



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Séminaire

“L’articulation entre la Convention européenne des droits de l’homme et le droit de l’Union européenne : passé, présent et futur”

« Vivre ensemble » dans une société européenne polarisée

Loïc Azoulai

Strasbourg, 14 juin 2024

Je souhaiterais examiner la question du vivre ensemble dans la société européenne, telle qu'elle se pose dans le droit de la Convention et dans le droit de l'Union, posant l'hypothèse que cet examen est pertinent non seulement du point de vue de l'articulation formelle entre ces deux droits mais, plus généralement et plus profondément, du point de vue du rôle du droit et des juridictions européennes à l'ère de la polarisation sociale généralisée. Je le ferai brièvement et partiellement, laissant de côté les innombrables implications de l'immense thème du « vivre ensemble » dans le droit et hors du droit. Si j'ai choisi ce thème, c'est d'abord en raison de ce qui se passe *aujourd'hui* en Europe, une coïncidence troublante entre, d'une part, un état d'interdépendance économique, institutionnelle, technique, technologique et culturelle entre sociétés européenne d'une intensité sans doute jamais atteinte dans l'histoire de ces sociétés et, d'autre part, un état de polarisation tout aussi intense entre groupes sociaux au sein de ces sociétés, polarisation dépassant les simples conflits d'intérêts et d'opinions, touchant à notre rapport même à la réalité, dissension essentielle à propos de ce qui se passe et de ce qui est cause dans la société et dans le monde. Il serait aventureux de s'engager dans une étude des causalités engagées dans ce processus de coïncidence. Pareille étude nécessiterait de mobiliser, dans une étude véritablement multidisciplinaire, les sciences sociales et historiques. Il suffit de relever, comme juriste, la juridicisation croissante des formes de la polarisation, c'est-à-dire des conditions de notre coexistence et des conflits auxquels celle-ci ne cesse de donner lieu. Les scènes de cette juridicisation se multiplient partout et à tout propos. Elles se déroulent devant les tribunaux, et en particulier devant les Cours européennes lesquelles apparaissent aujourd'hui non seulement comme l'un des principaux canaux d'expression de la polarisation politique et sociale, mais tout aussi bien comme l'une de ses principales cibles.

Vivre ensemble

Si flou et problématique qu'il nous apparaisse aujourd'hui, le concept du « vivre ensemble », qui a surgi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par un arrêt de grande chambre *S.A.S. c. France* rendu il y a presque précisément dix ans (le 1^{er} juillet 2014), est le premier témoignage probant d'une montée de la polarisation dans l'arène juridictionnelle. L'affaire concerne l'adoption de la loi française de 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public qu'une requérante d'origine pakistanaise, se déclarant « *musulmane pratiquante* » et « *portant la burqa et le*

niqab afin d'être en accord avec sa foi, sa culture et ses convictions », considérait comme contraire aux articles 8 et 9 de la Convention. Dans cette affaire, la Cour choisit de soumettre les objectifs invoqués par le gouvernement français au titre de buts légitimes de la restriction des droits protégés par la Convention à « *un examen approfondi* ». Il en résultera que seul « *le respect des exigences minimales de la vie en société* », autrement dit le « *vivre ensemble* », est susceptible de justifier la loi contestée. La Cour admet que « *la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'Etat défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble* ». Justifiée dans son principe, cette interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public passe le test de proportionnalité dans la mesure où elle vise à « *garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité* ». Le vivre ensemble paraît ainsi relever d'une sorte de sociabilité naturelle : il procède du « *rôle important* » joué par le visage dans l'interaction sociale entre les individus. Mais il en va aussi, selon la Cour, d'un véritable « *choix de société* » propre à la société française, première occurrence d'une telle référence dans la jurisprudence de la Cour européenne (G. Gonzalez & G. Haarscher, « *Consécration jésuistique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique ? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne* », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015). Le concept de vivre ensemble naît à la fois comme forme de vie naturelle et comme mode culturel d'appartenance à un corps social.

C'est encore le concept de vivre ensemble qui apparaît en filigrane dans l'arrêt *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse* rendu le 10 janvier 2017. Il y est question de l'obligation pour les élèves du canton de Bâle-Ville de suivre des cours de natation mixtes à l'école. Cette obligation est jugée contraire à leurs convictions religieuses par deux parents de filles mineures, ressortissants suisses possédant également la nationalité turque et « *fervents pratiquants de la religion musulmane* ». L'affaire concerne des personnes parfaitement intégrées à la société suisse selon les propres standards de la jurisprudence de la Cour européenne : ces parents vivent en Suisse depuis de nombreuses années, ils y travaillent, y ont développé dans ce pays des liens culturels et sociaux, et ils parlent couramment le suisse-allemand. Cependant, il y a, à leurs propres yeux, le risque que l'État, en refusant l'expression de leurs croyances et pratiques religieuses, le pousse à entrer dans des « *sociétés parallèles* » susceptibles de se former en marge du corps social. Le Tribunal fédéral suisse y voit un risque de corruption du corps social. Il décide que les obligations scolaires doivent primer sur les commandements religieux. Il en va de « *l'intérêt public à l'éducation intégrale* », frappante mise en miroir de l'affaire du « *voile intégral* ». L'éducation intégrale désigne en fait une certaine fonction d'intégration sociale de l'éducation, qui doit permettre la mise en rapport de groupes minoritaires avec les mœurs, les opinions, les conventions majoritaires dans la société. La Cour européenne est du même avis : la mesure adoptée par le canton de Bâle-Ville « *visé tout particulièrement à protéger les élèves étrangers contre tout phénomène d'exclusion sociale* » ; elle est nécessaire en vue d'assurer aux enfants « *une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les mœurs et les coutumes locales* », lesquelles relèvent des « *besoins et traditions* » définis par chaque Etat. Là encore, considérations culturelles et nécessités naturelles se superposent dans la définition du vivre ensemble : ce qui se joue, c'est aussi bien l'intégration des groupes minoritaires aux mœurs locales d'une société nationale que la formation d'une communauté humaine par le fait d'interagir, d'apprendre ensemble et de pratiquer une activité physique en commun (S. Trotter, « *Living Together, Learning Together, and Swimming Together: Osmanoğlu and Kocabaş v Switzerland (2017) and the Construction of Collective Life* », *Human Rights Law Review*, 2018).

Ainsi que Jacques Derrida l'a pensé il y a également dix ans, le concept de vivre ensemble pose le problème de savoir si les individus sont sommés de « vivre ensemble » de la même façon et *selon l'ensemble*, sans possibilité de faire valoir leurs différences (J. Derrida, *Le dernier des Juifs*, 2014). Le traitement juste des individus minoritaires est l'aporie constitutive du vivre ensemble. Dans cette affaire, la manière qu'a la Cour européenne de résoudre l'aporie est typiquement procédurale : elle demande à l'État de mettre en place un cadre souple, ouvert aux exemptions et susceptibles d'accueillir les réclamations et les contestations. Le vivre ensemble suppose l'ouverture d'une possibilité d'entendre la voix des minoritaires et de les intégrer dans une conversation commune, au

sein d'une « société démocratique ». C'est de la même façon, il me semble, que la Cour opère à l'égard des groupes minoritaires. Elle l'a souligné dans l'affaire *Gorzelik et autres c/ Pologne*, arrêt de grande chambre du 17 février 2004 : « *une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale. Il est tout naturel, lorsqu'une société civile fonctionne correctement, que les citoyens participent dans une large mesure au processus démocratique par le biais d'associations au sein desquelles ils peuvent se rassembler avec d'autres et poursuivre de concert des buts communs* ». Les associations minoritaires et même celles qui ont des ambitions politiques sécessionnistes ne sont pas des menaces pour le lien social dans la mesure où le pluralisme est la condition même du lien social, pour autant cependant que ces associations acceptent, et sont mises en mesure, d'être parties prenantes à une conversation démocratique.

Société démocratique, Société européenne

Il n'y a pas à proprement parler de concept de vivre ensemble dans le droit de l'Union européenne, du moins selon sa conception originare. C'est que sa problématique d'origine est tout autre. Sa préoccupation principale n'est point l'individu ou le groupe *minoritaire*, mais le travailleur ou le citoyen européen *en mouvement*. Sa préoccupation, c'est de développer une conception de la coexistence portant sur l'ouverture des sociétés composant l'Union européenne. Le mouvement caractéristique du droit de l'Union est de faire de la société nationale un cadre d'appartenance qui travaille, de l'intérieur, à son propre élargissement et à sa compatibilité avec les autres nations européennes. Il confère aux citoyens européens la faculté de circuler et de trouver une place au sein des sociétés composant l'Union. Ceux-ci doivent pouvoir se représenter comme faisant partie d'un réseau social qui n'est pas strictement national. Le droit de l'Union organise, à cet effet, l'insertion des citoyens européens au sein des systèmes de socialisation et de protection organisés par l'Etat (marché, travail, éducation, protection sociale, justice, soins de santé). En ce sens, le droit de l'Union crée bien une forme de socialité élargie. Il comporte une idée d'intégration sociale, mais ce n'est point l'intégration au sens conventionnel du « vivre ensemble », s'agissant de l'interaction naturelle et de l'harmonie organisée entre groupes sociaux ; c'est l'intégration au sens de la prise en charge par l'Etat de la réalité des liens contractés par des citoyens européens se socialisant sur un plan transnational. Forme d'intégration qui génère par ailleurs sa propre aporie : ici, le risque n'est pas d'imposer l'autorité de l'ensemble au détriment de l'expression des différences ; c'est au contraire de favoriser l'expression des différences et des modes de désappartenance au détriment de l'exigence de cohésion sociale. À ce risque, la Cour de justice de l'Union a pris l'habitude de répondre par l'insertion d'une forme de conditionnalité morale : le citoyen européen ne jouit des droits de s'intégrer dans une société nationale que s'il démontre qu'il est capable d'adhérer au système des valeurs qui gouverne la vie sociale de l'État d'accueil (L. Azoulai, « Le sens du social dans le droit de l'Union européenne » *in Les frontières de l'Europe sociale*, 2018).

Le point de départ de ces deux droits est donc fort différent. Cependant, dans les derniers développements du droit de l'Union, l'on croit discerner un mouvement qui conduit à faire surgir le problème conventionnel du vivre ensemble au sein de ce droit. C'est le mouvement qui, à la suite des crises et des catastrophes affectant l'Europe (attaques terroristes, « crise migratoire », « crise de l'Etat de droit », changement climatique, pandémie mondiale, retour de la guerre sur le continent), conduit les institutions européennes à s'interroger sur la résilience et la cohésion des sociétés européennes. C'est le mouvement qui met l'Europe aux prises avec les « *conditions actuelles impérieuses* », ainsi que les appelle la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt récent *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/ Suisse* du 9 avril 2024. Ces conditions mettent en jeu rien moins que la reproduction matérielle et morale de nos sociétés. La manière qu'ont les institutions européennes de répondre à ces enjeux est de développer un nouveau discours autour de la transformation de l'Union européenne en « *une société résiliente* » et « *juste* » et autour de la défense des valeurs de l'Union et du « *mode de vie européen* ». Leur réponse se trouve principalement dans la confection de larges systèmes de règles : *Green Deal*, *Pact on Migration and Asylum* et, dans le domaine numérique, *DSA*, *DMA*, *AI Act*. Mais, dans ce contexte, le juriste se trouve retenu par une

autre singularité : l'introduction du concept de « société européenne » dans le droit de l'Union et dans la doctrine juridique européenne (A. von Bogdandy, *The Emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, 2024).

Le concept est exposé dans l'arrêt *Russia Today France c. Conseil* rendu par la grande chambre du Tribunal de l'Union le 27 juillet 2022, précisément dans le contexte de l'agression militaire russe en Ukraine. Le Conseil de l'Union avait décidé de suspendre les activités de médias sous contrôle de l'Etat russe sur le territoire européen. Cette action était justifiée par des « *intérêts publics qui visent à protéger la société européenne* ». Le Tribunal considère que, bien qu'elles emportent une restriction à la liberté d'expression, « *les mesures restrictives en cause, qui visaient des médias contrôlés par la Fédération de Russie se livrant à des actions de propagande en faveur de l'invasion militaire de l'Ukraine par celle-ci, étaient susceptibles de protéger l'ordre et la sécurité publics de l'Union et de préserver l'intégrité du débat démocratique au sein de la société européenne, la paix et la sécurité internationale* ». En d'autres termes, les fondements démocratiques de la société européenne doivent être défendus. Défense contre une menace qui est double : elle est à la fois géopolitique, ayant son origine dans les activités de médias qui se trouvent au service d'un Etat autoritaire hostile au mode de vie européen, et sociopolitique, dès lors que ces médias sont à l'origine d'une « *activité continue et concertée de désinformation et de manipulation des faits* », nourrissant la polarisation au sein des sociétés européennes. Cette menace touche bien au vivre ensemble en Europe. Selon le Tribunal, elle justifie une intervention autonome de l'Union européenne, « *intervention uniforme et immédiate sur l'ensemble du territoire de l'Union* ».

Le concept de société européenne dégagé par le droit de l'Union n'est pas très éloigné du concept classique de société démocratique développé par la Cour européenne des droits de l'homme. Les mêmes valeurs de liberté, de pluralisme et de tolérance sont convoquées. Il subsiste toutefois un écart. L'écart tient à la différence des époques de leur conception ; il tient également à la différence des contextes juridictionnels, qui sont distinctes en termes de procédure et de styles judiciaires. Le concept de société démocratique, nous savons d'où il vient : de l'après-guerre européen reconstituteur et antitotalitaire, de la lutte contre les persécutions et les discriminations, de la construction d'un Etat garant des libertés individuelles, notamment de la liberté d'expression et de la protection contre un Etat potentiellement oppresseur des individus et de la société civile. Le concept de société européenne procède d'un autre contexte : il émerge dans le droit de l'Union en tant qu'instrument de défense contre une série de menaces existentielles et, dans un contexte de fragilité et de fragmentation des sociétés européennes, en tant que justification d'un encadrement de la liberté d'information et d'expression. La « société démocratique », nous savons ce qu'il représente : une boussole axiologique et conceptuelle pour la Cour européenne ; et nous savons comment elle opère : une technique de contrôle de la proportionnalité des mesures étatiques affectant les droits fondamentaux, un cadre rationnel de conciliation entre les impératifs collectifs de la vie en société et la sauvegarde de l'autonomie personnelle des individus. La question est de savoir si ce cadre peut aider la « société européenne » à défendre et de maintenir.

Le cadre classique de la société démocratique est mis en œuvre d'une manière exemplaire dans un arrêt *Vajnai c/ Hongrie* rendu par la Cour européenne le 8 juillet 2008. L'affaire concerne le port de l'étoile rouge, emblème du mouvement ouvrier international, par un représentant d'un parti politique de gauche lors d'une manifestation organisée à Budapest en 2003. M. Vajnai est alors poursuivi au pénal pour port en public d'un emblème du totalitarisme. À l'époque des faits, la Cour constitutionnelle hongroise considère que « *le contexte historique* » et « *le sentiment de menace ou de peur en raison des souffrances que le peuple – notamment les diverses communautés qui le composent – a concrètement endurées dans le passé* » constituent des critères de jugement à part entière. Il en résulte, selon elle, que la mesure pénale d'interdiction de l'exhibition de ce symbole en public, « *ayant effectivement pour but de protéger la société démocratique* », n'était pas contraire à la Constitution. La Cour européenne raisonne autrement. Elle admet que, dans la société hongroise marquée dans le passé par la férule du régime communiste, le port d'un tel symbole « *puisse causer*

un malaise aux victimes de ceux-ci et à leurs familles ». Cependant, « *de tels sentiments, aussi compréhensibles soient-ils, ne sauraient à eux seuls circonscrire la liberté d'expression* » : c'est que, compte tenu des assurances données par l'État aux victimes du communisme, « *ces craintes ne sauraient être considérées comme rationnelles* ». Et voici le passage qui est, à mes yeux, le plus significatif : « *Les sentiments populaires – qu'ils soient raisonnés ou non – ne sauraient passer pour répondre aux besoins sociaux impérieux reconnus dans une société démocratique, qui doit demeurer raisonnable dans son jugement* ». Il y a sans une raison à ces sentiments. Mais, dans une société démocratique européenne, les passions historiques et la guerre des mémoires cèdent devant les besoins sociaux et l'agir en commun rationnel.

Le problème est de savoir si ce cadre continue à opérer alors que le concept de société européenne naît d'un contexte différent où, ayant surmonté les passions historiques du continent, le droit européen se trouve en proie à de puissantes passions sociales (la peur, l'anxiété, la défiance, le ressentiment, la colère), à la multiplication des sources d'insécurité existentielle (la crainte du déclassement, du remplacement, de l'anéantissement) et à la prolifération des foyers de polarisation (sur les réseaux sociaux, dans les médias, dans l'espace politique). Dans ce contexte, certains sentiments collectifs apparaissent comme rationnels (la peur du changement climatique, du retour de la guerre, la passion de la défense du territoire, l'angoisse liée à la reconfiguration numérique, la crainte de la montée du séparatisme dans la société). Or, ces sentiments donnent lieu à des revendications identitaires provenant de groupes qui s'opposent et ne transigent pas : il y a polarisation. Le droit lui-même et ses interprètes authentiques, les juges, se trouvent dès lors contestés, accusés d'être responsables des conditions catastrophiques actuelles et incapables de répondre aux sentiments de perte qui en découlent au sein des sociétés (perte de milieu de vie, de mode de vie, de position sociale, de contrôle, de place dans le monde). Il importe dès lors au plus haut point de savoir quel rôle le droit et les Cours européennes sont susceptibles de jouer pour résister à la polarisation. L'enjeu est de proposer non pas un *savoir* du vivre ensemble (des règles et des préceptes) mais un *cadre* qui permette de s'acheminer vers la paix sociale.

Il me semble que, ces dernières années et ces derniers mois, la Cour européenne des droits de l'homme cherche à esquisser un tel chemin. J'en donnerai deux exemples saillants. Le premier est tiré de l'arrêt *H.F et autres c. France*, rendu par la grande chambre le 14 septembre 2022. L'affaire porte sur le problème sensible du rapatriement des épouses et des enfants de djihadistes européens détenus dans des camps kurdes du nord-est de la Syrie. La Cour établit le lien juridictionnel avec cette situation non sous l'angle non de l'article 3 de la Convention mais sous celui de l'article 3 du Protocole n° 4 qui interdit l'expulsion d'un individu du territoire dont il est le ressortissant et lui reconnaît le droit d'entrer sur le territoire. Elle admet que, dans un monde où « *la mobilité internationale n'a cessé de s'intensifier, dans un monde de plus interconnecté, où de nombreux ressortissants s'installent et voyagent à l'étranger* », les États sont confrontés à « *nouveaux défis en termes de sécurité et de défense* ». Le terrorisme international et les menaces contre la sécurité nationale nourrissent des sentiments légitimes de crainte dans l'opinion publique. Dans ces conditions, si le droit d'entrée des ressortissants nationaux est bien garanti, il ne crée pas, d'une part, de « *droit absolu à demeurer sur le territoire national* » et il ne garantit pas, d'autre part, un droit général au rapatriement. En revanche, afin d'éviter de réduire ces ressortissants nationaux à la condition d'« *exilé* », le refus de rapatrier doit faire l'objet d'un processus décisionnel entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire : la décision doit être soumise à « *une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant* ». Accepter de vivre avec nos « *ennemis* » (des personnes perçues comme tels) passe par le fait de renouer avec la conversation démocratique tout en l'élargissant : donner une voix aux proches des exilés dans le processus de décision.

Comment vivre ensemble avec le vivant (menacé de disparition) ? C'est la question qui était posée dans les trois affaires sur le climat récemment jugées par la Cour, notamment l'affaire des Aînées pour le climat sur laquelle la Cour s'est prononcée dans le fameux arrêt *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* rendu le 9 avril 2024. Dans cette affaire, la Cour se montre

remarquablement consciente des enjeux existentiels posés par le changement climatique et des conflits de base qui en résultent : il y a lieu d'élaborer « *une approche plus adéquate et adaptée des différentes questions que peut soulever le changement climatique au regard de la Convention* ». La prise de conscience des problèmes existentiels et le traitement des conflits sociaux de base qui en découlent, voilà ce qui semble devoir définir le droit de la société européenne à venir. L'essentiel de la démarche de la Cour consiste à donner une voix aux représentants associatifs des personnes touchées (dans leur vie privée, familiale et sociale) par le phénomène climatique et d'encourager les juridictions nationales à les écouter. Dans cette affaire, la Cour va même un peu plus loin : elle exige que l'État mette en place un processus décisionnel entouré de garanties procédurales et qu'il instaure un cadre législatif et réglementaire transparent et cohérent fixant les mesures d'adaptation visant à amoindrir les conséquences du changement climatique. Ainsi s'efforce-t-elle de faire entrer le climat dans le cadre de la société démocratique. Il s'agit de rendre celle-ci plus sensible à ce qui doit compter pour nous, en Europe. Toutefois, de même que dans le cas *H.F. et autres c/ France* elle n'allait pas jusqu'à se prononcer sur la place que doivent occuper les exilés dans la société nationale, elle ne va pas ici jusqu'à considérer la part que les émissions carbone doivent occuper sur le sol national. Cela relève de la discrétion des autorités nationales.

Donner une voix à qui la réclament passionnément dans la société est essentiel pour cohabiter. Est-ce suffisant ? Il est de plus en plus de cas où ce qui se joue, ce qui est réclamé, ce n'est pas simplement une voix mais une place dans la société, dans un contexte de « lutte des places » et de forte inquiétude sur la perte de sa propre place, que ce soit du fait d'un déclassement perçu ou d'un fantasmagorique « remplacement ». Au-delà des problèmes du terrorisme international et du changement climatique et de bien d'autres qui menacent le « vivre ensemble » aujourd'hui (la révolution numérique, la crise de l'État de droit, les inégalités et les discriminations, la surveillance de masse), je voudrais m'arrêter sur deux questions qui, de façon plus aiguë encore, mettent la coexistence sociale à l'épreuve : la question de l'admission des migrants dans nos sociétés et la question de la place des groupes religieux minoritaires. Sur ces deux questions, bien qu'elles se posent différemment dans les deux droits, il est possible de comparer brièvement les démarches des deux Cours.

Vivre ensemble avec les migrants

La nature du problème de l'immigration a changé ces dernières années en Europe. Il ne se pose plus simplement comme un problème d'intégration économique, sociale et culturelle dans des sociétés qui sont, pour les immigrés, les sociétés d'Etats postcoloniaux. Le problème qui se pose aujourd'hui est de savoir comment cohabiter avec des migrants provenant du « Sud global », perçus alternativement et parfois indistinctement comme vulnérables et indésirables, et qui se trouvent placés, en Europe, dans des espaces géographiques et juridiques indéterminés. Comparons les démarches des deux Cours à leur égard.

L'arrêt *M.A.* rendu par la Cour de justice de l'Union le 30 juin 2022 concerne le phénomène dit d'instrumentalisation des migrants par des puissances étrangères (« *weaponisation of migration* »). *M.A.* est un ressortissant syrien entré irrégulièrement sur le territoire depuis la Biélorussie. Arrêté en Pologne alors qu'il se rendait en Allemagne à bord d'un minibus de migrants affrété par des « passeurs », il a été renvoyé en Lituanie par les autorités polonaises. Il est placé en rétention au centre de des étrangers de Kybartai. Ce placement est fondé sur un amendement apporté en août 2021 à la loi relative au statut des étrangers au mois en vue de répondre « *à une situation d'urgence en raison d'un afflux massif d'étrangers* ». À plusieurs reprises, devant l'administration puis devant les juges saisis pour son placement en rétention, *M.A.* tente de former une demande de protection internationale. Celle-ci est rejetée au motif qu'elle n'a pas été déposée aux points de contrôle frontaliers ou dans les zones de transit. Était notamment en cause dans cette affaire la légalité du placement en rétention. Selon la Cour, il n'est pas douteux qu'il y a privation de liberté. Le contexte exceptionnel mis en avant par le gouvernement, « *représenté par l'afflux massif d'étrangers en*

provenance de la Biélorussie » et par un pays qui mène à l'Union une « *guerre hybride* », n'est pas de nature à justifier une privation de la liberté. Il n'a pas pour effet de faire en sorte qu'un ressortissant ayant franchi irrégulièrement les frontières puisse être considéré comme une menace pour l'ordre public et la sécurité nationale. Cependant, il importe de noter que la Cour ne s'arrête pas là : elle ajoute qu'il est néanmoins possible de considérer qu'un demandeur d'asile est susceptible de constituer une menace « *en raison de circonstances spécifiques, démontrant la dangerosité de celui-ci, s'ajoutant au caractère irrégulier de ce séjour* ».

Dans cet arrêt, la Cour rejette clairement toute politique qui consiste à réduire le phénomène de l'immigration à une menace géopolitique qui doit être, en tant que telle, criminalisée. Cependant, elle accepte l'idée qu'il y a des individus dangereux aux frontières et que, parmi ceux-ci, il y a notamment des migrants. Dans l'affaire *ADDE et autres (associations de défense des droits des étrangers)* jugée le 22 septembre 2023 et portant cette fois sur les frontières intérieures, le même schéma se répète : l'entrée irrégulière ne saurait être regardée comme une menace pour la société. Cependant, la Cour admet que l'entrée irrégulière ne va pas sans danger. Celui-ci se loge dans des délits clairement identifiés et, précisément, dans les zones frontalières où il existe des risques particuliers en matière de criminalité. Ainsi l'hostilité politique envers les migrants est en quelque sorte détournée : rien ne justifie de les criminaliser ou de les renvoyer dans les limbes, dans des espaces de non-droit ; mais l'on peut admettre que l'État mette en place un régime spécial de protection de l'ordre social localisés aux frontières. La Cour de justice mise sur la « *défense sociale* » plutôt que sur la « *défense territoriale* ».

À l'égard des migrants présents sur le territoire européen, la jurisprudence de la Cour s'organise autour de l'idée d'une coexistence fondée sur la satisfaction de leurs besoins élémentaires (CJUE, 12 novembre 2019, *Haqbin*). Mais cette communauté de besoins ne conduit pas à une inclusion. La jurisprudence trahit également l'idée d'une séparation interne à la société, de nature essentiellement culturelle (plutôt que raciale ou ethnique) : les migrants ont des types d'interaction et des attitudes qui les maintiennent à l'écart du reste de la population (CJUE, 4 juin 2015, *P et S* ; CJUE, 6 juillet 2023, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*). Ainsi leur présence dans la société est associée à « *l'apparition de foyers de tensions sociales* » qu'il s'agit à tout prix d'éviter (CJUE, 1^{er} mars 2016, *Alo et Osso*). Cela peut justifier les mesures de répartition des migrants sur le territoire national, des mesures de séparation d'avec les autres migrants (CJUE, 1^{er} août 2022, *T.O.*), et cela justifie que leur soient imposées des obligations d'apprentissage de la langue et des mœurs de la société d'accueil (CJUE, 9 juillet 2015, *K et A*). En outre, comme elle envisage la séparation du point de vue de la société dans son ensemble, la Cour de justice a le plus grand mal à percevoir les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique (CJUE, 10 juin 2021, *KV*).

Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme, la perspective est différente. L'affaire *N.D. et N.T. c. Espagne* jugée par la grande chambre le 13 février 2020 offre un bon point de comparaison s'agissant du traitement des migrants aux frontières terrestres. Deux migrants, un ressortissant malien et un ressortissant ivoirien, avaient tenté de passer, avec un groupe composée d'environ 200 personnes, les clôtures d'enceinte qui séparent les territoires espagnol et marocain dans l'enclave de Melilla. Appréhendés par les gardes-frontières espagnols, ils furent ramenés au Maroc et remis aux autorités marocaines, sans avoir fait l'objet d'une procédure d'identification ou d'examen de leur situation. Devant la Cour, ils invoquaient une violation de l'article 4 du Protocole additionnel n° 4 de la Convention qui interdit les expulsions collectives. Dans son arrêt, la Cour montre qu'elle a clairement conscience des « *difficultés considérables* » que rencontrent les États situés aux frontières extérieures de l'espace Schengen pour faire face à la pression migratoire et, plus généralement, des « *défis auxquels doivent faire les États européens dans le domaine de la gestion de l'immigration, dus au contexte de la crise économique et aux récentes mutations sociales et politiques ayant touché tout particulièrement certaines régions d'Afrique et du Moyen-Orient* ». À l'instar de la Cour de justice, elle refuse que ce contexte aboutisse à « *la consécration d'un espace de non-droit* » : la Convention s'applique aux frontières et doit y être respectée. D'autre part, elle insiste pour que les

États mettent en place des voies d'accès réelles et effectives à des points de passage établis, où les besoins de base migrants doivent être pris en charge et où ils doivent être en mesure d'exposer leurs arguments s'opposant à une expulsion. Cependant, elle admet que le comportement de personnes qui franchissent irrégulièrement la frontière peut constituer une menace à la sécurité publique qui justifie, en tant que tel, de les priver de la protection procédurale contre les expulsions collectives. Dans le cas où le danger vient de ces personnes elles-mêmes, l'État doit être en mesure de se défendre contre « *l'effet de masse* », « *le recours à la force* » et « *des désordres manifestement difficiles à maîtriser* ». La perspective de la Cour européenne est classiquement celle d'une défense de l'intégrité territoriale. Perspective déjà inscrite dans son premier grand arrêt en matière migratoire, arrêt de plénière *Abdulaziz c. Royaume-Uni* rendu le 28 mai 1985 : en matière d'immigration, les États ont le droit de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. Aux frontières, si la Cour de justice a une appréhension plutôt sociétale de l'immigration, la Cour européenne en a une appréhension classiquement territoriale.

À l'intérieur du territoire, la Cour européenne est attentive, comme l'est Cour de justice, aux besoins essentiels des demandeurs d'asile et des étrangers en situation irrégulière (CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique*). Elle applique aux étrangers installés en Europe et soumis à une mesure d'expulsion une analyse fondée non pas simplement sur l'intégration sociale et familiale dans la société d'accueil mais, en outre, sur la quantité et la qualité des liens avec le pays d'accueil *dans leur rapport* avec les liens contractés avec le pays d'origine (CEDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse* ; CEDH, 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*). Ici, la séparation n'est pas interne à la société ; elle passe entre appartenance à la nation et appartenance à un pays étranger. Cela n'exclut pas la coexistence. Mais coexister suppose de co-appartenir. La démarche de la Cour consiste dès lors à offrir aux étrangers la possibilité procédurale de démontrer une appartenance à une nation européenne (par la vie familiale, sociale ou par une demande de naturalisation) et à lutter, sur le territoire européen, contre les discriminations et les préjugés racialisés ou ethnocistes (CEDH, 9 juillet 2021, *M.A. c. Danemark* ; CEDH, 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*).

Les deux jurisprudences suggèrent qu'il faut bien vivre ensemble avec les migrants. Il le faut. Toutes deux refusent l'exclusion et la stigmatisation. Mais, s'il le faut bien, cela ne signifie pas que la cohabitation soit naturelle ou fraternelle. À cet égard, les solutions des deux Cours sont proches, mais leurs perspectives divergent. Selon la perspective de la Cour de justice, la cohabitation signifie la paix sociale et le problème est alors de conjurer les tensions et les conflits auxquels les migrants exposent l'ordre social. Suivant la perspective de la Cour européenne des droits de l'homme, la coexistence est dans la co-appartenance et le problème est alors de lutter contre les désordres aux frontières et les phénomènes de désaffiliation par rapport à la communauté nationale.

Vivre ensemble avec les Juifs et les Musulmans

Depuis quelques années, les Cours européennes sont devenues des instances d'arbitrage des conflits portant sur la place des religions minoritaires dans les sociétés européennes. Classiquement, ces conflits sont traités dans le cadre de l'article 9 de la Convention, reproduit à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme y voit un problème d'équilibre entre respect de la liberté religieuse des intéressés et protection de l'ordre public. Cette recherche d'équilibre repose sur deux axiomes dont la fragilité apparaît plus clairement aujourd'hui : d'une part, l'idée que la liberté religieuse, même dans ses manifestations extérieures, relève de l'ordre limité des préférences privées ; d'autre part, l'idée que la protection de l'ordre public correspond à une exigence de neutralité appliquée strictement mais uniquement aux organes étatiques. Or, d'un côté, la religion est vécue aujourd'hui par certains groupes comme les Juifs et les Musulmans comme engageant leur vie entière, tant au niveau de leurs actions, de leurs pratiques et des normes à suivre : ce n'est pas seulement de l'ordre de la croyance privée ; de l'autre côté, de nombreux États européens ont entrepris d'étendre l'exigence de neutralité de l'État à l'ensemble de la vie sociale : la neutralité ne concerne plus uniquement les organes de l'État mais l'espace public

dans son ensemble, et elle impose une attitude de modération aux groupes religieux dans leurs attitudes privées. Il en résulte, du côté du groupe majoritaire, la perception partagée d'une forme de séparatisme religieux par rapport à la règle commune et à la vie en commun ; du côté des groupes minoritaires, le sentiment d'une identité religieuse attaquée, blessée. C'est avec ces données polarisées que les Cours européennes doivent composer. La question est de savoir si le cadre classique de la recherche d'équilibre est suffisant. Confrontées à ces données, les Cours semblent chercher de nouvelles bases objectives de jugement.

Une affaire récente portée à la fois devant la Cour de justice et la Cour européenne nous donne l'occasion de la comparaison. C'est l'affaire de l'encadrement de l'abattage rituel des animaux destinés à la consommation. En 2017, le gouvernement flamand de Belgique, suivi un an plus tard par le gouvernement wallon, a décidé d'interdire l'abattage rituel d'animaux sans étourdissement préalable, au nom de la protection du bien-être animal. Or, en vertu de rites juif et musulman, il est interdit de faire précéder l'abattage d'un étourdissement de l'animal. La Cour de justice est la première des deux Cours à juger l'affaire. Dans son arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België, Unie Moskeeën Antwerpen et autres* rendu en grande chambre le 17 décembre 2020, elle se place du côté du gouvernement. Elle considère que « le prescrit de l'article 13 TFUE », qui pose le principe de l'intégration du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles dans toutes les politiques et actions de l'Union, a vocation à l'emporter sur « les préceptes religieux juifs et islamiques ». Trois arguments essentiels sont mobilisés à cet effet. En premier lieu, le bien-être animal est reconnu en tant que « valeur de l'Union », valeur « à laquelle les sociétés démocratiques contemporaines attachent une importance accrue ». En second lieu, adoptant l'esprit de subsidiarité cher à la Cour européenne des droits de l'homme, il convient de tenir compte des « perceptions nationales » et du « contexte social propre à chaque État membre » qui demande en l'espèce une protection des animaux plus poussée. En dernier lieu, il importe de s'appuyer sur la formation d'un « consensus scientifique » qui considère que l'étourdissement préalable constitue le moyen optimal pour réduire la souffrance de l'animal au moment de sa mise à mort. Les valeurs libérales, l'état de l'opinion, la science : ce sont trois éléments typiques de la conscience moderne des Européens, et ce sont trois éléments qui font l'objet d'attaques récurrentes dans nos sociétés polarisées. Ils constituent, aux yeux de la Cour, la base objective pour dépasser le conflit et pacifier la société en faveur de l'étourdissement préalable. En tout état de cause, rappelle la Cour, Juifs et Musulmans auront toujours le loisir d'importer des produits provenant d'animaux abattus rituellement depuis un autre État membre ou même un État tiers à l'Europe. En d'autres termes, leur persistance en Europe n'est pas menacée. Cela suppose toutefois que ces communautés se plient au « mode de vie européen », dont elles se trouvent cependant, de ce fait, symboliquement, aliénées, c'est-à-dire à la fois séparées et soumises.

La même affaire est parvenue à la Cour européenne des droits de l'homme. Le 13 février 2024, elle a rendu un arrêt *Executief van de Moslims van België et autres c. Belgique*. Elle y adopte une solution semblable à celle de la Cour de justice et semble se ranger au même raisonnement : on y trouve la référence au bien-être animal comme « valeur communautaire » et « valeur morale », l'importance du « choix de société » et le renvoi au « consensus scientifique ». S'il y a une spécificité dans la démarche de la Cour européenne, c'est l'accent mis sur la subsidiarité institutionnelle : la Cour rappelle qu'un double contrôle a précédé le sien, celui de la Cour constitutionnelle belge et celui de la Cour de justice de l'Union, et elle insiste sur le fait que les législateurs flamand et wallon ont procédé à toutes les études préalables nécessaires avant d'adopter leurs décrets : « l'interdiction litigieuse contenue dans les deux décrets litigieux procède d'un choix délibérément posé par des législateurs fédérés au terme d'un processus parlementaire mûrement réfléchi ». Ainsi elle fait le choix de la marge d'appréciation octroyée à l'État. Ce faisant, inévitablement, le mode d'appréhension de leur situation par les croyants et les autorités religieuses est écarté. Le savoir et la norme de l'État l'emportent sur le savoir et la norme religieuse. Par son approche, la jurisprudence de la Cour de justice délimite la place des croyants dans la société européenne ; en vue d'assurer le même objectif de coexistence, celle de la Cour européenne circonscrit leur voix.

Nous étions partis de la jurisprudence de la Cour européenne sur le voile islamique. Revenons brièvement à cette question pour conclure. Dans ses arrêts portant sur l'interdiction du port du voile islamique dans les entreprises, la Cour de justice applique le droit de l'Union de lutte contre les discriminations d'une manière qui refuse, en principe, de considérer que ces interdictions, pour autant qu'elles revêtent une portée générale, sont constitutives d'une discrimination directe à l'encontre des intéressées. Il s'agit, à ses yeux, de discrimination indirecte fondée sur la religion susceptible d'être justifiée « *en présence d'un besoin véritable de l'employeur* ». Ce besoin est défini par référence aux « *attentes légitimes des clients et des usagers* » et par rapport à la liberté de l'employeur de mener une « *politique de neutralité* ». Mais il y a plus : une mesure d'interdiction générale est également justifiée, peut-être surtout, par « *l'objectif d'éviter des conflits sociaux au sein de l'entreprise, en particulier compte tenu de l'existence de tensions survenues par le passé en relation avec des convictions politiques, philosophiques ou religieuses* » (CJUE, 15 juillet 2021, *WABE e.a.*). Dans ses manifestations, la pratique religieuse est envisagée comme facteur de trouble social. On reconnaît là un motif puissant dans cette jurisprudence, qui se dégageait déjà des affaires en matière migratoire : prévenir l'apparition de conflits, éviter les foyers de tensions sociales. La Cour montre ainsi ce qu'elle recherche à travers sa jurisprudence : la paix sociale, le vivre-ensemble. Mais c'est une conception du vivre ensemble qui opère sous la menace constante des tensions et des désordres sociaux ; dès lors, elle cherche à prévenir les conflits et, de ce fait, elle est conduite à privilégier la totalité de cohésion ou d'homogénéité sociale au détriment de l'expression des différences et des groupes minoritaires.

Il y a, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'idée-force et récurrente que « *l'apparition de tensions est une conséquence inévitable du pluralisme, c'est-à-dire du libre débat sur toute idée politique. Dans ce cas, le rôle des autorités en pareilles circonstances ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes politiques concurrents se tolèrent les uns les autres* ». La vie démocratique implique l'expression d'idées et d'idéaux qui sont « *susceptibles d'offenser, de choquer ou de déranger* », pour autant que cela n'implique pas d'actes de violence. Cette idée appartient à sa jurisprudence sur le rôle démocratique des associations, des groupes politiques et des minorités ethniques, sexuelles et religieuses. Mais cela vaut tout aussi bien s'agissant de la place des individus et des groupes dans la vie sociale. Cela rappelle les mots de Beccaria, cités par Justine Lacroix dans un ouvrage récent sur l'enjeu démocratique en Europe : « *il est impossible de prévenir tous les désordres dans le combat universel des passions humaines* » (J. Lacroix, *Les valeurs de l'Europe, un enjeu démocratique*, 2024). Tâche impossible et, si le droit se met au service de cet objectif impossible, entreprise dangereuse pour les libertés. La Cour de justice de l'Union gagnerait assurément à pleinement intégrer cette idée démocratique à l'intérieur de sa jurisprudence visant la pacification sociale. Mais j'ajouterais, d'une manière croisée, que la Cour européenne des droits de l'homme gagnerait à incorporer le souci de la paix sociale et les nouveaux tourments existentiels de la société européenne au sein de sa jurisprudence essentiellement axée sur l'expression des voix démocratiques. C'est dans un tel croisement des perspectives que se trouvent peut-être les linéaments d'une pensée juridique européenne du vivre ensemble plus complète et mieux adaptée aux conditions de nos sociétés polarisées.