drapeau de la France qui pavaisait la mairie d'Aurillac à l'occasion festival Eclat organisé et réglementé par les autorités publiques ; qu'il indiffère qu'en agissant ainsi il ait cru protester contre le gouvernement actuel dès lors qu'il s'en est pris au drapeau tricolore qu'il a détruit publiquement face à plusieurs centaines de personnes rassemblées sur la place de l'Hôtel de Ville d'Aurillac ; [...] Attendu qu'à l'audience il renouvelle ses regrets et précise que les faits ont été commis dans une ambiance festive sans qu'il ait compris toute la portée de son geste ; Attendu toutefois que par ses démarches postérieures aux faits et en indemnisant la victime, le prévenu a fait preuve de repentir actif qui permet à la Cour de le sanctionner

Or cette réserve est significative de la crainte du Conseil constitutionnel¹⁵² de voir le délit d'outrage prendre la forme d'un interdit général et quasi absolu, crainte, en l'occurrence, prophétique. En effet, une nouvelle affaire conduira, non pas le législateur, mais le gouvernement à incriminer par décret, toute sorte d'outrage au drapeau (décret pris en Conseil d'État n°2010-835 du 21 juillet 2010) consécutivement à l'affaire dite de la FNAC de Nice. En l'espèce, cette enseigne avait organisé, en 2010, un concours photographique ayant pour thème le « politiquement incorrect ». Or l'une des photographies distinguées à l'occasion de ce concours, représentait justement un jeune homme faisant mine de s'essuyer les fesses avec le drapeau tricolore. Il est vrai qu'à la suite du débat sur l'identité nationale¹⁵³ la photographie pouvait se targuer d'être à la pointe du politiquement incorrect. En réaction, des parlementaires exigèrent que furent adoptées des mesures radicales¹⁵⁴, d'où le nouvel article R. 645-15 du Code pénal figurant parmi « *les contraventions de la 5^e classe contre la nation, l'État ou la paix publique* » : « *De l'outrage au drapeau tricolore. – Hors les cas prévus par l'article 433-5-1, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe¹⁵⁵ le fait, lorsqu'il est commis dans des conditions de nature à troubler l'ordre public et dans l'intention d'outrager le drapeau tricolore : 1° De détruire celui-ci, le détériorer ou l'utiliser de manière dégradante, dans un lieu public ou ouvert au public*

d'une peine d'amende modérée et d'exclure la condamnation du bulletin n° 2 de son casier judiciaire ; par ces motifs [...] Infirme la décision entreprise, Déclare Nicolas X... coupable des faits qui lui sont reprochés, En répression le condamne à la peine de 300 € d'amende, Dit que la présente condamnation ne figurera pas au bulletin N° 2 du casier judiciaire de l'intéressé ». (souligné par nous).

¹⁵² Dans la mesure où le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur la constitutionnalité de cette disposition législative, une question prioritaire de constitutionnalité visant à son abrogation a peu de chances d'être couronnée de succès car, selon l'article 23-2. de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies [...] 2° [la disposition contestée] n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* ». Si le Conseil constitutionnel est malgré tout saisi en ce sens, il peut alors prononcer un non-lieu à statuer (Cf. Décision n° 2010-9 QPC du 02 juillet 2010 Section française de l'Observatoire international des prisons).

¹⁵³ Un ministère de l'immigration et de l'identité nationale fit son apparition en 2007, puis supprimé en 2010. Entre-temps, un débat sur l'identité nationale fut lancé par ce ministère, en 2009. Voir http://www.lemonde.fr/politique/article/2009/04/21/nicolas-sarkozy-relance-le-debat-sur-l-identite-nationale_1183372_823448.html ; voir aussi un sondage d'opinion effectué auprès des Français in <http://www.leparisien.fr/flash-actualite-politique/identite-nationale-48-des-francais-pas-interesses-par-le-debat-14-01-2010-776992.php>

¹⁵⁴ Voir la dépêche du *Monde* et de l'AFP du 21 avril 2010 in http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/04/21/il-s-essuie-avec-le-drapeau-tricolore-michele-alliot-marie-proteste_1340839_3224.html ; à noter que deux salariés de la FNAC ont été licenciés. Voir la dépêche du *Monde* et de l'AFP du 2 juillet 2010 in http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/07/02/outrage-au-drapeau-la-fnac-licencie-deux-salaries_1382303_3224.html

¹⁵⁵ Soit au maximum 1 500 € d'amende (article 131-13. 5° du Code pénal).

; 2° Pour l'auteur de tels faits, même commis dans un lieu privé, de diffuser ou faire diffuser l'enregistrement d'images relatives à leur commission. La récidive des contraventions prévues au présent article est réprimée conformément aux articles 132-11¹⁵⁶ et 132-15¹⁵⁷. » (souligné par nous).

La nouvelle incrimination qui complète la précédente, en précisant toutefois les éléments constitutifs de la contravention (destruction, détérioration, utilisation dégradante) est cependant plus stricte, du moins dans sa rédaction en ce qu'elle n'exclut pas de son champ ni les œuvres de l'esprit ni les outrages réalisés au cours d'une manifestation privée et s'étend également à la diffusion des faits¹⁵⁸... Un artiste, un caricaturiste voire un journal, un site internet... sont menacés de sanctions. La réserve émise par le Conseil constitutionnel est ainsi contournée par un décret ! Serait-ce une atteinte manifeste à la liberté d'expression notamment artistique telle qu'elle était promue par les Dadaïstes qui aimaient à détourner les objets de leur fonction pour mieux les désacraliser ? Serait-ce une atteinte à la liberté de l'information ? Serait-ce enfin un moyen détourné de restaurer le délit d'opinion qui fut pourtant abrogé par la loi sur la presse de 1881 ? A ces trois interrogations, nous ne pouvons répondre que par l'affirmative. Cette seconde incrimination de droit commun est contraire aux droits et libertés constitutionnellement garantis (à savoir les articles 10 et 11 de la déclaration de 1789, *cf. supra*), mais ne saurait pourtant faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en vue de son abrogation, puisqu'elle est de nature réglementaire (seules en effet les dispositions législatives peuvent faire l'objet de cette nouvelle procédure). En tout état de causes, l'on ne saurait se fonder sur la Constitution en vue d'abroger l'une ou l'autre de ces incriminations de droit commun (sauf revirement du législateur ou du gouvernement). Or rien interdit au juge pénal de répondre favorablement à une requête tendant à écarter l'application de l'incrimination d'origine réglementaire au cas d'espèce qu'il aurait à connaître. L'exception d'illégalité, qui reviendrait ici à un contrôle de constitutionnalité, est en effet prévue à l'article 111-5 du Code pénal : « *les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ». Mieux encore, rien interdit non plus de saisir le Conseil d'État en vue d'annuler le décret de 2010 au regard de la Constitution et/ou de la Convention EDH, et ce dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir (*cf. infra*).

Car sanctionner tout outrage perpétré au drapeau laisse à penser que la République serait en elle-même incontestable et définitivement fixée ainsi que l'identité de la nation dont elle est la matérialisation juridique¹⁵⁹. Or la nation est vivante,

¹⁵⁶ Soit au maximum 3 000 € d'amende pour une personne physique récidiviste.

¹⁵⁷ La personne morale qui récidiverait (maison d'édition, journal, entreprise de spectacle, chaîne de télévision, musée, magasin...) encourrait une peine dont le montant serait au maximum dix fois supérieur à celui qui s'imposerait à une personne physique.

¹⁵⁸ Voir sur l'étude comparée des deux incriminations, la vision d'une pénaliste, A.-G. ROBERT, *Revue de science criminelle* 2010, p. 927 où l'auteur note quelques « maladresses ».

¹⁵⁹ Voir É. DERDAELE, « Les symboles nationaux en droit, seconde partie », *Civitas Europa* n° 15, décembre 2005, pp. 180-194.

fluctuante et par conséquent jamais fixée. Elle évolue, mute et parfois se rebelle tandis que la République, par essence, est plus conservatrice, se devant d'assurer l'ordre public, l'ordre social. La question de l'outrage au drapeau nous questionne donc sur les rapports qu'entretiennent la nation et la République. Notre société démocratique fondée sur la tolérance, le pluralisme et l'esprit d'ouverture, pour reprendre une expression de la Cour EDH, ne risque-t-elle pas de se scléroser en vouant un culte au drapeau qui pourrait confiner à l'idolâtrie ? Ne créé-t-on pas un délit d'irrévérence ? Ce serait tout de même un comble au pays de RABELAIS, DUCHAMP, VIAN, REISER, COLUCHE... voire une atteinte à notre « identité nationale » frondeuse (sans compter que cet interdit pourrait aussi être contreproductif et encourager les esprits frondeurs à enfreindre le règlement, la transgression étant chez certains une tentation permanente, « à dépasser les bornes, il n'y a plus de limites » disait Pierre DAC). De surcroît, les artistes comme les militants politiques et syndicalistes ne risquent-ils pas d'être censurés par les éditeurs, les producteurs, les distributeurs ou tout simplement s'autocensurer de crainte d'être sanctionnés ? Parallèlement, il est difficile de contester à la République sa volonté légitime de défendre, au travers du droit, la représentation symbolique de ce qu'elle est (son identité constitutionnelle comprenant ses valeurs, ses fondements) et de ce qu'elle détient (sa souveraineté). C'est donc un dilemme qui pose une question de fond dans toutes les démocraties libérales¹⁶⁰. Mais notre foi en notre drapeau ne nous contraint pas à un puritanisme institutionnel, à moins... (et ce ne fait pas faire offense) d'être militaire.

Il ressort trois types d'outrage qui se différencient par l'intention de leur auteur. Dans le premier, l'outrage vise à provoquer, à choquer et dans cette hypothèse les incriminations de droit commun sont une manière détournée de réintroduire le délit d'opinion en droit français. Dans le deuxième, l'outrage est réalisé sur un « coup de tête » sans réelle intention d'ébranler les fondations de la République mais avec la réelle intention d'outrager le drapeau, l'individu agissant sur le coup d'une émotion ou de substances de nature à troubler son discernement... Dans le troisième, l'outrage est sciemment commis en vue de susciter la division de la communauté nationale (c'est alors un acte authentiquement diabolique). Or, dans cette hypothèse, une sanction lourde est effectivement envisageable et doit être proportionnée au regard de l'intention de l'auteur et du réel impact de ce forfait. Car on ne peut pas sérieusement punir un outrage qui n'avait que pour intention de simplement choquer la bonne conscience populaire (1^e hypothèse) ou qui était constitutif d'un acte littéralement insensé (2^e hypothèse), sauf à faire grand cas de ces deux types d'outrage alors même que les fondements de la République ne s'en trouvent pas sérieusement ébranlés. Une société démocratique et ouverte, en effet, ne doit pas condamner l'auteur d'un fait sous le simple prétexte que l'acte est envisagé par la société comme désagréable ou choquant, à moins que la République veuille assurer ses fondations sur une certaine idée de ce que serait la moralité publique. Mais la République n'a pas à prescrire ce qui est de bon ton ou de bon goût, elle n'est pas

¹⁶⁰ Pour une étude de droit comparé, voir V. DELBOS et M. SENECHAL in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Outrages – octobre 2004 (dernière mise à jour : décembre 2010), Chapitre 3 – Offense et outrage au président de la République et à l'hymne ou au drapeau, Section 3 – Outrage au drapeau et à l'hymne national, Art. 2 – Droit comparé.

un critique, elle est simplement (et c'est déjà beaucoup) le cadre du gouvernement des hommes¹⁶¹. Le délit de choquer n'existe donc pas et laissons aux observateurs de l'outrage le soin d'apprécier ou de ne pas apprécier cet acte et d'en débattre librement. Tout est affaire de contexte. Mais l'on peut comprendre effectivement qu'il existe des différences fondamentales entre un individu qui entend exprimer une opinion ou sa vision toute particulière de l'art en provoquant le débat et celui qui, excédé, en colère ou simplement ivre outragerait le drapeau dans un geste spontané et enfin celui qui, délibérément, agirait publiquement en vue de contester la souveraineté de la République en invitant autrui à la sécession, à la rébellion, à la haine envers la communauté nationale, à la désobéissance à la loi... Or même dans cette dernière hypothèse, était-il vraiment pertinent d'instaurer des incriminations spécifiques ? Le Code pénal n'était-il pas en l'état largement suffisant, au vu des incriminations déjà inscrites au sein du Livre IV consacré aux crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique ?

En outre, il est à noter que s'agissant de l'outrage qui reviendrait à détruire, à dégrader ou à détériorer le bien d'autrui, en l'occurrence le drapeau d'une personne privée ou publique, le Code pénal prévoit des sanctions pouvant être plus lourdes que celles prévues dans nos deux incriminations spécifiques (voir notamment les articles 322-1 du Code pénal et 322-3. 8°)¹⁶².

¹⁶¹ Voir J. MILTON, « Pour la liberté d'imprimer sans autorisation ni censure », *Le Monde*, Flammarion, les livres qui ont changé le monde, 2009, p. 108. Cet ouvrage a été publié pour la première fois en 1644.

¹⁶² « Section 1 : Des destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes. Article 322-1 du Code pénal : La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, sauf s'il n'en est résulté qu'un dommage léger. Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3 750 € d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en est résulté qu'un dommage léger. Article 322-2 : L'infraction définie au premier alinéa de l'article 322-1 est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende et celle définie au deuxième alinéa du même article de 7 500 € d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général, lorsque le bien détruit, dégradé ou détérioré est : [...] Lorsque l'infraction définie au premier alinéa de l'article 322-1 est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la personne propriétaire ou utilisatrice de ce bien à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, les peines encourues sont également portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 € d'amende. Article 322-3 : L'infraction définie au premier alinéa de l'article 322-1 est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende et celle définie au deuxième alinéa du même article de 15 000 € d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général : 1° Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; [...] 6° Lorsqu'elle est commise à l'encontre d'un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale ; 7° Lorsqu'elle est commise par une personne dissimulant volontairement en tout ou partie son visage afin de ne pas être identifiée ; 8° Lorsque le bien détruit, dégradé ou détérioré est destiné à l'utilité ou à la décoration publique et appartient à une personne publique ou chargée d'une mission de service public. » *Des destructions, dégradations et détériorations dont il n'est résulté qu'un dommage léger.* Article R.635-1. La destruction, la dégradation ou la détérioration volontaires d'un bien appartenant à autrui dont il n'est résulté qu'un dommage léger est punie de l'amende prévue

D'où il ressort que ces deux incriminations spécifiques sont emblématiques de la volonté des autorités de considérer que le drapeau n'est pas une chose ordinaire (refus de la réification de l'emblème national) et que par suite sa protection mérite d'être explicitée au sein de normes répressives. En d'autres termes, ces incriminations ont une haute portée symbolique puisqu'elles visent à surligner le fait que le drapeau ne saurait être ravalé au rang de choses vulgaires en tant qu'il soutient l'ordre public constitutionnel¹⁶³.

pour les contraventions de la 5^e classe. Les personnes coupables de la contravention prévue au présent article encourent également les peines complémentaires suivantes : 1° La suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ; 2° L'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de trois ans au plus, une arme soumise à autorisation ; 3° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ; 4° Le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ; 5° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; 6° Le travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures. Le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation de la contravention prévue au présent article est puni des mêmes peines. Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, de l'infraction définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-41, la peine de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. La récidive de la contravention prévue au présent article est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15. » (souligné par nous). Les biens mobiliers publics destinés à la décoration publique sont divers. La jurisprudence criminelle considère en l'occurrence que les drapeaux fixés sur les bâtiments publics à l'occasion d'une fête nationale (Crim. 31 mars 1882, *Bull. crim.* n° 90, S. 1882. 1. 481 ; 26 juin 1883, S. 1885. 1. 510 ; 7 déc. 1883, *Bull. crim.* n° 276 ; 5 juin 1885, S. 1886. 1. 189) ainsi que les banderoles et rubans (souvent tricolores) noués sur des couronnes déposées devant un monument aux morts entrent dans cette catégorie (T. corr. Roanne, 19 janv. 1923, *DP* 1923. 2. 87, *Gaz. Pal.* 1923. 1. 453 ; Poitiers, 12 mai 1933, *DH* 1933. 373).

¹⁶³ Une question se pose cependant s'agissant du statut de l'auteur de l'outrage qui serait effectivement condamné sur le fondement des articles 433-5-1 et R. 645-15. S'il est Français, il ne craint aucunement d'être déchu de sa nationalité car les condamnations pour outrage au drapeau n'entrent pas dans le champ prévu à l'article 25 du Code civil. « *De la déchéance de la nationalité française. Article 25 : L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride : 1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ; 2° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal ; 3° S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national ; 4° S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France.* » En revanche, s'il est étranger et qu'il demande sa naturalisation, il risque fort d'être débouté s'il a effectivement été condamné à la peine d'emprisonnement la plus lourde prévue à l'article 433-5-1 al. 2 du Code pénal répondant à l'outrage commis en réunion. « *Article 21-27 du Code civil : Nul ne peut acquérir la nationalité française ou être réintégré dans cette nationalité s'il a été l'objet soit d'une condamnation pour crimes ou délits constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou un acte de terro-*

Ceci étant dit, d'autres solutions pourraient être proposées qui auraient le mérite de concilier non seulement les exigences constitutionnelles de maintien de l'ordre public et du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁶⁴ mais aussi ces deux exigences à la volonté manifeste (et légitime) de sacraliser, au travers du droit pénal, un emblème qui se trouve être constitutionnel. Dans la mesure où le Code pénal dispose déjà de nombreuses incriminations visant à sanctionner les actes portant atteinte à la nation, à l'État et à la paix publique ainsi que la destruction des biens d'autrui, pourquoi ne pas substituer en lieu et place de ces incriminations spécifiques (articles 433-5-1 et R.645-15) le fait que l'outrage au drapeau tricolore constituerait une circonstance aggravante en cas de crimes et délits (ce qui en cas de culpabilité alourdirait la peine et figurerait en tant que tel dans le jugement ou l'arrêt) ?

En outre, l'élément constitutif de la circonstance aggravante, en cas de destruction, de détérioration ou de dégradation du bien d'autrui, pourrait être circonscrit au drapeau appartenant aux personnes publiques ou aux délégataires de service public ; ou bien l'on pourrait également envisager que le vol, la dégradation, la détérioration, la destruction voire la substitution d'un drapeau tricolore appartenant à autrui (personne publique ou non) constitueraient de nouvelles infractions. Rap-

risme, soit, quelle que soit l'infraction considérée, s'il a été condamné à une peine égale ou supérieure à six mois d'emprisonnement, non assortie d'une mesure de sursis ». A noter également que selon l'article L.314-6-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile « La carte de résident d'un étranger qui ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion en application des articles L. 521-2 ou L. 521-3 peut lui être retirée s'il fait l'objet d'une condamnation définitive sur le fondement [...] du deuxième alinéa de l'article 433-5-1 [...] » et que selon l'article R.311-15 du même code : « II.-La carte de résident peut être retirée et remplacée de plein droit par une carte de séjour temporaire : 1° Si l'étranger, titulaire d'une carte de résident, ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion en application des articles L. 521-2 ou L. 521-3 du présent code et a été condamné de manière définitive sur le fondement [...] du deuxième alinéa de l'article 433-5-1 [...] du Code pénal. » (souligné par nous). Pour un étranger, les conséquences d'un tel acte commis en réunion (article 433-561 al. 2) sont donc loin d'être anodines.

¹⁶⁴ Ce qui va de pair avec l'expression du pluralisme dans notre République. Voir Conseil constitutionnel 84-181 DC, 11 octobre, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. « 35. Considérant que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce : "La libre 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" ; 36. Considérant que le principe ainsi proclamé ne s'oppose point à ce que le législateur, compétent aux termes de l'article 34 de la Constitution pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer ; 37. Considérant que, cependant, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ; [...] ».

pelons enfin que tous les délits sont en principe des infractions intentionnelles (article 121-3 al. 1 du Code pénal) et qu'il ne saurait y avoir d'injures sans esprit d'injure.

Reste cependant la question de l'auteur de l'outrage qui porterait atteinte à son propre bien (un drapeau tricolore lui appartenant). Si ce geste n'a pas été accompli dans l'intention de porter atteinte à la nation, à l'État et à la paix publique, alors de deux choses l'une, soit il n'a aucune signification et une sanction n'est pas nécessaire, soit il a été perpétré dans le but d'exprimer une opinion (comme par exemple, une opposition à la politique du gouvernement, une colère à l'égard du passé colonial de la France, une intervention armée...) ou de réaliser une « performance » artistique et là non plus une sanction n'est pas nécessaire. Car n'oublions pas que la liberté d'expression participe également de l'identité française et de son histoire tout en étant une valeur et une condition d'existence de la démocratie¹⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, il paraît déraisonnable de revenir totalement en arrière en effaçant du Code pénal toute mesure visant à protéger l'emblème national. Cette abrogation pure et simple aurait, en effet, un effet symbolique majeur puisqu'il reviendrait à délégitimer le respect dû au drapeau et risquerait fort d'entraîner la polémique, c'est-à-dire la discorde au sein de la communauté nationale, ce qui n'est évidemment pas le but.

Revenons cependant sur la conventionnalité de ces deux incriminations dont la question pourrait être soulevée au cours d'une instance. En effet, si juridiquement il n'est plus possible de les abroger au regard de la Constitution, (sauf abrogation du législateur de l'article 433-5-1 du code pénal ou du gouvernement de l'article R. 645-15 du même code), il est probable qu'un auteur de l'une ou de l'autre de ces infractions puisse pour sa défense soulever le fait que l'incrimination serait contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la France est partie¹⁶⁶. Rappel : l'article 10 § 1 de la Convention dispose : « toute personne a droit à la liberté d'expression.]Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière [...]». De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) affirme régulièrement que la liberté d'expression est l'un des fondements de la société démocratique. Dans l'arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976¹⁶⁷, la Cour énonce ainsi que cette liberté « vaut

¹⁶⁵ Pour approfondir la question de la liberté d'expression au regard du droit constitutionnel, lire B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *RDJ*, 20 juillet 2007, p. 231 et suiv.

¹⁶⁶ La convention est consultable in http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FRA_Conven.pdf

¹⁶⁷ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. 5493/72, 7 décembre 1976, § 49 : « [...] La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit

non seulement pour les « informations » ou les « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ». Il est vrai toutefois que le § 2 de l'article 10 restreint cette liberté d'expression : *« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale [...] ».* Néanmoins tout est encore question de contexte. La Cour a affiné sa jurisprudence¹⁶⁸ et l'on peut raisonnablement considérer qu'au regard de celle-ci les incriminations résultant de la loi mais surtout du décret semblent excessives¹⁶⁹ et pourraient faire, à juste titre, l'objet d'une exception d'inconventionnalité devant le juge répressif français lequel pourrait être conduit à écarter, selon les faits qu'il a connaître, soit l'application de la loi soit l'application du décret (ce qui est l'hypothèse la plus probable). Si tel n'est pas le cas, le requérant, après avoir épuisé toutes les voies de recours interne, pourra néanmoins saisir la CEDH en vue de condamner l'État français. Le risque pour la France d'être sanctionnée est loin d'être négligeable. Aussi n'est ce pas sans raisons que la Ligue des Droits de l'Homme a pris l'initiative de saisir le Conseil d'État en vue d'annuler le décret de 2010 dont l'incrimination trop large est la plus contestable au regard de la Constitution et de la Convention EDH. Certes la Haute juridiction n'a pas poussé l'audace jusqu'à annuler un décret pris en son sein, mais la requête salutaire de la Ligue a-t-elle au moins permis d'en préciser les contours, et partant d'en limiter son application. Si l'arrêt du 19 juillet 2011 ne remet effectivement pas en cause le fait que le gouvernement puisse par décret apporter des limitations à l'exercice d'une liberté dans la mesure où elles seraient nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public¹⁷⁰, il n'en demeure pas moins vrai que le Conseil d'État relève explicitement

d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi. [...] ». S'agissant des relations entre liberté d'expression artistique et morale, voir CEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c/Autriche*, no 68354/01, § 26 ainsi que CEDH 2007-II, et CEDH, *Müller et autres c/Suisse*, 24 mai 1988, §§ 32-33 et 35, série A no 133.

¹⁶⁸ Pour que l'ingérence, c'est-à-dire la restriction de la liberté d'expression, soit conforme à la Conv. EDH, il faut 1° qu'elle soit prévue par le droit en vigueur, 2° qu'elle poursuive un but légitime (à savoir ici le maintien de l'ordre public) 3° qu'elle soit nécessaire à la poursuite de ce but répondant à un « *besoin social impérieux* », 4° qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi, et 5° que son motif soit pertinent et suffisant. Voir CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), req. 13166/87, 26 novembre 1991, § 50.

¹⁶⁹ Voir également dans le même sens D. ROETS, « L'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore : opus 2 ! », *Gazette du Palais*, 19 août 2010, n° 231, p. 15.

¹⁷⁰ L'idée qu'un simple décret puisse limiter l'exercice d'une liberté en tant que ces mesures seraient nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public avait été préalablement avancée lors d'une précédente et récente jurisprudence du Conseil d'État. Voir CE, 23 février 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré* n°329477, rec. Cet arrêt concerne le fameux décret n°2009-724 du 19 juin 2009 incriminant la dissimulation illicite du visage lors de manifestations sur la voie publique.

« la généralité de la définition des actes incriminés » et de préciser que : « [...] le pouvoir réglementaire a entendu n'incriminer que les dégradations physiques ou symboliques du drapeau susceptibles d'entraîner des troubles graves à la tranquillité et à la sécurité publiques et commises dans la seule intention de détruire, abîmer ou avilir le drapeau ; qu'ainsi ce texte n'a pas pour objet de réprimer les actes de cette nature qui reposeraient sur la volonté de communiquer, par cet acte, des idées politiques ou philosophiques ou feraient œuvre de création artistique, sauf à ce que ce mode d'expression ne puisse sous le contrôle du juge pénal, être regardé comme œuvre de l'esprit [...] »¹⁷¹ (souligné par nous) ». La jurisprudence du Conseil d'État n'est donc sans rappeler les réserves du Conseil constitutionnel lorsque celui-ci a jugé la constitutionnalité de l'incrimination délictuelle de 2003 (cf. *supra*) ; et ce à juste titre, car dans l'état actuel du droit constitutionnel et européen, il n'est, en effet, pas possible de sanctionner de manière générale et absolue tout outrage au drapeau sauf à remettre en cause de manière tout aussi générale et absolue la liberté d'expression. C'est donc dans le cadre enfin précisé tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État qu'il appartient désormais au juge pénal d'apprécier si l'auteur d'un outrage a effectivement fait œuvre d'esprit ou exprimé une opinion et de le relaxer le cas échéant.

Toutefois malgré ces précisions jurisprudentielles, le dispositif législatif et réglementaire n'est toujours pas pleinement satisfaisant dans la mesure où l'outrage, encore incriminé, peut tout aussi bien consister à substituer le drapeau de son mât qu'à le brûler publiquement en appelant à la sédition... Les faits et les intentions ne sont pas de même nature ; ils oscillent ainsi entre la blague potache à l'atteinte à la sûreté de l'Etat caractérisée qui appelleraient des sanctions plus lourdes que celles prévues actuellement. Dans le cas le plus extrême - l'autodafé - n'a pas la même signification ni les mêmes conséquences. L'autodafé est littéralement un « acte de foi » (en portugais), un acte diabolique. Avant de brûler les hommes, d'aucuns hélas dans le passé n'avaient pas hésité à brûler non seulement leurs livres parmi les plus sacrés mais aussi leurs symboles. Encore faut-il déterminer précisément les raisons précises d'un tel geste. Au vu de ces considérations, il semble décidément plus opportun de réviser la rédaction des incriminations pour plus de clarté. Quoi qu'il en soit, la voie du tout répressif, qui est désormais écartée, n'était certes pas le meilleur moyen de sacraliser l'emblème national ; au contraire, il risquait d'en altérer sa puissance évocatrice. Que dire en effet d'un symbole dont le respect serait une figure imposée ? Pas grand-chose. Car, en vérité et quelle que soit sa nature, un symbole ne tire sa force que du respect spontané et sincère qu'il inspire.

Pourtant des responsables politiques sont toujours tentés par la surenchère. La tentation de la sacralisation du drapeau tricolore et de ses déclinaisons est bel et bien forte. Cette attitude est surtout symptomatique d'une crispation identitaire, à l'heure de l'ouverture des frontières. Elle peut être aussi le signe d'un phénomène également lié à cette mondialisation : l'interdépendance des États qui tend à limiter leur part de souveraineté et leur capacité à agir seuls dans le concert des nations.

¹⁷¹ CE, 19 juillet 2011, *Ligue des droits de l'Homme* n° 343430.

*
* *

Le symbolisme est le propre de l'humanité quels que soient le temps et le lieu. C'est pourquoi le droit, qui est toujours au carrefour des préoccupations de l'animal social qu'est l'homme, ne pouvait que s'en saisir. Les symboles officiels sont l'image du droit et il est logique, en ce sens, que le droit soigne une image qui rend plus intelligible son application. Ils sont présents au quotidien, mais l'emblème national a ceci de particulier qu'il donne à voir pour croire « *à un vouloir vivre ensemble* », toujours à réinventer. Il aide à transcender et à faire accepter la puissance souveraine de la nation et de la République sur tout le corps social. Le droit constitutionnel qu'il soit matériel ou formel ne saurait se passer de cet outil puissant qui matérialise non seulement l'identité d'une nation mais aussi la légitimité du pouvoir souverain qui agit pour le compte de cette nation. Le drapeau tricolore ne fait pas exception, et contribue à donner corps et sens à la continuité de l'État. C'est en ce sens que les trois couleurs nationales touchent à l'universel. Mais gare aux interprétations qui ne peuvent être que diverses et aussi largement subjectives. Le drapeau tricolore, à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècles, fut en Europe l'étendard d'un peuple qui se révélait pour tous comme celui qui s'était émancipé de son souverain, tandis qu'en Afrique et en Asie, il était celui d'une puissance coloniale. Pourtant le revers et l'avert de ce drapeau se confondent. On est censés y retrouver la même identité, les mêmes valeurs, la même République ; car quel que soit le point de vue où l'on se place, au sens littéral du terme, on y voit figurer, invariablement verticales, les mêmes couleurs : bleu, blanc, rouge. Le drapeau tricolore est un, mais sa perception est multiple d'où les inévitables polémiques.

Ce drapeau national qui fut exclusif aux frontons de nos institutions républicaines jusque dans les années 60 est désormais concurrencé par les emblèmes internationaux, européen et territoriaux, qui sont autant de signes de la mondialisation, d'une tentative d'intégration européenne et de la montée en puissance de la décentralisation. L'État nation craint-il de perdre ses repères au point de se crispier, de sanctuariser et de sacraliser ses couleurs ? La Constitution, en tant que norme et symbole d'un ordre juridique interne est ainsi convoqué à travers son article 2 afin de légitimer une législation et une réglementation visant à les protéger notamment de l'outrage qui serait la remise en cause directe du drapeau tricolore et de la nation souveraine auquel il est toujours identifié. Mais au fond qui du drapeau tricolore ou de la Constitution protège l'autre ? Le drapeau tricolore, même sous une hypothétique VI^e République, sera très probablement encore le drapeau d'une nation, mais il n'est pas dit qu'il restera à long terme celui d'un souverain. Et on pourrait conclure de même s'agissant d'une future Constitution française... La crispation ressentie au cours des années 2000 conduisant à incriminer l'outrage au drapeau est mue non seulement par la crainte de mettre en défaut l'identité nationale mais aussi par la crainte de voir véritablement remise en cause la souveraineté de l'État.

Le symbole a surtout pour fondement la volonté d'inclusion sociale et la soumission qu'il est censé inspirer doit être spontanée. La surprotection juridique est le signe vain d'une volonté accrue de figer les identités nationales qui par nature sont mouvantes. Il importe surtout de souligner que nul corps, nul individu et *a fortiori* nul parti politique ne saurait se l'approprier de manière exclusive au risque d'en faire un objet de divisions en contradiction avec sa fonction initiale. Le droit constitutionnel peut ainsi être invoqué pour rappeler ces évidences et s'appuyer tant sur les usages que sur les autres branches du droit pour soutenir la puissance évocatrice des trois couleurs et l'unité d'une nation qui ne semble plus tout à fait maîtresse de son destin.

Bar-le-Duc, le 1^{er} septembre 2011.