

### ***L'outrage au drapeau ou la restriction « politique » de la liberté d'expression***

La protection des symboles nationaux n'a rien de spécifique à l'Espagne. Dans de nombreux pays, comme il en va en France (article 433-5-1), le fait, en particulier, de porter outrage à l'hymne ou au drapeau nationaux est constitutif d'un délit passible d'une amende voire d'un emprisonnement. Un tel acte étant considéré comme une remise en cause répréhensible de ce qui exprime l'unité et l'identité nationales. Cette logique répressive ressort, en Espagne, de l'article 543 du code pénal qui condamne d'une peine d'amende « les offenses et outrages effectués publiquement par la parole, par écrit ou par le comportement contre l'Espagne, ses communautés Autonomes, leurs symboles et leurs emblèmes ». La dimension constitutionnelle du délit d'outrage à l'Espagne trouve dans le même temps à s'illustrer particulièrement puisque les entités et les symboles ainsi protégés sont consacrés (article 4) par la Constitution de 1978 qui constitue le fondement juridique de l'Etat social et démocratique espagnol, et qui justifie l'insertion de cette infraction pénale au sein du titre du code pénal consacré aux « délits contre la Constitution ». Il reste que le comportement condamnable peut être aussi l'expression d'une opinion, susceptible de n'occasionner aucun trouble matériel à l'ordre public (ce qui sera le plus souvent le cas), et que, dans ces conditions, il a directement à voir avec les libertés d'expression et d'opinion qui, comme on le sait, figurent parmi les droits fondamentaux les plus précieux pour garantir le caractère démocratique d'une société. C'est ainsi, notamment, que la Cour européenne des droits de l'homme est, de longue date, particulièrement vigilante à ce que toute atteinte à la liberté d'expression soit soigneusement justifiée et s'avère, plus encore que pour les limitations des autres droits fondamentaux, proportionnée aux fins qu'elle poursuit. Entre maints exemples, le juge de Strasbourg n'a ainsi pas eu trop de peine, dans l'affaire du 13 mars 2018 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne* (req. n° 51168/15 et 51186/15), a jugé que la condamnation pénale de deux ressortissants espagnols pour avoir mis le feu à une photographie du couple royal au cours d'un rassemblement sur la place publique à l'occasion de la visite institutionnelle du Roi à Gérone en septembre 2007 était contraire à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention. Selon la Cour, l'acte reproché aux requérants s'inscrit en effet dans le cadre d'une critique politique, et non personnelle, de l'institution de la monarchie en général et en particulier du Royaume d'Espagne en tant que nation, et que, par ailleurs, il s'agissait de l'une de ces mises en scène provocatrices qui sont de plus en plus utilisées pour attirer l'attention des médias et qui ne vont pas au-delà d'un recours à une certaine dose de provocation permise pour la transmission d'un message critique sous l'angle de la liberté d'expression.

En matière d'outrage, l'équilibre à trouver, on le voit, entre protection des symboles nationaux et protection de la liberté d'expression n'est pas aisé à trouver. C'est précisément à ce dilemme qu'a été confronté le Tribunal constitutionnel espagnol dans son arrêt du 15 décembre 2020 (*sentencia* 190/2020). En l'occurrence, le juge constitutionnel était saisi d'un recours d'*amparo* présenté par un représentant syndical contre le jugement d'une juridiction pénale (confirmé en appel) qui lui avait infligé une amende de 1260 euros en condamnation de l'outrage au drapeau national, prévu donc par l'article 534 du code pénal précité, dont il était jugé coupable. Ce qui lui était en l'espèce reproché est d'avoir tenu, par portevoix, des propos répréhensibles, à savoir : « Ici vous avez le silence de ce "putain" de drapeau (*puta bandera*) » et « Il faut mettre le feu à ce "putain" de drapeau », proférés à l'occasion d'un rassemblement de salariés qui avait lieu tous les matins depuis un certain temps devant une caserne militaire à l'heure de la cérémonie de hissage du drapeau et du chant de l'hymne national par les militaires de la caserne, la manifestation étant le fait des agents d'une société de nettoyage qui intervenaient dans la caserne et qui s'étaient mis en grève pour ne plus avoir reçu leur salaire. Le juge *a quo* a estimé que l'infraction pénale d'outrage envers l'Espagne

était constituée en ce que les propos incriminés avaient clairement eu pour intention de dénigrer et d'outrager les symboles constitutionnels de l'Espagne et qu'ils avaient « généré du côté de l'autorité et du personnel militaire » un sentiment d'humiliation, proportionnel à la gravité de l'outrage ».

Toute la question était donc pour le Tribunal constitutionnel de juger si les faits de l'espèce pouvaient faire l'objet d'une condamnation pénale sans compromettre l'exercice de la liberté d'expression (en connexion avec la liberté idéologique). Après avoir indiqué que la norme pénale de référence poursuivait sans conteste une fin légitime pour être destinée à protéger les symboles et les emblèmes politiques de l'Etat constitutionnel auxquels correspondent, par le renforcement du sentiment d'appartenance à la communauté de référence, « une fonction intégratrice significative » et « une fonction essentielle de représentation et d'identification » qui doivent s'exercer « avec la meilleure pureté et virtualité possibles », le raisonnement tenu par le juge consiste, dans un premier temps, et comme de coutume, à rappeler la « doctrine » constitutionnelle en matière de liberté idéologique et de liberté d'expression. A cet égard, il rappelle en particulier qu'il s'agit de deux libertés sans l'exercice desquelles il ne serait pas possible de respecter les valeurs supérieures qui sont à la base de la construction de l'Etat de droit et qui constituent les piliers d'une société libre et démocratique. En conséquence, même l'expression critique de la conduite de l'autre, y compris lorsqu'elle peut gêner, inquiéter ou déplaire, est couverte par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'existe pas de société démocratique. Toutefois, ainsi que le souligne ensuite le Tribunal, de manière tout aussi classique, les libertés en cause ne seraient être absolues et la limitation potentielle ressort notamment de ce que la Constitution ne saurait reconnaître « un prétendu droit à l'insulte » ou à l'outrage. Ni reconnaître ni couvrir un tel droit, de sorte qu'il appartenait au juge de définir si les propos ici condamnés pouvaient en eux-mêmes constituer un exercice licite de la liberté invoquée. Et ce n'est qu'en cas de réponse affirmative que le problème de la proportionnalité de la sanction aux faits reprochés pourrait, toujours au regard des libertés concernées, faire l'objet d'un contrôle.

Mais le Tribunal n'a pas eu besoin d'aller jusque là puisqu'il a considéré que les propos incriminés, qui, insiste-t-il à plusieurs reprises, n'étaient en aucun point « nécessaires pour soutenir le sens et la portée de la revendication professionnelle des salariés de l'entreprise (concernée) », ni même susceptibles de leur être associées, impliquent assurément « non seulement un rejet envers la symbolique politique que représente l'enseigne nationale et, par conséquent, un dénigrement des sentiments d'unité et d'affinité que beaucoup de citoyens éprouvent à son égard, mais également une attaque qu'exprime le requérant contre les principes et les valeurs que cela représente » ; notant, du reste, que plusieurs participants à la manifestation en cause ont expressément fait entendre leur réprobation à l'encontre des paroles incriminées. En conséquence, ces dernières ne sauraient être couvertes par la liberté d'expression et échappent à sa protection. Comme l'énonce le Tribunal : « Quand, comme en l'espèce, l'expression d'une idée ou d'une opinion n'est pas nécessaire aux fins qui sont légitimement poursuivies (...) ; quand elle apparaît improvisée et qu'elle n'a rien à voir, en raison de son caractère déconnecté, avec le contexte dans lequel elle se manifeste ; quand, de plus, par les termes employés, elle provoque un réflexe émotionnel d'hostilité ; quand, en définitive, elle révèle un dénigrement envers un symbole respecté et ressenti comme propre à leur identité nationale par beaucoup de citoyens, le message incriminé reste extérieur à l'exercice régulier du droit à la liberté d'expression » (FJ 5-c). Ce qui conduit la Haute juridiction a rejeté le recours.

D'apparence logique et démontrée, la solution ainsi retenue n'a pas emporté l'adhésion unanime, c'est le moins que l'on puisse dire. Bien au contraire, voilà une affaire qui, une fois encore, a divisé le Tribunal en deux blocs opposés avec six voix favorables contre cinq, ces dernières ayant donné lieu,

marque d'une opposition tranchée, à autant d'opinions dissidentes. Quand les enjeux sont sensibles, notamment parce qu'ils touchent aux valeurs de ce qui forgerait l'identité espagnole, l'opposition « politique » au sein de la Haute juridiction a, on le voit, tôt fait de sortir au grand jour, sachant qu'il n'est pas indifférent d'observer que le requérant condamné pour outrage est intervenu lors de la manifestation en qualité de représentant d'un syndicat nationaliste galicien, les paroles outrageantes contre le drapeau ayant du reste été proférées en galicien.

Une particularité, originale, de l'opposition exprimée dans cette affaire doit cependant attirer l'attention car, s'il semble naturel que les quatre juges dits « progressistes » pour avoir été nommés par la gauche aient fait valoir leur désapprobation, il est en revanche assez surprenant qu'un des sept juges dits « conservateurs » pour avoir, eux, été désignés par la droite, le juge Ollero Tassara, se soit rallié à ce rejet progressiste et, par conséquent, désolidarisé de son bord politique alors que, ainsi qu'il l'explique, il avait été le premier rapporteur dans cette affaire mais que sa proposition de faire droit à l'*amparo* n'avait justement pas été suivie par la majorité. Les arguments critiques - et convergents - de cette opposition ainsi bigarrée n'en prennent que plus d'importance, et ce, d'autant plus, qu'ils rejoignent également la position défendue par le procureur (*fiscal*) dans cette affaire (et dont ils notent qu'elle a été purement et simplement ignorée par la majorité). Partant du rappel similaire des prémisses de la « doctrine » constitutionnelle du Tribunal en matière de protection des libertés idéologique et d'expression, deux griefs partagés à l'encontre de la décision majoritaire sont plus particulièrement à souligner. En premier lieu, tous les « votes particuliers » insistent sur le fait qu'on ne saurait admettre une déconnexion entre les propos condamnés et le contexte de revendication professionnelle, dans la mesure où ce qui est reproché à l'armée est son absence de réaction face à la détresse des salariés qui, en qualité d'agents de nettoyage, intervenaient dans la caserne et qui lui avaient demandé d'intercéder à leur faveur auprès de l'entreprise récalcitrante. Le requérant, agissant en tant que représentant syndical, a au contraire exprimé la frustration et l'incompréhension des salariés face à la passivité militaire et, si cette expression est particulièrement vive, elle n'en demeure pas moins liée au contexte. En second lieu, fort de la jurisprudence européenne (et notamment de l'arrêt précité *Stern Taulats et Roura Capellera*), il est difficile d'estimer que les expressions dénoncées ont dépassé les limites du champ protégé par la liberté d'expression. Outre que de tels propos sont somme toute assez habituels durant ce genre de manifestation collective, ils ne présentent pas la gravité suffisante pour justifier la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression. Il faut en effet rappeler, dans la ligne du juge de Strasbourg, que cette liberté couvre les propos qui importunent, dérangent, voire offensent, et qu'à partir du moment où ils ne constituent pas une incitation à la haine ou ne provoquent pas de trouble à l'ordre public, ils ne sauraient être exclus de sa sphère de protection. Or, en l'occurrence, rien ne permet de conclure qu'il en été ainsi et, d'une même voix, les juges dissidents s'accordent pour regretter que les prétentions du représentant syndical condamné n'aient pas été satisfaites.

Et de considérer par là-même que la solution retenue par la majorité des juges n'est pas complètement à l'abri de la suspicion d'avoir été animée par des motifs un peu plus politiques que juridiques ...

Olivier LECUCQ, Professeur de droit public

Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France