

Sentiments et droits de l'homme

Philosophie des sentiments moraux
et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

par

Céline RUET

*Maître de conférences H.D.R. à l'Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité
Membre de l'I.R.D.A. (Université Paris 13)
et du C.R.E.D.O.F. (Université Paris Ouest Nanterre La Défense)*

Résumé

Intégrée au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, la prise en considération des sentiments requiert d'être analysée. Le sentiment constitue une dimension de l'humanité commune, relevant d'une évaluation menée en fonction de circonstances objectives, à l'instar de celle opérée par le « spectateur impartial » d'Adam Smith. L'analyse du statut du sentiment dans la jurisprudence se prolonge par la détermination de la place accordée aux sentiments.

Abstract

Integrated in the European Court of Human Rights' control, the taking into consideration of feelings needs to be examined. Feeling constitutes a common characteristic of humanity, arising from an assessment based on objective circumstances, like that operated by Adam Smith's « impartial spectator ». The status analysis of feelings in case-law extends itself through the determination of the place reserved to feelings.

Quel juriste ne s'est pas étonné de l'importance attachée aux sentiments dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme? Sentiment de vulnérabilité, sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité, de détresse et de frustration, sentiment d'humiliation, sentiments religieux, sentiment d'incertitude, sentiments des proches de personnes décédées, dont la reconnaissance dans certaines situations produit des conséquences juridiques: obligation pour

l'État de reconnaître le mariage transsexuel, constatation de l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant, obligation pour les autorités de respecter les sentiments des proches de terroristes décédés, obligation pour le journaliste de tenir compte des sentiments des proches d'une victime.

Si elle vient parfois perturber l'ordre juridique en droit de la famille, la prise en considération du sentiment est loin d'être cantonnée à la sphère privée. Le sentiment – religieux, d'affection, d'appartenance – constitue un élément de la vie d'une société démocratique. Il est partie intégrante pour la jurisprudence européenne des éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer les limites de la liberté d'expression au sein du débat public. Par-delà la différenciation du privé et du public, il est inhérent à l'approche du sujet des droits de l'homme, en ce qu'il participe de l'appréhension par le juge européen de l'inhumain et du dégradant. L'importance qui lui est accordée pour déterminer l'atteinte à la dignité peut surprendre, tant elle se différencie d'une approche purement conceptuelle en termes de principes. Elle intéresse ainsi non seulement le juriste, mais le philosophe du droit, car elle met en jeu la conception même du sujet des droits de l'homme et les rôles respectifs de la raison et des affects dans la formation des normes¹.

Bien que les auteurs de la Convention n'aient pas voulu « faire prévaloir l'une ou l'autre doctrine de philosophie du droit, si ce n'est un discret attachement aux valeurs du droit naturel »², et si la Cour européenne « n'a pas à se placer sur un plan principalement éthique ou philosophique »³, sa jurisprudence, malgré l'enchevêtrement de ses sources d'inspiration, laisse discerner une discrète, mais certaine, influence de la théorie des sentiments moraux en droite ligne de « l'Écosse des Lumières »⁴. Aussi convient-il d'analyser le statut du sentiment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en mettant en évidence, sans pécher par systématisme, ses correspondances philosophiques (I), avant d'étudier la place donnée aux sentiments par le juge européen en en faisant ressortir les implications (II)⁵.

¹ J. Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, éd. La découverte, Paris, 2008, spéc. p. 74. Adde, V. Fortier et S. Lebel-Gernier, *Les sentiments et le droit*, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2012.

² J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2014, n^o 28.

³ Opinion séparée de M. le juge Costa sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *VO c. France*, 8 juillet 2004, § 2.

⁴ N. Waszek, *L'Écosse des Lumières – Hume, Smith, Ferguson*, PUF, Paris, 2003 ; voy. P. Martens, « La nouvelle controverse de Valladolid », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 307 et s.

⁵ Dans cette analyse, le terme de sentiment sera utilisé avec le flou dont il est accompagné dans la tradition philosophique à laquelle nous faisons référence, qui ne cherche pas à distinguer rigoureusement entre les diverses affections internes : voy. A. Smith, *Théorie des sentiments*

I. Le statut du sentiment

La capacité de ressentir des sentiments est une dimension de l'humain dont le rôle est essentiel pour déterminer ce qui affecte l'individu dans son humanité au point de constituer un traitement inhumain ou dégradant (A). Ce fonds commun d'humanité fournit au juge une mesure qui donne lieu à une évaluation en fonction du contexte, d'une manière qui s'apparente à celle du spectateur impartial d'Adam Smith (B).

A. *Le sentiment, dimension de l'humanité commune*

Lorsqu'il s'agit de rechercher si un traitement a atteint le seuil de l'inhumain ou du dégradant, l'un des critères utilisés par la Cour européenne est l'analyse des sentiments suscités par la situation subie par le requérant. Selon un motif récurrent, « un traitement peut être qualifié de 'dégradant' au sens de l'article 3, s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa dignité, voire la diminue, ou s'il suscite chez lui des sentiments de peur d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique »⁶. L'atteinte à l'humanité ou à la dignité ne fait pas ainsi l'objet d'une approche exclusivement objective, consistant à déterminer qu'une situation ou un traitement leur sont contraires, dans un certain contexte ou en soi. Elle fait appel, non de manière systématique⁷, mais en fonction du type de situation, à une recherche des sentiments qui ont dû être éprouvés, et qui se combine de manière variable avec une approche objective.

moraux, texte traduit et annoté par M. Biziou, Cl. Gautier et J.-F. Pradeau, Quadriège/PUF, Paris, 1999, p. 23 et les notes 1 et 3.

⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 juillet 2014, § 115. Ou encore un traitement « de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir » : Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 92.

⁷ Les sentiments ne jouent parfois aucun rôle dans la motivation du juge lorsque celui-ci met en œuvre un principe affirmant l'incompatibilité en soi d'un traitement avec le respect de la dignité. Il en est ainsi, à l'égard d'une personne privée de sa liberté, de l'usage de la force physique qui n'est pas strictement nécessaire et proportionnée au vu des circonstances de l'espèce. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, § 99. La mise en œuvre de ce critère n'appelle pas nécessairement une considération des sentiments. Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Petkov et Parnarov c. Bulgarie*, 19 mai 2015, § 49. La prise en compte des sentiments peut cependant être associée à la formulation du principe, comme le montre l'arrêt *Selmouni c. France*, précité, voire même être requise par les circonstances afin de contrôler la proportionnalité de l'usage de la force. Voy. *infra*, arrêt *Gutsanovi c. Bulgarie*, 15 octobre 2013, note 10.

La reconnaissance des sentiments peut s'avérer essentielle dans la motivation du juge pour qualifier un traitement au regard de l'article 3 lorsque la protection due à l'intégrité physique n'est pas en cause. Tel est le cas lorsque des griefs relatifs à une souffrance morale sont soulevés par des proches de personnes décédées lors d'opérations de sécurité menées par les autorités.

Comme l'affirme la Cour dans l'arrêt *Sabanchiyeva e.a. c. Russie*, sa tâche est alors de vérifier si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, « cette souffrance [morale] a été intense au point de pouvoir relever de l'article 3 »⁸. Lorsque l'intégrité physique est en jeu, le seuil de l'inacceptable peut être atteint en raison de l'importance déterminante accordée aux sentiments. Il en est ainsi du harcèlement d'une personne handicapée physique et mentale, le sentiment de crainte et d'impuissance créé par le traitement étant un « facteur important » pour atteindre le degré de gravité requis par l'article 3⁹. Ou du traitement subi par un détenu paraplégique, auquel ses codétenus, sa famille ou le personnel apportent une aide, mais qui ne bénéficie d'aucune assistance spécifique: malgré l'absence d'incident concret allégué, la Cour met en évidence « l'anxiété et le malaise que doit normalement ressentir une personne aussi infirme, consciente du fait qu'aucune aide qualifiée ne lui serait fournie en cas d'éventuelle urgence », et conclut que la situation ne pouvait que créer chez elle « des sentiments constants d'angoisse, d'infériorité et d'humiliation suffisamment forts pour constituer un traitement dégradant »¹⁰. La peur prolongée et l'angoisse d'un risque imminent de violences physiques éprouvées plus d'un an par un indicateur de police emprisonné permettent de conclure à la violation de l'article 3 en l'absence d'un recours effectif susceptible de remédier à cette situation¹¹.

En raison des modalités de l'arrestation d'un suspect, devant ses jeunes enfants et son épouse, l'appréciation de la proportionnalité du recours à la force physique conduit à considérer les forts sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance engendrés et à relever un traitement dégradant¹². L'atteinte à la dignité est alors principalement établie à partir des sentiments susceptibles d'avilir ou d'humilier l'individu aux yeux de lui-même et d'autrui, la caractérisation de tels sentiments dans un certain contexte étant parfois associée à une position de principe sur la nature d'un traitement jugé en soi contraire à la dignité.

⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Sabanchiyeva e.a. c. Russie*, 6 juin 2013, § 109.

⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Dordevic c. Croatie*, 24 juillet 2012, § 96 ; arrêt *Abdu c. Bulgarie*, 11 mars 2014, § 37.

¹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Farbtuhs c. Lettonie*, 2 décembre 2004, §§ 60-61.

¹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *D. F. c. Lettonie*, 29 octobre 2013, § 95.

¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Gutsanovi c. Bulgarie*, 15 octobre 2013, § 136.

L'arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie* procède ainsi à une montée en généralité, constatant les sentiments d'angoisse et de détresse n'ayant pu qu'être éprouvés par des personnes enfermées dans des cages lors de leurs procès, en proie à la crainte justifiée de donner une image négative et une impression de dangerosité, avant de déclarer l'incompatibilité de principe d'un tel traitement avec la dignité humaine¹³. L'atteinte à l'humanité est également susceptible d'être caractérisée à partir de l'angoisse extrême provoquée par un traitement infligé : la peine de mort est qualifiée de traitement inhumain en raison de l'intensité de la souffrance psychique dont on peut « raisonnablement supposer » qu'elle a été suscitée par la « crainte justifiée » d'être exécuté¹⁴.

C'est l'idée d'une humanité sensible partagée par des hommes égaux en dignité, indissociable de l'émergence et de l'évolution des droits de l'homme¹⁵, qui sous-tend la motivation du juge européen, expliquant qu'il puisse concevoir les sentiments éprouvés. Analysant un « badinage cruel » de M^{me} de Sévigné, Tocqueville faisait valoir que celle-ci ne « concevait pas clairement ce que c'était que de souffrir quand on n'est pas gentilhomme » et en explicitait ainsi la raison : « Quand il n'y avait que de grands seigneurs et des gens du peuple, les hommes étant étrangers les uns aux autres et surtout différents, nul ne pouvait juger par lui-même de ce que sentaient les autres »¹⁶. Même lorsqu'elle est déterminante dans la jurisprudence, la mise en évidence des sentiments ne correspond cependant pas à une plongée dans la compassion qui ferait primer l'émotion sans évaluation : elle est un examen de la correspondance entre la situation vécue et les sentiments éprouvés, examen qui peut être mené parce que le sentiment est une dimension de l'humanité commune au juge et au requérant, perçue et comprise comme telle.

B. Le sentiment, mesure de l'homme et du juge

De manière fort significative, le juge européen relève, en considération du contexte, les sentiments qu'« a dû » éprouver la personne¹⁷, ou qu'elle « n'a pu

¹³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 juillet 2014, §§ 133-138.

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 2 mars 2010, §§ 136 et 144.

¹⁵ Voy. L. Hut, *L'invention des droits de l'homme – Histoire, psychologie et politique*, éd. Markus Haller, 2013.

¹⁶ Voy. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. II, édition historico-critique revue et augmentée par E. Nolla, Vrin, 1990, p. 146 et p. 147, note f). L'intérêt de la remarque citée en note est relevé par Y. Deloye, « De la sujétion à l'obéissance : les figures de la servitude chez A. de Tocqueville », in Y. Deloye et Cl. Haroche (dir.), *Le sentiment d'humiliation*, In Press, Paris, 2006, p. 113.

¹⁷ Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Van der Ven c. Pays-Bas*, 4 février 2000, § 62.

que» ressentir¹⁸, ou qu'elle a « sans aucun doute »¹⁹ conçus. Le juge procède ainsi à une évaluation, tel le spectateur impartial d'Adam Smith, qui se forme une idée de la manière dont les autres sont affectés par telle situation en concevant par l'imagination « ce que nous devrions nous-mêmes sentir dans la même situation »²⁰. Ce mécanisme est désigné dans la théorie des sentiments moraux par le terme de sympathie. Il renvoie chez Adam Smith non à un sentiment particulier, la compassion, « l'affinité avec la misère des autres »²¹, mais de manière plus générale à l'affinité avec les sentiments d'autrui, bien que « notre sympathie pour le chagrin » soit « plus universelle que pour la joie »²². La mise en évidence par Smith d'une dimension objective de la sympathie lui permet d'expliquer comment s'opère la convergence des sentiments du spectateur et de l'agent : « la sympathie ne naît pas tant de la vue de la passion que de la situation qui l'excite »²³. On notera à cet égard que l'examen par le juge européen du contexte et des sentiments qui lui correspondent peut parfois l'amener à exprimer sa compassion²⁴. Mais de manière générale, l'examen auquel le juge procède consiste en une appréciation du rapport de convenance entre des sentiments et une situation.

L'explication de Smith est convaincante : une telle appréciation peut être menée en raison de la possibilité de nous mettre à la place d'autrui par « la fantaisie » en nous référant à « l'affection correspondante en nous-même »²⁵. La possibilité d'une telle évaluation conduit le juge européen à une graduation des sentiments qui donne lieu à une qualification du traitement subi en fonction de ce qui « a dû » être éprouvé.

Dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, après avoir caractérisé tous les éléments de la situation de la requérante, mineure étrangère non accompagnée, placée dans un centre de rétention puis refoulée, la Cour considère que son refoulement dans les conditions relevées lui a « nécessairement causé un sentiment d'extrême angoisse et a fait preuve d'un manque flagrant d'humanité envers sa personne, eu égard à son âge et à sa situation de mineure non accompagnée, de sorte qu'il atteint le seuil requis pour être

¹⁸ Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 juillet 2014, §§ 133 et 136.

¹⁹ Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, § 263.

²⁰ A. Smith, *op. cit.*, p. 23.

²¹ *Ibid.*, p. 25. Sur la distinction entre sympathie et compassion, *ibid.*, p. 21.

²² *Ibid.*, p. 84.

²³ *Ibid.*, p. 28.

²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 55.

²⁵ A. Smith, *op. cit.*, p. 40.

qualifié de traitement inhumain»²⁶. La Cour pose alors un rapport de parfaite correspondance – et même en l’occurrence de nécessité – entre les sentiments d’extrême angoisse et la situation.

En revanche, elle peut estimer devant des sentiments de détresse et de frustration allégués, qu’ils sont compréhensibles, sans devoir cependant atteindre au regard de l’ensemble de la situation le point d’intensité qui leur aurait permis d’accéder au seuil de l’inhumain ou du dégradant²⁷. Le sentiment est ainsi un « canon », une mesure, qui participe de l’appréhension par le juge de ce qui est essentiel à l’humain. Il sert à déterminer, fût-ce de manière non exclusive, ce qui constitue une atteinte à l’humanité, car il est un élément sur lequel il est possible de s’accorder, en le jugeant ou non proportionné à une situation²⁸. À cet égard, il convient de considérer tant les caractéristiques de la personne (âge, état mental, ou autre caractéristique source de vulnérabilité) que les causes objectives des sentiments, le contexte²⁹.

L’intensité requise pour caractériser l’inhumain est fonction du type de situation³⁰ et l’évaluation menée avec une volonté, parfois étonnante, de précision et de mesure³¹. Dans l’Europe des Lumières, la théorie des sentiments moraux n’est pas la seule source d’inspiration susceptible d’être invoquée pour rendre compte de la dimension intersubjective du sentiment³². Mais elle est la plus apparentée au raisonnement du juge européen, en raison de l’importance donnée à l’évaluation en fonction du contexte menée du point de vue d’un observateur impartial.

²⁶ Cour eur. dr. h., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 69.

²⁷ Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Dvoracek c. République tchèque*, 6 novembre 2014, § 105.

²⁸ Par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, précité, § 133.

²⁹ Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, §§ 112-116.

³⁰ Par exemple, la souffrance et l’humiliation du détenu doivent excéder le niveau qui est inhérent à une forme de traitement ou de peine légitimes : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, précité, § 92 ; la détresse des proches de terroristes décédés dont les dépouilles ont été exposées à de mauvaises conditions de conservation doit excéder la « détresse affective que l’on peut considérer comme inévitable pour tout proche d’une personne décédée dans une situation comparable » : arrêt *Sabanchiyeva e.a. c. Russie*, précité, § 109.

³¹ Ainsi, la Cour affirme que la crainte de la torture physique peut en soi constituer une torture mentale, mais elle fait dépendre cette qualification de l’ensemble des circonstances de l’affaire, notamment de la force de la pression exercée et de l’intensité de la souffrance morale appréciée par le juge : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Güfgen c. Allemagne*, §§ 103 et 108.

³² Définissant la pitié comme un « sentiment qui nous met à la place de celui qui souffre », Rousseau en fait le premier sentiment qui nous met en relation avec autrui : *Discours sur l’origine de l’inégalité parmi les hommes*, in *Œuvres complètes*, t. II, Seuil, Paris, 1971, p. 223.

Ce point de vue, qui selon Smith, est en principe adopté par le juge³³, est celui d'un « spectateur abstrait et idéal »³⁴, d'un « homme en général »³⁵, dont l'auteur explique l'émergence par l'expérience des relations avec nos semblables, miroirs grâce auxquels nous accédons à la possibilité de nous évaluer nous-mêmes, et par la distance acquise à l'égard de nos propres sentiments en nous efforçant de rechercher en nous-mêmes comment jugeraient les autres³⁶.

Le sentiment, dans la mesure où il est jugé approprié, n'est donc pas considéré comme un élément complètement étranger à la rationalité, voire en conflit avec celle-ci, sans rapport avec une dimension objective, contrairement à l'opposition courante, commune ou savante, de la raison et du sentiment. Alors que la pitié est pour Kant une passion « faible et toujours aveugle »³⁷, l'affinité avec les passions d'autrui est pour Smith imparfaite tant qu'elle n'est pas accompagnée de la connaissance de ce qui les cause.

Dans la jurisprudence européenne, le sentiment est susceptible d'être pleinement associé à la réflexivité, comme l'illustre l'arrêt *R. R. c. Pologne*, dans lequel la Cour fait ressortir le besoin d'informations engendré par l'incertitude d'une femme enceinte sur le statut génétique de son enfant menacé d'une maladie incurable, et l'angoisse extrême suscitée par de légitimes interrogations sur l'avenir³⁸. Il peut, certes, être indépendant de toute réflexion chez la personne qui l'éprouve. Mais il s'accompagne, en tant qu'il est pris en considération par autrui, et par le juge, d'un processus d'imagination et de réflexion, dont la dimension intersubjective inclut une connaissance contextuelle objective. Ce processus peut être discerné dans l'approche européenne du sujet des droits de l'homme, combinant le point de vue d'un homme abstrait et général susceptible d'évaluer les sentiments d'autrui, à la considération d'un individu concret et sensible dans un certain contexte, caractérisé par sa capacité à éprouver des affects. Aussi, l'atteinte à l'humanité ou à la dignité ne saurait-elle faire l'objet d'une approche exclusivement objective, l'analyse des sentiments ayant vocation à être intégrée au raisonnement du juge.

³³ A. Smith, *Leçons sur la jurisprudence*, traduction, préface et notes H. Commetti, Dalloz, Paris, 2009, p. 149.

³⁴ A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p. 218.

³⁵ Voy. M. Biziou, *Adam Smith et l'origine du libéralisme*, PUF, Paris, 2003, p. 130 ; A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p. 192, note 1.

³⁶ A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, pp. 171 et s.

³⁷ E. Kant, *Observations sur le sentiment du beau et du sublime*, éd. Lucet, Paris, 1796, p. 23. Adde, Kant, *Doctrine de la vertu*, Flammarion, Paris, 1994, p. 325 : prendre part à la peine et à la joie d'autrui relève d'une réceptivité naturelle ; l'humanité suppose d'avoir recours à ces sentiments pour favoriser une bienveillance rationnelle.

³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *R. R. c. Pologne*, 26 mai 2011, §§ 159-160.

Remarquable pour déterminer l'inhumain ou le dégradant, la prise en compte des sentiments possède de nombreuses dimensions et implications dont il convient de saisir l'étendue. C'est à présent la place conférée dans la jurisprudence européenne aux sentiments et à leur convergence qu'il est nécessaire d'analyser.

II. La place des sentiments

Tout en révélant une riche diversité d'influences, la place réservée aux sentiments dans la jurisprudence européenne ne saurait être étudiée sans faire initialement référence à la place qui leur est donnée dans la théorie des sentiments moraux. Cette référence se justifie par la parenté, précédemment mise en évidence, du processus sympathique avec l'appréciation des sentiments par le juge européen. En faisant de la sympathie la source de liens intersubjectifs, cette philosophie offre un cadre qui rend pertinente l'appréhension des sentiments bien au-delà de la sphère des affections, lors des interactions sociales et de la formation des liens juridiques.

De la capacité à s'accorder aux sentiments d'autrui proviennent les « sentiments moraux », les valeurs résultant de la correspondance des sentiments sur ce qui mérite approbation. Les sentiments participent en conséquence à la cohésion du lien social³⁹. La convergence des sentiments est à la source, par induction de la raison, des règles générales de la moralité⁴⁰ et des normes juridiques⁴¹. Les *Leçons sur la jurisprudence* conçoivent ainsi l'attente raisonnable comme un développement du processus sympathique: les droits résultent des attentes raisonnables que chacun est fondé à développer pour un spectateur impartial⁴². Le droit de propriété est justifié par l'adhésion du spectateur impartial à l'attente du possesseur, la valeur obligatoire attachée aux contrats provient de l'attente et de la confiance légitimement suscitées dans l'autre partie contractante.

³⁹ A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p. 46 ; voy. les analyses de M. Biziou, « À l'articulation du libéralisme politique: le jugement individuel face à l'État chez Locke et Smith », in G. Kevorkian (dir.), *La pensée libérale*, Ellipses, Paris, 2010, p. 39 ; K. Haakonssen, *L'art du législateur dans la jurisprudence naturelle de David Hume et Adam Smith*, PUF, Paris, 1998, p. 102: la « recherche d'un point de vue commun » engendre la cohésion sociale.

⁴⁰ A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p. 225.

⁴¹ *Ibid.*, p. 236.

⁴² A. Smith, *Leçons sur la jurisprudence*, *op. cit.*, spéc. p. 21 (droit de propriété acquis par occupation), pp. 121 à 129 (contrats), p. 148 (peine); voy. l'analyse de H. Commetti, préface, p. XVIII.

En matière pénale, la hauteur de la peine dépend de la façon, proportionnée à la gravité du préjudice subi, dont l'observateur impartial adhère au ressentiment de la victime. De manière plus générale, l'approbation donnée par le spectateur impartial au ressentiment de celui auquel il est porté un préjudice, source d'une souffrance injustifiée, est au fondement de la justice. En termes contemporains, « ce que le spectateur impartial reconnaît comme préjudice définit la justice »⁴³. Si un tel processus possède une dimension universelle, en revanche la convergence des sentiments sur ce qui mérite ou non approbation, sur le caractère raisonnable des attentes, évolue en fonction de l'histoire et de l'état des sociétés. On ajoutera qu'est évolutive la sélection même des sentiments, comme en témoigne la perte d'influence en matière pénale de la référence au ressentiment de la victime.

La référence théorique opérée ne peut naturellement être qu'une des sources plurielles de l'inspiration du juge européen, une notion telle que l'espérance légitime renvoyant d'ailleurs à des traditions⁴⁴ intellectuelles et juridiques fort différentes. Mais l'ensemble de la jurisprudence européenne montre l'intérêt de rechercher l'ampleur donnée à la prise en considération des sentiments (A) et d'en déterminer les incidences (B).

A. *La prise en considération des sentiments*

Variable selon les droits garantis par la Convention, la prise en considération des sentiments n'est pas assignée à un domaine spécifique. Dans la jurisprudence européenne, les sentiments affectent l'ensemble des rapports de la personne et du droit: sphère de la vie privée et de la vie privée sociale, vie familiale, droit au respect des biens, rapports contractuels, espace du débat public, relations avec la sphère publique (institutions, autorités). Nature et champ d'application des sentiments seront appréhendés en fonction d'une classification des types de sentiments. Quel qu'en soit le type, la sélection des sentiments par le juge s'opère en fonction du contexte normatif. La jurisprudence accorde une place d'importance majeure à la reconnaissance des sentiments liés à une souffrance morale (1). Elle retient également d'autres sentiments en fonction de leur harmonie ou de leur antagonisme avec les valeurs et principes

⁴³ Voy. K. Haakonssen, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁴ Voy. J.-P. Costa, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 101.

de la Convention, marquant son approbation pour des sentiments « qualifiés », assortis du qualificatif « légitime » ou « raisonnable » (2).

1. Les sentiments liés à la reconnaissance d'une souffrance

L'importance accordée à la reconnaissance de la souffrance causée par la violation des droits garantis est mise en lumière par l'interprétation de l'article 41 de la Convention, sur le fondement duquel la Cour peut accorder s'il y a lieu une indemnisation du préjudice moral. Dans l'arrêt *Varnava e.a. c. Turquie*⁴⁵, après avoir énoncé les types de sentiments retenus au titre de la souffrance mentale engendrée par une violation – détresse, angoisse, frustration, sentiments d'injustice ou d'humiliation, incertitude prolongée –, la Cour met la notion de reconnaissance au centre de l'interprétation de l'article 41, précisant que « l'objet des indemnités allouées est de reconnaître le fait qu'une violation d'un droit fondamental a entraîné un dommage moral ».

D'un point de vue général qui est celui de l'histoire des idées, la place accordée à la reconnaissance de la souffrance injustifiée peut être considérée comme caractéristique de la sympathie et de la sensibilité accrue de l'homme des sociétés démocratiques⁴⁶. La reconnaissance du préjudice moral s'étend pourtant au-delà de la personne humaine: un certain type de préjudice peut être dépouillé de son contenu émotionnel, tout en suscitant, selon l'appréciation du juge, l'exigence de réparation. Ainsi l'incertitude prolongée, source d'angoisse chez la personne humaine, est appréhendée en tant qu'incertitude sur la conduite des affaires dans le chef d'une personne morale⁴⁷.

D'une manière plus précise, la reconnaissance, lors de l'examen d'une violation alléguée, de sentiments exprimant une souffrance, peut être mise en relation avec les valeurs et les normes de la Convention. Lorsqu'une valeur fondamentale est en jeu, les affects ont vocation à être pris en considération, dans la mesure où la notion même de valeur implique une dimension d'adhésion subjective. Il en est plus particulièrement ainsi quand la valeur affecte l'homme lui-même, dont la dignité et la liberté sont de l'essence de la Convention, et qu'elle peut être corrélée à un sentiment de liberté, de dignité, ou d'identité⁴⁸. Ainsi, la servitude, « forme de négation de la liberté particulièrement grave » proscrite par l'article 4, est caractérisée par le sentiment d'une condition immuable créée

⁴⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Varnava e.a. c. Turquie*, 18 septembre 2009, § 224.

⁴⁶ A. de Tocqueville, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Comingersoll S.A. c. Portugal*, 6 avril 2000, § 35 ; Gde Ch., arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, 7 juin 2012, § 221.

⁴⁸ Voy. D. Gutmann, *Le sentiment d'identité*, LGDJ, Paris, 2000.

par « des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissements », la destruction de tout sentiment de liberté et de tout espoir de la recouvrer permettant de la différencier du travail forcé ou obligatoire⁴⁹.

La dignité protégée au titre de l'article 3 engage les sentiments susceptibles de provoquer humiliation et dépersonnalisation, destruction de la « résistance intérieure » de la personne : sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité visés par des motifs de principe⁵⁰, dont l'application donne lieu à une caractérisation plus diversifiée des sentiments, modulée en fonction du type de situation⁵¹. Liée à un contexte normatif caractérisé par l'élévation du niveau d'exigence en matière de protection des droits de l'homme, et par l'attention portée aux diverses formes de vulnérabilités, l'appréhension des sentiments s'enrichit des caractéristiques de personnes vulnérables⁵². Elle n'est pas limitée aux situations classiques de contrainte, mais peut affecter des rapports de dépendance économique, tels que le désespoir de demandeurs d'asile provoqué par des conditions de dénuement extrême⁵³. Remarquable par l'étendue de son champ d'application, la prise en compte des sentiments dans le cadre de l'article 3 l'est aussi par le changement de perspective qu'elle est susceptible de traduire. Ainsi, la conventionnalité de la durée de la peine peut requérir d'avoir égard au sentiment d'incertitude, s'agissant des peines de durée indéterminée⁵⁴, et devient incompatible avec l'absence de tout espoir réel de libération s'agissant des peines perpétuelles⁵⁵, à la lumière d'une analyse des finalités actuelles de la peine mettant l'accent sur la réinsertion.

L'identité protégée au titre de l'article 8 dans ses diverses facettes (personnelle, sexuelle, sociale, ethnique) est valorisée en étant mise en relation avec les notions d'épanouissement personnel, de développement personnel ou d'autonomie personnelle, elles-mêmes rattachées à la dignité et à la liberté de

⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *C.N. et V. c. France*, 11 janvier 2012, §§ 89-91.

⁵⁰ Voy. *supra*, note 6.

⁵¹ Par exemple « le sentiment d'arbitraire, celui d'infériorité et d'angoisse... ainsi que celui d'une profonde atteinte à la dignité » : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 263.

⁵² Par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 233 : « détresse du requérant accentuée par sa qualité de demandeur d'asile ».

⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *V. M. e.a. c. Belgique*, 7 juillet 2015, § 162.

⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, § 100.

⁵⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vinter e.a. c. Royaume-Uni*, 9 juillet 2013, §§ 110 et s., note M. De Rue, « Les peines de perpétuité réelle sont contraires à la dignité humaine : la Cour européenne des droits de l'homme consacre un droit à l'espoir pour tous les condamnés », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 667.

l'homme⁵⁶. Expression du développement de l'individualité, l'identité ne saurait être efficacement protégée sans que soient reconnus et pris en considération dans la pesée des intérêts les sentiments éprouvés par l'individu lui-même, tels que le sentiment d'appartenance sexuelle, ou les « souffrances psychiques et morales » d'une personne qui s'est efforcée de connaître ses origines biologiques⁵⁷. Réciproquement, la sphère de l'intimité n'est pas conçue comme une forteresse à l'abri de toute interaction sociale et les sentiments sont mis en rapport avec le contexte social et juridique.

L'identité se forgeant dans la reconnaissance sociale, la discordance entre la réalité sociale (rôle d'une personne transsexuelle opérée) et le droit engendre des « sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »⁵⁸ reconnus par le juge. L'importance attachée à l'identité sociale suppose d'intégrer au contrôle de proportionnalité l'espérance de passer l'examen en vue de devenir avocat, suscitée par l'admission au stage réglementaire, avant d'être brisée par un refus sans cohérence avec la décision initiale⁵⁹. La valeur accordée à l'identité ethnique implique d'avoir égard aux effets des stéréotypes négatifs sur les sentiments de confiance en soi des individus membres d'un groupe⁶⁰, celle attachée au principe de non-discrimination conduit à relever la souffrance liée à la discrimination de groupes vulnérables et les répercussions sur la personnalité d'une mesure source de stigmatisation⁶¹.

La prise en compte des sentiments dans une espèce donnée s'opère conformément à la méthode d'appréciation générale du juge, en relation avec le contexte, factuel ou légal, qui les cause. Aussi, aucun sentiment de vulnérabilité d'humiliation ou d'anxiété de la personne transsexuelle n'est-il relevé lorsque les issues légales offertes pour établir l'identité sexuelle sont jugées suffisantes au regard de la marge d'appréciation des États⁶². En revanche, l'angoisse naît de l'impossibilité, lors d'une arrestation, d'établir des contacts familiaux, dont la Cour relève l'importance capitale, après avoir rappelé en principe que le respect de la vie familiale implique pour l'État l'obligation d'agir de manière à

⁵⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 90.

⁵⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, § 69.

⁵⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 77.

⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Bigaeva c. Grèce*, 28 mai 2009, § 32. La Cour ne va pas jusqu'à qualifier cette espérance de légitime, raison pour laquelle nous n'en traitons pas dans les sentiments qualifiés.

⁶⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, § 58, note Th. Hochmann, « Discours de haine et préjugés », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 179 et s.

⁶¹ Cour eur. dr. h., arrêt *I. B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, §§ 72 et 79.

⁶² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, § 87.

permettre le développement normal des rapports entre proches parents⁶³. Les principes applicables en matière de protection de la vie familiale peuvent amener le juge à un examen attentif des conséquences psychologiques d'une mesure de placement⁶⁴. Les sentiments d'affection ont un rayonnement dans la vie publique: en certaines circonstances la détresse provoquée par le décès ou la disparition d'un proche impose aux autorités⁶⁵ ou aux journalistes⁶⁶ une norme de comportement, dont la violation est cause d'un surcroît de souffrance⁶⁷.

Le contrôle opéré par la Cour européenne des restrictions à l'exercice de la liberté d'expression intègre la reconnaissance d'autres souffrances injustifiées, telles que l'offense gratuite ou grave aux sentiments religieux⁶⁸. Sa large réception, étendue au simple risque d'offense⁶⁹, sans que soit toujours rigoureusement pris en compte l'ensemble du contexte⁷⁰, est rattachée de manière controversée à l'importance de la liberté de religion dans une société démocratique⁷¹ et à l'absence de possibilité de discerner une signification uniforme de la religion dans la société à travers l'Europe⁷². Les multiples avatars de la crainte sont d'application quasi générale. Le droit à la liberté religieuse est violé lorsque des victimes de violences en raison de leur religion se heurtent à l'inactivité des autorités, et sont ainsi amenées à craindre une violence réitérée dès qu'elles manifesteraient de nouveau leur foi⁷³. L'intimidation d'un mineur lors d'un procès public met obstacle à son droit de participer réellement à la

⁶³ Cour eur. dr. h., arrêt *Sari et Colak*, 4 avril 2006, § 36.

⁶⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, § 174 (sentiment de déception); Gde Ch., arrêt, *K. et T. c. Finlande*, 12 juillet 2001, § 68 (désarroi).

⁶⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, § 156 ; arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, 14 juin 2007, § 46.

⁶⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, précité, § 48.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chypre c. Turquie*, précité, § 157 (« Ils sont au supplice d'ignorer... ») ; arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, précité, § 49 (traumatisme avivé).

⁶⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, §§ 65 et 67.

⁶⁹ *Ibid.*, § 74.

⁷⁰ Voy. les développements *infra*, B. L'incidence des sentiments, 1. Conséquences juridiques, et la note 142.

⁷¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 47 ; arrêt *Murphy c. Irlande*, précité, § 65. Pour la critique du rattachement de la protection des sentiments religieux à la liberté religieuse, qui introduit un autre droit dans les possibilités de restriction à la liberté d'expression, voy. notamment P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 441 et s., spéc. p. 443.

⁷² Cour eur. dr. h., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, précité, § 50. Voy. *infra*, B. L'incidence des sentiments, 1. Conséquences juridiques.

⁷³ Cour eur. dr. h., arrêt *97 membres de la congrégation des Témoins de Jéhovah c. Géorgie*, 3 mai 2007, § 133.

procédure pénale diligentée contre lui, élément d'un procès équitable⁷⁴. Toute crainte n'est cependant pas digne de considération: celle des salariés faisant pression pour licencier un collègue séropositif correspond à un préjugé injustifié⁷⁵. De manière plus générale, certains sentiments sont retenus, valorisés, approuvés ou combattus, en raison de leur harmonie ou de leur antagonisme avec le système conventionnel.

2. Les sentiments en harmonie ou en antagonisme avec la Convention

La confiance est essentielle dans une société démocratique gouvernée par la prééminence du droit et se décline sous plusieurs aspects: confiance du public dans le respect du principe de légalité, confiance du public dans le système judiciaire, « confiance légitime » des justiciables ou des citoyens. La confiance du public dans la justice est rattachée au principe de la sécurité dans les rapports juridiques, qui est un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit⁷⁶. Elle constitue « l'une des composantes fondamentales de l'État de droit »⁷⁷. La protection de la confiance légitime est une exigence associée à celle de sécurité juridique⁷⁸, qui est parfois exprimée sous la forme d'un principe⁷⁹. Inspiré du droit allemand et consacré par le droit communautaire, ce principe peut être défini comme étant le principe de sécurité juridique considéré d'un point de vue subjectif⁸⁰.

Ces variantes de la confiance inhérente à un État de droit⁸¹ doivent être mises en corrélation avec la caractérisation de craintes légitimes ou d'expectatives légitimes dans une situation ayant donné lieu à une requête. Les épithètes « légitime » ou « raisonnable » – de même que les adverbes « légitimement » ou « raisonnablement » – correspondent alors à une qualification qui porte sur une crainte ou une expectation dans un certain contexte, marquant l'approbation du juge quant au caractère objectivement fondé de la crainte ou de l'expectative. La confiance du public dans le respect du principe de légalité nécessite de répondre aux inquiétudes légitimes que peut susciter le recours à la force meur-

⁷⁴ Cour eur.dr. h., arrêt *V. c Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, § 87.

⁷⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *I. B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, § 88.

⁷⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Nedjet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie*, 20 octobre 2011, § 57. Voy. C. Husson-Rochcongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 2012, spéc. p. 148.

⁷⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Nedjet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie*, précité, § 57.

⁷⁸ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Unedic c. France*, 18 décembre 2008, § 74.

⁷⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Lykourazos c. Grèce*, 15 juin 2006, § 57.

⁸⁰ S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001, spéc. p. 168.; J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 107.

⁸¹ Voy. F. Ost, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, spéc. p. 172.

trière, par des procédures adéquates permettant de mettre en jeu la responsabilité des agents de l'État⁸². La confiance du public dans le système judiciaire requiert d'avoir égard aux apparences pour déterminer s'il existe une crainte légitime, objectivement justifiée, quant à l'indépendance ou l'impartialité d'un juge⁸³.

Principe de sécurité juridique et protection de la « confiance légitime des justiciables » fondent chez un accusé l'attente légitime que les avantages résultant d'un choix de procédure, en contrepartie d'une renonciation à certains droits, ne soient pas ultérieurement remis en cause⁸⁴. Le caractère légitime de l'expectative correspond alors à ce qui doit pouvoir être attendu. Dans la jurisprudence de la Cour, la confiance légitime n'est cependant que très rarement mise en relation explicite avec l'identification d'attentes légitimes⁸⁵.

La notion d'espérance légitime peut être regardée comme équivalente à celle d'attente ou de croyance légitime ou raisonnable⁸⁶. À la convergence de traditions juridiques distinctes (droit anglais, droit allemand)⁸⁷, ces notions trouvent des applications en plusieurs articles de la Convention ou de ses protocoles (article 8, article 6, article 14, article 1^{er} du Protocole n° 1) et ne sont pas rattachées au développement d'un principe unique. Si les critères de l'espérance légitime sont parfois explicités de manière précise, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence relative à la notion de « biens »⁸⁸ au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, l'appréciation de la légitimité n'y est pas toujours subordonnée⁸⁹.

Des caractéristiques communes aux diverses occurrences de l'espérance légitime peuvent être toutefois relevées. La sécurité juridique⁹⁰ ou la prévisibilité participent à la détermination de ce qu'il est légitime d'escompter, compte tenu

⁸² Cour eur. dr. h., arrêt *McKerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, § 160.

⁸³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, § 118.

⁸⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Scoppola c. Italie (n° 2)*, 17 septembre 2009, §§ 137-139.

⁸⁵ Cependant, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Scoppola c. Italie (n° 2)*, précité, §§ 138-139. Voy. aussi arrêt *Strzelecki c. Pologne*, 10 avril 2012, §§ 45 et 56.

⁸⁶ La Cour n'opère pas de distinction de fond : voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004, § 51, faisant référence à l'espérance légitime caractérisée dans l'arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, § 45, qui mentionne la croyance et l'attente. Voy. K. Garcia, *Le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008, § 580.

⁸⁷ F. Dupuy, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, thèse, Paris II, 2007.

⁸⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kopecky c. Slovaquie*, 28 septembre 2004, §§ 45 et s.

⁸⁹ Voy. W. Jean-Baptiste, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, 2011, spéc. §§ 75-134 et § 216.

⁹⁰ La Cour fait parfois explicitement référence au principe de sécurité juridique : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Scoppola c. Italie (n° 2)*, précité, § 132 ; arrêt *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, 29 janvier 2013, § 53, obs. J.-P. Marguenaud, *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, p. 336 ; voy. aussi W. Jean-Baptiste, *op. cit.*, spéc. § 139.

de l'ensemble du contexte. Ainsi, une base suffisante en droit interne, clairement définie, est nécessaire pour caractériser une espérance légitime sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, distincte d'un simple espoir compréhensible⁹¹ ; un comportement antérieur peut être estimé en contradiction avec le développement d'une espérance légitime sur le fondement de l'article 8⁹². L'identification d'une espérance légitime est également fonction de l'appréhension par le juge du contexte factuel et normatif en son ensemble.

Ainsi, la valeur attachée au principe de non-discrimination, associée à l'importance de la vie privée sociale, amène la Cour à relever, s'agissant d'une personne séropositive, qu'« en sa qualité de salarié de l'entreprise le requérant pouvait légitimement espérer continuer à y travailler tant qu'il ne commettrait pas un acte qui, d'après le droit interne du travail, pourrait justifier un licenciement »⁹³. La qualification de « relation de confiance inhérente aux opérations bancaires » et la notion d'équilibre contractuel conduisent la Cour à énoncer, s'agissant du titulaire d'un compte, « qu'il peut de bonne foi s'attendre à ce que son dépôt soit en sécurité... et qu'il est légitime qu'il escompte qu'une situation menaçant l'équilibre de la convention lui soit signalée afin qu'il puisse prendre ses dispositions pour se conformer à la loi »⁹⁴.

La confiance suppose également la protection contre la haine destructrice des droits fondamentaux. La nature spécifique d'actes racistes impose de prendre en considération les sentiments de haine ayant joué un rôle lors de violences et d'opérer ainsi une distinction en fonction de l'existence d'une motivation raciste. La « confiance des minorités dans la capacité des autorités à les protéger de la menace de violences racistes » rejoint alors le souci de maintenir la « confiance du public dans le mécanisme d'application des lois »⁹⁵.

Lorsqu'un discours est en cause, l'inquiétude et le heurt des sensibilités suscitées par le débat d'idées sont des conséquences inhérentes à l'exercice de la liberté d'expression, valorisée, car essentielle à une société démocratique, caractérisée par le pluralisme. En revanche, le discours de haine est en contradiction avec « les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui

⁹¹ Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Lebedinschi c. République de Moldova*, 16 juin 2015, §§ 41-46.

⁹² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, §§ 83 et 92.

⁹³ Cour eur. dr. h., arrêt *I.B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, § 76. Adde, W. Jean-Baptiste, *op. cit.*, § 242, à propos du lien entre caractère fondamental du droit respect de la vie privée et reconnaissance d'une espérance légitime.

⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Zolotas c. Grèce*, 29 janvier 2013, § 52.

⁹⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Natchova c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, § 160.

sous-tendent la Convention»⁹⁶ ou « la tolérance et le respect de l'égle dignité de tous les êtres humains» au fondement d'une société démocratique et pluraliste et pourrait « saper la confiance dans les institutions démocratiques»⁹⁷. Si un tel discours n'est pas appréhendé sous le seul prisme du sentiment⁹⁸, la haine qu'il est de nature à susciter envers une personne ou un groupe de personnes⁹⁹ permet de l'identifier. Quelle est de manière plus générale l'incidence des sentiments dont la nature et le champ d'application ont été analysés?

B. *L'incidence des sentiments*

L'incidence des sentiments peut donner lieu à deux approches complémentaires. Il est nécessaire de déterminer quelles sont les conséquences juridiques de la prise en considération des sentiments (1). Il convient également d'en dégager la portée théorique générale (2).

1. Conséquences juridiques

Outre la réparation du préjudice moral sur le fondement de l'article 41¹⁰⁰, elles sont relatives à la recevabilité d'une requête, l'applicabilité d'un droit, la

⁹⁶ Cour eur. dr. h., décision *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007.

⁹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Feret c. Belgique*, 16 juillet 2009, §§ 64 et 77.

⁹⁸ A. Weber, *Manuel sur le discours de haine*, Council of Europe Manuals, 2009, p. 5.

⁹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Feret c. Belgique*, précité, § 69. Sur la conjonction de facteurs permettant de retenir un discours de haine, la Cour tenant « éminemment compte du contexte » (contexte politique et social, nature des propos appréciés dans leur contexte immédiat ou plus général, mode d'expression et capacité de nuisance), voy. Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015, spéc. §§ 204-208.

¹⁰⁰ Les principes directeurs de la réparation du préjudice moral sont clairement posés dans Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Varnava e.a. c. Turquie*, précité, § 224. L'objet des indemnités allouées étant de « reconnaître le fait qu'une violation d'un droit fondamental a entraîné un dommage moral », la Cour opère une distinction entre deux types de situations: celles dans lesquelles « la reconnaissance publique, dans un arrêt contraignant pour l'État du préjudice moral souffert par le requérant représente en soi une forme efficace de réparation », et les situations où l'impact de la violation sur le bien-être moral du requérant est tel que cette réparation ne suffit pas. Ainsi, la reconnaissance de souffrances morales dans l'arrêt *Christine Goodwin* ne donne pourtant lieu à aucune réparation au titre de l'octroi d'une satisfaction équitable (§ 120). La Cour est guidée par « le principe de l'équité qui implique avant tout une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire non seulement de la situation du requérant, mais aussi du contexte général dans lequel la violation a été commise ». Les indemnités sont chiffrées de manière à refléter de manière approximative la gravité du dommage moral, la Cour soulignant qu'elles ne sont pas attribuées pour fournir à titre compassionnel un confort financier au requérant.

formulation de qualifications engendrant un constat de violation, la justification ou la création de normes prétoriennes, la détermination du juste équilibre entre les intérêts en présence.

La sensibilité liée à une identité ethnique contribue à retenir la qualité de victime, condition de recevabilité d'une requête, alors même que le requérant n'a pas été personnellement visé par les expressions litigieuses¹⁰¹. L'appréciation portée sur le caractère tardif d'une plainte dont dépend la recevabilité d'une requête est fonction du caractère raisonnable de l'attente d'un requérant, évalué compte tenu de sa vulnérabilité et de son sentiment d'impuissance¹⁰².

La considération des sentiments peut déterminer l'applicabilité d'un droit ou faire obstacle à la protection d'un droit. Retenir une espérance légitime de recouvrer la liberté, suscitée par la pratique observée en matière de remise de peine, permet d'appliquer la qualification de matière pénale à la perte d'une remise de peine, et conduit à rendre applicable l'article 6¹⁰³. La qualification d'espérance légitime engendre l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, ouvrant ainsi la voie à la recherche de l'équilibre entre intérêt général et intérêt de l'individu. L'applicabilité de l'article 8, seul ou combiné avec l'article 14, est susceptible d'être motivée ou étayée par une référence aux sentiments. L'effet de stéréotypes négatifs sur les sentiments des membres d'un groupe ethnique détermine l'applicabilité de l'article 8¹⁰⁴ ; l'effet stigmatisant d'une mesure de licenciement sur le respect susceptible d'être témoigné à une personne et l'incertitude liée à la recherche d'un nouvel emploi¹⁰⁵ étayent l'applicabilité de l'article 8 combiné avec l'article 14. Inversement, la haine qu'une expression est de nature à susciter peut conduire la Cour à soustraire un discours à la protection de l'article 10 par application de la clause d'interdiction de l'abus de droit (article 17)¹⁰⁶.

La seule caractérisation d'un sentiment, dans la mesure où celui-ci répond aux conditions objectives pour être retenu, est susceptible d'entraîner la violation d'un droit garanti. Ainsi, la caractérisation d'une crainte légitime quant au défaut d'impartialité ou d'indépendance d'une juridiction permet de conclure à la violation de l'article 6, § 1^{er}¹⁰⁷. Dans le cadre des articles 3 et 4, les senti-

¹⁰¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, précité, § 53.

¹⁰² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mocanu e.a. c. Roumanie*, 17 septembre 2014, § 274.

¹⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, § 72.

¹⁰⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, précité, § 59.

¹⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *I. B. c. Grèce*, précité, § 72.

¹⁰⁶ Cour eur. dr. h., décision *Pavel Ivanov c. Russie*, précitée.

¹⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 72 ; arrêt *Savda c. Turquie*, 12 juin 2012, § 105 ; Gde Ch. arrêt *Morice c. France*, 23 avril 2015, § 92.

ments contribuent à déterminer le contenu de notions (traitement dégradant, servitude) relevant d'une prohibition absolue. Le sentiment constitue alors un instrument de qualification du traitement prohibé, donnant lieu à un constat de violation de l'interdiction¹⁰⁸. Des débats parfois vifs relatifs à la qualification d'un traitement, lorsque la Cour se voit reprocher un manque d'humanité ou de compassion¹⁰⁹, appellent une réflexion sur l'incidence de la reconnaissance de la souffrance dans la motivation du juge européen.

Il en est ainsi lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure un traitement inhumain ou dégradant résulte d'un acte d'éloignement par l'État d'un étranger gravement malade, dans un pays où celui-ci n'aura pas un accès identique aux soins assurant sa survie ou la prise en charge de sa souffrance. Tout en retenant plus largement la responsabilité de l'État que dans la jurisprudence antérieure, l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*¹¹⁰ se situe dans le prolongement d'un raisonnement classique, consistant à donner toute sa portée juridique à la considération de la souffrance d'autrui appréhendée à la lumière de ce qui la cause. Le risque réel de détérioration de l'état de la personne concernée et de souffrances corrélatives y est rapporté à sa cause directe, l'acte d'éloignement de l'État.

Cette cause (déterminante) de l'aggravation d'une situation n'épuise pas, dans le contexte d'une maladie survenant naturellement, l'analyse de la causalité. D'autres causes concourent à la situation envisagée: la maladie elle-même, les ressources insuffisantes de l'État de destination, les disparités des niveaux de soins selon les États. D'autres en sont absentes: actes intentionnels des autorités, défaut de protection étatique appropriée contre des actes de tiers. Cette particularité de la situation justifie un «examen rigoureux» de toutes les circonstances de l'affaire pour mettre en œuvre la responsabilité de l'État au titre de l'article 3. À cet égard, la caractérisation du risque réel de souffrances extrêmes est opérée dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* selon le processus sympathique précédemment analysé qui reconnaît la souffrance d'autrui en fonction du contexte, impliquant à la fois réflexion et communauté de sensibilité.

C'est à l'aune d'une telle méthode d'appréciation que la Cour qualifie la décision d'expulsion de traitement inhumain, compte tenu de circonstances exceptionnelles (absence de garantie de prise en charge) et du stade critique de la maladie fatale (sans ériger cette circonstance en condition). Par des motifs supplémentaires, susceptibles de constituer un chef de violation distinct de

¹⁰⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *C.N. et V. c. France*, 11 janvier 2012, § 91.

¹⁰⁹ Voy. J.-P. Marguenaud, « L'expulsion des étrangers malades sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. Brosset (dir.), *Droit européen et protection de la santé*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 261 et s., spéc. p. 262.

¹¹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997.

l'article 3¹¹¹, elle relève en outre l'aggravation des souffrances psychologiques due à l'arrêt des soins médicaux et palliatifs, dont elle déduit l'exposition à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses.

Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*¹¹², suivi notamment de l'arrêt *S. J. c. Belgique*¹¹³, la jurisprudence postérieure se détourne de cette appréciation à la fois « humaine et raisonnable »¹¹⁴ et durcit l'exigence de circonstances exceptionnelles, érigées en « cas très exceptionnels »¹¹⁵ relevant de considérations humanitaires « impérieuses », réduites en pratique à un état déjà critique avant le renvoi (renvoi d'un malade au stade terminal). Un tel durcissement ne procède pas d'un examen juridiquement rigoureux, l'analyse correcte de la causalité conduisant à inclure d'une manière plus générale et plus cohérente le risque réel de souffrances physiques ou psychiques résultant de l'éloignement, qu'il s'agisse du risque d'issue fatale, ou de souffrances liées à une maladie mentale¹¹⁶.

Orientée par la volonté de préserver les finances de l'État contractant¹¹⁷, la jurisprudence porte alors l'accent sur le contexte général, et non sur le contexte immédiat. L'analyse de la causalité met en avant le défaut d'imputabilité de l'insuffisance des soins à l'État de destination. S'y joint l'affirmation de l'absence d'obligation pour l'État de pallier les disparités de soins, ainsi que l'inscription de l'examen de la Cour dans la recherche d'un équilibre entre intérêt

¹¹¹ Voy. l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann, § 21, sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008.

¹¹² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, obs. J.-Fr. Flauss, *A.J.D.A.*, 2008, p. 1237 ; Fr. Julien-Laferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 261 et s. ; J.-P. Marguenaud, « La trahison des étrangers sidéens », *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 463 ; Fr. Sudre, *J.C.P.*, éd. gén., 2008, I, n° 167.

¹¹³ Cour eur. dr. h., arrêt *S. J. c. Belgique*, 27 février 2014, obs. J.-P. Marguenaud, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur les 'sentiers de la gloire' », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 977 et s. Voy. Gde Ch., arrêt *S. J. c. Belgique*, 19 mars 2015 (radiation du rôle), obs. L. Burgogue-Larsen, *A.J.D.A.*, 2015, p. 1732. Voy. également arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 17 avril 2014 (renvoi devant la Grande Chambre).

¹¹⁴ Selon les termes de l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, précité, § 17.

¹¹⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, précité, § 42 ; arrêt *S. J. c. Belgique*, § 119.

¹¹⁶ Retenant la violation de l'article 3, s'agissant de l'extradition d'un détenu atteint de troubles mentaux, en raison du risque réel de détérioration notable : Cour eur. dr. h., arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*, 16 avril 2013, obs. Fr. Sudre, « Éloignement du territoire et protection de la santé », *J.C.P.*, éd. gén., 2013, n° 577.

¹¹⁷ Voy. P. Martens, « La nouvelle controverse de Valladolid », *op. cit.*, p. 314 ; J.-P. Marguenaud, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur les 'sentiers de la gloire' », *op. cit.*, p. 988.

général et particulier, critiquable au regard de la valeur absolue de l'article 3¹¹⁸, alors même qu'est en jeu un acte volontaire de renvoi vers un risque mortel.

Précisément, l'analyse très générale de la Cour élude le caractère pourtant déterminant de cette circonstance de l'espèce¹¹⁹. La situation est appréciée non en fonction de l'ensemble du contexte, mais d'une manière abstraite et partielle, comme si l'acte d'éloignement n'était pas décisif et comme si les autorités internes pouvaient n'être pas humainement impliquées par la rupture d'un traitement dont elles ont assumé la responsabilité.

Il ne peut pourtant être fait abstraction de ce que le requérant est venu dans l'État contractant et qu'il y a reçu des soins ayant eu une incidence sur son état. Sa situation doit être appréciée à l'aune de ce parcours, nécessairement générateur d'une espérance ou d'une attente de continuation brisée par le renvoi. Espérance ou attente si inéluctable pour tout être humain, qu'il est permis d'y voir un équivalent d'une espérance légitime¹²⁰ ou d'une attente raisonnable.

Ainsi, l'approche restrictive pêche à la fois sur le plan de l'humanité et de la rationalité, en ne donnant pas sa juste place à la reconnaissance de la souffrance d'un individu en fonction de l'ensemble des circonstances. De manière très concrète, comme sur un plan symbolique, l'humanité commune est en jeu. Qu'un risque réel de graves souffrances physiques ou morales causées par le renvoi d'un étranger ressortisse à la garantie accordée par la Convention, « instrument de protection des êtres humains », constitue un point nodal pour mesurer la portée effective conférée à l'égale dignité des individus. Un tel risque doit relever non d'une compassion extérieure à l'application de la protection conventionnelle¹²¹, mais d'une évaluation humaine fondée sur une appréciation contextuelle.

¹¹⁸ Voy. le « profond désaccord » exprimé par l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, précité, § 7, ainsi que les critiques doctrinales de Fr. Julien-Laferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires? », *op. cit.*, p. 275 et de L. Burgorgue-Larsen, *op. cit.*

¹¹⁹ Voy. l'opinion dissidente de la juge Power-Forde sous Cour eur. dr. h., arrêt *S. J. c. Belgique*, 27 février 2014.

¹²⁰ Voy. obs. J.-P. Marguenaud, « La trahison des étrangers sidéens », *op. cit.*

¹²¹ Voy. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 10, sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S. J. c. Belgique*, 19 mars 2015.

La prise en compte des sentiments contribue à justifier ou à établir des normes jurisprudentielles. Elle peut accompagner, conforter¹²² ou amener¹²³ l'affirmation d'un principe sur ce qui est en soi contraire à la dignité, concourant alors à la justification de la norme. Elle suscite ou inspire la formulation d'obligations positives tant procédurales que substantielles. Sous l'angle des articles 2 et 3, les autorités ont l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour établir si des sentiments de haine ont joué un rôle lors de violences en cas de soupçons d'une motivation raciste. Les États ont l'obligation d'ouvrir un recours en réparation du dommage moral résultant de la violation des articles 2 et 3¹²⁴. D'instaurer un mécanisme de réexamen pour les peines perpétuelles¹²⁵. De communiquer des informations aux proches de personnes disparues sur le sort qui leur a été réservé¹²⁶, ou plus généralement des informations d'importance cruciale¹²⁷. En application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, la Cour dégage, en relation avec le principe de sécurité juridique, une obligation d'information quant à une situation menaçant l'équilibre contractuel¹²⁸ à partir de l'espérance légitime inhérente à une relation de confiance.

Sous l'angle de l'article 8 de la Convention, « le décès d'un proche et le deuil qu'il entraîne, cause de douleur intense, doivent parfois conduire les autorités à prendre les mesures nécessaires au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées »¹²⁹. Certaines obligations sont dégagées par la Cour au titre des devoirs et responsabilités dans l'exercice de la liberté d'expression. Lorsqu'un décès est survenu dans des « circonstances violentes et traumatisantes », la souffrance ressentie par les proches doit « conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution »¹³⁰. Dans le contexte des croyances religieuses, peut « légitimement figurer l'obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices »¹³¹.

¹²² Cour eur. dr. h., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 33 : la Cour procède selon une approche objective, qualifiant le châtement d'après sa nature (châtiment ayant consisté à traiter le requérant en objet aux mains de la puissance publique), avant de caractériser le sentiment éprouvé par le requérant (angoisse morale).

¹²³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 juillet 2014, §§ 133-138.

¹²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, précité, § 130 ; arrêt *Kontrova c. Slovaquie*, 31 mai 2007, § 65 ; arrêt *Gutsanovi c. Bulgarie*, 15 octobre 2013, § 97.

¹²⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vinter e.a. c. Royaume-Uni*, précité, § 119.

¹²⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chypre c. Turquie*, précité, § 156 ;

¹²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *R. R. c. Pologne*, 26 mai 2011, §§ 151, 157-159 (informations relatives à l'état de santé).

¹²⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, précité, § 53.

¹²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, précité, § 46.

¹³⁰ *Ibid.*, § 48.

¹³¹ Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *I. A. c. Turquie*, 13 septembre 2005, § 24.

Intégrés à la mise en balance des intérêts en présence lors du contrôle relatif aux articles 8, 10 et 11, les sentiments ont une portée très variable, en fonction de l'ensemble des orientations et critères jurisprudentiels. Une approche dite compassionnelle du juge, révélatrice de la portée donnée à l'approche sympathique analysée, est susceptible d'avoir une importance déterminante, ainsi qu'il résulte de l'arrêt *Christine Goodwin*. Pour estimer que l'État défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation, la Cour considère que l'on « peut raisonnablement exiger de la société qu'elle doit accepter certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elle au prix de grandes souffrances »¹³².

Une telle approche fait défaut dans la décision *Molka c. Pologne*, alors que des sentiments d'humiliation et de détresse sont relevés en la personne d'un handicapé qui ne peut pas avoir accès seul à un bureau de vote¹³³. Si le développement personnel, comme la dignité et la liberté de l'homme, sont également en jeu, la marge d'appréciation reste ample, par application des critères généraux (obligation positive, question appréciée dans le contexte de l'affectation de fonds publics limités), la Cour relativisant en outre par des considérations de fait l'incidence du défaut d'accessibilité sur la vie privée. La limitation de la portée des sentiments peut également résulter de la combinaison des critères applicables en cas d'équilibre à ménager entre droit au respect de la vie privée et droit à la liberté d'expression.

La reconnaissance de ce que certaines expressions de langue turque figurant dans un dictionnaire peuvent être ressenties comme humiliantes ou insultantes par les membres d'une minorité ethnique vulnérable ne se traduit pas par la reconnaissance d'une obligation positive de protection à la charge de l'État sur le fondement de l'article 8, mais seulement par une simple préconisation exclusive d'un constat de violation¹³⁴. Malgré la protection spéciale due à une minorité vulnérable, et l'attention accrue requise pour un dictionnaire destiné aux écoliers, la Cour considère, compte tenu notamment de la nature générale d'un dictionnaire et de l'absence de recommandation de l'ouvrage concerné par le ministère de l'Éducation¹³⁵, que les autorités n'ont pas outrepassé leur

¹³² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 91.

¹³³ Cour eur. dr. h., décision *Molka c. Pologne*, 11 avril 2006.

¹³⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, précité, § 86 : la Cour relève seulement qu'il aurait été préférable d'indiquer que de telles expressions sont « péjoratives » ou « insultantes », sans pour autant juger que cet élément suffise à lui seul pour l'amener à substituer son propre avis à celui des juridictions internes.

¹³⁵ Dans leur opinion dissidente sous l'arrêt de chambre *Aksu c. Turquie* du 27 juillet 2010, les juges Tulkens, Tsoitoria et Pardalos, faisaient, à l'inverse, particulièrement valoir la destination de

marge d'appréciation en n'ordonnant pas la suppression de définitions et d'expressions qualifiées de métaphoriques¹³⁶, qui font partie du langage courant.

Lorsque la liberté d'expression est en jeu, de nombreux arrêts témoignent de la primauté donnée à l'exercice de cette liberté fondamentale sur les sentiments d'un individu, d'une population ou d'un groupe, dès lors qu'est retenue la qualification de contribution à un débat d'intérêt général¹³⁷, source d'une marge d'appréciation limitée pour apporter une restriction à la liberté garantie par l'article 10.

L'incidence de la prise en considération des sentiments peut cependant être déterminante. Lorsque la Cour juge qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 17, l'incitation à la haine ou l'intimidation d'un groupe vulnérable justifient en principe la nécessité de restrictions aux libertés d'expression et d'association, et déterminent, lorsqu'elles sont relevées, le constat d'une absence de violation des articles 10¹³⁸ et 11¹³⁹.

En matière d'atteinte aux sentiments religieux, les États disposent d'une marge d'appréciation élargie¹⁴⁰, que la Cour n'a encore jamais tenue pour outrepassée dans les arrêts ayant caractérisé une offense grave ou gratuite aux sentiments religieux¹⁴¹. La portée spécifique donnée par cette jurisprudence

l'ouvrage et son financement par le ministère de la Culture, considérant que les autorités nationales avaient l'obligation positive de prendre toutes les mesures pour assurer le respect de l'identité des Roms et éviter toute stigmatisation.

¹³⁶ Voy. l'opinion dissidente précitée sous l'arrêt *Aksu c. Turquie* du 27 juillet 2010, pour laquelle la nature métaphorique ne supprime pas le « caractère gravement discriminatoire des descriptions en question », et l'analyse de Th. Hochmann, *op. cit.*, p. 193, mettant en évidence « l'effet normatif de la description ».

¹³⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann e.a. c. Suisse*, 24 février 2015, §§ 60-61 (une personne filmée à son insu avait pu raisonnablement croire au caractère privé d'un entretien et s'être sentie légitimement leurrée par les requérants) ; arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 55 (propos « de nature à raviver des souffrances dans la population ») ; arrêt *Perincek c. Suisse*, 17 décembre 2013, § 129 (honneur et sentiments des descendants des victimes des atrocités remontant à 1915). Dans l'arrêt de Grande Chambre *Perincek c. Suisse* du 15 octobre 2015, la Cour axe sa motivation sur le respect de la dignité des Arméniens et celle de leurs ancêtres, liée au respect de l'identité d'une communauté bâtie autour de l'idée d'un génocide (§ 227). S'affirmant consciente de l'extrême sensibilité de la communauté arménienne à ce sujet (§§ 233 et 252), elle estime que les propos n'ont pas attenté à la dignité et à l'identité des Arméniens (§§ 253 et 280).

¹³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Feret c. Belgique*, précité, § 78.

¹³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Vona c. Hongrie*, 9 juillet 2013, § 69.

¹⁴⁰ Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Murphy c. Irlande*, précité, § 67.

¹⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, §§ 56-57 ; arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 64 ; arrêt *I. A. c. Turquie*, précité, §§ 30-31.

au respect de la sensibilité religieuse dans une société se traduit par la validation d'une appréciation extensive de l'offense, peu soucieuse de déterminer de manière concrète et rigoureuse l'impact effectif de l'expression en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce, des précautions prises ou du mode d'expression, bien que celui-ci puisse impliquer le choix de rencontrer une œuvre¹⁴². Elle se combine avec la difficulté de manier, dans le cadre de l'expression artistique¹⁴³, le critère de la contribution à un débat d'intérêt général, la gratuité de l'offense apparaissant en outre plus aisément dans une forme d'expression axée sur les représentations, les images ou les émotions: donner à imaginer ou à voir est par nature davantage propre à affecter un sentiment qu'une critique discursive et se prête plus difficilement à une justification.

La protection du sentiment religieux contraste avec la plus grande rigueur adoptée de manière générale, en matière d'incitation à la haine¹⁴⁴, ou d'atteinte

Voy. P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 441 et s. ; G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 417 et s. ; Fr. Rigaux, « La liberté d'expression et ses limites », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 401 et s. ; P. Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, année 1994 », *J.D.I.*, 1995, pp. 772 et s. ; J.-M. Larralde, « La liberté d'expression et le blasphème », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 725 et s. En revanche, la sanction prononcée en raison d'un traité contenant une vive critique de la religion, sans que soit caractérisée une offense gratuite, conduit à retenir la violation de l'article 10, bien que des croyants puissent se sentir offusqués: arrêt *Aydin Tatlav c. Turquie*, 11 avril 2006. Voy. M. Candela Soriano et A. Defossez, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion: analyse de la jurisprudence européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 817 et s.

¹⁴² Les précautions prises (Cour eur. dr. h., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, précité, § 54) ou proposées (arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, précité, §§ 62-63) pour présenter un film à un public averti de sa nature sont de nul effet. De même, l'impact restreint d'un roman n'est pas pris en compte dans l'arrêt *I. A. c. Turquie*, précité, et l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Cabral Barretto et Jungwiert. Un point essentiel est que la rencontre avec l'œuvre n'est point alors imposée, mais suppose un acte de volonté. Voy. les analyses critiques de P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression », *op. cit.*, spéc. p. 447 et de G. Haarscher, « Liberté d'expression, blasphème, racisme: essai d'analyse philosophique et comparée », in J. Allard, G. Haarscher, L. Hennebel et G. Lewkowicz (dir.), *Juger les droits de l'homme – Europe et États-Unis face à face*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 139 et s., spéc. p. 141.

¹⁴³ Voy. P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression », *op. cit.*, spéc. p. 444 ; C. Ruet, « L'expression par l'image au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », in P. Bloch (dir.), *Image et Droit*, l'Harmattan, Paris, 2002, pp. 33 et s., spéc. p. 52 ; « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 917 et s., spéc. p. 920.

¹⁴⁴ Prenant en compte la nature artistique de l'œuvre et l'impact limité d'une forme d'expression (roman): Cour eur. dr. h., arrêt *Alinak c. Turquie*, 29 mars 2005, §§ 41-45, à comparer avec arrêt *I. A. c. Turquie*, précité; voy. aussi arrêt *Vejdeland e.a. c. Suède*, 9 février 2012, § 56 (tracts imposés à des élèves – sensibles et impressionnables vu leur âge – en ayant été déposés dans leur casier).

portée à la sensibilité de groupes de personnes, notamment au sujet d'événements historiques¹⁴⁵, la Cour s'attachant alors à cerner précisément la mesure de l'offense en tenant dûment compte du contexte¹⁴⁶. Elle se différencie également du contrôle opéré en matière d'atteinte à la morale¹⁴⁷, domaine dans lequel est aussi affirmée l'impossibilité de dégager une conception uniforme. Aussi, un contrôle plus rigoureux, tenant notamment compte de ce que l'expression est ou non imposée à un destinataire, est-il souhaitable, tant au regard de l'importance fondamentale de la liberté d'expression, qui inclut l'expression choquante et doit prendre en compte la nature particulière des formes d'expression, que par comparaison.

2. Portée théorique générale

La prise en considération des sentiments affecte la conception de la norme, du consensus, et du sujet des droits de l'homme.

Les droits de l'homme ne sauraient être pensés sans prendre en compte les sensibilités et leur évolution, qui font partie intégrante du droit. Cette reconnaissance de l'importance de la sensibilité dans la formation de la norme ne peut être réduite à une approche compassionnelle. Lorsque la Cour énonce attribuer « de l'importance autant aux apparences qu'à la sensibilité accrue aux garanties d'une bonne justice »¹⁴⁸, cette affirmation illustre que la protection des droits de l'homme inclut la reconnaissance par le juge du point de vue des destinataires de la norme. Il est significatif que ce point de vue soit exprimé par le terme « sensibilité ». Les droits de l'homme engagent des valeurs qui peuvent être mises en relation avec des affects, dont la prise en considération produit des conséquences juridiques précises.

Elle participe cependant également d'un certain « flou » du droit. Ainsi, le consensus sur l'évolution des garanties en matière des droits de l'homme renvoie parfois à un consensus plus flou que celui établi par une convergence des normes. Il peut intégrer un consensus en formation en accueillant une « tendance internationale », qui laisse place à une appréciation plus ample et plus subjective du juge sur le caractère intolérable d'une situation¹⁴⁹, susceptible de poser difficulté au regard de l'exigence de sécurité juridique.

¹⁴⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015, §§ 252-253.

¹⁴⁶ Soulignant l'importance éminente du contexte: Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, précité, § 208.

¹⁴⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Müller e.a. c. Suisse*, 24 mai 1988, § 36.

¹⁴⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, § 140.

¹⁴⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, §§ 85, 90 et 93.

Le consensus – ou le dissensus – peut également consister dans le consensus interne à une société: il englobe non seulement des idées, mais aussi des sentiments ou des perceptions subjectives, auxquels le contrôle de la jurisprudence européenne cherche à donner leur juste place au regard des valeurs de la Convention, lorsqu’est en jeu l’exercice d’un droit (droit à la liberté d’expression, droit à la liberté de religion) dans le débat public ou l’espace public¹⁵⁰.

L’intégration au contrôle européen des sentiments ressentis lors des interactions sociales suppose que le sujet des droits de l’homme ne soit pas conçu comme un sujet isolé, un sujet « atome », mais un être en relation avec autrui, aussi bien par l’affectivité que par la rationalité. Cette relation unit sujet autonome et sujet vulnérable¹⁵¹. Les notions mêmes d’autonomie, de développement ou d’épanouissement personnel ne sont pas appréhendées seulement sous l’angle d’un « rapport de soi à soi », mais aussi sous l’angle de l’interaction avec autrui. L’identité personnelle se développe dans un processus de reconnaissance appelant une acceptation sociale, engageant des sentiments et des souffrances pris en considération et évalués par le juge¹⁵². Le titulaire des droits fait reconnaître son identité et exerce ses droits en ayant un spectateur, en la personne d’autrui et du juge. Cette intersubjectivité, qui participe du dynamisme des droits de l’homme, ne produit de conséquences juridiques qu’en étant solidement arrimée à une prise en compte du contexte objectif, tant factuel que normatif¹⁵³. La reconnaissance des sentiments, même considérés comme objectivement fondés, ne signifie pas leur primauté dans la pesée des intérêts, car elle trouve sa place au sein de la recherche plus générale d’un juste équilibre. Dans le cadre des articles 8 à 11, elle a par nature une portée relative. Elle peut cependant être corrélative de l’affirmation d’une valeur absolue: la mise en œuvre de l’article 3 de la Convention révèle que la reconnaissance d’une sensibilité commune accompagne celle de l’égalité dignité des êtres humains.

En conclusion, la capacité de ressentir des sentiments et de se représenter les sentiments d’autrui constitue une dimension de l’humanité, source d’in-

¹⁵⁰ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, §§ 120-122 ; G. Gonzalez et G. Haarscher, « Consécration jésuitique d’une exigence fondamentale de la société démocratique ? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2015, p. 219 ; C. Ruet, *Rev. dr. h.*, *Actualités Droits-Libertés*, 12 août 2014, <http://revdh.revues.org/862>.

¹⁵¹ C. Ruet, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2015, pp. 317 et s., spéc. p. 321.

¹⁵² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, §§ 77, 85, 90, 91 et 92.

¹⁵³ Ainsi, une crainte infondée de salariés à l’égard d’un collègue membre d’un groupe vulnérable est une simple « perception subjective » inassimilable à l’intérêt de l’entreprise : Cour eur. dr. h., arrêt *I.B. c. Grèce*, précité, § 88.

tersubjectivité, à laquelle la Cour européenne accorde une large place pour appréhender le sujet des droits de l'homme, et déterminer l'étendue de ses droits. Significative, notamment pour déterminer l'atteinte à la dignité et à l'humanité, sa portée est nécessairement limitée, contrastant avec celle qui lui est conférée dans la théorie des sentiments moraux, où l'accord des sentiments constitue une donnée¹⁵⁴ contribuant à la cohésion sociale. La valeur du pluralisme est essentielle à la société démocratique, induisant l'admission du choc des sensibilités dans le débat et l'espace publics, selon une mesure déterminée par les principes directeurs posés en jurisprudence, tels que la reconnaissance de responsabilités liées à l'exercice de la liberté d'expression et l'ample marge d'appréciation accordée aux États en matière d'atteinte aux sentiments religieux. Sur des questions fondamentales impliquant la sensibilité, le consensus sociétal est aujourd'hui à l'épreuve, la société démocratique offrant les moyens de résoudre ces conflits de manière pacifique, par des choix démocratiquement exercés dans le cadre du contrôle européen.

¹⁵⁴ Voy. J. Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale, op. cit.*, p. 94.