

Etude de cas :
l'affaire du drapeau
« Quand la bannière brûle... »

L'« affaire du drapeau » est l'un de ces événements qui, de temps à autre, semblent témoigner du fossé culturel séparant les démocraties française et américaine. Pour des Français, faire de la protection de l'emblème national un enjeu électoral et l'objet de grandes batailles judiciaires est caractéristique de la bizarrerie de nos amis américains. Pour ces derniers, cette affaire présentait, au-delà de son exploitation politicienne, un conflit douloureux entre deux valeurs fondatrices de la nation américaine : le patriotisme et la liberté d'expression. Relativement simple au plan juridique, l'affaire du drapeau n'en est pas moins intéressante à plus d'un titre, notamment du point de vue de l'interaction entre droit et politique dans la vie publique américaine.

Tout commence en 1984 lorsqu'un certain Johnson, manifestant contre la politique de l'Administration Reagan à l'occasion de la Convention nationale républicaine qui se tenait à Dallas, est arrêté et condamné à un an de prison et 2 000 dollars d'amende pour avoir brûlé en public la bannière étoilée, en violation du Code pénal texan. La loi du Texas punissait en effet la profanation intentionnelle ou consciente d'un monument public, d'un lieu de culte ou de sépulture ou d'un drapeau d'Etat ou national, et définissait l'action de profaner comme le fait de causer un dommage « d'une manière dont celui qui commet l'acte sait qu'il choquera gravement une ou

plusieurs personnes susceptibles d'en être le témoin ou de le découvrir ». La condamnation de Johnson est confirmée en 1986 par une cour d'appel de Dallas. Le défendeur saisit alors la *Texas Court of Criminal Appeals*, juridiction exerçant un contrôle discrétionnaire des décisions d'appel en matière pénale, laquelle, deux ans plus tard, casse l'arrêt d'appel au motif que la disposition pénale du Texas, telle qu'appliquée à la conduite de Johnson dans les circonstances de l'espèce, est contraire au 1^{er} Amendement à la Constitution fédérale, protégeant notamment la liberté d'expression. Tout tribunal américain, y compris d'Etat, peut en effet connaître d'affaires intéressant la Constitution fédérale.

La haute juridiction pénale du Texas renvoie l'affaire devant les premiers juges, mais le Texas pétitionne la Cour suprême des Etats-Unis par un *writ of certiorari*, laquelle accepte de connaître de l'affaire et, le 21 juin 1989, confirme à cinq voix contre quatre l'analyse et les conclusions de la haute juridiction texane (*Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989)). La voie était ouverte à une bataille juridico-politico-médiatique qui allait durer plus d'un an.

*
* *
*

Au vu de sa jurisprudence antérieure, la Cour avait à trancher trois questions, déjà articulées par la juridiction texane :

- l'acte de profanation commis par le défendeur constituait-il un « comportement expressif » (*expressive conduct*) protégé par le 1^{er} Amendement à la Constitution¹ ?
- dans l'affirmative, la disposition pénale du Texas se rapportait-elle directement à la suppression de la libre expression ?
- si oui, le Texas avait-il un intérêt suffisant, au regard du critère de contrôle le plus rigoureux (*strict scrutiny*) applicable dans ce cas, pour justifier une telle restriction à la liberté d'expression ?

La Cour trancha affirmativement les deux premières questions et conclut négativement sur la troisième. L'Etat texan ne contestait pas que le fait de brûler le drapeau au cours d'une manifestation politique constituait un « comportement expressif » protégé par le 1^{er} Amendement. Mais le Texas prétendait toutefois que la motivation de la loi attaquée ne résidait pas dans la suppression de la libre expression, mais dans la prévention du trouble à l'ordre

1. La Cour suprême a depuis longtemps jugé que les termes « *free speech* » au sens du 1^{er} Amendement doivent s'entendre comme visant, au-delà d'une communication orale ou écrite, tout comportement visant à l'expression d'une idée.

public et dans la préservation du drapeau comme symbole de l'identité et de l'unité nationales. Si tel était le cas, la restriction apportée par l'Etat à la liberté d'expression devait, selon la jurisprudence antérieure de la Cour¹, être appréciée de manière moins rigoureuse.

La Cour rejeta les arguments du Texas, en observant que le cas d'espèce ne faisait pas intervenir de trouble à l'ordre public, ni dans les faits ni en droit, que la préservation du drapeau comme symbole visait inévitablement la suppression de la libre expression, et que la restriction en cause était liée au contenu de l'expression censurée (*content-based restriction*). En conséquence, la loi du Texas devait être soumise au test le plus rigoureux, ce qui signifiait que seul un intérêt impérieux de l'Etat était susceptible de la justifier. La Cour refusa d'admettre que la préservation de l'emblème national constituait en l'espèce un intérêt suffisant.

L'opinion majoritaire était suivie par un *dissent* du *Chief Justice* Rehnquist (auquel souscrivaient les *Justices* O'Connor et White), ainsi que par un autre *dissent* du *Justice* Stevens : pour les quatre juges dissidents, la charge symbolique unique de la bannière étoilée justifiait bien une limitation mineure aux modalités de la liberté d'expression du défendeur.

* * *

La décision de la Cour suscite immédiatement une très vive émotion dans la classe politique et l'opinion publique américaines. L'Amérique profonde est choquée. Le candidat Bush avait déjà utilisé la controverse sur le salut au drapeau contre Dukakis en 1988 ; les Républicains voient dans cette nouvelle affaire l'occasion rêvée de mettre leurs adversaires Démocrates sur la défensive sur les registres sacro-saints du patriotisme et de la grandeur nationale. Ces derniers parviennent à faire rejeter au Sénat une proposition d'amendement constitutionnel visant à déroger au I^{er} Amendement en ce qui concerne la protection du drapeau, mais n'en votent pas moins avec les Républicains le *Flag Protection Act* de 1989. Ce nouveau texte fédéral amendait en réalité un texte antérieur, dont la rédaction était jugée potentiellement inconstitutionnelle à la lumière de l'arrêt *Johnson* : à la différence de la loi texane, la nouvelle interdiction fédérale de dégrader le drapeau serait désormais

1. *United States v. O'Brien*, 88 S. Ct. 1673 (1968). Selon cette jurisprudence, une réglementation étatique dépourvue de lien avec la suppression de la libre expression fait l'objet d'un contrôle moins rigoureux de la part des tribunaux.

absolue, sans égard pour la dimension « communicative » de l'acte ou la motivation de l'auteur.

Le Président Bush n'en demeure pas moins sceptique sur les chances de la nouvelle loi de passer la rampe constitutionnelle et s'abstient de la signer. Les stratégies partisanes se jouent alors à fronts renversés : les Républicains espèrent en réalité qu'une nouvelle censure de la Cour suprême facilitera le vote d'un amendement constitutionnel, les Démocrates, eux, espèrent secrètement que la Cour leur évitera d'avoir à s'opposer publiquement à une atteinte au *Bill of Rights*.

Le 28 octobre 1989, quelques heures après l'entrée en vigueur du *Flag Protection Act*, des manifestants protestant contre son adoption et désireux d'en tester immédiatement la constitutionnalité brûlent le drapeau du bureau de poste de Seattle, Washington. Des événements similaires ont lieu au cours d'une manifestation antigouvernementale dans le *District of Columbia*. L'un comme l'autre, les tribunaux fédéraux de première instance (*District Courts*) de ces deux États donnent raison aux défenseurs contre le gouvernement fédéral : rejetant les arguments distincts du Département de la Justice et des deux Chambres du Congrès, ils déclarent la nouvelle loi fédérale inconstitutionnelle dans son application aux défenseurs, sur le fondement de l'arrêt *Johnson*¹. L'État fédéral fait appel des deux décisions directement devant la Cour suprême (en vertu d'une disposition expresse de la loi), laquelle consolide les deux affaires et confirme le 11 juin 1990 l'inconstitutionnalité du *Flag Protection Act* (*US v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990)).

La Cour refusa tout d'abord de revenir sur sa décision de conférer à la dégradation du drapeau dans un but politique la pleine protection du 1^{er} Amendement (à la différence de certaines catégories d'expression, tels que les messages obscènes ou les incitations à la violence). Au terme d'une analyse sémantique des termes de la loi, elle rejeta ensuite le corps de l'argumentation du gouvernement visant à distinguer l'interdiction fédérale de la loi du Texas, en ce que la première ne serait pas liée à la communication d'une idée et au contenu du message exprimé. Dès lors, la Cour n'eut plus qu'à confirmer que le *Flag Protection Act* violait lui aussi le 1^{er} Amendement. L'opinion majoritaire était accompagnée d'un *dissent* signé par le *Justice* Stevens et auquel souscrivaient les trois autres dissidents de l'arrêt *Johnson*.

1. *US v. Haggerty*, 731 F. Supp. 415 (WD Wash., 1990) ; *US v. Eichman*, 731 F. Supp. 1124 (DDC, 1990).

La décision de la Cour relança la croisade républicaine, soutenue par George Bush, en faveur d'un amendement constitutionnel. A l'approche des élections législatives de l'automne 1989, alors que selon les sondages 66 % des personnes interrogées déclaraient faire de cette affaire l'élément déterminant de leur vote, il était difficile pour un homme politique de prendre position contre une protection constitutionnelle de la bannière étoilée. La possibilité d'un amendement constitutionnel était donc réelle, malgré les conditions extrêmement strictes — vote à la majorité des deux tiers par chacune des deux Chambres du Congrès et ratification subséquente par au moins 38 États — posées par les Pères fondateurs pour empêcher des révisions insuffisamment mûries du texte sacro-saint. Pourtant, la proposition d'amendement ne recueillit que 236 voix contre 179 à la Chambre des Représentants, et vint subir le sort de tant d'autres avant elle¹. C'en était fini d'une affaire qui avait surtout servi à embarrasser les Démocrates et cessa rapidement d'être un enjeu électoral.

* * *

L'« affaire du drapeau », pour exotique qu'elle paraisse, est porteuse de plus d'un enseignement pour l'observateur français.

Sur la formidable légitimité dont jouit la décision de justice aux Etats-Unis, tout d'abord. *US v. Eichman* tout comme *Texas v. Johnson* ont été décidés à 5 voix contre 4, et la décision majoritaire — un arbitrage hautement subjectif entre deux valeurs fondamentales en conflit — était accompagnée de vigoureux *dissents*. Pourtant, aussi impopulaire qu'elle ait été, nul n'a songé un seul instant à contester la légitimité d'une décision invalidant une loi fédérale — alors même que la plupart des déclarations d'inconstitutionnalité concernent des lois d'Etat —, manifestant clairement de surcroît la volonté des élus du peuple d'un bout à l'autre de l'échiquier politique de réprimer les atteintes à l'emblème national.

Du point de vue du juge, c'est une extraordinaire indépendance qu'il faut saluer. Non pas bien sûr l'indépendance à l'égard de l'Exécutif, problème hexagonal qui ne se pose même pas, institutionnellement et culturellement, aux Etats-Unis, mais l'indépendance à l'égard de l'opinion majoritaire, exprimée par les élus ou le public lui-même. L'indépendance se nourrit de la légitimité — laquelle est pui-

1. En deux siècles d'histoire constitutionnelle, seuls quatre amendements constitutionnels destinés à revenir sur des décisions de la Cour suprême ont été adoptés, l'un d'entre eux au prix de la guerre de Sécession.

sée dans la sacralité du texte constitutionnel —, et *vice versa*. A l'argument du Congrès selon lequel le soutien croissant de l'opinion publique renforcerait l'intérêt de l'Etat fédéral pour prohiber les atteintes au drapeau, la Cour opposa sobrement qu'une telle considération était étrangère à l'esprit du I^{er} Amendement.

La Constitution est la loi suprême du pays, les juges en sont les gardiens légitimes, ils peuvent et doivent donc la faire respecter envers et contre tous. Alors qu'une voix — celle de Kennedy ou de Scalia — aurait suffi à faire basculer le droit constitutionnel des Etats-Unis sur ce point, ni l'un ni l'autre de ces deux juges conservateurs n'a été tenté de sacrifier sur l'autel de la politique partisane sa philosophie constitutionnelle libérale en matière de liberté d'expression. Le *dissent* du Justice Stevens, favorable à la protection de la bannière étoilée, ne se prive pas de faire porter une part du blâme de la dégradation du drapeau à « ces dirigeants qui semblent manipuler le symbole de la nation pour en faire le prétexte de disputes partisans aux objectifs moins nobles ». Constitution contre démagogie : voilà la réponse au contresens de ceux qui — invoquant paradoxalement les Etats-Unis — s'imaginent en France que seule l'élection des juges serait susceptible de fonder leur légitimité !

Autre observation : dans ses deux arrêts, la Cour s'est bornée à déclarer la disposition pénale texane, puis le *Flag Protection Act*, inconstitutionnels *dans leur application* au comportement des défenseurs, sans se prononcer sur leur statut constitutionnel intrinsèque. Cette distinction, qui limite au moins formellement la portée de la censure du juge, est l'un des avantages du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans un cadre judiciaire. Le juge constitutionnel français doit, lui, à l'inverse, tenter d'anticiper les multiples possibilités d'application inconstitutionnelle d'un texte à peine voté et le censurer en conséquence *in abstracto* : opération risquée, que l'on se place du point de vue du législateur ou du citoyen. Mais cette affaire illustre une seconde raison, plus impérieuse, de compléter le système français de contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité : si le système français avait prévalu aux Etats-Unis, il ne se serait sans doute pas trouvé soixante hommes politiques pour saisir la Cour suprême de l'inconstitutionnalité du *Flag Protection Act*. La vie politique française n'est pas à l'abri de telles situations et c'est donc opportunément que le système américain permet aux intéressés de se prévaloir eux-mêmes de leurs droits constitutionnels.

Enfin, sur le fond, cette affaire confirme la centralité du

I^{er} Amendement, et notamment de la liberté d'expression, dans le credo démocratique américain. C'est elle qui confère à la presse toute sa puissance et sa légitimité. De ce point de vue, la décision de la Cour suprême est fidèle à une longue lignée jurisprudentielle qui, dans des arrêts célèbres, a interdit d'interdire les manifestations néo-nazies ou, en pleine guerre, d'obliger quiconque à saluer le drapeau (encore lui). Dans un de ces morceaux de rhétorique qui ornent les grands arrêts de la Cour, le *Justice* Brennan soulignait que le I^{er} Amendement est précisément destiné à protéger l'expression de messages jugés choquants par la société, et que sanctionner pénalement la dégradation du drapeau commise dans un but d'expression politique reviendrait à mutiler ce que cet emblème symbolise et ce pourquoi il est vénéré. En d'autres termes, mieux vaut laisser un individu dégrader le symbole, aussi révoltante cette conduite puisse-t-elle apparaître, que de permettre à l'Etat de porter atteinte aux valeurs qu'il représente, au premier rang desquelles les libertés individuelles.

La tradition démocratique française, on le sait, privilégie au contraire les droits de la collectivité sur ceux de l'individu et borne les libertés individuelles au nom de l'ordre public. L'affaire du foulard islamique l'a récemment confirmé, même en ce qui concerne des libertés aussi sacrées que les libertés de conscience et d'expression. Dans le cas d'espèce, la dégradation du drapeau tricolore est, selon les experts, pénalement sanctionnable au titre de divers textes, sans que le droit constitutionnel ait son mot à dire. Quand bien même il l'aurait, il est probable que le juge constitutionnel rejoindrait, conformément à la tradition républicaine française, l'opinion des quatre dissidents conservateurs de la Cour suprême, pour lesquels l'opposition au gouvernement pouvait s'exprimer par des voies moins attentatoires à ce symbole unique de l'unité nationale qu'est la bannière étoilée.

Se pourrait-il que les deux grandes traditions démocratiques ne soient plus séparées que par une voix de majorité ?

RÉSUMÉ. — *A travers les grandes lignes de la récente « affaire du drapeau », le présent article a pour objet d'illustrer les mécanismes du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis et l'interaction entre droit et politique qu'il induit parfois. Les auteurs concluent par quelques observations intéressantes le système français.*