HAL
open science

Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Louis-Marie Le Rouzic

To cite this version:

Louis-Marie Le Rouzic. Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Droit. Université de Bordeaux, 2014. Français. NNT : 2014BORD0259 . tel-01249583

HAL Id: tel-01249583

https://theses.hal.science/tel-01249583

Submitted on 4 Jan 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE PRESENTEE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPECIALITE DROIT PUBLIC

PAR **Louis-Marie LE ROUZIC**

LE DROIT A L'INSTRUCTION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Sous la direction de : M. le Professeur David SZYMCZAK

Soutenue le 1er décembre 2014
Mise à jour au 9 décembre 2014

Membres du jury :

Monsieur Jean-Paul COSTA,

Conseiller d'Etat honoraire, Ancien Président de la Cour européenne des droits de l'Homme

Monsieur Gérard GONZALEZ,

Professeur à l'Université Montpellier I, ***rapporteur***

Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD,

Professeur à l'Université de Limoges, ***rapporteur***

Monsieur Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN,

Professeur à l'Université de Bordeaux

Monsieur David SZYMCZAK,

Professeur à l'I.E.P. de Bordeaux, ***directeur de thèse***

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

L'écriture de cette thèse restera à jamais un moment particulier. Si elle a été rythmée par des instants de doutes et d'enthousiasme, elle m'a également donné l'occasion de rencontrer des personnes de grande valeur. Qu'elles trouvent dans ces quelques lignes le témoignage de ma profonde affection.

Je tiens tout d'abord à présenter mes remerciements les plus sincères à Monsieur le Professeur David Szymczak pour ses précieux conseils et sa bienveillance à mon égard. Monsieur le Professeur, je vous remercie de m'avoir accompagné et de m'avoir fait grandir tout au long de ces années de recherche.

J'adresse mes sentiments émus à ceux qui ont eu la patience de corriger ce travail. Charles et Carolina, sachez que je suis fier d'avoir votre amitié et que ce travail n'aurait pas été le même sans votre aide. Je vous serai toujours reconnaissant.

Je tiens également à exprimer mes plus sincères pensées à ceux qui ont accepté d'apporter leur regard sur ce travail. Clément, Damien, Julien, Marion, Pierre-François, Sarah et Vincent, votre disponibilité et votre amitié m'ont aidé durant l'accomplissement de ce travail.

Merci à ce petit cerccle d'amis : Anna, Jean-Philippe, Léa, Pauline, Pierre, pour avoir consacré de votre temps pour la finition de ce travail.

Merci à celles et ceux qui ont toujours eu la gentillesse et l'amitié de répondre à mes interrogations et d'avoir levé mes doutes. Catherine, Florian, Hugo, Sébastien, merci.

Je souhaite également remercier les secrétaires du C.R.D.E.I. et du C.E.R.C.C.L.E.. Dominique, Florence, Martine, je vous remercie pour votre sourire et votre présence réconfortante.

Ma reconnaissance va aussi à mes parents. Vous m'avez toujours soutenu dans les bons, comme dans les moments les plus délicats. Vous m'avez toujours encouragé à suivre le chemin que je voulais emprunter. Pour tout, et encore plus, je vous remercie.

Enfin, mes pensées amicales vont également à ceux qui, à un titre ou à un autre, ont contribué à l'achèvement de ce travail.

A mes parents

A mon frère

A ma famille

SOMMAIRE

PARTIE 1

LA GARANTIE D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

TITRE 1 **L'EGALITE FORMELLE, OUTIL PRINCIPAL D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION : LE RECOURS UTILE AUX OBLIGATIONS POSITIVES**

Chapitre 1 L'identification des obligations positives assurant le respect d'un droit universel à l'instruction

Chapitre 2 La mise en œuvre des obligations positives assurant le respect d'un droit universel à l'instruction

TITRE 2 **L'EGALITE REELLE, OUTIL ACCESSOIRE D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION : LE RECOURS MESURE A LA DIFFERENCE DE TRAITEMENT**

Chapitre 1 L'introduction d'une différence de traitement au service d'un droit universel à l'instruction

Chapitre 2 Une différence de traitement soumise au contrôle de proportionnalité

PARTIE 2

LA GARANTIE D'UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

TITRE 1 **UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITE DANS LES ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PUBLICS**

Chapitre 1 Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité des autorités étatiques dans les établissements d'enseignement publics

Chapitre 2 Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité des usagers dans les établissements d'enseignement publics

TITRE 2 **UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITE DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT**

Chapitre 1 Un droit à une instruction pluraliste garanti par l'Etat lors de la définition et l'aménagement des programmes d'enseignement

Chapitre 2 Un droit à une instruction pluraliste garanti par les parents lors de la mise en œuvre des programmes d'enseignement

ABREVIATIONS

§, §§	Paragraphe, paragraphes
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
A.I.J.C.	Annuaire international de justice constitutionnelle
A.J.D.A.	Actualité juridique. Droit administratif
A.N.R.T.	Atelier national de reproduction des thèses
B.O.	Bulletin officiel
B.O.E.	Boletin oficial del Estado
B.O.P.V.	Boletin oficial del Pais Vasco
BVerfGE	Cour constitutionnelle allemande
CAHROM	Comité ad hoc d'experts sur les questions roms
C.C.	Conseil constitutionnel
C.C.C.	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
C.D.E.	Cahiers de droit européen
C.E.	Conseil d'Etat
C.E., Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
C.E.D.S.	Comité européen des droits sociaux
C.E.D.H.	Convention européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
C.I.E.P.	Centre international d'études pédagogiques
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
Coll.	collection
Com.D.H.	Comité des droits de l'Homme
Comm. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'Homme
Cons.	Considérant
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'Homme
C.R.D.F.	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
C.R.E.D.O.F.	Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
D.A.	Droit administratif
dactyl.	Dactylographiée
dir.	direction
E.C.R.I.	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
Fasc.	fascicule
G.D.C.C.E.	Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes
Gde Chbre	Grande Chambre
H.C.I.	Haut conseil à l'intégration
Ibid.	Ibidem
I.D.E.D.H.	Institut de droit européen des droits de l'Homme
I.I.D.H.	Institut international des droits de l'Homme
Jcl.	JurisClasseur
J.C.P. A.	La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales
J.C.P. G.	La semaine juridique. Edition générale
J.D.E.	Journal de droit européen

J.D.I.	Journal du droit international
J.E.D.H.	Journal européen des droits de l'Homme
J.O.	Journal officiel
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A.	Les petites affiches
n°	numéro
obs.	observations
O.C.D.E.	Organisation de coopération et de développement économiques
p., pp.	page, pages
préc.	précité
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.G.	Presses universitaires de Grenoble
P.U.R.	Presses universitaires de Rouen
R.A.E. - L.A.E.	Revue des affaires européennes
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.D.H.	Revue des droits de l'Homme
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.L.F.	Revue des droits et libertés fondamentaux
Rec.	Recueil Lebon – Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux, et du Tribunal de conflits
req.	requète
R.F.A.P.	Revue française d'administration publique
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.R.J.	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'Homme
spéc.	spécialement
S.T.C.E.	Série des traités du Conseil de l'Europe
S.T.E.	Série des traités européens
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
T.L.F.I.	Trésor de la langue française informatisé
U.N.E.S.C.O.	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
Vol.	Volume

« *Offrir à tous les individus de l'espèce humaine les moyens de pourvoir à leurs besoins, d'assurer leur bien être, de connaître et d'exercer leurs droits, d'entendre et de remplir leurs devoirs ; assurer à chacun la facilité de perfectionner son industrie, de se rendre capable des fonctions sociales auxquelles il a droit d'être appelé, de développer toute l'étendue des talents qu'il a reçus de la nature ; et par là établir entre les citoyens une égalité de fait, et rendre réelle l'égalité politique reconnue par la loi. Tel doit être le premier but d'une instruction nationale ; et sous ce point de vue, elle est, pour la puissance publique, un devoir de justice* ».

CONDORCET, *Rapport et projet de décret sur l'organisation générale de l'instruction publique*, Paris, Imprimerie nationale, 1792, 94 p, spéc. pp. 1 – 2.

INTRODUCTION GENERALE

1. Le droit à l'instruction est indispensable à toute société humaine qui fait de la protection des droits fondamentaux un idéal à atteindre. Longtemps, le bénéfice d'une éducation et d'un enseignement de qualité a été réservé à une élite[1]. Mais au lendemain de la Révolution française, CONDORCET considérait l'instruction comme « *un devoir de la société à l'égard des citoyens* »[2]. L'importance accordée à cet impératif se justifiait dans la mesure où « *vainement aurait-on déclaré que les hommes ont tous les mêmes droits ; vainement les lois auraient-elles respecté ce premier principe de l'éternelle justice, si l'inégalité dans les facultés morales empêchait le plus grand nombre de jouir de ces droits dans toute leur étendue* »[3]. L'absence d'une instruction de qualité conduit en effet à un « *degré d'ignorance où l'homme, jouet du charlatan qui voudra le séduire* […] *est obligé de se livrer en aveugle à des guides qu'il ne peut ni juger ni choisir* »[4]. Pour éviter une telle situation, incompatible avec les exigences d'une société démocratique, le droit à l'instruction doit faire l'objet d'une protection particulière.

2. Celle-ci est d'autant plus nécessaire car « *à quoi bon donner la liberté civile ou politique à des hommes et à des femmes qui demeureraient prisonniers de l'ignorance, du fanatisme, de la superstition* »[5] ? Parce qu'elle est libératrice, l'instruction doit profiter à tous. Le principe d'égalité est au fondement de la garantie du droit à l'instruction. En cela, l'instruction doit assurer « *à chacun* […] *l'égalité des chances d'accéder à la connaissance* [et reconnaître] *à tous le même droit au savoir* »[6]. Cette idée d'égalité n'a depuis lors jamais été oubliée. Elle fut par exemple au centre de la réflexion de Jules FERRY. Il expliquait en 1870 que le grand devoir du XIXème siècle était de « *faire disparaître la dernière, la plus redoutable des inégalités qui viennent de la naissance, l'inégalité d'éducation* »[7]. La quête de cette égalité d'instruction était pour lui indispensable à la construction d'une nation.

---

1 VIAL (J.), *Histoire de l'éducation*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 2010, 127 p.
2 CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, Flammarion, 1994, 380 p., spéc. p. 61.
3 *Ibid.*, p. 61.
4 *Ibid.*, p. 63.
5 BADINTER (E.), BADINTER (R.), *Condorcet. Un intellectuel en politque*, Paris, Fayard, 1988, 658 p., spéc. p. 395.
6 *Ibid.*, p. 395.
7 FERRY (J.), *De l'égalité d'éducation*, Paris, Société pour l'instruction élémentaire, 1870, 29 p., spéc. p. 7.

Distinguant la société entre ceux qui avaient reçu l'instruction et ceux qui ne l'avaient pas reçue, il défiait son auditoire d'aboutir à « *une nation égalitaire, une nation animée de cet esprit d'ensemble et de cette confraternité d'idées qui font la force des vraies démocraties, si, entre ces deux classes, il n'y a pas eu le premier rapprochement, la première fusion qui résulte du mélange des riches et des pauvres sur les bancs de quelque école* »[8]. En outre, au-delà de l'inégalité entre les classes sociales, l'égalité d'instruction était réclamée pour les hommes et pour les femmes. Considérant la femme comme ayant une « *supériorité naturelle* […] *en matière d'enseignement* »[9], Jules FERRY estima également qu'il y avait « *des élèves forts et faibles dans les deux sexes, en proportion égale* […] *et que l'égalité d'éducation n'est pas seulement un droit pour les deux classes, mais aussi pour les deux sexes* »[10]. Les lendemains de la Révolution permirent donc de saisir l'importance d'une instruction pour tous.

3. Cette consécration, accompagnée de la reconnaissance de droits et libertés de la pensée par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, devait également prendre en compte les particularités et les opinions de chacun. L'instruction touche en effet à la formation de l'individu en tant que citoyen mais également en tant qu'Homme. Ce dernier est forgé par des idéaux et des valeurs dictés par une sensibilité que l'Etat doit respecter. Afin d'éviter que les autorités étatiques n'imposent une idéologie particulière, politique, philosophique ou religieuse, les garanties offertes aux individus pour protéger leurs convictions font l'objet d'une attention particulière. Cette volonté de faire valoir leur identité constitue la principale cause de tension avec l'Etat : l'accès à l'instruction doit être garanti à tous en respectant les particularités individuelles. Cet objectif est celui poursuivi par l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, qui protège le « *Droit à l'instruction* ».

4. Avant d'étudier le contenu de cette protection, il convient d'en délimiter les contours. A cette fin, il apparaît justifié d'étudier la notion de droit à l'instruction (§1er) dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (§2nd). Ce préalable nécessaire permet de déterminer et de saisir l'objectif de l'étude (§3ème).

---

8 *Ibid*, p. 10.

9 FERRY (J.), « Congrès pédagogique », in ROBIQUET (P.), *Discours et opinions de Jules Ferry. Tome quatrième. Les lois scolaires*, Paris, Armand Colin, 1896, 585 p., spéc. pp. 244 – 258, spéc. p. 254.

10 FERRY (J.), *De l'égalité d'éducation*, préc., p. 27.

§ 1. Objet de l'étude : le droit à l'instruction

5. Retenir l'expression « *droit à l'instruction* » peut surprendre dans la mesure où les principaux instruments internationaux de protection des droits fondamentaux garantissent le « *droit à l'éducation* ». L'article 2 du Protocole additionnel fait ainsi figure d'exception. La Convention européenne des droits de l'Homme consacre une notion plus englobante que celles participant également à la formation intellectuelle et morale de l'individu telle que l'éducation ou l'enseignement. De ce fait, elle poursuit, plus encore que les autres instruments de protection, l'épanouissement de la personne humaine. Une fois démontrées les raisons ayant conduit à retenir la notion de droit à l'instruction dans cette étude (A), il conviendra d'analyser la manière dont ce droit a été saisi par la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

A) LA NOTION RETENUE : LE DROIT A L'INSTRUCTION

6. La notion de « droit à l'instruction » n'est pas commune en droit international. Dans la grande majorité des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, qu'il s'agisse de textes généraux ou plus spécifiques – comme la Convention internationale des droits de l'Enfant – on retrouve bien souvent la notion de « droit à l'éducation ». Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, à son article 26, précise que « *toute personne a droit à l'éducation* ». Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reprend, en son article 13, la même formulation pour garantir ce droit fondamental. Le terme d'instruction n'apparaît qu'à l'alinéa d) pour préciser que « *l'éducation de base doit être encouragée ou intensifiée, dans toute la mesure du possible, pour les personnes qui n'ont pas reçu d'instruction primaire ou qui ne l'ont pas reçue jusqu'à son terme* ». S'agissant de la Convention internationale des droits de l'enfant, aucune référence n'est faite au droit à l'instruction. Au terme de son article 28, les Etats Parties s'engagent uniquement à reconnaître « *le droit de l'enfant à l'éducation* ».

7. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - instrument régional de protection des droits fondamentaux pourtant inspiré de la Convention européenne des droits

de l'Homme[11] - consacre le droit de « *toute personne* […] *à l'éducation, ainsi qu'à la formation professionnelle et continue* ». Là encore, le terme d'éducation est retenu. Cette démarche est justifiée par le souhait d'utiliser une formule « *plus moderne et plus large que celle d'instruction* »[12]. Il est toutefois permis de douter que cette dernière soit plus restreinte que celle d'éducation. Au contraire, elle apparait plus générale. Afin de le démontrer, un travail de définition des notions clés - éducation, enseignement, instruction – doit être effectué.

8. Selon la définition retenue par le C.N.R.S., l'éducation représente l'« *art de former une personne spécialement un enfant ou un adolescent, en développant ses qualités physiques, intellectuelles et morales, de façon à lui permettre d'affronter sa vie personnelle et sociale avec une personnalité suffisamment épanouie* »[13]. Cette approche est confirmée par le sens retenu dans le dictionnaire de l'Académie française. Il définit l'éducation comme l'« *action d'élever, de former, d'instruire une personne (enfant, adolescent, adulte), en cultivant ses qualités, physiques, intellectuelles et morales* »[14]. De ces définitions, transparaît l'idée que l'éducation participe avant tout au développement de la personnalité. Cette hypothèse est reprise par la définition parfois retenue en droit international. Dans un sens général, le droit à l'éducation est le « *droit d'une personne de pouvoir bénéficier d'une éducation lui permettant de s'épanouir pleinement et d'être en mesure de jouer un rôle utile dans la société* »[15]. Dans un sens plus spécifique, il est « *le processus social global par lequel les personnes et les groupes sociaux apprennent à assurer consciemment, à l'intérieur de la communauté nationale et internationale et au bénéfice de celle-ci, le développement intégral de leur*

---

11 Les explications relatives à la Charte des Droits fondamentaux (2007/C 303/02) précisent que l'article 14 « *est inspiré tant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres que de l'article 2 du protocole additionnel à la CEDH* ». Sur les similitudes entre les dispositions de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne et celles de la Convention européenne des Droits de l'Homme, voir COUTRON (L.), PICHERAL (C.), *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, 2012, 159 p. ; ou encore FAVREAU (B.), « La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Pourquoi ? Comment ? » in FAVREAU (B.) (dir.), *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 382 p., spéc. pp. 3 - 37.

12 PERTEK (J.), « Article II-74 – droit à l'éducation », in BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : Commentaire article par article. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 p., spéc. pp. 205 - 212, spéc. p. 206.

13 T.L.F.I., *Education*, http://www.cnrtl.fr/definition/éducation (consulté le 16 juillet 2014).

14 Dictionnaire de l'Académie française, *Education*, 9ème édition, http://www.cnrtl.fr/definition/éducation (consulté le 16 juillet 2014).

15 SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Universités francophones, 2001, 1198 p., spéc. p. 410.

personnalité, de leurs capacités, de leurs aptitudes et de leur savoir »[16]. Selon ces différentes définitions, l'éducation assure davantage la formation morale et personnelle de l'individu par la transmission de valeurs fondamentales. Cette mission sous-tend même la fonction éducative.

9. S'agissant de l'enseignement, cette notion a une connotation moins subjective que l'éducation. Elle correspond davantage à la transmission d'un savoir objectif. C'est le « *fait de transmettre un savoir de type scolaire* »[17] ou encore l'« *action de transmettre un savoir* », précision faite qu'il peut s'agir de l'enseignement de la géographie, ou encore de la musique[18]. L'enseignement ne couvre donc pas le même champ de formation que celui de l'éducation. Ces deux notions participent à la transmission de connaissances mais ces dernières ne sont pas identiques et leur dispense est assurée par des personnes différentes[19]. Ainsi, « *l'enseignement, c'est* "l'action d'enseigner"*, c'est-à-dire de* "faire connaître comme une sorte de leçon" […] *à une ou plusieurs personnes, par un "*maître*", des éléments du savoir* »[20].

10. La Cour européenne des droits de l'Homme a également marqué la différence entre les notions d'éducation et d'enseignement. Dans l'arrêt *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni* du 25 février 1982[21], elle a précisé que « *l'éducation des enfants* [était] *la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes* [tentaient] *d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction* [visaient] *notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle* »[22]. Une différence de degré existe donc entre le processus d'éducation et l'enseignement. Elle a été mise en perspective par le greffier de la Cour, Erik FRIBERGH, en 2008. Il estimait qu'« *au sens de la Convention, le terme "enseignement"* [semblait] *revêtir un caractère beaucoup plus neutre que le terme "éducation", dans la mesure où il s'agirait d'une simple transmission de connaissances objectives dans un but d'information à l'opposé d'un*

---

16 *Ibid.*, p. 411.
17 T.L.F.I., *Enseignement*, http://www.cnrtl.fr/definition/enseignement (consulté le 16 juillet 2014).
18 Dictionnaire de l'Académie française, *Enseignement*, 9ème édition, http://www.cnrtl.fr/definition/enseignement (consulté le 16 juillet 2014).
19 Voir *infra* §§ 27 – 29.
20 PRELOT (P.-H.), « Liberté de l'enseignement », *Jcl. Libertés*, Fasc. 900, 2007, § 1.
21 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, req. n°7611/76, 7743/76, note PELLOUX (R.), « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1982 », *A.F.D.I.*, 1983, pp. 246 - 265.
22 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 33.

endoctrinement »[23]. Une seule notion – l'éducation – ne peut donc pas correctement protéger ces deux aspects.

11. Si ces deux premières notions – l'éducation et l'enseignement – recouvrent deux réalités différentes, les instruments de protection consacrant un « *droit à l'éducation* » les prennent cependant toutes les deux en compte. L'article 13 alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels précise que les Etats Parties « *reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit* […] *l'enseignement primaire doit être obligatoire ; l'enseignement secondaire* […] *doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés* […] *; l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité* ». La protection du droit à l'éducation, supposant « *un minimum d'action de la part de la puissance publique car le droit est un vain mot s'il n'y a pas une éducation organisée* »[24], invite les Etats à organiser un système d'enseignement.

12. D'un strict point de vue sémantique, l'éducation reste différente de l'enseignement. Cependant, le droit à l'éducation protège également le droit d'accès aux établissements d'enseignement et le droit de recevoir un enseignement. Dans cette optique, retenir la notion d'éducation n'aurait pas d'effet décisif pour rendre compte de la protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel. Privilégier le terme d'instruction permet toutefois de regrouper ces deux notions proches. En ce sens, la définition de l'instruction reprend les principales fonctions de l'éducation et de l'enseignement. D'un côté, l'instruction correspond à l'« *action de former l'esprit, la personnalité de quelqu'un par une somme de connaissances liées à l'expérience, à la vie, aux évènements* »[25]. De l'autre, c'est l'« *action de communiquer un ensemble de connaissances théoriques ou pratiques liées à l'enseignement* »[26]. Le dictionnaire de l'Académie française reprend également ces deux axes. Il estime que l'instruction est l'« *action de transmettre à quelqu'un des connaissances ou des principes nécessaires à son éducation* ». Il précise aussi que l'instruction est l'« *ensemble des*

---

23 FRIBERGH (E.), « Enseignement, fait religieux et convictions philosophiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *L'enseignement des faits religieux et relatifs aux convictions - Outil de connaissance des faits religieux et relatifs aux convictions au sein de l'éducation ; contribution à l'éducation à la citoyenneté démocratique, aux droits de l'homme et au dialogue interculturel*, Rencontre 2008 sur la dimension religieuse du dialogue interculturel, Strasbourg, Palais de l'Europe, 2 avril 2008, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1269375&Site=CM (consulté le 16 juillet 2014).

24 KISS (A. C.), « La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation », *R.D.H.*, 1973, pp. 467 - 486, spéc. p. 471.

25 T.L.F.I., *Instruction*, http://www.cnrtl.fr/definition/instruction (consulté le 16 juillet 2014).

26 *Ibid*.

connaissances acquises par l'étude, au cours d'un enseignement »[27]. Les principaux traits de l'éducation et de l'enseignement se retrouvent donc dans la notion d'instruction. De plus, cette dernière poursuit les mêmes objectifs que ceux visés par la protection du droit à l'éducation. Le droit à l'instruction serait alors le droit de tout individu à recevoir un enseignement et à être éduqué selon des valeurs particulières devant être respectées par l'Etat.

13. Faisant œuvre d'originalité en protégeant le droit à l'instruction, la Convention européenne des droits de l'Homme vise le même but que les autres outils internationaux de protection et ce, malgré la formule laconique employée par l'article 2 du Protocole additionnel[28]. Alors que la plupart des instruments de protection « [rivalisent] *de tirades dithyrambiques sur la fonction primordiale de l'éducation* »[29], la Convention affirme simplement que « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* » et protège le droit des parents au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses. Il convient donc de s'interroger sur la manière dont la Convention s'est effectivement saisie de la protection du droit à l'instruction.

B) LE DROIT A L'INSTRUCTION SAISI PAR LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

14. Indispensable à la formation intellectuelle de l'individu, le droit à l'instruction n'a pas été immédiatement inscrit dans le texte de la Convention. Il a fallu attendre la signature officielle du premier Protocole pour qu'il fasse l'objet d'un traitement particulier. Le contenu de l'article 2 doit être précisé (1) afin de pouvoir définir la nature du droit à l'instruction (2).

---

27 Dictionnaire de l'Académie française, *Instruction*, 9ème édition, http://www.cnrtl.fr/definition/instruction (consulté le 16 juillet 2014).

28 En ce sens, voir GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 1003 – 1010. Voir aussi ERRERA (R.), « La Convention et les problèmes de la laïcité et de l'enseignement », *R.D.H.*, 1970, Vol. III, pp. 572 – 594, spéc. p. 582.

29 GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 1003.

1. Le contenu de l'article 2 du Protocole additionnel

15. L'historique du processus ayant conduit à la consécration de l'article 2 du Protocole additionnel (a) est nécessaire pour comprendre la structure de cette disposition (b).

a. L'historique de l'article 2 du Protocole additionnel

16. Il a été souligné avec regret que la protection du droit à l'instruction n'était pas assurée dans le texte originel de la Convention[30]. En dépit de ce manque, ses rédacteurs conservaient à l'esprit la volonté de garantir ce droit. On en trouve la preuve dans les travaux préparatoires dès le mois d'août 1949[31]. D'ailleurs, « *les débats auxquels l'élaboration du droit à l'instruction ont donné lieu ont été extraordinairement longs, complexes et engagés* »[32]. Cette longueur risquait même d'entraîner l'échec de la signature et de la ratification de la Convention elle-même[33]. Or, la nécessité de construire une paix durable et humaine exigeait la réussite de cette Convention ; un échec du Conseil de l'Europe était inenvisageable. C'est en ce sens que la position retenue par le Président du Comité des Ministres le 3 novembre 1950 – veille de la signature officielle de la Convention – peut être interprétée. Les travaux préparatoires rapportent qu'il était « *souhaitable de signer immédiatement la Convention, afin de démontrer que le Conseil de l'Europe* [avait] *abouti à une réalisation* »[34]. L'insertion de la protection du droit à l'instruction a dès lors été reportée. Toutefois il était prévu qu'« *au cas où un accord* [intervenait] *à la suite de* [ces premières discussions]*, un protocole additionnel*

---

30 En ce sens, voir KISSANGOULA (J.), « Instruction (droit à l'-) », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2008, 1074 p., spéc. pp. 532 - 537, spéc. p. 533.

31 Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p., spéc. p. 5.

32 WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », *Quatrième colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme,* Rome, 5 – 8 novembre 1975, 41 p., spéc. p. 17. Le droit de propriété et le droit à des élections libres étaient également concernés par ces débats.

33 L'intervention du représentant du Royaume-Uni, Lord LAYTON, est une illustration pertinente de la réalité de ces craintes. A propos du droit à l'instruction et du droit de propriété, il faisait part de ses doutes « *quant à* [leur] *définition et* [de ses craintes] *que leur insertion compromette la ratification de la Convention et même l'adoption des articles obligatoires par certains parlements* ». Intervention de Lord LAYTON à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 89.

34 Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p., spéc. p. 101.

[pouvait] *être signé pour compléter la Convention* »[35]. De fait, les discussions reprirent dès le 5 novembre 1950.

17. Très rapidement, Pierre-Henri TEITGEN, représentant français, fit remarquer les carences du catalogue de droits tout juste adopté. La liste des droits fondamentaux proposée était pour lui incomplète car il fallait y ajouter – outre le droit de propriété – « *le droit des parents de choisir l'éducation de leurs enfants* »[36]. C'est sur ce dernier point que l'ensemble des discussions, qui mettront près de deux ans à aboutir, s'était orienté. Les représentants des différents Etats Parties s'étaient en effet très vite accordés sur le droit de toute personne à avoir droit à l'instruction. La formulation – positive ou négative – de ce droit restait à déterminer mais ne représentait pas un obstacle insurmontable aux négociations. Le cœur des difficultés se portait davantage sur la garantie offerte aux parents d'éduquer leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses ou philosophiques.

18. S'agissant de la forme de la consécration du droit à l'instruction, plusieurs gouvernements étaient sceptiques à l'idée de retenir une formulation positive. L'Assemblée du Conseil de l'Europe proposait par exemple en février 1951 la rédaction suivante : « *Toute personne a droit à l'éducation* »[37]. Cette version faisait naître certaines craintes de mettre à la charge des autorités étatiques des obligations « *pour que chacun puisse recevoir l'instruction qu'il désire* »[38]. Pour répondre à ces interrogations, l'avant-projet de protocole présenté par le « comité d'experts en matière des droits de l'Homme » au mois d'avril 1951 prévoyait une version négative de ce droit : « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* »[39]. Cette nouvelle mouture n'allait plus être remise en cause jusqu'à l'adoption du Protocole additionnel. Elle allait permettre d'« *invoquer l'inexistence d'une quelconque obligation qui* [requerrait] *d'un Etat une prestation en ce domaine, notamment celle de mettre en place des structures scolaires* »[40].

---

35 *Ibid.*, p. 104.

36 Intervention de Pierre-Henri TEITGEN à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 110.

37 Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p., spéc. p. 125.

38 *Ibid.*, p. 126.

39 *Ibid.*, p. 132.

40 DUPUY (P.–M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », in PETTITI (L. – E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., spéc. pp. 999 – 1010, spéc. p. 1002. Voir *infra* §§ 64 et s.

19. Le droit des parents au respect de leurs convictions a provoqué davantage de débats. L'inscription tardive du droit à l'instruction dans la Convention s'explique d'ailleurs « *par les controverses qui ont divisé les Etats* […] *entre partisans et adversaires de l'école libre* »[41]. Les discussions se cristallisaient autour de deux points : le droit des parents à ce que leurs enfants soient en priorité éduqués par eux[42], et le financement des établissements d'enseignement scolaire privés[43].

20. La première difficulté, relative au respect, par l'Etat, des convictions philosophiques et religieuses des parents, fut un obstacle difficile à surmonter. La formule retenue au mois de novembre 1951 par le Comité des Ministres prévoyait que l'Etat « *tiendra compte du droit des parents d'assurer l'éducation religieuse de leurs enfants conformément à leur confession et, lorsqu'il existe des écoles établies par l'Etat, d'envoyer leurs enfants dans d'autres écoles de leur choix, pourvu que ces écoles répondent aux prescriptions de la loi* »[44]. Cette version de ce qui devait être la seconde phrase du Protocole additionnel a été critiquée par les membres de l'Assemblée consultative. Celle qu'ils avaient initialement proposée invitait l'Etat à « *respecter* » les convictions des parents – et non simplement à en « *tenir compte* ». Pierre-Henri TEITGEN critiquait la proposition du Comité en ce qu'elle s'apparentait à « *une vague déclaration de droits fondamentaux* », ajoutant même – de façon volontairement provocatrice - que « *les régimes totalitaires qui* [pendaient] *leurs adversaires* [tenaient] *compte, au bout d'une corde, de leur droit à la vie* »[45]. Il appuya qu'une telle version n'avait pas sa place dans une Convention juridiquement contraignante. Il obtint finalement gain de cause, le Comité des Ministres revenant sur sa formulation[46]. Ceci n'avait cependant pas empêché l'Irlande d'émettre une déclaration au moment de ratifier le Protocole selon laquelle « *l'article 2* […] *ne* [garantissait] *pas aux parents, de façon suffisamment explicite, le droit de*

---

41 SZYMCZAK (D.), « Droits culturels », *Jcl. Libertés*, Fasc. 1220, 2007, § 48.

42 En ce sens, voir, par exemple, l'intervention de M. AZARA à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 62. Voir aussi l'intervention de M. PERNOT à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, pp. 84 - 85.

43 En ce sens, voir, par exemple, l'intervention de Lord LAYTON à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 122.

44 Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel* à la Convention, C.D.H. (67) 2, p. 160.

45 Intervention de Pierre-Henri TEITGEN à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 167.

46 Voir *infra* § 22.

pourvoir à l'instruction de leurs enfants dans le foyer familial, ou dans les écoles de leurs choix, qu'il s'agisse d'écoles privées ou d'écoles agréées ou créées par l'Etat »[47].

21. La seconde difficulté, relative au financement des établissements privés[48], est liée à la solution retenue pour la première phrase de l'article. En refusant de retenir une formulation positive, les rédacteurs de la Convention avaient limité la possibilité pour les potentiels requérants d'exiger de l'Etat, sur le fondement du respect de leurs convictions religieuses, le financement d'un type particulier d'enseignement. C'était d'ailleurs la principale raison qui avait incité les représentants des gouvernements à consacrer de manière négative le droit à l'instruction[49]. Si les doutes semblaient avoir été levés par ces négociations, certains Etats ont tout de même formulé des réserves et des déclarations qu'ils ont consignées dans leur instrument de ratification[50]. L'Allemagne avait par exemple « *fait sienne l'opinion selon laquelle la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel* [n'entraînait] *aucune obligation pour l'Etat de financer des écoles de caractère religieux ou philosophique, ou de participer au financement de ces écoles étant donné que cette question* [tombait] *hors du cadre de la Convention* […] *ainsi que de son protocole additionnel* »[51]. D'autres Etats – la Bulgarie, l'Espagne, le Royaume-Uni par exemple – formulèrent la même réserve ou déclaration.

22. L'ensemble des débats et discussions entamé depuis le 5 novembre 1950 a finalement abouti à l'adoption de l'article 2 du Protocole additionnel. Au terme d'une formulation si

---

47 Déclaration faite par l'Irlande lors de la ratification du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales le 25 février 1953, http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=009&CM=7&DF=17/07/2014&CL=FRE&VL=0 (consulté le 17 juillet 2014).

48 Les mesures prises par ces établissements privés engagent la responsabilité de l'Etat. Sur ce point voir *infra*, §§ 68 – 85.

49 En ce sens voir par exemple Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2 : « *La délégation britannique, appuyé par les délégations danoise et norvégienne, [avait] exposé la crainte que si le droit à l'éducation était formulé d'une façon positive, cela ne puisse être interprété comme comportant l'obligation pour les gouvernements de prendre des mesures effectives pour que chacun puisse recevoir l'instruction qu'il désire* », p. 126.

50 Voir la liste des pays ayant formulé une déclaration ou des réserves : http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=009&CM=7&DF=17/07/2014&CL=FRE&VL=0 (consulté le 17 juillet 2014).

51 Déclaration faite par l'Allemagne lors de la ratification du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales le 13 février 1957, http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=009&CM=7&DF=17/07/2014&CL=FRE&VL=0 (consulté le 17 juillet 2014).

sobre soit elle[52], le Comité des Ministres affirme : « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* »[53]. Cette version a le mérite de maintenir « *un sage équilibre - s'il ne les renvoie pas dos à dos – entre partisans et adversaires de l'enseignement libre* »[54].

23. La retenue affichée tranche en effet singulièrement avec l'énoncé du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels. Après avoir énoncé positivement que toute personne a droit à l'éducation, son article 13 indique que l'éducation doit « *viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». La formulation négative dégagée par les rédacteurs de la Convention ne pouvait inciter à un tel optimisme. L'interprétation donnée par la Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme de l'article 2 du Protocole additionnel corrigera cependant cette prudence initiale. Leurs jurisprudences mettront en avant l'importance du droit à l'instruction dans la jouissance des autres droits et libertés contenus dans la Convention[55].

b. <u>La structure de l'article 2 du Protocole additionnel</u>

24. Les négociations au sein de l'Assemblée consultative et avec le Comité des Ministres ont abouti à un article composé de deux phrases. Ces dernières « *correspondent à deux droits : le droit à l'instruction ; le respect par l'Etat dans l'exercice de ces fonctions des*

---

52 En ce sens, voir GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 1003.

53 Comité des Ministres, 19 mars 1952, *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 10ème session du Comité des Ministres, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=720313&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (consulté le 17 juillet 2014).

54 VASAK (K.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 1964, 327 p., spéc. p. 58.

55 Et ce, conformément à l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'Homme selon lequel « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47* ». Voir également, les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969 (*Convention de Vienne sur le droit des traités* signée le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Recueil des traités des Nations Unies, Vol. 1155, p. 331).

convictions religieuses et philosophiques des parents »[56]. Chacune de ces composantes participe à la sauvegarde du droit à l'instruction – intitulé général de l'article 2 du Protocole additionnel. Elles ne couvrent cependant pas le même champ de protection.

25. Au titre de la première phrase, l'instruction peut être entendue comme un synonyme d'enseignement. D'ailleurs, « *ce droit n'a pas d'autre but que d'ouvrir à tous les portes des enseignements existants* »[57] et ce, « *sans avoir à souffrir de limitations arbitraires ou discriminatoires* »[58]. En cela, la formulation retenue par l'article 2 du Protocole additionnel se rapproche de celle inscrite à l'alinéa 13 du préambule de la Constitution française de 1946. Celui-ci prévoit que « *la nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ». Cette disposition constitutionnelle garantit à tout individu d'avoir accès, dans les meilleures conditions, aux établissements de formation et d'enseignement. Ici aussi, le mot « instruction » est synonyme d'enseignement[59]. Malgré sa formulation négative, la proximité de la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel avec l'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946 montre que la Convention garantit également le droit d'être enseigné et d'avoir accès aux moyens d'instruction créés par l'Etat[60].

26. Au titre de la seconde phrase, si le terme d'instruction n'apparait pas, l'intitulé général de l'article 2 du Protocole additionnel suffit à comprendre que les notions d'éducation et d'enseignement sont englobées par celle d'instruction. En obligeant les autorités étatiques à respecter « *le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions* », les rédacteurs de la Convention ont souhaité montrer que la mission d'éducation et d'enseignement revenait en premier lieu aux parents[61]. Bien sûr, l'article 2

---

56 COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1989, 616 p., spéc. p. 491. En ce sens, voir également VASAK (K.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 58.

57 VASAK (K.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 58.

58 WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 13.

59 En ce sens, voir COSTA (J.-P.), « Alinéa 13 », in CORNAC (G.), PRETOT (X.), TEBOUL (G.) (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires : études, 2001, 467 p., spéc. pp. 313 - 325.

60 En ce sens, voir DEBENE (M.), « Du droit à l'éducation à l'éducation au droit : les droits des élèves », in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme*, Mélanges Raymond GOY, Rouen, P.U.R., 1998, pp. 63 – 83, spéc. p. 65.

61 Parmi de nombreux exemples, voir l'intervention de M. BRUINS SLOT à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2 :

« *n'exclut pas le monopole de l'Etat* [en la matière] *; il l'oblige seulement à assurer la liberté de pensée dans l'enseignement public et à laisser les parents libres de faire dispenser aux enfants, à l'école publique, l'enseignement de leurs convictions philosophiques et religieuses* »[62]. L'éducation et l'enseignement de l'enfant sont des missions déléguées à l'Etat mais elles incombent en priorité aux parents. Leurs intérêts doivent donc être respectés par les autorités étatiques dans l'exercice de leur mission d'éducation et d'enseignement. Les autorités ne pourront passer outre qu'à la condition que le respect de leurs convictions porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant ou à la substance du droit à l'instruction[63]. Dans le même sens, cette seconde phrase ne peut être interprétée comme mettant à la charge des Etats des obligations de financement ou de création d'établissements d'enseignement particuliers.

27. La structure adoptée par l'article 2 du Protocole additionnel tente d'organiser les relations entre les différents bénéficiaires du droit à l'instruction (les usagers et leurs parents) et les autorités étatiques. S'agissant des premiers cette disposition « *bénéficie* [d'abord] *à toute personne qui voudrait ne pas se voir refuser le droit à l'instruction* »[64]. Plus précisément, l'enfant, c'est-à-dire « *l'individu qui est dans l'âge de l'enfance* »[65], et l'étudiant sont visés. Si les premiers apparaissent comme les titulaires naturels du droit à l'instruction, les seconds ne doivent pas être négligés car « *nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction* »[66]. En conséquence, « *le domaine d'application de l'article 2 est large puisqu'il recouvre tant l'instruction scolaire ou extrascolaire, qu'universitaire, technique ou toute autre forme d'enseignement* »[67].

28. L'article 2 du Protocole additionnel peut également être invoqué par les parents au nom de leurs enfants qui se seraient vus refuser l'accès à un établissement d'enseignement - même si l'enfant mineur, malgré la problématique de l'épuisement des voies de recours internes[68],

---

« *le droit des parents d'assurer à leurs enfants l'instruction et l'éducation conformes à leurs propres convictions devra être solidement établi en Europe* », p. 174.

62 VASAK (K.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc. p. 58.

63 En ce sens, voir par exemple Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 36.

64 DUPUY (P.-M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », préc., p. 1003.

65 TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil : La famille*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2011, 8ème édition, 1106 p., spéc. p. 331.

66 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, req. n°44774/98, § 136, note GONZALEZ (G.), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 315 – 320.

67 DUPUY (P.–M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », préc., p. 1003.

68 Sur cette question, voir notamment, SURREL (H.), « Le juge des droits de l'Homme », *Droit de la famille*, 2006, n°7, pp. 28 – 30.

« *peut saisir personnellement la Cour européenne des droits de l'homme d'un recours* […] *sans qu'il ait besoin d'être représenté* »[69]. Plus précisément, ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui peuvent invoquer cette disposition[70]. La Convention leur offre également la possibilité de « *faire valoir* […] *leur droit au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques* »[71]. Il s'agit d'ailleurs du principal droit qu'ils peuvent revendiquer contre les autorités étatiques. Etant en priorité responsables de l'instruction de leurs enfants, ils ont le droit d'invoquer le respect des croyances et valeurs avec lesquelles ils ont décidé de les instruire. Enfin, l'Etat tient un rôle décisif dans la mesure où il lui revient la mission de mettre en œuvre l'article 2 du Protocole additionnel. A cette fin, il doit s'assurer que toute personne relevant de sa juridiction ait la possibilité d'accéder, dans les mêmes conditions, aux moyens d'instruction existants. Cette obligation implique également une exigence d'impartialité commandée par le respect du pluralisme éducatif.

29. L'article 2 du Protocole additionnel est donc structuré en deux temps. D'abord, il consacre le droit primordial de tout individu aux moyens d'instruction existants. Ensuite, il rappelle que « *l'Etat instructeur* »[72] ne peut assurer sa mission qu'en respectant les convictions religieuses et philosophiques des parents. Ces deux aspects essentiels identifiés, il convient de s'intéresser plus précisément à la nature du droit à l'instruction.

2. La nature du droit à l'instruction

30. La nature exacte du droit à l'instruction pose de lourdes difficultés d'identification. Présent dans le Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, le droit à l'instruction est pourtant consacré dans la Convention européenne des droits de

---

69 BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2014, 2ème édition, 1278 p., spéc. p. 779.

70 En ce sens, voir WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 28.

71 DUPUY (P.–M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », préc., p. 1004. L'étudiant n'est pas concerné par ce second aspect du droit à l'instruction. En ce sens voir, GONZALEZ (G.), « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 251 - 271. Dans le même sens, une Eglise ne peut invoquer le bénéfice de cette disposition (Comm. E.D.H., 17 décembre 1968, *Church of X. contre Royaume-Uni*, req. n°3798/68).

72 GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 467 – 484, spéc. p. 483.

l'Homme. Cette présence pourrait surprendre car « *d'une manière générale la Convention ne garantit pas* […] *les droits de caractère économique et social* »[73] ou droits de la deuxième génération[74]. L'une des raisons avancées justifiant leur faible présence dans le texte de la Convention est leur « *justiciabilité relative puisque leur mise en œuvre appellerait l'adoption de mesures complémentaires* […] *et dépendrait des ressources économiques et financières publiques disponibles* »[75]. A l'inverse, les droits civils et politiques, qualifiés de droits de la première génération[76], « *se prêteraient* […] *plus facilement à une authentique individualisation normative et seraient, par conséquent les plus clairement justiciables* »[77]. Ces derniers font l'objet d'une attention particulière dans la Convention.

31. Certains essais de systématisation des droits contenus dans le *corpus* européen de protection des droits fondamentaux ont tenté de rapprocher le droit à l'instruction d'une catégorie particulière[78] – notamment « *la protection du libre épanouissement spirituel* [qui contiendrait la] *liberté de conscience, de religion et d'expression* »[79]. D'autres études ont, tout simplement, refusé au droit à l'instruction le caractère de droit-créance[80]. Cette conclusion semble excessive. Certes, l'article 2 du Protocole additionnel n'oblige pas les Etats à créer des moyens d'instruction spécifiques ou à financer des établissements privés. Cependant, afin de garantir de manière concrète et effective l'article 2 du Protocole additionnel, les Etats doivent agir positivement et édicter des mesures assurant le bénéfice du droit à l'instruction[81]. Par

---

73 COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 83.

74 En ce sens, voir OBERDORFF (H.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2010, 2ème édition, 538 p., spéc. p. 30.

75 LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Némésis., Coll. Droit et justice, 2012, 4ème édition, 828 p., spéc. p. 123.

76 En ce sens, voir OBERDORFF (H.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, préc., p. 30. Dans le même sens, voir FAVOREU (L.) et *al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Coll. Précis droit public, 2009, 5ème édition, 685 p., spéc. p. 494.

77 LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 122.

78 En ce sens, voir WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., pp. 8 – 9.

79 En ce sens, voir *ibid.*, p. 8.

80 COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc. p. 492.

81 En ce sens, voir Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc, note VERHOVEN (J.), « Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'Homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *R.B.D.I.*, 1970, pp. 353 – 382 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°9, obs. SUDRE (F.). Voir également MADELAINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Vol. 133, 2014, 572 p.

conséquent, on peut admettre que « *le seul droit-créance expressément reconnu figure dans l'article 2 du Protocole additionnel n°1 du 20 mars 1952* »[82].

32. Malgré son appartenance aux droits économiques, sociaux et culturels, le droit à l'instruction est protégé par la Convention, confirmant que « *"nulle cloison étanche" ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention* »[83]. Outre son importance pour la sauvegarde et la promotion des autres droits fondamentaux, sa présence se justifie également par sa nature mixte. Il participe « *à la fois des droits économiques, sociaux et culturels et des droits "classiques", au titre desquels ils vont être garantis* »[84]. « *A la fois droit culturel et modalité de la liberté de pensée, de conscience et de religion* »[85], son inscription dans le catalogue européen de référence en matière de protection des droits fondamentaux n'est donc pas surprenante. Elle l'est d'autant moins que la préoccupation de la Convention et de la Cour pour les droits de la deuxième génération n'est désormais plus exceptionnelle. La tendance actuelle est en effet de voir la Convention européenne des droits de l'Homme devenir « *assez perméable aux droits sociaux* »[86] car « *des nombreuses critiques dirigées contre les lacunes de la Convention, celle qui* [visait] *l'absence de droits économiques et sociaux* [semblait] *la plus fondée* »[87].

33. En consacrant le droit à l'instruction, la Convention a accordé une protection essentielle à un droit au contenu controversé. La Cour européenne des droits de l'Homme « *a* [alors] *dû déployer des trésors d'habilité pour interpréter ce texte* »[88]. Elle devait en effet réussir à concilier la promotion et le développement du droit à l'instruction tout en s'assurant que les

---

82 FAVOREU (L.) et *al.*, *Droits des libertés fondamentales*, préc., p. 494.

83 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 2012, 11ème édition, 935 p., spéc. p. 258. En ce sens voir Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, req. n°6289/73, § 24, note PELLOUX (R.), « L'arrêt Airey », *A.F.D.I.*, pp. 324 – 325 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°2, obs. SUDRE (F.).

84 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, préc., p. 257.

85 *Ibid.*, p. 257.

86 RENUCCI (J.–F.), *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 2012, 2ème édition, 1297 p., spéc. p. 597. En ce sens voir aussi SUDRE (F.), « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 755 - 779 ; COSTA (J.-P.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 207 - 217. Sur la consécration jurisprudentielle d'une protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, req. n°34503/97, note MARGUENAUD (J.–P.), « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 739 – 744 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°64, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

87 VASAK (K.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 79.

88 MARGUENAUD (J.–P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2012, 6ème édition, 200 p., spéc. p. 106.

solutions rendues n'allaient pas rencontrer une contestation trop vive des Etats Parties à la Convention. Il convient donc désormais de s'attarder sur le domaine de l'étude : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

§ 2. Domaine de l'étude : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

34. Issu de longues négociations[89], l'article 2 du Protocole additionnel nécessite une interprétation constructive par la Cour européenne des droits de l'Homme. A l'instar de la Convention, les termes de cette disposition « *sont volontairement ambigus de façon à ne pas prendre de position tranchée et à satisfaire tous les intérêts en cause* »[90]. Ce manque de précision accorde donc logiquement « *une compétence d'interprétation plus large à l'acteur chargé de mettre en œuvre le texte ainsi négocié* »[91]. Les Etats, en voulant limiter leur engagement, se sont exposés au risque de voir la Cour, interprète authentique de la Convention, remplir largement sa mission.

35. Analyser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au titre du domaine de l'étude s'avère essentiel pour appréhender correctement le droit à l'instruction. L'activité des juges a été à tel point déterminante, qu'aujourd'hui, le « corpus *jurisprudentiel est suffisamment étoffé pour constater que la Cour a livré une véritable réécriture positive du texte* »[92]. Cela justifie d'« *envisager l'article 2 du Premier Protocole* […] *non seulement comme* écrit conventionnel *mais aussi – et avant tout – comme* écrit prétorien »[93]. C'est sous ce dernier angle que l'étude propose d'analyser le droit à l'instruction.

---

89 En ce sens, voir Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p.

90 DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, Coll. des thèses, 2009, 565 p., spéc. p. 66.

91 *Ibid*., p. 67.

92 GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 1004.

93 LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2011, pp. 481 – 498, spéc. p. 484.

36. Afin de décrire avec précision la grille de lecture proposée par les juges, les travaux des organes de contrôle de la Convention seront examinés[94]. Les arrêts rendus par la Cour seront analysés. L'ensemble de l'activité de la Cour en tant qu'institution[95] sera également traité. La mise en œuvre du Protocole n°11[96] ne constitue pas une justification suffisante pour écarter l'analyse des décisions de la Commission. Celles-ci sont riches d'enseignement pour comprendre la grille de lecture avec laquelle l'article 2 du Protocole additionnel est interprété. Elles participent à l'établissement d'une véritable jurisprudence relative à cette disposition conventionnelle. A de nombreuses reprises, la Commission a suivi et confirmé les lignes directrices dégagées par la Cour pour déclarer irrecevable des demandes n'entrant pas dans le cadre fixé par les juges. Les commissaires ont même fait preuve d'initiative en refusant le bénéfice de la protection conventionnelle à des requérants présentant une demande sur laquelle la Cour n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer dans une affaire similaire. Pour fonder leurs décisions d'irrecevabilité, l'*Affaire linguistique belge*[97] et l'arrêt *Kjeldsen*[98] – qui apparaissent comme les jurisprudences fondatrices de la protection du droit à l'instruction – leur ont servis de référence. Ces deux arrêts ont fixé les principes d'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel sans qu'aucune autre affaire ne vienne les remettre en cause. L'étude des décisions de la Commission participera ainsi à un essai de systématisation de la jurisprudence européenne sur la question. De la même manière, les décisions d'irrecevabilité prononcées par la Cour serviront d'arguments à la démonstration. A nouveau, l'irrecevabilité d'une requête pourra prendre appui sur une position jurisprudentielle affirmée dans un arrêt antérieur[99]. L'étude ne prétend cependant pas faire état de façon exhaustive de l'ensemble des

---

94 Sur la construction de ce système de protection, voir notamment TEITGEN (P. – H.), *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bordeaux, Confluences, Coll. Voix de la Cité, 2000, 61 p., spéc. pp. 29 - 35.

95 Pour une étude complète de la Cour européenne des droits de l'Homme, voir EISSEN (M.–A.), « La Cour européenne des droits de l'Homme. De la Convention au règlement. », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 618 – 658. Voir également MARGUENAUD (J.–P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, préc., 200 p. ; COSTA (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, Coll. Les sens du droit, 2013, 267 p.

96 Sur ce protocole, voir notamment, EISSEN (M.–A.), FLAUSS (J.–F.), WACHSMANN (P.), *Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'Homme : Actes de la table-ronde organisée le 22 septembre 1994*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 1995, 194 p. ; voir aussi FLAUSS (J.–F.), *La mise en œuvre du protocole n°11 : le nouveau règlement de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Némésis, 2000, 178 p.

97 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

98 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, req. n°5095/71, 5920/72, 5926/72, note COHEN-JONATHAN (G.), « Droit des parents sur l'éducation et l'enseignement de leurs enfants », *C.D.E.*, 1978, pp. 359 – 364 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°58, obs. LEVINET (M.).

99 En ce sens, voir par exemple les affaires relatives au port de signes religieux dans les établissements d'enseignement publics : Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, req. n°43563/08 ;

décisions d'irrecevabilité rendues par la Commission ou par la Cour dans lesquelles l'article 2 du Protocole additionnel est invoqué. Enfin, les résolutions du Comité des Ministres, participant activement à l'application de la jurisprudence de la Cour, seront également étudiées lorsque des difficultés particulières relatives à l'exécution d'un arrêt apparaîtront.

37. Il convient de souligner que l'étude de la jurisprudence pertinente ne se limitera pas aux seules illustrations dans lesquelles les requérants ont invoqué la violation de l'article 2 du Protocole additionnel. Certaines affaires, rendues sur le fondement d'autres articles de la Convention, seront prises en exemple pour appuyer le raisonnement. En effet, la protection du droit à l'instruction s'inscrit dans une interprétation globale de la Convention. La Cour mobilise à cette fin plusieurs instruments classiques de contrôle des mesures étatiques. Cette démarche permettra de mieux appréhender l'attitude de la Cour lorsqu'elle accorde une marge nationale d'appréciation[100], en détermine l'étendue ou encore en contrôle l'utilisation. Dans une optique similaire, cette démarche permettra de révéler l'attitude des organes de contrôle de la Convention à l'égard de l'argument de droit comparé.

38. Au-delà de l'étude du droit de la Convention européenne, l'utilisation des sources externes au Conseil de l'Europe[101] et des conventions conclues dans ce cadre[102] est également

---

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, req. n°14308/08 ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, req. n°29134/08 ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, req. n°18527/08 ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, req. n°25643/08; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, req. n°27561/08, note GONZALEZ (G.), « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 2077 – 2082.Ces décisions prenaient appui sur les arrêts rendus par la Cour sur la question en 2008 : Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, req. n°27058/05 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, req. n°31645/04, note RAIBAULT (P.), « La question du voile devant la CEDH », *D.A.*, 2009, n°1, pp. 27 – 30.

100 Sur cette notion, voir KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. organisation internationale et relations internationales, 1996, 480 p. Voir aussi, VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 785 p., spéc. pp. 483 - 548.

101 Par exemple, voir Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, req. n°1448/04, § 24, note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 978 – 992. Voir aussi Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, préc., § 34, note MARGUENAUD (J.-P.), « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 739 – 744 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°64, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

102 Par exemple, voir, notamment, Cour E.D.H., Gde Chbre, 30 novembre 2004, *Öneryildiz contre Turquie*, req. n°48939/99, § 59, note FONTBRESSIN (DE) (P.), « De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent. En marge de l'arrêt Öneryldiz contre Turquie du 30 novembre 2004 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 87 – 97 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°66, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

justifiée. Celles-ci sont mobilisées par la Cour pour motiver ses décisions[103] - travail indispensable à sa jurisprudence en vue d'« *emporter l'adhésion de ceux auxquels elle se heurte tout en ne perdant pas l'assentiment de ceux qui la soutiennent* »[104]. Leur utilisation s'avère judicieuse en vue d'une meilleure protection du droit à l'instruction. Elles seront donc intégrées à la réflexion toutes les fois où leur utilisation par la Cour pourrait apporter une solution pertinente pour protéger le droit à l'instruction.

39. L'approche casuistique suivie par cette étude limite la place réservée à l'analyse des systèmes éducatifs nationaux. Leur étude rencontre plusieurs difficultés d'ordre pratique et substantiel. D'abord, s'intéresser aux systèmes éducatifs de 47 Etats se serait avéré périlleux en raison des barrières documentaires et linguistiques. Il aurait été possible de sélectionner certains Etats mais une telle démarche aurait nécessairement été arbitraire. Ensuite, les systèmes éducatifs nationaux sont différents. C'est pour cette raison, clairement identifiée par la Cour européenne des droits de l'Homme, que les autorités nationales bénéficient d'une ample marge d'appréciation dans la mise en œuvre de l'article 2 du Protocole additionnel. Dans l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark* du 7 décembre 1976[105], la Cour justifie la liberté des Etats en jugeant que « *la définition et l'aménagement du programme des études* [est] *un problème d'opportunité sur lequel* […] *la solution peut légitimement varier selon les pays et les époques* »[106].

40. Cette variation concerne notamment l'organisation et la gouvernance des structures d'accueil existantes dans les différents Etats parties pour garantir l'article 2 du Protocole additionnel. Par exemple, en France, l'Etat définit lui-même les programmes d'enseignement et procède au recrutement des enseignants[107]. En Allemagne, cette tâche est partagée entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés[108]. Ce partage de compétences est également connu en Italie

---

[103] Sur cette question, voir SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2014, 794 p. Sur ce sujet, voir aussi SUDRE (F.), « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme », in RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2008, 285 p., spéc. pp. 171 – 191.

[104] DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 280.

[105] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 51.

[106] *Ibid*. § 53.

[107] https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/France:Overview (mis à jour le 4 juillet 2014).

[108] https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/Germany:Overview (mis à jour le 7 juillet 2014).

entre l'Etat central et les Régions[109]. En Angleterre, le gouvernement central dispose d'une large compétence en la matière mais qui n'exclut pas celles des autorités locales[110].

41. Des différences significatives entre les Etats Parties à la Convention existent également au sujet de l'enseignement privé. Le plus souvent confessionnels, les établissements privés ne font pas l'objet des mêmes préoccupations selon les Etats concernés. Ce constat se vérifie particulièrement au sujet de leur financement. Cette question fit l'objet d'intenses discussions au moment de rédiger l'article 2 du Procole additionnel[111]. Elle est laissée à l'appréciation des autorités étatiques qui décident librement du montant alloué et de sa destination[112]. L'article 33§2 de la Constitution italienne de 1947 reconnaît ainsi pour « *les organismes et les particuliers* […] *le droit de créer des écoles et des instituts d'éducation, sans charges pour l'Etat* ». D'autres Etats soumettent ce type de financement à la conclusion d'un contrat entre eux et l'établissement en question. Cette solution a été adoptée en France qui distingue entre les établissements privés hors contrat et sous contrat[113]. En Espagne aussi, « *tout financement public est subordonné à la conclusion d'un contrat* [celui-ci consacrant] *l'engagement financier de l'Etat et l'engagement pédagogique de l'établissement* »[114]. L'accès aux moyens d'instruction existants obéit lui-aussi à des règles différentes. Par exemple, la scolarité est obligatoire de 6 à 16 ans en France[115], ou en Italie[116], lorsqu'elle est imposée pour une durée de 8 ans en Croatie[117].

42. Le processus d'instruction est trop culturellement enraciné pour pouvoir faire l'objet d'une étude systématique. Les programmes d'enseignement sont fixés selon les particularités de chaque Etat. A titre d'illustration, l'enseignement des langues régionales sera facilité dans un pays qui, comme l'Espagne, reconnait constitutionnellement ses minorités. Concentrer l'étude sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – dont l'objectif est

---

109 https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/Italy:Overview (mis à jour le 4 août 2014).

110 https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/United-Kingdom-England:Overview (mis à jour le 7 juillet 2014).

111 Voir *supra* §§ 16 – 23.

112 En ce sens, voir DELHAXE (A.), CASSIDY (E.), SACRE (A.), *L'enseignement privé dans l'Union europénne. Organisation, administration et rôle des pouvoirs publics*, Bruxelles, Education et culture (Socrates Eurydice), 2000, 140 p., spéc. p. 24.

113 Sur cette question voir par exemple TOULEMONDE (B.), « L'enseignement privé », in TOULEMONDE (B.) (dir.), Le système éducatif en France, Paris, La documentation française, Coll. Les notices, 2009, 3ème édition, 322 p., spéc. pp. 253 – 264, spéc. p. 253.

114 HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Etat et religions en Europe*, Grenoble, P.U.G., 2000, 150 p., spéc. p. 101.

115 Article L. 131-1 du code de l'éducation.

116 https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/Italy:Redirect (mis à jour 4 août 2014).

117 https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/Croatia:Organisation_and_Governance (mis à jour 17 janvier 2014).

d'établir un seuil minimal de protection – permet d'apporter un élément commun à l'ensemble des systèmes éducatifs nationaux. En analysant la grille de lecture déterminée au fil de la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention, l'étude a pour objectif de définir le seuil minimal de protection que les Etats doivent respecter.

43. Limitée, la place du droit interne n'est cependant pas totalement exclue. La diversité des systèmes éducatifs permet d'expliquer certaines positions retenues par la Cour. Par exemple, la sauvegarde du pluralisme éducatif exigée des Etats Parties implique une obligation de neutralité[118]. Cependant, cette notion est interprétée diversement selon les pays. La France et la Turquie en ont, à travers la notion de laïcité, une conception stricte, refusant la présence du religieux dans les établissements publics. D'autres Etats ont une approche plus souple de cette question. La Cour doit donc prendre en compte cette diversité afin de s'assurer que les exigences tirées de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel sont appliquées dans l'ensemble des Etats Parties. C'est sur ces critères minimums de protection que l'étude propose de se concentrer.

§ 3. Objectif de l'étude

44. En raison des controverses entourant l'article 2 du Protocole additionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme ne peut emprunter les « *voies de son dynamisme interprétatif* »[119] de façon inconsidérée. Comment les juges ont-ils donc fait pour promouvoir le droit à l'instruction tout en respectant la nécessaire marge d'appréciation des Etats en la matière ? L'étude de leur jurisprudence démontre que, tout en étant efficaces, ils n'abusent pas de leurs prérogatives, faisant à la fois œuvre de prudence et d'initiative dans leur mission. La fréquence du contentieux présenté à la Cour européenne des droits de l'Homme et l'intérêt porté par plusieurs travaux[120] sur la question justifie qu'une étude globale en la matière soit

---

118 En ce sens voir ERRERA (R.), « La Convention et les problèmes de la laïcité et de l'enseignement », préc., p. 582.

119 SUDRE (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2001, n°28, I 335.

120 En ce sens voir, GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., pp. 1003 – 1010 ; LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., pp. 481 – 498 ; DUPUY (P. –M.), BOISSON DE CHARZOUNES

menée. Cette thèse a pour ambition de proposer une analyse systématique de la grille de lecture dessinée par la Cour européenne des droits de l'Homme et de comprendre l'interprétation qu'elle fait de l'article 2 du Protocole additionnel.

45. Le droit à l'instruction nécessite une protection particulière car il revêt les caractères d'un droit matriciel. Il engendre « *d'autres droits de portée et de valeurs différentes* »[121] et possède également « *une valeur initiale nourrissante, formatrice et protectrice des jeunes esprits* »[122]. Par conséquent, sa garantie constitue un préalable au bénéfice concret des autres droits et libertés de la pensée. En effet, comment bénéficier pleinement de la liberté de pensée, de conscience et de religion inscrite à l'article 9 de la Convention, ou de la liberté d'expression inscrite à l'article 10, sans que la formation intellectuelle et morale de l'individu ait été correctement protégée ? C'est avec cette volonté de garantir à tout individu, sans distinction, le plein épanouissement de ses capacités et de sa personnalité que la Cour interprète l'article 2 du Protocole n°1.

46. Cette interprétation est essentielle à la sauvegarde de la démocratie. L'idée était déjà présente à Athènes où l'instruction « *est parvenue à donner à tous les citoyens ce haut niveau de culture qui les rendait capables de s'intéresser aux affaires politiques* »[123]. La protection des droits de la pensée contenus dans la Convention serait vaine si leurs titulaires ne se voient pas garantir correctement le droit de recevoir un enseignement et de déterminer librement leur avenir en fonction des valeurs avec lesquelles ils ont été éduqués. Cette interprétation pérennise également la formation de citoyens qui est indispensable à la sauvegarde d'une société démocratique. Dès les lendemains de la Révolution française, l'importance de leur instruction était soulignée. S'adressant aux représentants du peuple, CONDORCET disait : « *Si les citoyens, lorsqu'on cite un fait, lorsqu'on leur allègue une loi, un exemple, lorsque ce fait, cette loi, cet exemple sont ensuite contestés, ne savent pas comment ils pourraient les vérifier par eux-mêmes, ne les réduisez-vous point à n'avoir ni une opinion, ni une volonté propre ; et dès lors cet exercice de leurs droits est-il réel* »[124] ?

(L.), « Article 2 », préc., pp. 999 – 1010 ; WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., 41 p.

121 MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 211 – 212, spéc. p. 211.

122 GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 1004.

123 VIAL (J.), *Histoire de l'éducation*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 2010, 127 p., spéc. p. 16.

124 CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, préc., p. 349.

47. Au-delà de la formation du citoyen, l'instruction est une condition indispensable à l'épanouissement de l'Homme[125]. Jean-Jacques ROUSSEAU écrivait en ce sens que « *nous naissons faibles, nous avons besoin de force ; nous naissons dépourvus de tout, nous avons besoin d'assistance ; nous naissons stupides, nous avons besoin de jugement. Tout ce que nous n'avons pas à notre naissance et dont nous avons besoin étant grands, nous est donné par l'éducation* »[126]. Cette position suit celle décrite en 1693 par John LOCKE. Conseillant un père de famille, il disait que « *le jour venu où, préoccupé de l'éducation de votre enfant, vous chercherez un maître d'école ou un précepteur* […] *cherchez donc quelqu'un qui sache discrètement former les mœurs de son élève ; mettez enfin votre enfant en telles mains que vous puissiez, dans la mesure du possible, garantir son innocence, développer et nourrir ses bonnes inclinations, corriger doucement et guérir les mauvaises, et lui faire prendre de bonnes habitudes* »[127]. La Cour européenne des droits de l'Homme semble donner une dimension supplémentaire à ces aspirations en faisant évoluer avec succès la protection du droit à l'instruction.

48. Son pouvoir d'appréciation n'est cependant pas illimité. Les difficiles discussions préliminaires à la rédaction de cette disposition commandent aux juges de ne pas mobiliser leurs outils classiques d'interprétation sans prendre en compte les conditions dans lesquelles le droit à l'instruction a été consacré. Les juges doivent donc concilier leur volonté de promouvoir le droit à l'instruction avec la fermeté initiale des rédacteurs du Protocole refusant que certaines obligations soient mises à la charge des Etats[128]. Le pouvoir des juges se trouve ainsi encadré confirmant « *l'interdépendance des forces en présence : celle de la Cour européenne et celle des Etats Parties* »[129]. Ce constat découle de la notion de pluralisme inhérente au fonctionnement de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette dernière « *s'applique* […] *à un espace européen vaste et hétérogène* [qui] *se caractérise à l'évidence par la diversité des mœurs, des valeurs éthiques, des structures juridiques, des pratiques administratives, des héritages historiques, en bref, des traditions nationales* »[130].

---

125 En ce sens, voir PLATON, *La République. Livre VII*, Paris, Librairie Hachette, 1877, 179 p.

126 ROUSSEAU (J.-J.), *Emile ou de l'éducation*, Paris, Flammarion, 1966, 629 p., spéc. pp. 36 – 37.

127 LOCKE (J.), *Quelques pensées sur l'éducation*, Paris, Librairie Hachette, Coll. des principaux ouvrages pédagogiques français et étrangers, 1904, 350 p., spéc. p. 239.

128 Voir *supra* §§ 18 – 20.

129 DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 25.

130 SUDRE (F.), « Le pluralisme saisi par le juge européen », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2010, 378 p., spéc. pp. 33 57, spéc. p. 34. Dans le même sens voir LEVINET (M.), « Propos introductifs », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, préc., pp. 1 – 9, spéc. p. 3.

Celles-ci doivent être prises en compte par la Cour au moment d'interpréter l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention. Cette dernière « *n'impose aucune "uniformité absolue"et il peut y avoir en conséquence une grande variété de solutions nationales sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention* »[131]. Les juges fixent des standards communs de protection capables d'être respectés par tous les Etats malgré la diversité des traditions nationales. Dans cette mission, ils font néanmoins preuve d'activisme dans la mesure où ces standards offrent une protection élevée de l'article 2 du Protocole additionnel. En effet, exceptées les résistances quant à la création ou au financement de moyens d'instruction particuliers, le périmètre d'interprétation de la Cour est suffisamment large pour lui permettre de protéger efficacement le droit à l'instruction.

49. Dans ce cadre, la Cour accorde une priorité au droit d'accès des individus – élèves ou étudiants - aux moyens d'instruction. Si l'Etat, grâce à la théorie des limitations implicites, peut s'ingérer dans l'exercice du droit à l'instruction, les mesures restrictives ne seront conformes à la Convention qu'à la condition qu'elles soient proportionnées[132] et, surtout, qu'elles n'en atteignent pas la substance[133]. En raison de cette importance, la Cour s'oppose aux réglementations étatiques excessives, mais également à certaines revendications des parents pour leurs enfants. En effet, « *l'article 2 forme un tout que domine sa première phrase* »[134]. Autrement dit, dès lors que le respect du droit contenu à la seconde phrase conduit à annihiler le droit des enfants à accéder aux moyens d'enseignement, les convictions revendiquées ne sont pas prises en compte. Si aucun risque sur le droit de l'enfant à l'instruction n'est constaté, les juges peuvent faire preuve d'initiative en incitant les Etats à mettre en place des mécanismes correctifs. La Cour fera cependant preuve d'autolimitation dès lors que les revendications auront pour objet d'obliger l'Etat à créer ou financer des moyens d'instruction particuliers.

---

131 SUDRE (F.), « Le pluralisme saisi par le juge européen », préc., p. 51.

132 Pour une analyse complète du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour, voir VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux*, préc., 785 p. Voir également MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005, 734 p.

133 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. Voir en ce sens, par exemple, Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 41 ; Cour E.D.H., 7 février 2006, *Mürsel Eren contre Turquie*, req. n°60856/00, § 46 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, req. n°43370/04, 18454/06, 8252/05, § 140.

134 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc.

50. En garantissant en priorité le droit à l'instruction inscrit à la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme privilégie le droit de chacun d'accéder aux moyens d'instruction existants. Les juges interprètent ainsi cette disposition conformément au principe d'universalisme qui guide la Convention. Cette notion « [affirmant] *que tous sont semblables* […] *impose par conséquent de respecter également tous les individus* »[135]. Dès lors, peu importent les différences entre eux, l'accès aux moyens d'instruction doit leur être garanti dans les mêmes conditions. Mais ces différences sont tout de même prises en compte car « *l'idée d'universalité des droits et libertés* […] *se heurte au fait que chaque homme demeure marqué par la culture que constitue son humanité particulière* »[136]. L'obligation faite aux autorités étatiques de garantir l'accès de tous, dans les mêmes conditions, aux moyens d'instruction existant à un moment donné implique également de leur part le respect des convictions et des croyances des usagers. Les élèves et les étudiants doivent pouvoir s'épanouir librement dans un environnement serein où aucune doctrine (religieuse, philosophique, politique ou morale) n'est privilégiée. L'interprétation retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme pour garantir le droit à l'instruction semble conduire au constat suivant : la garantie d'un droit universel à l'instruction implique la garantie d'un droit à une instruction pluraliste.

51. Le pluralisme, valeur essentielle d'une société démocratique[137], suppose qu'une attention particulière et un traitement identique soient accordés aux croyances de chacun. Un Etat dans lequel une doctrine unique serait enseignée et privilégiée écartant toutes les convictions contraires, en méconnaissance des règles d'objectivité et de pluralisme, serait considéré comme totalitaire. La Convention et la Cour européenne des droits de l'Homme évitent une telle perspective. C'est la raison pour laquelle les parents, qui assument en priorité l'éducation et l'enseignement de leurs enfants, ont droit au respect de leurs convictions. Les enfants, à qui ils ont transmis, par l'éducation, leurs valeurs, ne doivent pas se sentir exclus en raison de leur particularité philosophique ou religieuse. Il en va ainsi de la sauvegarde du

---

135 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2007, 398 p., spéc. pp. 163 – 194, spéc. p. 166.

136 LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 291.

137 En ce sens, voir, Cour E.D.H., Gde Chbre, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, req. n°19392/92, § 43 et § 45, note DUARTE (B.), « Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 301 – 350 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°6, obs. LEVINET (M.)

pluralisme éducatif inhérent à toute société démocratique[138]. La Cour veille donc à ce que les autorités étatiques protègent les enfants de toute pression extérieure allant à l'encontre des convictions avec lesquelles leurs parents les éduquent. Pour cela, « *le principe de neutralité* [qui] *constitue* […] *l'un des meilleurs moyens de respecter les différences de manière égale* »[139] est privilégié par la Cour. Cependant, cette dernière est constamment préoccupée par le respect des traditions nationales et adapte, en conséquence, son dynamisme interprétatif. Les solutions dégagées, bien qu'utiles à la promotion et à la sauvegarde du droit à l'instruction, ne doivent pas s'opposer à des principes structurants des Etats ou leur imposer des obligations qu'ils ne pourraient pas respecter, faute de moyens suffisants.

52. La thèse défendue a donc pour objectif de démontrer qu'aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme le droit à l'instruction vise au plein épanouissement de la personne humaine. A cette fin, une grille de lecture pertinente a été établie par la Cour depuis l'*Affaire linguistique belge*[140]. Celle-ci est efficace car elle assure à chacun le droit d'accéder aux moyens d'instruction dans le respect de leur identité. Elle confirme même que la protection d'un droit universel à l'instruction oblige les autorités étatiques à respecter le pluralisme d'une société démocratique. Pour cela, les juges imposent des objectifs de protection élevés aux Etats Parties tout en parvenant systématiquement à concilier leur marge nationale d'appréciation avec la protection effective du droit à l'instruction. Sa garantie concrète a conduit la Cour à exploiter l'ensemble des capacités de l'article 2 du Protocole additionnel. Cette disposition reconnaissant à toutes personnes placées sous la juridiction d'un Etat Partie le droit à l'instruction, les juges ont fixé le cadre s'imposant aux Etats pour garantir à tous son bénéfice. En condamnant régulièrement les Etats restreignant abusivement l'accès aux moyens d'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme protège le principe d'égalité et garantit un droit universel à l'instruction. Cette démarche a constitué le point de départ de l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. Elle a ensuite été complétée, naturellement, par la garantie d'une instruction pluraliste. L'ouverture à tous dans les mêmes conditions des structures d'enseignement existantes suppose l'égalité de traitement de chacun peu importe leurs différences. La Cour a donc imposé aux autorités scolaires, toujours dans le respect de leur légitime marge d'appréciation en la matière, des obligations

---

138 Sur cette notion, voir JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Université Montpellier 1, Monéditeur.com, 2006, 713 p.

139 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 171.

140 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

permettant à toute personne le droit d'exploiter ses capacités, dans les mêmes conditions, sans craindre d'être stigmatisée en raison de ses particularités propres.

53. La garantie d'un droit universel à l'instruction (Partie 1) dont découle la garantie d'un droit à une instruction pluraliste (Partie 2) constituent les deux aspects essentiels du travail d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme pour protéger le droit à l'instruction.

PARTIE 1.
LA GARANTIE D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

54. Le droit à l'instruction revêt une importance fondamentale dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Il ne se limite pas simplement à garantir l'accès aux moyens d'instruction existants ni à la sauvegarde des convictions philosophiques et religieuses des parents. Il participe aussi au bénéfice des autres droits contenus dans la Convention. La garantie d'une instruction de qualité permet en effet à l'individu de faire ses propres choix en déterminant lui-même ses convictions religieuses, ou en exprimant sa propre opinion. L'affirmation de droits et libertés aussi essentiels que les libertés de la pensée serait vaine si leurs destinataires ne pouvaient les exploiter librement. Le droit à l'instruction est là pour assurer à chacun le bénéfice effectif de ces droits. Il doit donc être protégé de la même façon pour tout le monde.

55. Le caractère universel des droits de l'Homme plaide en ce sens car « *si tout homme a des droits du seul fait qu'il est un être humain, alors tous les hommes sans exception doivent en bénéficier, quel que soit le lieu, quelle que soit l'époque* »[141]. L'égalité est le principe fondamental qui doit être au centre de l'étude du droit à l'instruction. Depuis *l'Affaire linguistique belge*[142], la Cour européenne des droits de l'Homme a imposé aux Etats des obligations positives propres à garantir l'universalité de ce droit. Les obligations mises à leur charge prennent cependant en compte le contenu des travaux préparatoires. En aucun cas, il ne peut leur être exigé de créer ou de financer des moyens d'instruction particuliers.

56. Néanmoins, pour assurer l'effectivité du droit à l'instruction, d'autres actions positives des autorités étatiques peuvent être exigées. La réglementation étatique doit assurer la reconnaissance officielle des études accomplies mais aussi – et surtout – un égal accès aux moyens d'instruction existants. Le recours à la théorie des obligations positives est utile pour

---

141 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 163.

142 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

affirmer la protection d'un droit à l'instruction pour tous. L'égalité formelle est donc le principal outil permettant la garantie d'un droit universel à l'instruction (Titre 1).

57. L'application à tous des mêmes règles ne permet cependant pas une garantie identique du droit à l'instruction. Les affaires dont les juges de Strasbourg ont eu à traiter ont permis de constater l'absence d'automaticité entre l'application de règles communes et la garantie concrète et effective du droit à l'instruction[143]. Cela confirme que si tous les élèves ou étudiants « *doivent être traités de la même façon par le droit, la stricte égalité devant la loi ne permet pas* […] *de tenir compte des différences de situations* »[144]. Or, chacun, peu importe sa différence – que celle-ci soit subie ou affirmée –, doit être en mesure de revendiquer son droit à une instruction de qualité. A ce stade du raisonnement, seule la différenciation subie sera étudiée car elle correspond à la situation dans laquelle des inégalités factuelles existent. Ces dernières devraient être effacées par une réglementation étatique spécifique pour garantir à tous – et de manière effective – le droit à l'instruction. La prise en compte des différenciations affirmées correspond davantage à la volonté de sauvegarder un pluralisme indispensable à toute société démocratique[145]. La Cour européenne des droits de l'Homme invite donc les Etats à corriger ces inégalités de fait pour garantir l'efficacité de la protection conventionnelle du droit à l'instruction[146]. Les mécanismes mis en place à cette fin ne doivent cependant être que secondaires. Ils ne pourront être actionnés que pour rétablir une égalité de fait. La prise en compte de l'égalité réelle apparaît alors comme un outil accessoire d'un droit universel à l'instruction (Titre 2).

---

143 Voir en ce sens les affaires relatives à la scolarisation des élèves roms (par exemple, Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, req. n°57325/00, note DUBOUT (E.), « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), 13 novembre 2007 », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 821 – 857). Voir *infra* §§ 231 et s.

144 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 176.

145 Voir *infra* §§ 409 et s.

146 En ce sens voir, REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc. : « *Les conventions internationales et le droit interne ont ainsi consacré des droits dont l'exercice est adapté à ces situations particulières, généralement pour en renforcer les garanties s'agissant le plus souvent de situations de vulnérabilité plus grande* », p. 176.

TITRE 1.
L'EGALITE FORMELLE, OUTIL PRINCIPAL D'UN DROIT UNIVERSEL À L'INSTRUCTION : LE RECOURS UTILE AUX OBLIGATIONS POSITIVES

59. La première phrase de l'article 2 du protocole additionnel consacre l'existence d'un droit universel à l'instruction. Cela suppose que toute personne ayant vocation à bénéficier de la protection offerte par la Convention puisse en jouir dans des conditions identiques pour s'épanouir librement. Pour en assurer la garantie effective, les juges de Strasbourg ont dégagé l'obligation positive[147] de garantir « *un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné* » à toute personne relevant de la juridiction d'un des Etats Parties à la Convention[148]. Plus largement, cette obligation s'étend même à tous les « *moyens d'instruction existant à un moment donné* »[149].

60. Ces « *moyens* » n'ont jamais fait l'objet d'une définition précise par la Cour européenne des droits de l'Homme. L'interprétation qui a pu en être donnée tend toutefois à démontrer qu'il revient d'abord aux Etats le soin d'assurer le droit à l'instruction des particuliers. Celui-ci se déterminerait alors « *par rapport aux conditions de droit interne régissant l'accès à ces établissements* »[150]. Conformément au principe de subsidiarité[151] dont découle la marge

---

147 Pour une étude de cette notion, voir SUDRE (F.), « Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 1995, pp. 363 – 384 ; CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 2001, 348 p. ; MADELAINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., 572 p.

148 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

149 Cette formulation est extraite de l'*Affaire linguistique belge* (Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.). La protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel s'étend au-delà des établissements d'enseignement scolaire. L'enseignement à domicile rentre dans le champ d'application du droit à l'instruction. La Commission européenne des droits de l'Homme a eu à connaître d'une telle situation dans sa décision *Famille H. contre Royaume-Uni*. En l'espèce, l'article 2 du Protocole n°1 a trouvé à s'appliquer s'agissant du contrôle de connaissance d'un enfant dyslexique instruit à domicile (Comm. E.D.H., 6 mars 1984, *Famille H. contre Royaume-Uni*, req. 10233/83).

150 VERHOVEN (J.), « Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'Homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », préc., p. 362.

151 Sur cette notion, voir, notamment, SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, Coll. Droit et justice, 2014, 412 p.

d'appréciation des Etats[152], la Cour de Strasbourg fixe le cadre dans lequel ces derniers doivent assurer cette protection tout en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir. Plus précisément, « *sous son aspect droit d'accès, l'article 2 du Protocole paraît se contenter d'"assumer" les droits que les particuliers tiennent de leur législation interne* »[153]. Le droit à l'instruction tel que garanti par la Convention n'apparaîtrait donc pas comme « *un droit abstrait de tous à accéder à tous les établissements* »[154] mais un droit concret qui doit s'exercer dans les structures déjà existantes et créées par les Etats. L'application de l'article 2 du Protocole additionnel ne diffère donc pas de celle des autres droits et libertés garantis par la Convention et obéit au principe de subsidiarité. En la matière aussi, « *les instances de Strasbourg* […] *imposent* [aux autorités étatiques] *une simple obligation de résultat, les laissant libres de choisir les moyens adéquats pour mettre en conformité l'ordre juridique national avec les exigences de la Convention* »[155]. Celles-ci peuvent être précisées par des obligations positives propres à garantir à tous l'effectivité de la protection du droit à l'instruction. Il nous reviendra donc de les identifier (chap. 1) avant d'étudier la manière dont elles sont mises en oeuvre (chap. 2).

---

152 Dans l'arrêt *Handyside* de 1976, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que « *les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis* » de l'ensemble des droits contenus dans la Convention, y compris donc le droit à l'instruction (Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, req. n°5493/72, § 48 ; G.A.C.E.D.H.,6ème édition, n°7, obs. SUDRE (F.) ; note COHEN JONATHAN (G.), « Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1976-1977 », *C.D.E.*, 1978, pp. 350 - 359). Pour une étude précise de cette notion, voir KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préc., 480 p., ou encore VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux*, préc., 785 p.

153 VERHOVEN (J.), « Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'Homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », préc., p. 362.

154 *Ibid*., p. 362.

155 KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme,* préc., p. 97.

CHAPITRE 1.
L'IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS POSITIVES ASSURANT LE RESPECT D'UN DROIT UNIVERSEL À L'INSTRUCTION

61. Les obligations positives imposées aux autorités étatiques pour garantir l'effectivité du droit à l'instruction ont été dégagées dans l'*Affaire linguistique belge*[156]. En l'espèce, des pères et mères de famille francophones de nationalité belge souhaitaient que leurs enfants reçoivent un enseignement en langue française. Ils reprochaient notamment à l'Etat belge « *de refuser d'homologuer les certificats d'études délivrés* » par des établissements de langue française ou encore, de « *fermer* [à leurs] *enfants l'accès aux classes françaises existant en certains endroits* ». Saisie de ces différents griefs, la Cour a eu l'occasion de définir les contours du droit à l'instruction avant de répondre précisément aux griefs formulés par les requérants. Elle a jugé que la législation belge en tant qu'elle « *empêche certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langues française existant* » était contraire à l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel. Le constat de violation de la Convention a été prononcé à une courte majorité de huit voix contre sept. Les autres griefs n'ont pas été considérés comme constituant des violations de la Convention et ce, à l'unanimité.

62. Dans cet arrêt, les juges ont tenu à fixer un cadre général pour « *déterminer le contenu de ce droit et l'étendue de l'obligation qui en découle pour les Etats* »[157]. Tout en reconnaissant la nécessité d'une marge d'appréciation[158], les juges ont appliqué l'idée classique selon laquelle « *certains droits fondamentaux dépendent pour leur réalisation de*

---

156 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

157 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. Il est à noter que les obligations qui incombent aux autorités étatiques pour respecter les dispositions de la Convention peuvent être classées en trois catégories : « *obligation de respecter (de ne pas porter atteinte au droit), obligation de mettre en œuvre (prendre les mesures législatives, réglementaires, autres, afin d'assurer la jouissance concrète du droit), obligation de protéger (prendre des mesures afin que des tiers ne portent pas atteinte au droit)* », SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., pp. 260 – 261.

158 La Cour a pu juger que « *le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus* » ; Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

l'intervention du législateur »[159]. En effet, « *pour le juge européen, les obligations positives se caractérisent avant tout par ce qu'elles exigent concrètement des autorités nationales* »[160], c'est-à-dire « *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu* »[161]. Cette étape est importante dans la mesure où elle permet de « *fournir à l'individu les conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits* »[162]. Le droit à l'instruction ne fait pas ici figure d'exception.

63. A l'inverse de la Commission[163], la Cour européenne des droits de l'Homme a dégagé deux obligations positives mettant « *tous les individus en situation de pouvoir développer librement leur activité personnelle dans l'ordre matériel, intellectuel et moral* »[164]. La première est de garantir « *un droit d'accès aux établissements scolaires* » et plus précisément « *le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné* »[165] (section 1). La seconde constitue « *le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies* » (section 2).

---

159 CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préc., p. 218.

160 AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les Droits de l'Homme, n°7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, 72 p., spéc. p. 7.

161 Cour E.D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, req. n°16798/90, § 51, G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°3, obs. SUDRE (F.).

162 SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., p. 258.

163 Comm. E.D.H. (rapport), 24 juin 1965, *Affaires linguistiques belges contre Belgique*, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

164 DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. Liberté publiques*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Cie, 1925, 2ème édition, 703 p., spéc. p. 2.

165 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

SECTION 1.
LA GARANTIE D'UN DROIT D'ACCÈS AUX MOYENS D'INSTRUCTION

64. Sa qualité d'obligation positive fut refusée par le Juge Terje WOLD dans son opinion en partie dissidente. Selon lui, il n'est pas valable de consacrer au titre d'une obligation positive le « *droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné* ». Effectuant un raisonnement par analogie avec les articles 9 et 10 de la Convention, il estima que « *ces droits n'imposent aux Etats membres aucune obligation positive de garantir à chaque citoyen le "droit" de faire usage, par exemple, des églises existantes, dont l'Etat peut être le propriétaire, ou de se servir des moyens d'expression appartenant à l'Etat : imprimeries, journaux ou entreprises de radiodiffusion, de télévision ou de cinéma, etc. Le "droit à l'instruction" a la même portée et la même signification ; il n'implique aucune obligation positive de l'Etat* »[166]. Cependant, à partir du moment où le juge européen dégage des obligations à la charge des Etats pour garantir l'effectivité d'un droit[167], celles-ci doivent être qualifiées de « positives ». En les obligeant à garantir un égal accès aux moyens d'instruction, les autorités étatiques doivent prévoir une réglementation permettant effectivement cette égalité d'accès.

65. Malgré l'importance de cette obligation, ce n'est qu'à travers des jurisprudences ponctuelles que les contours des « *moyens d'instruction existant à un moment donné* » se sont dessinés. L'étude de cette jurisprudence disparate permettra de cerner les moyens d'instruction visés par la protection de l'article 2 du Protocole additionnel (§ 1er) et ceux qui en sont exclus (§ 2nd).

---

166 Opinion en partie dissidente du Juge Terje WOLD sous Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. En ce sens, voir COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 492.

167 SUDRE (F.), « Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 365.

§ 1. ***Les moyens d'instruction visés par la protection de l'article 2 du Protocole additionnel***

66. La protection offerte doit s'inscrire dans les structures déjà existantes (A) et selon les moyens financiers librement accordés par l'Etat (B).

A) UNE PROTECTION PREVUE DANS LA LIMITE DES STRUCTURES SCOLAIRES EXISTANTES

67. Cette limite aux structures scolaires existantes est fidèle au principe de subsidiarité. Conformément aux travaux préparatoires[168], la Cour ne contraint pas les Etats à créer de nouvelles structures. Elle leur fixe simplement des obligations à respecter pour garantir la protection concrète du droit à l'instruction à l'intérieur des institutions existantes. En somme, le refus d'accès opposé à un élève pourrait être reproché aux autorités étatiques devant la Cour européenne des droits de l'Homme si toutefois un lien de rattachement de l'établissement avec l'Etat est établi. Cette situation ne pose pas de difficultés particulières pour les établissements publics mais mérite davantage de développements pour les établissements privés (1). Ce préalable vérifié, le droit d'accès aux moyens d'instruction sera alors garanti dans toutes les structures déjà existantes (2).

1. L'attribution à l'Etat de faits commis par un établissement d'enseignement scolaire privé

68. Comme toute juridiction, la Cour européenne des droits de l'Homme ne peut connaître que des recours qui relèvent de sa compétence. Celle *rationae personae* l'oblige à déclarer irrecevable tout recours qui ne serait pas dirigé contre un Etat. L'article 34 de la

---

[168] Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2.

Convention[169] montre en ce sens que « *la requête doit* […] *être dirigée contre un Etat partie et relative à des faits relevant de la juridiction de l'Etat en cause* »[170]. En conséquence, « *seul un Etat partie à la Convention peut faire l'objet d'une requête individuelle devant la Chambre* »[171] en raison de son comportement[172]. Il est donc clair qu'en principe « *l'Etat n'est jamais responsable des faits de particuliers car leurs actes ne peuvent lui être attribués »*[173]. Partant, si la violation de la Convention commise par un établissement d'enseignement scolaire public ne pose pas de problèmes particuliers au regard de son imputation à l'Etat, la solution apparaît cependant moins évidente s'agissant des établissements d'enseignement scolaire privés[174].

69. La Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est pourtant pas véritablement interrogée à ce sujet, semblant même accepter facilement qu'un Etat puisse voir sa responsabilité être engagée sur ce motif[175]. Trois fondements pourraient néanmoins être envisagés pour rattacher à l'Etat la violation de la Convention par un établissement privé : l'exercice de prérogatives de puissance publique (a), la participation au service public de l'enseignement (b), ou l'effet horizontal de la Convention (c).

---

169 Cet article dispose que « *la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale, ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles* ».

170 RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des Droits de l'Homme. Contentieux européen*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2010, 4ème édition, 478 p, spéc. p. 415.

171 SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., p. 756.

172 DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, 8ème édition, 1709 p., spéc. p. 869. Pour qu'un Etat se voit attribuer une violation d'un traité international comme la Convention, cette violation doit être le fait « *de tous* [ses] *actes, provenant d'organes (au sens large) très différents, à condition bien entendu que* […] *ces organes aient agi* ès qualités », DIPLA (H.), *La responsabilité de l'Etat pour violation des Droits de l'Homme – Problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, Coll. Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, 1994, 116 p., spéc. p. 17.

173 DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, préc., p. 869.

174 Une précision terminologique doit ici être apportée. Comme l'affirme Bernard TOULEMONDE, « *les établissements sont privés, mais l'enseignement qu'ils délivrent ne relève pas d'une entité parallèle et concurrente de l'enseignement public* », TOULEMONDE (B.), « L'enseignement privé », préc., p. 253.

175 Par exemple, voir Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, req. n°13134/87, note LARRALDE (J–M.), « La Cour européenne des droits de l'Homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 277 – 300.

a. L'exercice de prérogatives de puissance publique comme critère d'engagement de la responsabilité de l'Etat

70. L'article 5 du projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international[176] dispose que « *le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au sens de l'article 4*, *mais qui est habilité par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international* » [177]. Selon les commentaires de l'article 5, « *le terme générique "entité" traduit la grande diversité des organismes qui, bien que n'étant pas des organes de l'Etat, peuvent être habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique* »[178]. Appliqué au domaine de l'instruction, ce raisonnement oblige à déterminer si les établissements d'enseignement scolaire privés exercent ou non des prérogatives de puissance publique. Dans l'affirmative, ils doivent être considérés comme un démembrement de l'Etat et leurs actes fautifs engageraient la responsabilité de ce dernier pour violation de l'article 2 du Protocole additionnel.

71. Cette qualification les empêcherait cependant de mettre en cause la responsabilité de l'Etat. Par exemple, la recevabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme d'une requête dirigée par une collectivité territoriale contre son Etat est irrecevable. C'est le constat qui ressort de la décision du 23 novembre 1999, *Section de Commune d'Antilly contre France*. Cette dernière invoquait la violation de l'article 6§1 parce qu'elle ne disposait pas de moyens financiers suffisants pour assurer sa défense. Pour la Cour, la requête était irrecevable car elle échappait à sa compétence *rationae personae*. Eu égard à sa mission - « *la gestion de biens et de droits collectifs, patrimoine attaché à un territoire déterminé, dans l'intérêt général et non individuel de ses habitants* » - les juges ont estimé qu'« *une section de*

---

176 Assemblée générale des Nations unies, 12 décembre 2001, *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Résolution n°56/83.

177 L'article 4 vise expressément le comportement des organes de l'Etat, peu importe que « *cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat* ».

178 CROWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 461 p., spéc. p. 120. Dans le même sens, voir DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, préc. : « *Les personnes morales de droit privé investies de prérogatives de puissance publique* [font partie] *de ces entités très diverses que l'on regroupe sous le vocable de "démembrements de l'Etat"* », p. 868.

commune constitue une personne morale de droit public, qui exerce une partie de la puissance publique et doit être qualifiée, aux fins de l'article 34 de la Convention, d'organisation gouvernementale »[179]. Elle ne peut donc introduire une requête individuelle contre son Etat.

72. La Cour européenne de droits de l'Homme ne s'est pas prononcée sur cette question pour un établissement d'enseignement. Ce silence laisse donc planer le doute sur la reconnaissance d'un tel fondement pour engager la responsabilité de l'Etat devant elle. En France, la question a reçu une réponse précise puisqu'il a été jugé que « *si les établissements privés d'enseignement sous contrat d'association participent à la mission de service public de l'enseignement, ils ne sont investis d'aucune prérogative de puissance publique* »[180]. Ainsi, la décision d'un chef d'établissement d'exclure définitivement un élève ne résulte pas de l'exercice d'un tel pouvoir. En se fondant sur le critère dégagé par le Tribunal des Conflits français, un particulier ne pourrait engager la responsabilité de l'Etat au motif de la violation par un établissement privé de l'article 2 du Protocole additionnel. Mais, l'absence de positionnement de la part des juges de Strasbourg sur cette question oblige à étudier une autre solution : la participation au service public de l'enseignement.

b. <u>La participation au service public de l'enseignement comme critère d'engagement de la responsabilité de l'Etat</u>

73. Au même titre que les établissements d'enseignement scolaire publics, les écoles privées participent au service public de l'enseignement. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a jamais explicitement fondé sur ce motif la recevabilité d'un recours contre un Etat en raison de l'action d'un établissement privé[181]. La pratique retenue par différents Etats Parties pourrait permettre d'apporter un éclairage intéressant. Mais à nouveau, la probabilité de l'utilisation de ce critère paraît limitée car les établissements d'enseignement scolaire privés ont des rapports différents avec la personne publique selon les Etats.

---

179 Cour E.D.H. (recevabilité), 23 novembre 1999, *Section de Commune d'Antilly contre France*, req. n°45129/98.

180 T.C., 27 novembre 1995, *Cts Le Troedec*, req. n°02963, rec. p. 501.

181 Par exemple, voir Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, req. n°7511/76, 7743/76 Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc.

74. En France, la loi du 31 décembre 1959 *sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés*[182] prévoit leur participation au service public de l'enseignement[183]. Celle-ci s'effectue par voie contractuelle avec l'Etat. Cette participation est graduée en fonction du type de contrat choisi : contrat d'association ou contrat simple. De façon simplifiée, le « *contrat d'association est celui qui organise la coopération la plus poussée de l'établissement au fonctionnement du service public* » alors que « *le contrat simple organise la forme de collaboration la moins poussée entre l'Etat et l'établissement* »[184]. Dans les deux cas, l'Etat contrôle l'activité de ces établissements. En effet, selon les termes de la loi DEBRE, les établissements d'enseignement privés qui concluent un contrat d'association doivent dispenser un enseignement « *selon les règles et programmes de l'enseignement public* »[185]. Le contrat simple, quant à lui, « *entraîne le contrôle pédagogique et financier de l'Etat* »[186]. Une telle surveillance caractériserait le lien entre l'Etat et les établissements privés et justifierait alors l'engagement de la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel.

75. La France n'est pas la seule Partie à la Convention à connaître cette distinction entre les établissements publics et les établissements privés sous contrat. Le système éducatif espagnol comprend également ce type d'institution, appelée « *escuela concertada* » ou encore « *centro privado concertado* ». Selon les termes du préambule de la loi organique du 3 mai 2006, les établissements publics et privés ont les mêmes obligations en matière d'instruction comme, par exemple, l'égalité d'accès[187]. Mais toutes les Hautes Parties contractantes à la Convention ne connaissent pas ce système de contrat. Au Royaume-Uni, l'Etat n'a qu'une faible influence sur les « *publics school* », qui sont en réalité des écoles privées. Une simple immatriculation est nécessaire pour qu'une école privée puisse ouvrir ses portes. Cette formalité purement

---

182 Loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 *sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés*, J.O., 3 janvier 1960, p. 66.

183 Il est avéré que « *les établissements qui ont conclu un contrat avec l'Etat contribuent à l'accomplissement du service public d'enseignement en vertu de la loi* », TOULEMONDE (B.), « Enseignement. - Enseignement privé », *Jcl. Administratif*, Fasc. 233, 2009, § 84.

184 DURAND-PRINBORGNE (C.), *Le droit de l'éducation*, Paris, Hachette Education, 1998, 479 p., spéc. pp. 128 - 129.

185 Article 4 de la Loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 *sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés*, J.O., 3 janvier 1960, p. 66.

186 Article 5 de la Loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 *sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés*, J.O., 3 janvier 1960, p. 66.

187 Le Préambule de la loi organique du 3 mai 2006 proclame ainsi que « *Se trata, en ultima instancia, de que todos los centros, tanto los de titularidad publica como los privados concertados, asuman su compromiso social con la educacion y realicen una escolarizacion sin exclusiones* », Loi organique du 3 mai 2006 *sur l'Education*, B.O.E., 4 mai 2006, p. 17158.

administrative est remplie auprès du ministère de l'Education si les conditions relatives à l'hygiène, à la sécurité et à la pédagogie sont respectées. Présent en amont, l'Etat n'exerce par la suite qu'un contrôle ponctuel de l'activité de l'établissement. Pour reprendre les termes des juges dans l'arrêt *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, le contrôle existe mais les écoles privées « *ne sont pas soumises aux mêmes normes que les écoles publiques* »[188]. La marge de manœuvre laissée aux établissements privés se manifeste alors par plusieurs éléments. Ils déterminent par exemple eux-mêmes leur programme d'enseignement et sélectionnent librement leurs élèves.

76. Le mutisme de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette question et le manque d'uniformité des systèmes éducatifs nationaux invite une nouvelle fois à la prudence. En outre, si ce critère pourrait apparaître le plus adéquat dans un système éducatif comme en France, il ne permet pas encore de prendre en compte l'ensemble des situations. Les établissements hors contrat ne font pas l'objet d'un contrôle de la part de l'Etat et ne peuvent pas, en conséquence, prétendre participer au service public de l'enseignement. Suivant ce critère, leur attitude fautive ne pourrait pas être imputée à l'Etat. Afin d'éviter toute carence dans la protection du droit à l'instruction, un nouveau fondement doit donc être étudié.

c. L'effet horizontal de la Convention comme critère complémentaire d'engagement de la responsabilité de l'Etat

77. L'utilisation de la théorie de l'effet horizontal de la Convention permet de compléter les moyens justifiant la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat en raison du comportement fautif d'un établissement privé[189]. Les manquements à la Convention n'étant pas uniquement le fruit des autorités étatiques, cette théorie permet de couvrir l'ensemble des possibilités de violation, y compris celles résultant du comportement de personnes privées. En d'autres termes, cet effet horizontal « *s'analyse comme une extension de l'opposabilité de droits de*

---

188 Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc., § 19.

189 Pour une étude plus approfondie de cette question, voir : SPIELMANN (D.), *L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 1995, 160 p. Voir également MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse dactyl., Limoges, 2006, 495 p.

l'homme au rapport interindividuels »[190]. *In fine*, elle permet d'assurer « *l'effectivité des droits protégés, y compris contre les agissements des tiers* »[191].

78. Dans le cas des établissements hors contrat, le rattachement à l'Etat par la participation au service public de l'enseignement est impossible. La situation est similaire dans le cas d'établissements privés qui, comme au Royaume-Uni, ne nourrissent que des liens limités avec la personne publique. Les victimes se trouveraient alors dans l'incapacité de faire valoir leur droit à l'instruction devant la Cour européenne des droits de l'homme, ne pouvant rattacher la violation subie à un comportement de l'Etat. Le développement de l'effet horizontal de la Convention a permis de pallier cette carence.

79. Depuis l'arrêt du 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*[192], « *la jurisprudence européenne a largement diffusé, sur le fondement des obligations positives, l'effet horizontal de la Convention au bénéfice, notamment,* […] *du droit à l'instruction* »[193]. Le fait que les autorités étatiques n'aient pas agi pour éviter la violation du droit à l'instruction causée par un établissement privé peut servir de fondement à la mise en jeu de sa responsabilité. Ici, obligation positive et effet horizontal sont liés. Cela n'est pas toujours le cas, notamment lorsque le comportement fautif d'une personne privée a été favorisé par le droit interne. C'est par exemple l'hypothèse de l'arrêt *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*[194] dans lequel les cheminots étaient obligés de se syndiquer pour continuer à exercer leur profession. Dans cette affaire, cette obligation n'avait pas été suivie par les requérants qui avaient donc été licenciés par leur entreprise. Si la violation de la Convention était d'abord imputable à l'entreprise de chemins de fer, la Cour a estimé que « *c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'Etat défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base* »[195]. C'est le non respect d'une obligation négative de l'Etat qui a conduit, indirectement, à la violation de la Convention. La théorie des obligations positives

---

190 PAULIAT (H.), SAINT-JAMES (V.), « La notion d'effet horizontal », in MARGUENAUD (J.-P.) (dir.) *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, Mission « droit et justice », 2001, 253 p., spéc. pp. 75 - 100, spéc. p. 77.

191 G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°3, obs. SUDRE (F.), p. 31.

192 Cour E.D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, préc.

193 SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., p. 262.

194 Cour E.D.H., Plénière, 13 août 1981, *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*, req. n°7601/76, 7806/77.

195 *Ibid*., § 49.

n'est donc ici d'aucune utilité. Elle peut par contre être d'une grande aide lorsque la violation de la Convention par des personnes privées est imputable à l'Etat en raison de son inaction.

80. La théorie de l'obligation positive conduit à reconnaître que « *la responsabilité de l'Etat pourra être engagée non seulement du fait de son ingérence "active" dans tel ou tel droit mais aussi du fait de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait,* [l']*ingérence passive* »[196]. Une logique similaire peut alors être développée à propos de l'effet horizontal de la Convention. En effet, « *les violations purement privées peuvent être imputées à l'Etat du chef de son abstention, le cas échéant équivalant à, ou pouvant être perçue comme, un encouragement, une approbation implicite ou un stimulant des particuliers qui contreviennent aux droits en cause* »[197]. Suivant cette théorie de l'effet horizontal de la Convention, à la suite d'un refus d'accès à un établissement d'enseignement scolaire privé, un individu pourrait invoquer la violation de son droit à l'instruction devant la Cour et rechercher la responsabilité de l'Etat. Plus largement, elle permettrait d'éviter toute carence dans la protection de l'article 2 du Protocole additionnel. Outre les élèves bénéficiant d'un système éducatif dans lequel existent des établissements hors contrat, les élèves inscrits dans des écoles privées dépourvues de tout lien solide avec les autorités nationales, comme au Royaume-Uni, pourront eux-aussi revendiquer le bénéfice du droit à l'instruction. Cette théorie de l'effet horizontal permet de garantir à chacun la jouissance du droit à l'instruction malgré la diversité des systèmes éducatifs nationaux.

81. La Commission a ainsi conclu à la recevabilité de la requête dans l'affaire *Costello-Roberts contre Royaume-Uni* du 13 décembre 1990[198]. En l'espèce, sur le fondement des articles 3 et 8 de la Convention, la mère et l'élève lui-même se plaignirent des châtiments corporels reçus dans une école privée. Cette mesure disciplinaire fut directement exécutée par le directeur de l'établissement. La Commission déclara la requête recevable concernant les griefs mentionnés par le fils de la requérante. Elle estima en effet que « *le Royaume-Uni* [avait] *l'obligation, aux termes de la Convention, de veiller à ce que tous les élèves, y compris ceux d'établissements privés, ne soient pas exposés à des traitements contraires* » aux articles

---

196 SUDRE (F.), « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des Droits de l'Homme », préc., p. 369.

197 SPIELMANN (D.), « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Némesis, Coll. Droit et justice, 1998, 354 p., spéc. pp. 133 – 174, spéc. pp. 153 – 154.

198 Comm. E.D.H., 13 décembre 1990, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, req. n°13134/87.

3 et 8 de la Convention, et ce, alors même que « *l'atteinte au droit protégé* [n'était] *pas directement imputable à l'Etat mais* [était] *le fait d'un tiers – personne privée* »[199]. La théorie de l'effet horizontal permet donc à toute personne relevant de la juridiction d'invoquer efficacement le droit contenu à l'article 2 du Protocole additionnel et ce, dans l'ensemble des structures éducatives déjà existantes. En conséquence, « *l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers* »[200].

2. La garantie d'un droit d'accès aux structures scolaires existantes

82. La protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel s'étend, et se limite, aux seuls « *moyens d'instruction existant à un moment donné* ». Conformément aux travaux préparatoires, cette disposition ne peut servir de fondement aux requérants pour exiger un droit d'accès à l'instruction de leur choix. La Cour n'impose d'ailleurs pas aux Etats la création de structures particulières car « *tous les Etats membres du Conseil de l'Europe avaient à l'époque de l'ouverture du Protocole à leur signature, et ont encore à l'heure actuelle, un système d'enseignement général et officiel* »[201]. Cette position reflète une fois de plus l'expression du principe de subsidiarité. Il revient en premier lieu aux autorités étatiques de choisir les moyens adéquats et pertinents propres à garantir le droit à l'instruction. Le travail des juges de Strasbourg consiste à fixer les obligations, que les Etats seront tenus d'exécuter, pour protéger de manière concrète et effective le droit à l'instruction. La création d'un système éducatif particulier n'en est pas une. Par contre, les autorités nationales doivent « *garantir aux personnes placées sous* [leur] *juridiction* […] *le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné* »[202].

83. La Cour se contente de valider les moyens mis en place par les autorités étatiques. Ainsi a-t-elle simplement constaté dans l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark* que les parents pouvaient inscrire leurs enfants dans des établissements

---

199 SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., p. 266.
200 Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc., § 27.
201 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.
202 *Ibid.*

d'enseignement scolaire publics ou privés ou encore décider de les instruire à domicile[203]. L'affaire *Costello-Roberts contre Royaume-Uni* du 25 mars 1993 peut aussi servir d'exemple significatif car les juges s'étaient simplement bornés à constater que les parents pouvaient offrir à leurs enfants « *une instruction appropriée à domicile, soit les inscrire dans des écoles privées ou publiques* »[204].

84. La Cour se concentre davantage sur la substance du droit à l'instruction. Si les Etats disposent d'une marge de manœuvre pour en assurer la protection, elle porte un regard attentif sur la réglementation pouvant être adoptée pour limiter l'accès à l'enseignement. Dès 1982, il est jugé que « *le droit à l'instruction appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, mais elle ne doit jamais en atteindre la substance* »[205]. En somme, des limitations « *sont implicitement admises tant qu'il n'y a pas d'atteinte à la substance du droit* » à l'instruction[206]. Cette vigilance de la Cour s'applique bien entendu aux établissements du primaire et du secondaire mais elle se prolonge aussi à l'Université. En effet, la protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel s'étend aux étudiants. Il a néanmoins fallu attendre l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie* en 2005 pour que l'application de cette disposition à l'enseignement supérieur soit officiellement consacrée par la Cour. Ainsi avait-il été jugé que « *si la première phrase de l'article 2 énonce pour l'essentiel l'accès aux établissements de l'enseignement du primaire et du secondaire, nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction* »[207]. Dès lors les obligations mises à la charge de l'Etat pour protéger de manière concrète et effective le droit à l'instruction dans l'enseignement primaire et secondaire sont applicables à l'enseignement supérieur. Il serait en effet difficilement concevable d'imaginer « *les établissements de l'enseignement supérieur*

---

203 Dans cette affaire, les juges ont validé la conception du gouvernement danois selon laquelle « *le Danemark n'astreint pas les parents à confier leurs enfants aux écoles publiques : il les laisse libres de les instruire ou faire instruire à domicile et, surtout, de les envoyer dans des établissements privés* » ; Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 50.

204 Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc., § 17.

205 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 41. Sébastien VAN DROOGHENBROECK appuie aussi sur cette condition fondamentale et nécessaire à la sauvegarde du droit à l'instruction. Voir VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux*, préc., p. 162. La Cour a rappelé à plusieurs reprises cette importance. Par exemple : Cour E.D.H., 3 mars 2009, *Temel et autres contre Turquie*, req. n°36458/02, § 41 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, préc., § 140 ; Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, req. n°25851/09, 29284/09 et 64090/09, § 45.

206 Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, préc., § 140. Sur cette question voir *infra* §§ 183 – 195.

207 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 136.

existant à un moment donné [échapper] *à l'empire de la première phrase de l'article 2 du Protocole n°1* »[208].

85. Les autorités nationales se voient donc imposer certaines obligations afin de préserver la substance même du droit à l'instruction. Pour autant, elles ne doivent être exécutées que dans la limite des structures déjà existantes[209]. Ils sont libres des moyens à mettre en place pour en assurer l'effectivité. Il en va de même pour la question du financement de ces structures.

B) UNE PROTECTION PREVUE DANS LA LIMITE DES MOYENS FINANCIERS ACCORDES

86. L'obligation positive de garantir un droit d'accès aux établissements scolaires déjà existant entraîne-t-elle l'obligation pour les Etats de financer les établissements privés pour garantir leur existence ? Certains requérants ont estimé que l'absence de financement public des établissements d'enseignement scolaire privés ne leur permettrait pas « *d'envoyer leurs enfants à l'école* […] *de leur choix car, une fois les écoles municipales créées, les écoles privées religieuses péricliteront faute de subventions officielles* »[210]. Selon leur raisonnement, donc, les parents ne pourraient se servir efficacement des moyens d'instruction existant car, faute de financement, certains établissements allaient disparaître. Les autorités nationales ne respecteraient pas, alors, l'une des obligations nécessaires à la garantie effective du droit à l'instruction. Les instances strasbourgeoises n'ont pas partagé cette opinion. Elles ont affirmé à plusieurs reprises que l'article 2 du Protocole additionnel n'imposait pas une obligation de financement. Les Etats sont libres de subventionner ou de ne pas subventionner les établissements d'enseignement privés. Une nouvelle fois, ils sont maîtres des moyens à mettre en place pour exécuter leurs obligations conventionnelles. Selon la Cour, « *les Parties contractantes ne* [reconnaissaient] *pas un droit à l'instruction qui les obligerait à* […]

---

208 *Ibid.*, § 137.

209 La situation est correctement résumée dans l'affaire *Catan et autres contre Moldavie et Russie*. Les juges ont rappelé que « *les droits énoncés à l'article 2 du Protocole n°1 s'appliquent aux établissements publics comme privés* […]. *De plus, la Cour a déclaré que cette disposition vaut pour les niveaux primaire, secondaire, et supérieur de l'enseignement* », Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre Moldavie et Russie*, préc., § 139.

210 Comm. E.D.H., 9 mars 1977, *40 mères de famille contre Suède*, req. n°6853/74.

subventionner un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminés »[211]. Les juges constatent également que « *quant à l'étendue de ces moyens et à la manière de les organiser ou de les subventionner, la Convention n'impose pas d'obligations déterminées* ». En conséquence, la Cour conclut, sur cette question particulière, qu'« *un tel refus* [de financement] *ne contrevient pas à la première phrase de l'article 2 du Protocole* ».

87. Cette position est conforme à ce que les rédacteurs de la Convention avaient envisagé lors des travaux préparatoires. Certains représentants des Etats Parties avaient craint que cette disposition ait pour effet d'obliger le financement des écoles privées. Par exemple, le représentant du Royaume-Uni se demandait « *dans quelle mesure le droit d'éduquer les enfants conformément aux convictions religieuses et philosophiques des parents impose-t-il aux gouvernements d'organiser ou de subventionner l'enseignement* [privé] »[212] ? La formulation négative de l'article, excluant le droit à une instruction de son choix, et l'interprétation retenue par les organes de contrôle ont permis de ne pas mettre à la charge des Etats une obligation de financement. Pourtant, malgré cette position claire, le contentieux est demeuré abondant. Devant la Commission, la solution n'a cessé d'être confirmée : « *Les Etats n'ont pas une obligation positive* […] *de subventionner une forme particulière d'enseignement pour respecter les convictions religieuses ou philosophiques des parents* »[213]. Certains requérants n'ont cependant pas manqué de soulever des problèmes de compatibilité entre l'absence de financement et la garantie effective du droit à l'instruction. Trois exemples le soulignent clairement.

88. Dans une première affaire, des mères de famille d'enfants en âge d'être scolarisés se plaignaient de la législation suédoise fixant l'obligation pour les communes d'« *entretenir une école municipale* » dispensant un enseignement préscolaire. La même législation exigeait des communautés religieuses de « *ne pas faire coïncider les heures de leurs activités de même genre avec celles des nouvelles écoles maternelles* ». Pour les requérantes, cette

---

211 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

212 Intervention de Lord LAYTON à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 122. Il est important de préciser qu'à ce moment la formule retenue de l'article 2 du Protocole additionnel n'était pas fixée. C'est la raison pour laquelle les questions du financement et du respect des convictions religieuses et philosophiques sont liées dans cette remarque du représentant britannique.

213 Comm. E.D.H., 1er décembre 1985, *W. et K.L.C. contre Suède*, req. n°10476/85, Comm. E.D.H., 2 décembre 1992, *Jordebo et autres contre Suède*, req. n°13975/88.

réglementation les empêchait de se servir des moyens d'instructions existants. Selon elles, « *comme l'Etat ne* [subventionnait] *pas les établissements préscolaires gérés par des organisations à but idéal et des congrégations religieuses, le fonctionnement de ces établissements privés* [devenait] *impossible* ». Face à cet argument, la Commission européenne des droits de l'Homme a repris la position retenue en 1968[214] selon laquelle « *l'article 2 du Protocole ne va pas jusqu'à obliger les Hautes Parties contractantes à subventionner quelque enseignement privé que ce soit* […]. *Le refus par l'Etat d'accorder une subvention pour créer ou gérer des établissements d'enseignement privés n'est donc pas contraire aux exigences de l'article 2 du Protocole* »[215].

89. Dans une deuxième affaire, la question portait sur la conventionnalité des différences de traitement dans le financement des établissements d'enseignement scolaire publics et privés[216]. Un membre d'une association œuvrant en faveur de la création d'écoles privées sans tendance religieuse estimait anormal d'avoir à supporter une partie des investissements faits, alors que les établissements d'enseignement scolaires publics voyaient les leurs être entièrement pris en charge par les autorités étatiques. Pour la Commission, cette position ne contrevenait pas au droit à l'instruction des particuliers. Elle estimait « *raisonnable que l'Etat exige une certaine contribution financière des organismes* [désirant] *être propriétaires d'écoles privées et* [voulant] *exercer un pouvoir déterminant sur la gestion de ces établissements* ».

90. Enfin, dans une troisième affaire, la Commission européenne des droits de l'Homme a eu à connaître de la requête de parents d'élève ayant placé leur enfant dans un établissement d'enseignement scolaire privé car ils n'étaient pas satisfaits de l'enseignement donné dans les établissements publics. Les requérants se sont plaints qu'aucune aide financière de la part de l'Etat ne soit versée à l'établissement privé. La Commission a déclaré leur requête irrecevable car l'article 2 du Protocole additionnel n'impose pas aux autorités étatiques l'obligation positive de financer l'ensemble des moyens d'instruction existant à un moment donné[217].

91. Si une aide financière aux établissements privés permettrait une garantie encore plus effective du droit à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait preuve, à

---

214 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.
215 Comm. E.D.H., 9 mars 1977, *40 mères de famille contre Suède*, préc.
216 Comm. E.D.H., 2 mai 1978, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7782/77.
217 Comm. E.D.H., 7 décembre 1982, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, req. n°9461/81.

raison, d'autolimitation. Elle a respecté les prescriptions des rédacteurs originels de la Convention. La garantie d'un droit d'accès aux moyens d'instruction existants n'implique pas leur obligation de financement. Cette problématique est laissée à la discrétion des Etats qui disposent d'une ample marge d'appréciation pour y apporter une réponse. Cette liberté est d'autant plus justifiée que le financement par les autorités publiques des établissements privés est un sujet sensible. Les tensions apparues à ce sujet à l'occasion des travaux préparatoires sont encore vives aujourd'hui. La diversité des approches nationales et des réponses apportées justifie que ce problème soit renvoyé à la marge nationale d'appréciation. C'est la raison pour laquelle les requérants ne peuvent efficacement invoquer la violation de la Convention parce qu'un établissement d'enseignement scolaire privé n'est pas financé. En outre, cette absence de financement particulier n'annihile pas le droit des individus à accéder aux moyens d'instruction existant à un moment donné. Du moment que les Etats respectent le cadre fixé par la Cour pour protéger l'article 2 du Protocole additionnel, ils ne violent pas la Convention. A l'intérieur de ce cadre, ils fixent librement la réglementation, excluant certaines revendications du champ de protection de cette disposition.

§ 2. Les revendications exclues du champ de protection de l'article 2 du Protocole additionnel

92. Les particuliers n'ayant pas un « *droit absolu à l'instruction* »[218], le champ d'application de l'article 2 du Protocole additionnel ne s'étend qu'aux établissements d'enseignement scolaire existant à un moment donné. En conséquence, ils ne peuvent exiger, sur ce fondement, le droit à une instruction spécifique (A) ou un enseignement dans une langue particulière (B).

[218] Voir, par exemple, Comm. E.D.H., 9 décembre 1980, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°8844/80.

A) LE REJET DU DROIT A UNE INSTRUCTION SPECIFIQUE

93. A l'occasion des travaux préparatoires, les représentants des différents gouvernements ont discuté de la formulation de la première phrase[219]. Initialement, et sous l'impulsion du gouvernement belge[220], il avait été retenu que « *toute personne a droit à l'instruction* »[221]. Cet énoncé n'avait cependant pas fait l'objet d'un véritable consensus. Le représentant du gouvernement britannique avait pu exprimer certaines craintes quant à la portée d'une telle disposition. Pour lui, « *si le droit à l'éducation était formulé d'une façon positive,* [cela aurait eu pour conséquence] *l'obligation pour les gouvernements de prendre des mesures effectives pour que chacun puisse recevoir l'instruction qu'il désire* »[222]. Cet argument a reçu un certain écho car les débats ont finalement abouti à retenir une formulation négative : *« nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* ». Le droit à l'instruction ne peut donc être revendiqué et protégé que dans le cadre des structures déjà existantes.Les organes de contrôle de la Convention ont pu, à plusieurs reprises, interpréter la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel en ce sens.

94. Le contentieux relatif aux détenus en offre plusieurs illustrations. Si leur situation est délicate en raison du refus de leur reconnaître le droit de vote[223], l'exercice de leur droit à l'instruction est également difficile. La Commission a ainsi déclaré irrecevable la requête d'un

---

219 Voir *supra* § 18.

220 La Belgique estimait que « *ce droit devait être affirmé de manière positive* ». La délégation belge rejoignait en cela la première version proposée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe suivant laquelle « *toute personne a droit à l'éducation* ». Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 125, et p. 127.

221 Cette formulation fut la première proposition de rédaction de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention. Il était ainsi mentionné que « *l'Assemblée consultative demande* […] *avec insistance au Comité des Ministres de modifier ou de compléter comme il suit, le texte établi.* […] *Ajouter au projet un article 10* ter*, ainsi conçu : "Toute personne a droit à l'instruction* […]*"* ». Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 72.

222 Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 126.

223 Sur ce sujet voir, notamment Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni (n°2)*, req. n°74025/01 ; Cour E.D.H., 23 novembre 2010, *Greens et M.T. contre Royaume-Uni*, req. n°60041/08, 60054/08 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 mai 2012, *Scoppola contre Italie (n°3)*, req. n°126/05 ; Cour E.D.H., 12 août 2014, *Firth et autres contre Royaume-Uni*, req. n°47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09, 49036/09. Pour une analyse de la situation du droit de vote des détenus voir : HERVIEU (N.), « Le droit de vote des détenus : histoire sans fin pour un contentieux décisif », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 433 – 457 ; GONZALEZ (G.), « Le droit de vote des prisonniers : la perspective de la Cour E.D.H. », *R.D.L.F.*, 2014, Chron. n°16.

détenu italien dans sa décision *Natoli contre Italie*[224]. Ayant interrompu ses études à l'enseignement élémentaire, il reprochait de ne pas pouvoir « *bénéficier de cours de formation pour améliorer son niveau d'instruction* »[225]. Le Gouvernement italien n'a pas fait droit à sa demande en raison du « *manque de demandes suffisantes pour que l'administration pénitentiaire organise un cours de scolarisation de base* ». Pour parvenir à cette conclusion, la Commission a mis en parallèle l'effet d'un tel refus sur la substance du droit à l'instruction du requérant et le respect de la marge d'appréciation dont l'Etat dispose en la matière. Il en est ressorti que le requérant a effectivement eu accès aux moyens d'instruction existant et a profité des structures d'enseignement mises en place en Italie. Son droit à l'instruction n'avait pas été atteint dans sa substance. L'Etat italien n'avait donc pas manqué à ses obligations conventionnelles. En outre, les commissaires ont constaté que « *dans un Etat comme l'Italie où l'analphabétisme primaire a désormais disparu, le cas d'une personne n'ayant pas complété sa formation élémentaire doit être considéré comme très rare* ». Ils en ont conclu qu'il était « *tout à fait compréhensible que dans les établissements pénitentiaires ne soient pas institués* […] *des cours de formation élémentaire* ». Le refus de faire droit à sa demande, qui par ailleurs était isolée, n'était pas contraire à l'article 2 du Protocole additionnel car cette disposition « *n'oblige pas les Etats à créer un système d'enseignement particulier* »[226]. En conséquence, ce refus ne peut être considéré comme une violation de son droit à l'instruction. De la même manière, il ne peut être utilement invoqué par un requérant qui n'a pu continuer ses études en raison d'une condamnation à une mesure privative de liberté. C'est la conclusion à laquelle il est possible d'arriver à la lecture de l'arrêt *Epistatu contre Roumanie*[227] dans lequel, et à la différence de l'affaire *Natoli contre Italie*, le requérant avaient même pu suivre certains programmes de formation pendant sa détention.

---

224 Comm. E.D.H., 18 mai 1998, *Vincenzo Natoli contre Italie*, req. n°26161/95.

225 *Ibid.*

226 La Commission a ensuite appliqué ce principe à l'espèce en mentionnant que « *l'on ne saurait déduire de la disposition invoquée l'obligation pour l'administration pénitentiaire d'organiser un cours ad hoc pour le requérant* » ; Comm. E.D.H., 18 mai 1998, *Vincenzo Natoli contre Italie*, préc. Dans une affaire similaire datant de 1975, la Commission avait déclaré irrecevable la requête d'un individu souhaitant poursuivre ses études de technologies en prison. Le raisonnement retenu, obsolète depuis l'arrêt *Leyla Sahin* (Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc), diffèrait légèrement de celui qui sera retenu en 1998 dans l'affaire *Natoli contre Italie*. Ici, la Commission avait fondé son argumentation sur le fait que l'article 2 du Protocole additionnel ne visait pas les études supérieures. En conséquence, les autorités étatiques n'avaient pas manqué à leurs obligations en ne fournissant pas au requérant les moyens nécessaires à la poursuite de ses études ; Comm. E.D.H., 13 mars 1975, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°5962/72.

227 Cour E.D.H., 24 septembre 2013, *Epistatu contre Roumanie*, req. n°29343/10.

95. Les droits des détenus ne doivent cependant pas s'arrêter automatiquement aux portes des prisons. Lorsque les conditions sont réunies pour leur en garantir l'exercice, ils doivent être en mesure d'en bénéficier. Si rien n'oblige les autorités étatiques à mettre en place un enseignement spécifique en prison, elles doivent le leur garantir lorsque celui-ci est mis en place et ce, sans discrimination. Les juges avaient établi ce constat dès l'*Affaire linguistique belge* : « *Les personnes soumises à la juridiction d'un Etat Contractant ne peuvent puiser dans l'article 2 du Protocole le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création de tel ou tel établissement d'enseignement ; néanmoins, l'Etat qui aurait créé pareil établissement ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14* »[228].

96. Dans l'arrêt *Velyo Velev contre Bulgarie*[229], le requérant, qui était en détention provisoire au moment des faits, s'était vu refuser le droit de s'inscrire à l'école de la prison ; alors que ce droit était reconnu pour d'autres détenus. Les juridictions internes avaient estimé que cette inscription ne pouvait être revendiquée que par les prisonniers condamnés et non par les prévenus. Mettant en avant les difficultés des autorités étatiques bulgares à justifier le refus opposé au requérant[230], la Cour engagea leur responsabilité sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel. Elle estima en effet que le refus n'était pas prévisible, ne poursuivait pas un but légitime et était disproportionné[231]. Cependant, mis à part ce cas particulier, les Etats Parties sont en droit de refuser les revendications visant à fournir un moyen d'instruction particulier.

97. Les solutions retenues par la Commission et par la Cour sont finalement très classiques car elles ne se sont jamais écartées de la position dégagée dans l'*Affaire linguistique belge*[232]. Tel fut à nouveau le cas en 1975 dans une affaire où le requérant exigeait la création de « *cours de recyclage qui lui permettraient de compléter ses études afin de les porter au niveau plus élevé* [pour] *obtenir* […] *l'équivalence de son brevet avec les grades académiques et civils* »[233]. Se fondant sur l'*Affaire linguistique belge* selon laquelle le droit à l'instruction

---

228 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.
229 Cour E.D.H., 27 mai 2014, *Velyo Velev contre Bulgarie*, req. n°16032/07.
230 *Ibid*., §§ 36 - 41.
231 *Ibid*., § 42.
232 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, arr. préc.
233 Comm. E.D.H., 29 septembre 1975, *X. contre Belgique*, req. n°7010/75.

n'implique que « *le droit de se servir* […] *des moyens d'instruction existant à un moment donné* », la Commission a estimé que l'Etat belge, ayant garanti cet accès au requérant, « *n'est* […] *nullement obligé, eu égard à l'article 2 du Protocole n°1, d'organiser* […] *des cours de recyclage* »[234].

98. De même, la Commission a déclaré irrecevable la requête de parents d'un enfant surdoué[235]. Ils estimaient que ce dernier ne bénéficiait pas d'un enseignement convenant à ses aptitudes et que l'inertie de l'Etat à proposer un enseignement adapté emportait violation de l'article 2 du Protocole. Les commissaires ont alors tenu un raisonnement en deux temps. D'abord, ils ont «*fait* […] *observer que cette disposition n'oblige pas l'Etat à créer un système d'enseignement et n'impose pas d'obligations déterminées quant à la manière d'organiser* […] *un tel système lorsqu'il existe* ». Ensuite, ils ont constaté que le Royaume-Uni n'avait manqué à aucune de ses obligations positives car l'enfant a effectivement eu accès au système éducatif. C'est ce qui leur a permis de constater que le droit à l'instruction de l'enfant n'avait pas été atteint dans sa substance.

99. L'analyse de la jurisprudence de la Cour et de la Commission confirme qu'il revient d'abord à l'Etat de mettre en œuvre le droit à l'instruction, sous le contrôle des juges de Strasbourg. Dans ce cadre, l'article 2 du Protocole additionnel n'ouvre pas un droit absolu à l'instruction. Les exigences des élèves et de leurs parents doivent se limiter aux structures et aux programmes déjà existants. Le contentieux relatif à la langue d'enseignement en constitue un nouvel exemple.

B) LE REJET DU DROIT A UN ENSEIGNEMENT DANS UNE LANGUE PARTICULIERE

100. L'organisation d'un enseignement dans une langue particulière ne fait pas partie des obligations mises à la charge des autorités nationales pour protéger effectivement le droit à l'instruction. Les autorités nationales restent libres de l'attitude à adopter. Elles disposent

---

234 *Ibid*.

235 Comm. E.D.H., 5 juillet 1977, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, req. n°7527/76. La même solution est suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour E.D.H. (recevabilité), 22 novembre 2011, *Soukroma Zakladni Skola Cesta k Uspechu v Praze, S.R.O. et Obcanske Sdruzeni SK contre République tchèque*, req. n°8314/10).

d'une marge d'appréciation (1) justifiée par la diversité des approches nationales sur cette question (2).

1. L'octroi d'une marge d'appréciation aux autorités nationales dans le choix de la langue d'enseignement

101. Le contentieux relatif à la langue d'enseignement s'est surtout cristallisé autour des langues régionales et minoritaires[236]. En effet, la Cour a rapidement démontré que « *le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas* »[237]. Pour le reste, la Commission puis la Cour, malgré leur attachement aux langues minoritaires[238], ont affirmé l'absence d'obligation pour l'Etat de faire droit à la demande de parents d'élèves de fournir à leur enfant un enseignement dans une langue particulière[239]. Cette position suit la philosophie générale de l'article 2 du Protocole additionnel. Il ne s'agit pas de consacrer un droit absolu à l'instruction. Dès lors, il ne peut pas être exigé de l'Etat que l'enseignement soit donné dans une langue particulière. La Cour ne fait donc pas de cet article un « *droit de continuer à parler sa langue maternelle* »[240] car la « *première phrase de l'article 2 ne contient en elle-même aucune exigence d'ordre linguistique* »[241].

102. Les juges ont d'ailleurs souligné que l'organisation d'un tel enseignement serait impossible. Reconnaître « *à toute personne placée sous la juridiction d'un Etat un droit à être*

---

236 Selon la définition retenue par l'article 1er de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992, il s'agit des langues « *pratiquées traditionnellement sur un territoire d'un Etat par des ressortissants de cet Etat qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population* » ainsi que « *les langues différentes de la (des) langue(s) officielle(s) de cet Etat* » ; Conseil de l'Europe, 5 novembre 1992, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, S.T.C.E. n°48.

237 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

238 En ce sens voir Cour E.D.H., 25 septembre 2012, *Egitim ve bilim emekçileri sendikaisi contre Turquie*, req. n°20641/05.

239 Comm. E.D.H., 15 décembre 1964, *Habitants de la région des Fourons contre Belgique*, req.n°2209/64 ; Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. Les juges de Strasbourg ont affirmé que « *l'article 14, même combiné avec l'article 2 du Protocole, n'a pas pour effet de garantir aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix* ».

240 MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit de parler sa langue maternelle », in *Mélanges en l'honneur de François JULIEN-LAFERRIERE*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 593 p., spéc. pp. 393 – 411, spéc. p. 399.

241 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

instruite dans la langue de son choix conduirait à des résultats absurdes, car chacun pourrait ainsi revendiquer une instruction donnée dans n'importe quelle langue dans l'un quelconque des territoires des Parties contractantes »[242]. Pour renforcer cette position, les juges de Strasbourg se sont référés directement aux intentions des rédacteurs de la Convention en rappelant que « *là où les Parties Contractantes ont voulu reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction des droits spécifiques dans l'emploi d'une langue ou de sa compréhension* […], *elles l'ont clairement précisé dans le texte* »[243]. C'est par exemple le cas de l'article 5§2 de la Convention relatif au droit à la liberté et à la sûreté. Il dispose que « *toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle* ». C'est une exigence indispensable afin que la personne privée de liberté soit mise au courant des raisons de sa détention et puisse exercer efficacement son droit de recours devant un tribunal tel qu'il est prévu à l'article 5§4[244]. En l'absence d'une telle précision à l'article 2 du Protocole additionnel, le droit à l'instruction ne confère aucun droit à recevoir l'enseignement dans une langue particulière. Cette interprétation explique les raisons pour lesquelles les Etats disposent d'une marge d'appréciation en la matière.

103. L'exigence de protection et de promotion du droit à l'instruction autorise cependant les élèves et leurs parents à exiger de recevoir un enseignement dans la même langue au moment du passage du niveau primaire au niveau secondaire. Cette précision résulte de l'arrêt *Chypre contre Turquie* de 2001[245]. En l'espèce, le Gouvernement chypriote invoquait la violation de l'article 2 du protocole additionnel par la Turquie car aucun enseignement secondaire en langue grecque n'était dispensé dans le nord de l'île alors même qu'elle était la langue utilisée dans l'enseignement primaire. La seule possibilité qui était offerte aux élèves désireux de poursuivre leur scolarité en langue grecque était de partir au sud de l'île. Toutefois, une telle hypothèse, en raison du climat politique, apparaissait complexe dans la mesure où leur retour dans la partie nord de l'île aurait été difficile. Si la substance du droit à l'instruction n'était pas totalement atteinte parce qu'un accès aux moyens d'instruction existant était assuré, la

---

242 *Ibid.*

243 *Ibid.*

244 Voir par exemple l'affaire *Chamaïev et autres contre Géorgie et Russie* dans laquelle les requérants d'origine tchétchène n'auraient pas reçu d'informations suffisantes sur leur détention en vue de leur extradition. La Cour a conclu à la violation, notamment, de l'article 5§2 (Cour E.D.H., 12 avril 2005, *Chamaïev et autres contre Géorgie et Russie*, req. n°36378/02).

245 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 mai 2001, *Chypre contre Turquie*, req. n°25781/94.

Cour a estimé que la réglementation turque au nord de l'île de Chypre était peu « *réaliste* »[246]. En outre, un changement aussi radical dans la langue d'enseignement portait une atteinte considérable au droit à l'instruction. La Cour a donc fait preuve d'activisme en réduisant la marge d'appréciation de la Turquie. Elle a en effet condamné les autorités turques, en les accusant d'avoir nié la substance du droit à l'instruction en refusant d'organiser un enseignement secondaire en langue grecque alors qu'il était prévu pour l'enseignement primaire[247]. La possibilité de suivre un enseignement en langue grecque dans le sud de l'île ne saurait suffire « *à satisfaire à l'obligation qu'impose l'article 2 du Protocole n°1* »[248].

104. La langue d'enseignement fait partie de l'essence du droit à l'instruction. Pour une part, ce constat relève d'une certaine logique. Pour protéger concrètement le droit à l'instruction, l'enseignement délivré doit être compréhensible par l'élève. S'il lui est dispensé dans une langue qu'il ne peut maîtriser, ce droit est logiquement vidé de sa substance quand bien même l'élève aurait accédé à un établissement d'enseignement scolaire[249]. Telle est également la conclusion à laquelle il est possible d'arriver à la lecture de l'arrêt de Grande Chambre *Catan et autres contre Moldavie et Russie*[250]. En l'espèce, les élèves et parents d'élèves moldaves contestaient la fermeture forcée de leurs écoles par la République moldave de Transnistrie (R.M.T.). La Moldavie et la Russie étaient visées par la requête dans la mesure où la R.M.T. était une entité séparatiste de la Moldavie non-reconnue sur le plan international. Elle devait sa pérennité à l'appui militaire, économique et politique de la Russie[251].

105. Sur le fondement de la loi sur les langues de 1992, le moldave doit s'écrire en cyrillique et non en latin sous peine de constituer une infraction. En 1994, les autorités moldaves de Transnistrie décidèrent de fermer ou de menacer de fermeture les établissements qui continuaient d'utiliser l'alphabet latin. Des pressions étaient exercées sur ces écoles mais

---

246 *Ibid.*, § 278.

247 *Ibid.*, § 278.

248 *Ibid.*, § 278.

249 Cette position rejoint finalement celle qui avait été retenue en 1968. Pour rappel, il avait été jugé que « *le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas* » ; Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

250 Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre Moldavie et Russie*, préc.

251 Sur l'engagement conjoint de la responsabilité de la Moldavie et de la Russie en raison des agissements en R.M.T. voir aussi Cour E.D.H., Gde Chbre, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres contre Moldavie et Russie*, req. n°48787/99, note COHEN-JONATHAN (G.), « A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de "juridiction" et d'"injonction" », *R.T.D.H.*, 2005, pp. 767 – 785.

également sur les parents qui refusèrent d'en retirer leurs enfants. La Cour a estimé que la responsabilité de la Russie, « *du fait de son soutien militaire, économique et politique continu à la "RMT", laquelle n'aurait pu survivre autrement,* [se trouvait] *engagée au regard de la Convention à raison de l'atteinte au droit des requérants à l'instruction* »[252]. Pour parvenir à cette conclusion, les juges se sont concentrés sur l'impact de la réglementation litigieuse sur la substance du droit à l'instruction. Ils ont commencé par reprendre leur jurisprudence classique en affirmant que « *le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans une langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas* »[253]. Appliquée à l'espèce, il a été considéré que « *la fermeture forcée des écoles sur le fondement de la "loi de la RMT sur les langues", et les mesures de harcèlement consécutives ont porté atteinte au droit d'accès des élèves requérants aux établissements scolaires qui existaient à un moment donné, ainsi qu'à leur droit de recevoir un enseignement dans leur langue nationale* »[254].

106. En conséquence, la substance même du droit à l'instruction semblait atteinte dans la mesure où les parents d'élèves devaient effectuer un choix entre deux situations inconfortables. La première consistait à se conformer à la réglementation en vigueur et envoyer leurs enfants dans un établissement secondaire où ils ne maitriseraient par l'alphabet. La seconde consistait à se mettre en infraction avec la loi applicable et « *à subir des actes de harcèlement et d'intimidation* »[255]. Dans ces circonstances, une instruction de qualité apparaît compliquée. L'importance du droit à l'instruction dans l'épanouissement de l'enfant oblige à refuser une telle situation. La Cour a même estimé qu'« *il était inadmissible d'interrompre la scolarité des élèves concernés et de forcer ceux-ci et leurs parents à faire des choix si difficiles* »[256].

107. L'obligation ainsi faite à certains élèves d'utiliser un alphabet inconnu, et plus généralement de recevoir un enseignement dans une nouvelle langue, semble porter atteinte à la substance même du droit à l'instruction. Cependant, ce postulat n'est pas irréversible. Il est vrai que « *la langue dans laquelle l'enseignement est délivré peut avoir un impact sur*

---

252 Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre Moldavie et Russie*, préc., § 150.
253 *Ibid*., § 137.
254 *Ibid*. § 143.
255 *Ibid*. § 143.
256 *Ibid*. § 144.

l'effectivité de la jouissance du droit à l'instruction »[257]. Toutefois, si « *l'accès d'un enfant à l'enseignement sera plus malaisé s'il doit étudier dans une autre langue que sa langue maternelle* »[258], il n'en sera pas rendu impossible s'il comprend la langue d'enseignement. Dans cette hypothèse, la substance même du droit à l'instruction ne sera pas atteinte. La portée de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne doit pas être surévaluée. Ainsi, la conclusion selon laquelle « *l'arrêt Chypre contre Turquie du 10 mai 2001 ouvre une brèche importante dans la jurisprudence de la Cour fondée sur l'affaire linguistique belge* »[259] apparait discutable. Ce constat oublie en effet de différencier deux situations. La première serait celle où l'enseignement est dispensé pendant une partie de la scolarité dans une langue comprise par l'élève, et dans une autre langue, qui lui est inconnue, pendant le reste de sa scolarité. La seconde serait celle où un enseignement dans une langue régionale ou minoritaire est revendiqué alors qu'un enseignement dans une langue connue et parlée par l'élève est déjà assuré. L'atteinte au droit à l'instruction serait beaucoup plus prégnante dans le premier cas car l'élève se trouverait dans une situation qui ne lui permettrait pas de tirer un véritable bénéfice de l'enseignement suivi. La portée de l'*Affaire linguistique belge* n'est donc pas remise en cause car l'article 2 du Protocole additionnel n'accorde toujours pas un droit à l'instruction dans la langue de son choix et ce, même après l'arrêt de 2001. Les Etats choisissent librement la place qu'ils souhaitent réserver aux enseignements dans une langue particulière. Cette marge d'appréciation apparaît même justifiée en raison de la diversité des pratiques nationales.

2. Une marge d'appréciation justifiée par la diversité des pratiques nationales

108. La Cour européenne des droits de l'Homme ne peut pas faire abstraction de la diversité des pratiques nationales sur la question. Si les langues régionales sont un attribut de la culture d'un individu, ce dernier ne pourra bénéficier d'un enseignement qu'à la condition qu'il soit

---

257 RINGELHEIM (J.), *Diversité culturelle et Droits de l'Homme : l'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. du Centre des droits de l'Homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, 490 p., spéc. p. 200.

258 *Ibid*., p. 200.

259 *Ibid.*, p. 204.

prévu par l'Etat. L'article 2 du Protocole additionnel ne peut servir à imposer sa mise en place.

109. Il ne s'agit pas de dresser ici un panorama complet des approches retenues par les Etats Parties à la Convention. Il est simplement question de montrer que l'appréhension des langues régionales ou minoritaires est différente selon les pays[260]. Les exemples de la France et de l'Espagne en sont deux illustrations significatives[261]. L'organisation d'un enseignement dans une langue autre que la langue nationale ne peut donc relever que de la marge d'appréciation des autorités nationales. Elles sont libres d'organiser un enseignement uniquement dans la langue nationale (a) ou de prévoir, en parallèle, un enseignement en langue régionale (b).

a. Un enseignement exclusif dans la langue nationale : le cas français

110. Les langues régionales et minoritaires souffrent d'une faible protection en droit français[262]. Cette situation n'est pas nouvelle[263] et « *les politiques linguistiques ne se sont,*

---

260 Le rapport explicatif de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires affirme que « *la situation démographique de ces langues régionales ou minoritaires présente une grande diversité, allant de quelques milliers de locuteurs à plusieurs millions, et il en va de même pour la législation et la pratique des divers Etats à leur égard* », § 2.

261 Les situations en France et en Espagne seront mises en exergue car la place faite aux langues régionales dans ces deux pays est différente. Si en Espagne, la place des cultures régionales et donc de la langue est prégnente et inscrite dans la Constitution de 1973, ces particularismes locaux sont simplement pris en compte par la Constitution de la Vème République. La Constitution espagnole dispose en son article 3 que « *le castillan est la langue espagnole officielle de l'Etat. Tous les espagnols ont le devoir de le connaître et le droit de l'utiliser* ». Elle est ainsi proche de l'article 2 de la Constitution française selon laquelle « *la langue de la République est le français* ». Mais, la Constitution espagnole ajoute à l'article 3 alinéa 2 que « *les autres langues espagnoles sont aussi officielles dans leur communautés autonomes respectives conformément à leur statut* ».

262 Par exemple, la France a signé la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* du 5 novembre 1992 mais ne l'a pas ratifiée. Le Conseil Constitutionnel a en effet décidé que certaines de ses dispositions sont contraires à la Constitution ; C.C., 15 juin 1999, *décision relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, décision n°99-412 D.C., J.O. du 18 juin 1999, p. 8964, rec. p. 71, note MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « La République contre Babel. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *R.D.P.*, 1999, pp. 985 – 1003.

263 Sous l'Ancien Régime, la volonté d'assurer la cohésion du Royaume s'était traduite « *sur le plan linguistique par la nécessité d'imposer le français comme langue nationale* » (BENOIT ROHMER (F.), « Les langues officieuses de la France », *R.F.D.C.*, 2001, n°45, pp. 3 – 29, spéc. p. 6). L'ordonnance de Villers-Cotterêt du 1er avril 1539 en constitue l'exemple le plus patent. L'hostilité nourrie à l'égard des langues minoritaires et régionales continua encore après la Révolution. Le 27 janvier 1794, Bertrand BARERE de VIEUZAC, membre du Comité de salut public sur les idiomes, estimait que « *l'idiome appelé bas-breton, l'idiome basque, les langues allemande et italienne ont perpétué le règne du fanatisme et de la superstition* » avant d'ajouter que « *le fédéralisme et la superstition parlent bas-breton ; l'émigration et la*

historiquement, intéressées qu'à la seule "langue nationale" et laissaient pour quantités négligeables les langues locales »[264]. L'opposition manifestée à leur égard se justifie par la volonté d'éviter la reconnaissance « *de droits collectifs ayant vocation à renforcer des groupes dont l'existence différenciée est plus directement attentatoire aux principes d'égalité des citoyens et d'indivisibilité de la République et de son territoire* »[265].

111. Cette faible reconnaissance implique de s'interroger sur leur statut dans l'enseignement à l'école. La question se pose d'autant plus qu'un enseignement en langue régionale ne semble possible que s'il ne porte pas atteinte à l'enseignement du français[266]. Elle consiste à savoir comment autoriser un enseignement en langue régionale au sein du service public de l'enseignement alors même que la langue de ce service public doit être le français. Des difficultés apparaissent notamment à propos de certains établissements utilisant la méthode immersive[267] et qui marquent une véritable volonté de différenciation[268], comme les *Ikastolas*[269] au Pays Basque ou bien les écoles *Diwan* en Bretagne.

---

haine de la République parlent allemand ; la contre-révolution parle l'italien, et le fanatisme parle le basque. Cassons ces instruments de dommage et d'erreur », (in *Convention nationale, Réimpression de l'ancien moniteur. Seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française*, Paris, Plon, 1861, Volume 19, p. 319). Le 4 juin 1794, l'Abbé GREGOIRE établissait un Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser l'usage de la langue française (Convention nationale, *Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser l'usage de la langue française*, séance du 16 prairial an II, 19 p.). Il fallut attendre la fin de la Seconde guerre mondiale pour que les langues régionales et minoritaires bénéficient d'une certaine reconnaissance juridique (Loi n°51-46 du 11 janvier 1951 *relative à l'enseignement des langues et dialectes locaux* dite loi « DEIXONNE » qui préconise, en son article 1er, de « *rechercher les meilleurs moyens de favoriser l'étude des langues et dialectes locaux dans les régions où ils sont en usage* » ; Loi n°75-620 *relative à l'éducation du 11 juillet 1975* dite loi « HABY » dont l'article 12 disposait qu'« *un enseignement des langues et des cultures régionales peut être dispensé tout au long de la scolarité* » ; Loi n°89-486 *d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989* selon laquelle l'article 1er du Préambule dispose que la « *formation peut comprendre un enseignement, à tous les niveaux, de langues et cultures régionales* » ; Loi n°94-665 *relative à l'emploi de la langue française* du 4 août 1994 dite loi « TOUBON », ou encore la Loi n°2005-380 *d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* du 23 avril 2005 dite loi « FILLON » dont l'article 20 dispose qu' « *un enseignement de langues et cultures régionales peut être dispensé tout au long de la scolarité* »).

264 BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution – France, Espagne et Italie*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit public comparé et européen, 2008, 516 p., spéc. p. 90.

265 MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit de parler sa langue maternelle », préc., p. 394.

266 En ce sens voir, BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution – France, Espagne et Italie*, préc. : « *Cette "reconnaissance" se fait d'abord et avant tout dans le respect du droit de la langue française et la possibilité offerte d'un enseignement de ces langues régionales ou minoritaires ne doit en aucun cas atteindre celui du français* », p. 113.

267 Cette méthode consiste à utiliser une langue régionale ou minoritaire comme la langue d'enseignement et de vie de l'établissement.

268 En témoignent leurs règlements. La charte des écoles Diwan dispose en son deuxième alinéa que « *Diwan existe du fait des carences d'une Education Nationale ne donnant pas sa place à une langue bretonne, mais réclame la prise en charge de ses écoles dans un service public d'enseignement démocratique et rénové en Bretagne, permettant l'utilisation du breton comme langue véhiculaire de la maternelle à l'université dans*

112. Le Conseil constitutionnel a eu à connaître de ce problème dès 1991 à propos de la promotion de l'enseignement de la langue corse[270]. Si la loi prévoyant l'insertion de la langue et de la culture corse dans le temps scolaire n'a pas été déclarée contraire à la Constitution, le Conseil constitutionnel a assorti sa déclaration de conformité d'une réserve d'interprétation. Pour lui, « *cet enseignement n'est pas contraire au principe d'égalité dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire* [et] *qu'il n'a pas davantage pour objet de soustraire les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci* »[271]. Les premiers commentaires de cette décision ont immédiatement souligné que « *serait contraire à la décision du Conseil un contrat d'association conclu entre un établissement privé et l'Etat si cet établissement imposait à ses élèves l'enseignement de la langue et de la culture corse* »[272].

113. Un raisonnement par analogie avec les *ikastolas* et les écoles *Diwan* peut être éclairant. Depuis 1993 pour les premières et 1994 pour les secondes, un contrat d'association lie ces écoles à l'Etat en imposant un contrôle de ce dernier sur l'enseignement dispensé[273]. A partir du moment où les écoles sous contrat s'engagent à respecter les règles de l'enseignement public, elles doivent dispenser un enseignement en langue française. En parallèle, les cours en langue basque ou en langue bretonne ne peuvent être que facultatifs. Si elles n'acceptent pas cette situation, il leur est toujours possible de ne plus être liées contractuellement à l'Etat car « *rien n'interdit à un établissement privé d'enseignement non lié à l'Etat par un contrat*

---

tous les domaines de l'enseignement ». De la même manière, SEASKA, qui est une fédération qui apporte son aide aux ikastolas, poursuit un projet de rebasquisation et d'officialisation de l'euskara.

269 Une Ikastola est une « *école immersive en langue basque. Il existe plusieurs filières, tant au nord qu'au sud, où la proportion d'enseignement en basque est différente. Au Pays Basque nord, dans un environnement quasi-exclusivement francophone, l'enseignement immersif est considéré comme le seul permettant aux enfants de maîtriser aussi bien le français que le basque* », définition donnée par DAVANT (J.-L.), *Le « problème basque » en 20 questions*, Donostia, Elkarlanean, 2006, 115 p., spéc. pp. 110 – 111.

270 C.C., 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, décision n°91-290 D.C., J.O. du 14 mai 1991, p. 6350, rec. p. 50, note GENEVOIS (B.), « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *R.F.D.A.*, 1991, pp. 407 – 431.

271 C.C., 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, préc., cons. 37.

272 LUCHAIRE (F.), « Le statut de la Collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *R.D.P.*, 1991, pp. 943 – 969, spéc. p. 958.

273 Il est important de préciser que, dans le cadre d'un contrat d'association, « *l'Etat prend en charge le traitement des maîtres ainsi que les charges sociales, les frais de fonctionnement étant assumé par les collectivités compétentes ; en contrepartie, il contrôle l'enseignement dispensé dans les classes sous contrat où les programmes et les règles de l'enseignement public doivent être respectées* », DEBENE (M.), « Commentaire sur l'article L. 442-5 du code de l'éducation », Paris, Dalloz, 2011, pp. 468 – 473, spéc. p. 465.

d'association, et par conséquent, non subventionné, de rendre cet enseignement obligatoire »[274].

114. L'intégration de ces écoles dans le secteur public a également posé problème. Mais dans ce cas, la réponse apportée fut plus claire. L'article 11 de la loi *relative à l'emploi de la langue française* du 4 août 1994 dispose que « *la langue de l'enseignement* […] *est le français, sauf exceptions justifiées par les nécessités de l'enseignement des langues et cultures régionales* »[275]. D'aucuns ont pu y voir, « *à l'extrême, qu'une langue régionale soit langue d'enseignement dans un établissement d'enseignement public* »[276]. Or, le Conseil constitutionnel, en 2001, a clairement affirmé que « *l'usage d'une langue autre que le français ne* [pouvait] *être imposé aux élèves des établissements de l'enseignement public ni dans la vie de l'établissement, ni dans l'enseignement des disciplines autres que celles de la langue considérée* »[277]. Un tel enseignement irait à l'encontre du principe d'égalité des usagers du service public de l'enseignement sauf à ce « *qu'il ne* [revête] *pas un caractère obligatoire et qu'il ne soustrait pas les usagers du service à l'ensemble des droits et obligations concernant les autres citoyens* »[278]. Or la pratique de ces écoles immersives rend l'usage de la langue régionale obligatoire. L'intégration dans le secteur public des *Ikastolas* ou des écoles *Diwan* semble peu probable. Cette position a d'ailleurs été confirmée par le Conseil d'Etat, lequel a conclu à l'illégalité de l'intégration des écoles *Diwan* au secteur public de l'enseignement.

115. La juridiction administrative, par une ordonnance du 30 octobre 2001, a décidé la suspension « *de la décision du ministre de l'Education nationale de signer le protocole d'accord du 28 mai 2001 pour le passage sous statut public des établissements Diwan pratiquant l'enseignement en immersion linguistique en langue bretonne* »[279] ainsi que l'arrêté du 31 juillet 2001 et de la circulaire du 5 septembre 2001 mettant en place ce protocole. Cette suspension ne réglait pas pour autant le problème car le projet d'intégration semblait « *toujours contredire le principe selon lequel la langue du service public est le*

---

274 LUCHAIRE (F.), « Le statut de la Collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », préc., p. 958.

275 Loi n°94-665 du 4 août 1994 *relative à l'emploi de la langue française*, J.O.R.F., 5 août 1994, p. 11392.

276 BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution – France, Espagne et Italie*, préc., p. 114.

277 C.C., 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, décision n°2001-456 D.C., J.O. du 29 décembre 2001, p. 21159, rec. p. 180.

278 MOUTOUH (H.), « Vers un statut des langues régionales en droit français », in GUILLOREL (H.), KOUBI (G.), *Langues du droit, droits des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 408 p., spéc. pp. 221 - 249, spéc. p. 231.

279 CE, 30 octobre 2001, *Mme Aubin*, req. n°238654, rec. p. 521.

français […] *à moins d'exclure les activités d'*[enseignement] *du champ des services publics* »[280]. Cette contradiction fut finalement résolue par le Conseil d'Etat. Dans l'arrêt *Syndicat national des enseignements du second degré (S.N.E.S.) et autres*[281], le juge administratif a suivi les conclusions du commissaire du gouvernement Rémy SCHWARTZ qui proposait l'annulation du protocole, de l'arrêté et de la circulaire. Il affirmait ainsi que « *seul le français peut-être la langue de vie d'un service public* [et] *en conséquence, l'enseignement par immersion prévu dans les établissements "Diwan" est manifestement illégal dans le cadre du service public de l'éducation* »[282]. Le même jour, toujours suivant les conclusions de Rémy SCHWARTZ, l'arrêté du 19 avril 2002 du Ministre de l'Education nationale relatif à la mise en place d'un enseignement bilingue par immersion en langues régionales dans les écoles, collèges et lycées « langues régionales », et la circulaire du 30 avril 2002 relative à l'enseignement par immersion ont été annulés[283]. Il apparaît que « *la procédure d'intégration des établissements scolaires pratiquant l'enseignement bilingue par immersion dans l'enseignement public semble bloquée* »[284]. Et si la voie réglementaire est inenvisageable à la suite des arrêts du Conseil d'Etat sur ce sujet, la voie législative est tout autant fermée, « *l'article 2 de la Constitution semblant être un rempart difficilement franchissable par les langues régionales* »[285]. Le choix pour les écoles en langue régionale est donc le suivant : « *Soit s'intégrer à l'enseignement public en renonçant à l'immersion linguistique, soit, malgré les difficultés financières, renoncer à l'intégration pour conserver l'emploi quasi-exclusif* »[286] de leur langue régionale.

116. Dès lors, l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel conduit à deux conclusions. D'une part, « *l'enseignement d'une langue régionale ne*

---

280 KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.), « La langue de l'enseignement public est le français », *Recueil Dalloz*, 2002, pp. 601 – 604, spéc. p. 604.

281 C.E., 29 novembre 2002, *Syndicat national des enseignements du second degré (S.N.E.S.) et autres*, req. n°238653, 238655, 238681, 238710, 240435, rec. p. 415.

282 SCHWARTZ (R.), Conclusions sur C.E., 29 novembre 2002, *Syndicat national des enseignements du second degré (S.N.E.S.) et autres*, req. n°238653, 238655, 238681, 238710, 240435, rec. p. 415.

283 C.E., 29 novembre 2002, *Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public et autres*, req. n°248192, 248204, inédit au recueil.

284 Un arrêt du Tribunal administratif de Rennes du 4 novembre 2004 a annulé la décision du Conseil général du Finistère par laquelle une école « Diwan » était intégrée dans le service public. T.A. Rennes, 4 novembre 2004, *Union nationale des syndicats autonomes éducation*, req. n°013209, note TAILLEFAIT (A.), « Illicéité de l'intégration des écoles « Diwan » dans le service public de l'éducation nationale », *D.A.*, 2005, n°4, comm. 48.

285 VIOLA (A.), « Le français doit rester la langue de l'enseignement public », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 1512 – 1516, spéc. p. 1516.

286 RIBES (D.), « Enseignements et langues régionales : le cas Diwan », *Recueil Dalloz*, 2002, pp. 1954 – 1956, spéc. p. 1955.

[pouvant] *être que facultatif* »[287], « *le français reste* […] *la langue du service public* »[288] de l'enseignement. D'autre part, cette étude confirme que les particuliers n'ont pas un droit absolu à l'instruction. Bien que l'apprentissage d'une culture régionale, grâce à la maîtrise de la langue, participe à la construction de l'individu, le refus des autorités étatiques de mettre en place des cours en langue régionale au moyen de la méthode immersive ne peut être contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé qu'aucune obligation en ce sens ne pesait sur l'Etat[289]. En revanche, si cette réglementation prévoit un enseignement dans une langue régionale, comme c'est le cas en Espagne, les difficultés d'une telle revendication semblent disparaître.

b. Un enseignement partagé en langues nationale et régionale : le cas espagnol

117. La Constitution espagnole dispose, en son article 3, que la langue officielle est le castillan et que « *les autres langues espagnoles sont aussi officielles dans leurs communautés autonomes respectives conformément à leurs statuts* »[290]. Malgré ce statut, rien n'est dit sur l'enseignement en langue régionale. L'article 27 consacré au droit à l'instruction ne garantit pas constitutionnellement le droit à l'enseignement dans une langue considérée comme co-officielle avec le castillan. Le Tribunal constitutionnel espagnol a toutefois rappelé, dans sa décision du 23 décembre 1994 à l'occasion de *l'Affaire de la langue d'enseignement*, qu'« *il ne faut pas oublier que du caractère co-officiel d'une langue propre à une Communauté autonome découle un certain nombre de conséquences concernant son enseignement* »[291]. C'est notamment le cas au Pays Basque et en Catalogne, deux communautés autonomes historiques.

---

[287] BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution – France, Espagne et Italie*, préc, p. 115.

[288] FRANGI (M.), « Etat, langue et droit en France », *R.D.P.*, 2003, pp. 1607 – 1632, spéc. p. 1619.

[289] C'est la conclusion à laquelle le Conseil d'Etat est arrivé en 1996. En l'espèce, un cours d'initiation au breton était dispensé par un instituteur volontaire. Celui-ci ayant obtenu sa mutation, le cours n'était plus assuré. Le président de l'Association avait demandé le maintien de ce cours mais sans succès. L'Etat n'a aucune obligation d'organiser ou de maintenir un cours en langue régionale. C.E., 15 avril 1996, *Association des parents d'élève pour l'enseignement du breton*, req. n°165114, inédit au recueil.

[290] L'alinéa 3 dispose quant à lui que « *la richesse de la diversité linguistique de l'Espagne est un patrimoine culturel qui fait l'objet d'un respect et d'une protection spéciales* ».

[291] Tribunal Constitutionnel espagnol, 23 décembre 1994, Sentence n°337/1994, B.O.E. n°19 du 23 janvier 1995, considérant n°9 (Traduit par nous). Cette solution était déjà consacrée par plusieurs décisions du Tribunal Constitutionnel. Tribunal Constitutionnel espagnol, 27 octobre 1983, Sentence n°87/1983, considérant n°5 ; confirmé par Tribunal Constitutionnel espagnol, 27 octobre 1983, Sentence n°88/1983 ; Tribunal constitutionnel espagnol, 23 juin 1988, Sentence n°123/1988.

118. A l'instar de la Constitution espagnole, l'article 6 du statut autonomique du Pays Basque ne fait pas mention de l'existence d'écoles où l'enseignement se ferait en langue basque[292]. Les *Ikastolas* furent ainsi créées hors du cadre statutaire. Elles ne sont pas pour autant moins encadrées. Bien qu'elles aient pour objectif de diffuser la langue et la culture basque au moyen de la méthode par immersion, elles doivent également enseigner en castillan. Cette coexistence est une obligation constitutionnelle. Elle ne pose d'ailleurs pas de problème juridique majeur. La loi fondamentale du parlement basque *sur la normalisation de l'usage de l'euskera*[293] en atteste. Elle « *établit que les élèves qui terminent l'école obligatoire, à seize ans, doivent avoir la même compétence dans chacune des langues officielles* »[294]. Cette exigence a été confirmée par le Tribunal constitutionnel espagnol[295]. Il a jugé que la « *question* [de] *la constitutionnalité d'un enseignement en langue basque, langue propre du Pays Basque et co-officielle sur le territoire de cette Communauté autonome* »[296] ne pouvait être remise en cause si tant est que l'élève reçoive également un enseignement en langue castillane.

119. En Catalogne, la situation n'est pas différente même si les dispositions relatives à l'enseignement en catalan sont plus précises. L'article 6 du statut autonomique dispose en effet que le catalan est la langue propre de la Catalogne et celle utilisée dans l'enseignement[297]. Hormis cette précision, le régime appliqué pour l'enseignement en catalan est identique à celui appliqué au Pays Basque. Dans le modèle éducatif, « *le catalan y est considéré comme la langue propre et habituelle, mais elle reconnaît aux enfants le droit à recevoir le premier enseignement dans leur langue habituelle. Les langues catalane et espagnole sont enseignées dans toutes les années scolaires et degrés non universitaires, l'objectif étant qu'à la fin des études obligatoires tous les élèves soient capables d'utiliser les deux langues* »[298].

---

292 Il y est simplement précisé que l'euskara est une langue officielle au Pays Basque.

293 Loi n°10/1982 du 24 novembre 1982 *de normalisation de l'usage de l'euskera*, B.O.P.V. du 16 décembre 1982, n°160.

294 ARREGI (J.), « Langue, territoire et Etat-nation dans le cas du Pays basque », *Hérodote*, 2002, n°105, pp. 129 - 134, spéc. p. 132.

295 Tribunal Constitutionnel espagnol, 6 novembre 1986, Sentence n°137/1986, B.O.E. n°276 du 18 novembre 1986.

296 *Ibid.*, considérant n°2.

297 « *La lengua propia de Cataluña es el catalan* […] *y es también la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñenza* ».

298 LLUSSA (R.), « L'Etat espagnol et ses langues vus de Catalogne », *Hérodote*, 2002, n°105, pp. 135 – 141, spéc. p. 137.

120. En somme, l'Espagne autorise à ce que l'enseignement dans les écoles soit dispensé en langue régionale à la condition qu'une place soit faite à l'apprentissage de la langue officielle de l'Etat espagnol. La méthode retenue pour ce faire n'apparaît pas essentielle, « *le juge constitutionnel* […] *s'assure qu'au terme du cursus scolaire ait été atteint l'objectif que tous les élèves connaissent la langue de l'Etat* »[299]. Le régime linguistique établi par la Constitution espagnole est particulier et « *s'assied sur la réalité linguistique du pays. Le castillan est la langue officielle de l'Etat parce qu'elle est implantée dans toute l'Espagne. Par contre, les autres langues peuvent être officielles dans certains territoires parce qu'elles sont implantées uniquement dans ceux-ci* »[300]. Les réalités politiques et historiques de l'Espagne ont obligé les autorités à consacrer l'existence de ces langues régionales. Cette démarche a nécessairement influencé la manière dont elles sont utilisées à l'école.

121. Ces réalités ne se retrouvent pas dans tous les Etats Parties à la Convention. En conséquence de quoi, la Cour européenne des droits de l'Homme ne pouvait faire autrement que de leur laisser une marge d'appréciation dans la manière d'utiliser les langues régionales à l'école.

122. Cette marge d'appréciation reconnue aux autorités étatiques en matière d'enseignement des langues régionales se retrouve de manière plus générale. Elle empêche les élèves et leurs parents d'exiger la mise en place d'un enseignement particulier. Les Etats Parties ont seulement l'obligation de garantir un égal accès aux moyens d'instruction existant à un moment donné. Pour assurer la meilleure jouissance du droit à l'instruction, cet accès doit déboucher sur l'acquisition de compétences que l'individu pourra faire valoir sur le plan professionnel. Les Etats sont donc dans l'obligation de reconnaître officiellement les études accomplies.

---

299 BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution – France, Espagne et Italie*, préc., pp. 313 – 314.

300 PEREZ CALVO (A.), « Le modèle linguistique en Espagne », in LE POURHIET (A.-M.), *Langue(s) et constitution(s)*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 2004, 261 p., spéc. pp. 145 – 149, spéc. p. 147.

SECTION 2.
LA GARANTIE DE LA RECONNAISSANCE OFFICIELLE DES ETUDES ACCOMPLIES

123. La garantie d'un droit d'accès aux structures scolaires existantes ne suffit pas. Pour que le droit à l'instruction « *produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies* »[301]. La Cour n'a cependant pas indiqué la véritable valeur de cette obligation, faute de contentieux nourri sur la question.

124. Sa portée semble limitée à la seule délivrance d'un diplôme sanctionnant la fin d'un cursus scolaire ou universitaire[302] (§1er). Son interprétation pourrait toutefois être étendue à la reconnaissance des diplômes délivrés dans d'autres Etats (§2nd).

§ 1. Une obligation limitée à la délivrance d'un diplôme

125. En fixant cette reconnaissance comme étant une obligation positive propre à assurer la protection du droit à l'instruction, la Cour, laissant une marge d'appréciation aux Etats (A), ne paraît viser que la seule délivrance d'un diplôme (B).

---

301 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. Cette formule a été reprise en substance par plusieurs arrêts : Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc. ; Cour E.D.H., 13 décembre 2005, *Timichev contre Russie*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, req. n°15472/02 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus contre Croatie*, req. n°15766/03.

302 G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°58, obs. LEVINET (M.), p. 632.

A) UNE RECONNAISSANCE LAISSEE A LA MARGE D'APPRECIATION DES ETATS

126. Par l'édiction de deux obligations positives, la Cour a entendu assurer d'abord l'accès à tous aux moyens d'instruction existant puis à veiller à ce que chacun puisse tirer un bénéfice de l'instruction suivie. Elle agit ainsi sur les deux moments clés de l'instruction. A cette fin, toute personne qui a eu accès aux structures scolaires et universitaires existantes est en droit d'attendre que la fin de son cursus soit sanctionnée par l'obtention d'un diplôme qu'il pourra faire valoir sur le plan professionnel[303]. La Cour est néanmoins restée silencieuse sur la manière dont les autorités nationales devaient assurer cette reconnaissance. A aucun moment, elle n'a donné d'indice pertinent en ce sens, laissant les Etats libres de la réglementation applicable pour se conformer aux exigences conventionnelles. Cette liberté ne cesse d'ailleurs d'être répétée depuis 1968. La reconnaissance officielle des études accomplies n'est obtenue que « *conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat* »[304]. Les autorités étatiques restent ainsi maîtresses « *de la procédure de délivrance des diplômes* »[305]. Cette situation est compréhensible dans la mesure où l'organisation et la sanction de l'instruction « *constitue souvent un noyau dur de* [leur] *compétence* »[306]. Par exemple, en France, cette autonomie est inscrite à l'article L. 613-1 du Code de l'éducation selon lequel « *L'Etat a le monopole de la collation des grades et des titres universitaires* »[307].

---

303 *Ibid.*, p. 632.

304 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. ; voir aussi, par exemple, Cour E.D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, req. n°7973/10, § 61.

305 BELLOUBET-FRIER (N.), « Les implications du processus de Bologne dans le paysage universitaire français », *R.F.A.P.*, 2005/2, pp. 241 – 252, spéc. p. 243.

306 *Ibid.*, p. 243.

307 Ce monopole a néanmoins pu être remis en cause par la signature entre la France et le Vatican d'un accord de reconnaissance mutuelle des grades et diplômes de l'enseignement supérieur. Le décret de publication de cet accord a été attaqué par la Fédération nationale de la libre-pensée au motif qu'il aurait notamment méconnu ce monopole national de collation des diplômes et des grades. Or, le Conseil d'Etat a jugé que « *ces stipulations n'autorisent pas des établissements d'enseignement supérieur privé à délivrer des diplômes nationaux et ne permettent pas aux bénéficiaires de titres délivrés par des établissements d'enseignement supérieurs privés ayant reçu une habilitation par le Saint-Siège de se prévaloir, de ce seul fait, des droits attachés à la possession d'un diplôme national ou d'un grade universitaire* » ; C.E., Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*, req. n°327663, rec. p. 268. Dès lors, l'absence de reconnaissance automatique de ces diplômes ne remet pas en cause le monopole de l'Etat tel que défini à l'article L. 613-1 du Code de l'éducation. L'important reste que « *l'Etat garde toujours un contrôle sur les formations donnant lieu à la délivrance des diplômes et grades* » (PLATON (S.), « Le Conseil d'Etat et la reconnaissance des diplômes ecclésiastiques, Note sous C.E., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*, req. n°327663 », *D.A.*, 2010, n°10).

127. La manière dont les autorités sanctionnent la fin d'un cursus scolaire ou universitaire importe finalement peu. La Cour s'attache simplement à l'existence d'une sanction de ce cursus. A partir du moment où la réglementation permet à l'élève de ne pas être privé « *du fruit de ses études* »[308], les autorités nationales remplissent leurs exigences conventionnelles. Deux exemples peuvent en attester. Dans l'*Affaire linguistique belge*, les juges de Strasbourg ont été saisis d'une requête contestant le refus de l'Etat d'homologuer « *les certificats d'études délivrés par les établissements qui ne se conformaient pas entièrement aux lois linguistiques* ». Ils ont néanmoins constaté que les élèves s'étant vus refuser cette homologation pouvaient tout de même être diplômés à condition de passer un examen supplémentaire devant un jury spécial[309]. Le système éducatif belge n'était pas dépourvu d'un mécanisme de sanction finale, les études poursuivies par l'élève étant officiellement reconnues par une procédure spécifique. En conséquence, le droit à l'instruction des élèves requérants « *n'*[était] *pas entravé* »[310].

128. Dans une autre affaire, *X. contre Belgique* du 29 septembre 1975, le requérant se plaignait que la législation belge ne prévoyait que pour l'avenir une équivalence entre un brevet et un diplôme universitaire. La Commission a déclaré la requête irrecevable, précisant que « *l'Etat* [n'était] *nullement obligé, eu égard à l'article 2 du Protocole n°1,* […] *de reconnaître une équivalence entre ce brevet et les grades académiques civils* »[311]. Le requérant ayant accédé aux moyens d'instruction existants et obtenu un brevet de fin d'études, aucune violation de l'article 2 du Protocole additionnel ne pouvait être constatée.

129. Il ne revient pas à la Cour d'imposer aux Etats la création ou la délivrance d'un diplôme spécifique. Ces questions relèvent de la réglementation fixée et de la marge d'appréciation laissée à l'Etat en la matière. Simplement, les juges doivent fixer un standard afin que, dans la diversité des systèmes éducatifs nationaux, une protection commune du droit à l'instruction puisse émerger. La Cour concilie ainsi la nécessité de protéger de manière effective le droit à l'instruction d'une part, et la marge d'appréciation des Etats en la matière, d'autre part. Ces

---

308 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

309 Il était jugé que « *les élèves dont le certificat d'études n'était pas homologable avaient la ressource d'obtenir un diplôme légal en passant, dans la langue nationale de leur choix, un examen devant un jury dénommé "jury central"* » ; Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

310 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

311 Comm. E.D.H., 29 septembre 1975, *X. contre Belgique*, préc.

derniers restent libres de structurer leur système d'enseignement. Ils sont néanmoins dans l'obligation de garantir, *a minima*, la délivrance d'un diplôme.

B) UNE RECONNAISSANCE GARANTIE PAR LA DELIVRANCE D'UN DIPLOME

130. Cette obligation est la seule mise à la charge des Etats pour reconnaître officiellement les études accomplies. De la même manière que pour la garantie d'un droit d'accès, cette exigence doit être respectée par l'ensemble des structures scolaires existantes. La Cour ne donne cependant aucune définition de la notion. Il faut donc revenir sur sa définition classique (1). Celle-ci fut reprise par le Conseil de l'Europe qui ne pouvait s'en écarter pour en dégager une conception commune aux Etats Parties (2).

1. La définition classique de la notion de diplôme

131. Dans une acception classique, le diplôme représente la « *pièce émanant de l'autorité universitaire, et* […] *confère des droits à son titulaire* »[312]. Il se caractérise à la fois par son sens matériel et formel. Au sens matériel, c'est un « *document* […] *attestant de la possession d'un grade universitaire* »[313]. Pris dans son sens formel, il est le document « *délivré par les autorités universitaires attestant que son titulaire a satisfait aux exigences sanctionnant un cycle d'étude ou de formation* »[314]. Cette approche peut être complétée par celle retenue en droit de l'Union européenne. Regroupant vingt-huit Etats, tous Parties à la Convention européenne des droits de l'Homme, l'Union européenne a eu besoin de dégager une définition commune du diplôme. Cette nécessité se justifiait par la volonté de garantir efficacement la liberté de circulation des personnes. En effet, l'exigence d'obtention d'un diplôme « *pour exercer une activité ou accéder à une profession* [pouvait constituer] *une "barrière*

---

312 PRELOT (P.-H.), *Les établissements privés d'enseignement supérieur*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, 1989, 337 p., spéc. p. 209.

313 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2011, 9ème édition, 1093 p., spéc. p. 345.

314 *Ibid.*, p. 345.

invisible" »[315] à la libre circulation des personnes. Il revenait donc aux institutions communautaires de tracer les contours d'une définition commune du diplôme.

132. La directive 89/48 du 21 décembre 1988 le définissait comme étant l'acte « *délivré par une autorité compétente dans un Etat membre* [désignée par cet Etat, et] *dont il résulte que le titulaire a suivi avec succès un cycle d'études postsecondaires d'une durée minimale de trois ans* […] *dans une université ou un établissement d'enseignement supérieur ou dans un autre établissement du même niveau de formation* […] *et dont il résulte que le titulaire possède les qualifications professionnelles requises pour accéder à une profession réglementée dans cet Etat membre ou l'exercer* »[316]. Cette directive fut remplacée par celle du 7 septembre 2005. Son article 3 envisage le diplôme comme un titre de formation délivré « *par une autorité d'un Etat membre désignée en vertu des dispositions législatives, réglementaires ou administratives de cet Etat membre et sanctionnant une formation professionnelle acquise principalement dans la Communauté* »[317].

133. Ces approches correspondent à l'esprit de l'article 2 du Protocole additionnel. Il faut cependant introduire une certaine nuance dans la mesure où la définition proposée par les directives communautaires n'a pas pour but de protéger le droit à l'instruction mais de participer à la garantie de la liberté de circulation des personnes. Une logique similaire semble malgré tout pouvoir être dégagée : c'est un acte délivré librement par les autorités étatiques en vue de sanctionner un cursus d'étude ou de formation. Cette vision se recoupe avec l'approche dégagée par la jurisprudence de Strasbourg selon laquelle la fin d'un cursus scolaire ou universitaire doit être sanctionnée par l'obtention d'un diplôme[318]. Le droit à l'instruction permet certes à l'individu de tirer un plus grand profit des autres droits contenus dans la Convention, mais il doit aussi lui permettre de revendiquer ses capacités sur un plan professionnel. Le diplôme doit être « "*attributif*" *de certains droits, et notamment celui d'accéder aux professions dont l'exercice requiert qualification* »[319]. Dans cette optique, il

---

315 DUBOUIS (L.), BLUMANN (C.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 6ème édition, 2012, 805 p., spéc. p. 117.

316 Article 1er de la directive n°89/48/C.E.E. du Conseil du 21 décembre 1988 *relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans*, J.O.C.E., 24 janvier 1989, pp. 16 – 23.

317 Article 3 de la directive n°2005/36/C.E. du Parlement européen et du Conseil *relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles*, J.O., 30 septembre 2005, pp. 22 – 142.

318 Voir *supra*, §§ 125 – 136.

319 PRELOT (P.-H), « Le monopole de la collation des grades : Etude historique du droit positif et de ses évolutions contemporaines », *R.D.P.*, 2008, pp. 1264 – 1303, spéc. p. 1279. Une idée similaire est retenue

était intéressant qu'un texte consacré à la protection des droits fondamentaux reprenne une définition similaire.

2. *Une définition reprise par le Conseil de l'Europe en vue d'une définition commune aux Etats Parties*

134. Dans l'un des premiers accords conventionnels conclus en 1953 sous le patronage du Conseil de l'Europe, le diplôme était défini comme un acte « *qui confère au titulaire ou à l'intéressé le droit de solliciter son admission à une université* »[320]. Cette approche a été confirmée par la dernière convention du Conseil de l'Europe, dite de Lisbonne, conclue sur cette question en 1997[321]. Au titre des « *qualifications donnant accès à l'enseignement supérieur* », le diplôme était l'acte « *délivré par une autorité compétente, attestant de la réussite d'un programme d'enseignement et conférant à son titulaire le droit d'être pris en considération pour entrer dans l'enseignement supérieur* ». Il était aussi envisagé comme une « *qualification d'enseignement supérieur* » qui atteste « *de la réussite à un programme d'enseignement supérieur* », succès pouvant être revendiqué sur un plan professionnel. Cette définition est large mais elle permet de prendre en compte la diversité des situations en vigueur dans les Etats Parties. Le rapport explicatif concédait même que ces « *qualifications d'enseignement supérieur portent une grande variété d'appellations, à divers niveaux* [et] *dans les différents pays* »[322]. Cette Convention de Lisbonne semble donc constituer un outil efficace pour la Cour afin de dégager un standard que les Etats pourront atteindre tout en se voyant accorder une marge d'appréciation raisonnable.

135. La ratification de cette convention par quarante-cinq Etats plaide en ce sens. Dans plusieurs affaires, la Cour s'est référée à d'autres conventions conclues sous l'égide du

---

par l'auteur dans sa thèse de doctorat dans laquelle il démontre que le diplôme « *confère à celui qui en est muni un* titre […] *et ce titre, qui désigne l'individu par les qualifications qu'il a acquises, ouvre à son titulaire vocation à exercer certaines fonctions que sa compétence autorise, et qui parfois lui sont réservées* » ; PRELOT (P.-H.), *Les établissements privés d'enseignement supérieur*, préc., p. 209.

320 Conseil de l'Europe, 11 novembre 1953, *Convention européenne relative à l'équivalence des diplômes donnant accès aux établissements universitaires*, S.T.C.E. n°015.

321 Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, S.T.E., n°165. Cette convention, dite de Lisbonne, a fait l'objet d'une ratification par 45 des 47 Etats Parties à la Convention. Seules la Grèce et la Principauté de Monaco ne l'ont pas ratifiée.

322 *Ibid*.

Conseil de l'Europe[323], alors même qu'elles n'ont pas fait l'objet d'un consensus aussi large. Dans l'arrêt de 2004, *Öneryildiz contre Turquie*[324] par exemple, elle utilise la Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la *responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*[325] et celle sur *la protection de l'environnement par le droit pénal*[326] du 4 novembre 1998 au titre des « *textes pertinents du Conseil de l'Europe* ». La seconde a été ratifiée par un seul Etat en 2002 et la première n'a pas fait l'objet de ratification. Aucune d'entre elles n'étaient entrées en vigueur ni au moment des faits ni au moment de l'examen de la requête par la Cour. Pour autant, cela n'a pas empêché les juges de s'en servir afin d'affirmer que « *l'exploitation d'un site de stockage par déchets par des autorités publiques passe pour une "activité dangereuse", et un "décès" résultant du dépôt de déchets sur un site de stockage permanent est considéré comme un "dommage" entraînant la responsabilité des autorités publiques* »[327]. La responsabilité de l'Etat, pour violation du droit à la vie en raison de l'absence d'une législation protectrice des activités industrielles dangereuses, avait donc été engagée.

136. Une convention entrée en vigueur et ratifiée par quarante-cinq Etats pourrait, à plus forte raison, être utilisée par la Cour pour donner davantage de contenu à l'obligation imposée aux Etats de reconnaître officiellement les études accomplies. Outre le large consensus dont elle fait l'objet, cette convention répond aux exigences de prudence qui guident les juges dans leur interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. En effet, tout en dégageant la délivrance d'un diplôme comme standard à atteindre, cette convention prend en compte la diversité des structures d'enseignement nationales. Elle n'impose pas une procédure harmonisée de délivrance des diplômes. Elle apparaitrait donc comme un instrument de référence approprié, que les juges pourraient utiliser de manière plus systématique[328]. Sa

---

323 Voir par exemple, Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, préc. En ce sens voir, notamment, SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2014, 794 p.

324 Cour E.D.H., Gde Chbre, 30 novembre 2004, *Öneryildiz contre Turquie*, préc., note FONTBRESSIN (DE) (P.), « De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent. En marge de l'arrêt Öneryldiz contre Turquie du 30 novembre 2004 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 87 – 97 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°66, obs. MARGUENAUD (J.–P.).

325 Conseil de l'Europe, 21 juin 1993, *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, S.T.C.E., n°150.

326 Conseil de l'Europe, 4 novembre 1998, *Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal*, S.T.C.E., n°172.

327 Cour E.D.H., Gde Chbre, 30 novembre 2004, *Öneryildiz contre Turquie*, préc., § 60.

328 Elle n'a en effet été citée qu'une seule fois dans l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie* pour montrer l'importance de l'enseignement supérieur. Les juges ont pour cela cité le préambule de la Convention qui dispose : « *Conscientes du fait que le droit à l'éducation est un droit de l'homme et que l'enseignement*

consécration comme texte de référence dans l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel ouvrirait en outre la porte à une possibilité de protection plus effective du droit à l'instruction, en permettant une reconnaissance des diplômes acquis dans un autre Etat.

§ 2. Une obligation extensible à la reconnaissance des diplômes acquis dans un autre Etat ?

137. Par son interprétation dynamique de la Convention[329], la Cour cherche systématiquement à optimiser la protection des droits et libertés fondamentaux. Cette pratique pourrait la conduire à une vision renouvelée, et plus exigeante, de l'obligation de reconnaissance des études qui incombe aux Etats. Un Etat reconnaîtrait, par équivalence, non seulement les études accomplies sur son territoire, mais également celles suivies dans un autre Etat. L'élargissement de cette obligation de reconnaissance fait toutefois l'objet d'une approche prudente de la part des organes de contrôle de la Convention (A). Cette solution permettrait pourtant une meilleure garantie du droit à l'instruction (B).

A) LA PRUDENCE MANIFESTE DES ORGANES DE CONTROLE DE LA CONVENTION

138. Interpréter l'article 2 du Protocole dans un sens permettant aux particuliers de revendiquer la reconnaissance officielle des études accomplies dans un autre Etat est un pas que ni la Commission ni la Cour n'ont osé franchir. La perspective d'une reconnaissance mutuelle des diplômes est pourtant envisagée par les Etats eux-mêmes. Plusieurs conventions du Conseil de l'Europe ont en effet comme sujet commun l'équivalence des diplômes et des

---

supérieur, qui joue un rôle eminent dans l'acquisition et dans le progrès de la connaissance, constitue une exceptionnelle richesse culturelle et scientifique, tant pour les individus que pour la société » (Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 66). Elle a également pu servir à appuyer l'opinion en partie dissidente du Juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous l'affaire *Tarantino et autres Contre Italie* (Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, préc.).

329 SUDRE (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., I 335.

périodes universitaires[330], ou la reconnaissance des qualifications de l'enseignement supérieur[331]. Il est donc concevable que les organes de contrôle de la Convention prennent acte de ce consensus pour définir plus précisément l'obligation de reconnaissance officielle des études accomplies. Leur jurisprudence classique les autorise d'ailleurs à évoluer en ce sens car la Convention doit être vue comme « *un instrument vivant à interpréter* […] *à la lumière des conditions de vie actuelle* »[332]. Ils ne se sont pourtant pas engagés sur cette voie. Ils n'ont relevé que prudemment cette possibilité d'évolution tout en laissant aux Etats une ample marge d'appréciation en la matière. Plusieurs exemples le montrent.

139. Dans la décision *X. contre Belgique* du 9 octobre 1978[333], une docteure en médecine de l'Université de Bucarest s'était établie en Belgique. Elle avait formulé une demande d'équivalence de son diplôme au Ministre de l'Education nationale belge afin de pouvoir exercer. Ce dernier a refusé d'y faire droit de manière automatique. Il lui a précisé qu'elle ne lui serait délivrée qu'à la condition de réussir un examen supplémentaire pour contrôler ses aptitudes. Pour la requérante, cette formalité était contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Le problème qui se posait alors à la Commission était de savoir si « *la reconnaissance officielle des études accomplies dans un autre pays se situait dans le champ d'application de l'article 2 du Protocole additionnel* »[334]. Les commissaires ont estimé « *superflu de discuter* […] *de la question de savoir si l'interprétation donnée par la Cour vise également la reconnaissance d'études accomplies à l'étranger* » car « *à supposer qu'il en soit ainsi, la Cour n'en a pas moins admis que la reconnaissance d'études accomplies peut être subordonnée à un examen, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat* »[335].

---

330 Conseil de l'Europe, 11 décembre 1953, *Convention européenne relative à l'équivalence des diplômes donnant accès aux établissements universitaires*, S.T.E., n°015 ; Conseil de l'Europe, 15 décembre 1956, *Convention européenne sur l'équivalence des périodes d'études universitaires*, S.T.E., n°21.

331 Conseil de l'Europe, 14 décembre 1959, *Convention européenne sur la reconnaissance académique des qualifications universitaires*, S.T.E., n°32 ; Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, préc. Cette dernière convention fait référence dans son préambule à la Convention *sur la reconnaissance des études et des diplômes relatifs à l'enseignement supérieur dans les Etats de la région Europe* signée dans le cadre de l'U.N.E.S.C.O (U.N.E.S.C.O, 21 décembre 1979, *Convention sur la reconnaissance des études et des diplômes relatifs à l'enseignement supérieur dans les Etats de la région Europe*, rec. des traités des Nations Unies n°20966).

332 Cour E.D.H., 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni*, req. n°5856/72, § 31.

333 Comm. E.D.H., 9 octobre 1978, *X. contre Belgique*, req. n°7864/77.

334 *Ibid*.

335 *Ibid*.

140. Une solution similaire fut reprise dans la décision d'irrecevabilité *Glazewska contre Suède* du 10 octobre 1985[336]. La requérante, suédoise d'origine polonaise, avait obtenu son diplôme de médecine en Pologne et s'était établie en Suède pour pratiquer. L'Office national de santé publique lui précisa cependant qu'elle devait passer certains examens complémentaires pour être autorisée à exercer la médecine. Ces derniers révélèrent d'importantes lacunes justifiant l'obligation de suivre « *une longue formation complémentaire, de caractère général* » et non simplement spécifique « *sur la législation de la médecine en Suède* ». Le refus des autorités suédoises de l'autoriser à suivre uniquement une formation spécifique apparaissait à ses yeux contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Ce ne fut pas l'avis de la Commission qui a précisé que « *la Convention* [n'imposait] *pas à la Suède l'obligation d'autoriser la requérante à exercer la médecine en Suède au motif simplement qu'elle jouit du statut de médecin en Pologne* »[337].

141. La Commission n'est pas revenue sur sa position dans l'affaire *Petra Karus contre Italie*[338] du 20 mai 1998 à propos d'une étudiante qui souhaitait faire reconnaître par les universités italiennes ses études accomplies en Allemagne. Cette affaire introduit toutefois une part d'originalité. A l'époque des faits, les deux Etats concernés, celui dans lequel les études ont été accomplies et celui dans lequel elles pouvaient être reconnues, ont signé et ratifié un instrument conventionnel prévoyant un mécanisme de reconnaissance mutuelle[339]. Cette spécificité n'est cependant pas apparue décisive car la solution retenue ne différait pas de celle à laquelle la Commission était parvenue antérieurement. Sans même se référer à l'une des Conventions du Conseil de l'Europe sur la question de l'équivalence des diplômes entrées en vigueur à l'époque des faits, la Commission estima une nouvelle fois que les autorités nationales n'avaient aucune obligation de reconnaître les études accomplies dans un autre Etat[340]. Cette dernière affaire confirme que le droit à l'instruction ne suppose pas une

---

336 Comm. E.D.H., 10 octobre 1985, *Glazewska contre Suède*, req. n°11655/85.

337 *Ibid.*

338 Comm. E.D.H., 20 mai 1998, *Petra Karus contre Italie*, req. n°29043/95.

339 A l'époque des faits, l'Italie et l'Allemagne avaient signés et ratifiés la *Convention européenne sur la reconnaissance académique des qualifications universitaires* du 14 décembre 1959 (Conseil de l'Europe, 14 décembre 1959, *Convention européenne sur la reconnaissance académique des qualifications universitaires*, préc.).

340 « *The Commission considers however that, even assuming that a right to obtain recognition of studies completed abroad or even of part of the studies completed abroad may be derived from Article 2 of Protocol N°1 (P1-2), Article 2 (Art. 2) cannot be interpreted as guaranteeing the right to obtain the validation of each exam completed abroad* », Comm. E.D.H., 20 mai 1998, *Petra Karus contre Italie*, préc.

obligation de reconnaissance des études accomplies dans un autre Etat, quand bien même des outils favorables à cette reconnaissance existeraient.

142. L'exigence d'une procédure supplémentaire pour ce faire, comme par exemple le passage d'un examen ou la demande de suivre un stage de mise à niveau, ne semble pas alors être contraire à l'article 2 du Protocole. L'occasion a été donnée à la Cour de confirmer cette position voire même de préciser la portée de cette obligation dans l'arrêt *Kök contre Turquie* de 2006[341]. Une docteure en médecine avait suivi un stage de spécialisation en obstétrique en Bulgarie. Arrivée en Turquie, elle avait demandé aux autorités turques « *la reconnaissance de la durée de son stage de spécialisation en Bulgarie afin de poursuivre cette spécialisation en Turquie* ». Cette demande fut rejetée, ce qui lui apparaissait contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Malgré l'intérêt de la question pour la protection du droit à l'instruction, la Cour a refusé de se prononcer préférant se concentrer sur la violation du droit à un procès équitable.

143. La requérante avait en effet invoqué, en parallèle, la violation de l'article 6§1 au motif que la durée de la procédure avait dépassé le délai raisonnable et que le principe d'égalité des armes n'aurait pas été respecté. C'est sous cet angle que la Cour a d'abord examiné le respect par la Turquie de ses obligations conventionnelles. Après avoir constaté la violation de cet article, la Cour a ensuite refusé d'examiner avec précision le grief tiré de la violation de l'article 2 du Protocole additionnel. Respectant avec rigueur le principe de subsidiarité, les juges ne voulaient pas « *spéculer sur le résultat auquel la procédure aurait abouti si elle avait été en conformité avec les exigences de l'article 6§1 de la Convention* »[342]. La Cour avait pourtant l'occasion de se fonder sur la *Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur* de 1997[343] pour dégager, pour la première fois, une obligation de reconnaissance des diplômes acquis dans un autre Etat. En effet, « *par ce texte, chaque partie reconnaît* […] *les qualifications délivrées par les autres parties qui satisfont aux conditions générales d'accès à l'enseignement supérieur sauf si l'on peut démontrer qu'il existe une différence substantielle entre les conditions demandées* »[344]. Il en a été déduit que « *l'idée générale qui anime les obligations s'imposant aux Etats parties est celle d'une présomption d'acceptation des qualifications semblables délivrées dans les autres Etats*

---

341 Cour E.D.H., 19 octobre 2006, *Kök contre Turquie*, req. n°1855/02.

342 *Ibid.*, § 59.

343 Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, préc.

344 BELLOUBET-FRIER (N.), « Les implications du processus de Bologne dans le paysage universitaire français », préc., p. 243.

parties »[345] En raison de la marge nationale d'appréciation, cette référence n'aurait pas nécessairement conduit à une reconnaissance automatique des diplômes. *A minima*, elle aurait simplement pour effet de contraindre les autorités à prévoir une procédure permettant de faire valoir une équivalence entre les diplômes obtenus dans différents Etats. En outre, une telle démarche participerait à une meilleure protection du droit à l'instruction.

B) UNE PROTECTION DU DROIT A L'INSTRUCTION PERFECTIBLE PAR LA RECONNAISSANCE DES DIPLOMES ACQUIS DANS UN AUTRE ETAT

144. L'ensemble de ces affaires invitent à s'interroger sur la pertinence d'élargir l'obligation de reconnaissance officielle des études accomplies à celles qui ont été effectuées dans un autre Etat, Partie ou non à la Convention. Cette nouvelle obligation s'apparenterait à une « reconnaissance mutuelle » des qualifications obtenues dans un autre Etat. Cette expression doit cependant être maniée avec précaution dans la mesure où elle a été dégagée dans un ordre juridique spécifique guidé par une logique d'intégration, à savoir l'Union européenne. Cette reconnaissance, réalisée à l'aide des directives sectorielles[346] et générales[347], a un rôle avant

---

[345] PERTEK (J.), « Le processus de Bologne et l'action de la Communauté en matière d'éducation », *R.A.E. - L.A.E.*, 2005, pp. 51 – 62, spéc. p. 59.

[346] Pour les professions de santé, voir la directive n°75/362/CEE du Conseil du 16 juin 1975 *visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres de médecin et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services*, J.O.C.E., 30 juin 1975, pp. 1 - 13. Pour les architectes, voir la directive n°85/384/CEE du Conseil du 10 juin 1985 *visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du domaine de l'architecture et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services*, J.O.C.E., 21 août 1985, pp. 15 - 25. Pour les avocats, voir la directive n°98/5 du Conseil et du Parlement du 16 février 1998 *visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise*, J.O.C.E., 14 mars 1998, pp. 36 - 43. L'article 2 dispose que « *tout avocat a le droit d'exercer à titre permanent, dans tout autre Etat membre, sous son titre professionnel d'origine, les activités d'avocat* ».

[347] La reconnaissance mutuelle des diplômes est assurée par les directives 89/48/CEE (Directive n°89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 *relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans*, J.O.C.E., 24 janvier 1989, pp. 16 - 23), 92/51/CEE (Directive n°92/51/CEE du Conseil du 18 juin 1992 *relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles*, qui complète la directive 89/48/CEE, J.O.C.E., 24 juillet 1997, pp. 25 - 45.), 2005/36/CE (Directive n°2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 *relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles,* J.O.C.E., 30 septembre 2005, pp. 22 - 142.). Celles-ci ont pour objet d'offrir « *la possibilité à tout ressortissant communautaire titulaire d'un titre de formation lui permettant dans son Etat d'origine d'exercer une profession d'exercer la même profession dans les autres Etats de l'Union européenne* », SAURON (J.-L.), « Les directives sectorielles et les systèmes généraux de reconnaissance des

tout fonctionnel. Son but est de participer à la réglementation de la libre circulation des personnes sur le territoire de l'Union[348]. Elle correspond donc à une logique spécifique qui ne peut être transposée automatiquement dans un autre ordre juridique. La Convention de Lisbonne de 1997 signée sous l'égide du Conseil de l'Europe reprend néanmoins cette idée de reconnaissance mutuelle pour garantir cette fois-ci le droit à l'instruction. Insistant sur l'importance d'une « *reconnaissance équitable des qualifications* [qui] *représente un élément clé du droit à* [l'instruction] », son préambule affirme que « *la reconnaissance des études, des certificats, des diplômes et des titres obtenus dans un autre pays de la région européenne constitue une mesure importante en vue de promouvoir la mobilité académique entre les Parties* »[349].

145. A nouveau, la Convention de Lisbonne pourrait servir de texte pertinent afin de préciser la portée de l'obligation positive de reconnaissance officielle des études accomplies[350]. Cette perspective ne semble pas impossible dans la mesure où cette convention, signée et ratifiée par les Etats Parties à l'exception de la Grèce et de Monaco, a pour objet de faciliter l'accès « *des habitants de la région* [Europe] *aux ressources éducatives des autres Parties et plus particulièrement* [de leur permettre] *de poursuivre leur formation ou d'effectuer une période d'études dans les établissements d'enseignement supérieur de ces autres Parties* »[351]. Dans ce contexte, élargir l'obligation positive initiale à la reconnaissance des études accomplies dans

---

diplômes », in PERTEK (J.) (dir.), *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 370 p., spéc. pp. 83 – 99, spéc. p. 85.

348 Cependant, tout lien avec la protection du droit à l'instruction n'est pas à exclure. La reconnaissance académique est un élément permettant la libre circulation des personnes pour raison professionnelle car « *pour prendre une décision de reconnaissance à des fins professionnelles, on s'intéresse à une formation souvent attestée par un diplôme académique universitaire* » (FERRARI-BREEUR (C.), « Libre circulation des étudiants et reconnaissance académique », in PERTEK (J.) (dir.), *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, préc., spéc. pp. 55 – 74., spéc. p. 67. L'auteur a précisé qu'il fallait « *éviter une opposition systématique de ces deux notions* » (p. 68) car « *l'action à mener en vue de la reconnaissance académique est étroitement liée à l'action de reconnaissance menée en vue de la libre circulation professionnelle* » (PERTEK (J.), *L'Europe des Diplômes et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 286 p. spéc. p. 140)). Dans une communication du 13 décembre 1994, la Commission des Communautés européennes montrait aussi les similitudes entre ces deux types de reconnaissance. Selon elle, elles donnent « *valeur dans un Etat membre d'accueil à une formation, brève ou longue, acquise dans un autre* » (Commission des Communautés européennes, 13 décembre 1994, *Communication de la Commission sur la reconnaissance des diplômes à des fins académiques et à des fins professionnelles*, COM(94) 596 final, 17 p., spéc. p. 10). « *Dès lors qu'une université accorde une reconnaissance de période d'études ou de diplôme intermédiaire en vue de la poursuite d'études, cette décision vaut indirectement pour l'exercice professionnel ultérieur dans cet Etat* » (p. 2).

349 Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, préc.

350 Voir *supra*, §§ 134 – 136.

351 Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, préc.

un autre Etat ne semble pas hors de propos. En outre, la Convention de Lisbonne combine l'objectif de reconnaissance mutuelle des diplômes avec le respect de la marge nationale d'appréciation. L'article IV.1 de la Convention de Lisbonne relatif à la *reconnaissance des qualifications donnant accès à l'enseignement supérieur* l'illustre. Il dispose que « *chaque Partie reconnaît, aux fins de l'accès aux programmes relevant de son système d'enseignement supérieur, les qualifications délivrées par les autres Parties et qui satisfont, dans ces Parties, aux conditions générales d'accès à l'enseignement supérieur, à moins que l'on ne puisse démontrer qu'il existe une différence substantielle entre les conditions générales d'accès dans la Partie dans laquelle la qualification a été obtenue et dans la Partie dans laquelle la reconnaissance est demandée* »[352]. Le rapport explicatif démontre à ce sujet que « *le principe de base de la Convention est que les qualifications qui donnent à leur titulaire l'accès à l'enseignement supérieur dans une Partie devrait lui assurer le même droit dans les autres Parties* »[353]. Cette reconnaissance n'a cependant rien d'automatique car elle est laissée à la discrétion des Etats Parties. Une Partie peut refuser de délivrer une équivalence si « *des différences substantielles* » existent. Le rapport explicatif fournit quelques exemples comme la « *différence de durée de la formation influant substantiellement sur le contenu du programme d'enseignement* » ou encore « *une différence substantielle de finalité* […] *entre un programme dont le but principal est de préparer les candidats à l'enseignement supérieur et un programme dont le but est de préparer les candidats pour le monde du travail* »[354].

---

352 Les articles V.1 et VI.1 peuvent également servir de référence. L'article V.1 de la Convention de Lisbonne de 1997 dispose que « *chaque Partie reconnaît les périodes d'études accomplies dans le cadre d'un programme d'enseignement supérieur dans une autre partie. Cette reconnaissance comprend de telles périodes d'études en vue de l'accomplissement d'un programme d'enseignement supérieur dans la Partie dans laquelle la reconnaissance est demandée, à moins que l'on ne puisse démontrer qu'il existe une différence substantielle entre les périodes d'études accomplies dans une autre Partie et la partie du programme d'enseignement supérieur qu'elles remplaceraient dans la Partie où la reconnaissance est demandée* ». L'article VI.1 dispose quant à lui que « *dans la mesure ou une décision de reconnaissance est basée sur le savoir et le savoir-faire certifiés par une qualification d'enseignement supérieur conférées dans une autre Partie, à moins que l'on ne puisse démontrer qu'il existe une différence substantielle entre la qualification dont la reconnaissance est demandée et la qualification correspondante dans la Partie dans laquelle la reconnaissance est demandée* ».

353 Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Rapport explicatif sur la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, préc. Cette reconnaissance est également effective pour la reconnaissance des périodes d'études. Le rapport explicatif mentionne que « *les périodes d'études entreprises à l'étranger seront reconnues* ». Elle l'est aussi pour la reconnaissance des qualifications d'enseignement supérieur. Le rapport explicatif mentionne que « *les Parties devraient reconnaître les qualifications d'enseignement supérieur obtenues dans les systèmes d'enseignement supérieur de toute autre Partie* ».

354 Conseil de l'Europe, 11 avril 1997, *Rapport explicatif sur la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, préc.

146. Cette Convention affiche la volonté de protéger le droit à l'instruction par une obligation élargie de reconnaissance des études accomplies tout en préservant la liberté des Etats d'accorder ou non une équivalence. Toutefois, retenir cette interprétation ne va pas sans poser de difficultés. Deux questions, liées entre elles, se posent. Quelle serait la réelle portée de cette obligation pour les Etats ? Quels sont les particuliers qui pourraient revendiquer le bénéfice de cette obligation de reconnaissance ? Il semble que le respect de la marge nationale d'appréciation conduirait la Cour à être prudente dans son initiative en ne retenant qu'une obligation minimale de reconnaissance des études accomplies par un particulier dans un autre Etat. Celle-ci pourrait être une simple obligation positive procédurale. Elle consisterait à contraindre les autorités nationales à examiner toute demande de reconnaissance des études accomplies par un particulier dans un autre Etat. Elles seraient ensuite libres d'y faire droit, soit automatiquement, soit en exigeant de l'individu une remise à niveau pour qu'il réponde aux exigences de qualités fixées par l'Etat de destination. Suivant ce schéma, le requérant ne sera pas privé du « *fruit de ses études* »[355] accomplies dans un autre Etat et les autorités étatiques conserveront leur indispensable marge d'appréciation en la matière.

147. Si cette approche semble participer à une meilleure protection du droit à l'instruction, il n'en demeure pas moins que la question des bénéficiaires de cette obligation positive peut se poser. Deux situations doivent ici être distinguées. Cette obligation peut-elle être exigée par toute personne relevant de la juridiction d'un Etat Partie à la Convention européenne des droits de l'Homme ou, au contraire, n'être réservée qu'aux personnes qui ont obtenu leur diplôme dans un Etat Partie à la Convention de Lisbonne ? Dans le premier cas, il importerait peu de connaître le pays, membre ou non du Conseil de l'Europe, dans lequel les études ont été accomplies. Il suffirait d'être diplômé et de relever de la juridiction d'un Etat Partie pour être recevable à cette procédure d'examen. Dans le second cas, cette possibilité ne serait reconnue qu'aux ressortissants des quarante-cinq Etats Parties à la Convention de Lisbonne. Cette dernière hypothèse semble toutefois la moins effective car la protection du droit à l'instruction serait refusée à certains particuliers pour la seule raison qu'ils n'ont pas obtenu leur diplôme dans le « bon » Etat. La possibilité d'une reconnaissance mutuelle des diplômes semble donc devoir être ouverte à tous. Cependant, le fait que l'Etat dans lequel les études ont été accomplies soit ou non Partie à la Convention de Lisbonne peut avoir un effet sur l'issue

---

[355] Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

de l’examen de reconnaissance. L’Etat de destination pourrait en effet rejeter la demande d’équivalence au motif que l’Etat dans lequel les études ont été accomplies n’est pas partie à la Convention de Lisbonne.

CONCLUSION CHAPITRE 1

148. L'initiative de la Cour européenne des droits de l'Homme en faveur du droit à l'instruction peut apparaître limitée non seulement en raison de l'existence d'un système éducatif dans chacun des Etats Parties mais également à cause des fortes oppositions apparues au moment des travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel[356]. Ces divergences doivent être prises en compte par les juges au moment d'interpréter cette disposition. En conséquence, ils ont dû concilier la marge nationale d'appréciation - en estimant qu'« *il ne pouvait et il ne peut* […] *être question d'obliger chaque Etat à créer* » un système d'enseignement particulier[357] - et la promotion du droit à l'instruction. Pour garantir à tous le droit à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois fait preuve d'initiative en mettant à la charge des Etats deux obligations positives. Ces derniers doivent permettre à chacun « *de se servir* […] *des moyens d'instruction existant à un moment donné* », et de recueillir le fruit de sa formation en prévoyant « *la reconnaissance officielle des études accomplies* ».

149. Les juges ont donc fixé les contours du droit à l'instruction dans lesquels les revendications fondées sur l'article 2 du Protocole additionnel sont protégées. Le périmètre de protection s'étend des établissements d'enseignement publics aux établissements privés ; du primaire au supérieur. Pour définir ce cadre, la Cour a fait preuve d'initiatives en n'hésitant pas à engager, sur le fondement de la théorie de l'effet horizontal, la responsabilité de l'Etat en raison du manquement d'un établissement d'enseignement scolaire privé[358]. L'objectif d'épanouissement de l'individu poursuivi par l'article 2 du Protocole additionnel ne se limite pas aux élèves ou étudiants inscrits dans les établissements d'enseignement publics. Il s'étend à l'ensemble des moyens d'instructions existants. Les établissements privés, eux-aussi, participent à former les individus pour leur permettre de jouir effectivement des autres droits et libertés contenus dans la Convention. Le bénéfice du droit à l'instruction est donc reconnu par la Cour, conformément au principe d'universalité, à tous les élèves et étudiants, quelque soit le moyen d'instruction utilisé. Ce bénéfice ne peut cependant être revendiqué que dans le

---

356 Voir *supra* §§ 16 – 23.

357 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

358 Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc.

cadre des structures existantes. Les autorités étatiques sont libres de rejeter une demande qui n'entrerait pas dans les contours fixés par la jurisprudence. Ainsi, les exigences visant à créer un enseignement ou à financer un établissement particulier peuvent être écartées sans que ce refus soit contraire à la Convention.

150. La volonté de protéger efficacement le droit à l'instruction ne se limite pas simplement à l'accès à l'enseignement. Elle concerne également la sanction du cursus entamé. La protection de l'article 2 du Protocole additionnel serait vaine si leurs bénéficiaires ne pouvaient faire valoir leurs compétences sur un plan professionnel[359]. Cette valorisation passe par l'obtention d'un diplôme. Le faible contentieux auquel la Cour a dû faire face montre qu'elle cherche à savoir si la formation suivie par un élève ou un étudiant a été sanctionnée. S'il s'agit d'une obligation *a minima*, qui pourrait être plus contraignante, elle traduit tout de même la volonté de la Cour de s'assurer que les systèmes éducatifs nationaux répondent aux exigences de l'article 2 du Protocole additionnel en garantissant un droit concret et effectif à l'instruction. Cette démarche est poursuivie par la Cour au moment d'examiner les réglementations étatiques mettant en œuvre les obligations positives identifiées.

[359] En ce sens voir G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°58, obs. LEVINET (M.), spéc. p. 632.

CHAPITRE 2.
LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS POSITIVES ASSURANT LE RESPECT D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION

151. L'exécution des obligations positives dégagées par la Cour européenne des droits de l'Homme pour garantir le droit à l'instruction ne suscite pas les mêmes difficultés selon qu'il s'agisse du droit d'accès aux moyens d'instruction ou de la reconnaissance officielle des études accomplies. Cette différence se reflète du point de vue contentieux puisque pour cette dernière, les affaires sont moins nombreuses[360]. Ceci s'explique par le fait qu'en vertu du principe de subsidiarité, les obligations des Etats en la matière sont peu contraignantes. Les juges vérifient simplement que le cursus entamé soit sanctionné par l'obtention d'un diplôme[361]. La situation est en revanche plus complexe pour la première obligation positive.

152. Le droit d'accès aux moyens d'instruction constitue, plus encore que la reconnaissance officielle des études accomplies, l'élément central de la protection du droit à l'instruction. Cet accès facilite l'acquisition de connaissances permettant à l'individu de s'épanouir et de bénéficier concrètement des autres droits et libertés de la Convention. Il doit faire l'objet d'une attention particulière par la Cour pour que tous, sans distinction et dans les mêmes conditions, puissent avoir accès aux structures d'enseignement. L'étude nécessite donc d'identifier les principes pouvant participer à la garantie d'un droit d'accès aux établissements d'enseignement. Deux fondements d'inégale importance sont alors mis en avant : l'égalité et la gratuité d'accès. Le premier est un principe essentiel à la mise en œuvre du droit à l'instruction (section 1) alors que le second peine à s'imposer comme un fondement pertinent pour interpréter de l'article 2 du Protocole (section 2).

---

360 La décision d'irrecevabilité *Paschali contre Grèce* du 3 décembre 1997 est l'une des rares affaires présentées devant les organes de la Convention traitant de cette question. En l'espèce, la requérante, fonctionnaire diplômée, contestait l'assimilation des agents du greffe des tribunaux non diplômés à ceux disposant d'un diplôme universitaire. La Commission conclut à l'irrecevabilité de la requête estimant que la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel « *ne garantit pas le droit aux fonctionnaires qui possèdent un diplôme universitaire de ne pas être assimilés aux fonctionnaires qui n'en possèdent pas* » (Comm. E.D.H., 3 décembre 1997, *Paschali contre Grèce*, req. n°37060/97).

361 Voir *supra* §§ 125 – 136.

SECTION 1.
L'EGALITE D'ACCES AUX ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT, UN PRINCIPE ESSENTIEL A LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT A L'INSTRUCTION

153. L'obligation d'accès aux établissements d'enseignement incombant aux autorités étatiques doit être mise en œuvre par une réglementation spécifique[362]. Celle-ci, applicable à tous et sans distinction, est laissée à leur libre appréciation et peut avoir pour effet de restreindre l'accès à une formation. Une telle limitation est toutefois possible dans la mesure où le droit à l'instruction n'est pas absolu et peut faire l'objet de limitations implicitement admises. L'Etat est libre de fixer ces restrictions (§1er) si la limitation est justifiée de manière objective et raisonnable et si le droit n'est pas atteint dans sa substance (§2nd).

§ 1. La liberté de l'Etat dans la mise en œuvre du principe d'égalité d'accès aux établissements d'enseignement

154. Les autorités étatiques sont libres de déterminer les règles applicables pour garantir le droit à l'instruction. Elles sont cependant liées par le principe d'égalité en ce que les règles définies sont applicables à tous et dans les mêmes conditions. La marge de manœuvre dont elles disposent se retrouve en réalité circonscrite à la détermination des règles d'admission aux établissements d'enseignement (A), ainsi qu'à la fixation des mesures disciplinaires (B).

---

362 C'est une mission classiquement réservée à l'Etat. Selon la formulation classique de la Cour, le droit à l'instruction « *appelle de par sa nature une réglementation par l'Etat* » (Par exemple : Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc. ; Cour E.D.H., 7 février 2006, *Mürsel Eren contre Turquie*, préc., § 44 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, préc., § 140 ; Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, req. n°37222/04, § 33).

A) La liberte de l'Etat dans la determination des regles d'admission aux etablissements d'enseignement

155. Le choix des moyens pour garantir un égal accès aux moyens d'instruction conduit les Etats à exiger des individus l'acquisition d'un niveau effectif de connaissances pour pouvoir prétendre accéder à un enseignement particulier (1). Au-delà de la « qualité » du candidat, les autorités nationales ont également décidé de fixer, en fonction de leurs besoins et des contraintes pesant sur elles, un système de sélection régulant l'accès aux établissements d'enseignement (2).

1. L'exigence d'un niveau effectif de connaissances

156. Les autorités étatiques doivent être certaines que chaque individu puisse bénéficier effectivement de la formation qui lui est proposée. Pour cela, l'Etat est tenu de contrôler les connaissances acquises. Tous les élèves doivent être assurés de cette vérification, qu'ils soient scolarisés dans un établissement public ou privé voire à domicile. En effet, des exigences différentes fixées aux élèves d'un même niveau scolaire seraient contraires au principe d'égalité. Par exemple, devant la spécificité de l'instruction à domicile assurée au quotidien par les parents, les autorités étatiques exigent que les enfants soient soumis au même contrôle de connaissances que tous les autres élèves. La Commission européenne des droits de l'Homme n'a d'ailleurs pas estimé cette exigence contraire à l'article 2 du Protocole additionnel[363]. Toutefois, derrière cette contrainte peut également se cacher la possibilité de restreindre l'accès à l'instruction à domicile. Si les autorités nationales s'aperçoivent que la formation reçue est insuffisante, elles peuvent obliger les parents à inscrire leur enfant dans un établissement classique.

---

[363] Comm. E.D.H., 6 mars 1984, *Famille H. contre Royaume-Uni*, préc.

157. L'affaire soumise à la Commission en 1984, *Famille H. contre Royaume-Uni*, illustre ce constat[364]. En l'espèce, les autorités étatiques avaient demandé à plusieurs reprises aux parents d'inscrire leurs enfants dans une école publique à moins de prouver qu'un enseignement efficace et adapté leur était dispensé. Les parents refusèrent de se plier à cette exigence. Ils ont donc été condamnés « *pour* [ne pas avoir] *assuré à leurs enfants une instruction* [de qualité] *puisqu'ils n'ont pas montré qu'ils dispensaient à domicile aux deux plus jeunes enfants une instruction convenable en fait d'écriture, de lecture et de calcul* ». Rappelant que « *la vérification et l'application des normes éducatives font partie intégrante* » du droit à l'instruction, la Commission a précisé que l'obligation faite aux parents de coopérer pour « *apprécier les normes éducatives appliquées aux enfants pour leur garantir un certain niveau d'*[instruction] *tout en* [les] *autorisant* […] *à instruire leurs enfants à domicile ne saurait constituer une méconnaissance* [de] *l'article 2 du Protocole additionnel* »[365]. Par conséquent, dans le but d'assurer aux élèves l'acquisition d'un niveau effectif de connaissance, les autorités nationales peuvent leur restreindre l'accès à l'instruction à domicile. Le choix des parents d'assurer eux-mêmes la scolarité de leur enfant ne doit pas se transformer, pour ce dernier, en un handicap. Il doit bénéficier, autant que faire se peut, d'un encadrement identique à celui garanti pour les élèves qui suivent leur scolarité dans un établissement d'enseignement scolaire.

158. Les autorités étatiques peuvent également limiter l'accès aux établissements d'enseignement en refusant le passage à l'année supérieure ou en empêchant la poursuite des études entreprises. Dans l'affaire *X. contre Royaume-Uni*[366], la Commission a connu d'une affaire dans laquelle un étudiant en technologie, d'origine indienne, se plaignait de ne pas avoir été autorisé à poursuivre ses études dans le cursus choisi. Il était dans une situation particulière car il avait échoué deux fois aux examens de première année et les autorités universitaires avaient sanctionné sa faible assiduité par un refus de réinscription. Le requérant estimait cette interdiction contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel. Ce ne fut pas l'opinion de la Commission qui reprit la position dégagée par la Cour dans l'*Affaire linguistique belge* selon laquelle les autorités étatiques ne doivent

---

364 *Ibid*.

365 *Ibid*.

366 Comm. E.D.H., 9 décembre 1980, *X. contre Royaume-Uni*, préc. De la même manière, « *lorsqu'un Etat prévoit un système d'enseignement supérieur limité, il est autorisé à limiter l'accès aux études supérieures aux candidats qui justifient d'un niveau suffisant pour suivre l'enseignement avec profit* », Comm. E.D.H., 10 octobre 1985, *Glazewska contre Suède*, préc.

pas atteindre la substance du droit à l'instruction. En l'espèce, elle n'a pas estimé « *que le requérant* [se soit] *vu refuser déraisonnablement l'accès à l'enseignement supérieur* » car l'Université ne s'était pas « *opposée à ce qu'il étudie une autre matière* ». Les commissaires rejetèrent aussi le grief tiré du principe de non-discrimination. L'existence d'une différence de traitement injustifiée n'allait pas de soi dans la mesure où la solution retenue, motivée par un manque d'implication du requérant, se serait probablement imposée pour tout étudiant, de nationalité étrangère ou non.

159. La Cour veille ainsi à l'application identique de la réglementation permettant l'accès aux établissements d'enseignement. Elle n'hésite pas à sanctionner un Etat qui aurait limité, sans justification, l'accès à un établissement d'enseignement alors même que le candidat remplissait les critères fixés. Elle l'a montré dans l'affaire *Mürsel Eren contre Turquie* en 2006[367]. Le requérant, titulaire d'un diplôme de fin d'études secondaires, souhaitait entrer à l'Université. Le système d'enseignement turc obligeait les candidats à réussir un examen d'entrée pour y avoir accès. A trois reprises, le requérant a échoué à ces tests. Décidé à s'investir intensément dans la préparation de sa quatrième tentative, son travail fut récompensé et il obtint ses examens. Toutefois, après de si nombreux échecs, cette réussite avait suscité des doutes auprès des autorités universitaires. Persuadées que Mürsel Eren avait triché, elles lui ont refusé le droit de s'inscrire à l'un des programmes universitaires. Elles ont simplement avancé que « *compte tenu de la médiocrité de ses résultats les années précédentes, son excellente performance ne pouvait s'expliquer* »[368]. Si l'étudiant s'est conformé aux réglementations fixées par les autorités étatiques et a atteint le niveau exigé pour accéder à l'enseignement supérieur, il n'existe aucune raison pour qu'il ne soit pas admis à continuer comme l'aurait été n'importe quel candidat. Les juges ont donc conclu que « *tout étudiant de bonne foi peut légitimement s'attendre à être admis dans le cursus universitaire pour lequel il a obtenu les notes requises à l'examen* »[369]. La Cour a considéré que la décision du conseil universitaire « *d'annuler* [ses] *résultats d'examen* […] *était dépourvu de base légale et rationnelle et donc entachée d'arbitraire* »[370]. Une telle situation ne pouvait être considérée conforme à l'esprit de l'article 2 du Protocole additionnel. Pour autant, la Cour n'est pas revenue sur le principe même d'un examen d'entrée puisque fixer un seuil à

---

367 Cour E.D.H., 7 février 2006, *Mürsel Eren contre Turquie*, préc, note LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1029 – 1049.

368 Cour E.D.H., 7 février 2006, *Mürsel Eren contre Turquie*, req. n°60856/00, § 14.

369 *Ibid*., § 48.

370 *Ibid*., § 50.

atteindre pour accéder à un type particulier d'enseignement ne peut pas être à lui-seul reproché aux autorités étatiques. Il en découle que la mise en place d'un système sélectif ne serait pas, non plus, contraire à la Convention.

2. La mise en place d'un système de sélection

160. L'existence d'une sélection dans l'accès aux établissements d'enseignement se retrouve surtout à l'entrée dans l'enseignement supérieur. Cet accès est moins automatique et « *apparaît logiquement moins protégé que l'accès à l'enseignement obligatoire, primaire ou secondaire* »[371]. L'enseignement qui y est offert, bien que revêtant un intérêt particulier, n'apparaît pas aussi indispensable que celui qui est dispensé dans les établissements scolaires. Cela justifie alors que si « *tous peuvent y prétendre* [,] *tous n'y parviendront pas* »[372]. Néanmoins, l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie* du 10 novembre 2005 ayant fait entrer l'enseignement supérieur dans le champ d'application matériel de l'article 2 du Protocole additionnel[373], les obligations positives imposées aux Etats pour garantir le droit à l'instruction primaire et secondaire s'y retrouvent également. Les usagers du service public de l'enseignement supérieur[374] sont donc en droit d'exiger un traitement identique dans l'accès aux établissements concernés. Il n'en demeure pas moins que cette exigence ne signifie pas un accès automatique. Depuis la décision d'irrecevabilité *Lukach contre Russie*, l'article 2 du Protocole ne s'oppose pas à ce que l'accès à l'Université soit réservé aux seuls individus qui ont acquis les connaissances nécessaires[375].

---

371 SZYMCZAK (D.), « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON*, Bordeaux, P.U.B., Coll. Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2013, 1420 p., spéc. pp. 670 – 690, spéc. pp. 675 – 676.

372 GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 1007.

373 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 137. Voir *supra* § 84.

374 Comme l'a démontré Carolina CERDA-GUZMAN dans sa contribution aux Mélanges en l'honneur de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « *s'il est clair que l'étudiant est l'utilisateur principal du service public de l'enseignement supérieur, il est possible de la qualifier d'usager car le lien avec ce service se fait de manière totalement volontaire* », CERDA-GUZMAN (C.), « L'étudiant, un usager particulier du service public administratif », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON*, préc., spéc. pp. 913 – 944, spéc. p. 914.

375 Cour E.D.H. (recevabilité), 16 novembre 1999, *Lukach contre Russie*, req. n°48041/99.

161. Dès l'affaire *X. contre Royaume-Uni* du 9 décembre 1980, la Commission avait ainsi estimé que « *si un Etat prévoit un système d'enseignement supérieur limité, la limitation du droit d'y accéder aux étudiants ayant acquis le niveau universitaire requis pour tirer le plus grand bénéfice des cours proposés n'est pas en principe contraire à l'article 2 du Protocole additionnel* »[376]. La simple obtention d'un diplôme, prouvant la maîtrise de connaissances nécessaires à l'accès à l'enseignement supérieur, peut donc être insuffisante, bien qu'elle soit indispensable[377]. Tel fut le cas, par exemple, dans la décision d'irrecevabilité du 7 juillet 2009, *Karaismailoglu contre Turquie*[378]. Dans cette affaire, les requérants avaient étudié et obtenu leur diplôme en Egypte. Ils souhaitaient s'inscrire à la faculté de théologie en Turquie. Cette inscription leur fut refusée « *au motif que le passage interuniversitaire n'était pas conforme au règlement en vigueur* ». Rejoignant la problématique de la reconnaissance des études accomplies dans un autre Etat[379], la Cour a repris sa jurisprudence traditionnelle en jugeant que « *l'article 2 du Protocole n°1 ne peut pas s'interpréter comme garantissant un droit de reconnaissance des diplômes* [acquis] *dans les universités étrangères* ». Rien n'interdit donc aux Etats de prévoir un système de sélection, quand bien même les candidats ont obtenu le niveau requis.

162. Ils peuvent également introduire une différence de traitement entre les étudiants selon les formations antérieurement suivies. Dans la décision *Akat contre Turquie*[380], la Cour a estimé qu'un « *système de pondération des points affectés aux résultats du concours d'admission à l'Université ne porte pas atteinte au droit à l'instruction* ». Ainsi, distinguer au moment de l'admission à l'Université entre les candidats issus d'un lycée professionnel ou d'un lycée général dans le but de faciliter l'insertion dans le monde du travail n'est pas contraire à l'article 2 du Protocole.

163. La conventionnalité de cette distinction a été confirmée au fond dans l'arrêt *Altinay contre Turquie* du 9 juillet 2013[381]. En 1998, la Turquie avait mis en place un système modifiant les règles d'admission à l'Université. Les candidats devaient réussir un examen

---

[376] Comm. E.D.H., 9 décembre 1980, *X. contre Royaume-Uni*, préc. Dans le même sens, voir Comm. E.D.H., 10 octobre 1985, *Glazewska contre Suède*, préc. Par exemple, en France, « *rien n'empêche juridiquement l'instauration d'une sélection pour l'entrée en deuxième cycle* », CERDA-GUZMAN (C.), « L'étudiant, un usager particulier du service public administratif », préc., p. 934.

[377] En ce sens voir Cour E.D.H. (recevabilité), 16 novembre 1999, *Lukach contre Russie*, préc.

[378] Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juillet 2009, *Kuraismailoglu contre Turquie*, req. n°29602/05, 41206/05.

[379] Voir *supra* §§ 137 – 147.

[380] Cour E.D.H. (recevabilité), 12 mai 2009, *Akat contre Turquie*, req. n°34740/04, 2399/06.

[381] Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, préc.

d'entrée, dont les résultats étaient pondérés selon leur formation antérieure. Une distinction était opérée entre les bacheliers issus d'un lycée d'enseignement général, ayant acquis des compétences concordant avec les matières dispensées dans le supérieur, et ceux sortant d'un lycée d'enseignement professionnel, dont les compétences ne correspondaient pas à celles enseignées dans les facultés en question. Bachelier d'un lycée d'enseignement professionnel, le requérant passa cet examen d'entrée. Il n'était pas parvenu à obtenir les notes minimales exigées à cause du coefficient affecté aux résultats obtenus. A l'appui de sa requête, il mentionna qu'il aurait satisfait aux exigences des autorités étatiques si le coefficient attribué aux notes des bacheliers d'un lycée général lui avait été appliqué. Il estima que la réglementation dont découle son incapacité d'accéder à l'enseignement supérieur violait son droit à l'instruction et était discriminatoire. Les juges ont certes fait droit à sa demande mais uniquement en raison du manque de prévisibilité de la législation turque. Celle-ci aurait dû prévoir des mesures correctives applicables à son cas, car au moment de son inscription dans le lycée professionnel, une telle pondération n'existait pas[382].

164. Autrement dit, ce n'est pas le principe même d'un mécanisme de sélection qui a été remis en cause par la Cour puisque les juges ont conclu à l'absence de violation de la Convention sur ce point. S'ils ont constaté l'existence d'une différence de traitement, ils ont tout de même rappelé que lorsque les Etats Parties « *réglementent l'accès à des universités* [ils] *disposent d'une marge d'appréciation considérable quant aux qualités requises des candidats afin de sélectionner ceux qui sont susceptibles de poursuivre avec succès des études supérieures* »[383]. Seule l'atteinte à la substance du droit constituerait une limite que les autorités étatiques ne devraient pas dépasser. Or, en distinguant les bacheliers en fonction des lycées fréquentés, le but poursuivi par la Turquie était d'assurer une formation professionnelle de haut niveau[384]. L'absence de certaines matières fondamentales du programme dispensé dans les établissements professionnels empêchait cette excellence. En conséquence, une telle différence de traitement n'était pas discriminatoire[385], notamment parce qu'exceptée l'affectation d'un coefficient différent, les candidats étaient sur un pied d'égalité. La Cour a constaté qu'ils étaient évalués de la même manière, avant pondération des résultats. De plus,

---

382 *Ibid.*, § 60.
383 *Ibid.*, § 41.
384 *Ibid.*, § 44.
385 *Ibid.*, § 50.

dans ce système, les élèves étaient libres de s'inscrire dans un lycée général ou professionnel[386].

165. Cette conclusion n'a pas été partagée par tous les juges. Dans leur opinion en partie dissidente[387], les juges VUCINIC et PINTO DE ALBUQUERQUE concluaient à l'existence d'une discrimination injustifiée. Ils estimaient que « *pareil système* [manquait] *de la moindre logique* » et que « *seul un préjugé de classe très fort* [pouvait] *expliquer un tel choix politique, manifestement inacceptable dans une société démocratique* »[388]. Malgré cette position, la Cour a confirmé, dans cette affaire, l'importante marge d'appréciation octroyée aux Etats dans la mise en place d'un système de sélection d'accès. Les autorités nationales sont conscientes des besoins qu'une profession peut avoir. Dans cette optique, il leur est loisible de fixer des conditions dont l'effet est de réguler l'accès à une formation.

166. En ce sens, la mise en place d'un *numerus clausus* n'est pas non plus contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. La Cour s'est prononcée pour la première fois sur ce mécanisme sélectif dans l'arrêt *Tarantino et autres contre Italie*[389]. Les étudiants se plaignaient du faible nombre de places ouvertes aux concours. Ils estimaient que cette mesure restreignait leur droit à l'instruction. Pour en apprécier la conventionnalité, la Cour a précisé que « *pareille limitation ne se concilie avec* [l'article 2 du Protocole] *que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »[390]. A cette fin, elle a vérifié les raisons justifiant la limitation du nombre de places disponibles. Le gouvernement italien en avançait deux : les capacités d'accueil et financières des universités d'une part, et le besoin de la société pour une profession donnée d'autre part.

167. S'agissant de la première justification, la Cour l'estime « *sans aucun doute acceptable* »[391]. Elle s'inscrit d'ailleurs dans la logique de l'article 2 du Protocole additionnel, gouvernée par le principe de subsidiarité. Cette disposition n'oblige pas les Etats à créer des

---

386 *Ibid*., §§ 48 – 49.

387 Sur le rôle des opinions séparées des juges devant la Cour européenne des droits de l'Homme, voir RIVIERE (F.), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 464 p.

388 Opinion en partie dissidente commune des juges Nebojsa VUCINIC et Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE sous Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, préc.

389 Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, req. n°25851/09, 29284/09 et 64090/09, note SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 1476 - 1482.

390 Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, préc., § 45.

391 *Ibid*., § 51.

moyens d'instruction particuliers et il est nécessaire que les étudiants bénéficient de conditions satisfaisantes pour mener leurs études supérieures. Dans cette logique, la Cour a précisé que « *le droit d'accéder à un enseignement ne vaut que dans la mesure où celui-ci est disponible et dans les limites qui lui sont associées, limites qui dépendent souvent des contingences nécessaires au fonctionnement des établissements* […] *avec les considérations qu'elles impliquent, notamment quant à leur qualité* »[392]. La limitation de l'accès à l'enseignement supérieur voulue par les autorités italiennes, motivée par « *l'efficacité du système d'enseignement* », n'était donc pas disproportionnée[393].

168. S'agissant de la seconde justification, après avoir constaté qu'« *un manque de débouchés dans ces catégories en raison d'une saturation du marché constituerait une dépense supplémentaire, le chômage étant indéniablement un fardeau pour la société* », les juges l'ont également estimé proportionnée. La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole, accordant un brevet de conventionnalité au *numerus clausus*. Cette décision a été interprétée comme faisant prévaloir « *les considérations économiques sur le droit conventionnel* »[394]. La solution retenue par la Cour rejoint cependant celle déjà envisagée, en 1975, par l'ancien Président de la Cour européenne des droits l'Homme, Luzius WILDHABER. Selon lui, déclarer contraire à la Convention une réglementation instaurant un numerus clausus obligerait les Etats à créer de nouvelles universités. Outre le fait que la Cour « [outrepasserait] *le domaine des possibilités politiques et se* [départirait] *de la modération qui doit caractériser une instance judiciaire* »[395], cette hypothèse nuirait à la protection du droit à l'instruction. L'obligation de créer de nouveaux moyens d'instruction pourrait représenter un obstacle financier insurmontable pour certains Etats. Dans ces conditions, il apparaît préférable de limiter l'accès à certains enseignements afin d'en assurer la qualité plutôt que d'offrir une formation dans des conditions qui ne seraient pas optimales.

169. La mise en place d'un *numerus clausus* ne fait toutefois pas l'unanimité au sein de la Cour. Dans son opinion en partie dissidente sous l'arrêt, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE dénonçait ce système de sélection, impactant également les établissements d'enseignement

---

392 *Ibid*., § 51.
393 *Ibid*., § 54.
394 GATE (J.), « Le *numerus clausus* régulateur économique du droit à l'instruction », Dalloz actualité, 29 avril 2013. L'auteur indique également que « *l'intensité du droit à l'éducation dans l'enseignement supérieur peut donc varier en fonction de la santé économique des Etats et le* numerus clausus *est l'outil qui permet de réguler cet équilibre* ».
395 WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 17.

supérieur privés et ce, selon lui, sans motivation précise. Cette situation aurait pour conséquence de porter « *gravement atteinte, d'une part, à la liberté d'enseigner, en ce qu'il empêche les universités privées qui disposent d'une infrastructure matérielle et de ressources humaines suffisantes d'augmenter à leurs propres frais le nombre de places qu'elles proposent, et d'autre part au droit à l'instruction, en ce qu'il empêche d'être admises à l'université des personnes qui sont prêtes à payer de leur poche le prix de ce service* »[396]. Pour ces raisons, cette sélection serait disproportionnée.

170. Cette position est néanmoins critiquable. L'instauration du *numerus clausus* répond à une volonté de limiter, en fonction des besoins, l'accès à une formation pour réguler, *in fine*, le nombre de personnes qualifiées pour l'exercer. L'introduire uniquement pour les universités publiques ne peut être satisfaisant. La proposition du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dissimule en cela un effet pervers. Si les établissements d'enseignement publics se voient appliquer le *numerus clausus* et non les établissements privés, le but légitime fixé par les autorités serait poursuivi en vain. Les candidats n'ayant pas obtenu de résultats suffisants pour entrer dans la formation publique pourraient tous s'inscrire dans des établissements privés en payant des frais d'inscription nécessairement supérieurs. L'opinion dissidente note, à juste titre, que ces structures « *sont largement indépendantes du financement de l'Etat* ». En outre, l'absence de limitation dans l'enseignement supérieur privé pourrait avoir pour effet pervers l'absence de régulation dans l'exercice d'une profession. Celle-ci pourrait se retrouver asphyxiée par un nombre trop important de postulants au regard de la demande dont elle fait l'objet. Cette situation entraînerait l'élévation du seuil du *numerus clausus* dans les universités publiques et y réduirait, de fait, la formation proposée. Si le seuil est absent d'un côté, il doit être élevé de l'autre pour permettre d'atteindre le but légitime poursuivi. Le droit à l'instruction serait tout autant limité qu'avec le *numerus clausus* et pour une raison certainement moins légitime, tenant aux ressources financières des étudiants. Ceux qui n'auront pas satisfait aux exigences de l'université publique devront suivre une formation dans un établissement privé et s'acquitter de frais d'inscription plus onéreux. Une limitation en amont pour l'ensemble des étudiants et des formations semble, en conséquence, la solution la plus juste et la plus équitable.

---

[396] Opinion en partie dissidente du Juge Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE sous Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, préc.

171. Cette solution justifie que la Cour accorde aux autorités nationales une importante marge d'appréciation dans l'instauration d'une sélection à l'entrée d'une formation. Cette liberté se retrouve également dans la détermination des règles disciplinaires qui peuvent avoir pour effet de retirer aux individus leur droit d'accès à un enseignement particulier.

B) LA LIBERTE DE L'ETAT DANS LA DETERMINATION DES REGLES DISCIPLINAIRES APPLICABLES DANS LES ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT

172. Si les Etats peuvent restreindre l'accès initial des individus aux établissements d'enseignement, il leur est également possible de le limiter, en cours de formation, en cas de violation des règles disciplinaires. Au-delà du comportement de l'enseigné (1), c'est également celui des parents (2) qui peut être à l'origine de la restriction d'accès à un établissement d'enseignement.

1. Un accès restreint en raison du comportement de l'enseigné

173. La mise en œuvre du droit à l'instruction n'interdit pas aux autorités étatiques de prendre des mesures disciplinaires[397]. Mieux, « *l'application de sanctions disciplinaires constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves* »[398]. Cependant, ces règles doivent être applicables à tous les individus dans les mêmes conditions. Il leur revient de les respecter sous peine de se voir sanctionner notamment d'une exclusion, définitive ou simplement temporaire. La position retenue par la Commission en

---

[397] Cour E.D.H., 11 janvier 2011, *Ali contre Royaume-Uni*, req. n°40385/06 : « *Le droit à l'instruction n'exclut pas, par principe, le recours à des mesures disciplinaires comme la suspension ou l'exclusion des établissements d'enseignement scolaire afin d'assurer le respect des règles fixées par les autorités internes* », § 54 (Traduit par nous).

[398] Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc, § 156. Les juges ont repris dans cette affaire la formulation retenue par leurs prédécesseurs dans l'arrêt *Campbell et Cosans* à propos des châtiments corporels (Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 33).

1993 dans l'affaire *Kemal Yanasik contre Turquie*[399] en témoigne. En l'espèce, le requérant, inscrit à l'académie militaire de l'armée de terre d'Ankara, n'avait fait l'objet d'aucun reproche sur son comportement pendant quatre ans. Puis, en raison de sa participation à des réunions fondamentalistes intégristes, de « *son manque de sérieux* »[400], de « *la détérioration des biens de l'école* »[401] ou encore du « *non-respect des ordres de ses supérieurs* »[402], il commença à faire l'objet de plusieurs enquêtes disciplinaires. Après plusieurs exclusions temporaires, le requérant fut définitivement renvoyé de l'académie car « *il n'avait ni le profil d'un étudiant de l'académie militaire, ni celui d'un officier* ». Il fut d'ailleurs précisé dans cette affaire qu'« *en s'enrôlant dans* [ce type d'établissement]*, le candidat se soumet* […] *à des règles militaires bien définies* [pouvant] *soumettre la liberté des étudiants de pratiquer leur religion à des limitations de temps et de lieu* […] *et ce afin d'assurer le bon fonctionnement de l'armée* »[403]. En statuant ainsi, la Commission a confirmé que « *ce droit n'exclut pas toute sanction disciplinaire* » tant que sa substance n'est pas atteinte.

174. Dans le même sens, une mesure d'exclusion d'un étudiant pour tricherie répétée n'est pas contraire au droit à l'instruction. Tel est l'enseignement qu'il ressort de la décision d'irrecevabilité du 17 janvier 1996, *Bahri Sulak contre Turquie*[404]. Le conseil d'administration de l'institut dans lequel le requérant faisait ses études décida de le renvoyer en raison d'un nouveau cas de fraude, le troisième depuis son inscription. Rappelant que le droit à l'instruction n'exclut pas le recours aux sanctions disciplinaires et que le requérant avait pu se défendre, la Commission a déclaré la requête irrecevable.

175. La Cour a confirmé cette position de principe, allant même jusqu'à montrer que ces réglementations pouvaient parfois servir la protection d'un intérêt supérieur, comme la sauvegarde du principe de laïcité[405]. C'est ainsi qu'elle a pu, à plusieurs reprises, conclure à la non violation du droit à l'instruction dans des affaires où l'accès à l'enseignement avait été refusé à des individus affichant leurs convictions religieuses. Si cette question révèle un

---

399 Comm. E.D.H., 6 janvier 1993, *Kemal Yanasik contre Turquie*, req. n°4524/89.

400 La Commission mentionne qu'« *il se promenait en tenue de prière pendant les heures de travail, arrivait en retard en cours* ».

401 La Commission mentionne qu'« *il mettait sa couverture par terre pour faire sa prière* ».

402 La Commission mentionne qu'« *il avait quitté les locaux où on l'avait mis aux arrêts* ».

403 Comm. E.D.H., 6 janvier 1993, *Kemal Yanasik contre Turquie*, préc.

404 Comm. E.D.H., 17 janvier 1996, *Bahri Sulak contre Turquie*, req. n°24515/94.

405 Dans le même sens, une condamnation à une peine privative de liberté qui empêche la poursuite d'études supérieures n'est pas contraire au droit à l'instruction (Cour E.D.H. (recevabilité), 4 septembre 2001, *Durmaz, Isik, Unutmaz, et Sezal contre Turquie*, req. n°46506/99, 46569/99, 46570/99, 46939/99).

intérêt indéniable pour le respect des convictions philosophiques et religieuses[406], elle est également importante pour étudier l'accès des individus aux établissements d'enseignement. Les réglementations en vigueur peuvent imposer aux élèves ou aux étudiants une obligation de neutralité sans s'exposer à un risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme.

176. Dans l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie*, les juges ont été confrontés au refus d'accès à la faculté de médecine d'Istanbul d'une étudiante portant le voile. S'opposant à son droit à la liberté de religion et à l'instruction, cette interdiction a été considérée conforme aux exigences de la Convention. La Cour a estimé que « *des établissements de l'enseignement supérieur* [pouvaient] *réglementer la manifestation des rites et des symboles d'une religion en fixant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité d'étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui* »[407]. Dès lors, si la réglementation litigieuse remplit les conditions de prévisibilité et d'accessibilité – ce qui était le cas en l'espèce – une condamnation pour violation du droit à l'instruction semble difficile. Les juges ont renouvelé cette solution dans plusieurs décisions rendues contre la France[408]. Par exemple, dans l'arrêt *Dogru contre France*, la Cour n'a pas estimé la réglementation restreignant l'accès à un établissement scolaire, en raison du port d'un signe religieux, contraire à l'article 2 du Protocole. Celle-ci poursuivait l'objectif, applicable à tous, de protection de l'ordre public et ne faisait apparaître aucun préjugé discriminatoire sur les convictions religieuses de la requérante[409].

---

406 Voir *infra* §§ 505 et s.

407 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 111.

408 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc. ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, préc.

409 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 76. Dans le même sens, à propos de l'exigence d'une photographie tête-nue : pour les diplômes : « *Le fait de réglementer la tenue vestimentaire des étudiants ainsi que celui de leur refuser les services de l'administration, tels la délivrance d'un diplôme, aussi longtemps qu'ils ne se conforment pas à ce règlement, ne constitue pas en tant que tel une ingérence dans la liberté de religion* » (Comm. E.D.H., 3 mai 1993, *Karaduman contre Turquie*, req. n°16278/90 ; Comm. E.D.H., 3 mai 1993, *Bulut contre Turquie*, req. n°18783/91). Pour les dossiers d'inscription à l'université : « *Rien ne donne à penser que l'obligation imposée à la requérante de présenter une photo d'identité sur laquelle elle apparaît la tête nue constitue une entrave à une quelconque forme habituelle de manifestation religieuse* » (Cour E.D.H. (recevabilité), 19 septembre 2006, *Araç contre Turquie*, req. n°9907/02).

177. L'attitude et le comportement des élèves ou des étudiants peut être mise en avant pour restreindre leur accès aux établissements d'enseignement. Plus rares sont les limitations motivées par le comportement des parents.

2. Un accès restreint en raison du comportement des parents

178. Les élèves et les étudiants représentent les principaux bénéficiaires du droit à l'instruction. Il ne faut cependant pas négliger, pour les premiers, le rôle des parents. Libres de l'éducation à donner à leurs enfants, il leur revient néanmoins la mission de les inscrire dans l'école de leur choix et de les assurer d'une scolarité régulière. Leur manquement peut conduire les autorités étatiques à restreindre l'accès de leur enfant à un établissement scolaire. Si les exemples sont rares devant la Cour, l'affaire *Ali contre Royaume-Uni* du 11 janvier 2011 peut constituer une illustration pertinente[410].

179. En l'espèce, un élève avait été exclu temporairement de son établissement d'enseignement secondaire. Il était soupçonné d'avoir incendié une poubelle dans une salle de classe au mois de mai 2001. L'enquête menée par la police a cependant conduit à l'abandon des charges. Les autorités scolaires ont tout mis en œuvre pour le réintégrer dans son école d'origine. Or, les parents ne se sont pas rendus à la réunion organisée par la directrice d'établissement pour faciliter sa réintégration. A la rentrée de septembre, le jeune Abdul Hakim Ali était absent. Cette situation perdura jusqu'au mois de novembre 2001, date à laquelle son père demanda sa réintégration. Celle-ci fut refusée car la place laissée vacante par son fils avait été attribuée à un autre élève.

180. Les juges ont estimé qu'une telle situation n'était pas le résultat de l'attitude fautive de l'établissement d'enseignement scolaire, et donc *in fine* de l'Etat, mais bien de celle des parents[411]. Dès lors, aucune obligation de réintégration d'un élève ne pèse sur l'Etat dès lors

---

[410] Cour E.D.H., 11 janvier 2011, *Ali contre Royaume-Uni*, préc.

[411] *Ibid*., § 59 : « *Le fait que le requérant n'ait pas été réintégré à l'issue de l'enquête criminelle était de sa faute ou de celle de ces parents, et non celle de l'école* » (traduit par nous). Le comportement du père de famille dans l'affaire *Groza contre Roumanie* a lui aussi été révélé par la Cour comme ne pouvant pas engager la responsabilité de l'Etat. L'affaire est cependant différente car l'enfant ne s'est pas vu refuser l'accès à l'instruction. Son défaut d'instruction résultait de l'attitude du père qui refusait de l'inscrire dans

que les parents sont fautifs. A partir du moment où la substance du droit n'est pas atteinte, les risques de condamnation sont faibles. Dans cet arrêt, l'élève a été scolarisé dans un autre établissement, ce qui lui a permis de poursuivre sa scolarisation.

181. Au regard de cette jurisprudence et des autres citées précédemment, il apparaît clairement que la Cour laisse une grande marge de manœuvre aux Etats et aux établissements d'enseignement pour régir les conditions d'accès des élèves ou des étudiants à l'instruction dont ils ont droit. Ces réglementations, destinées à mettre en œuvre cette disposition, peuvent cependant avoir un impact négatif. En ce qu'elles limitent la jouissance du droit à l'instruction, elles doivent donc être justifiées de manière objective et raisonnable.

§ 2. La nécessité d'une limitation justifiée, objective et raisonnable

182. L'architecture de l'article 2 du Protocole additionnel ne ressemble pas à celle des articles 8 à 11 de la Convention. Pour ces dispositions, leurs dimensions sociales « *justifient que leur exercice puisse être réglementé par la puissance publique, garante des intérêts généraux et gardienne des libertés de tous* »[412]. Malgré l'absence d'une clause autorisant les Etats à limiter l'exercice de l'article, ils disposent d'une marge d'appréciation pour restreindre l'accès aux moyens d'instruction. Cette liberté confirme l'existence de limitations implicites (A) devant néanmoins être justifiées de manière objective et raisonnable pour empêcher la condamnation de l'Etat pour violation de la Convention (B).

---

un établissement spécialisé (Cour E.D.H. (recevabilité), 21 février 2012, *Groza contre Roumanie*, req. n°31017/05, § 27).

412 COUSSIRAT-COUSTERE (V.), « Article 8§2 », in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, préc., pp. 323 – 351, spéc. p. 324.

A) L'EXISTENCE DE LIMITATIONS IMPLICITES A L'EXERCICE DU DROIT A L'INSTRUCTION

183. A de nombreuses reprises, la Cour a rappelé que le droit à l'instruction pouvait faire l'objet de restrictions par les autorités étatiques. La théorie des limitations implicites est donc applicable à l'article 2 du Protocole additionnel (1). Les restrictions définies pour limiter l'exercice de ce droit font néanmoins l'objet d'un contrôle par la Cour (2).

1. Une théorie applicable au droit à l'instruction

184. A plusieurs reprises, les juges ont rappelé que le droit fondamental de chacun à l'instruction n'était pas un droit absolu et qu'il pouvait faire l'objet de restrictions quand bien même celles-ci n'étaient pas prévues *expressis verbis* dans le texte de la Convention. L'*Affaire linguistique belge* a été la première affaire dans laquelle ils ont reconnu l'existence de limitations implicites. Ils ont jugé que le droit à l'instruction « *appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus* », ajoutant que celle-ci « *ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention* »[413]. En octroyant aux Etats, la mission de réglementer l'accès aux établissements d'enseignement, la Cour leur accorde indirectement la possibilité de le limiter. La formule retenue, notamment, dans l'arrêt *Catan et autres contre République de Moldavie et Russie* permet de l'illustrer encore davantage. Il a été montré que « *pour important qu'il soit, le droit à l'instruction n'est pas absolu mais peut donner lieu à des limitations* […] *implicitement admises tant qu'il n'y a pas d'atteinte à la substance du droit* »[414]. Le raisonnement mené à propos de l'article 2 du Protocole additionnel, s'il est

---

[413] Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

[414] Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, préc., § 140. Voir aussi en ce sens, par exemple : Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 154 ; Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, préc., § 44 ; Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, préc., § 33.

pionnier, n'est cependant pas original. Il se retrouve pour le droit d'accès à un tribunal protégé par l'article 6 de la Convention mais aussi pour le droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole additionnel.

185. S'agissant du droit d'accès à un tribunal, il occupe « *une place originale au sein des droits garantis par la Convention car sa reconnaissance comme son encadrement par la théorie des limitations implicites sont l'œuvre de la Cour* »[415]. Reconnu par l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*, il n'a pas pour autant été considéré comme un droit absolu. Il était affirmé que « *s'agissant d'un droit que la Convention reconnaît sans le définir au sens étroit du mot, il y a place* […] *pour des limitations implicitement admises* »[416]. Effectuant une comparaison avec l'article 2 du Protocole, les juges ont conclu que « *ces considérations* [valaient] *à plus forte raison pour un droit qui, à la différence du droit à l'instruction* [n'était] *pas mentionné en termes exprès* »[417]. Cette solution ne cessera d'être répétée par la suite[418].

186. Elle sera même étendue au droit à des élections libres garanti à l'article 3 du Protocole additionnel. Dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt contre Belgique* du 2 mars 1987, la Cour avait jugé que « *les droits en question* [n'étaient] *pas absolus* [car] *comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites* »[419]. De la même manière que pour le droit à l'instruction ou le droit d'accès à un tribunal, l'existence de limitations implicites a été confirmée par la suite[420]. Ce fut notamment le cas dans l'arrêt *Zdanoka contre Lettonie* du 16 mars 2006. En effet, dans cet arrêt, « *la Grande Chambre de la Cour énonça clairement l'application du régime des*

---

415 MILANO (L.), « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 1059 – 1093, spéc. p. 1070.

416 Cour E.D.H., Plénière, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, req. n°4451/70, § 38, note PELLOUX (R.), « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 330 – 339, G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°27, obs. GOUTTENOIRE (A.).

417 Cour E.D.H., Plénière, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, préc., § 38.

418 Par exemple : Cour E.D.H., 28 mai 1985, *Ashingdane contre Royaume-Uni*, req. n°8225/78, § 57. Pour des illustrations plus récentes, voir par exemple : Cour E.D.H., 17 janvier 2006, *Barbier contre France*, req. n°76093/01 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 17 janvier 2012, *Stanev contre Bulgarie*, req. n°36760/06, § 230 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 3 décembre 2012, *Kart contre Royaume-Uni*, req. n°8917/05 ; Cour E.D.H., 10 octobre 2013, *Pompey contre France*, req. n°37640/11, § 31 ; Cour E.D.H., 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana management INC contre Suisse*, req. n°5809/08, § 124 ; Cour E.D.H., 9 janvier 2014, *Viard contre France*, req. n°71658/10, § 29.

419 Cour E.D.H., Plénière, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt contre Belgique*, req. n°9267/81, § 52.

420 Parmi de nombreux exemples, voir : Cour E.D.H., 9 avril 2002, *Podkolzina contre Lettonie*, req. n°46726/99, § 33 ; Cour E.D.H., 11 janvier 2005, *Py contre France*, req. n°66289/01, § 45 ; Cour E.D.H., 30 juin 2009, *Etxeberria barrena arza nafarrokoa autodeterminazio bilgunea et aiarako et autres contre Espagne*, req. n°35579/03, 35613/03, 35626/03, 35634/03, § 48 ; Cour E.D.H., 6 novembre 2012, *Ekoglanost contre Bulgarie*, req. n°30386/05, § 58.

"limitations implicites" dans le cadre de l'article 3 du Protocole n°1 »[421]. A l'occasion de cette affaire, dans laquelle la requérante estimait que son inéligibilité au Parlement letton et dans les conseils municipaux violait les droits que lui garantissait l'article 3 du Protocole additionnel[422], les juges ont rappelé que, malgré sa formulation, ce droit n'était pas absolu et pouvait faire l'objet de limitations. Bien que « *les droits garantis par l'article 3 du Protocole n°1* [soient] *cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit,* [ils] *ne sont pas absolus* [et] *il y a place pour des "limitations implicites"* »[423].

187. Ces exemples ont en commun d'affirmer que les droits protégés ne sont pas absolus. Malgré l'absence de référence faite par les rédacteurs de la Convention à leur possible restriction, la Cour a consacré l'existence de limitations implicites. Celles-ci participent paradoxalement à l'effectivité du droit garanti. Les autorités étatiques peuvent en effet se retrouver face à des situations insurmontables les empêchant de garantir efficacement le droit en question. Les obligations mises à leur charge seraient trop élevées et la réglementation fixée présenterait des carences rendant la protection insuffisante au regard des standards attendus pour éviter une condamnation. En introduisant l'idée d'une limitation implicite, les Etats peuvent protéger, selon leurs moyens, le droit en cause. En fonction de leurs besoins, ils peuvent, par exemple, fixer des réglementations limitant le droit d'accès aux établissements d'enseignement et restreignant le droit à l'instruction. Si celui-ci était absolu, une politique de *numerus clausus* serait contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Cette situation pourrait avoir des conséquences sur la qualité de l'enseignement, dimension importante du droit à l'instruction. L'accès physique aux structures existantes est une chose mais encore faut-il que l'élève ou l'étudiant puisse en tirer un bénéfice certain. Les limitations participent alors à une meilleure protection du droit mais doivent néanmoins être contrôlées par la Cour.

---

421 JACQUEMOT (F.), « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka* », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 195 – 222, spéc. p. 205.

422 Deux séries de droits découlent de l'article 3 du Protocole additionnel : le droit à l'organisation d'élections libres, et des droits civiques tels que le droit de vote ou d'éligibilité.

423 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2006, *Zdanoka contre Lettonie*, req. n°58278/00, § 103, note JACQUEMOT (F.), « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka* », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 195 – 222.

2. *Des limitations contrôlées par la Cour*

188. Dans ce contexte, l'atteinte à la substance du droit est la limite infranchissable pour que la restriction au droit à l'instruction reste conforme à la Convention. La formulation retenue par l'arrêt *Catan*, retrouvée à l'identique dans d'autres affaires, matérialise cette frontière. Les juges affirment qu'« *afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité,* [les Etats doivent] *se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable* […]*, tendent à un but légitime* » et respectent le principe de proportionnalité[424]. L'exclusion d'un établissement d'enseignement, qu'elle soit temporaire ou définitive, est susceptible d'y porter atteinte. Cette situation incite la Cour à examiner la proportionnalité de la mesure en retenant la même analyse que celle adoptée pour les restrictions affichées aux articles 8 à 11 de la Convention, sans pour autant être tenue par une liste exhaustive de restrictions. Un tel contrôle apparaît justifié car empêcher une personne d'avoir accès aux moyens d'instruction est une atteinte grave à l'article 2 du Protocole additionnel.

189. La mesure d'exclusion prise à l'encontre d'un élève ou d'un étudiant ne doit pas être excessive, même si celle-ci n'est que temporaire ou qu'elle ne fait pas obstacle à une inscription dans un autre établissement d'enseignement. Dans l'affaire *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni* par exemple, la Cour a estimé que l'« *exclusion temporaire d'un enfant refusant de se soumettre à une punition corporelle dans une école publique dont le retrait supposerait que ses parents agissent "à l'encontre de leurs convictions"* »[425] « *ne saurait passer pour raisonnable* »[426]. Une telle sanction apparaissait disproportionnée car le seul moyen existant pour revenir sur cette exclusion imposait aux parents de trahir leurs propres

---

424 Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, préc., § 140. Voir aussi en ce sens, par exemple : Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 154 ; Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, préc., § 45 ; Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, préc., § 34. Cette limite était déjà signalée dans l'affaire *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni* : « *le droit à l'instruction* […] *appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, mais elle ne doit jamais en atteindre la substance* », Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 41.

425 G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°58, obs. LEVINET (M.), p. 635.

426 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 41. Voir *infra* § 624.

convictions. Elle allait donc « *au-delà du pouvoir de réglementation que l'article 2 laisse à l'Etat* »[427]. Cette prérogative peut pourtant apparaître étendue dans certains cas.

190. Dans l'affaire *Association X. contre Suède*[428], la Commission européenne des droits de l'Homme a examiné l'obligation faite aux étudiants d'adhérer à une association étudiante particulière pour assister aux enseignements et aux examens prévus. Toute affiliation à une autre association n'était pas conforme à la réglementation. L'une d'elle contesta cette mesure arguant du fait que ses adhérents seraient privés de leur droit à l'instruction s'ils ne se pliaient pas à cette règle. La Commission a déclaré la requête irrecevable. Justifiant cette obligation par « *l'intérêt d'une gestion adéquate de l'Université* », la Commission a relevé que les membres de l'association requérante n'avaient pas « *été empêchés d'accéder à l'université ou d'obtenir la reconnaissance officielle des études accomplies* ». La législation suédoise s'était simplement conformée aux obligations positives dégagées par la Cour. Si les membres de l'association n'avaient certes pas été privés de leur droit à l'instruction, ils étaient toutefois soumis à des conditions strictes pour pouvoir jouir effectivement du droit inscrit à l'article 2 du Protocole additionnel. Bien que la Cour ne soit jamais revenue sur cette question, cette jurisprudence apparaît aujourd'hui dépassée. La Cour a en effet reconnu, en 2006, la liberté négative d'association dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen contre Danemark*[429]. Par cette démarche, « *le juge européen* [a consolidé] *la liberté syndicale en mettant l'accent, par référence à la notion d'"autonomie personnelle", sur "la liberté de choix de l'individu" dont il estime qu'elle est "implicite dans l'article 11" dans la mesure où l'un des objectifs de la liberté d'association est de protéger les opinions personnelles* »[430].

191. Les mesures disciplinaires font également l'objet d'un contrôle de la part du juge européen. La limitation qui en découle pour l'exercice du droit à l'instruction peut être illustrée par deux cas de figures : d'une part celui où l'élève fait l'objet d'une mesure disciplinaire l'excluant définitivement de l'établissement d'enseignement dans lequel il était inscrit et, d'autre part, celui où l'élève en est exclu temporairement. Dans ces deux

---

427 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 41.

428 Comm. E.D.H., 6 juillet 1977, *Association X. contre Suède*, req. n°6094/73.

429 Cour E.D.H., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen contre Danemark*, req. n°52562/99, 52620/99, § 76, note KRENC (F.), « "Liberté négative" d'association, accords de monopole syndical et appartenance obligatoire au barreau (observations sur Cour eur. dr. h., Gde ch., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006) », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 787 – 815. Voir en ce sens, SZYMCZAK (D.), « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 677.

430 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., pp. 642 – 643.

hypothèses, malgré leur différence de degré[431], l'élève ou l'étudiant est privé de son droit d'accès à l'instruction. Elles ne sont cependant pas automatiquement inconventionnelles car il n'est pas « *contraire à l'article 2 du Protocole n°1 que les élèves fassent l'objet d'exclusions temporaires ou définitives si la réglementation nationale ne les empêche pas de s'inscrire dans un autre établissement pour poursuivre leurs études* »[432]. En somme, les autorités étatiques doivent garantir aux élèves, soit la possibilité d'accéder à un autre établissement d'enseignement scolaire dans le cas d'une exclusion définitive, soit la possibilité de réintégrer l'établissement dans lequel ils étaient inscrits à l'issue de leur sanction.

192. Il faut cependant rester prudent sur la portée de cette affirmation. Cette conclusion ne signifie pas qu'un requérant obtiendrait automatiquement la condamnation d'un Etat parce que la mesure qui lui est opposée l'empêcherait de s'inscrire dans un autre établissement d'enseignement. En ce sens, dans l'affaire *Bahri Sulak contre Turquie*, la Commission a conclu à l'irrecevabilité de la requête d'un étudiant renvoyé de son établissement pour tricherie[433]. Il estimait cette mesure contraire à l'article 2 du Protocole car cette sanction l'empêchait de s'inscrire dans un autre établissement. Cette condition n'a pas ébranlé la conviction des commissaires, persuadés que le requérant « *ne pouvait ignorer la réglementation en vigueur dans l'établissement et les conséquences possibles d'un autre manquement au règlement* ». Ils ont considéré qu'« *à supposer que cette allégation soit exacte,* [ils ne sauraient] *conclure* […] *que l'expulsion du requérant a porté atteinte à la substance du droit garanti* […] *ou que cette mesure équivaut à un refus du droit à l'instruction protégé par cette disposition* ».

193. De même, bien que la poursuite des études soit assurée, la mesure disciplinaire doit être proportionnée aux faits commis. Selon ce principe, la Cour a sanctionné les autorités étatiques turques pour avoir exclu pendant une durée limitée plusieurs étudiants[434]. Ceux-ci avaient adressé au rectorat de l'Université des pétitions demandant l'instauration d'un cours de langue kurde. Cette démarche n'est pas illégitime dans la mesure où la liberté d'expression est un droit reconnu aux étudiants qu'ils peuvent d'autant plus utiliser dans le cadre favorable de

---

431 Dans le premier cas, il s'agit d'une atteinte grave car l'élève se voit interdire définitivement l'accès à un établissement d'enseignement scolaire spécifique. La seconde hypothèse suppose sa réintégration dans l'établissement à l'issue de la sanction.

432 Comm. E.D.H., 6 janvier 1993, *Kemal Yanasik contre Turquie*, préc. ; Comm. E.D.H., 17 janvier 1996, *Bahri Sulak contre Turquie*, préc.

433 Comm. E.D.H., 17 janvier 1996, *Bahri Sulak contre Turquie*, préc. Voir *supra* § 174.

434 Cour E.D.H., 3 mars 2009, *Temel et autres contre Turquie*, préc.

l'Université. Ce droit de revendiquer, « *non protégé en tant que tel par la Cour de Strasbourg,* […] *répond aux besoins de savoir ce que les étudiants sont en droit de faire dans le cadre de leur vie universitaire, sans encourir un risque de sanction de la part des autorités compétentes* »[435]. L'usage de cette liberté ne fut cependant pas apprécié par les autorités universitaires qui ont estimé qu'une telle démarche pouvait aboutir « *à une division fondée sur la langue, la race, la religion ou la dénomination au sens de l'article 9 d) du règlement disciplinaire des établissements d'enseignement supérieur* ». En réaction, elles ont décidé de les renvoyer au motif que « *leurs actes étaient constitutifs d'une infraction à l'égard de laquelle ils n'avaient manifesté aucun remords* »[436]. Cette exclusion leur a fait manquer, selon les cas, un ou deux semestres de cours.

194. Bien que les juridictions internes aient annulé les mesures disciplinaires, la Cour a accepté d'étudier l'affaire sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel parce que « *l'issue* [de ces] *procédures judiciaires n'a pas permis de redresser les griefs que les intéressés en avaient tirés* »[437]. Elle a conclu à la violation de cette disposition, argumentant sur deux points. En premier lieu, la sanction était disproportionnée car les étudiants n'avaient fait qu'adresser une pétition « *sans avoir commis le moindre acte répréhensible* » ni recouru à la violence[438]. En second lieu, leur liberté d'expression avait été atteinte. Fondement essentiel de toute société démocratique, cette liberté ne doit pas être limitée simplement parce que les idées exprimées peuvent choquer[439]. Dès lors, « *eu égard à l'importance accordée par la Cour à la liberté d'expression, compte tenu du fait que les étudiants avaient agi sans causer de violences ou de désordres et que les opinions exprimées dans leur pétition n'incitaient pas à la division, le juge de Strasbourg* [a estimé] *que la sanction* [était] *disproportionnée et* [violait] *le droit à l'instruction* »[440].

195. Ces affaires confirment que la marge d'appréciation reconnue aux autorités étatiques pour édicter des mesures conditionnant l'accès aux moyens d'instruction ne peut s'analyser en une liberté absolue. Afin d'éviter des excès et des disproportions manifestes, le contrôle de la

---

435 SZYMCZAK (D.), « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 678.
436 Cour E.D.H., 3 mars 2009, *Temel et autres contre Turquie*, arr. préc., § 9.
437 *Ibid*., § 46.
438 *Ibid*., § 43.
439 *Ibid*., § 44. En ce sens, voir Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, préc., § 49.
440 SZYMCZAK (D.), « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 678.

Cour apparaît indispensable. L'ingérence de l'Etat dans l'exercice du droit d'accès aux établissements d'enseignement doit donc être justifiée pour lui éviter une condamnation par la Cour.

B) UNE JUSTIFICATION INDISPENSABLE A L'IMMUNITE DE L'ETAT

196. Si les autorités étatiques contreviennent au respect du principe d'égalité d'accès aux établissements d'enseignement sans justification objective et raisonnable, elles risquent d'engager leur responsabilité devant la Cour. L'analyse de la jurisprudence montre qu'elle est parfois difficile à mettre en cause. Selon la formule retenue par la Cour, deux limites s'imposent aux Etats : la substance du droit garanti et la protection des autres droits protégés par la Convention[441]. La première apparaît faiblement contraignante pour les Etats. L'exemple de l'accès des personnes handicapés aux établissements d'enseignement illustre leur responsabilité limitée en la matière (1). La seconde, comme la sauvegarde du principe de non-discrimination, peut apparaître comme une limitation plus impérieuse. Cela justifie par exemple qu'une restriction en raison de la seule nationalité engagera automatiquement leur responsabilité (2).

1. Une responsabilité limitée des Etats dans la restriction d'accès des personnes handicapées aux établissements d'enseignement

197. La Cour adopte une vision globale de l'obligation faite aux autorités nationales de garantir l'accès de tous aux établissements d'enseignement. Cette lecture la conduit à analyser le système éducatif des Etats Parties. Leur responsabilité ne sera engagée que s'il est porté atteinte à la substance du droit à l'instruction. Or, il apparaît que cette responsabilité ne peut être recherchée lorsqu'un individu handicapé ne peut pas avoir accès à un établissement spécialisé de son choix. Ce constat ressort de plusieurs décisions d'irrecevabilité.

---

[441] Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

198. Dans l'affaire *Simpson contre Royaume-Uni,* soumise à la Commission en 1989[442], un élève dyslexique se plaignait que le Royaume-Uni ne lui accorde pas une instruction répondant à ses besoins pédagogiques spécifiques. Si le service local d'éducation finança l'inscription du requérant dans un établissement spécialisé privé, le déménagement de l'élève et de sa famille mit fin à cette subvention. Il lui fut proposé de s'inscrire dans un établissement ordinaire dans lequel il devait faire l'objet d'un encadrement personnalisé. Or, selon lui, il n'a pas bénéficié d'une instruction conforme à ses besoins, ce qui contreviendrait à son droit à l'instruction. Cette position n'est pas partagée par la Commission. Selon elle, l'article 2 du Protocole additionnel ne consacre pas un droit à toutes les formes d'instruction. Les revendications ne peuvent porter que dans le cadre de structures déjà existantes. Elle a alors précisé qu'« *une éducation spécialisée pour les enfants handicapés, soit dans des écoles générales ordinaires comportant des départements spécialisés, soit dans des établissements spécialisés distincts* » existait au Royaume-Uni. Mettant en avant la marge nationale d'appréciation des autorités britanniques[443], les commissaires ont conclu qu'on « *ne saurait dire que la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel impose le placement d'un enfant dyslexique dans une école spécialisée privée, dont les frais de scolarité seraient payés par l'Etat, lorsqu'il existe une place disponible dans une école ordinaire publique dotée de moyens d'enseignement spécialisés pour les enfants handicapés* »[444]. Le rejet en l'espèce de la requête montre que, finalement, la substance de ce droit n'apparaît pas comme une limite très contraignante pour les Etats. Les besoins spécifiques de l'élève ou de l'étudiant devraient pouvoir justifier sa liberté de choisir un établissement d'enseignement capable d'y répondre au mieux afin qu'il puisse jouir, dans de bonnes conditions, de son droit à l'instruction. La

---

442 Comm. E.D.H., 4 décembre 1989, *Simpson contre Royaume-Uni*, req. n°14688/89. Dans le même sens voir Cour E.D.H. (recevabilité), 21 février 2012, *Groza contre Roumanie*, préc. : les juges n'ont pas conclu à la responsabilité de la Roumanie. L'absence d'instruction pendant cinq ans de l'enfant était due à l'attitude de son père et non au refus des autorités nationales de le scolariser (voir *supra* § 180).

443 « *La Commission reconnaît que les autorités compétentes doivent avoir un large pouvoir discrétionnaire quant au meilleur emploi possible des ressources qui leur sont allouées dans l'intérêt des enfants handicapés en général* », Comm. E.D.H., 4 décembre 1989, *Simpson contre Royaume-Uni*, préc. Une formule similaire est reprise dans la décision du 4 juillet 1995 *Klerks contre Pays-Bas* à propos de la scolarisation d'un enfant sourd. Le père de l'enfant estimait le refus d'inscription dans une école ordinaire contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Si la Commission a en effet observé que la tendance, au moment des faits, était à l'inscription des enfants handicapés dans les établissements fréquentés par des enfants sans handicap, elle a reconnu que « *cette politique ne* [pouvait] *s'appliquer à tous les enfants handicapés et que de plus, une grande latitude doit être laissée aux autorités compétentes quant au meilleur emploi possible des ressources qui leur sont allouées dans l'intérêt des enfants handicapés en général* » (Comm. E.D.H., 4 juillet 1995, *Klerks contre Pays-Bas*, préc.).

444 Comm. E.D.H., 4 décembre 1989, *Simpson contre Royaume-Uni*, préc. Dans le même sens, voir la décision d'irrecevabilité *Groza contre Roumanie* du 21 février 2012 (Cour E.D.H. (recevabilité), 21 février 2012, *Groza contre Roumanie*, préc.).

Cour n'affiche pas ce degré d'exigence. Elle se borne simplement à constater que l'individu dispose d'un accès à un établissement d'enseignement.

199. De la même manière, le refus d'un directeur d'école d'inscrire un enfant mal-voyant dans son établissement en raison du manque de moyen mis à sa disposition pour lui garantir une instruction de qualité n'a pas été considéré comme contraire à l'article 2 du Protocole additionnel[445]. Pour parvenir à cette solution dans l'affaire *Kalkanli contre Turquie*[446], la Cour a étudié le système éducatif turc. Elle a ainsi constaté que les autorités avaient encadré « *la scolarisation des enfants en situation de handicap et* [prévu] *la mise en place de structures et mécanismes d'enseignement spécialisé ainsi que le recours à un matériel pédagogique adapté concourant à rendre possible l'accomplissement de la scolarité* »[447]. Rappelant ensuite que les personnes handicapées ont effectivement accès à un moyen d'instruction[448], la Cour a jugé que « *le refus d'une seule école d'admettre le requérant en deuxième année de classe élémentaire ne saurait s'entendre – en soi – comme un manquement de l'Etat à ses obligations au titre de l'article 2 du Protocole n°1 ni une négation systématique de son droit à l'instruction en raison de sa cécité* »[449].

---

445 La jurisprudence administrative française retient une solution différente. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Laruelle* de 2009, a jugé qu'il incombait « *à l'Etat, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que droit et cette obligation aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif* » (C.E., 8 avril 2009, *Laruelle*, req. n°311434, rec. p. 136). Pour aller plus loin sur l'accès des handicapés aux moyens d'instruction en France, voir par exemple : DELIANCOURT (S.), « Scolarisation des enfants handicapés : quelles obligations pour l'Etat ? », *J.C.P.A.*, 2005, pp. 1901-1904 ; KELLER (R.), « Le Conseil d'Etat affirme le droit des enfants handicapés à l'éducation. Conclusions sur C.E., 8 avril 2009, *Laruelle*, req. n°311434 », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 1260 – 1264.

446 Cour E.D.H. (recevabilité), 13 janvier 2009, *Kalkanli contre Turquie*, req. n°2600/04.

447 *Ibid.*

448 Cour E.D.H. (recevabilité), 13 janvier 2009, *Kalkanli contre Turquie* : « *Le droit à l'instruction des personnes en situation de handicap était garanti de jure par le système éducatif, que ce soit sous la forme d'une éducation dans des établissements spéciaux ou d'une éducation inclusive au sein des écoles ordinaires* », préc.

449 *Ibid*. Cette affaire présente quelques similitudes avec le conflit opposant la mère d'un collégien autiste et l'établissement dans lequel il était régulièrement inscrit jusqu'à la rentrée 2014. Le proviseur du Collège ne pouvait plus mettre à la disposition de l'élève un assistant de vie scolaire indispensable à l'exercice correct de sa scolarité. Sa mère fut alors invitée à scolariser son enfant dans une structure adaptée à son handicap. Refusant cette situation, la mère du collégien a décidé d'attaquer ce refus. Cependant, l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme permet de conclure que cette situation n'est pas contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Le droit à l'instruction du collégien n'est pas atteint dans sa substance car il dispose toujours de la possibilité d'accéder à d'autres moyens d'instruction existants (voir *Le Monde* du 11 septembre 2014, « Le bras de fer entre la maman d'un adolescent autiste et son école »).

200. La Cour a semblé néanmoins plus mesurée dans l'affaire *Gherghina contre Roumanie*[450]. A la suite d'un accident, le requérant ne pouvait se déplacer qu'en fauteuil roulant. En raison de sa situation particulière, il ne pouvait pas accéder aux locaux universitaires dans les mêmes conditions que tous les autres étudiants, faute d'accès pour les personnes à mobilité réduite. Il a toutefois réussi à obtenir un aménagement particulier pendant ses deux premières années d'études supérieures en passant ses examens à domicile. Ceci lui fut toutefois refusé pour sa troisième année d'étude. Il ne pouvait donc les continuer dans sa ville de résidence, si ce n'est au prix d'un enseignement à distance. Malgré de nombreuses recherches, le requérant n'a pas trouvé d'université susceptible de l'accueillir dans des conditions satisfaisantes. Soit les locaux n'étaient pas accessibles, soit les moyens de transport y conduisant étaient impossibles d'accès pour les personnes à mobilité réduite. Selon ses propres mots, il s'est senti humilié par cette situation et « *aurait préféré renoncer à se rendre à ses cours* »[451]. A l'heure actuelle, les juges ne se sont pas encore prononcés sur la recevabilité de la requête. Ils ont préféré ajourner l'examen du grief tiré de l'article 2 du Protocole additionnel et interroger le gouvernement roumain sur la situation[452]. A cette fin, ils se sont enquis de l'accessibilité des établissements universitaires auxquels le requérant s'était intéressé ainsi que celle des moyens de transports y conduisant[453]. En s'interrogeant de la sorte, la Cour atteste d'un examen très concret et pragmatique des conditions d'accès des handicapés aux établissements d'enseignement avant de conclure ou non à la violation de l'article 2 du Protocole additionnel. La simple possibilité pour un handicapé d'accéder à un établissement classique ne suffirait peut-être plus pour remplir les exigences posées par cette disposition.

201. Néanmoins, l'état actuel de la jurisprudence montre que le droit à l'instruction n'est pas interprété comme comprenant un droit spécifique à choisir l'établissement dans lequel les individus veulent recevoir une formation. Dès lors que l'accès aux moyens d'instruction est ouvert, le constat de violation de l'article 2 du Protocole additionnel n'est pas évident. Ce n'est pas l'égal accès à un établissement particulier qui conditionne le respect du droit à l'instruction des individus mais l'égal accès de tous à un système éducatif propre à assurer

---

450 Cour E.D.H. (recevabilité), 6 mars 2012, *Gherghina contre Roumanie*, req. n°42219/07.

451 *Ibid*., § 11.

452 Conformément à l'article 54 § 2 b), cité par la Cour au paragraphe 27 de l'arrêt, la Chambre ou son président peuvent à défaut de déclarer la requête irrecevable, « *donner connaissance de la requête à la Partie contractante défenderesse et inviter celle-ci à soumettre par écrit des observations sur la requête* ».

453 Cour E.D.H. (affaire communiquée), 6 mars 2012, *Gherghina contre Roumanie*, req. n°42219/07.

cette instruction. Cet accès doit être assuré à tous, valide, handicapé mais aussi étudiants étrangers.

2. *Une responsabilité automatique des Etats en raison de la restriction d'accès aux établissements d'enseignement justifiée par la nationalité*

202. Dans l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche*, la Cour a montré que « *seules des considérations très fortes peuvent* [l'amener] *à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité* »[454]. Ce fondement ne pourrait justifier à lui seul le refus de scolariser un enfant. Une mesure empêchant l'accès aux établissements d'enseignement d'un particulier, en raison de sa nationalité, serait contraire au principe de non-discrimination. Au-delà du simple accès, les conditions dans lesquelles il est garanti peuvent également révéler une discrimination. Ces deux cas de figure ont été portés à la connaissance de la Cour qui a conclu à leur incompatibilité avec l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel. Dès lors, « *lorsqu'un enseignement, quel que soit le niveau de formation, est organisé, toute personne, quelle que soit sa situation, qui relève de la juridiction d'un Etat signataire, a le droit d'y accéder* »[455]. En statuant ainsi, la Cour rappelle que le droit à l'instruction doit bénéficier à tous, confirmant ainsi le caractère universel de la protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel.

203. Dans l'affaire *Timichev contre Russie*[456], la Cour a traité la requête d'un père de famille d'origine tchétchène. Celui-ci habitait à Grozny jusqu'en 1994, date à laquelle sa propriété fut détruite à la suite d'une opération militaire. Depuis 1996, il résidait, avec ses enfants, à Naltchik où il demanda à être inscrit comme résident permanent. Cette demande lui fut refusée en raison de son origine tchétchène. Par conséquent, ses enfants ne pouvaient plus

---

454 Cour E.D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz contre Autriche*, req. n°17371/90, § 42, note SUDRE (F.), « La portée du droit à la non discrimination. De l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* », *R.F.D.A.*, 1997, pp. 965 – 977 ; MARGUENAUD (J.–P.), MOULY (J.), « Protection sociale et nationalité : un nouvel exemple de l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit social », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 438 – 441.

455 GALLEZ (L.), « L'enseignement et les étrangers », in CARLIER (J.-Y.) (dir.), *L'étranger face au droit. XX*èmes *journées d'études juridiques Jean DABIN*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 638 p., spéc. pp. 499 – 526, spéc. pp. 503 – 504.

456 Cour E.D.H., 13 décembre 2005, *Timichev contre Russie*, req. n°55762/00, n°55974/00.

fréquenter l'école dans laquelle ils étaient régulièrement inscrits depuis deux ans. Pour la Cour, une telle ingérence dans l'exercice du droit à l'instruction des enfants était contraire à l'article 2 du Protocole additionnel. Cette conclusion s'est imposée naturellement. D'abord, le principe selon lequel « *les Etats contractants garantissent à quiconque relève de leur juridiction un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné* »[457] a été rappelé. Ensuite, la Cour n'a pas manqué de montrer que le Gouvernement russe ne contestait pas « *l'allégation* […] *selon laquelle la véritable raison de ce refus était* [que le requérant] *n'était plus inscrit comme résident de la ville de Naltchik* »[458]. Or, cette raison est « *contraire aux exigences de l'article 2 du Protocole* »[459]. Ainsi il convient de souligner que la jouissance du droit à l'instruction ne peut pas dépendre du lieu de résidence ou de la nationalité de l'individu. Cette position, incontestable, soulève toutefois des interrogations quant à la qualité de l'instruction suivie par un enfant qui ne connaîtrait pas la langue d'enseignement. Son apprentissage est indispensable pour que l'élève puisse bénéficier dans les meilleures conditions de son droit à l'instruction. La Cour pourrait ainsi favoriser, dans le but d'une meilleure instruction de ces populations, leur inscription temporaire dans des classes séparées pour apprendre la langue d'enseignement.

204. De la même manière, le simple statut d'étranger ne justifie pas une différence de traitement dans les conditions d'accès aux établissements d'enseignement. L'arrêt *Ponomaryovi contre Bulgarie*[460] permet de l'illustrer. En l'espèce, deux élèves russes résidaient régulièrement en Bulgarie depuis l'âge de 6 et 8 ans. Disposant d'un simple titre de séjour temporaire, ils devaient payer des frais d'inscription pour suivre les cours de l'enseignement secondaire. Les élèves de nationalité bulgare bénéficiaient quant à eux d'un enseignement gratuit. Le refus de payer les exposait à un risque d'exclusion de l'établissement, voire à un refus de délivrance de leur certificat de fin de scolarité. La Cour confirma que « *leur grief* [relevait] *de la portée de l'article 2 du Protocole additionnel* [et que] *l'article 14 de la Convention* [était] *applicable* »[461].

---

457 *Ibid*., § 63.
458 *Ibid*., § 66.
459 *Ibid*., § 66.
460 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, req. n°5335/05, note GROSBON (S.), « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'Homme en dit trop… ou pas assez… », *R.T.D.H.*, 2012, pp. 945 – 968.
461 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc., § 49.

205. L'étude au fond de l'affaire a d'abord permis à la Cour de mettre en exergue une différence de traitement avant de vérifier si celle-ci était justifiée. La première étape conduit à reconnaître que les élèves ont « *en raison d'une caractéristique personnelle* [leur nationalité], *été moins bien traités que d'autres individus se trouvant dans une situation analogue* »[462]. Cette précision faite, la Cour a ensuite vérifié, dans une seconde étape, si cette différence de traitement était justifiée de manière objective et raisonnable. Cet examen révéla que « *les intéressés ne se trouvaient pas dans la situation d'individus arrivés dans le pays de manière irrégulière et souhaitant ensuite bénéficier de ses services publics, parmi lesquels la scolarité gratuite* »[463] et qu'ils n'avaient pas non plus pour dessein « *d'abuser du système éducatif bulgare* »[464]. Une telle situation ne peut être justifiée par la nationalité des élèves. Par conséquent, « *l'obligation faite aux requérants de verser des frais de scolarité pour poursuivre leurs études secondaires en raison de leur nationalité et de leur situation au regard de la législation sur l'immigration n'était pas justifiée* »[465]. La responsabilité de la Bulgarie a donc été engagée sur le fondement de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole. La Cour a donc ici dépassé la marge d'appréciation accordée aux Etats. En concluant au caractère discriminatoire de la mesure prise par les autorités bulgares, elle a même fait preuve d'initiative pour protéger concrètement le droit à l'instruction.

206. L'analyse de la jurisprudence de la Cour montre que la nationalité est sans effet sur la jouissance du droit à l'instruction. Au-delà de cette question, la situation personnelle de l'élève, qu'il soit ou non en situation irrégulière, n'a aucune incidence car même « *les mineurs séjournant irrégulièrement sur le territoire* […] *ne peuvent se voir refuser l'accès aux établissements scolaires* »[466]. Il ne faut cependant pas surévaluer la portée de l'article 2 du Protocole additionnel car « *le droit à l'enseignement n'a pas d'incidence sur le droit au séjour* »[467]. Cela a été précisé par la Commission, notamment dans l'affaire *15 étudiants étrangers contre Royaume-Uni* du 19 mai 1977[468]. A cette occasion, elle a décidé que

---

462 *Ibid*., § 50.
463 *Ibid*., § 60.
464 *Ibid*., § 61.
465 *Ibid*., § 62.
466 GALLEZ (L.), « L'enseignement et les étrangers », préc., p. 509.
467 DELGRANGE (X.), « L'enseignement et les étrangers. Synthèse des travaux en atelier », in CARLIER (J.-Y.) (dir.), *L'étranger face au droit. XX*[èmes] *journées d'études juridiques Jean DABIN*, préc., pp. 527 – 546, spéc. p. 530.
468 Comm. E.D.H., 19 mai 1977, *15 étudiants étrangers contre Royaume-Uni*, req. n°7671/76 ; Comm. E.D.H., 23 octobre 1995, *Sorabjee contre Royaume-Uni*, req. n°23938/94 ; Comm. E.D.H., 23 octobre 1995,

« *l'article 2, première phrase, ne* [conférait] *pas à un étranger le droit de séjourner dans un pays étranger* » ajoutant même que « *le "droit à l'éducation" d'un étranger est totalement indépendant du droit qu'il peut avoir de demeurer dans le pays* […]. *Aussi bien refuser l'autorisation de demeurer dans le pays ne saurait-il être considéré comme une atteinte au droit à l'éducation mais simplement comme une mesure de contrôle de l'immigration, qui ne relève pas de l'article 2* »[469]. En 2004, à l'occasion de l'affaire *Vikulov et autres contre Lettonie*, la Cour rappela que « *le droit à l'éducation d'un étranger est en principe indépendant du droit qu'il peut avoir de demeurer dans le pays* […] *même si l'expulsion des intéressés du pays d'accueil les empêchait d'y poursuivre leurs études, cette mesure ne pouvait pas s'analyser, en elle-même, en une atteinte à leur droit à l'instruction au sens de l'article 2 du Protocole n°1* »[470].

207. Au-delà, la situation dans le pays de destination peut également être étudiée pour garantir le droit à l'instruction. Dans sa décision de 1977, la Commission a connu de la situation d'étudiants étrangers admis à séjourner au Royaume-Uni mais uniquement de manière temporaire. Ils n'ont pas été autorisés à rester. L'obligation qui leur était ainsi faite de retourner dans leur pays d'origine les exposait, selon eux, à une violation de leur droit à l'instruction car l'accès aux établissements d'enseignement y serait impossible. Dissociant le droit à l'instruction du droit au séjour en montrant que « *le premier droit ne protège pas ni* […] *ne recouvre le deuxième droit* »[471], les commissaires ont conclu qu'« *il n'a pas été démontré qu'une fois expulsés du Royaume-Uni, les requérants seraient dans l'impossibilité de recevoir ailleurs l'instruction* […] *à laquelle ils pourraient prétendre au titre de l'article 2*

Jaramillo contre Royaume-Uni, req. n°24865/94 ; Comm. E.D.H., 17 janvier 1997, *Dabhi contre Royaume-Uni*, req. n°28627/95.

469 Comm. E.D.H., 19 mai 1977, *15 étudiants étrangers contre Royaume-Uni*, préc., § 4. Cette idée est celle retenue par le Conseil d'Etat dans sa décision du 13 février 2013 à propos d'un décret exigeant qu'un étudiant étranger bénéficie de « *ressources suffisantes pour couvrir ses frais de subsistances, d'études et de retour* » pour se voir accorder une carte de séjour temporaire. Selon le juge administratif, les dispositions du décret litigieux « *n'imposent aucune restriction de nature à constituer une violation des règles du principe d'égal accès à l'instruction et à la formation ; qu'elles ne portent pas davantage une atteinte excessive au droit à l'instruction rappelé à l'article 2 du premier protocole additionnel* » ; C.E., 13 février 2013, *G.I.S.T.I.*, req. n°353864, *A.J.D.A.*, 2013, rec. p. 374.

470 Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mars 2004, *Vikulov et autres contre Lettonie*, req. n°16870/03, § 11. La même solution fut retenue dans l'arrêt *A.A. contre Royaume-Uni* dans lequel la Cour n'a pas précisé que la mesure d'expulsion serait contraire à l'article 2 du Protocole additionnel (Cour E.D.H., 20 septembre 2011, *A.A. contre Royaume-Uni*, req. n°8000/08). Il arrive même que les bénéficiaires de l'article 2 du Protocole additionnel achèvent leurs études dans l'Etat d'accueil avant que la mesure d'expulsion ne soit exécutée (Cour E.D.H., Gde Chbre, 23 janvier 2002, *Tatjana Slivenko et autres contre Lettonie*, req. n°48321/99).

471 Comm. E.D.H., 19 mai 1977, *15 étudiants étrangers contre Royaume-Uni*, préc., § 4.

du Protocole additionnel »[472]. Leur capacité à prouver l'impossibilité d'accès à un établissement d'enseignement dans leur Etat d'origine pourrait donc avoir un effet sur la mesure d'expulsion. Cette décision a pu être interprétée en ce sens comme n'excluant pas « *l'éventualité selon laquelle l'article 2 pourrait devoir être invoqué dans une affaire où l'expulsion du requérant le priverait du droit à une instruction élémentaire dans son pays de destination* »[473].

208. L'exécution de la mesure d'expulsion porterait alors atteinte à l'article 2 du Protocole additionnel. Un raisonnement similaire avait été appliqué pour l'article 3 de la Convention relatif à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Dans l'affaire *Soering contre Royaume-Uni*[474], le requérant, détenu en Angleterre, attendait son extradition aux Etats-Unis où il devait répondre d'accusations de meurtres. Jens Soering risquait en conséquence d'être condamné à la peine de mort. Pour cette raison, il estimait que la décision ministérielle de le livrer aux autorités américaines était contraire à l'article 3 car elle l'exposait au syndrome du couloir de la mort. La Cour fut sensible à cet argumentaire et conclut à la violation de la Convention si la mesure d'extradition était exécutée. Elle estima en effet qu'« *eu égard* […] *à la très longue période à passer dans le "couloir de la mort" dans des conditions aussi extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les Etats-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3* »[475]. La solution retenue dans l'affaire *15 étudiants étrangers contre Royaume-Uni* ne permet cependant pas de tenir le même raisonnement à propos du droit à l'instruction car aucune preuve n'était avancée justifiant que le pays de destination ne garantissait pas un droit d'accès à l'instruction. En résumé, l'existence constatée d'un traitement inhumain et dégradant dans l'Etat de destination justifierait la non-exécution d'une mesure d'éloignement alors que le risque de ne pas avoir accès à l'instruction ne constituerait pas un but suffisamment légitime pour s'y opposer.

---

472 *Ibid.*, § 7.

473 LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Coll. migrations, 2007, 77 p., spéc. p. 48.

474 Cour E.D.H., Plénière, 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, req. n°14038/88, note GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.), « L'extradition et la Convention européenne des droits de l'Homme. L'affaire Soering », *R.T.D.H.*, 1990, pp. 5 – 24 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°16, obs. SUDRE (F.).

475 Cour E.D.H., Plénière, 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, préc., § 111.

209. Les doutes entourant la situation du requérant dans l'Etat de destination justifient que la mesure d'expulsion ne soit pas contraire à la Convention. Par analogie, cette incertitude avait notamment conduit la Grande chambre à conclure à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention dans l'arrêt *N. contre Royaume-Uni*[476]. La requérante, née en Ouganda, est arrivée en Angleterre en 1998. Elle dut être hospitalisée en raison de son infection au V.I.H.. Une demande d'asile fut déposée en son nom à la fois parce qu'elle ne s'estimait pas en sécurité en cas de retour dans son pays d'origine et parce qu'elle n'y bénéficierait pas des soins adéquats. Cette requête fut rejetée par les juridictions internes. La requérante estimait ce refus contraire à l'article 3 de la Convention. Pour aboutir au constat de non-violation de la Convention, la Cour a rappelé les principes relatifs à cette disposition. Elle indiquait que « *l'expulsion par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays* »[477]. Les juges précisèrent également que « *le fait qu'en cas d'expulsion de l'Etat contractant le requérant connaitrait une dégradation importante de sa situation et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3* »[478]. Seules des conditions impérieuses, tenant à l'état de santé extrèmement fragile du requérant, peuvent justifier le constat de violation de la Convention en cas d'exécution de la mesure d'extradition[479]. La requérante n'entrait pas dans ce cadre. Sa situation allait certes être plus difficile en Ouganda. Cependant, la Cour a constaté qu'elle n'était pas dans un état critique et que « *l'appréciation de la rapidité avec laquelle son état se dégraderait et de la mesure dans laquelle elle pourrait obtenir un traitement médical, un soutien et des soins, y compris l'aide des proches parents, comporte nécessairement une part de spéculation* »[480]. Son expulsion vers son pays d'origine n'était pas contraire à l'article 3 de la Convention.

---

476 Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 mai 2008, *N. contre Royaume-Uni*, req. n°26565/05, note DECAUX (E.), TAVERNIER (P.), « Reconduite à la frontière d'un étranger malade infecté par le V.I.H. », *J.D.I.*, 2009, pp. 1031 - 1033.

477 Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 mai 2008, *N. contre Royaume-Uni*, préc., § 30.

478 *Ibid.*, § 42.

479 En ce sens voir par exemple : Cour E.D.H., 2 mai 1997, *D. contre Royaume-Uni*, req. n°30240/96, note PETTITI (L.-E.), « Expulsion d'un étranger atteint du SIDA. L'arrêt *D. contre Royaume-Uni* du 2 mai 1997 », *R.S.C.*, 1998, pp. 169 – 172.

480 Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 mai 2008, *N. contre Royaume-Uni*, préc., § 50.

210. Il semble donc délicat, en l'état actuel de la jurisprudence, de considérer que l'absence de moyen d'instruction permettant la poursuite de la scolarité dans l'Etat de destination s'opposerait à une mesure d'expulsion prononcée à l'encontre d'un étranger. Cependant, ce dernier doit pouvoir, le temps de son séjour sur le territoire d'un Etat partie, bénéficier des structures lui permettant d'étudier. En cela, la Cour européenne des droits de l'Homme continue de garantir le caractère universel du droit à l'instruction. Le respect du principe d'égalité d'accès de tous – nationaux et étrangers - aux moyens d'instruction représente alors un principe structurant de l'article 2 du Protocole additionnel. Une conclusion similaire ne s'impose pas pour le principe de gratuité.

SECTION 2.
LA GRATUITÉ D'ACCÈS AUX ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT, UN PRINCIPE ACCESSOIRE À LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À L'INSTRUCTION

211. A la différence du principe d'égalité, le principe de gratuité ne constitue pas une obligation mise à la charge des Etats pour garantir l'accès aux établissements d'enseignement. La Cour laisse les autorités nationales libres des moyens à mettre en place pour assurer la protection de l'article 2 du Protocole additionnel. Le paiement de frais d'inscription ne peut donc être, en lui-même[481], contraire à l'effectivité du droit à l'instruction. La consécration du principe de gratuité permettrait pourtant de participer à la sauvegarde de l'égalité d'accès aux établissements d'enseignement. En ce sens, « *la gratuité de l'enseignement* […] *est considéré comme l'un des facteurs d'accès des enfants et des jeunes à l'éducation, un des éléments propres à assurer l'égalité des chances, une des composantes du "droit à l'éducation". Elle est donc un moteur de progrès et constitue* […] *un enjeu social et politique* »[482]. Malgré la

---

481 Sous réserve que le paiement des frais d'inscriptions ne révèle pas une discrimination comme dans l'affaire *Ponomaryovi contre Bulgarie* (Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc., note GROSBON (S.), « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'Homme en dit trop… ou pas assez… », préc.). Voir *supra* § 204.

482 TOULEMONDE (B.), *La gratuité de l'enseignement. Passé, présent, avenir. Rapport pour le Ministre de l'éducation nationale*, Paris, 2002, La documentation française, 39 p., spéc. p. 3. Dans le même sens voir, Geneviève KOUBI et Gilles J. GUGLIELMI selon qui « *il semble impossible d'ériger la gratuité en principe de fonctionnement du service public mais il est envisageable de la situer comme idéal à atteindre dans la construction d'un droit du service public* » (GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2011, 3ème édition, 804 p., spéc. p. 645).

position prudente de la Cour sur cette question (§1er), l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel s'agissant de l'accès à l'enseignement scolaire pourrait aller en ce sens (§2nd).

§ 1. La position prudente de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard du principe de gratuité

212. Les travaux préparatoires à l'article 2 du Protocole additionnel ont permis de montrer les oppositions de certains Etats, notamment le Royaume-Uni, sur la question du financement des moyens d'instruction. Consciente de ces réticences, la Cour européenne des droits de l'Homme ne les oblige pas à prévoir un système d'enseignement dans lequel l'accès serait gratuit[483]. Une telle obligation engendrerait nécessairement des coûts supplémentaires pour les autorités nationales afin d'assurer la qualité de l'instruction. Ce poids financier ne pourrait être supporté par tous les Etats. Il s'agit peut-être ici d'une raison expliquant que la Cour ait refusé d'ériger le principe de gratuité en principe fondamental lorsque l'occasion s'est présentée.

213. Dans l'affaire *Ponomaryovi contre Bulgarie*[484], l'accès des élèves de nationalité bulgare aux établissements d'enseignement est gratuit. Il peut l'être pour les étrangers à condition, notamment, de bénéficier d'un titre de séjour permanent. Tel n'était pas le cas en l'espèce et la Cour a dû vérifier que la différence de traitement était justifiée. Elle ne l'était pas et la mesure étatique en cause a violé l'article 14 de la Convention combinée avec l'article 2 du Protocole. Au-delà de cette conclusion qui a déjà été étudiée[485], c'est le raisonnement mené sur la nécessité d'un enseignement gratuit qui mérite ici d'être relevé. La Cour a rappelé qu'elle n'a pas à intervenir pour « *déterminer si et dans quelle mesure les Etats peuvent imposer des frais de scolarité* […] *pour quelque niveau que ce soit* »[486]. Néanmoins, cette précaution prise, cela ne l'a pas empêchée d'introduire une distinction entre les différents

---

483 En ce sens, voir RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, préc. : « *La gratuité du système d'enseignement est un point sensible : la Cour semble estimer qu'il n'y a pas d'obligation particulière pour l'Etat* », p. 614.

484 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc.

485 Voir *supra* § 205.

486 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc., § 53.

niveaux d'instruction pour contrôler la marge d'appréciation dont disposent les Etats dans le choix des moyens propres à sauvegarder l'article 2 du Protocole additionnel. Elle retient ainsi que « *la marge d'appréciation dans ce domaine s'accroît avec le niveau d'enseignement de manière inversement proportionnelle à l'importance de celui-ci pour les individus concernés et pour la société dans son ensemble* »[487]. Cette formule laisse une place à la reconnaissance d'un principe de gratuité, du moins dans l'enseignement primaire.

214. De la position de la Cour, il faudrait en effet distinguer cet enseignement, permettant à l'individu de développer les bases de son développement intellectuel, de l'enseignement supérieur[488]. Cette distinction aurait un effet sur la consécration du principe de gratuité comme fondement du droit à l'instruction. En ce sens, la Cour souligne que « *pour l'enseignement universitaire, qui demeure à ce jour facultatif pour bien des gens,* […] *l'imposition de frais en général* […] *peut* […] *être pleinement justifiée* [alors que] *l'enseignement primaire, qui apporte une instruction de base* […] *est généralement gratuit* »[489]. Cette argumentation semble montrer que la Cour n'est pas insensible à la consécration du principe de gratuité pour garantir le droit à l'instruction. Pour autant, cette solution n'est que supposée par les juges et n'est pas avancée comme un principe incontournable devant être respecté pour garantir l'accès aux établissements d'enseignement, ne serait-ce que primaires[490].

215. Deux éléments peuvent illustrer ce constat. D'abord, en introduisant cette distinction, les juges consentent à ce qu'un principe n'implique pas les mêmes obligations pour l'ensemble des établissements d'enseignement. Une telle conclusion est impossible pour le principe d'égalité. Certes, l'accès aux établissements peut être restreint par une réglementation nationale, mais cette réglementation ne pourra pas déroger au principe de non-discrimination. Il existe une unité dans l'application du principe d'égalité en ce que la

---

487 *Ibid*., § 56.

488 Dans le même sens, voir GROSBON (S.), « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'Homme en dit trop… ou pas assez… », préc. : « *Selon cette formule alambiquée, plus le niveau d'éducation est important pour l'individu et pour la société, plus la marge d'appréciation sera restreinte, et moins le niveau d'éducation est important, plus la marge d'appréciation sera étendue* », p. 959.

489 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc., § 56.

490 Dans le même sens, voir GROSBON (S.), « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'Homme en dit trop… ou pas assez… », préc. : « *En évoquant le caractère facultatif* [de l'enseignement supérieur]*, la Cour semble sous-entendre que ceux qui souhaitent en bénéficier doivent se plier à ses conditions d'accès, éventuellement payantes,* [alors qu'] *en indiquant que des considérations opposées valent pour l'enseignement primaire, la Cour semble considérer que la gratuité doit s'appliquer sans distinction* », p. 961.

réglementation est la même pour tous. Elle n'existe pas pour le principe de gratuité en ce que tous les établissements d'enseignement n'y sont pas soumis. Ensuite, la Cour semble accorder une force au principe de gratuité qui serait « proportionnelle » à l'importance de l'enseignement reçu. Les connaissances dispensées dans les établissements primaires constitueraient un socle indispensable au développement des capacités de l'individu et justifieraient leur gratuité.

216. Dans l'affaire *Ponomaryovi contre Bulgarie*, la Cour dresse un constat similaire pour les enseignements prodigués dans les établissements secondaires. Elle a en effet estimé que « *le fait pour un individu de n'avoir que des connaissances et des compétences de base constitue un frein à son épanouissement personnel et à son évolution professionnelle, l'empêche de s'adapter à son environnement et est lourd de conséquences pour son bien-être économique et social* »[491]. Une telle appréciation ne s'étend pas à l'enseignement supérieur alors que la formation proposée est, elle aussi, décisive pour l'épanouissement de l'individu. La frontière ainsi dessinée entre les niveaux de formation ne se retrouve pas pour le principe d'égalité. En conséquence, le principe de gratuité, en ce qu'il reçoit une application différenciée selon les établissements d'enseignement, ne peut constituer un fondement aussi solide que ne l'est le principe d'égalité. Néanmoins, ce principe de gratuité ne doit pas être écarté de l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. L'interprétation dynamique[492] de la Convention par la Cour pourrait lui permettre de l'ériger en principe fondamental concernant l'accès aux établissements d'enseignement primaire, voire secondaire.

§ 2. Une consécration possible pour les établissements d'enseignement scolaire

217. Le coût de l'instruction pesant sur les autorités étatiques est un obstacle à la consécration du principe de gratuité. Assurer à toute personne relevant de leur juridiction l'accès aux établissements d'enseignement, sans exiger le paiement de frais d'inscription, représente une charge financière importante pour les Etats Parties. Les difficultés soulevées

---

491 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc., § 57.

492 SUDRE (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., I 335.

par cette question justifient alors qu'il leur soit octroyé une marge d'appréciation étendue. Cette liberté est d'autant plus légitime que la gratuité ne représente pas un moyen incontournable garantissant l'accès aux moyens d'instruction. Elle pourrait toutefois être davantage limitée au regard du consensus qui semble se dégager sur la gratuité d'accès à l'enseignement primaire. Cet assentiment pourrait se retrouver pour l'enseignement secondaire. Dans leur opinion commune sous l'arrêt *Altinay contre Turquie*, les juges VUCINIC et PINTO DE ALBUQUERQUE ont souligné que « *dans la société de la connaissance, les qualifications et compétences professionnelles revêtent la même importance que les qualifications et compétences théoriques* »[493]. Si l'importance du droit d'accès à l'enseignement primaire justifie la mise en place d'un système de gratuité, la même logique devrait s'appliquer pour l'enseignement secondaire.

218. Plusieurs éléments plaident en effet en ce sens. Les engagements internationaux des Etats Parties à la Convention traduisent une volonté de garantir un accès gratuit aux établissements d'enseignement, sans se limiter au seul niveau primaire[494]. Au-delà des pays membres de l'Union européenne, où « *l'enseignement obligatoire est* gratuit *dans les écoles publiques et gratuit ou quasiment gratuit dans les établissements subventionnés par des fonds publics* »[495], la gratuité semble faire l'objet d'un large consensus car elle est mentionnée comme un véritable objectif dans les conventions internationales pertinentes en la matière. Par exemple, l'article 17§2 de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 affirme que « *les Parties s'engagent à prendre* […] *toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant* […] *à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit* ». A l'exception de l'Albanie et de l'Azerbaïdjan, l'ensemble des Etats ayant ratifié cette Convention ont accepté cette disposition[496]. De la même manière, l'article 28 de la Convention internationale des Droits de l'enfant peut aussi être intéressant car il invite les Etats à rendre « *l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous* ». Dans un sens similaire, l'article 26 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme prévoit que

---

493 Opinion en partie dissidente commune des juges Nebojsa VUCINIC et Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE sous Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, préc.

494 DUPUY (P.–M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », préc., pp. 1001 - 1003.

495 TOULEMONDE (B.), *La gratuité de l'enseignement. Passé, présent, avenir. Rapport pour le Ministre de l'éducation nationale*, préc., p. 8. L'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme ainsi que le droit à l'instruction « *comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire* ».

496 Le Liechtenstein, Monaco, San Marin, et la Suisse n'ont, quant à eux, pas ratifié la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996.

« *l'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental* ». Les juges de Strasbourg se sont déjà fondés sur des conventions internationales pour réduire la marge d'appréciation des Etats Parties et faire évoluer leur jurisprudence[497]. Ces différents éléments pourraient donc être utiles à la Cour européenne des droits de l'Homme pour révéler l'existence d'un consensus lui permettant de renouveler son interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. En agissant ainsi, les juges auraient la capacité de réduire la marge d'appréciation des Etats sans pour autant qu'il leur soit reproché de ne pas « *respecter* […] *la variété culturelle et idéologique se traduisant dans les différents systèmes juridiques qui caractérisent l'Europe* »[498].

219. Dépasser la marge nationale d'appréciation des Etats signifierait également dépasser la volonté initiale des rédacteurs de la Convention. Il reviendrait alors aux juges de s'écarter des travaux préparatoires menés par les représentants des autorités étatiques. Ils refuseraient ainsi de « *se tourner vers le passé* [afin de se diriger] *vers l'avenir pour interpréter une convention internationale de protection des droits de l'homme* »[499]. L'interprétation téléologique[500] de l'article 2 du Protocole additionnel permettrait de dépasser les réticences originelles en consacrant une obligation *a minima* de gratuité d'accès pour l'enseignement primaire, voire secondaire. Une telle initiative ne serait pas contraire à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 pour plusieurs raisons.

220. Son article 31§1 prévoit d'abord qu'un traité s'interprète « *à la lumière de son objet et de son but* ». Selon la formule de l'arrêt *Airey contre Irlande*, « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »[501]. A cette fin une interprétation dynamique de la Convention est nécessaire. L'introduction du principe de gratuité dans l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel irait en ce sens. Ensuite,

---

497 Par exemple, Cour E.D.H., Gde Chbre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, req. n°28957/95, note WACHSMANN (P.), MARIENBURG-WACHSMANN (A.), « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de transsexualisme », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 1157 – 1183 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°45, obs. LEVINET (M.).

498 MATSHER (F.), « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne » in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., spéc. pp. 15 – 40, spéc. p. 31.

499 TOUZE (S.), « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2011-2, pp. 517 – 532, spéc. p. 520.

500 Sur cette notion, voir notamment, DUBOUT (E.), « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 383 – 418.

501 Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, préc., § 24, note PELLOUX (R.), « L'arrêt Airey », *A.F.D.I.*, pp. 324 – 325 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°2, obs. SUDRE (F.)

conformément à l'article 31§2, « *le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte à prendre en compte pour son interprétation* »[502]. La lecture du préambule de la Convention montre que les juges ne doivent pas se sentir obligatoirement tenus par les exigences inscrites dans les travaux préparatoires. Ils peuvent s'en détacher. En énonçant que « *le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » est un but du Conseil de l'Europe, le préambule autorise indirectement la Cour à faire œuvre « *d'innovation et de créativité* [pour élargir] *la portée des garanties de la Convention* »[503].

221. Juridiquement rien ne s'opposerait à ce que le principe de gratuité soit une obligation à la charge des Etats pour garantir l'accès aux établissements d'enseignement scolaire. En revanche, financièrement, la charge pesant sur l'Etat pourrait être conséquente et constituer un obstacle important à l'effectivité de ce principe de gratuité. La consécration jurisprudentielle de ce principe n'en ferait pas un droit absolu. Les autorités nationales qui ne seraient pas capables d'en assumer le coût pourraient y déroger sous couvert d'une justification objective et raisonnable. La maîtrise des finances serait susceptible de constituer un tel but légitime.

222. Cette démarche de la Cour n'entrerait pas ensuite en contradiction avec l'article 31§3 de la Convention de Vienne selon lequel il peut être tenu compte « *de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* » dans l'interprétation d'une convention. La Cour agit déjà de cette manière. Dans son arrêt de Grande Chambre *Demir et Baykara contre Turquie*[504], elle a jugé que « *le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés* […] *peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques* ». De plus, « *les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international* […] *et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes* »[505]. Cette argumentation pourrait être utilisée

---

502 TULKENS (F.), « Discutante de Sébastien TOUZE sur les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2011-2, pp. 533 – 540, spéc. p. 534.

503 *Ibid*., p. 534.

504 Cour E.D.H., Grde Chbre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, préc., § 85, note MARGUENAUD (J.–P.), « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 739 – 744 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°64, obs. MARGUENAUD (J.–P.).

505 Cour E.D.H., Grde Chbre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, préc., § 86.

pour consacrer le principe de gratuité dans l'accès à l'enseignement. L'interprétation dynamique de la Convention semble plaider en ce sens[506].

223. Il est vrai qu'« *une interprétation "évolutive" ou "dynamique" doit être suffisamment ancrée dans une transformation de la société dans les Etats contractants, comme l'apparition d'un consensus quant aux normes à atteindre* »[507] et qu'« *un aspect décisif de l'interprétation évolutive découle de la convergence entre les droits internes des Etats parties à la Convention* »[508]. Cette communauté de vue entre les Etats existe. Les juges de Strasbourg ont d'ailleurs constaté que « *l'enseignement primaire* […] *est généralement gratuit* »[509]. Au lieu d'en tirer une conséquence plus générale imposant aux autorités étatiques une véritable obligation positive de garantir un accès gratuit à l'enseignement primaire, la Cour est restée prudente, faisant preuve de retenue à cet égard.

224. La position adoptée rappelle néanmoins celle des juges dans l'*Affaire linguistique belge*[510]. A cette époque, ils n'avaient pas interprété l'article 2 du Protocole additionnel comme obligeant les Etats à créer des moyens d'instruction spécifiques car ils existaient déjà. Le simple droit d'accès aux établissements scolaires suffisait à une protection concrète et effective du droit à l'instruction. S'agissant de la gratuité, le même constat peut être effectué. Imposer aux Etats une obligation de gratuité d'accès à l'enseignement primaire ne serait pas d'une grande utilité car ce principe est déjà applicable à l'enseignement primaire. Pour éviter d'avoir à trancher un problème délicat sur le coût de l'enseignement pour les Etats, la Cour souhaite simplement constater que le principe de gratuité existe et participe à la garantie du droit à l'instruction. Toutefois, elle ne va pas jusqu'à le consacrer comme un principe cardinal à l'instar du principe d'égalité.

---

506 SUDRE (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., I 335.

507 Opinion dissidente des juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER ET JEBENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni (n°2)*, req. n°74025/01, § 6.

508 TULKENS (F.), « Discutante de Sébastien TOUZE sur les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme », préc., p. 539.

509 Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, préc., § 56.

510 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

CONCLUSION CHAPITRE 2

225. Le respect du principe d'égalité d'accès aux moyens d'instruction existant à un moment donné apparaît, des deux obligations positives dégagées par la Cour en 1968[511], comme celle protégeant concrètement le caractère universel du droit à l'instruction. Toute personne relevant de la juridiction d'un Etat Partie à la Convention doit ainsi avoir le droit de bénéficier des structures d'enseignement créées. En vertu du principe de subsidiarité, la mise en œuvre des obligations positives dégagées dans l'*Affaire linguistique belge*[512] est confiée aux autorités étatiques. A l'intérieur des contours du droit à l'instruction fixés par la jurisprudence[513], les Etats sont libres de réglementer la mise en œuvre de l'article 2 du Protocole additionnel et donc d'en limiter le bénéfice.

226. Cette marge d'appréciation participe paradoxalement à l'efficacité de la protection du droit à l'instruction. L'ensemble des Etats Parties à la Convention ne disposent pas des mêmes moyens pour en assurer la garantie. Les ressources financières pouvant être allouées au système éducatif en sont l'exemple. En laissant aux autorités étatiques le choix des moyens pour garantir efficacement le droit à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme s'assure que les Etats peuvent remplir de la manière la plus efficace possible leurs obligations conventionnelles. Ils ne se voient pas imposer des critères qu'ils ne pourraient pas respecter, sinon au détriment de la qualité de protection du droit à l'instruction. Les exemples du *numerus clausus* ou de l'accès gratuit à l'enseignement sont deux illustrations pertinentes de cette conciliation entre la nécessaire promotion du droit et la prise en compte de la marge nationale d'appréciation[514].

227. Cependant, la liberté accordée ne doit pas servir à réglementer abusivement l'accès aux moyens d'instruction existants. La Cour européenne des droits de l'Homme fait preuve d'initiative en jugeant que le droit à l'instruction ne doit pas être atteint dans sa substance. Les individus ayant vocation à bénéficier de l'article 2 du Protocole additionnel ne doivent donc jamais être empêchés définitivement d'accéder aux moyens d'instruction existants. Le droit à

---

511 *Ibid*.
512 *Ibid*. Voir *supra* § 63.
513 En ce sens voir, DUPUY (P.–M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », préc., p. 1001.
514 Voir *supra* §§ 166 – 170 et §§ 211 – 224.

l'instruction n'est pas un droit absolu mais son caractère universel oblige les Etats à ne pas priver certains individus de leur droit d'accéder à une formation[515]. En ce qu'il est indispensable dans une société démocratique, l'interdiction de porter atteinte à la substance du droit à l'instruction participe également à la garantie d'un intérêt supérieur.

[515] Sauf comportement fautif réitéré ; en ce sens voir : Comm. E.D.H., 17 janvier 1996, *Bahri Sulak contre Turquie*, préc., voir *supra* § 174.

CONCLUSION TITRE 1

228. L'interprétation constructive de l'article 2 du Protocole additionnel par la Cour européenne des droits de l'Homme l'a conduit à dégager deux obligations positives propres à garantir à tous, sans distinction, le bénéfice effectif du droit à l'instruction : la garantie d'un droit d'accès aux moyens d'instruction et la reconnaissance officielle des études accomplies. Cette initiative des juges a cependant été conciliée avec la marge d'appréciation accordée aux Etats pour mettre en œuvre le droit à l'instruction. Ils ont ainsi le choix des moyens pour assurer la protection de ce droit. Ils sont également libres, dans le cadre fixé par la jurisprudence pour revendiquer le bénéfice de l'article 2 du Protocole additionnel, de limiter l'accès aux moyens d'instruction et donc de restreindre l'exercice du droit à l'instruction.

229. Cependant, cette marge nationale d'appréciation s'accompagne, classiquement, d'un contrôle européen. Les juges prennent soin de vérifier que la restriction imposée par une mesure étatique est justifiée de manière objective et raisonnable. Plus encore, ils interdisent strictement toute atteinte à la substance même du droit à l'instruction. Toute personne relevant de la juridiction d'un Etat Partie, peu importe ses particularités propres, doit pouvoir bénéficier des structures existantes pour acquérir les moyens propres à son épanouissement personnel. Ce constat ressort de la notion d'universalité qui « *tient à ce que partout est perçue cette exigence fondamentale que quelque chose est dû à l'être humain parce qu'il est un être humain* »[516]. Les autorités étatiques doivent donc prévoir une réglementation, applicable à tous sans distinction, pour mettre en œuvre l'article 2 du Protocole additionnel. Le respect du principe d'égalité formelle, conduisant à une égalité de traitement des individus, est en cela indispensable à la garantie concrète et effective d'un droit universel à l'instruction.

230. Cependant, la garantie de l'universalité d'un droit peut conduire à prendre en compte « *les différences subies* »[517] par les individus. Celles-ci peuvent gêner l'exercice de l'article 2 du Protocole additionnel. Il est donc nécessaire de les prendre en compte. Cette considération doit cependant n'être que subsidiaire. Le respect de l'égalité formelle, et donc de l'égalité de traitement de tous, doit rester la règle. L'égalité réelle, en ce qu'elle prend en compte ces

---

[516] SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., p. 44.
[517] REDOR-FICHOT (M. – J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 176.

désavantages pour limiter les effets néfastes des différences de situation, apparaît ainsi comme un outil efficace mais accessoire pour garantir l'effectivité du droit à l'instruction.

TITRE 2.
L'EGALITE REELLE, OUTIL ACCESSOIRE D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION : LE RECOURS MESURE A LA DIFFERENCE DE TRAITEMENT

231. Bien que le principe d'égalité soit placé au cœur de toute reconnaissance des droits, la quête d'un droit universel à l'instruction peut justifier de déroger au versant formel de ce principe. Dans son avis du 6 avril 1935 relatif aux *Ecoles minoritaires en Albanie*, la Cour permanente de justice internationale a indiqué que « *l'égalité en droit exclu toute discrimination ; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaire des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes* »[518]. Dans la mesure où « *l'égalité constitue* […] *une sorte de "droit-tuteur" nécessaire à la mise en œuvre des autres droits fondamentaux* »[519], il peut être utile de traiter différemment des élèves ou des étudiants placés dans des situations différentes pour les faire concrètement bénéficier de leur droit à l'instruction. En ce sens, « *la réalisation du critère d'égalité pourrait être interprétée en fait et en droit, prenant pour cela en compte la situation très particulière dans laquelle certaines personnes sont placées, afin que celles-ci puissent véritablement bénéficier* »du droit à l'instruction[520].

232. La validité de cette proposition est néanmoins tributaire de la pratique en vigueur dans les Etats Parties. Ce postulat supposerait d'abandonner, momentanément, le principe d'égalité formelle, pour retenir une conception réelle de l'égalité, permettant d'introduire une différence de traitement au service d'un droit universel à l'instruction (Chapitre 1). Néanmoins, ce traitement différencié ne doit rester qu'une exception. Une réglementation commune pour tous doit demeurer le principe. Pour cette raison, la Cour devrait exercer un contrôle de proportionnalité sur la mesure différentielle afin de s'assurer qu'aucun autre moyen – moins attentatoire au principe d'égalité – n'existe pour rétablir l'égalité d'instruction (Chapitre 2).

---

518 C.P.J.I. (avis), 6 avril 1935, *Ecoles minoritaires en Albanie*, série A/B, fasc. n°64, 23 p., spéc. p. 19.

519 MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « La double nature du principe d'égalité ? », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1790 p., spéc. pp. 1027 - 1036, spéc. p. 1028.

520 DUPUY (P. –M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », préc., p. 1003.

CHAPITRE 1.
L'INTRODUCTION D'UNE DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT AU SERVICE D'UN DROIT UNIVERSEL À L'INSTRUCTION

233. Les obligations positives fixées par la Cour européenne des droits de l'Homme sont le moyen principal et indispensable à la sauvegarde du droit à l'instruction[521]. Conformément au principe d'égalité, les mêmes règles s'appliquent à tous. Il n'est cependant pas certain que l'application de règles communes aboutisse nécessairement à la jouissance effective pour tous les élèves ou étudiants de leur droit à l'instruction. L'instruction est l'« *un des secteurs où la passion* […] *pour l'égalité a pu se donner libre cours* [mais] *cette passion de l'égalité cache les pires inégalités* […] *parce que l'égalité a toujours été conçue de façon formelle, assimilée à l'uniformité : mêmes programmes, mêmes horaires, mêmes examens, mêmes enseignants, mêmes moyens… Comme si cette uniformité suffisait à produire une égalité des élèves et étudiants que la réalité quotidienne dément* »[522]. Il est donc des situations où la protection des droits fondamentaux nécessite de s'écarter « *résolument de l'égalité juridique symbolisée, et réalisée, par la généralité de la règle* »[523]. Par exception au principe d'égalité formelle, il est alors envisageable d'introduire des différences de traitement en faveur des individus pour lesquels les règles classiques ne permettent pas une jouissance concrète de leur droit à l'instruction.

234. Cette approche permettrait de concilier les notions d'universalisme et de pluralisme. En effet, « *si l'universalisme nous dit que nous sommes tous semblables, le pluralisme appelle à prendre compte le fait que nous sommes tous différents* »[524]. Dans cette optique, la Cour est en mesure d'introduire des mesures aboutissant à une différence de traitement pour garantir un véritable droit universel à l'instruction. Cette distinction se concrétiserait par la prise en compte jurisprudentielle des discriminations positives ou, mieux, de l'égalité des chances

---

521 Voir *supra* § 63.

522 En ce sens voir TOULEMONDE (B.), « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po », *Pouvoirs*, 2004, n°111, pp. 87 – 99, spéc. p. 87.

523 RIVERO (J.), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Tome XIV, 1961 - 1962, Paris, Dalloz, 1965, pp. 343 – 360, spéc. p. 351.

524 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 171.

(section 1). Le traitement différencié d'individus placés dans des situations différentes peut néanmoins avoir des effets pervers que la Cour doit éviter (section 2).

SECTION 1.
LA PRISE EN COMPTE JURISPRUDENTIELLE DES DIFFERENCES DE TRAITEMENT

235. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne révèle pas un enthousiasme marqué en faveur de l'introduction d'une différence de traitement propre à garantir le droit à l'instruction. Au contraire, la modération caractérise l'activité jurisprudentielle de la Cour sur cette question. Si le recours à la notion de discrimination positive est prudent (§1er), la promotion de l'égalité des chances, notion moins polémique, est envisageable (§2nd).

§ 1. Le recours prudent à la notion de discrimination positive

236. Le mécanisme de protection offert par le système conventionnel incite les juges de Strasbourg à prendre en compte la situation en vigueur dans les Etats Parties. Le principe de subsidiarité peut alors conduire à la création d'un effet miroir. Si les Etats ne s'accordent pas sur une pratique, il est difficile que la Cour la consacre comme principe structurant dans son interprétation de la Convention, et de l'article 2 du Protocole en particulier. Il existe certes des exceptions[525], mais le recours à la discrimination positive n'en fait pas partie. L'admission par la Cour de cette notion polémique (A) apparaît délicate (B).

A) UNE PRUDENCE JUSTIFIEE PAR LE CARACTERE POLEMIQUE DE LA DISCRIMINATION POSITIVE

237. Influencée par la théorie américaine de l'*affirmative action*, la notion de discrimination positive risque d'être la cible des mêmes critiques. Elle accorde en effet un avantage à un groupe identifié de la population. Pour ces raisons, elle est controversée (1), et la Cour ne la prend en compte qu'*a minima*, par le prisme de l'égalité réelle (2).

---

525 Par exemple, Cour E.D.H., Gde Chbre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, préc.

1. *La discrimination positive, une notion controversée*

238. La discrimination positive est une notion difficilement exploitable au même titre que *l'affirmative action* américaine. La proximité entre ces deux notions a d'ailleurs été démontrée à plusieurs reprises[526], dans la mesure où la discrimination positive « *semble s'inspirer directement dans ses finalités de celle de l'*affirmative action *à l'américaine* »[527]. Il convient donc de revenir sur cette dernière notion (a) pour définir, corrélativement, la discrimination positive (b).

a. La notion d'affirmative action

239. Les politiques d'*affirmative action* sont nées à la suite de l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis de 1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*[528]. En l'espèce, des enfants noirs s'étaient vus refuser l'accès aux écoles fréquentées par des enfants blancs sur le fondement de la théorie du « *separate but equal* »[529]. Ils contestaient cette situation, selon eux, contraire au principe d'égalité. Le raisonnement suivi par le juge portait sur le rôle de l'instruction dans la formation intellectuelle de l'individu. L'opinion de la Cour, rédigée sous la plume de son *Chief justice*, Earl WARREN, avait montré l'importance de l'enseignement pour la jouissance

---

526 Par exemple : SABBAGH (D.), « L'*affirmative action* : effets symboliques et stratégies de présentation », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, Coll. Recherches, 267 p., spéc. pp. 157 – 172 ; SABBAGH (D.), « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*Affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004, n°111, pp. 5 – 18 ; BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essai, 2004, 533 p., spéc. p. 192. ; DAVID (F.), *La notion de discrimination positive en droit public français*, Lille, A.N.R.T., 2004, 611 p., spéc. p. 131.

527 DAVID (F.), *La notion de discrimination positive en droit public français*, préc., p. 131.

528 Cour suprême des Etats-Unis, 17 mai 1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483.

529 A l'occasion de l'affaire *Plessy vs Ferguson* rendue à propos de la répartition dans les transports publics de personnes de races différentes dans des voitures séparées ; Cour suprême des Etats-Unis, 18 mai 1896, *Plessy vs Ferguson*, 163 U.S. 537. Selon cette théorie, « *l'égalité de traitement est assurée lorsque les races se voient offrir des services matériellement égaux, même si ces services sont séparés* » (Cour suprême des Etats-Unis, 17 mai 1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483). Dans son opinion dissidente sous l'arrêt, le Juge John Marshall HARLAN exprimait les doutes qu'il avait de voir une telle solution être retenue par la Cour suprême. Il affirmait que « *du point de vue de la Constitution, de la loi, il n'existe pas, dans ce pays, de classe supérieure, dominante ou dirigeante de citoyens. Il n'existe aucune caste. Notre Constitution est aveugle à la couleur de peau et ne tolère aucune classe entre les citoyens* » (Opinion dissidente du Juge John Marshall HARLAN sous Cour suprême des Etats-Unis, 18 mai 1896, *Plessy vs Ferguson*, 163 U.S. 537).

des autres droits et libertés fondamentaux garantis. Ainsi soulignait-il que « *l'enseignement est peut-être la fonction la plus importante des pouvoirs publics fédérés et locaux.* […] *Elle est requise pour accomplir les plus élémentaires de nos devoirs civiques.* […] *Elle constitue le fondement même d'une bonne citoyenneté* »[530]. Ce postulat a permis à la Cour de donner au droit à l'instruction toute sa dimension. Le Président WARREN n'hésitait d'ailleurs pas à affirmer que « *de nos jours, il est douteux qu'un enfant puisse raisonnablement avoir l'espoir de réussir dans la vie si la possibilité de recevoir une éducation lui a été refusée. Une telle possibilité* […] *est un droit qui doit être accessible à tous sur un pied d'égalité* »[531].

240. Les juges de la Cour suprême avaient considéré que cette doctrine n'avait pas sa place dans l'enseignement public. Ils considéraient ainsi que « *dans les écoles publiques, la ségrégation des enfants, sur le seul fondement de la race, et quand bien même les bâtiments et l'équipement ainsi que les autres conditions "matérielles" seraient égaux,* [privait] *les enfants du groupe minoritaire de chances égales en matière d'éducation* » [532]. L'abandon de cette théorie allait conduire à la mise en place de politiques d'*affirmative action*. Celles-ci répondaient « *à une exigence de justice* »[533] car elles avaient pour but de réduire « *un désavantage spécifique subi aux Etats-Unis par les Noirs dans de nombreuses sphères d'interaction, désavantage lié précisément aux phénomènes d'identification raciale* »[534]. L'objectif était de pallier un désavantage apparent. Pour cela, des mesures avaient été prises pour favoriser les membres d'une communauté victime de discrimination[535]. Il s'agissait alors de corriger les erreurs du passé « *en élaborant une politique visant à délibérément favoriser les minorités jadis opprimées en leur octroyant un traitement préférentiel* »[536]. Un traitement favorable – comme la réservation automatique de place à l'université par exemple - était systématiquement accordé aux minorités victimes de ségrégation raciale[537].

---

530 Cour suprême des Etats-Unis, 17 mai 1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*, préc.

531 *Ibid.*

532 *Ibid.*

533 CALVES (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1998, 380 p., spéc. p. 89.

534 SABBAGH (D.), « L'*affirmative action* : effets symboliques et stratégies de présentation », préc., p. 158.

535 En ce sens voir BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, préc., p. 193. La notion de groupe revêt à cet égard une importance particulière. En effet, l'*affirmative action* « *ne vise* […] *pas à réparer une discrimination individuelle, mais une discrimination collective* », *ibid.*, p. 197.

536 BEAUD (O.), « L'*affirmative action* aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ? », *R.I.D.C.*, 1984, pp. 503 – 521, spéc. p. 504.

537 Daniel SABBAGH illustrait la situation de la manière suivante : il s'agirait de la « *situation dans laquelle* […] *un candidat noir N1* [se trouvait] *sélectionné pour occuper une position donnée alors qu'il existait au*

241. Ayant comme effet premier de déroger au principe d'égalité formelle, ces mesures ont progressivement fait l'objet de critiques conduisant à leur remise en cause pure et simple[538]. Les arrêts *Fisher vs University of Texas*[539] et *Shelby County vs Holder*[540] en représentent les dernières illustrations. Dans sa jurisprudence relative à l'accès aux établissements universitaire, la Cour suprême des Etats-Unis a procédé à un affinement de sa jurisprudence relative au droit à l'instruction. Depuis 2003, et l'arrêt *Grutter vs Bollinger*[541], elle ne privilégie plus l'origine ethnique du candidat sur ses capacités intellectuelles[542]. En l'espèce, elle avait exigé la mise en balance de deux critères : d'un côté, les compétences du candidat et de l'autre son origine ethnique ; cette dernière ne devait plus justifier à elle seule le refus ou l'admission d'un candidat[543]. Ainsi, selon le Juge O'CONNOR, « *quand la race est utilisée*

---

moins un candidat blanc B dont le niveau de qualification était "supérieur", c'est-à-dire tel que si un autre candidat noir, N2, avait présenté ce même niveau de qualification, c'est sa candidature qui aurait été retenue, de préférence à celle de N1 », SABBAGH (D.), « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'Affirmative action dans l'enseignement supérieur », préc., pp. 5 – 6.

538 En effet, si, pendant longtemps, les juges américains étaient favorables aux politiques d'*affirmative action*, la situation s'est inversée en 1989 dans l'arrêt *City of Richmond vs J.A. Croson* (Cour suprême des Etats-Unis, 23 janvier 1989, *City of Richmond vs J.A. Croson*, 488 U.S. 469). Dans cette affaire, la ville de Richmond avait prévu un programme de traitement préférentiel ayant pour objectif de réserver 30% des marchés de travaux publics à des entreprises appartenant à des minorités. Or, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé un tel programme contraire à la Constitution. Ainsi que le note Elisabeth ZOLLER, cet arrêt « *écarte l'idée qu'il puisse exister un régime particulier,* […] *compréhensif, pour les classifications raciales bienveillantes. Autrement dit, une majorité de juges écarte l'idée centrale de la politique des discriminations positives selon laquelle certaines personnes ont, en tant que groupe, des droits particuliers qui méritent une sollicitude spéciale* », ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, 922 p., spéc. p. 660.

539 Cour suprême des Etats-Unis, 24 juin 2013, *Fisher vs University of Texas*, 11-345.

540 Cour suprême des Etats-Unis, 25 juin 2013, *Shelby County vs Holder*, 12-96.

541 Cour Suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Grutter vs Bollinger*, 539 U.S. 306.

542 L'affaire *Regents of the University of California vs Bakke (*Cour Suprême des Etats-Unis, 28 juin 1978, *Regents of the University of California vs Bakke*, 438 U.S. 265) en est le symbole. Certes le requérant qui contestait le quota réservé aux minorités a obtenu gain de cause mais l'argumentaire de la Cour suprême incite à l'optimisme quant au devenir des mesures d'*affirmative action* applicables au droit à l'instruction. En effet, ce n'est pas tant le fait que soit réservé 16% des places à l'Université pour des minorités qui est inconstitutionnel mais plutôt le fait que le système mis en place était trop rigide, en ce sens que peu importe les compétences affichées, il fallait atteindre ce quota de 16%. Daniel SABBAGH estime à juste titre que « *la constitutionnalité d'un tel programme d'*affirmative action [est] *appelée à dépendre à la fois de ses modalités et de l'objectif qui lui est assigné* » (SABBAGH (D.), « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*Affirmative action* dans l'enseignement supérieur », préc., p. 8). Dans le domaine de l'instruction, c'est l'automaticité de la différence de traitement au profit de la catégorie défavorisée qui est déclarée contraire à la Constitution et non la différence de traitement en tant que telle. Si l'individu remplit les conditions nécessaires à son admission, il n'a pas besoin d'un traitement préférentiel Cette situation jetait également le trouble sur les réelles capacités de leur bénéficiaire. La situation devenait perverse et a pu conduire au raisonnement suivant : « *A un jugement comme "Il est diplômé de Harvard : ce doit être un individu brillant" tendrait à se substituer "C'est un Noir diplômé de Harvard : il ne serait pas là où il est sans l'*affirmative action » (SABBAGH (D.), « L'*affirmative action* : effets symboliques et stratégies de présentation », préc., p. 161).

543 C'est la raison pour laquelle la Cour suprême des Etats-Unis avait censuré, en parallèle à l'arrêt *Grutter vs Bollinger*, l'attribution automatique, pour les candidats issus des minorités, de vingt points sur les cents nécessaires à un examen d'admission à l'Université (Cour suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Gratz vs*

comme facteur d'admission, le programme d'admissions de l'Université doit rester suffisamment souple pour garantir que chaque candidat fera l'objet d'un examen individualisé et que son cas ne sera pas décidé d'une manière qui ferait de la race ou de l'ethnie du candidat le critère décisif de la décision finale prise sur sa candidature »[544]. L'octroi automatique d'un avantage aux membres d'une population identifiée était donc remis en cause. De la même manière, cet arrêt a permis d'introduire une contrainte de durée car les « *politiques d'admission fondées sur la race doivent être limitées dans le temps* »[545], confirmant ainsi que la différence de traitement ne peut être qu'un élément complémentaire et temporaire de protection du droit à l'instruction. Une fois l'égalité d'instruction rétablie, le respect de l'égalité formelle s'impose à nouveau. Une logique similaire, aussi bien sur la portée que sur la durée de la mesure, a été suivie à propos de la question de la discrimination positive.

b. La définition de la discrimination positive

242. A l'instar de *l'affirmative action*, les mesures de discrimination positive accordent un traitement préférentiel à une catégorie identifiée de la population. Néanmoins, à l'inverse des politiques d'*Affirmative action*, elles ne sont pas mises en place dans un but premier de rémission[546] mais véritablement afin d'assurer une égalité entre tous.

Bollinger, 539 U.S. 244). En ce sens voir ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, préc., p. 806 : « *la règle capitale est que la prise en considération du facteur racial ou ethnique ne doit jamais dispenser d'examiner chaque candidature au cas par cas* ».

544 Cour Suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Grutter vs Bollinger*, préc.

545 *Ibid*. Il est ajouté que « *cette exigence s'impose parce que ces classifications, aussi impérieux leurs objectifs soient-ils, sont potentiellement si dangereuses qu'elles ne peuvent pas être utilisées au-delà de ce que l'intérêt* [qui les justifie] *commande. Inscrire dans le marbre une justification permanente pour les préférences raciales feraient violence au principe fondamental de l'égale protection* ». Par conséquent, l'objectif affiché de la Cour Suprême des Etats-Unis est de faire disparaître toute différence de traitement en fonction de l'origine ethnique.

546 Les politiques d'affirmative action ont pour « *prétention de bouleverser un ordre prédéterminé par l'histoire, de redéfinir cet ordre au profit d'un ordre nouveau, destiné à faire amende honorable d'un passé lourd de sens et de culpabilité pour la communauté blanche en Amérique du Nord* », DAVID (F.), *La notion de discrimination positive en droit public français*, préc., p. 130. En effet, ces politiques d'*affirmative action*, si elles veulent corriger une situation inégalitaire, ont avant tout un caractère expiatoire « *car c'est toute une communauté qui se reconnaît coupable comme si les nouvelles générations ne pouvaient s'affranchir du poids de leur hérédité et qu'elles étaient encore coupables non d'être nées, mais d'être nées dans une communauté qui, elle, est coupable* », *ibid*., p. 131.

243. Aussi louable puisse être l'objectif poursuivi par les mesures de discrimination positive, il n'en demeure pas moins qu'elles restent une discrimination : « *A priori, rien ne permet de distinguer une discrimination positive d'un autre type de discrimination* »[547]. Qu'elle soit positive ou non, une discrimination est d'abord constitutive d'une différence de traitement[548] car « *il est évident que toute discrimination comporte dans son essence même une atteinte à l'égalité de traitement* »[549]. C'est en cela que la notion de discrimination positive peut prêter le flanc à la critique. Dans certaines circonstances, la différence de traitement peut toutefois avoir des effets positifs et se détacher ainsi de la connotation négative caractérisant la notion de discrimination[550].

244. Par exemple, si l'accès à une formation spécifique est difficile pour une catégorie identifiée de la population, la réglementation étatique pourra leur réserver d'office un nombre de places suffisant pour que les éléments de leur situation personnelle, tels leur origine sociale ou géographique, n'entravent pas leur droit à l'instruction[551]. L'interprétation évolutive de l'article 2 du Protocole additionnel permettrait de développer l'utilisation des discriminations positives car « *le service public de l'enseignement constitue un terrain particulièrement*

---

547 MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Table ronde sur les discriminations positives : France », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 139 – 158, spéc. p. 141.

548 En ce sens voir BOSSUYT (M.), *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p. : « *Toute découverte d'une discrimination commence* […] *par la constatation d'"une différence de traitement"* », spéc. p. 34. Dans le même sens, voir BIOY (X.), « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2008, 474 p., spéc. pp. 51 – 84, spéc. p. 51 : elle « *peut se définir comme une inégalité d'attribution et d'exercice de droits, plus précisément, une distinction entre des personnes, placées dans des conditions ou situations semblables, fondées sur un critère prohibé ou neutre, mais ayant un effet discriminatoire sur un groupe de personnes, et en l'absence de tout motif légitime ou d'une justification objective ou raisonnable* ». Voir aussi Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN qui estime que « *le terme de discrimination peut être interprété sans connotation péjorative, comme désignant simplement l'opération qui consiste à distinguer, à séparer des choses ou des êtres* », Melin-Soucramanien (F.), « Table ronde sur les discriminations positives : France », préc., p. 141. Voir également : MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., Coll. Droit public positif, 1997, 397 p., spéc. pp. 206 – 207.

549 BOSSUYT (M.), *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, préc., p. 37.

550 En ce sens, voir MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préc. : « *Aujourd'hui, cette notion revêt une signification essentiellement péjorative selon laquelle toute discrimination serait négative* », p. 207.

551 En ce sens, voir LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, n°111, pp. 55 – 71, spéc. p. 59. Pour une étude particulière de la question, voir : TOULEMONDE (B.), « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po », préc. En France, ces « *zones d'éducation prioritaires* » se sont formées, à partir de 1981, dans des territoires défavorisés identifiés par le taux d'échec scolaire des élèves et au regard de la situation socio-professionnelle des parents.

propice à [leur] *création* »[552]. Une égalité de fait serait rétablie en dérogeant au principe d'égalité de droit. En d'autres termes, il s'agirait d'« *instituer des inégalités pour promouvoir l'égalité, en accordant à certains un traitement préférentiel* [et donc] *de compenser des inégalités en créant des discriminations paradoxalement redistributrices d'égalité* »[553].

245. Cette dérogation au principe d'égalité ne peut cependant être que temporaire[554]. Si une mesure de discrimination positive perdurerait, l'inégalité de traitement serait perpétuelle et, de ce fait, en contradiction directe avec le principe cardinal de l'égalité de droit[555]. Il est donc nécessaire d'envisager la discrimination positive comme « *une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles* »[556]. Cette définition confirme que l'introduction d'une discrimination positive dans l'accès aux établissements d'enseignement ne peut être qu'un élément complémentaire, et non principal, de la garantie concrète et effective du droit à l'instruction « *puisque, pour apparaître légitimes dans l'aménagement extrême qu'elles font du principe d'égalité, de telles mesures devront disparaître aussitôt que la correspondance entre la situation de droit et la situation de fait aura été rétablie* »[557].

---

552 MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Table ronde sur les discriminations positives : France », préc., p. 148.

553 LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », préc., p. 59.

554 Ce caractère temporaire n'apparaît pas dans la définition retenue par Olivia BUI-XUAN, pour qui les discriminations positives « *sont des mesures juridiques qui ont d'une part pour sujet des* groupes *d'individus, lesquels ont été ou sont* victimes de discriminations *(négatives) de droit ou de fait ; elles visent en outre un certain résultat : soit l'égalité* […] *avec le reste de la population, soit l'atteinte d'un certain seuil* […] *équivalent au pourcentage que représente le groupe dans la population totale* » (BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, préc., p. 213).

555 En ce sens, « *cette discrimination est donc en principe temporaire. Elle a des effets limités dans le temps. Elle doit permettre de corriger une situation manifestement illégale. Elle doit, par elle-même, disparaître dès que l'égalité aura été restaurée* », in DELPEREE (F.), RASSON-ROLAND (A.), et VERDUSSEN (M.), « Table ronde sur les discriminations positives : Belgique », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 75 – 90, spéc. p. 89.

556 Cette définition générale donnée par Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN réunit plusieurs éléments qu'il faut ici mentionner. « *Dès lors plusieurs critères permettant d'identifier une discrimination positive peuvent être déduits* […] *: 1) il faut qu'à l'origine existe une inégalité de fait ; 2) à celle–ci doit répondre une différenciation juridique de traitement ; 3) cette dernière doit être finalisée, elle doit résulter de la volonté expressément manifestée de l'autorité normative d'accorder un avantage à une catégorie déterminée de citoyens ayant souffert de discriminations dans le passé ; 4) la différenciation juridique de traitement doit être positive en ce sens qu'elle implique une idée de compensation, de rétablissement de l'égalité passant précisément par une rupture de l'égalité ; 5) le but de l'autorité normative étant de parvenir à une égalité de fait, la différenciation juridique de traitement est nécessairement temporaire et doit cesser lorsque l'égalité est rétablie* », in FAVOREU (L.) et *al.*, *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 394. Voir en ce sens, MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préc., p. 207.

557 DAVID (F.), *La notion de discrimination positive en droit public français*, préc., p. 128.

246. Outre le fait que ces mesures soient attribuées à un groupe particulier, elles sont également controversées en raison de leur impact sur ceux qui n'en sont pas bénéficiaires, créant alors un effet pervers. Reposant « *sur une logique de vases communicants : afin de parvenir au résultat fixé, les membres du groupe discriminé vont être préférés aux membres de la majorité ou de groupes jugés moins sujets aux discriminations* », confirmant que « *toute discrimination revêt nécessairement à la fois un aspect négatif et un aspect positif, en ce sens qu'une différenciation de traitement s'exerce toujours en même temps au détriment d'une catégorie et au profit d'une autre* »[558]. Cette discrimination, qualifiable de discrimination à rebours[559], motive les critiques qui peuvent être formulées à propos de la discrimination positive.

247. Malgré les risques inhérents à cette notion, les mesures introduisant une discrimination positive au profit de certains élèves – lorsqu'elles sont correctement encadrées – peuvent avoir pour effet de leur garantir une instruction de qualité. La Cour européenne des droits de l'Homme, eu égard à son office, ne peut ignorer cet instrument de protection. Mais la controverse autour de cette notion ne l'a conduit qu'à la prendre en compte *a minima*.

2. La prise en compte a minima *de la discrimination positive par la Cour européenne des droits de l'Homme*

248. Le traitement identique de personnes placées dans des situations différentes peut avoir pour conséquences indésirables que la garantie des droits fondamentaux ne soit pas effective pour tous. La Cour doit donc prévoir la possibilité de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes. Elle avait envisagé cette éventualité dès 1968 pour protéger le droit à l'instruction en relevant que « *les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait* »[560]. Ce désir de tendre vers une consécration de l'égalité réelle n'a

---

558 MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préc., p. 207.

559 Voir *infra* §§ 318 – 327.

560 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

cependant pas été confirmée par la suite. La Cour se ralliait plutôt « *à une approche très classique de la discrimination, renvoyant à une conception formelle de l'égalité* »[561]. Il est toutefois possible, dans la jurisprudence récente, de « *déceler une volonté* […] *de prendre en compte l'égalité réelle et, plus seulement l'égalité formelle* »[562].

249. Cette volonté s'est matérialisée à partir de l'affaire *Thlimmenos contre Grèce*[563]. Le requérant, témoin de Jéhovah, a été condamné en 1983 par les autorités grecques pour insubordination parce qu'il avait refusé de porter l'uniforme à une époque de mobilisation générale. Il se conformait en cela à ses croyances religieuses. En 1989, alors même qu'il avait réussi le concours, sa nomination au poste d'expert-comptable lui fut refusée en raison de cette condamnation. Il estimait cette situation contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 car « *la loi excluant la nomination à un poste d'expert-comptable de toute personne convaincue d'un crime n'établit aucune distinction entre les personnes sanctionnées en raison de leurs convictions religieuses et celles dont la condamnation se fonde sur d'autres motifs* »[564].

250. La Cour a saisi cette occasion – dans laquelle la législation grecque traitait de façon identique des situations différentes – pour faire évoluer sa jurisprudence. Si elle avait d'abord rappelé que l'article 14 de la Convention était violé dès lors que « *les Etats* [faisait] *subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues* », elle avait également estimé que « *le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination* [était] *également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats* [n'appliquaient] *pas un traitement différent à des personnes dont les situations* [étaient] *sensiblement différentes* »[565]. En ne prévoyant pas des règles différentes pour des situations différentes, la Grèce s'était fait condamner pour violation de l'article 14 de la Convention combinée avec l'article 9. Cette

---

561 SUDRE (F.), « Rapport introductif », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., 2008, pp. 17 – 48, spéc. p. 33.

562 SZYMCZAK (D.), « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », *R.A.E. – L.E.A.*, 2009-2010/2, pp. 217 – 236, spéc. p. 227.

563 Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 avril 2000, *Thlimmenos contre Grèce*, req. n°34369/97, note MARGUENAUD (J.-P.), « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit* ? La Cour européenne des droits de l'Homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives », *R.T.D. civ.*, 2000, pp. 434 – 436 ; SUDRE (F.), LABAYLE (H.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 1250 – 1256 ; FLAUSS (J. – F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 1060 – 1078.

564 Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 avril 2000, *Thlimmenos contre Grèce*, préc., § 33.

565 *Ibid.*, § 44.

décision faisait ainsi écho à la formule selon laquelle « *le principe selon lequel un traitement égal doit être appliqué à des hommes égaux ne peut valoir qu'en relation avec le principe selon lequel un traitement différent doit être appliqué à des hommes inégaux* »[566]. Traiter différemment des situations différentes constitue le préalable nécessaire à une reconnaissance de la discrimination positive. La Cour n'est cependant pas allée au-delà, restant prudente à leur égard.

251. Cette interprétation renouvelée du droit à la non-discrimination peut malgré tout constituer un fondement favorable à un droit universel à l'instruction. Devant les problèmes rencontrés par certaines populations pour accéder à une instruction de qualité, certains avantages pourraient leur être temporairement accordés afin que ces membres puissent tirer un bénéfice du système éducatif dans lequel ils sont inscrits. Les problèmes de scolarisation des enfants roms peuvent témoigner de ce constat[567]. Si la réglementation étatique ne prend pas en compte leur différence de situation, leur droit à l'instruction ne ferait pas l'objet d'une protection efficace. Ce moyen propre à rétablir l'égalité d'instruction doit toutefois rester un outil ultime. La Cour exclue simplement une condamnation automatique des autorités étatiques qui auraient introduit une telle différence de traitement. L'article 14 de la Convention « *n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus* » car cela reviendrait « *à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus* »[568].

252. Le respect du principe de subsidiarité explique cette prudence. L'octroi d'avantages particuliers aux membres d'une population identifiée est une question sensible pour les Etats. Cette sensibilité ne se retrouve pas nécessairement quand il est question de traiter de manière différente des situations différentes. Il était donc plus simple pour les juges d'obliger les autorités nationales à introduire une différence de traitement pour réglementer les situations

---

566 KELSEN (H.), « Justice et droit naturel », *Annales de philosophie politique, vol. 3, le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1959, pp. 1 – 123, spéc. pp. 50 – 51. La Cour de Strasbourg a fait sienne la vision selon laquelle « *si des individus sont égaux – plus exactement si des individus et les circonstances extérieures sont égaux, ils doivent recevoir un traitement égal, si des individus et les circonstances extérieures sont inégaux, ils doivent recevoir un traitement différent* », *ibid*., pp. 50 – 51.

567 Par exemple voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, req. n°32526/05.

568 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

différentes que de les inciter à dégager des mesures de discrimination positive. L'admission de telles mesures est toujours délicate pour la Cour.

B) L'ADMISSION DELICATE DES MESURES DE DISCRIMINATION POSITIVE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

253. La jurisprudence de la Cour montre une certaine réserve à consacrer des mesures de discrimination positive (1). Outre leur caractère controversé pouvant justifier cette retenue, le respect du principe de subsidiarité commande également à la Cour de respecter la prudence avec laquelle les Etats agissent en ce domaine (2).

1. La réserve de la Cour à l'égard des mesures de discrimination positive

254. Le symbole d'une véritable consécration de ces mesures dans la jurisprudence de la Cour résiderait dans l'édiction d'obligations positives imposant leur mise en place. La situation est néanmoins très différente. En effet, « *la Cour ne semble pas disposée à reconnaître que l'article 14 fasse naître dans le chef des Etats une obligation d'adopter des mesures positives en vue de tendre vers l'égalité réelle* »[569]. Autrement dit, si ces derniers peuvent mettre en place des mécanismes œuvrant en faveur de l'égalité réelle, la Cour ne les obligera en aucune manière à agir en ce sens. En effet, « *la jurisprudence de Strasbourg ne semble pas accepter* […] *que de l'article 14 de la Convention* […] *puisse ressortir une sorte d'*obligation *pour les Etats membres d'adopter des mesures positives appropriées pour arriver à une égalité matérielle au sein de la société* »[570]. La Cour ne fait que valider leur réglementation à condition que celle-ci soit conforme au principe de proportionnalité[571]. En ce

---

569 SZYMCZAK (D.), « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », préc., p. 231.

570 PARARAS (P. J.), « La réticence européenne au regard des discriminations positives », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Christos L. ROZAKIS*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 762 p., pp. 453 – 466, spéc. p. 460. Voir aussi, Bui-Xuan (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, préc., p. 234.

571 Voir *infra* §§ 333 et s. Voir par exemple Cour E.D.H., 17 février 2011, *Andrle contre République tchèque*, req. n°6268/08.

sens, « *si une législation nationale prend, de son propre chef, de telles "mesures positives", c'est-à-dire prévoit des "mesures de discriminations positives", la Cour accepte que ces mesures ne soient pas incompatibles avec l'article 14 de la Convention* »[572].

255. La lettre même de la Convention n'impose d'ailleurs pas une telle obligation. Le Préambule du Protocole n°12 affirme certes que « *le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable* ». Mais son rapport explicatif précise que « *le présent protocole n'impose aucune obligation d'adopter de telles mesures* » de discrimination positive[573]. Néanmoins, au moment de la rédaction de ce protocole, il y eut une prise de conscience en faveur de l'émergence de mesures propres à rétablir une égalité de fait. Ce même rapport précise en effet que « *le fait que certains groupes ou catégories de personnes soient défavorisées ou l'existence de certaines inégalités de fait, peut constituer une justification pour l'adoption de mesures octroyant des avantages spécifiques afin de promouvoir l'égalité, sous réserve que le principe de proportionnalité soit respecté* »[574].

256. L'esprit de la Convention a été suivi par la Cour en 2006. Dans l'affaire *Stec et autres contre Royaume-Uni*[575], les requérants estimaient que les modalités – prenant en compte l'âge de départ à la retraite – octroyant des droits à prestations sociales étaient contraires à l'article 14 combiné avec l'article 1er du Protocole additionnel. Pour les requérants, une telle procédure s'apparentait à une discrimination fondée sur le sexe car l'âge légal de la retraite était différent pour les hommes et pour les femmes. Certaines disparités économiques seraient apparues en raison de cette distinction. Les juges n'ont cependant pas constaté de violation de la Convention, admettant la compatibilité « *d'une législation "positive" accordant un traitement préférentiel à telle ou telle catégorie de personnes* »[576] avec elle. Ils ont confirmé que « *l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière*

---

572 PARARAS (P. J.), « La réticence européenne au regard des discriminations positives », préc., p. 460.

573 Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif du Protocole 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, S.T.E. n°177, § 16.

574 *Ibid*.

575 Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 avril 2006, *Stec et autres contre Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et 65900/01, note CAVALLINI (J.), « Egalité entre les hommes et les femmes : la différence entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal de départ à la retraite est en sursis », *J.C.P.S.*, 2006, n°20, pp. 28 – 30, FLAUSS (J.–F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1709 - 1720.

576 SUDRE (F.), « Rapport introductif », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 38.

différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »[577]. Partant, la Cour conclut que la différence de traitement pouvant résulter de cette législation était justifiée de manière objective et raisonnable. Elle admet que « *la différence existant entre les hommes et les femmes au Royaume-Uni quant à l'âge légal du départ à la retraite visait à l'origine à corriger le désavantage dont souffraient les femmes sur le plan économique. Cette différence a continué à être raisonnablement et objectivement justifiée pour ce motif jusqu'à une époque où les changements intervenus aux plans social et économique avaient fait disparaître la nécessité d'un traitement spécial des femmes* »[578].

257. Suivant ce raisonnement, la Cour semble prendre des précautions de langage pour veiller à ne pas consacrer une conventionnalité automatique des mesures de discriminations positives mais aussi, et surtout, pour ne pas obliger les Etats à mettre en œuvre de telles mesures. Une telle obligation, qui s'apparenterait à une consécration par la Cour des mesures de discrimination positive, se heurterait en effet à des obstacles majeurs. Ces derniers expliqueraient la réticence de la Cour européenne des droits de l'Homme à consacrer de manière générale la notion de discrimination positive puisqu'elle doit s'assurer que la solution rendue est applicable par les Etats. Il est une chose de voir les autorités nationales réservées pour exécuter une décision de la Cour alors même qu'aucun obstacle juridique réel n'existe mais il en est une autre de voir un tel refus être justifié par l'opposition réelle entre la solution rendue et un de leur principes constitutionnels. Ce constat est remarquable dans la mesure où des « *solutions des juridictions constitutionnelles dans les pays membres de la Convention* [étaient] *plutôt orientées dans le sens d'un encadrement strict des discriminations positives,*

---

577 Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 avril 2006, *Stec et autres contre Royaume-Uni*, préc., § 51. Cette position sera renouvelée par la suite (en ce sens voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 175 ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 68 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 février 2009, *Andrejeva contre Lettonie*, req. n°55707/00, § 82 ; Cour E.D.H., 8 décembre 2009, *Munoz Diaz contre Espagne*, req. n°49151/07, § 48 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci contre Bosnie-Herzégovine*, req. n°27996/06, 34836/06, § 44 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus contre Croatie*, préc., § 149 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 7 juillet 2011, *Stummer contre Autriche*, req. n°37452/02, § 88 ; Cour E.D.H., 3 avril 2012, *Manzanas Martin contre Espagne*, req. n°17966/10, § 40 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 juin 2012, *Kuric et autres contre Slovénie*, req. n°26828/06, § 388).

578 Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 avril 2006, *Stec et autres contre Royaume-Uni*, préc., § 66.

voire même de leur prohibition »[579]. Celles-ci risquant de mener « *finalement, au "communautarisme",*[…] *les positions critiques des Etats qui n'acceptent pas la désintégration de la société à des sous-ensembles* »[580] peuvent se justifier.

258. En conséquence, le respect du principe de subsidiarité interdit aux juges d'imposer aux autorités étatiques l'obligation positive de prendre des mesures qu'elles se refusent elles-mêmes à édicter en raison de leur contrariété aux principes constitutionnels, et en particulier à leurs conception du principe d'égalité. Cette opposition à l'égard des mesures de discrimination positive apparaît alors comme un standard commun que la Cour doit nécessairement prendre en compte dans sa jurisprudence. Si elle avait imposé aux autorités étatiques l'obligation de prendre de telles mesures pour rétablir une égalité de fait, elle se serait certainement heurtée à une vive contestation. D'ailleurs ont pu être qualifiées de « *raisonnables les réticences sérieuses exprimées dans l'espace européen et concernant l'acceptation de la discrimination positive* »[581]. C'est la raison pour laquelle la Cour ne fait que promouvoir ces mesures de discriminations positives comme étant l'un des moyens pertinents pour corriger une inégalité. « *L'autorisation de la discrimination positive n'est* […] *que le reflet de la* liberté *pour l'Etat de recourir ou non à ce mécanisme* »[582], confirmant qu'une telle solution est commandée par le principe de subsidiarité.

2. Une admission délicate justifiée par le principe de subsidiarité

259. L'intérêt porté par la Cour européenne des droits de l'Homme aux mesures de discrimination positive est restée limité, à tel point que « *l'attention prêtée à* [leur] *compatibilité* […] *avec l'article 14 de la CEDH est demeurée* […] *en tout état de cause plutôt discrète* »[583]. Cette discrétion se justifie aisément en raison du faible nombre de

---

579 FLAUSS (J.-F.), « Discrimination positive et Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Pouvoirs et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, spéc. pp. 415 – 437, spéc. p. 422.

580 PARARAS (P. J.), « La réticence européenne au regard des discriminations positives », préc., p. 462.

581 *Ibid.*, p. 466.

582 DUBOUT (E.), « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'Homme. En marge de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* du 7 février 2006 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 851 - 883, spéc. p. 881.

583 FLAUSS (J.-F.), « Discrimination positive et Convention européenne des Droits de l'Homme », préc., p. 422.

réglementations étatiques mettant en place des mesures de discrimination positive. Par un effet de vases communicants, ce faible nombre induit un contentieux limité devant les juridictions internes car « *dans les domaines couverts par le droit de la CEDH, les législations nationales* [étaient] *loin d'avoir largement consacré des mesures d'action positive* »[584]. Les requêtes déposées devant la Cour sont automatiquement plus rares.

260. Quelques illustrations peuvent néanmoins être mentionnées dans la mesure où elles concernent des matières dans lesquelles la Cour pourrait avoir l'occasion de se prononcer. Tel est le cas des réglementations électorales qui ont intégré le principe d'une parité entre hommes et femmes sur les listes électives. Par exemple, le législateur belge a consacré l'existence d'un quota réservé pour des candidats du sexe féminin. De la même manière en Espagne, la loi organique dite « *loi sur l'égalité des sexes* » du 22 mai 2007 a introduit un quota minimal en faveur de la présence des femmes en position élective sur les listes électorales[585]. En France, la loi du 6 juin 2000 *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*[586] a notamment modifié l'article 264 du Code électoral qui dispose, entre autres, que « *sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un* » ajoutant aussi qu'« *au sein de chaque groupe entier de six candidats dans l'ordre de présentation de la liste doit figurer un nombre égal de candidats de chaque sexe* ». Ce volontarisme propre à rétablir l'égalité entre les hommes et les femmes ne semble pas atteindre la substance de l'article 3 du Protocole additionnel, condition indispensable pour que la réglementation nationale ne soit pas censurée par la Cour.

261. Cette disposition englobe, dans son versant droit individuel, un aspect actif – le droit de vote – et un aspect passif qui est le droit d'être candidat. L'introduction d'un objectif de parité pourrait entrer en contradiction avec ce dernier aspect. L'obligation d'inscrire autant de femmes que d'hommes restreindrait le droit – aussi bien des premières que des seconds – à se présenter à des élections Il est toutefois possible de croire qu'une telle législation, si elle était attaquée devant la Cour européenne des droits de l'Homme, ne ferait pas l'objet d'une censure

---

584 *Ibid.*, p. 422.

585 Loi organique, 22 mai 2007, *ley organica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, B.O.E. n°71 du 23 mars 2007.

586 Loi n°2000-493 du 6 juin 2000 *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, J.O.R.F., 7 juin 2000, p. 8560.

et ce, malgré le contrôle attentif exercé par la Cour. Dans l'arrêt *Zdanoka contre Lettonie*[587], les juges ont en effet établi une différence de degré dans le contrôle des restrictions selon qu'elles concernent le droit de vote ou le droit d'être candidat. Ils affirmaient ainsi que « *quant au droit de se présenter aux élections,* […] *la Cour se montre encore plus prudente dans son appréciation des restrictions dans ce contexte que lorsqu'elle est appelée à examiner des restrictions au droit de vote* »[588]. La volonté de rétablir une égalité réelle peut apparaître comme un but légitime justifiant la restriction mais celle-ci ne doit pas annihiler le droit d'être candidat[589].

262. Le recours à des mesures introduisant une différence de traitement pour un groupe ou une catégorie de personnes identifiées reste risqué, notamment en raison des justifications qui ont motivé leur mise en place. C'est la raison pour laquelle les Etats Parties ne sont pas enthousiastes à l'idée de les consacrer en droit interne en ce qu'ils devront nécessairement créer des catégories au sein d'une même population. En conséquence, sur un sujet aussi sensible, leur marge d'appréciation ne peut être réduite. La Cour n'a alors pas la liberté de les identifier comme étant une obligation positive indispensable à l'interprétation de la Convention. La logique inverse semble aussi s'imposer. Les juges pourraient difficilement condamner un Etat en raison de sa législation positive, à moins que la substance même du droit ait été atteinte. La Cour européenne des droits de l'Homme ne consacre par la notion de discrimination positive. Elle ne se limite qu'à accepter les mesures étatiques prévoyant un traitement préférentiel pour garantir un droit universel à l'instruction[590]. Le véritable visa de conventionnalité manquant à ces mesures pourrait toutefois être accordé à celles qui promeuvent la notion plus consensuelle d'égalité des chances.

---

587 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2006, *Zdanoka contre Lettonie*, préc., note JACQUEMOT (F.), « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka* », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 195 – 222.

588 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2006, *Zdanoka contre Lettonie*, préc., § 115.

589 Sur la violation de l'article 3 du Protocole additionnel combinée avec l'article 14 de la Convention voir notamment Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci contre Bosnie-Herzégovine*, préc., note WECKEL (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2010, pp. 183 - 217, spéc. pp. 204 - 212.

590 En ce sens, voir SZYMCZAK (D.), « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », préc., p. 232.

§ 2. *La promotion envisageable de l'égalité des chances*

263. Considérée comme l'un des « *principes moteurs de la mise en œuvre du droit à l'instruction* »[591] ou encore comme la « *justification des politiques éducatives auxquelles elle sert d'idéal* »[592], l'égalité des chances ne fait pas l'objet des mêmes craintes que la discrimination positive[593]. Si cette dernière accorde à un individu un avantage en raison de son appartenance à une catégorie identifiée de la population, « *l'enjeu de la notion d'égalité des chances n'est pas de permettre l'attribution de droits ou de biens déterminés, il est d'assurer un moyen d'obtention de droits* »[594]. Les réticences affichées à l'égard des mesures de discrimination positive sont justifiées en ce qu'elles ont « *pour revers, d'une part la consolidation des modulations de l'inégalité par la classification de groupes sociaux défavorisés,* [et] *d'autre part, la construction des systèmes d'assistance et de secours qui ne permettent pas d'inverser le schéma de l'infériorisation constatée* »[595]. Au contraire, la notion d'égalité des chances évite cet écueil.

---

591 KOUBI (G.), « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, préc., spéc. pp. 69 – 89, spéc. p. 83. Dans le même sens voir : POIRMEUR (Y.), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, préc., spéc. pp. 91 - 114 : « *Dans une société qui célèbre désormais* […] *les mérites, les talents et l'intelligence comme conditions de la félicité publique et de la réussite individuelle, c'est très logiquement sur le terrain de l'instruction que va se placer la question de l'égalité des chances* », p. 91.

592 POIRMEUR (Y.), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, préc., p. 91. Dans le même sens, l'article 28§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dispose que « *les Etats Parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation* » et assurent « *l'exercice de ce droit* […] *sur la base de l'égalité des chances* ».

593 Le parallèle avec la notion de discrimination positive est possible dans la mesure où « *la notion de l'égalité des chances rejoint certaines données techniques de la discrimination positive mais elle ne prétend pas détenir une dimension active correctrice des inégalités. L'égalité des chances n'est pas une méthode de traitement des inégalités, elle n'est pas incluse dans une démarche de neutralisation des inégalités, elle n'offre pas un procédé de suppression des inégalités* » (KOUBI (G.), « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », préc., p. 80). Par contre, il a pu être relevé que « *la difficulté pour le législateur de favoriser l'égalité des chances est que cela nécessite d'abord l'identification de catégories à aider particulièrement* » (JORION (B.), « Egalité et non-discrimination en droit public français », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, préc., spéc. pp. 141 - 155, spéc. p. 152).

594 KOUBI (G.), « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », préc., p. 79. Autrement dit, avec la prise en compte du principe d'égalité des chances, « *chacun peut et doit tenter d'acquérir, essayer d'obtenir, chercher à parvenir, s'évertuer à atteindre, s'efforcer de "mériter", tâcher de "gagner" l'application du droit, l'attribution d'un droit* », *ibid*., 86. Tout l'enjeu est d'améliorer « *la position des défavorisés sur la ligne de départ* » (POIRMEUR (Y.), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », préc., p. 91).

595 KOUBI (G.), « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », préc., p. 78.

264. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pourtant pas encore utilisé formellement cette notion pour interpréter l'article 2 du Protocole additionnel. L'étude de sa jurisprudence peut cependant conduire à envisager sa consécration matérielle. Sans recourir *expressis verbis* à cette notion, elle semble faire la promotion de l'égalité des chances à l'école. Sa mise en place serait justifiée dans la mesure où l'égalité des chances « *constitue un principe essentiel à la bonne réalisation du droit à* [l'instruction] » et permet de « *tenir compte des différences réelles et de restaurer* […] *une égalité pleine et effective* [qui] *doit avant tout reposer sur une prise en considération* […] *des problèmes scolaires ou sociaux rencontrés par les enfants* »[596]. Dès lors, aussi bien des problèmes financiers (A) que scolaires (B) pourraient justifier la promotion de l'égalité des chances dans l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel.

A) LA PROMOTION DE L'EGALITE DES CHANCES A L'ECOLE EN RAISON DE PROBLEMES FINANCIERS

265. L'octroi d'une aide financière aux plus désavantagés permettrait la réduction de l'inégalité d'instruction engendrée par des différences de fortune. Les juges n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette opportunité pour protéger le droit à l'instruction. Elle a cependant déjà été développée avec succès pour garantir à tous le droit d'accès à un tribunal. La jurisprudence relative à l'accès au service public de la justice pourrait alors servir de source d'inspiration (1) en faveur de la promotion de l'égalité des chances dans l'accès aux établissements d'enseignement (2).

---

596 COLLOT (P.-A.), *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des Etats tchèque, slovène et hongrois*, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, Coll. Thèses, 2006, 445 p., spéc. p. 352.

1. *La jurisprudence relative à l'accès au service public de la justice : source d'inspiration en faveur de la promotion de l'égalité des chances*

266. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, il est essentiel que le justiciable « *jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits* »[597]. Sa jurisprudence contribue à rendre cette situation effective car il est inconcevable que l'exclusion du bénéfice des droits contenus à l'article 6 puisse « *se faire parce que le justiciable n'a pas les moyens pécuniaires d'accéder concrètement au tribunal et à son jugement* »[598]. Afin d'effacer cet obstacle, la Cour a voulu savoir s'il suffisait « *que le droit d'accès à un tribunal soit formellement prévu dans la législation d'un Etat cocontractant ou* [s'il fallait]*, en outre, qu'il puisse être effectivement mis en œuvre, ce qui suppose que son exercice ne rencontre pas d'obstacles démesurés*»[599]. Dans l'affaire *Airey contre Irlande*[600], la requérante a bien eu accès au juge mais la Cour a considéré que cette « *comparution, sans l'assistance d'un Conseil* [qu'elle ne pouvait pas se payer]*,* [ne lui] *offrait pas* […] *un droit effectif d'accès* »[601].

267. Afin que les autorités étatiques se conforment aux obligations posées par l'article 6 de la Convention, il ne suffit pas que les requérants aient la possibilité de pénétrer dans un tribunal, encore faut-il qu'ils aient accès au droit[602] et puissent effectivement défendre leur cause. Pour cela, les considérations financières ne peuvent être occultées. C'est pour cette raison que « *la procédure concernant l'octroi de l'aide juridictionnelle peut être déterminante en matière de*

---

597 Cour E.D.H., 4 décembre 1995, *Bellet contre France*, req. n°23805/94, § 36 reprenant la formule utilisée dans l'arrêt du 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle contre France*, selon laquelle le requérant « *devait jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte administratif qui constituait une ingérence directe dans son droit de propriété* », Cour E.D.H., 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle contre France*, req. n°12964/87, § 34, note TAVERNIER (P.), « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle (de) contre France* », *J.D.I.*, 1993, pp. 759 – 761 ; BENOIT ROHMER (F.), « Les modalités d'accès au Conseil d'Etat pour contester la légalité d'un décret de classement d'un site pittoresque sont-elles conformes aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *Recueil Dalloz*, 1993, pp. 561 – 566 ; FLAUSS (J.–F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 1993, pp. 105 – 121.

598 FRISON-ROCHE (M.- A.), « Principes et intendances dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *J.C.P.G.*, 1997, pp. 407 – 410, spéc. p. 408.

599 MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 674 p., spéc. p. 243.

600 Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, préc.

601 MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 244.

602 Dans ce sens voir *ibid.,* p. 266.

droit d'accès à un tribunal »[603]. La formule retenue montre néanmoins que l'octroi d'une aide financière n'est pas décisif pour respecter l'article 6 de la Convention. Ce droit à une aide juridictionnelle serait « *un moyen de combattre les inégalités matérielles entre les justiciables* [et assurerait] *une égalité juridique en permettant à chaque justiciable d'être assuré du concours d'un défenseur* »[604].

268. Il ne s'agit cependant que d'un moyen complémentaire pour assurer une garantie concrète et effective du droit à un procès équitable. Le refus d'octroyer une telle aide n'entraînera pas une violation automatique de la Convention. Dérogeant au principe d'égalité formelle, cette mesure pourra être refusée si la situation particulière du justiciable ne l'impose pas. Les conditions d'applications relèvent en cela de la réglementation de chaque Etat car un tel système « *ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier* »[605]. En effet, le coût financier d'une telle mesure pourrait être difficile à supporter pour un Etat si elle devait être accordée à tous les justiciables.

269. Le processus de sélection de ces affaires par les Etats semble guidé par la volonté de rétablir l'égalité des chances. L'idée est sous-jacente bien que la Cour ne la mentionne pas expressément dans son interprétation de l'article 6[606]. Dans l'affaire *Bertuzzi contre France*[607], la Cour a jugé contraire à la Convention la situation d'un requérant qui s'est retrouvé à défendre seul sa cause devant les tribunaux. Pour elle, « *la possibilité de défendre sa cause seul, dans une procédure l'opposant à un professionnel du droit, n'offrait pas au requérant un droit d'accès à un tribunal dans des conditions lui permettant, de manière effective, de bénéficier de l'égalité des armes inhérente à la notion de procès équitable* »[608].

---

603 Cour E.D.H., 12 juin 2003, *Gutfreund contre France*, req. n°45681/99, § 44. Une formule similaire a été utilisée par la Cour dans l'arrêt *Blandeau contre France* : « *L'article 6§1 s'applique* […] *à une procédure portant sur l'aide juridictionnelle lorsque cette procédure peut être considérée comme déterminante pour le droit d'accès à un tribunal* », Cour E.D.H., 10 juillet 2008, *Blandeau contre France*, req. n°9090/06, § 22.

604 MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 265.

605 Cour E.D.H., 19 septembre 2000, *Gnahoré contre France*, req. n°40031/98, § 41, note ROLIN (F.), « L'aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 725 – 729.

606 La référence à l'égalité des chances est présente dans l'opinion dissidente commune des juges BERNHARDT et PEKKANEN sous l'arrêt Cour E.D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer contre Pays-Bas*, req. n°14448/88.

607 Cour E.D.H., 13 février 2003, *Bertuzzi contre France*, req. n°36378/97.

608 *Ibid.*, § 31.

270. Cette promotion de l'égalité des chances devant un tribunal était également défendue dans l'arrêt *Steel et Morris contre Royaume-Uni* dans lequel la Cour a jugé que « *l'Etat n'a pas pour obligation de chercher à garantir, au moyen de fonds publics, une égalité des armes totale entre la personne assistée et son adversaire, du moment que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[609]. Bien qu'elle n'ait pas dégagé une obligation positive de fournir une aide juridictionnelle, la Cour insiste sur le fait que les parties à un litige ne soient pas placées dans une situation de net déséquilibre. Dans cette dernière hypothèse, l'Etat doit y remédier sous peine d'être sanctionné pour violation de la Convention. Dans cette dernière affaire, le Royaume-Uni avait d'ailleurs fait l'objet d'une condamnation au motif que « *le fait que les requérants n'aient pas bénéficié d'une aide judiciaire les a privés de la possibilité de défendre effectivement leur cause devant la justice et a entraîné une inégalité des armes inacceptables* »[610] avec leur adversaire. Le refus de verser une telle aide a même été considéré par la Cour comme une atteinte à la substance du droit d'accès à un Tribunal[611]. L'accès au tribunal est important mais que les parties soient placées sur un pied d'égalité l'est tout autant. Si elles ne le sont pas naturellement, le déséquilibre doit être corrigé, surtout s'il est disproportionné. L'accès au droit à l'instruction pourrait en conséquence bénéficier d'un raisonnement similaire.

2. *Une promotion envisageable en faveur de l'accès aux établissements d'enseignement*

271. L'obligation positive d'égal accès des élèves et des étudiants aux établissements d'enseignement contraint les autorités étatiques à leur ouvrir les portes des structures existantes. De la même manière que pour l'accès à un tribunal, cet accès doit être utile et

---

609 Cour E.D.H., 15 février 2005, *Steel et Morris contre Royaume-Uni*, req. n°68416/01, § 62, note SUDRE (F.), « Droit de la Convention européene des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2005, pp. 1451 – 1456, FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 1886 – 1896.

610 Cour E.D.H., 15 février 2005, *Steel et Morris contre Royaume-Uni*, préc., § 72. Dans ce sens, voir MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc. : « *Dans un procès où l'adversaire est représenté par un avocat, l'autre partie se retrouve dans une situation défavorable si elle ne bénéficie pas pour sa défense des conseils d'un spécialiste* », p. 266.

611 En ce sens, voir Cour E.D.H., 30 juillet 1998, *Aerts contre Belgique*, req. n°25357/94, § 60, note, FRICERO (N.), « Le bureau d'aide juridictionnelle n'a pas à apprécier les chances de succès du pourvoi envisagé », *Recueil Dalloz*, 1999, pp. 270 – 271.

efficace. Autrement dit, ils doivent se retrouver dans des conditions optimales pour tirer profit de leur instruction. Celle-ci a un coût financier quand bien même l'accès aux établissements serait gratuit. La gratuité ne couvre pas l'achat de fournitures scolaires indispensables à une scolarité normale. Dès lors, l'effectivité du droit à l'instruction pourrait imposer aux Etats d'octroyer une aide financière en faveur des élèves et des étudiants les plus désavantagés. Toutefois, au même titre que le principe de gratuité[612], il semble difficile de les obliger à supporter cette charge et d'interpréter l'article 2 du Protocole additionnel en ce sens. Le respect du principe de subsidiarité et l'étude de la pratique dans les Etats Parties inviterait pourtant à une telle solution.

272. Certains Etats prévoient en effet un dispositif accordant une aide financière pour bénéficier au mieux de l'instruction suivie. En Espagne, des bourses d'études sont accordées aux élèves appartenant aux catégories qui ne dépassent pas un certain plafond de revenus[613]. De la même manière, en France, l'article L.111-1 alinéa 5 du Code de l'éducation dispose clairement que pour garantir le droit à l'instruction « *dans le respect de l'égalité des chances, des aides sont attribuées aux élèves et aux étudiants selon leurs ressources et leurs mérites* ». Le rapport de la France à l'occasion de la Conférence permanente des Ministres de l'Education des 4 et 5 juin 2010 soulignait même que « *le ministère de l'enseignement supérieur* [avait souhaité] *élargir et revaloriser les bourses étudiantes afin de renforcer l'égalité des chances* »[614].

273. D'autres Etats prévoient directement dans leur Constitution la possibilité d'octroyer une telle aide. Il en va ainsi de l'Italie qui – à l'article 34 de sa constitution de 1947 – prévoit que « *les élèves doués et méritants, même s'ils sont dépourvus de moyens financiers, ont le droit d'atteindre les degrés les plus élevés des écoles* » ajoutant que « *la République rend ce droit effectif par des bourses d'études, des allocations aux familles et par d'autres moyens devant être attribués par concours* ». Il en va de même en Grèce où l'article 16 de la Constitution de

---

612 Voir *supra* §§ 211 – 224.

613 Ministerio de Educacion, cultura y deporte, 9 août 2012, *Resolucion de 2 de agosto de 2012, de la Secretaria de Estado de Educacion, Formacion Profesional y Universidades, por la que se convocan ayudas para alumnado con necesidad especifica de apoyo educativo para el curso académico 2012 – 2013*, B.O.E., 2012, p.°57099.

614 Conseil de l'Europe, *Conférence permanente du Conseil de l'Europe des Ministres de l'Education, L'éducation pour une société démocratique durable : le rôle des enseignants. Rapport d'activités de la France sur la mise en œuvre des engagements pris lors de la 22ème session de la Conférence permanente des ministres de l'Education du Conseil de l'Europe*, Ljubljana, 4 et 5 juin 2010, p. 7. La ministre française en 2009 avait annoncé une revalorisation des bourses dès la rentrée 2009 (http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid48759/rentree-2009-revalorisation-des-bourses-etudiantes-de-1-5-a-3.html).

1975 dispose que « *l'Etat soutient les élèves et étudiants qui se distinguent, ainsi que ceux qui ont besoin d'assistance ou de protection particulière, en fonction de leurs capacités* ».

274. La réglementation de ces Etats Parties montre bien que l'octroi d'une aide financière n'est en aucun cas automatique. Elle fixe des critères, tenant généralement à l'existence d'une situation financière difficile. L'attribution d'une bourse d'étude est donc conditionnée. La Cour européenne des droits de l'Homme pourrait s'en inspirer pour imposer, dans l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel, que le droit à l'instruction implique un effort financier des autorités nationales en faveur des plus démunis. Le raisonnement développé à propos du principe de gratuité[615] pourrait à nouveau s'appliquer à cette question. Cette obligation de financement ne serait pas absolue et les Etats pourraient y déroger sous réserve d'une justification objective et raisonnable. Cela permettrait ainsi aux élèves ou étudiants relevant de la juridiction d'un Etat Partie disposant *a priori* des ressources financières suffisantes pour assumer le coût d'une telle mesure d'exiger la mise en place de cette aide. Une telle initiative jurisprudentielle participerait alors à la promotion de l'égalité des chances. Il s'agirait simplement de donner à tous les moyens matériels pour que chacun parvienne à exploiter au mieux ses capacités car « *l'intervention publique justifiée par le principe d'égalité des chances* […] *vise seulement à conférer la "possibilité aux individus moyennant un travail effectif, de satisfaire leur besoin* […]*"* » et donc d'ouvrir « *plus largement la possibilité de faire des études* […] *aux enfants socialement défavorisés* »[616].

275. Une telle initiative de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme en faveur de la protection des droits fondamentaux confirmerait sa jurisprudence favorable aux plus démunis. Par exemple, dans la décision d'irrecevabilité *Cofinfo contre France* du 12 octobre 2010, la Cour a rejeté la requête de la Société qui estimait que l'absence d'aide de la force publique pour déloger seize familles d'un immeuble dont elle avait acquis la propriété était contraire au droit au respect de ses biens conformément à l'article 1er du Protocole additionnel. Pour conclure en ce sens, la Cour a pris en compte la situation de l'espèce dans son ensemble et ne s'est pas simplement focalisée sur la situation de la requérante. Les autorités étatiques ont justifié leur refus de faire intervenir les forces de l'ordre par un motif d'ordre public : expulser soixante-douze personnes sans solution de relogements. Les juges ont alors estimé que si « *la requérante a indéniablement subi une atteinte à ses intérêts,* [ils

---

615 Voir *supra* §§ 218 – 224.

616 POIRMEUR (Y.), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », préc., p. 103.

n'estimaient] *pas devoir qualifier celle-ci de disproportionnée au regard des considérations sérieuses d'ordre public et social ayant motivé le refus qui lui a été opposé* […] *par l'administration* »[617]. Cette position favorable aux populations démunies pourrait être retenue pour interpréter l'article 2 du Protocole additionnel. Au-delà de la question financière, l'accompagnement d'élèves en situation scolaire difficile répondrait également à cet objectif de promotion de l'égalité des chances et de protection du droit à l'instruction.

B) LA PROMOTION DE L'EGALITE DES CHANCES A L'ECOLE EN RAISON DE PROBLEMES SCOLAIRES

276. L'accès aux établissements d'enseignement peut s'avérer délicat pour des élèves ou des étudiants ne maîtrisant pas, par exemple, la langue de la formation dispensée. Cette circonstance empêche une jouissance effective de leur droit à l'instruction. Dans leur intérêt, il serait envisageable de les traiter différemment, à travers des enseignements spécifiques, pour leur donner les moyens de bénéficier ensuite du même service que les autres[618]. Pour parvenir à cet objectif, un enseignement spécifique peut leur être utile pour leur permettre, ensuite, de suivre une instruction commune à tous les élèves.

277. La garantie du droit à l'instruction des enfants d'origine rom constitue une illustration intéressante de cette situation. Leur problème de scolarisation fait l'objet d'une attention particulière, à bon ou mauvais escient[619], de la part des Etats Parties. Les mesures prises à leur égard pour rétablir une égalité de fait – leur placement dans des classes séparées – ont fait l'objet d'un contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme. En les déclarant contraires à l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel, les juges ont semblé s'opposer à la promotion de l'égalité des chances en raison de problèmes scolaires (1).

---

617 Cour E.D.H. (recevabilité), 12 octobre 2010, *Cofinfo contre France*, req. n°23516/08, note RAYNAUD (J.), « Expulsion et C.E.D.H. : la précarité des occupants illégaux opposée au concours de la force publique », *A.J.D.I.*, 2011, pp. 153 – 156.

618 En ce sens voir DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1995, 515 p. : « *le droit d'être traité comme un égal, qui est le droit* […] *d'être traité avec le même respect et la même attention que qui que ce soit d'autre* », spéc. p. 332.

619 Les condamnations systématiques des Etats qui ont mis en place un programme spécifique pour la scolarisation des enfants roms peuvent en témoigner (voir par exemple : Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc.).

Au-delà de la jurisprudence retenue, le raisonnement mené montre toutefois que la Cour semble favorable à l'égalité des chances (2).

1. Une jurisprudence en apparence contraire à la promotion de l'égalité des chances

278. Plusieurs affaires ont permis à la Cour de se prononcer sur le placement d'enfants aux besoins scolaires particuliers dans des classes séparées des autres élèves[620]. Dans l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*[621], les requérants avaient fait l'objet d'un placement dans des écoles destinées aux enfants dont les capacités intellectuelles les empêchaient de suivre un cursus scolaire dans des écoles normales. Ce placement s'effectuait sur la base de tests en accord avec les parents. La réglementation tchèque prévoyait leur intégration dans des écoles normales si les tests d'aptitudes effectués en cours de scolarité s'avéraient satisfaisants. Certains parents d'élèves décidèrent, sans succès, de faire appel de cette décision de placement auprès de l'autorité compétente. Dans le même temps, un recours devant la Cour constitutionnelle tchèque fut introduit, les requérants se plaignant « *d'être soumis à une discrimination* de facto *découlant du fonctionnement général du système d'éducation spéciale* »[622].

279. Dans l'arrêt *Sampanis contre Grèce*[623], les enfants étaient scolarisés dans des classes spécialisées situées dans une annexe du bâtiment principal des écoles primaires d'Aspropyrgos. En 2004, pour résoudre leur problème de scolarisation, il avait été envisagé

---

620 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc. ; Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, req. n°59608/09 ; Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, req. n°11146/11. L'arrêt *Lavida et autres contre Grèce* ne peut pas servir ici de référence dans la mesure où bien que les élèves roms étaient tous scolarisés dans un établissement scolaire, leur situation était différente. Il ne s'agissait pas de classes spécialisées destinées à leur donner un niveau scolaire satisfaisant. Cette école n'avait « *pas été créée comme une école devant accueillir exclusivement des enfants roms et* [elle] *ne comporte pas de classes préparatoires ou de soutien pour des enfants roms souhaitant intégrer l'école publique normale après avoir acquis le niveau scolaire suffisant.* [Cette école] *constitue une école ordinaire offrant un programme similaire à celui des autres écoles primaires publiques et permettant en fin de cycle le passage à l'école secondaire* », § 66 (Cour E.D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, préc.).

621 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc, note DUBOUT (E.), « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), 13 novembre 2007 », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 821 – 857.

622 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 25.

623 Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc.

que les élèves ayant dépassé l'âge de la première scolarisation soient placés dans des classes préparatoires en vue de leur intégration dans des classes ordinaires. Mais les parents d'élèves non roms s'y sont opposés, contraignant les requérants à inscrire leurs enfants dans un bâtiment distinct[624]. L'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*, quant à lui, concernait des enfants roms ne maîtrisant pas la langue d'enseignement. Pour pallier cette difficulté, ils suivaient un enseignement spécifique dont le contenu était réduit pour leur permettre de se remettre à niveau. Leurs parents estimaient que cette situation était discriminatoire et causait aux enfants un préjudice psychologique important[625].

280. Dans l'ensemble de ces affaires, les autorités étatiques argumentaient que ces placements avaient pour but d'assurer aux enfants le bénéfice maximal de l'enseignement reçu. Ces mesures répondraient à une volonté de rétablissement de l'égalité des chances. Le Gouvernement tchèque estimait que la situation des roms était particulière et nécessitait une attention spéciale afin qu'ils puissent suivre une scolarité normale[626]. De la même manière, dans l'arrêt *Sampanis et autres contre Grèce*, le placement d'élèves dans des classes séparées avait uniquement pour but de les préparer à intégrer les classes normales[627]. Une argumentation similaire fut développée en 2010 par les autorités croates pour qui « *l'enseignement primaire aurait pour but de garantir le développement continu de chaque élève sur les plans spirituel, physique, moral, intellectuel et social, selon ses capacités et ses goûts* » et « *il n'est possible de parvenir à ce résultat qu'au sein d'un groupe permanent d'élèves ayant à peu près le même âge et le même niveau de connaissance* »[628].

281. L'unique présence d'enfants roms dans des classes séparées pouvait paraître suspecte, d'autant plus que leur intégration dans les classes normales était rare voire inexistante. Il

---

624 La même difficulté s'est présentée en 2012 dans l'arrêt *Sampani et autres contre Grèce* (Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc.).

625 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., note DUBOUT (E.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 987 – 1011.

626 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, D.H. et autres contre République tchèque, préc. :« *Selon le Gouvernement, la présente affaire soulève des questions complexes relevant du problème social de la position des roms dans la société contemporaine. Si ceux-ci jouissent formellement des mêmes droits que les autres citoyens, leurs opportunités réelles sont en fait limitées par des circonstances à la fois objectives et subjectives. Sans initiative et intérêt de chaque membre de la communauté rom, il ne peut y avoir d'amélioration* », § 146.

627 Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc. : « *Quant à la création des classes préparatoires spéciales, le Gouvernement relève que celles-ci ne poursuivaient aucunement des buts ségrégatifs.* […] *L'objectif des classes était principalement l'apprentissage de la lecture et de l'écriture par les élèves concernés afin de permettre par la suite leur intégration dans des classes ordinaires* », § 62.

628 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 124.

revenait donc à la Cour de savoir « *si le placement* […] *et le maintien de certains d'entre eux, dans des "écoles spéciales"* [étaient] *motivés par des "attitudes racistes"* [et s'ils avaient été] *ou non victimes d'une ségrégation systématique, donc d'une discrimination fondée sur la "race", ou (plutôt) sur l'appartenance à une minorité nationale, contrairement à l'article 14* »[629]. En vérifiant l'existence ou non d'une discrimination, les juges semblaient davantage vouloir condamner la manière dont les enfants avaient été placés, plutôt que la séparation elle-même, celle-ci se réalisant dans le but de combler un besoin scolaire particulier.

282. Ils ont ainsi remarqué que la différence de traitement introduite entre les élèves roms et les autres ne correspondait pas à un rapport raisonnable de proportionnalité. Par exemple, les enfants roms doués d'une intelligence supérieure à la moyenne se trouvaient malgré tout dans des classes spécialisées alors que les résultats obtenus les autorisaient à intégrer les classes traditionnelles. Ces examens ne pouvaient donc pas servir de fondement solide et sérieux pour justifier leur placement. A l'appui de plusieurs arguments, comme celui de la preuve statistique ou du constat d'une situation suspecte[630], ce placement était considéré comme discriminatoire, et ne pouvait être conforme aux exigences de la Convention.

283. A l'issue de ce raisonnement, cette situation était contraire au principe de non-discrimination[631]. La condamnation des autorités étatiques tchèques, grecques et croates semble néanmoins se justifier par la mise en œuvre contestable de mesures visant à promouvoir l'égalité des chances à l'école. Sous couvert de cet argument légitime, elles révélaient finalement l'existence d'une discrimination indirecte. Ces affaires ne semblent toutefois pas condamner la notion d'égalité des chances, tout comme elles ne présument pas de l'inconventionnalité des systèmes la promouvant. La Cour reconnaît que ce mécanisme peut être utile à une meilleure garantie du droit à l'instruction pour les élèves ayant un besoin scolaire à combler. Malgré la solution retenue, son raisonnement semble favorable à l'égalité des chances.

---

629 Opinion concordante du Juge Jean-Paul COSTA sous Cour E.D.H., 7 février 2006, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., point 3. C'est d'ailleurs la principale interrogation de la Grande Chambre dans l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* car elle a cherché à savoir « *si l'application de cette législation en pratique a abouti à un nombre disproportionné d'orientations injustifiées d'enfants roms* […] *vers des écoles spéciales* », Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 185.

630 Voir *infra* §§ 304 – 317.

631 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 209 ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 96 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 184 ; Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 104.

2. *Un raisonnement favorable à l'égalité des chances*

284. Dans l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*, la Grande Chambre a rappelé que « *la principale question* [était], *selon les intéressés, celle de l'égalité des chances en matière d'éducation* »[632]. Dans d'autres affaires, la Cour a également rappelé les rapports de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance qui incitaient les Etats visés à promouvoir l'égalité des chances. Tel était par exemple le cas dans l'affaire *Sampani et autres contre Grèce* du 11 décembre 2012. Au titre des textes internationaux pertinents, les juges ont mentionné le rapport rendu au sujet de l'Etat défendeur, lui recommandant « *de promouvoir l'égalité des chances en matière d'accès à l'éducation des enfants de groupes minoritaires en organisant notamment des cours de grec, des cours de rattrapage, et en assurant l'accès de ces enfants à un enseignement dispensé dans leur langue maternelle* »[633]. Un rapport similaire fut rendu à l'encontre de la Croatie. Il précisait notamment que « *les mesures très récentes et à une échelle réduite ne* [suffisaient] *pas à compenser le retard important en matière d'égalité des chances pour les enfants roms dans l'enseignement* »[634]. Malgré tout, la Cour n'a pas encore consacré expressément cette notion.

285. Cet état actuel de la jurisprudence ne doit cependant pas être considéré comme définitif. D'abord parce qu'un certain nombre de recommandations du Comité des Ministres - susceptibles de servir de fondement à l'argumentation des juges – font référence à l'égalité des chances. Elles semblent même la consacrer comme un principe essentiel à la garantie effective du droit à l'instruction. Par exemple, celle portant *sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe*[635] considère qu'« *il ne pourra être remédié à la position défavorisée des Roms/Tsiganes dans les sociétés européennes que si l'égalité des chances dans le domaine de l'éducation est garantie aux enfants roms/tsiganes* ». Le quatrième paragraphe de cette recommandation suggère même que « *l'enseignement préscolaire devrait être largement développé et rendu accessible aux enfants roms/tsiganes, afin de garantir leur*

---

632 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 143.

633 Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 45, note RUEDIN (X.-B.), « Nouvelles requêtes faisant suite à un premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2014, pp. 195 – 215.

634 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 142.

635 Conseil de l'Europe, 3 février 2000, *Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe*, n°R(2000)4.

accès à l'enseignement scolaire »[636]. Son sixième point précise également que « *des structures de soutien adéquates devraient être mises en place afin de permettre aux enfants roms/tsiganes de bénéficier* […] *de l'égalité des chances à l'école* ».

286. Le Comité des ministres a complété cette première recommandation par celle portant *sur l'éducation des Roms et des Gens du voyage en Europe*[637]. Dans ce texte, il gardait « *à l'esprit qu'il* [fallait] *veiller tout particulièrement à assurer la pleine égalité des droits des Roms et des Gens du voyage, tels qu'énoncés* [dans le protocole additionnel à la Convention], *en particulier dans son article 2* ». Celle-ci s'ajoutait à la recommandation *sur les politiques concernant les Roms et/ou les Gens du voyage en Europe*[638] du 20 février 2008 dans laquelle le Comité des Ministres affirmait que « *des mesures positives devraient être envisagées* […] *pour permettre aux Roms et/ou aux Gens du voyage d'avoir des possibilités égales d'accès à l'éducation* ».

287. Outre ces références, c'est le raisonnement tenu par la Cour qui incite à l'optimisme. La mise en place des politiques de scolarisation en République tchèque, en Croatie, ou en Grèce, n'a pas permis d'atteindre l'objectif d'« *une restauration de l'égalité des chances* [pour] *que les enfants roms obtiennent un traitement approprié à leurs difficultés en milieu scolaire* »[639]. A la lecture des motifs des arrêts rendus mais aussi des opinions développées sous les dits arrêts, seule la manière dont ces mesures ont été mises en œuvre est remise en cause, et non leur finalité.

---

636 Dans le même sens, voir l'article 12§3 de la *Convention cadre pour la protection des minorités nationales* qui dispose que « *les parties s'engagent à promouvoir l'égalité des chances dans l'accès à l'éducation à tous les niveaux pour les personnes appartenant à des minorités nationales* », Conseil de l'Europe, 1er février 1995, *Convention cadre pour la protection des minorités nationales*, S.T.C.E. n°157. De la même manière, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance « *exhorte les autorités bulgares à prendre sans délai des mesures visant à améliorer l'égalité des chances des enfants roms en matière d'éducation* [et recommande de prévoir] *des moyens suffisants pour mettre en œuvre cette politique* », Conseil de l'Europe, 27 juin 2004, *Troisième rapport de l'E.C.R.I. sur la Bulgarie*, C.R.I.(2009)2. L'E.C.R.I. a également fait mention du principe d'égalité des chances à l'égard de la pratique des autorités turques en matière d'éducation. Elle affirme ainsi qu'« *il convient de veiller à ce que les enfants de langue maternelle autres que le turc bénéficient de l'égalité des chances dans l'accès à l'éducation* », Conseil de l'Europe, 15 février 2005, *Troisième rapport de l'E.C.R.I. sur la Turquie*, C.R.I.(2011)5.

637 Conseil de l'Europe, 17 juin 2009, *Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation des Roms et des Gens du voyage en Europe*, CM/REC (2009)4.

638 Conseil de l'Europe, 20 février 2008, *Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur les politiques concernant les Roms et ou les Gens du voyage en Europe*, CM/REC (2008)5.

639 COLLOT (P.-A.), *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des Etats tchèque, slovène et hongrois*, préc., p. 352.

288. Les juges ne semblent pas hostiles à une différence de traitement pour « *les élèves ayant des besoins particuliers* »[640]. En 2006 dans l'arrêt de Chambre *D.H. et autres contre République tchèque*[641], il avait été jugé que « *l'on ne* […] *saurait interdire* [aux autorités étatiques] *de créer des écoles différentes pour des enfants ayant des difficultés ou de mettre en place des programmes de formation spéciaux pour répondre à des besoins spéciaux* »[642]. Certes, à cette époque, la Cour avait conclu à l'absence de violation de la Convention. Cependant, le Juge Irineu CABRAL BARRETO – auteur d'une opinion dissidente – n'avait pas contesté cette affirmation ajoutant même que « *l'Etat devrait prendre en compte les élèves qui, à cause de leurs particularités, demandent un enseignement particulier* ». Il soulignait également que ceux « *qui, pour des raisons diverses, culturelles, linguistiques ou autres, éprouvent des difficultés pour suivre une scolarisation normale,* [devaient] *attendre de l'Etat des mesures positives pour compenser leur handicap et leur donner les atouts pour rattraper un cursus normal* »[643].

289. Cette interprétation trouve confirmation dans l'arrêt *Sampanis et autres contre Grèce*[644]. L'absence de critères objectifs pour placer les enfants d'origine roms dans des classes spécialisées était à l'origine de la violation de la Convention. Ce n'est donc pas le placement de certains élèves aux besoins scolaires particuliers en lui-même qui est condamné. Dans cette affaire, les requérants n'avaient passé aucun test justifiant leur placement dans une classe spécialisée. Il paraissait alors totalement arbitraire et c'est d'ailleurs sur ce point que la Grèce a vu sa responsabilité engagée. Les juges ont en effet montré que « *lorsque les élèves concernés appartiennent à une minorité ethnique,* […] *un tel système est nécessaire, avant tout, pour garantir leur placement éventuel dans des classes spéciales sur la base de critères non discriminatoires* »[645]. Ils avaient poursuivi en précisant que « *l'instauration d'un tel système aurait aussi fait naître chez les requérants et leurs enfants le sentiment que le placement de ceux-ci dans des classes préparatoires n'était pas inspiré par des motifs*

---

640 Cour E.D.H., 7 février 2006, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 47, note DUBOUT (E.), « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'Homme. En marge de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* du 7 février 2006 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 851 – 883.

641 Cour E.D.H., 7 février 2006, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 47.

642 *Ibid.*, § 47.

643 Opinion concordante du Juge Irineu CABRAL BARRETO sous Cour E.D.H., 7 février 2006, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., point 4.

644 Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc.

645 *Ibid.*, § 92.

ségrégatifs »[646]. Ces tests auraient assuré que l'enseignement dispensé leur soit profitable et garantisse un rétablissement de l'égalité des chances.

290. Le placement dans des classes spécialisées peut alors être utile à la jouissance du droit à l'instruction à la condition d'être correctement encadré. Malgré la présence de tests d'aptitude dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, l'analyse des mesures de placement par la Grande chambre l'avait amenée à conclure à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel[647]. La réglementation applicable, quand bien même elle avait pour but la sauvegarde de l'égalité des chances, ne respectait pas les exigences de la Convention. Mais si ce placement est correctement délimité, rien ne semblerait s'opposer à l'institution d'un tel système de rétablissement de l'égalité des chances.

291. L'arrêt de chambre *Orsus et autres contre Croatie* avait ainsi montré l'absence d'opposition automatique à l'égard des mesures de placement des élèves dans des classes séparées. Celui-ci était considéré comme « *une mesure positive destinée à les aider à acquérir les connaissances nécessaires pour leur permettre de suivre le programme scolaire* ». La Cour avait alors considéré « *que le placement initial des requérants dans des classes séparées était fondé sur le manque de connaissance de la langue croate des intéressés* […] *et était justifié aux fins tant de l'article 14 de la Convention que de l'article 2 du Protocole n°1* »[648]. Bien qu'elle soit parvenue à une conclusion contraire à celle retenue par la Chambre, la Grande Chambre a tenu le même raisonnement en jugeant que « *le placement temporaire d'enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante de la langue n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention* » ; ajoutant que « *dans certaines circonstances, pareil placement vise le but légitime d'adapter le système éducatif aux besoins particuliers des enfants* »[649]. Les juges avaient condamné la Croatie une nouvelle fois en raison de la manière avec laquelle de telles mesures avaient été prises.

292. La persistance de cette mesure positive – qui se distingue des obligations positives imposées aux Etats pour assurer le respect de la Convention[650] – a engagé la responsabilité

---

646 *Ibid.*, § 92.
647 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc.
648 Cour E.D.H., 17 juillet 2008, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 68.
649 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 157.
650 SUDRE (F.), « Rapport introductif », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 38.

des autorités croates. Même si elles avaient « *l'obligation de prendre des mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible, notamment par le biais de cours de langues spéciaux afin qu'ils puissent être rapidement intégrés dans des classes mixtes* »[651], il était précisé que ces mesures ne devaient être que temporaires. Or, certains requérants n'avaient pas quitté les classes spécialisées à cause, notamment, de dysfonctionnements dans la dispense de l'instruction spécifique. Cette différence de traitement était contraire à l'article 14 de la Convention combinée à l'article 2 du Protocole additionnel[652]. Une fois la langue maîtrisée, les élèves auraient dû pouvoir intégrer les classes normales. Malgré le but légitime poursuivi – le rétablissement de l'égalité des chances – les conditions dans lesquelles celui-ci s'est concrétisé révélaient un effet pervers.

SECTION 2.
LES EFFETS PERVERS DE LA DIFFERENCE DE TRAITEMENT

293. La différence de traitement introduite pour garantir un droit universel à l'instruction ne doit pas révéler une discrimination. Les discriminations directes, c'est-à-dire celles fondées « *directement et sans justification* […] *sur un critère interdit* » [653], sont bien évidemment prohibées. Elles ne constituent cependant pas un effet pervers car elles reposent directement et volontairement sur un critère illicite. La différence de traitement aura un effet pervers lorsqu'elle créera – dans les faits – une discrimination alors que l'objectif poursuivi était d'assurer un droit universel à l'instruction. Malgré son effet positif sur la protection de ce

---

651 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 165.
652 *Ibid.*, § 185.
653 HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, 2003, 555 p., spéc. p. 267.

droit, elle n'en sera pas pour autant conforme aux exigences de la Convention[654] - l'autonomie acquise par l'article 14 interdisant cette situation[655].

294. Deux sortes d'effets pervers peuvent alors se révéler : d'abord, l'existence d'une discrimination indirecte, c'est-à-dire que la différence de traitement établie sur la base d'un critère neutre aura les mêmes effets qu'une discrimination directe[656] (§1er) ; ensuite, l'existence d'une discrimination à rebours qui crée, sous réserve de rétablir une égalité de fait, un nouveau déséquilibre au détriment de ceux n'étant pas visés par la mesure différentielle (§2nd).

---

654 L'importance reconnue au principe d'égalité par rapport aux autres droits et libertés est ici incontestable. En ce sens voir MERTENS (P.), « Egalité et droits de l'Homme : de l'Homme abstrait à l'Homme "situé" », in DEKKERS (R.), FORIERS (P.), PERELMAN (C.), *L'égalité, Vol. IV*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 266 - 302 : « *Sur la question de savoir à quels droits fondamentaux les individus paraissaient le plus attachés* […] *une majorité se dessinait très nettement en faveur du droit à l'égalité : c'est d'égalité qu'on se montre avide, plutôt que de liberté proprement dite* », spéc. p. 300.

655 En ce sens voir LAMBERT (P.), « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ? », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 495 - 505 : « *Ce que l'article 14 de la Convention garantit, c'est non le droit à l'égalité devant la loi, mais, de façon plus limitée, l'absence de discrimination concernant les droits reconnus par la Convention et ses protocoles additionnels* », spéc. p. 497. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales, et Balkandali contre Royaume-Uni*, les juges ont reconnu une autonomie au principe de non-discrimination (Cour E.D.H., Plénière, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, et Balkandali contre Royaume-Uni*, req. n°9214/80, 9473/81, 9474/81, §§ 69 et 83). Ainsi, « *s'appuyant sur* [son] *effet utile*, [la Cour] *a* […] *admis que l'article 14 pouvait être violé même si la disposition substantielle invoquée concomitamment par le requérant ne l'était pas* » (SZYMCZAK (D.), « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », préc., p. 224). C'est la position également retenue par Pierre LAMBERT lorsqu'il affirme que « *rejeter la thèse de l'autonomie de l'article 14 revient à en contester l'utilité* » ; LAMBERT (P.), « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ? », préc., p. 501. Voir aussi Frédéric SUDRE expliquer qu' « *en bref, la clause de non-discrimination énoncée à* […] *l'article 14 de la Convention européenne – peut entrer en jeu en l'absence même de manquement à l'un ou l'autre des droits garantis par l'instrument conventionnel* » ; SUDRE (F.), « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies », in SUDRE (F.) (dir.), *La protection des Droits de l'Homme par le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies*. *Actes du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995*, Montpellier, I.D.E.D.H., 1995, 233 p. spéc. pp. 33 – 60, spéc. p. 37.

656 En ce sens voir SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc. : une discrimination indirecte résulte « *de mesures qui, sur le fondement d'un critère de différenciation en apparence neutre, ont un effet équivalent à une discrimination en ce qu'elles produisent un effet inégalitaire sur un nombre plus élevé, par rapport au reste de la population, de personnes appartenant à un groupe vulnérable* », p. 297. Voir également Rémy HERNU selon qui « *constitue une discrimination indirecte une mesure qui, par l'application de critères neutres du point de vue des critères d'appréciation interdits, envisage des éléments susceptibles in abstracto de concerner tous les individus, mais qui se révèle in concreto être le plus souvent liés à la situation des membres d'un groupe identifiés à partir de tels critères* », HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, préc., p. 269.

§ 1. Le rejet des discriminations indirectes

295. Contrevenant au principe d'égalité formelle, une différence de traitement est, par nature, suspecte. Elle n'est cependant pas automatiquement contraire aux exigences de la Convention. Ce seront ses effets qui engageront la responsabilité de l'Etat devant la Cour. Par exemple, séparer des élèves dans des classes aux programmes distincts en vue de répondre à leurs besoins spécifiques peut être considéré comme suspect mais rien ne peut établir *a priori* que ce placement constitue une discrimination. En ce sens, la discrimination indirecte – dont la définition a été donnée tardivement par la Cour européenne des droits de l'Homme (A) est délicate à constater (B).

A) LA DEFINITION TARDIVE D'UNE DISCRIMINATION INDIRECTE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

296. La définition de la discrimination indirecte n'a été dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme qu'en 2006[657], alors que la Cour suprême des Etats-Unis l'avait introduite dès 1971 à l'occasion de l'affaire *Griggs vs. Duke Power company*[658]. En l'espèce, les juges américains avaient été confrontés aux modalités d'un examen qui, en apparence neutres, avaient eu pour effet d'exclure les travailleurs noirs. L'opinion de la Cour, rédigée sous la plume du juge BURGER, insistait sur le fait que la loi prohibait « *non seulement les discriminations ostensibles mais également les pratiques qui, bien que justes dans la forme,* [s'avéraient] *être discriminatoires* »[659]. Ils avaient alors étendu le champ des différences de traitement prohibées pour y inclure les discriminations indirectes c'est-à-dire celles qui « *sans se référer aux critères prohibés énumérés dans la Loi* […] *sont néanmoins préjudiciables à un nombre disproportionné d'individus appartenant à l'un des groupes ayant subi une*

---

657 Cour E.D.H., 20 juin 2006, *Zarb Adami contre Malte*, req. n°17209/02, note FLAUSS (J. – F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, pp. 1709 – 1720.

658 Cour suprême des Etats-Unis, 8 mars 1971, *Griggs vs Duke Power Company*, 401 U.S. 424.

659 *Ibid.*, « *The Act proscribes not only over discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation* », traduit par nous.

discrimination officielle et intentionnelle dans le passé »[660]. Autrement dit, les discriminations indirectes, « *bien qu'elles ne fassent intervenir aucun des critères dont la prise en compte est explicitement prohibée par le droit antidiscriminatoire,* […] *se révèlent avoir un* impact négatif disproportionné *sur les membres de ces groupes à raison de ces mêmes critères* »[661]. Cette différence de traitement produit finalement les mêmes effets qu'une discrimination directe car « *elle a une proximité génétique forte avec* [cette dernière] »[662].

297. La Cour de Justice des Communautés européennes a adopté le même raisonnement en 1974 dans l'affaire *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundepost*[663]. Elle a reconnu à cette occasion – pour la première fois – que « *les règles d'égalité de traitement* [prohibaient] *non seulement les discriminations ostensibles* […] *mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »[664]. Cette situation confirme qu'une discrimination indirecte est « *une mesure qui, par l'application de critères neutres du point de vue des critères d'appréciation interdits, envisage des éléments susceptibles* in abstracto *de concerner tous les individus, mais qui se révèlent* in concreto *être le plus souvent liés à la situation des membres d'un groupe identifié à partir de tels critères* »[665].

---

660 MORNING (A.), SABBAGH (D.), « De l'épée au bouclier : des usages discriminatoires et antidiscriminatoires de la race aux Etats-Unis », *Revue internationale de sciences sociales*, 2005, n°183 pp. 63 - 81, spéc. p. 70.

661 SABBAGH (D.), « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie », *Sociétés contemporaines*, 2010, n°79, pp. 41 – 67, spéc. p. 43.

662 MARTIN (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, Coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, 669 p., spéc. p. 598.

663 C.J.C.E., 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundepost*, Aff. 152-73, rec. p. 153, §§ 10 - 11 (à propos de l'interprétation du règlement concernant la différence de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs d'un autre Etat membre de la Communauté européenne).

664 *Ibid*., § 11.

665 HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, préc., p. 269. En ce sens, voir LENAERTS (K.), ARTS (D.), « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit. Quatrième journée René SAVATIER des 25 et 26 mars 1993*, Paris, P.U.F., Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, 232 p., spéc. pp. 101 – 135, spéc. p. 107. Ils affirment qu'« *il y a discrimination indirecte lorsque, bien que n'appliquant pas un critère de distinction prohibé, une réglementation applique des critères de distinction dont les effets sont analogues à ceux auxquels aboutirait l'application d'un critère de distinction prohibé, ou encore lorsqu'une réglementation établit une distinction purement formelle de cas différent, mais leur applique, en réalité, un traitement identique* ». De la même manière, Denis MARTIN identifie une discrimination indirecte « *lorsque la différence de traitement n'est pas fondé sur un* […] *motif expressément prohibé distinction, mais repose sur un motif d'apparence neutre* […] *mais qui, en réalité, a les mêmes effets qu'une distinction fondée directement sur un motif expressément prohibé* », MARTIN (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, préc., p. 284.

298. C'est en se fondant sur ces deux exemples[666] que la Cour a dégagé une définition de la discrimination indirecte pour interdire toute mesure étatique qui, dans ses effets, serait contraire au principe de non-discrimination. Celle-ci fut introduite en 2006 dans l'arrêt *Zarb Adami contre Malte*[667] et confirmée par la Grande Chambre en 2007 dans l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*[668]. Cette consécration tardive peut s'expliquer par deux facteurs. D'abord, « *le concept de discrimination indirecte ne* [paraissait] *pas* […] *jouer un rôle décisif* »[669] jusqu'à une époque récente car la jurisprudence n'avait pas eu l'occasion de connaître d'une telle situation. Ensuite, jusqu'en 1999 et l'arrêt *Chassagnou et autres contre France*[670], la Cour ne pratiquait pas un examen automatique de l'article 14 de la Convention. Lorsqu'elle constatait « *une violation séparée d'un droit garanti par la Convention,* [elle estimait] *inutile de se prononcer également sur le grief de discrimination* »[671]. Dès lors, les occasions d'interpréter le principe de non-discrimination pour interdire les discriminations indirectes étaient rares.

299. Accorder à ce principe un réel effet utile fut l'apport majeur de l'arrêt *Chassagnou et autres contre France*[672]. Après avoir conclu à la violation des articles 1er du Protocole additionnel relatif au droit de propriété et 11 relatif à la liberté de réunion et d'association pris isolément, la Cour a examiné la violation de ces articles combinés avec l'article 14 de la Convention. Elle revenait donc sur sa jurisprudence classique selon laquelle l'examen de l'affaire sous l'angle de la clause de non-discrimination « *ne* [s'imposait] *pas* […] *quand elle*

---

666 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. La Cour cite expressément la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne de la manière suivante : « *Dans son arrêt du 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost* […] *la CJCE a dit* », § 86. Elle adopte le même raisonnement pour la Cour suprême des Etats-Unis. Elle affirme ainsi que « *la décision* Griggs v. Duke Power Co[…] *dans laquelle la Cour suprême a établi la théorie de l'impact disproportionné, a été rendue à l'issue d'une procédure intentée par les employés noirs d'une centrale électrique, qui considéraient comme discriminatoire la pratique de leur employeur exigeant un diplôme de* high school *ou la réussite aux tests d'intelligence, même pour les postes les moins bien payés* », § 107.

667 Cour E.D.H., 20 juin 2006, *Zarb Adami contre Malte*, préc., § 81.

668 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc, § 175.

669 LENAERTS (K.), ARTS (D.), « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales », préc., p. 130.

670 Cour E.D.H., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres contre France*, req. n°25088/94, 28331/95, 28443/95, note MARGUENAUD (J.–P.), « La Cour européenne des droits de l'Homme permet aux petits propriétaires opposants à la chasse de se soustraire à l'envahissement des associations communales de chasse agréées », *R.T.D. civ.*, 1999, pp. 913 – 917 ; FLORES-LONJOU (M.), FLORES (P.), « Vers la rénovation du droit de la chasse ou les dernières tribulations de Nemrod », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 901 – 946 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°69, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

671 G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°9, obs. SUDRE (F.), p. 97.

672 Cour E.D.H., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres contre France*, préc.

[apercevait] *un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même* »[673]. En agissant ainsi, elle ouvrait la porte à une interdiction des discriminations indirectes alors même qu'elle « *s'était montrée réticente face* [à ces dernières], *celles-ci nécessitant de comparer les effets d'une mesure sur deux groupes de personnes, ce qui tranchait avec la portée individuelle des droits garantis par la CEDH* »[674].

300. L'arrêt *Hugh Jordan contre Royaume-Uni* du 4 mai 2001[675] a annoncé les prémices de cet intérêt. Dans cette affaire, le fils du requérant avait été tué par les membres des forces de sécurité. Parmi les griefs avancés, Hugh Jordan estimait que le décès de son fils révélait une attitude discriminatoire de la part des autorités étatiques. A l'appui de sa requête, il estimait que la majorité des personnes tuées étaient des catholiques. La Cour n'a pas estimé que les statistiques fournies puissent révéler une attitude discriminatoire[676]. Cependant, elle a souligné qu'une mesure générale ayant des effets disproportionnés sur un groupe particulier pouvait révéler une discrimination indirecte[677].

301. L'arrêt *McShane contre Royaume-Uni*[678] a confirmé cette évolution de la jurisprudence. Dans cette affaire, la requérante mettait en parallèle le nombre de décès d'individus de confession catholique et des membres de groupes paramilitaires avec celui – faible – de poursuites et de condamnations des forces de police. La disproportion affichée en défaveur des premiers indiquait, selon elle, une attitude discriminatoire de la part des autorités étatiques[679]. Bien que la Cour ait conclu à l'absence de preuves suffisantes pour condamner le Royaume-Uni, c'est le raisonnement qu'elle a tenu qui suscite ici l'intérêt. Elle a affirmé que « *si une mesure générale produit des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe en particulier, il n'est pas exclu que celle-ci soit considérée comme discriminatoire alors même*

---

673 Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, préc., § 30.

674 SZYMCZAK (D.), « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », préc., p. 228.

675 Cour E.D.H., 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*, req. n°24746/94, note DECAUX (E.), « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, troisième section, 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni* ; *McKerr contre Royaume-Uni* ; *Kelly et al. contre Royaume-Uni* ; *Shanaghan contre Royaume-Uni* », *J.D.I.*, 2002, pp. 253 – 254.

676 Cour E.D.H., 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*, préc., § 154.

677 *Ibid*., § 154.

678 Cour E.D.H., 28 mai 2002, *McShane contre Royaume-Uni*, req. n°43290/98, note DECAUX (E.), TAVERNIER (P.), « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H.), quatrième section, 28 mai 2002, *McShane contre Royaume-Uni* » ; *J.D.I.*, 2003, pp. 539 – 541.

679 Cour E.D.H., 28 mai 2002, *McShane contre Royaume-Uni*, préc., § 133.

qu'elle ne vise pas spécifiquement et directement ce groupe »[680]. Malgré ce constat de non violation, la volonté des juges de condamner les discriminations indirectes était révélée.

302. La condamnation d'une discrimination indirecte fut prononcée pour la première fois en 2006 dans l'affaire *Zarb Adami contre Malte*[681]. En l'espèce, le requérant était inscrit sur la liste des jurés entre 1971 et 1997, période au cours de laquelle il a été appelé à trois reprises à siéger comme juré. Il fut de nouveau appelé en 1997 mais refusa de se présenter. Ce refus fut sanctionné. Il a soutenu devant les tribunaux internes que la réglementation étatique offrant aux personnes qui ont la charge d'une famille la possibilité d'être dispensées de remplir la fonction de juré était discriminatoire. Cela avait pour conséquence de dispenser « *les personnes de sexe féminin du service de jury alors que, de fait, les hommes ne bénéficiaient pas de cette dispense* »[682]. Pour la Cour, il y avait « *plus de femmes que d'hommes qui* [pouvaient] *invoquer cette disposition et obtenir gain de cause* »[683]. Une telle disposition révélait donc l'existence d'une discrimination alors même que le critère de distinction était neutre. La Grande Chambre, en 2007, dans l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*, confirma que « *pouvait être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe* »[684].

303. En conséquence, l'article 14 interdit « *les discriminations indirectes résultant de mesures qui sur le fondement d'un critère de différenciation en apparence neutre, ont un effet équivalent à une discrimination en ce qu'elles produisent un effet inégalitaire sur un nombre plus élevé, par rapport au reste de la population* »[685]. La discrimination indirecte comprend dès lors « *deux éléments principaux : une neutralité apparente qui la distingue formellement de la discrimination directe, et un effet préjudiciable disproportionné qui l'assimile substantiellement à la discrimination directe* »[686]. Le placement dans des classes séparées

---

680 *Ibid*., § 135, « *Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group* », (traduit par nous).

681 Cour E.D.H., 20 juin 2006, *Zarb Adami contre Malte*, préc.

682 *Ibid.*, § 13.

683 *Ibid.*, § 81.

684 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 175.

685 SUDRE (F.), « Rapport introductif », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., 2008, p. 42.

686 DUBOUT (E.), « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), 13 novembre 2007 », préc., p. 824. Une

d'enfants pour lesquels des lacunes scolaires ont été identifiées pourrait donc être une discrimination indirecte. Son constat est néanmoins difficile. La Cour a donc tenté, à partir de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*[687], de dégager des critères d'identification.

B) LE CONSTAT DELICAT D'UNE DISCRIMINATION INDIRECTE

304. Révéler l'existence d'une discrimination indirecte est difficile car elle ne se fonde pas directement sur un critère prohibé[688]. Si un traitement préférentiel « *a des conséquences préjudiciables pour une catégorie protégée contre la discrimination* […] *comment prouver ce "désavantage particulier" que produit une mesure qui par définition, ne distingue pas formellement entre les individus* »[689] ? Pour montrer qu'une telle mesure – qui n'est pas en elle-même discriminatoire – ne correspond pas aux exigences de la Convention, la Cour a dû

---

définition similaire est donnée par l'auteur dans sa thèse de doctorat selon laquelle « *l'interdiction de la discrimination indirecte permet de sanctionner des mesures qui, bien que non fondées sur un des motifs non prohibés, aboutissent en pratique au même résultat en ayant un impact disproportionné sur une catégorie protégée de personne* », DUBOUT (E.), *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 845 p., spéc., p. 412.

687 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. Les développements formulés dans l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* ont aussi profité aux autres affaires présentées à la Cour et dans lesquelles les placements d'enfants dans des classes séparées étaient également critiqués (Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, préc. ; Cour E.D.H., 13 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, préc.).

688 Elle l'est d'autant moins que le Commissaire aux Droits de l'homme du Conseil de l'Europe a relevé que, « *dans la majorité des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe* », les enfants roms font l'objet d'une scolarité différenciée (MUIZNIEKS (N.), « Les Etats doivent prendre des mesures énergiques pour mettre fin à la ségrégation scolaire », *Le carnet des droits de l'homme du Commissaire du Conseil de l'Europe*, 8 novembre 2012, (http://fr.humanrightscomment.org/2012/11/08/les-etats-doivent-prendre-des-mesures-energiques-pour-mettre-fin-a-la-segregation-scolaire-des-roms/)). A titre d'illustration, il est possible de citer la Bosnie-Herzégovine (Amnesty International, *Rapport 2008 sur la situation des Droits humains en Bosnie-Herzégovine*), la Serbie (Conseil de l'Europe, 31 mai 2001, *Rapport de l'E.C.R.I. sur la Serbie*, § 57), la Slovaquie (BUTASOVA (A.), « La scolarisation des enfants roms en Slovaquie », in *Un seul monde, une seule école ? Les modèles scolaires à l'épreuve de la mondialisation*, Colloque international des 12, 13 et 14 mars 2009, C.I.E.P., Sèvres, consultable sur http://www.ciep.fr/sites/default/files/migration/ries/colloque-2009/docs/Butasova-atelier-F-colloque-Revue-CIEP.pdf), ou encore la Russie et le Portugal (ces deux pays sont cités par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe dans son carnet des Droits de l'Homme, MUIZNIEKS (N.), « *Les Etats doivent prendre des mesures énergiques pour mettre fin à la ségrégation scolaire* », *Le carnet des droits de l'homme du Commissaire du Conseil de l'Europe*, 8 novembre 2012, (http://fr.humanrightscomment.org/2012/11/08/les-etats-doivent-prendre-des-mesures-energiques-pour-mettre-fin-a-la-segregation-scolaire-des-roms/)).

689 RINGELHEIM (J.), « La statistique : un outil au service de la lutte contre la discrimination », *Mouvements*, 2010, n°162, pp. 125 – 135, spéc. p. 128.

mobiliser l'outil statistique (1), ou constater l'existence d'une situation suspecte[690] (2) comme élément de preuve[691].

1. Le constat d'une discrimination indirecte par la preuve statistique

305. Les faits ayant conduit à l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*[692] concernaient le placement d'enfants roms dans des classes destinées aux déficients intellectuels. Les requérants estimaient avoir subi une discrimination dans la jouissance de leur droit à l'instruction en raison de leur origine ethnique. Ce placement ne s'était cependant pas effectué sur ce fondement – ce qui aurait constitué une discrimination directe – mais sur la base d'un examen d'aptitude auquel les enfants tchèques étaient également soumis. Ce test n'était néanmoins pas adapté à la condition spécifique des élèves roms. Leur taux d'échec était très élevé au point que les juges de Strasbourg s'étaient demandés si cette situation ne constituait pas en réalité une discrimination indirecte[693]. L'outil statistique avait été mobilisé car « *la manifestation du désavantage ne s'impose pas toujours avec la force de l'évidence* »[694]. Cet instrument semble même inhérent « *au contrôle de la discrimination indirecte* »[695].

---

690 Ce terme de « *suspect* » n'est pas employé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires pertinentes. Néanmoins, il a été utilisé par la doctrine et notamment par Edouard DUBOUT dans son article « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc., p. 999. Dans le même sens, voir MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 3017 – 3018, spéc. p. 3017. dans lequel l'auteur revient sur la décision du Conseil constitutionnel n°2007-557 DC qui annule un article de la Loi sur *l'immigration, l'intégration et l'asile* qui prévoyait « *la possibilité de constituer des fichiers faisant apparaître, "directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques" des personnes* ».

691 Sur la charge de la preuve, voir VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., spéc. pp. 227 – 237.

692 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc.

693 Ils voulaient « *savoir si l'application de cette législation en pratique* [avait] *abouti à un nombre disproportionné d'orientations injustifiées d'enfants roms* […] *vers des écoles spéciales, et si ces enfants* [avaient] *été placés en situation de net désavantage* » ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 185.

694 DUBOUT (E.), « L'influence du droit européen sur la preuve en matière de non-discrimination », in FINES (F.), GAUTHIER (C.), GAUTIER (M.), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, 286 p., spéc. pp. 61 – 82, spéc. p. 66.

695 DUBOUT (E.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc., p. 998. Dans le même sens, DUBOUT (E.), « L'influence du droit européen sur la preuve en matière de non-discrimination », préc., p. 66.

306. Conscients de cette réalité, les juges ont estimé que « *lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui* […] *paraissent fiables et significatives suffisent à constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant* »[696]. Cette initiative de la Cour tranche avec la jurisprudence *Hugh Jordan*[697]. Dans cet arrêt, la Cour n'était pas persuadée que la preuve statistique puisse permettre de constater l'existence d'une situation discriminatoire. Désormais, des données chiffrées portées à la connaissance de la Cour peuvent suffire à renverser la charge de la preuve de l'existence d'une discrimination[698]. Il incombe alors aux autorités étatiques de démontrer que la différence de traitement ne cachait pas, en réalité, un traitement discriminatoire. Ce sont les conséquences véritables de la mesure qui sont observées et « *la démonstration par le gouvernement défendeur de son absence d'intention discriminatoire n'est pas* […] *un motif valable d'exonération* »[699]. Un rééquilibrage de la charge de la preuve au profit du requérant s'opère dès lors que celui-ci est en mesure de mettre en doute la conformité de la réglementation étatique avec le respect du principe de non-discrimination.

307. Néanmoins, cette exigence est confrontée à une difficulté majeure tenant au respect du principe de subsidiarité. Le maniement de l'instrument statistique peut en effet heurter la conception du principe d'égalité adoptée par les Etats Parties à la Convention. L'exemple français peut servir ici d'illustration. L'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Cette approche du principe d'égalité rejette toute division allant jusqu'à reconnaître l'existence d'un « *peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* »[700]. Cette position a conduit le Conseil constitutionnel à censurer l'article 63 de la *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*[701], qui prévoyait « *la réalisation de traitements de données à*

---

696 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 188.

697 Cour E.D.H., 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*, préc. Voir *supra* § 300.

698 *Ibid*., § 154.

699 DUBOUT (E.), « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), 13 novembre 2007 », préc., p. 836.

700 C.C., 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, préc., cons. 13.

701 C.C., 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, n°2007-557 D.C., note MELIN – SOUCRAMANIEN (F.), « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 3017 – 3018 ; LECUCQ (O.), « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 141 – 149 ; TURPIN (D.), « La décision n°557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », *Recueil Dalloz*,

caractère personnel faisant "apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques" des personnes »[702]. Les membres du Conseil ont condamné l'utilisation d'outils statistiques fondés sur la race, estimant que « *si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race* »[703]. Cette décision leur a permis de « *rappeler avec force la tradition juridique française qui défend une conception, dite universaliste, interdisant au nom de l'égalité, de différencier les individus en fonction de critères tenant aux origines (ethniques)* »[704]. Selon cette conception, les références chiffrées présentent un danger pour la protection des droits et libertés fondamentaux. Néanmoins, elles peuvent également servir à révéler une violation et déclencher les rouages des mécanismes de protection.

308. L'hostilité à l'égard des catégorisations et des informations statistiques est préjudiciable pour les membres d'une minorité. Si ces classifications en fonction de l'origine ethnique sont prohibées, il leur sera difficile de fournir les preuves « *fiables et significatives* »[705] propres à constater l'existence d'une discrimination indirecte. Dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, les requérants les avaient obtenues en adressant des questionnaires aux directeurs des écoles spéciales portant sur l'origine ethnique des élèves. Celles-ci ont été complétées par des données issues de l'O.C.D.E. ou bien de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne[706]. Ces informations ont montré que la ségrégation dont les enfants roms étaient victimes ne les visait pas directement en tant que population mais par des moyens détournés tenant à leur lieu de résidence ou à leurs comportements[707].

2008, pp. 1638 – 1644 ; Note sous décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, *C.C.C.*, 2008, pp. 10 – 13.

702 C.C., 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, préc., cons. 24.

703 *Ibid.*, cons. 29.

704 LECUCQ (O.), « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », préc., pp. 141 – 142.

705 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. La formule précise retenue par la Cour est la suivante : « *Dans ces conditions, la Cour estime que, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant* », § 188.

706 *Ibid.*, §§ 18 ; 103 ; 170.

707 *Ibid.*, § 104.

309. De fait, l'utilisation de l'outil statistique est pertinente pour constater l'existence d'une discrimination et la violation des droits fondamentaux. Cette importance a même été soulignée en France par le rapport du Comité VEIL de décembre 2008[708]. Ses travaux l'avaient conduit à ne pas comprendre l'interdiction de cet instrument « *tant il est vrai que la lutte contre les discriminations suppose de pouvoir les mesurer* »[709]. Son usage permettrait de rétablir une égalité de traitement et une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux, comme l'illustre l'utilisation faite par la Cour européenne des droits de l'Homme des données statistiques. Elles sont un moyen de constater l'existence d'une discrimination et donc l'existence d'une violation de la Convention. Néanmoins, il est possible de « *comprendre en partie les réticences* […] *à la collecte de certaines données statistiques, qui apparaissent autant nécessaires à la révélation des manifestations de la discrimination que menaçantes pour le respect global des libertés fondamentales* »[710].

310. Cette retenue à l'égard de la preuve statistique a conduit la Cour à ne pas l'imposer comme une preuve indispensable à la constatation d'une discrimination indirecte[711]. Le respect du principe de subsidiarité plaide en ce sens. En adoptant la prudence, la Cour concilie la protection des droits des personnes discriminées et le possible rejet des catégorisations chiffrées. D'un côté, cela ne contraint pas les Etats à établir de telles sources, et de l'autre cela n'empêche pas les justiciables de faire constater une discrimination par un autre moyen que les statistiques. L'office de la Cour lui commandant notamment de déceler toute discrimination, l'absence de preuve statistique ne peut pas constituer un motif suffisant pour refuser de constater la violation de l'article 14. De la même manière, l'examen de la Cour ne s'arrêtera pas aux résultats fournis par ces statistiques. Si elles ne font pas apparaître une pratique discriminatoire, elle recherchera d'autres éléments capables d'en prouver l'existence.

311. L'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*[712] illustre ce constat. Cette affaire concernait le placement d'enfants roms dans des classes séparées afin qu'ils maîtrisent la langue d'enseignement. Les juges avaient estimé que « *les statistiques soumises ne* [suffisaient] *pas à*

---

708 Comité Veil, *Redécouvrir le préambule de la Constitution : rapport du comité de réflexion présidé par Simone VEIL*, Paris, La documentation française, décembre 2008, 209 p.

709 *Ibid*., p. 76.

710 DUBOUT (E.), « L'influence du droit européen sur la preuve en matière de non-discrimination », préc., p. 68.

711 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. : « *Cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte* », § 188.

712 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc.

établir l'existence d'un commencement de preuve de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique »[713]. Cela confirmait par conséquent « *qu'il n'y avait pas de politique générale consistant à placer automatiquement les élèves roms dans des classes séparées* »[714]. Pourtant, dans cette affaire, les juges avaient conclu à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel en constatant l'existence d'une situation suspecte. Cette situation confirme que si le bénéfice concret du droit à l'instruction peut nécessiter l'introduction d'un traitement différentiel entre les élèves, celui-ci ne doit pas être discriminatoire.

2. Le constat d'une discrimination indirecte par l'existence d'une situation « suspecte »[715]

312. De l'aveu des juges de Strasbourg, il n'est pas certain que « *la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte* »[716] alors même que « *la preuve de la discrimination indirecte est en principe statistique* »[717]. Si celle-ci s'avère insuffisante, la Cour décide de s'appuyer sur « *l'existence d'un contexte d'hostilité pour laisser supposer que la mesure litigieuse est indirectement discriminatoire* »[718] et ainsi faire peser la charge de la preuve sur les autorités étatiques[719]. En agissant de la sorte, elle souhaite rechercher toute mesure discriminatoire qui, en plus de violer le principe d'égalité, porterait atteinte au droit à l'instruction.

---

713 *Ibid*., § 152.

714 *Ibid*., § 152.

715 DUBOUT (E.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc., p. 999.

716 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 188. Une formule similaire est également retenue dans l'arrêt du 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*. La Cour juge qu'« *une discrimination indirecte peut toutefois être prouvée sans l'aide de statistique* » ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 153.

717 PLATON (S.), « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in FAVREAU (B.) (dir.), *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, préc., pp. 125 – 163, spéc. p. 150.

718 DUBOUT (E.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc., p. 1000.

719 Dans l'arrêt *Sampanis et autre contre Grèce*, la Cour avait affirmé qu'il y avait « *lieu de renverser la charge de la preuve et de la faire peser sur le Gouvernement, lequel doit démontrer que cette différence de traitement était le résultat de facteurs objectifs non liés à l'origine ethnique des personnes concernées* », Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 83.

313. Dans plusieurs affaires déjà citées, les juges de Strasbourg ont considéré le placement dans des classes séparées comme une mesure discriminatoire en raison de l'environnement entourant ce dernier. Dans l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, la séparation s'était effectuée dans un climat de tension envers la communauté rom. Certains parents d'élèves non-roms avaient même bloqué l'accès à l'école affichant que celle-ci « *restera fermée en raison du problème des gitans* »[720]. Les juges de Strasbourg avaient dépassé les simples données statistiques pour se concentrer sur l'atmosphère pesante régnant autour de leur scolarisation. C'est ainsi qu'ils avaient constaté que « *la création des trois classes préparatoires en cause n'*[avait] *été prévue* [que] *lorsque les autorités locales* [s'étaient] *trouvées confrontées à la question de la scolarisation des enfants d'origine rom* »[721]. L'opposition marquée des parents d'élèves non-roms auraient même influencé les autorités nationales à créer ces classes spéciales[722]. La Cour était alors parvenue à la conclusion que les éléments présentés étaient « *suffisamment fiables et révélateurs pour faire naître une forte présomption de discrimination* »[723].

314. Ce même climat d'hostilité avait été remarqué dans l'arrêt *Lavida et autres contre Grèce*[724]. A l'origine, les autorités avaient souhaité redessiner la carte scolaire pour résoudre le problème de scolarisation des enfants roms. Cette mesure aurait eu pour effet d'éviter que les enfants roms soient regroupés dans un même établissement scolaire. Elle n'a pas été mise en place car les parents d'élèves non-roms s'étaient opposés à ce redécoupage. La situation était donc restée inchangée. Pour la Cour, la position qui consistait « *à renoncer à des mesures antiségrégationnistes effectives* […] *et ce en raison, notamment, de l'opposition manifestée par des parents d'élèves non roms, ne* [pouvait] *être considérée comme objectivement justifiée par un but légitime* »[725].

315. Un raisonnement similaire avait conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel dans l'affaire *Orsus et autres contre Croatie*. En l'espèce, les données statistiques fournies par les requérants n'avaient pas permis

---

720 *Ibid*., § 19.
721 *Ibid*., § 80.
722 Les juges de Strasbourg ont « *suppos*[é] *que les incidents* [de caractère raciste] *ont pesé sur la décision* […] *des autorités concernées de placer les élèves d'origines rom* » dans des classes préparatoires, Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 82.
723 *Ibid*., § 83. Dans le même sens, voir Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 83.
724 Cour E.D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, préc.
725 *Ibid*., § 73.

d'établir avec certitude l'existence d'une discrimination indirecte[726]. Les juges avaient donc examiné la situation dans laquelle le placement s'était effectué. Cette analyse avait abouti à la découverte de deux éléments suspects. D'abord, cette mesure de placement n'avait été appliquée qu'aux enfants roms[727]. Ensuite, ils avaient constaté que « *l'opposition qu'auraient manifesté les parents des autres enfants envers l'affectation des enfants roms à des classes mixtes* »[728] avait certainement influencé le placement de ces derniers dans des classes séparées.

316. Ces arrêts sont révélateurs de l'importance accordée par la Cour à la protection de l'article 2 du Protocole additionnel. En cherchant à éviter toute forme de discrimination dans l'accès à l'instruction[729], elle souhaite protéger les populations minoritaires. Pour cela, elle porte une attention particulière sur le système éducatif des Etats Parties. « *Un assouplissement assez net des facteurs de déclenchement du contrôle européen sur le fonctionnement du système éducatif national* »[730] s'est produit. La Cour pousse son examen jusqu'à analyser l'environnement dans lequel la scolarisation des enfants visés par une telle mesure est effectuée. Cette évolution, si elle participe certainement à une meilleure protection du droit à l'instruction, se justifie d'abord par une volonté de protéger le principe de non-discrimination. En ce sens, une mesure discriminatoire serait contraire à la Convention même si elle participe en apparence à la jouissance effective du droit à l'instruction.

317. Son étude peut donc révéler une suspicion à l'égard d'une réglementation étatique introduisant une différence de traitement. Ce constat – bien que cet indice paraisse moins objectif – est parfois plus pertinent que l'outil statistique pour déceler l'existence d'une discrimination indirecte. Ce dernier représente simplement une photographie de la situation à un instant donné. Au moment où il est mobilisé, le placement des enfants dans des classes séparées peut être tout à fait justifié. Cela montre juste que les élèves d'une même minorité

---

726 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 152. Voir *supra* § 311.

727 *Ibid*., § 153.

728 *Ibid*., § 155.

729 Peu importe le moyen utilisé pour déceler la discrimination indirecte, la preuve statistique ou le constat d'une situation suspecte, l'important est de protéger le principe d'égalité et, par la même, le droit à l'instruction. Si la preuve statistique est irréfutable pour noter l'existence d'une discrimination indirecte, certaines critiques ont pu être faites à l'encontre de la seconde méthode. Dans ce second cas, « *il suffit qu'il y ait un risque probable et sérieux de désavantage indirect pour qu'une présomption de discrimination soit formée à l'encontre de la mesure litigieuse.* […] *Il s'agit* [alors] *d'une discrimination "quasi-directe", car assez grossière pour éveiller immédiatement un soupçon de discrimination* », DUBOUT (E.), *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, préc., p. 425.

730 DUBOUT (E.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc., p. 1001.

partagent les mêmes difficultés – comme la maîtrise de la langue d'enseignement – justifiant leur séparation des classes ordinaires. A l'inverse, l'existence d'une situation suspecte représente davantage l'état d'esprit des autorités étatiques à l'égard de la population rom et leur investissement dans la lutte contre leur exclusion. La Cour peut davantage apprécier les raisons qui ont conduit à cette mesure de placement et si celle-ci était réellement motivée par la protection de leur droit à l'instruction. Cette délicate mission de la Cour s'étend aussi aux élèves ne faisant pas l'objet d'une mesure différentielle. Elle doit veiller à ce que celle-ci ne produise pas non plus un effet pervers à leur encontre.

§ 2. Le rejet des discriminations à rebours

318. Les mesures différentielles destinées à garantir un droit universel à l'instruction peuvent avoir un effet indésirable sur les élèves ou étudiants qu'elles visent directement. Néanmoins, ceux qui n'en sont pas les destinataires peuvent également être impactés. Dès lors, sous couvert de rétablir une égalité de fait, la réglementation étatique crée une nouvelle discrimination à l'encontre de ces derniers : une discrimination à rebours. Cette situation peut se produire lorsqu'un avantage – l'attribution automatique de place pour accéder à l'enseignement supérieur par exemple – sera accordé à certains élèves ou étudiants. Ceux qui n'en bénéficient pas se retrouvent donc moins bien traités dans la mesure, par exemple, où leur chance d'accéder à l'enseignement supérieur est réduite. La potentialité de cet effet pervers obligerait à abandonner les mesures de discrimination positive pour promouvoir un droit universel à l'instruction (A). Cette exclusion bénéficierait aux politiques rétablissant l'égalité des chances (B).

A) UN REJET OBLIGEANT A L'EXCLUSION DES MESURES DE DISCRIMINATION POSITIVE

319. Le recours prudent de la Cour européenne des droits de l'Homme aux discriminations positives[731] explique qu'elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les discriminations à rebours. Les deux notions sont en effet liées. Cette dernière ne peut pas exister si aucune

[731] Voir *supra* §§ 236 – 262.

mesure positive n'a accordé un avantage particulier qui, dans le même temps, aurait eu un effet négatif sur les élèves qui n'en sont pas les bénéficiaires. Bien qu'aucune affaire n'ait permis à la Cour de prendre position, les discriminations positives peuvent avoir des effets indésirables sur le droit à l'instruction de ces derniers. L'expérience américaine de l'*affirmative action* peut l'illustrer.

320. L'opinion publique américaine est en effet de plus en plus hostile à l'égard de ces politiques[732]. Elles sont contestées notamment en raison de leurs effets sur les membres de la communauté blanche[733]. Progressivement, ces derniers ont revendiqué que leur génération n'avait aucune responsabilité dans la ségrégation raciale dont la communauté noire avait fait l'objet. Aucune raison ne pourrait alors justifier qu'ils en subissent encore les conséquences négatives. Ce point de vue a pris une place croissante dans l'opinion publique américaine et « *le thème de la "victime innocente" des mesures d'*affirmative action *occupe aujourd'hui une place centrale dans le discours politique* »[734]. A l'occasion des nombreuses affaires concernant le traitement préférentiel accordé aux minorités dans l'accès à l'Université[735], la Cour suprême des Etats-Unis a progressivement réduit le champ dans lequel ces avantages pouvaient être accordés.

321. Cette position jurisprudentielle a confirmé le succès de l'opposition à l'égard de ces politiques. Cette contestation avait d'ailleurs été analysée « *comme l'expression d'une frustration sociale et d'un sentiment de rancœur* »[736]. L'effet pervers induit par l'introduction de cette différence de traitement a donc conduit les Etats-Unis à limiter le recours aux discriminations positives. L'existence d'une discrimination à rebours a également eu pour effet de stigmatiser leurs bénéficiaires. Pour une partie, ils « *évoquent le sentiment d'auto-dépréciation ressenti par celui dont la carrière a été "aidée", et le racisme diffus, "nouveau*

---

732 Voir *supra* § 241.

733 BEAUD (O.), « L'*affirmative action* aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ? », préc., p. 504.

734 CALVES (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, préc., p. 92. Preuve en est la décision de la Cour suprême des Etats-Unis *Fisher vs University of Texas at Austin* dans laquelle les politiques de discrimination positive dans l'accès à l'Université ont fait l'objet d'un contrôle encore plus encadré. Pour la Cour suprême, les juges du fond doivent systématiquement contrôlés si les autres critères de sélection, avant celui de l'ethnie, sont remplis. Cour suprême des Etats-Unis, 24 juin 2013, *Fisher vs University of Texas at Austin*, n°09-50822.

735 Cour suprême des Etats-Unis, 17 mai 1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*, préc. ; Cour Suprême des Etats-Unis, 28 juin 1978, *Regents of the University of California vs Bakke*, préc.; Cour Suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Grutter vs Bollinger*, préc. ; Cour suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Gratz vs Bollinger*, préc. ; Cour suprême des Etats-Unis, 24 juin 2013, *Fisher vs University of Texas at Austin*, n°09-50822.

736 CALVES (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, préc., p. 92

style", auquel il sera confronté »[737] allant même jusqu'à dire que « *ce paternalisme est humiliant, insultant,* [et qu'il] *atteint l'individu dans sa dignité* »[738].

322. Au regard de cette évolution, les politiques de discrimination positive n'apparaissent pas adaptées pour garantir à terme une protection efficace du droit à l'instruction. Elles susciteront toujours un doute quant à leur légitimité. Les critiques formulées à l'encontre des mesures d'*affirmative action* en sont une preuve. Le ressentiment nourri par les individus exclus du bénéfice des mesures positives les conduirait à un sentiment d'injustice qui ne pourrait se concilier avec une jouissance effective du droit à l'instruction. Dans le même sens, le sentiment de stigmatisation ressenti par leurs bénéficiaires les empêcherait de s'intégrer correctement dans l'établissement d'enseignement. Or cette intégration est importante pour l'épanouissement de l'élève ou de l'étudiant[739]. La volonté d'éviter des discriminations à rebours conduit donc à exclure les discriminations positives des mesures garantissant un droit universel à l'instruction. Cette même intention semble en revanche plaider pour les politiques destinées à rétablir l'égalité des chances.

B) UN REJET PRIVILEGIANT L'EGALITE DES CHANCES

323. La mise en place de politiques d'égalité des chances ne suppose pas l'octroi d'un avantage particulier. En cela, elles sont moins critiquables que les discriminations positives. La promotion d'un enseignement dans des classes séparées a été développée dans l'opinion dissidente commune rédigée sous l'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*[740]. L'accent avait été mis sur l'intérêt des élèves qui ne bénéficiaient pas d'un traitement différentiel. Les juges dénonçaient que, en jugeant le placement d'enfants roms dans des classes spécialisées contraire à la Convention, la Cour avait semblé transformer le problème de la discrimination indirecte[741] en un problème de discrimination à rebours.

---

737 *Ibid*., p. 94.
738 *Ibid*., p. 94.
739 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 207.
740 Opinion en partie dissidente des Juges Karel JUNGWIERT, Nina VAJIC, Anatoly KOVLER, Alvina GYULUMYAN, Renate JAEGER, Egbert MYJER, Isabelle BERRO-LEFEVRE et Nebojsa VUCINIC sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc.
741 Voir *supra* §§ 295 – 317.

324. De leur propre aveu cependant, « *les autorités se trouvaient face à une situation où* […] *un nombre important d'enfants appartenant à la minorité rom n'avaient pas une maîtrise suffisante de la langue dans laquelle l'enseignement était dispensé au moment de leur inscription à l'école primaire* »[742]. Ils ajoutaient que « *le choix entre les différents moyens qui s'offraient pour affronter cette situation supposait un exercice ardu de mise en balance des divers intérêts en jeu : d'une part l'intérêt des requérants* […] *à acquérir le plus rapidement possible une bonne maîtrise linguistique pour être en mesure de suivre les cours dispensés dans cette langue et, d'autre part, l'intérêt des élèves, tant croates que roms, parlant croate à ne pas être trop retardés dans leurs études en raison des insuffisances linguistiques d'un très grand nombre d'autres élèves* »[743].

325. La solution choisie par la Cour de réintégrer dans les classes mixtes les élèves en difficulté n'avait pas pour autant réglé le problème de leur scolarisation. La réintégration des enfants roms sans qu'ils ne maîtrisent la langue d'enseignement aurait conduit à l'adaptation de l'instruction afin que tous puisse la suivre. En plus de stigmatiser ces derniers, une telle mesure aurait eu également des conséquences sur les élèves maîtrisant la langue car ils n'auraient pas pu exploiter pleinement leurs capacités. Pour éviter une telle situation, le placement temporaire des élèves en difficulté dans des classes spécialisées pour rattraper un retard d'instruction ne paraît pas inadmissible. Dès lors que leur réintégration est envisagée et que l'enseignement dispensé leur permet une réelle remise à niveau leur assurant les capacités de suivre un enseignement classique, leur séparation des classes ordinaires pourrait leur être bénéfique.

326. Cette proposition fait écho à celles formulées par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe en 2012. Pour rétablir l'égalité d'instruction, il proposait de mettre à la charge des Etats la garantie d'« *un accès universel à un enseignement préscolaire inclusif et* [de] *promouvoir des politiques éducatives inclusives* »[744]. Il leur recommandait aussi de se conformer à la position que la Cour avait retenu dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*. Cette dernière ne semblait pas hostile à un enseignement spécialisé pour les enfants en difficulté scolaire. C'était la manière dont le placement avait été

---

742 Opinion en partie dissidente des Juges Karel JUNGWIERT, Nina VAJIC, Anatoly KOVLER, Alvina GYULUMYAN, Renate JAEGER, Egbert MYJER, Isabelle BERRO-LEFEVRE et Nebojsa VUCINIC sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., point 9.

743 *Ibid*., point 9.

744 MUIZNIEKS (N.), « Les Etats doivent prendre des mesures énergiques pour mettre fin à la ségrégation scolaire », préc.

effectué qui était reprochée aux autorités étatiques. En ce sens, le Commissaire a demandé aux Etats de « *revoir d'une manière critique les tests d'entrée et les autres formes d'évaluation ayant un effet discriminatoire sur les enfants roms* » et – poursuivait-il – « *de mieux informer les parents roms sur les choix qu'ils* [pouvaient] *faire et sur les conséquences d'un placement dans un établissement scolaire spécialisé* »[745]. Il complétait en cela les mesures préconisées par son prédécesseur en 2008. Ce dernier estimait que « *les pays européens* [devaient] *prévoir suffisamment de ressources pour pouvoir engager des auxiliaires d'enseignement et mettre en place des formations linguistiques pour les enfants qui ne* [pratiquaient] *pas la langue officielle à la maison* »[746].

327. Ces deux propositions participeraient à un rétablissement efficace de l'égalité d'instruction. Néanmoins, elles se heurteraient à un obstacle majeur. Malgré l'intérêt de ces propositions en faveur de l'égalité des chances, les Etats n'ont aucune obligation positive de créer des moyens d'enseignement particuliers[747]. Dès lors, la volonté d'encadrer les élèves en difficulté pour rattraper leur retard est conditionnée par l'action volontaire des autorités étatiques.

---

745 MUIZNIEKS (N.), « Les Etats doivent prendre des mesures énergiques pour mettre fin à la ségrégation scolaire », préc.

746 HAMMARBERG (T.), « La ségrégation scolaire marginalise les enfants roms : il faut que les décisions de la Cour de Strasbourg soient mises en œuvre », *Blog du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe*, 20 mai 2010, http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=40.

747 C'est l'un des apports de l'affaire linguistique belge (Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.).

CONCLUSION CHAPITRE 1

328. En garantissant l'égal accès de tous aux moyens d'instruction existant à un moment donné, la Cour européenne des droits de l'Homme oblige les Etats à fournir à tous les individus relevant de sa juridiction les moyens pour développer librement leur personnalité. Le simple accès physique aux établissements d'enseignement n'est, cependant, pas suffisant pour garantir concrètement un droit universel à l'instruction. Les bénéficiaires de l'article 2 du Protocole additionnel doivent également pouvoir tirer profit de l'enseignement qui leur est dispensé. Cette condition est essentielle et peut nécessiter l'introduction d'une différence de traitement au profit des personnes placées dans des situations différentes.

329. Malgré un impact bénéfique sur la protection d'un droit universel à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme est toutefois prudente sur cette question. Elle n'oblige pas les Etats, sur le fondement de l'article 14 de la Convention combinée avec l'article 2 du Protocole additionnel, à introduire des différences de traitement pour garantir le droit à l'instruction. Les juges disposent pourtant des instruments afin d'inciter les Etats à considérer les « *différences subies, illustrant un état de faiblesse ou d'infériorité qui imposerait que le droit le prenne en compte pour compenser les inégalités qu'il crée, et assurer ainsi l'universalité* »[748] du droit à l'instruction. Cette référence aux particularités propres des individus est essentielle à la garantie de l'article 2 du Protocole lorsque celles-ci les empêchent de jouir concrètement de leur droit à l'instruction. Mais en la matière, les juges ne font preuve que d'une timide initiative.

330. Cette prudence s'explique car les Etats eux-mêmes sont réservés à propos de l'introduction des mesures préférentielles au profit d'une catégorie identifiée de la population[749]. Risquant de se heurter à l'opposition des Etats, la Cour européenne des droits de l'Homme peut difficilement faire preuve d'activisme en la matière. Cependant, les juges

---

748 REDOR-FICHOT (M. – J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 177.

749 En ce sens voir FLAUSS (J.-F.), « Discrimination positive et Convention européenne des Droits de l'Homme », préc.

n'interdisent pas aux autorités étatiques d'introduire de telles différences pour favoriser le bénéfice du droit à l'instruction[750]. Elles ont la liberté de le faire.

331. Si la mise en place de mesures de discrimination positive est délicate, le recours à la notion d'égalité des chances semble moins problématique. Certes, cette notion « *rejoint certaines données techniques de la discrimination positive mais elle ne prétend pas détenir une dimension active correctrice des inégalités* »[751]. Les mesures favorisant l'égalité des chances n'accordent aucun avantage particulier à une partie identifiée de la population. Elles permettent simplement de rétablir une égalité de fait en corrigeant un déséquilibre entre deux individus[752]. Par exemple, un élève étranger qui ne parle pas la langue d'enseignement peut bénéficier d'un aménagement lui permettant de la maîtriser. Une fois l'objectif atteint, il suivra la même scolarité que les autres enfants. Malgré sa différence, il pourra bénéficier concrètement de son droit à l'instruction.

332. Si la nécessité d'une différence de traitement est présente dans la réflexion des juges, ces derniers ne l'ont pas consacré comme un élément structurant l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. Le traitement différencié peut en effet révéler certains effets pervers. La Cour n'hésite d'ailleurs pas à condamner des Etats dans lesquels une différence de traitement introduite pour garantir le droit à l'instruction s'est avérée être discriminatoire[753]. La Cour est donc extrêmement prudente à l'égard des mesures différentielles prises par les autorités étatiques pour protéger le droit à l'instruction. Même si ces dernières ont pour objectif d'offrir à tous la meilleure protection du droit à l'instruction, respectant en cela son caractère universel, elles doivent remplir positivement le test de proportionnalité.

---

750 En ce sens, voir BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, préc., p. 234.

751 KOUBI (G.), « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, préc., p. 80.

752 La jurisprudence relative au droit d'accès à un tribunal en est une illustration pertinente.Voir *supra* §§ 266 - 270.

753 Par exemple, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc.

CHAPITRE 2.
UNE DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT SOUMISE AU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

333. L'exigence de proportionnalité[754] n'est pas explicitement mentionnée dans le texte de la Convention. Elle est pourtant une condition essentielle à la conventionnalité des mesures étatiques. Ainsi, elle est « *partout et nulle part véritablement décrite* »[755], elle est « *un standard juridique* »[756] « *qui sera* [mobilisée] *par le juge de Strasbourg en vue de contrôler les atteintes à (presque) tous les droits protégés par la CEDH et par ses protocoles* »[757].

334. Ce contrôle permet de constater la conventionnalité d'une mesure dérogeant au principe d'égalité[758]. Si toute inégalité de traitement n'est pas en elle-même contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, elle le sera « *dans la seule hypothèse où elle ne surmonte pas le test de proportionnalité* »[759]. La poursuite d'un but légitime – la garantie d'un droit universel à l'instruction par exemple – ne peut pas suffire à justifier une différence de traitement disproportionnée[760].

---

754 Sur cette notion, voir, par exemple, MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préc. ; VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc.

755 SERMET (L.), « Le principe de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *L.P.A.*, 2009, n°46, pp. 26 - 31, spéc. p. 26. En ce sens, voir aussi les propos de Marc-André EISSEN selon qui « *la proportionnalité a poussé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme des racines solides et durables, probablement vouées à y pénétrer encore plus en profondeur et à s'y ramifier sans cesse davantage* », (EISSEN (M.-A.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, préc., pp. 65 – 81, spéc. p. 81.).

756 SERMET (L.), « Le principe de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », préc., p. 26.

757 SZYMCZAK (D.), « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in POTVIN – SOLIS (L.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Colloque Jean MONNET, 2012, 577 p, spéc. pp. 445 - 461, spéc. p. 449.

758 En ce sens voir SUDRE (F.), « Convention européenne des Droits de l'Homme », *Jcl. Europe Traité*, Fasc. 6523, 2012 : « *Le défaut de rapport raisonnable de proportionnalité est le critère décisif permettant de qualifier de discrimination une inégalité de traitement* », § 92.

759 GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité » in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1356 p., spéc. pp. 501 - 525, spéc. p. 520.

760 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

335. Dans ces circonstances, le placement d'un élève aux besoins scolaires reconnus dans une classe séparée des classes ordinaires est soumis à ce contrôle. Pour s'assurer que la différence de traitement n'est pas contraire à la Convention, la Cour vérifie que celle-ci est justifiée de manière objective et raisonnable et constitue l'alternative la moins préjudiciable pour rétablir l'égalité d'instruction[761]. La réussite au test de proportionnalité est alors une condition essentielle à la validité de la différence de traitement (section 1). Elle fait cependant défaut pour le placement des enfants roms dans des classes séparées (section 2).

[761] BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel WALINE : le juge et le droit public*, Tome 2, Paris, L.G.D.J., 1974, 858 p., spéc. pp. 297 – 306, spéc. p. 298.

SECTION 1.
UNE CONDITION ESSENTIELLE À LA VALIDITÉ DE LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT

336. Les politiques visant à rétablir l'égalité d'instruction sont contrôlées « *afin d'établir si les différenciations introduites* […] *ne génèrent pas* […] *des effets contraires au principe de proportionnalité* »[762]. Ce contrôle de l'adéquation des moyens employés au but légitime visé varie en fonction de la marge d'appréciation accordée aux autorités étatiques[763]. Plus celle-ci sera élevée plus le contrôle exercé par la Cour sur les mesures mises en œuvre se limitera à un contrôle de la proportionnalité au sens strict[764] (§1). Or, l'existence de préjugés raciaux atténue le bénéfice de la marge nationale d'appréciation justifiant alors un contrôle entier de proportionnalité (§2).

§ 1. Un contrôle de proportionnalité au sens strict justifié par l'existence d'une marge d'appréciation

337. La marge d'appréciation accordée aux autorités étatiques dans la mise en œuvre de la Convention est considérablement réduite dans les domaines touchant aux droits intangibles[765]. Par exemple, « *insusceptibles de dérogation par l'application de l'article 15, § 2, les droits consacrés par les articles 3 et 7 ne peuvent* […] *faire l'objet de limitations "en temps de paix", hors l'hypothèse des exceptions expressément visées par les textes concernés*

---

762 GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », préc., p. 374.

763 En ce soir voir SZYMCZAK (D.), « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », préc. : ce contrôle est assez malléable et pourrait « *être à l'origine d'une* […] *impression de flottement* », p. 458. Voir aussi COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1988, pp. 434 – 437 : « *La mise en œuvre de ce principe n'a qu'une efficacité limitée, soit parce qu'elle comporte des lacunes ou des zones d'ombre, soit parce qu'elle se révèle quelquefois d'un maniement difficile* », spéc. pp. 436 -437.

764 En ce sens voir Cour E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, req. n°6538/74 : « *A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond* […] *un contrôle européen plus étendu* », § 59. Voir également VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., pp. 218 – 219.

765 LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., pp. 63 – 89, spéc. p. 72. Ces droits intangibles sont définis par Frédéric SUDRE comme étant « *ceux auxquels l'Etat partie ne peut porter atteinte et qu'il doit maintenir intacts* », SUDRE (F.), *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, préc., p. 213.

(art. 7 § 2) »[766]. Le droit à l'instruction ne correspond pas à cette logique. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît que « *la définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de la compétence des Etats contractants* [et qu'il] *s'agit, dans une large mesure, d'un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer et dont la solution peut légitimement varier selon les pays et les époques* »[767]. Elle consacre ainsi une importante marge nationale d'appréciation pour exécuter les obligations découlant de l'article 2 du Protocole additionnel.

338. Suivant cette logique le contrôle des mesures étatiques mises en place pour protéger le droit à l'instruction ne devrait pas faire l'objet d'un contrôle entier de proportionnalité. Il ne s'agirait que d'étudier la proportionnalité au sens strict et « *de "peser le pour et le contre" de* [ces mesures]*, c'est-à-dire de "mettre en balance" les préjudices et bénéfices induits aux fins de déterminer si les uns surclassent les autres, ou inversement* »[768]. L'examen de la réglementation applicable serait alors plus souple car la Cour ne contrôlerait ni l'adéquation ni la nécessité de la mesure. Le principe de proportionnalité reste néanmoins un concept difficilement saisissable. Les incertitudes qui l'entourent sont le fait de « *la jurisprudence de Strasbourg* [qui] *n'offre* […] *pas à son observateur quelqu'arrêt de principe, qui, s'arrachant aux tautologies, détaille de manière tant soit peu éclairante la méthode à suivre et les exigences à satisfaire pour réaliser les "justes équilibres" que le droit conventionnel – textuel et prétorien – impose en tous lieux* »[769].

339. La distinction entre la règle de proportionnalité et le contrôle de proportionnalité peut néanmoins expliquer la différence de degré dans le contrôle. La première « *recouvrirait l'ensemble des exigences substantielles que la proportionnalité impose aux Etats et à leurs actes* »[770]. Cette exigence oblige les autorités étatiques à édicter une règlementation qui permette d'atteindre le but légitime visé, qui soit la moins attentatoire possible pour les droits et libertés des individus et qui combine correctement les différents intérêts en jeu[771]. Le second « *désignerait quant à lui la compétence que se reconnaît le juge pour juger de*

---

[766] VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., p. 119.
[767] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.
[768] VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., p. 219.
[769] *Ibid*., p. 167.
[770] *Ibid*., p. 173.
[771] Cette dernière étape constitue le contrôle de proportionnalité au sens strict.

l'observation, par l'Etat, de la règle de proportionnalité »[772]. Son pouvoir de contrôle juridictionnel varierait en fonction de la marge nationale d'appréciation. Si cette dernière est importante, le juge ne se focalisera que sur le contrôle de la proportionnalité au sens strict de la mesure. Dans ce cas, le juge considèrera automatiquement que la mesure était adéquate pour atteindre le but visé et qu'« *une présomption de nécessité, irréfragable dans la majorité des cas, simple quoique particulièrement appuyée dans les autres* »[773] existe. A l'inverse – si les autorités étatiques ne disposent pas de cette liberté – il examinera l'appropriation et la nécessité de la mesure en plus de sa proportionnalité au sens strict.

340. Dans cette logique, le contrôle des mesures différentielles pour rétablir l'égalité d'instruction serait identique à celui effectué pour garantir, par exemple, le droit à des élections libres garanti à l'article 3 du Protocole additionnel. Dans l'affaire *Zdanoka contre Lettonie*, la Cour avait accordé une importante marge d'appréciation aux autorités étatiques car « *il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque Etat contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie* »[774]. L'appréciation de la disproportion des mesures restreignant l'exercice des droits découlant de l'article 3 du Protocole additionnel sera limitée dans la mesure où l'Etat dispose d'une ample marge d'appréciation.

341. La requérante, inéligible en raison de ses activités passées au sein du parti communiste letton – réputé contrevenir aux valeurs de la démocratie - n'avait pas pu candidater aux élections législatives. Cette interdiction était justifiée par la volonté de protéger le processus démocratique. Pour examiner la conventionnalité de la restriction, la Cour n'avait pas examiné si la mesure était appropriée au regard du but légitime visé ni si elle était la moins liberticide. Elle a simplement mis en en balance l'intérêt général et celui de la requérante. Pour parvenir à l'absence de violation de la Convention, les juges avaient examiné la législation électorale litigieuse pour constater dans un premier temps qu'elle établissait une distinction entre « *les divers degrés d'implication au sein du parti des anciens membres de*

---

772 *Ibid*., p. 173.
773 *Ibid*., pp. 218 – 219.
774 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2006, *Zdanoka contre Lettonie*, préc., § 103.

celui-ci »[775]. Dans un second temps, elle remarqua que des garanties procédurales pouvaient être mises en œuvre pour contester l'appartenance à la catégorie créée par le législateur. Ce point a été déterminant dans le raisonnement de la Cour à l'égard de la mesure.

342. Elle estimait que « *la législation attaquée* [définissait] *de façon claire et précise la catégorie de personne qu'elle* [visait] *et* [était] *en outre suffisamment flexible pour permettre aux juridictions internes de rechercher si une personne en particulier* [relevait] *ou non de cette catégorie* »[776]. Elle jugea qu'un « *degré d'individualisation suffisant* [avait été] *atteint et par le Parlement letton dans le processus d'adoption* [de la loi] *et par les tribunaux internes lorsqu'ils ont dit que la mesure législative s'appliquait à la requérante* »[777]. La mesure était donc proportionnée au but légitime visé car la simple possibilité pour la requérante de contester devant les tribunaux son placement sur la liste des personnes automatiquement inéligibles était suffisante. Une simple garantie procédurale pour permettre aux requérants de faire valoir leurs intérêts suffirait donc à ce qu'une mesure – découlant de l'ample marge d'appréciation des Etats – soit proportionnée.

343. Un constat similaire est applicable pour les affaires relatives aux obligations faites aux gens du voyage de quitter le terrain sur lequel ils s'étaient installés. Dans l'affaire *Buckley contre Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, les juges avaient contrôlé les garanties procédurales offertes à la requérante pour contester le refus des autorités étatiques de lui délivrer un permis d'aménagement foncier. Ils n'avaient pas conclu à la violation de la Convention car, au terme d'un examen similaire à celui mené dans l'arrêt *Zdanoka contre Lettonie*, ils étaient convaincus que « *les garanties de procédure offertes dans le cadre réglementaire étaient de nature à assurer comme il se doit le respect des intérêts* » en présence[778]. Dans des affaires similaires à l'arrêt de 1996[779], une ample marge d'appréciation fut reconnue aux autorités étatiques. La Cour avait jugé que « *dans la mesure où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire portant sur une multitude de facteurs locaux* [était] *inhérent au choix et à l'application de politiques d'aménagement foncier, les autorités nationales*

---

775 *Ibid.*, § 126.
776 *Ibid.*, § 128.
777 *Ibid.*, § 128.
778 Cour E.D.H., 25 septembre 1996, *Buckley contre Royaume-Uni*, req. n°20348/92, § 79.
779 Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Chapman contre Royaume-Uni*, req. n°27238/95 ; Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Coster contre Royaume-Uni*, req. n°24876/94 ; Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Beard contre Royaume-Uni*, req. n°24882/94 ; Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Lee contre Royaume-Uni*, req. n°25289/94 ; Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Jane Smith contre Royaume-Uni*, req. n°25154/94.

[bénéficiaient] *en principe d'une marge d'appréciation étendue* »[780]. Elle était également venue préciser qu'elle demeurait « *habilitée à conclure que les autorités nationales* [avaient] *commis une erreur manifeste d'appréciation* »[781]. L'utilisation de cette dernière notion par la Cour n'était d'ailleurs pas « *un pur hasard* […] *tant cette dernière est symbolique, dans la conscience collective des juristes, d'un standard comportant la prudence et la retenue* »[782]. Cette attitude est justement guidée par la forte marge d'appréciation accordée aux Etats. Dès lors qu'ils effectuent, aux yeux de la Cour, une juste balance entre les intérêts en présence, la mesure litigieuse n'est pas disproportionnée et n'est donc pas contraire aux exigences de la Convention.

344. La liberté octroyée dans la détermination et l'aménagement des programmes d'études ne signifie cependant pas l'absence de contrôle. Celui-ci, limité à la proportionnalité au sens strict, apparaît suffisant pour « *fixer les limites du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales en corrigeant une disproportion manifeste* » [783]. Cette dernière pourrait par exemple apparaître dans les conditions limitant l'accès aux établissements d'enseignement. Le refus opposé à un étudiant ayant atteint le niveau d'exigence nécessaire pour accéder à l'année supérieure ferait donc l'objet d'un contrôle de la proportionnalité au sens strict. A l'inverse, le bénéfice de la marge d'appréciation semble annihilé dès lors que les mesures destinées à rétablir une égalité d'instruction ont révélé des soupçons de préjugés raciaux.

---

780 Par exemple : Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Chapman contre Royaume-Uni*, préc., § 92, note ROSENBERG (D.), « L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms (en marge de l'arrêt Chapman) », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 1017 – 1033 ; BENOIT ROHMER (F.), « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (En marge de l'arrêt Chapman) », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 999 – 1015 ; SUDRE (F.), « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 887 - 915; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°48, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

781 Par exemple : Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Chapman contre Royaume-Uni*, préc., § 92 ; Cour E.D.H., 17 octobre 2013, *Winterstein et autres contre France*, req. n°27013/07, § 148.

782 MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préc., p. 203.

783 SUDRE (F.), « Convention européenne des Droits de l'Homme », *Jcl. Europe Traité*, Fasc. 6523, 2012, § 92.

§ 2. *Un contrôle entier de proportionnalité justifié par l'existence de préjugés raciaux*

345. Les différences de traitement introduites pour rétablir une égalité d'instruction sont par nature équivoques. Elles le sont d'autant plus lorsque – s'agissant de l'exemple des élèves roms – des préjugés raciaux ont motivé leur existence[784]. Bien que celles-ci puissent être considérées comme participant à l'aménagement du programme des études, le bénéfice de la marge d'appréciation sur le contrôle du juge est réduit dès lors que les mesures de placement apparaissent suspectes. Si ce dernier devrait en principe être limité à l'appréciation de la proportionnalité au sens strict, le juge pousse son contrôle afin de prendre en compte l'ensemble des éléments pertinents pour apprécier la conventionnalité de la mesure différentielle. L'existence de préjugés racistes appelle un contrôle entier de proportionnalité. Cela a pour effet réduire le bénéfice de la marge d'appréciation classiquement accordée aux autorités étatiques pour garantir le droit à l'instruction.

346. La Cour européenne des droits de l'Homme qualifie la discrimination raciale comme une « *forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités* »[785]. Le juge ne peut donc faire autrement qu'exercer un contrôle entier sur les mesures de placement dès lors que les éléments de fait à sa disposition soulèvent des doutes quant à leurs motifs réels. Il décide, par conséquent, qu'« *en cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible* » [786]. Un raisonnement similaire est applicable pour la discrimination indirecte au regard de sa proximité avec la

---

[784] Voir *supra* §§ 295 – 317.

[785] Cour E.D.H., 13 décembre 2005, *Timichev contre Russie*, préc., § 56. Dans le même sens, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci contre Bosnie-Herzégovine*, préc., § 43.

[786] Pour la première utilisation de cette formulation voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 196. Pareille position sera reprise dans l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce* (Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 84), dans l'arrêt *Orsus et autres contre Croatie* (Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 156) et dans l'arrêt *Sampani contre Grèce* (Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 90). Dans le même sens à propos de la Cour suprême des Etats-Unis voir CALVES (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, préc. : « *Sa propre jurisprudence lui impose de mettre en œuvre* [un contrôle entier] *lorsqu'elle est amenée à statuer sur une différence de traitement qui repose sur une catégorisation raciale* », p. 15.

discrimination directe[787]. Dès lors, l'existence d'une présomption de discrimination raciale, même indirecte, suffirait à limiter le bénéfice de la marge nationale d'appréciation.

347. La position retenue par la Cour sur cette question se rapproche alors de sa politique jurisprudentielle concernant des matières où la marge nationale d'appréciation est réduite. Le contrôle exercé à cet égard n'est pas limité à la proportionnalité au sens strict de la mesure. Les juges vérifient si cette dernière est appropriée au but qu'elle se doit atteindre mais s'inquiètent également de savoir si elle est « *la moins liberticide possible pour parvenir à l'objectif souhaité* »[788].

348. Par exemple, dans l'affaire *Open door et Dublin well woman contre Irlande*[789], la Cour s'était concentrée sur l'efficacité de la mesure prise par les autorités irlandaises à l'encontre de deux associations destinées à la protection de la santé féminine. L'une de leurs activités était d'informer les femmes enceintes sur la possibilité de se rendre à l'étranger pour s'y faire avorter. La *société pour la protection des enfants à naître* considérait cette démarche contraire à la Constitution irlandaise – son article 40§3 reconnait le droit à la vie de l'enfant à naître. La Cour suprême irlandaise avait alors décidé d'interdire aux associations de diffuser quelconque élément facilitant la démarche des femmes désirant subir un avortement de se rendre à l'étranger. Pour les associations requérantes, cette injonction était notamment contraire à l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression. La Cour était également parvenue à cette conclusion en estimant que la réglementation étatique était disproportionnée[790].

349. Elle avait reconnu à l'Etat défendeur une marge d'appréciation dans ce domaine « *qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine* »[791]. Or, le contrôle exercé par la Cour ne s'était pas limité à la seule proportionnalité au sens strict confirmant que cet arrêt constituait « *l'un de ces cas de "fausse marge d'appréciation", de divorce entre les*

---

787 Voir *supra* § 296.

788 VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., p. 190.

789 Cour E.D.H., Plénière, 29 octobre 1992, *Open door et Dublin well woman contre Irlande*, req. n°14234/88, 14235/88, note SUDRE (F.), « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.C.*, 1993, pp. 216 – 220 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°72, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

790 Cour E.D.H., Plénière, 29 octobre 1992, *Open door et Dublin well woman contre Irlande*, préc., § 80.

791 *Ibid*., § 68.

intensités respectives du contrôle annoncé et du contrôle effectivement exercé »[792]. En effet, la Cour avait énoncé que « *si lesdites autorités* [avaient] *en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles* [jugeaient] *nécessaires au respect de la prééminence du droit ou pour donner effet à des droits constitutionnels, elles* [devaient] *en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci* »[793]. En l'espèce, ce contrôle était particulièrement poussé dans la mesure où il portait sur l'efficacité de la réglementation litigieuse.

350. Les juges avaient ainsi constaté son caractère absolu en ce qu'elle interdisait « *de manière "définitive" de communiquer à des femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement provoqué à l'étranger* »[794]. Ce refus catégorique était en lui-même contraire aux exigences de la Convention. En outre, la Cour avait mis en avant le manque d'efficacité de l'interdiction car d'une part « *les informations que l'injonction cherchait à interdire figuraient déjà ailleurs* » et d'autre part elle n'avait pas participé efficacement à la protection du droit à la vie des enfants à naître car elle n'avait pas empêché « *nombre d'irlandaises d'aller encore se faire avorter en Grande-Bretagne* »[795]. La condition d'adéquation de la mesure n'était donc pas remplie. Ce défaut la rendait contraire à la Convention car la liberté d'expression des associations avait été limitée par une mesure qui ne parvenait pas à atteindre le but légitime visé. Ne protégeant concrètement aucun intérêt supérieur, cette atteinte n'avait aucune contrepartie pouvant la rendre conforme à la Convention[796].

351. Outre le contrôle de l'adéquation de la mesure au but légitime visé, le contrôle entier de proportionnalité conduit les juges à s'intéresser à la nécessité de la mesure pour savoir si la restriction litigieuse était le moyen le moins attentatoire pour les droits et libertés de l'individu. Le soupçon de discrimination raciale oblige le juge européen à intensifier son contrôle et à l'aligner sur celui applicable, par exemple, aux affaires concernant le recours à la force meurtrière. S'agissant de l'article 2 – disposition protégeant le droit à la vie et ayant une

---

792 VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., p. 181.

793 Cour E.D.H., Plénière, 29 octobre 1992, *Open door et Dublin well woman contre Irlande*, préc., § 69.

794 *Ibid*., § 73.

795 *Ibid*., § 76.

796 En ce sens voir BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », préc. : dans la mesure où l'autorité étatique « *dispose de pouvoirs qui lui permettent de porter atteinte aux droits et libertés des citoyens, elle ne doit en user que dans la mesure du nécessaire ; les atteintes à ces droits et libertés sont illégales dès lors qu'elles sont superflues ou excessives, eu égard à la finalité de l'action* », p. 298.

importance particulière dans une société démocratique – la Grande Chambre avait jugé dans l'affaire *McCann et autres contre Royaume-Uni*[797] qu'elle devait « *se former une opinion en examinant de façon extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, notamment lorsque l'on fait un usage délibéré de la force meurtrière, et prendre en considération non seulement les actes des agents de l'Etat ayant eu recours à la force mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire notamment la préparation et le contrôle des actes en question* »[798]. Dans cette affaire, les requérants mettaient en cause la responsabilité du Royaume-Uni sur le fondement de l'article 2 de la Convention en raison de la mort de plusieurs membres de l'I.R.A. à l'occasion d'une opération militaire visant à déjouer une action terroriste à Gibraltar.

352. Eu égard à l'importance du droit à la vie, les juges ne s'étaient pas limités à vérifier la manière dont les évènements immédiats avaient conduit à la mort des activistes irlandais. Ils avaient également étudié les décisions successives prises par les autorités britanniques pour savoir si cette atteinte au droit à la vie était réellement le moyen le moins liberticide. Autrement dit, il revenait à la Cour de déterminer si – pour éviter un acte terroriste – il n'existait pas un autre moyen que le recours à la force meurtrière. Pour cela, la Cour s'était interrogée sur l'ensemble des évènements qui avaient conduit aux décès des membres de l'I.R.A. Elle remarqua ainsi que l'attitude des autorités britanniques auraient pu être différente. Elle se demandait « *pour quelle raison les trois suspects n'*[avaient] *pas été arrêtés à la frontière dès leur arrivée à Gibraltar et* [que l'] *on* [ait] *pas décidé de les empêcher d'entrer à Gibraltar puisque l'on pensait qu'ils préparaient un attentat à la bombe* »[799]. Les juges avaient donc substitué leur appréciation à celle des autorités britanniques pour montrer qu'ils n'étaient pas convaincus que « *la mort des trois terroristes* [avait] *résulté d'un recours à la force rendu absolument nécessaire pour assurer la défense d'autrui contre la violence illégale* »[800]. Dans ce contexte, le recours à la force meurtrière n'était pas le moyen le moins liberticide pour protéger les droits d'autrui.

353. L'existence de préjugés raciaux oblige la Cour européenne des droits de l'Homme à adopter une démarche similaire et à augmenter l'intensité du contrôle de proportionnalité

---

797 Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 septembre 1995, *McCann et autres contre Royaume-Uni*, req. n°18984/91, note REITER-KORKMAZ (A.), « Droit à la vie et répression du terrorisme », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 229 – 270 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°11, obs. LEVINET (M.).

798 Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 septembre 1995, *McCann et autres contre Royaume-Uni*, préc., § 150.

799 *Ibid*., § 203.

800 *Ibid*., § 213.

opéré. Cette exigence est guidée par la volonté de protéger l'effectivité du droit à la non-discrimination. En effet, « *une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » [801]. Les mesures de placement d'élèves dans des classes séparées peuvent participer à une meilleure protection du droit à l'instruction mais leur contrôle par la Cour a révélé l'existence d'un manque de proportionnalité.

SECTION 2
UNE CONDITION FAISANT DÉFAUT DANS LE PLACEMENT DES ÉLÈVES ROMS DANS DES CLASSES SÉPARÉES

354. L'aménagement d'une instruction spécifique en fonction des différences subies par les individus peut être utile à garantir le droit universel à l'instruction. Elle doit cependant faire l'objet d'une attention particulière de la part des juges. Depuis 2007, le droit à l'instruction des enfants roms fait l'objet d'un contentieux nourri devant la Cour européenne des droits de l'Homme[802]. Les conditions dans lesquelles ils sont traités ont systématiquement abouti à une condamnation des autorités étatiques sur le fondement de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel. L'engagement de la responsabilité des Etats Parties concernés avait notamment été motivé par l'absence de proportionnalité des mesures différentielles introduites pour garantir leur instruction. Ce manque d'équilibre est marquant s'agissant des affaires dans lesquelles les tests intellectuels étaient à l'origine des mesures de placement. L'existence d'une présomption de discrimination[803] avait ainsi justifié un contrôle entier de proportionnalité des modalités de placement (§1er). Néanmoins, malgré cet examen attentif, le

---

801 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

802 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc. ; Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, préc. ; Cour E.D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, préc.

803 Voir *supra* §§ 304 – 317.

problème de scolarisation des enfants roms n'a toujours pas été résolu de manière efficace (§2nd).

§ 1. Le contrôle poussé des mesures de placement

355. La Cour n'accorde aucune présomption de conventionnalité aux mesures étatiques destinées à garantir la scolarisation des enfants roms. Ce contrôle entier de proportionnalité porte aussi bien sur les tests à l'origine du placement (A) que sur le consentement des parents à voir leurs enfants séparés des classes ordinaires (B).

A) L'EXAMEN DES TESTS A L'ORIGINE DU PLACEMENT

356. Le placement des enfants roms dans des classes séparées a été motivé, dans certaines affaires, par les résultats obtenus à des tests intellectuels. Ces derniers ne sont pas considérés automatiquement contraires aux exigences conventionnelles. Dans l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, la Cour avait estimé « *nécessaire de souligner l'importance de la mise en place d'un système adéquat d'évaluation des aptitudes des enfants présentant des lacunes d'apprentissage en vue de leur remise à niveau* [et pour] *garantir leur placement éventuel dans des classes spéciales sur la base de critères non-discriminatoires* »[804]. Dans ces circonstances, le placement dans des classes séparées ne se ferait qu'au regard des capacités intellectuelles des élèves, assurant une mixité entre élèves roms et non roms. Mais l'examen de cette situation par la Cour a montré l'existence en réalité d'une discrimination indirectement fondée sur l'origine ethnique[805]. L'analyse plus précise de ces évaluations a permis à la Cour de montrer que cette différence de traitement était disproprotionnée.

357. Dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, la Cour avait mis en avant le caractère inadapté des tests appliqués aux élèves d'origine roms. Elle ne les considérait pas

---

[804] Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 92. Les juges offraient ici un argument supplémentaire montrant l'absence d'une réticence automatique de la Cour au placement dans des classes séparées (Voir *supra* §§ 287 – 192).

[805] Voir *supra* §§ 304 – 317.

appropriés dans la mesure où « *ces tests étaient conçus pour la population majoritaire et ne tenaient pas compte des particularités des roms* »[806]. Elle estimait également que « *l'orientation des enfants roms vers des établissements spéciaux destinés aux enfants souffrant de retards mentaux apparaissait souvent "quasi automatique", ce qui exigeait de vérifier que les tests utilisés étaient "équitables" et que les capacités de chaque enfant étaient "évaluées correctement"* »[807]. Pour l'ensemble de ces raisons, la Cour avait estimé que les résultats obtenus aux tests ayant motivé le placement des enfants roms dans des classes séparées ne pouvaient justifier de manière objective et raisonnable la différence de traitement introduite pour rétablir l'égalité d'instruction[808]. Un raisonnement similaire fut mené dans l'arrêt *Horvath et Kiss contre Hongrie*[809] à propos du placement des requérants dans des écoles spécialisées. Les tests menés avaient révélé un léger handicap mental mais les résultats furent contestés par d'autres évaluations conduites par un comité d'experts indépendant. La Cour, rappelant les appréhensions existantes à l'égard de ces outils, estima que la réglementation en vigueur avait, dans les faits, des effets disproportionnés sur la communauté rom[810]. Le contrôle exercé par les juges sur ces tests confirme la réduction de la marge d'appréciation des autorités étatiques. Si ces derniers ont reconnu qu'il ne leur appartenait pas de se prononcer sur le bien fondé des évaluations entreprises, l'existence d'une présomption de discrimination a justifié l'élargissement du contrôle opéré. Cette tendance s'est confirmée dans les autres affaires contestant les tests auxquels les enfants roms avaient été soumis.

358. Dans l'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*, la Grande Chambre s'était concentrée sur les tests effectués pour décider du placement des enfants roms dans des classes séparées. Ces derniers étaient séparés des autres élèves parce qu'ils ne maîtrisaient pas la langue d'enseignement. Pour évaluer ce défaut, l'examen à l'origine du placement devrait naturellement porter sur le niveau de connaissance du croate chez ces enfants. Or les juges avaient constaté certains dysfonctionnements trahissant le manque de proportion nécessaire de la différence de traitement. Ainsi avaient-ils observé que « *les requérants* [n'avaient] *pas passé de tests portant spécifiquement sur leur connaissance de la langue croate* [mais sur] *leur niveau de développement psycho-physique en général* »[811]. A cela s'ajoutait que les

---

806 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 200.
807 *Ibid*., § 200.
808 *Ibid*., § 201.
809 Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, préc.
810 *Ibid*., § 128.
811 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 160.

lacunes révélées par les tests n'étaient pas compensées par la mise en œuvre d'un « *programme spécial destiné à les aider à surmonter leurs insuffisances linguistiques alléguées* »[812]. En conséquence, les moyens mis en œuvre par les autorités croates pour rétablir l'égalité d'instruction n'étaient pas adéquats. A cela s'ajoutait qu'« *il n'existait pas de garanties propres à assurer la formation et le maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé* ».

359. Au-delà du contrôle des tests qui ont été effectués, la Cour avait également porté son attention sur l'absence d'une telle évaluation. Cela a par exemple été le cas dans l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*. A cette occasion, la Cour avait noté que « *le gouvernement* [n'avait pas] *fait* […] *état dans ses observations de tests adéquats auxquels les enfants concernés auraient été soumis aux fins d'évaluation de leurs aptitudes ou de leurs difficultés éventuelles d'apprentissage* »[813]. L'absence d'une telle évaluation posait des difficultés à la Cour car les circonstances entourant la scolarisation des enfants roms en Grèce ne laissaient que peu de place aux doutes quant à l'existence d'une discrimination. L'organisation de tests objectifs, prenant en compte leur spécificité, aurait permis de dissiper ces doutes. A cela s'ajoute qu'aucune évaluation périodique n'avait été organisée « *pour permettre aux autorités scolaires d'apprécier, sur la base de données objectives et non pas d'évaluations approximatives, leur aptitude à intégrer les classes ordinaires* »[814]. L'absence de données objectives suffisantes pour justifer le placement des enfants roms dans des classes séparées avait conduit la Cour à conclure à l'absence de justification objective et raisonnable et donc au manque de proportionnalité de la différence de traitement[815].

360. Le contrôle des tests à l'origine des mesures de placement a permis de démontrer que la différence de traitement dont les enfants roms faisaient l'objet étaient disproportionnées. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'était également penchée sur les conditions dans lesquelles les parents avaient accordé leur consentement à ce que leur enfant soit inscrit dans une classe séparée.

---

[812] Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 166.
[813] Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 89.
[814] *Ibid*., § 91.
[815] *Ibid*., § 96.

B) L'EXAMEN DU CONSENTEMENT DES PARENTS A LA MESURE DE PLACEMENT

361. Le consentement des parents au placement de leurs enfants dans des classes séparées était considéré par la Cour comme un « *élément décisif sans lequel* [il] *n'aurait pas eu lieu* »[816]. Cet accord était assimilé à une « *renonciation au droit de ne pas subir de discrimination* » et signifiait « *l'acceptation* [de la différence de traitement], *fût-elle discriminatoire* »[817]. La Cour s'est penchée sur la licéité de ce « *procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'il pourrait encore la faire valoir* »[818]. Il constitue un acte grave que la Cour doit contrôler. Cela n'est pas aisé car « *la question de savoir quels sont les droits substantiels susceptibles de faire l'objet d'une renonciation* » est encore largement ouverte[819]. Les conditions nécessaires à la renonciation d'un droit garanti doivent être rappelées (1) pour montrer que les parents des enfants roms ne pouvaient pas renoncer à leur droit à un traitement non discriminatoire (2).

1. Le rappel des conditions nécessaires à la renonciation à un droit garanti

362. Les arrêts *Deweer contre Belgique et Pfeifer et Plankl contre Belgique*[820] ont fixé trois critères pour qu'une renonciation à un droit garanti soit licite. Il faut qu'elle soit « *établie de*

---

816 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 202. Dans l'arrêt *Horvath et kiss contre Hongrie* de 2013, les parents d'un des requérants n'avaient pas donné leur accord à la mesure de placement. Cela n'avait cependant pas empêché les autorités hongroises d'inscrire leur enfant dans « *une école primaire et professionnelle de rattrapage* » (Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, préc.).

817 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 202 ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 93. Dans l'affaire *Orsus et autres contre Croatie,* les juges reprennent la formule retenue dans ces deux affaires affirmant que « *le même raisonnement s'applique en l'espèce, les parents des requérants ne s'étant pas opposés au placement de leurs enfants dans des classes réservées aux roms et n'ayant pas demandé leur transfert dans des classes mixtes* », (Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., §§ 178 – 179).

818 FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Coll. de droit international, 2001, 752 p., pp. 13 - 14.

819 FLAUSS (J.-F.), « A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires. Note sous Cour E.D.H., 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson contre Suède* », *R.T.D.H.*, 1991, pp. 491 – 505, spéc. p. 494.

820 Cour E.D.H., 27 février 1980, *Deweer contre Belgique*, req. n°6903/75 ; Cour E.D.H., 27 février 1992, *Pfeifer et Plankl contre Autriche*, req. n°10802/84, note RENUCCI (J.-F.), « *Le droit à être jugé par un tribunal impartial et la renonciation à ce droit ; atteinte au droit au respect de la vie privée par l'effacement de certains passages de lettres privées de détenus : ingérence disproportionnée au but légitime* », *Recueil Dalloz*, 1992, pp. 331 - 332.

manière non équivoque, qu'elle ait lieu en connaissance de cause, c'est-à-dire sur la base d'un consentement éclairé et qu'elle soit effectué sans contrainte »[821]. L'autonomie de l'individu est donc mise au centre de la réflexion de la Cour. L'existence d'un document écrit serait « *de nature à asseoir la conviction du juge que le justiciable a bel et bien entendu renoncer de manière non équivoque à l'un des droits et libertés énoncés dans la Convention européenne* »[822]. L'existence de ce document n'apparaît cependant pas suffisante « *lorsque l'ensemble des circonstances de la cause ne permet pas d'établir avec certitude qu'un requérant a entendu renoncer à se prévaloir* » de la Convention[823]. La renonciation n'est pas valable lorsqu'un doute subsiste. Renoncer à ses droits et libertés est un acte grave et il faut donc être certain que « *la volonté exprimée corresponde à la volonté réelle de l'intéressé* »[824].

363. Cette certitude n'était pas vérifiée dans les espèces en cause. La Cour s'était d'ailleurs attachée à démontrer que l'accord donné par les parents au placement de leurs enfants dans des classes séparées n'était pas certain. Pour des raisons différentes, elle a systématiquement critiqué la manière dont cet accord avait été obtenu. Dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, elle avait noté que cet accord revêtait « *la forme d'une signature apposée sur un formulaire prérempli, lequel ne contenait pas d'information sur les autres choix possibles ou sur les différences entre le programme des écoles spéciales et celui des autres écoles* ». Elle avait également ajouté que les autorités tchèques n'avaient pas pris de « *mesures supplémentaires en vue de s'assurer que ces parents avaient reçu tous les renseignements nécessaires pour faire un choix éclairé et qu'ils étaient conscients des conséquences de leur consentement pour l'avenir de leurs enfants* »[825].

364. Dans l'affaire *Orsus et autres contre Croatie*, c'est l'absence de réaction des parents contre la séparation de leurs enfants des classes normales ainsi que l'absence de demande de leurs parts pour le transfert dans des classes mixtes qui valut renonciation. Reprenant les conclusions de la Grande Chambre en 2007, les juges avaient estimé que la passivité des parents ne pouvait pas s'analyser comme une volonté de leur part de renoncer à leur droit à être traités de manière non-discriminatoire[826]. Dans l'arrêt *Sampanis et autres contre Grèce*,

---

821 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 202.
822 FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 557.
823 *Ibid*., p. 555.
824 *Ibid*., p. 550.
825 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 203.
826 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., §§ 178 – 179.

les juges s'étaient concentrés sur l'atmosphère qui avait entouré le placement des enfants roms dans des classes séparées[827]. La pression subie par les parents de ces derniers ne pouvait s'accorder avec un consentement libre et éclairé de leur part. Dans cette affaire, la Cour avait constaté que « *certains au moins des requérants se sont trouvés à cette occasion confrontés à un dilemme* »[828]. Pour illustrer cette situation, elle prenait l'exemple d'un des requérants qui devait choisir *entre la scolarisation de ses enfants dans les classes ordinaires, avec le risque de voir leur intégrité mise en péril par des personnes non roms "furieuses", et leur scolarisation dans l'"école ghetto"* »[829].

365. Le raisonnement était similaire dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*. Outre l'existence d'un formulaire prérempli, les juges avaient également noté ce dilemme : les parents « *devaient choisir entre des structures d'enseignement général qui ne disposaient pas de moyens pour prendre en compte les différences sociales et culturelles de leurs enfants et où ces derniers riquaient de se trouver isolés et frappés d'ostracisme, et des structures d'enseignement spécial dans lesquelles la majorité des élèves étaient roms* »[830]. Dans l'un ou l'autre des cas présentés, le consentement semblait contraint. Or « *pour que la renonciation soit susceptible de déployer ses effets, il est indispensable que l'intéressé n'ait pas subi de pressions illégitimes visant à l'inciter à abandonner la protection à laquelle il peut prétendre* »[831]. En conséquence, la validité de la renonciation au droit à être traité sans discrimination était impossible.

366. Dans ces affaires, l'argumentaire développé par les juges n'avait pas uniquement pris en compte la situation dans laquelle le consentement avait été formulé. Il s'était également concentré sur la situation personnelle et de grande vulnérabilité de la population rom. A cet égard la majorité de la Cour avait pu faire preuve d'un « *paternalisme juridique* »[832] qui n'avait pas forcément été apprécié par tous les juges[833]. La Cour avait en effet exprimé ses doutes sur les capacités intellectuelles des parents roms à mesurer l'étendue de leur

---

827 Voir *supra* §§ 312 – 316.

828 Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 94.

829 *Ibid*., § 94.

830 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 203.

831 FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 559.

832 DUBOUT (E.), « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), 13 novembre 2007 », préc., p. 833.

833 En ce sens, voir SZYMCZAK (D.), « Europe. Décisions de novembre 2007 à janvier 2008 note sous C.E.D.H., 13 novembre 2007, D.H. et a. c/ Rép. Tchèque », *J.C.P.A.*, n°41, 2008, 2225, n°13.

engagement. Elle n'était pas convaincue « *que les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement* »[834]. Cette position retenue, notamment dans l'affaire *D.H. et autres République tchèque*, avait fait l'objet d'une sérieuse opposition au sein même de la formation de jugement. Dans son opinion dissidente sous l'arrêt de 2007, le Juge Javier BORREGO BORREGO avait exprimé ses doutes. Il assurait ressentir « *une vive frayeur* » avant de développer les raisons plus profondes de son malaise. Il estimait que « *cette ligne de pensée* [pouvait] *conduire aux horribles expériences que nous connaissons bien d'enlèvement d'enfants à leur parent appartenant à un certain groupe social, parce que d'aucuns, les soi-disant bonnes personnes, imposent à tous les citoyens leur même conception de la vie* » avant de conclure qu'il s'agissait, « *finalement, de la triste tradition humaine de la lutte contre le racisme par le racisme* »[835] « *ou comment lutter contre la ségrégation par une autre forme de ségrégation bien-pensante…* »[836]. Cette opposition resta néanmoins vaine car la même argumentation a été reprise ultérieurement – notamment dans l'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*[837].

367. Le contrôle du consentement accordé par les parents aux mesures de placement prend donc en compte la manière avec laquelle celui-ci a été formulé mais également la situation personnelle des parents. A ce premier stade, la Cour européenne des droits de l'Homme avait montré son opposition à les voir renoncer à leur droit d'être traité de manière non-discriminatoire. Cette réticence s'était confirmée en raison de l'atteinte à « *un intérêt public important* »[838].

2. Une renonciation se heurtant à un intérêt public important

368. Les individus placés sous la juridiction d'un Etat Partie peuvent revendiquer librement le bénéfice des droits et libertés reconnus par la Convention. La question de la renonciation

---

834 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 203. Mais aussi voir Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 94.

835 Opinion dissidente du Juge Javier BORREGO BORREGO sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., point 14.

836 SZYMCZAK (D.), « Europe. Décisions de novembre 2007 à janvier 2008 note sous C.E.D.H., 13 novembre 2007, D.H. et a. c/ Rép. Tchèque », *J.C.P.A.*, n°41, 2008, 2225, n°13.

837 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 178.

838 Par exemple, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 204.

est plus complexe car elle peut avoir des conséquences sur un intérêt supérieur justifiant un contrôle précis de la Cour. Elle est d'autant plus complexe lorsqu'elle touche un principe essentiel de la Convention comme l'est la non-discrimination[839]. Cette position est celle retenue par la Cour. Elle avait jugé que « *l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination* » ajoutant même que « *cette renonciation se heurterait à un intérêt public important* »[840]. Différente de l'ordre public, cette notion d'intérêt public important « *permet de prendre en compte un intérêt général qui pèse plus lourd que l'intérêt du requérant à renoncer à son droit* »[841]. Cette démarche est classique tant la recherche d'une conciliation entre les intérêts en présence est l'essence même du principe de proportionnalité. Pour vérifier « *s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif légitime protégé, la Cour effectue une mise en balance d'intérêts contraires : intérêt individuel du requérant versus intérêt général de l'Etat ou de la collectivité* »[842]. Elle n'est pas applicable au seul principe de non-discrimination.

369. La renonciation au droit à la vie a également fait l'objet d'un contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Qualifié d'« *attribut inaliénable de la personne humaine* [formant] *la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'Homme* »[843], ce droit « *ne peut pas* […] *être invoqué pour y puiser un droit de mettre un terme à sa vie* »[844]. Ce fut la position retenue par les juges de Strasbourg en 2002 dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*[845]. Dans

---

839 Cour E.D.H., 21 juillet 2005, *Strain et autres contre Roumanie*, req. n°57001/00, § 59.

840 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 204 ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 95 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 178.

841 FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 607.

842 SZYMCZAK (D.), « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », préc., p. 450.

843 Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne*, req. n°34044/96, 35532/97, 44801/98, § 94, note TAVERNIER (P.), « L'affaire du "mur de Berlin" devant la Cour européenne : la transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 1109 – 1181 ; FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 1060 - 1077.

844 FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 263.

845 Cour E.D.H., 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, req. n°2346/02, note SCHUTTER (DE) (O.), « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos de l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* du 29 avril 2002 », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 71 – 111 ; GIRAULT (C.), « La Cour E.D.H. ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *J.C.P.G.*, 2003, pp. 676 – 682 ; LE BAUT-FERRARESE (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des malades : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1383 – 1388 ; DECAUX (E.), TAVERNIER (P.), « Note sous Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.), quatrième section, 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-*

cette affaire, la requérante souffrait d'une maladie dégénérative qui l'avait complètement paralysée. Son espérance de vie était très limitée. Elle craignait « *de la souffrance et de l'indignité qu'elle* [allait] *endurer si on* [laissait] *la maladie se développer, et elle* [souhaitait] *donc vivement pouvoir décider quand et comment elle* [allait] *mourir et ainsi échapper à cette souffrance et à cette indignité* »[846]. Elle réclamait l'autorisation de se faire aider à mettre fin à ses jours sans que la personne qui l'accompagnerait dans cette démarche soit inquiétée par des poursuites judiciaires. Elle souhaitait finalement renoncer à son droit à la vie en interprétant l'article 2 de la Convention comme offrant également un droit à mourir. La Cour n'avait pas retenu cette interprétation. Pour elle, « *l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie* »[847]. Le suicide assisté est une question délicate en ce qu'elle met en avant des enjeux sociétaux et moraux difficiles à analyser sereinement. La conciliation entre l'intérêt particulier de la requérante et l'intérêt général ne pouvait, dans ces circonstances, qu'avantager le second. Le suicide assisté se heurte à cet intérêt public important selon les conceptions retenues par les Etats. Le principe de subsidiarité déploie l'ensemble de ces effets sur ce sujet sensible et sur lequel aucune communauté de vue n'a semblé se dégager. Combiné à l'exigence de ne pas heurter un intérêt public important, il empêche toute renonciation au droit à la vie.

370. La renonciation à un droit garanti dans la Convention est difficile mais reste cependant possible. C'est par exemple le cas du droit – défendu par l'article 6§1 – à ce que sa cause soit entendue publiquement. Dans l'arrêt *Pauger contre Autriche* du 28 mai 1997[848], la Cour avait jugé que « *la publicité des débats judiciaires* [constituait] *un principe fondamental consacré par l'article 6 par. 1, mais que ni la lettre ni l'esprit de ce texte* [empêchait] *une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite* ». Elle rappelait ensuite les critères classiques selon lesquelles « *pareille renonciation* [devait] *être non équivoque et ne se heurter*

Uni », *J.D.I.*, 2003, pp. 535 – 538 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°46, obs. MARGUENAUD (J.-P.). Sur la question du commencement et de la fin de la vie, voir COSTA (J.-P.), « Le commencement et la fin de la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Le droit à la mesure de l'Homme. Mélanges en l'honneur de Philippe LEGER*, Paris, Pedone, 2006, 523 p., spéc. pp. 373 – 380.

846 Cour E.D.H., 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, préc., § 8.

847 *Ibid.*, § 39. Elle a poursuivi en estimant qu'il n'était « *pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique* », §. 40.

848 Cour E.D.H., 28 mai 1997, *Pauger contre Autriche*, req. n°16717/90.

à aucun intérêt public important »[849]. En l'espèce, un professeur de droit contestait la conventionnalité de la procédure applicable par les juridictions internes car il n'avait pas été entendu par la Cour constitutionnelle autrichienne. La Cour européenne des droits de l'Homme avait constaté que cette dernière n'entendait les parties que si une demande en ce sens était formulée. Elle avait estimé qu'en raison de sa fonction le requérant ne pouvait être qu'au courant de cette pratique. En conséquence, il avait été considéré « *qu'il* [avait] *renoncé sans équivoque à son droit à une audience publique* »[850]. A la lecture de cet arrêt, une législation interne pourrait prévoir la renonciation tacite à un droit ou à une liberté sans pour autant être contraire à la Convention.

371. Cette possibilité d'abandonner le bénéfice d'une disposition contenue dans la Convention semble néanmoins conditionnée à la nature du droit en cause. La renonciation à un droit substantiel – comme l'article 2 – serait plus délicate que celle visant un droit procédural – comme l'article 6§1. Eu égard à l'importance reconnu au principe de non-discrimination en ce qu'il est un fondement essentiel au droit de la Convention européenne des droits de l'Homme[851], y renoncer reviendrait à nier la portée de cet outil de protection des droits fondamentaux. Une telle attitude porterait sans nul doute atteinte à un intérêt public important. En conséquence, personne ne peut accepter d'être discriminé sans quoi la poursuite d'un idéal démocratique serait vaine. Cette atteinte à un intérêt supérieur permettrait d'annihiler à lui seule toute volonté de renonciation à un droit garanti. Un consentement libre et éclairé ne pourrait pas suffire à inverser la balance des intérêts.

372. Les mesures de placement des enfants roms ne pouvaient être conformes à la Convention. L'existence d'un consentement libre et éclairé n'aurait eu aucun impact sur leur conventionnalité. Cela interroge donc sur la pertinence du raisonnement mené par la Cour à l'égard de l'étude du consentement donné par les parents. Etait-il nécessaire, alors même qu'il semble impossible de renoncer au droit à la non-discrimination, de préciser que les parents roms n'avaient pas les capacités suffisantes – ce qui au demeurant n'avait pas été vérifié – pour comprendre le sens de leur engagement ? Cela aurait évité ce sentiment de malaise soulevé par l'opinion dissidente du Juge BORREGO BORREGO. Un contrôle entier de

---

849 *Ibid*., § 58.
850 *Ibid*., § 58.
851 Cour E.D.H., 21 juillet 2005, *Strain et autres contre Roumanie*, préc., § 59.

proportionnalité était toutefois nécessaire et justifié. Celui-ci est néanmoins resté sans effet sur le problème de scolarisation des enfants roms.

§ 2. L'absence de solution efficace en faveur de la scolarisation des enfants roms

373. Les mesures de placement des enfants roms étaient toutes motivées, selon les Etats Parties condamnés, par la volonté de rétablir une égalité d'instruction et donc de protéger un droit universel à l'instruction. De son côté, la Cour n'a jamais réellement montré son hostilité à l'égard d'une telle réglementation. Elle avait montré que cette séparation temporaire visait « *le but légitime d'adapter le système éducatif aux besoins particuliers des enfants* [sans pour autant qu'il soit] *automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention* »[852]. Néanmoins, elle a conclu de manière systématique que la différence de traitement introduite manquait de justification objective et raisonnable. Les Etats ont donc vu leur responsabilité engagée devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Cela étant, le problème de scolarisation des roms persiste (A) malgré l'existence de solutions envisageables pour le résoudre (B).

A) LA PERSISTANCE DU PROBLEME DE SCOLARISATION DES ENFANTS ROMS

374. L'article 46§1 de la Convention oblige les autorités étatiques « *à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ». L'exécution des décisions rendues par la Cour devait donc conduire à la résolution du problème de scolarisation des enfants roms, tout du moins dans les Etats concernés. Ces derniers sont tenus d'exécuter les arrêts rendus à leur encontre par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il s'agit là de la conséquence logique de leur engagement conventionnel. La correcte exécution des arrêts de la Cour – qui ne concerne que l'Etat partie au différend - entraîne une triple conséquence. Il est obligé de mettre fin immédiatement à la violation, doit effacer les conséquences passées du fait internationalement illicite – et donc réparer le dommage – et est

[852] Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 157.

dans l'obligation d'éviter de futures violations similaires à celles ayant provoqué le conflit devant la Cour[853].

375. La question de la scolarisation des enfants roms n'est pas qu'un problème ponctuel. La simple annulation des mesures de placement n'est pas suffisante pour leur garantir, sur le long terme, leur droit à l'instruction. Pour éviter une violation future, l'exécution correcte des arrêts de la Cour suppose une réflexion plus globale sur leur situation. Si « *la question de l'effectivité des droits* […] *ne saurait* […] *se confondre avec celle de l'effectivité des arrêts* »[854], il n'en demeure pas moins que « *la garantie de non-répétition* […] *correspond à la double finalité du système européen, à savoir corriger les violations mais aussi participer au développement des droits de l'homme* »[855]. En ce sens, l'Etat visé par la condamnation de la Cour a pour obligation de protéger durablement le droit à l'instruction des élèves roms. Il ne s'agit pas uniquement de les retirer des classes séparées sans dégager de solution spécifique leur assurant une protection efficace de leur droit à l'instruction.

376. Cette position se heurte néanmoins à « *trois obstacles théoriques majeurs* [qui empêcheront] *les arrêts de la Cour condamnant un Etat* [d'avoir] *un effet sur l'évolution d'une règle générale interne* »[856]. Il s'agit d'abord de l'effet déclaratoire des arrêts selon lequel il ne revient pas à la Cour mais aux autorités étatiques d'annuler ou d'abroger la réglementation contraire à la Convention. C'est ensuite l'appréciation in concreto de la violation de la Convention selon laquelle ce n'est pas la réglementation mais son application à un cas concret qui est déclarée contraire à la Convention. Enfin, c'est l'article 46§1 de la Convention lui-même en ce qu'il ne consacre qu'une autorité relative de la chose jugée c'est-à-dire applicable au seul Etat visé par la condamnation. Il revient donc aux Etats concernés de se conformer à leurs obligations conventionnelles en mettant tous les moyens en œuvre pour modifier la réglementation en vigueur.

---

853 Sur ce point voir LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Organisation internationale et relations internationales, 1999, 624 p., spéc. pp. 105 – 114.

854 SUDRE (F.), « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 917 – 947, spéc. p. 917.

855 LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, préc., p. 111.

856 MARGUENAUD (J.-P.), « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en France », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, Coll. U.A.E. symposium, 2001, 160 p., spéc. pp. 137-154, spéc. p. 140.

377. Ces obstacles semblent néanmoins être limités dans la mesure où « *ils ont été balayés par la pratique des Etats qui adoptent des mesures générales destinées à rendre leur droit interne compatible avec la Convention* »[857]. Le problème de scolarisation des enfants roms semble cependant représenter une exception. Les Etats tentent certes de se conformer à la position dégagée par la Cour. Cette dernière n'hésite d'ailleurs pas à reconnaître le volontarisme des autorités étatiques pour résoudre le problème de la scolarisation des enfants roms. Dans les arrêts *D.H. et autres contre République tchèque* et *Orsus et autres contre Croatie*, elle a expressément reconnu « *les efforts fournis* » par les autorités tchèques et croates en vue de scolariser les enfants roms[858]. Mais elle rappelait immédiatement que les solutions proposées n'étaient pas satisfaisantes. Elle n'était pas « *convaincue que la différence de traitement ayant existé entre les enfants roms et les enfants non roms reposât sur une justification objective et raisonnable et qu'il existât un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre* »[859] ou bien qu'« *il n'existait pas de garanties propres à assurer la formation et le maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé* »[860]. Le même constat est également relevé dans l'arrêt *Sampanis et autre contre Grèce* de 2008[861].

378. A l'occasion de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque*, les juges avaient relevé « *avec intérêt que la nouvelle législation* [avait] *supprimé les écoles spéciales et qu'elles* [contenaient] *des dispositions relatives à l'éducation au sein des écoles ordinaires des enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques, dont les enfants socialement défavorisés* »[862]. Cette évolution de la réglementation ne semble cependant pas avoir complètement résolu le problème de leur scolarisation. Selon le Ministère des Affaires étrangères français, « *en exécution de l'arrêt de la* [Cour européenne des droits de l'Homme], *Prague a produit un plan d'action qu'elle met en œuvre progressivement, mais le pourcentage d'élèves d'origine rom scolarisés selon les programmes spéciaux reste élevé (35%) même si une légère baisse est enregistrée par rapport à 2007 (8,6%)* »[863]. En 2014, le

---

857 SUDRE (F.), « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 923.

858 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 208. Une formule similaire est retenue dans l'affaire *Orsus et autres contre Croatie* (Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 184).

859 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 208.

860 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 184.

861 Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc., § 96.

862 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 208.

863 http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/pays-zones-geo/republique-tcheque/presentation-de-la-republique/#contenu mis à jour le 3 mars 2014.

problème de scolarisation des roms en République tchèque se manifeste encore avec une certaine acuité.

379. Un constat similaire peut être dressé à propos de la Grèce. La Cour européenne des droits de l'Homme l'avait condamnée en raison du placement dans des classes spéciales situées dans une annexe du bâtiment principal. Les autorités grecques devaient donc se conformer à cette décision et adopter une réglementation protégeant durablement le droit à l'instruction des enfants roms. Le Comité des ministres – chargé de surveiller l'exécution des arrêts rendus par la Cour en vertu de l'article 46§1 – estima dans sa résolution du 14 septembre 2011 que le problème avait été réglé[864]. Il constata en effet qu'aussi bien des mesures individuelles que générales avaient été prises. S'agissant des premières, la résolution soulignait que les classes préparatoires avaient été supprimées, mais également que les autorités grecques avaient « *adopté des mesures pour faciliter l'inscription des enfants des requérants dans une école ordinaire à la suite de l'arrêt de la Cour* ». S'agissant des secondes, le Comité des ministres avait remarqué que des mesures spécifiques avaient été adoptées pour faciliter leur inscription à l'école primaire. Il notait par exemple que « *contrairement aux autres élèves, les enfants roms* [étaient] *inscrits en primaire selon une procédure simplifiée sur la base d'une simple déclaration, sans qu'il soit nécessaire de fournir des certificats* ». A cela s'ajoutait le constat selon lequel les autorités grecques fournissaient « *des informations sur les mesures prises visant à améliorer les installations et les conditions de travail de la 12ème école primaire d'Aspropyrgos* » censée être mixte et couvrant le secteur dans lequel la communauté rom résidait.

380. La Cour européenne des droits de l'Homme fut néanmoins saisie d'une requête contestant la pratique en vigueur dans cette 12ème école. Malgré la position du Comité des ministres, elle conclut, dans l'arrêt *Sampani et autres contre Grèce*, à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel[865]. Elle releva qu'il n'y avait eu « *aucun changement notable dans les faits à l'origine de l'affaire* Sampanis et autres, *si ce n'est la volonté affichée du ministère de l'Education d'intégrer les élèves roms dans le système éducatif ordinaire, manifestée par la création de la 12ème école, laquelle, pour diverses raisons relevant de la politique des autorités municipales et préfectorales, n'*[avait

---

[864] Comité des ministres, 14 septembre 2011, résolution sur l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, req. n°32526/05.

[865] Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc.

pas] *pu fonctionner comme prévu, ce qui a eu pour effet de faire perdurer une différence de traitement à l'égard de la communauté roms* »[866]. Ce n'est pas la nouvelle condamnation de la Grèce en 2013 qui incite à l'optimisme sur cette question. L'arrêt *Lavida et autres contre Grèce* a en effet confirmé ces difficultés « *voire* [ces] *réticences, à mettre en œuvre les arrêts précédents* »[867]. Les commentateurs ont montré que « *même en l'absence de toute intention discriminatoire de l'Etat, son défaut d'engagement dans des mesures antiségrégationnistes effectives* […] *ôte toute justification objective à la pérennisation d'une école publique exclusivement fréquentée par des enfants roms* »[868]. Leurs difficultés de scolarisation sont donc persistantes.

381. L'affaire *Sampani et autres contre Grèce*[869] a également permis de mettre en avant les difficultés pour assurer l'exécution d'un arrêt. Outre la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel, les requérants alléguait aussi celle de l'article 46 de la Convention. Ils reprochaient à la Grèce de ne pas avoir assumé ses obligations conventionnelles en ayant pris des mesures propres à rétablir l'égalité d'instruction restées sans effet. La Cour a refusé de se prononcer sur ce grief car elle n'estimait pas « *avoir la compétence pour examiner si une Partie contractante* [s'était] *conformée aux obligations que lui* [imposait] *un de ses arrêts* »[870]. En tenant cette posture, les juges avaient évité d'entrer en conflit avec le Comité des ministres qui, à la date d'introduction de la requête, n'avait pas clôturé l'examen de la situation en Grèce. De son côté, le Comité avait pris soin de mentionner que « *les questions liées au fonctionnement de ladite école* [était] *examinées par la Cour européenne dans le cadre d'une nouvelle requête* »[871]. Dans cette affaire, la Cour ne se prononçait donc pas sur le manquement de la Grèce à exécuter l'arrêt *Sampanis et autres contre Grèce* de 2008. Cette mission incombait au Comité des ministres.

382. Elle s'estima néanmoins compétente pour statuer sur les nouveaux faits postérieurs à l'arrêt. Elle indiqua que « *dans le cadre spécifique d'une violation continue d'un article de la Convention à la suite d'un arrêt dans lequel la Cour a constaté la violation d'un droit pendant une certaine période, il n'*[était] *pas inhabituel qu'*[elle] *examine une deuxième*

---

866 *Ibid*., § 89.
867 BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, pp. 205 – 237, spéc. p. 227.
868 *Ibid*., pp. 227 - 228.
869 Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc.
870 *Ibid*., § 111.
871 Comité des ministres, 14 septembre 2011, résolution sur l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, préc.

requête portant sur la violation du même droit pendant une période ultérieure »[872]. Cette nouvelle requête allait donc permettre à la Cour de se prononcer sur les mesures prises par les autorités grecques pour pallier l'inconventionnalité de la réglementation mise en avant en 2008. La Cour était compétente car il était soulevé « *un problème nouveau et* [cela constituait] *une nouvelle affaire indépendante du premier arrêt et de son exécution ; dans ce cas, la Cour n'*[avait] *pas besoin d'ajourner l'examen de la nouvelle requête dans l'attente de la clôture de la surveillance du Comité des ministres* »[873]. Elle avait ainsi constaté que la nouvelle réglementation était restée sans effet sur la situation scolaire des roms. Elle avait donc conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole. A l'issue de cet examen et devant la persistance du problème d'accès des roms aux établissements d'enseignement scolaire, la Cour tenta de dégager une solution pertinente pour résoudre cette difficulté. Sa position rejoignait en ce sens les autres solutions envisageables pour garantir leur droit à l'instruction.

B) LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES EN FAVEUR DE LA SCOLARISATION DES ENFANTS ROMS

383. Le principe de subsidiarité allié au caractère déclaratoire des arrêts de la Cour l'empêche de contraindre les Etats Parties dans le choix d'une solution pertinente pour résoudre le problème de scolarisation des élèves roms. Cette situation ne peut cependant pas perdurer car ces derniers sont privés de l'instrution de qualité à laquelle ils ont droit et ce, en contradiction avec la protection d'un droit universel à l'instruction. La procédure de l'arrêt pilote pourrait être mobilisée à cette fin. Elle risque néanmoins d'être d'une utilité limitée (1). Proposer, pour chaque cas d'espèce, une solution palliant cette difficulté serait plus satisfaisante. Respectueuse du principe de subsidiarité – il ne s'agirait que d'une proposition – cette solution serait en phase avec l'appréciaton *in concreto* faite par la Cour (2).

---

[872] Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 125.

[873] RUEDIN (X.-B.), « Nouvelles requêtes faisant suite à un premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2014, préc., p. 208.

1. L'utilité limitée du recours à l'arrêt pilote

384. La procédure de l'arrêt pilote, prévue pour remédier à l'engorgement du prétoire de Strasbourg, pourrait être envisagée. Elle permettrait d'apporter une solution au problème de scolarisation des enfants roms dans un Etat Partie fréquemment condamné pour violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel. Envisager cette possibilité n'est pas dénué de tout fondement dans la mesure où elle a été dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme, en 2004, pour des « *situations qui n'ont pu être résolues depuis longtemps, le Comité des Ministres ne réussissant pas à obtenir que les "mesures générales" soient identifiées et mises en œuvre afin de résoudre les "problèmes structurels" qui se posent au niveau national* »[874]. Les nombreux arrêts de condamnations de la Grèce correspondent à ce cas de figure. Malgré la surveillance du Comité des ministres[875], les autorités grecques ont à nouveau été condamnées en 2012, dans l'affaire *Sampani et autres contre Grèce*[876], et en 2013, dans l'affaire *Lavida et autres contre Grèce*[877].

385. Cet instrument serait a priori efficace car il « *doit permettre de déterminer s'il y a eu violation de la Convention, d'identifier le dysfonctionnement de la législation interne*[878] *qui est à l'origine de la violation, de donner des indications claires au Gouvernement quant à la manière d'éliminer ce dysfonctionnement* »[879]. L'arrêt *Broniowski contre Pologne* du 22 juin 2004 fut la première affaire qualifiée d'arrêt pilote[880]. En l'espèce, le requérant estimait qu'il n'avait pu faire valoir son droit à être indemnisé pour les biens appartenant à sa grand-mère

---

874 ZAGREBELSKY (V.), « Questions autour de Broniowski », in *Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg, Liber Amicorum Luzius WILDHABER*, Strasbourg, N.P. Engel, 2007, pp. 521 – 536, spéc. p. 526.

875 Comité des ministres, 14 septembre 2011, résolution sur l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, préc.

876 Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc.

877 Cour E.D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, préc.

878 Au-delà même de la législation interne c'est la pratique de l'Etat qui peut être la cause du problème structurel à l'origine d'un arrêt pilote. En ce sens, voir SZYMCZAK (D.), « Le droit à indemnisation dans le cadre des "procédures pilotes" », in FLAUSS (J.-F.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.) (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2011, 357 p., spéc. pp. 275 - 295, spéc. p. 276.

879 BENOIT ROHMER (F.), « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Jcl. Libertés*, Fasc. 330, § 43. Au-delà, « *on pourrait bien imaginer un système dans lequel le recours individuel est l'instrument ou l'occasion pour la Cour d'aborder un problème de dimension générale* » (ZAGREBELSKY (V.), « Questions autour de Broniowski », préc., p. 534).

880 Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 juin 2004, *Broniowski contre Pologne*, req. n°31443/96. De nombreuses affaires suivront. Par exemple, Cour E.D.H., 15 janvier 2009, *Bourdov contre Russie*, req. n°33509/04 ; Cour E.D.H., 10 janvier 2012, *Ananyev et autres contre Russie*, req. n°42525/07, 60800/08 ; Cour E.D.H., 3 avril 2012, *Michelioudakis contre Grèce*, req. n°54447/10 ; Cour E.D.H., 3 septembre 2013, *M.C. et autres contre Italie*, req. n°5376/11.

dans une région appartenant encore à la Pologne à la veille de la seconde Guerre mondiale. A la suite de ce conflit, la frontière polonaise fut déplacée le long de la rivière du Boug. La Pologne s'était engagée à indemniser toutes les personnes ayant été obligées d'abandonner leurs biens immobiliers au-delà de cette limite. Or les indemnités prévues n'avaient jamais été versées. En 2004, la Pologne édicta une loi prévoyant que ses obligations à l'égard des individus concernés étaient éteintes pour ceux qui avaient déjà reçu une partie de leur indemnisation. Ceux à qui rien n'avait été versé s'étaient vus accordés une infime contrepartie pécuniaire. Si la Cour a reconnu en l'espèce une marge d'appréciation à la Pologne, elle a tout de même conclu à l'absence de justification objective et raisonnable capable d'expliquer la situation dans laquelle était le requérant. Au regard du nombre important de requêtes pendantes devant elle, la Cour avait décidé de mettre en place cette procédure d'arrêt pilote pour que les autorités polonaises apportent une solution plus respecteuse des droits fondamentaux des personnes placées dans une situation similaire[881]. La résolution du Comité des ministres du 30 septembre 2009 a montré que cette procédure avait fonctionné. Il estima en effet « *qu'aucune autre mesure d'exécution ne s'*[imposait] *dans cette affaire* » que celles déjà prises[882].

386. Cette démarche pourrait donc servir à la Grèce, ou à d'autres Etats faisant fréquemment face au problème de scolarisation des roms même s'il est difficile de donner « *une définition claire de la notion d'arrêt pilote et les décisions de la Cour ne permettent pas a priori de dégager des critères évidents et clairs* » [883]. Au-delà de ces incertitudes, plusieurs éléments laissent néanmoins place au doute sur la validité d'une telle hypothèse. Dans l'affaire *Broniowski contre Pologne*, la Cour avait révélé dans son dispositif que la violation constatée relevait d'« *un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes* ». L'existence d'une telle difficulté conditionne donc le recours à l'arrêt pilote. Or,

---

881 Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 juin 2004, *Broniowski contre Pologne*, préc., note SZYMCZAK (D.), « L'arrêt pilote : un remède contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme…à condition de bien lire la notice ! », *J.C.P.A.*, 2006, pp. 661 – 664 ; SERMET (L.), « L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 863 – 878 ; ZAGREBELSKY (V.), « Questions autour de Broniowski », préc. ; GARLICKI (L.), « Broniowski and after : On the dual nature of "Pilot Judgements" », in *Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg*, *Liber Amicorum Luzius WILDHABER*, préc., pp. 177 – 192 ; LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" (en marge de l'arrêt "Broniowski") », *R.T.D.H.*, 2005, pp. 203 – 224 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°74, obs. ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.).

882 Comité des ministres, 30 septembre 2009, résolution sur l'affaire *Broniowski contre Pologne*, req. n°31443/96.

883 En ce sens, voir SERMET (L.), « L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 863 – 878, spéc. p. 870.

les obstacles à la scolarisation des enfants roms dans certains Etats Parties à la Convention peuvent-ils être assimilés à ces problèmes structurels ? De plus, le faible nombre de requérants dans les affaires déjà soumises à la Cour[884] a-t-il un impact sur sa mise en œuvre ? Sur cette dernière question, la jurisprudence strasbourgeoise montre qu'il ne s'agit pas d'un critère décisif[885]. S'agissant de la première par contre, la situation est plus confuse car il faut parvenir à définir et à identifier ce qu'est un problème structurel. Deux critères d'identification ont été avancés. Il peut s'agir soit d'un sujet qui ne revêt pas une grande difficulté mais qui concerne un grand nombre de requérants ou bien « *les problèmes peuvent être plus complexes et nécessiter des réformes d'ampleur délicates à réaliser, quel que soit par ailleurs le nombre de requérants concernés* »[886].

387. Le problème de scolarisation des enfants roms est une difficulté qui est régulièrement présentée aux juges européens[887]. Dans l'affaire *Sampani et autres contre Grèce* par exemple, la Cour avait noté que les méthodes de scolarisation des enfants roms « [avaient] *en définitive eu pour résultat de* [les] *discriminer une nouvelle fois* »[888]. Dans l'ensemble des affaires concernant les élèves roms, la Cour avait indiqué plusieurs dysfonctionnements comme l'existence de tests d'aptitude inadaptés. Par exemple, dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, la Cour avait indiqué que les tests en question devaient prendre en

---

884 Dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, ils étaient dix-huit requérants ; onze dans l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce* ; et quinze dans l'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*. L'arrêt du 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce* fait figure d'exception marquant sans doute une explosion du contentieux relatif à la scolarisation des enfants roms. Les requérants sont cent quarante répartis entre trente-huit familles.

885 Il y avait 167 requêtes pendantes et 80 000 potentielles pour des faits similaires à l'arrêt *Broniowski contre Pologne* (Cour E.D.H., 22 juin 2004, *Broniowski contre Pologne*, préc., § 193). Dans l'arrêt *Greens et M.T. contre Royaume-Uni* du 23 novembre 2010 (Cour E.D.H., 23 novembre 2010, *Greens et M.T. contre Royaume-Uni*, req. n°60041/08, 60054/08), la Cour a reçu 2500 requêtes similaires à propos de la conventionnalité de la législation britannique qui prive de droit de vote, de manière *« générale, automatique et indifférenciée* », toute personne condamnée à une peine de prison ferme alors même que la Grande Chambre de la Cour avait déjà déclaré, en 2005, cette législation contraire à l'article 3 du Protocole additionnel dans l'arrêt *Hirst contre Royaume-Uni* (Cour E.D.H., 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni*, req. n°74025/01, § 82). Dans l'affaire *Sejdovic contre Italie*, à propos de la condamnation d'un ressortissant italien par contumace, le nombre de requérant potentiel est extrêmement faible (Cour E.D.H., Gde Chbre, 1er mars 2006, *Sejdovic contre Italie*, req. n°56581/00).

886 SZYMCZAK (D.), « Le droit à indemnisation dans le cadre des "procédures pilotes" », préc., p. 280.

887 Les arrêts rendus par la Cour en témoignent mais la pratique de certains Etats pourrait le confirmer. En France, le problème de la séparation des enfants roms des autres élèves s'était également posé. En janvier 2013, une douzaine d'enfants roms habitant dans un camp sur la commune de Ris-Orangis a été placée dans une classe séparée, située dans un gymnase, pour y recevoir un enseignement adapté et ne pas perturber le fonctionnement des classes normales selon les propos mêmes du maire de la Commune. Sous la pression du Défenseur des droits et de certaines associations oeuvrant en faveur de la protection des droits de l'Homme, comme *Amnesty International*, les enfants ont été réintégrés, dès le mois de février 2013, dans les classes « normales ».

888 Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 104.

compte la situation de vulnérabilité des membres de la population rom. Elle avait jugé qu'existait « *un risque que les tests en question soient entachés de préjugés et que leurs résultats ne soient pas lus à la lumière des particularités et des caractéristiques spécifiques des enfants roms qui les subissent* » [889]. La Cour pourrait donc influencer les Etats quant aux solutions à envisager pour permettre aux enfants de bénéficier au mieux du droit garanti à l'article 2 du Protocole additionnel. Mais ces difficultés ne semblent pas véritablement révéler l'existence de problèmes structurels dans la législation ou la pratique interne des Etats[890].

388. En ce sens, prendre en compte la situation de vulnérabilité dans laquelle les élèves roms sont placés ne semble pas appeler « *des réformes d'ampleur délicates à réaliser* »[891]. Si, comme le laisse à penser la Cour dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, les Etats doivent prendre en compte la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve les enfants roms, alors des tests qui seraient différents pour les élèves roms et non-roms peuvent être envisagés. En fonction des résultats obtenus, les premiers pourront être admis à suivre le cursus scolaire ordinaire. La Cour s'était appuyée sur un rapport rendu par la République tchèque en application de l'article 25§1 de la *Convention cadre pour la protection des minorités nationales*[892]. Celui-ci mentionnait que certains enfants roms doués d'une intelligence supérieure à la moyenne étaient tout de même placés dans une école spéciale[893]. Il ne semble pas non plus que la situation en Grèce, en Hongrie ou en Croatie appelle une réforme structurelle du système éducatif national. Il ne s'agirait que d'apporter des corrections ponctuelles, comme assurer aux élèves, ayant acquis la compréhension de la langue d'enseignement, leur réintégration dans les classes normales. L'arrêt pilote ne semble donc pas s'affirmer comme une alternative crédible pour régler la question de scolarisation des roms.

---

889 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 201.

890 Voir contra RUEDIN (X.-B.), « Nouvelles requêtes faisant suite à un premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc. : « *La Cour aurait pu considérer la situation des enfants roms comme constituant un problème structurel. Les discriminations relevées dans l'arrêt* Sampani *(2012) ont en effet trait à la question générale de la scolarisation et des conditions de scolarisation d'une partie de la population (les Roms) et peuvent avoir des répercussions sociales, économiques et budgétaires* », p. 211. L'auteur ne parle toutefois pas d'un possible recours aux arrêts pilotes.

891 SZYMCZAK (D.), « Le droit à indemnisation dans le cadre des "procédures pilotes" », préc., p. 280.

892 Conseil de l'Europe, 1er février 1995, *Convention cadre pour la protection des minorités nationales*, préc. Son article 25§1 affirme que « *dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente Convention-cadre à l'égard d'une partie contractante, cette dernière transmet au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des informations complètes sur les mesures législatives et autres qu'elle aura prises pour donner effet aux principes énoncés dans la présente Convention-cadre* ».

893 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc., § 66.

389. A cela s'ajoute qu'il n'est pas certain que cette procédure règle cette question sous tous ces angles. En effet, « *la procédure pilote a déjà été appliquée à des problèmes structurels complexes sur la base d'une seule affaire, qui ne mettait pas en évidence l'ensemble des aspects du problème. Dans ce cas, la procédure pilote peut empêcher* [son*] évaluation complète* »[894]. Dans ces circonstances, la scolarisation des enfants roms pourrait encore présenter certaines carences. Le traitement au cas par cas des litiges resterait le meilleur moyen pour apporter une solution concrète. Ce traitement individualisé permettrait de prendre en compte les situations propres à chaque Etat Partie. La Cour proposerait une solution à l'Etat qui, comme la Grèce, connaîtrait des difficultés récurrentes pour répondre efficacement à cette difficulté.

2. L'indication des mesures pertinentes par la Cour européenne des droits de l'Homme

390. La condamnation des Etats pour violation de la Convention peut parfois placer ces derniers dans une situation délicate dans la mesure où les mesures qu'ils prendront afin d'exécuter l'arrêt de la Cour pourront se révéler insuffisante. L'exemple de l'arrêt *Sampani et autres contre Grèce* permet de confirmer cette hypothèse[895]. L'indication par la Cour d'une solution pertinente pour aider les Etats à exécuter correctement leurs obligations conventionnelles peut être nécessaire. A cette fin, plusieurs moyens peuvent être mobilisés.

391. Des moyens procéduraux existent. L'interprétation difficile par un Etat d'un arrêt de la Cour peut être la cause de son manquement. Deux outils pourraient dès lors être mobilisés. L'article 46 al.3 de la Convention dispose que « *lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation* ». Dans le même sens, le Protocole n°16[896] du 2 octobre 2013 prévoit, en son article 1er, que « *les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante* […] *peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principes relatives à*

---

894 SZYMCZAK (D.), « Le droit à indemnisation dans le cadre des "procédures pilotes" », préc., p. 283.

895 Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc.

896 Sur ce protocole voir SUDRE (F.), « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 1912 – 1920 ; RUNAVOT (M.-C.), « Le protocole n°16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *R.G.D.I.P.*, 2014, pp. 71 – 93.

l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Cette procédure a été concrètement envisagée à l'occasion de la Conférence de Brighton en 2012[897]. Cette conférence a donné lieu à une déclaration dans laquelle il était inscrit que « *l'interaction entre la Cour et les autorités nationales pourrait être renforcée par l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les Etats parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres Etats parties* »[898]

392. Cette procédure bénéficiera aux juridictions internes et aux autorités étatiques pour tenter de solutionner, en amont, la problématique de la scolarisation des enfants roms. Le protocole n°16 participe en effet à la volonté de garantir efficacement les droits et libertés fondamentaux. En ce sens, la mise en place d'un avis consultatif doit permettre à la Cour « *de se prononcer exclusivement en droit et de donner une solution de principe à une question grave d'interprétation ou d'application de la Convention, intéressant l'Etat Partie mais pouvant aussi, plus largement, être d'intérêt général pour l'ensemble des Etats Parties* »[899]. La situation des élèves roms en Grèce rentrerait, par exemple, dans cette hypothèse. L'existence d'une discrimination à leur égard perdure sans qu'aucune solution viable ne soit apportée. Cette thématique correspondrait ainsi à « *une question de principe intéressant l'ordre public européen* [et pourrait] *faire l'objet d'un avis consultatif* »[900]. L'interprétation donnée par la Cour améliorerait la situation des enfants roms dans les Etats Parties concernés. Elle pourrait également bénéficier à ceux qui sont scolarisés dans des conditions similaires mais dans des Etats qui n'ont pas encore fait l'objet d'une condamnation par la Cour[901]. Le recours à cette procédure pour résoudre le problème de scolarisation des roms est cependant incertain car le protocole 16 n'a actuellement pas reçu le nombre de ratifications suffisantes à son entrée en vigueur et ne vaudra que pour les Etats l'ayant ratifié.

---

897 Conseil de l'Europe, *Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 19 – 20 avril 2012, Brighton.

898 *Ibid*., § 12.

899 SUDRE (F.), « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », préc., p. 1916.

900 *Ibid*., p. 1916.

901 En ce sens, voir *ibid*. : « *Quoique non contraignant, l'avis consultatif produira des "effets juridiques indéniables", bénéficiera de l'autorité interprétative déjà reconnue aux arrêts de la Cour et aura vocation à produire des effets* erga omnes*, d'autant que la Cour pourra se référer à ses propres avis dans les affaires contentieuses ultérieures* », p. 1917.

393. Outre ces moyens procéduraux spécifiques, les indications propres à assurer la garantie du droit à l'instruction des enfants roms peuvent être formulées directement par la Cour européenne des droits de l'Homme dans ses arrêts. En ce sens, l'objectif de protection concrète et effective des droits et libertés autorise la Cour à donner des directives aux autorités étatiques pour se conformer au système conventionnel. Suivant cette démarche, « *l'Etat ne dispose plus du "libre choix des moyens", la Cour lui laissant seulement le soin de prendre les mesure générales nécessaires qu'elle a déclinées dans son arrêt* »[902]. Par exemple, dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*[903] – mettant en cause la violation par la Turquie de l'article 2 du Protocole additionnel – la Cour avait constaté que le système éducatif turc ne présentait pas les garanties de pluralisme suffisantes. Elle avait jugé que « *la violation du droit des requérants* [tirait] *son origine d'un problème tenant à la mise en œuvre du programme* […] *et de l'absence de moyens appropriés tendant à assurer le respect des convictions des parents* »[904]. Pour résoudre cette difficulté, la Cour avait estimé que « *la mise en conformité du système éducatif turc* […] *constituerait une forme appropriée de réparation qui permettrait de mettre un terme à la violation constatée* »[905]. En agissant de la sorte, la Cour avait dépassé le constat d'une simple violation individuelle de la Convention car sa solution avait conduit à une modification plus profonde du droit interne. En effet, « *selon le cas, les arrêts qui constatent l'existence ou l'absence d'une violation peuvent concerner* […] *un aspect du système législatif de l'Etat et avoir une portée générale à l'égard du gouvernement défendeur* »[906]. Cette position a été précisée ultérieurement dans l'arrêt *Mansur Yalçin et autres contre Turquie* [907]. La Cour a jugé que les efforts mis en œuvre par les autorités turques pour conformer le système éducatif turc avec les exigences de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole était insuffisants. En conséquence, elle conclut que la violation des convictions religieuses et philosophiques des parents relevait d'un problème structurel. Sur le fondement de l'article 46, les juges ont insisté pour que le système éducatif

---

902 SUDRE (F.), « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 925.

903 Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc.

904 *Ibid*., § 84.

905 *Ibid*., § 84.

906 ZAGREBELSKY (V.), « Questions autour de Broniowski », préc., p. 521. L'auteur ajoute que cela indique que « *l'arrêt de la Cour est en soi un instrument de protection objective des droits de l'homme qui dépasse l'intérêt du requérant* », p. 522. Certes, « *pilot judgments, in all their variations, go beyond what was the typical approach of the Strasbourg Court – individual solutions to individual cases* » (GARLICKI (L.), « Broniowski and after : On the dual nature of "Pilot Judgements" », préc., p. 192).

907 Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, req. n°21163/11.

turc soit corrigé de manière à ce que les parents d'élèves puissent bénéficier des garanties découlant du respect du pluralisme éducatif sans avoir à dévoiler leurs convictions[908].

394. Les juges se sont engagés sur cette voie dans l'arrêt *Sampani et autres contre Grèce*. Ils étaient conscients que les autorités grecques avaient tout fait pour rétablir la situation de manière à ce qu'elle soit conforme à la Convention[909]. Néanmoins, le problème n'était pas réglé ni pour les requérants ayant introduit une demande devant le prétoire de la Cour en 2008, ni, de manière générale, pour tous les enfants roms[910]. Devant l'incapacité des autorités grecques à résoudre cette difficulté et à la demande des requérants, « *la Cour s'est estimée compétente pour indiquer les mesures que l'Etat défendeur devait prendre pour exécuter l'arrêt* »[911]. Cette intervention ne constitue cependant pas une ingérence excessive de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires nationales. Les mesures proposées étaient en effet « *préconisées* […] *par les requérants mais aussi par le Gouvernement* »[912]. Dès lors, pour résoudre le problème de scolarisation des enfants roms, la Cour avait jugé que les « *requérants qui* [étaitent] *encore en âge d'être scolarisés pourraient être inscrits par la direction de l'éducation primaire de l'Attique de l'Ouest dans une autre école publique et ceux qui* [avaient] *atteint la majorité pourraient s'inscrire dans les "écoles de la deuxième chance" ou bien les écoles pour adultes* »[913] mises en place par les autorités étatiques grecques.

395. Cette prise de position reste minimale. Conseiller aux autorités étatiques grecques d'inscrire les enfants roms dans une autre école publique ne constitue qu'un premier pas vers une meilleure protection des élèves roms. Ce volontarisme des juges servirait de précédent pour d'autres affaires mettant en avant les problèmes de scolarisation des enfants roms. Par exemple, les difficultés d'accès aux établissements d'enseignement scolaire des roms en République tchèque ne sont pas totalement résolues. En 2012, le Comité des Ministres du

---

908 Voir *infra* §§ 662 – 671. Dans le même sens, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc.

909 Les juges rappellent en effet que les classes spéciales, objets du litige en 2008, ont été supprimées et que « *les autorités avaient adoptées des mesures pour faciliter l'inscription des enfants des requérants dans une école ordinaire et qu'une nouvelle école ordinaire qui était censée accueillir tant des enfants roms que des enfants non roms avait été créée* » ; Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 126.

910 *Ibid*, § 127.

911 RUEDIN (X.-B.), « Nouvelles requêtes faisant suite à un premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 210.

912 Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc., § 128.

913 *Ibid*., § 128.

Conseil de l'Europe s'est, à nouveau, penché cette question. Alors même que les autorités tchèques avaient tenté de résoudre le problème[914], il estima que les efforts ainsi effectués étaient insuffisants. S'appuyant sur « *les données statistiques présentées dans le plan d'action consolidé, le pourcentage global d'élèves d'origine rom scolarisé selon des programmes pour les élèves ayant un "handicap mental léger"* [restait] *disproportionnément élevé même si une légère baisse de ce pourcentage* [était] *enregistrée* »[915]. En conséquence – à l'instar de la situation en Grèce – il ne serait pas surprenant que la Cour ait à nouveau à se prononcer sur une requête mettant en cause le système de scolarisation des enfants roms en République tchèque[916]. Les juges pourraient être amenés à indiquer aux autorités tchèques les mesures adéquates pour résoudre ce problème. Un tel volontarisme, même s'il dépasse les compétences classiquement attribuées à la Cour, permettrait une réelle garantie des droits fondamentaux pour ces personnes vulnérables.

396. Cette initiative n'aurait pas besoin d'être automatique. Par exemple, dans le prononcé même de l'arrêt *Orsus et autres contre Croatie*, les juges avaient indiqué que « *la possibilité de poursuivre leurs études offerte aux enfants roms n'ayant pas achevé leur scolarité primaire à l'âge de quinze ans constitue un élément très positif* »[917]. C'est la raison pour laquelle le Comité des ministres est parvenue à une conclusion moins sévère à l'égard des autorités croates que pour la Grèce. Il avait noté qu'« *elles* [mettaient] *actuellement en place des classes et des programmes spéciaux pour améliorer les compétences linguistiques des enfants roms* »[918]. Cet enthousiasme à l'égard de la solution que les autorités croates ont

---

914 Cet effort a été souligné par le Comité des Ministres qui note « *avec intérêt le plan d'action consolidé soumis en réponse à la décision du Comité* [de juin 2012, qui concernait déjà l'arrêt D.H. et autres contre République tchèque] *et les mesures proposées, en particulier la mesure visant à éliminer la possibilité de scolariser des élèves sans handicap dans une classe ayant un handicap, laquelle répond directement à une préoccupation exprimée auparavant à ce sujet par le Comité* », Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 10 décembre 2012, *1157ème réunion (DH), 4-6 décembre 2012, Ordre des travaux annoté et décisions adoptées*, CM/Del/Dec (2012) 1157F.

915 Ce constat appuyé du Comité se fonde sur le rapport fourni par le défenseur public des droits selon lequel « *la proportion d'élèves d'origine rom scolarisés selon ces programmes restent inchangée* » et « *conclut qu'il s'agit là d'une preuve de discrimination indirecte, persistante* » ; Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 10 décembre 2012, *1157ème réunion (DH), 4-6 décembre 2012, Ordre des travaux annoté et décisions adoptées*, préc.

916 Cette issue est probable bien qu'un comité d'experts ait proposé des solutions à la République Tchèque propres à rétablir l'égalité d'instruction. Parmi les solutions proposées, il est surtout question de réponses d'ordre financier. Comité Ad Hoc d'experts sur les questions roms (CAHROM), 29 novembre 2012, *Rapport thématique sur l'éducation inclusive des enfants roms versus écoles spéciales* », 89 p. (sur la question plus précise de la République tchèque, voir pp. 76 – 77).

917 Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc., § 183.

918 Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 2 novembre 2011, *Surveillance de l'exécution de l'arrêt dans l'affaire Orsus et autres contre Croatie*, CM/Inf/DH (2011) 46.

apporté au problème de scolarisation des roms est partagé par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance. Dans son rapport rendu en 2012[919], elle n'a pas hésité à se féliciter « *des mesures prises jusqu'à présent par la Croatie pour remédier aux problèmes mis en lumière dans l'arrêt* Orsus *et engage les autorités à poursuivre leurs efforts en ce sens* ». Elle a poursuivi en étant persuadée que « *l'élimination de la discrimination envers les enfants roms à l'école et la fourniture d'un soutien adapté à leurs besoins auront des effets bénéfiques sur leurs progrès scolaires et sur leur situation en général* »[920]. L'objectif affiché est d'assurer une protection concrète et effective du droit à l'instruction des enfants roms. Si cet objectif ne peut être atteint par les autorités étatiques – comme en Grèce par exemple – alors il n'apparaît pas excessif que la Cour propose des solutions en vue de sauvegarder les droits des requérants. Il reviendra ensuite aux autorités étatiques de les suivre ou non.

---

919 Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 18 – 19 septembre 2012, *Rapport définitif sur la Croatie adopté par l'E.C.R.I. lors de sa 58ème réunion plénière* (19 – 22 juin 2012), CM (2012) 107 add1.

920 *Ibid*., § 74.

CONCLUSION CHAPITRE 2

397. Les Etats sont libres des moyens à employer pour mettre en œuvre l'article 2 du Protocole additionnel[921]. A cette fin, ils peuvent introduire une différence de traitement entre les élèves afin de garantir à ceux ayant le plus de difficultés la jouissance concrète et effective de leur droit à l'instruction. Cette volonté répond aux exigences d'un droit universel à l'instruction. La différence de traitement introduite ne peut cependant être conforme aux exigences conventionnelles qu'à la condition de remplir positivement le test de proportionnalité. Trois éléments doivent être vérifiés : l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict de la mesure.

398. L'intensité du contrôle exercé par la Cour varie en fonction de la marge d'appréciation accordée aux autorités étatiques. Si celle-ci est étendue, le contrôle de proportionnalité se limitera à vérifier qu'un juste équilibre a été préservé entre les différents intérêts en jeu. La Cour n'appréciera pas l'adéquation de la mesure ni sa nécessité. A l'inverse, si la marge d'appréciation est étroite, le contrôle exercé par la Cour sera entier. Elle s'assurera de l'adéquation de la mesure, de sa nécessité et du juste équilibre établi entre les avantages et inconvénients induits par la réglementation étatique.

399. L'analyse de la jurisprudence montre toutefois que les mesures étatiques introduisant une différence de traitement pour garantir un droit universel à l'instruction peuvent faire l'objet d'un contrôle entier de proportionnalité. Si les Etats Parties disposent d'une ample marge d'appréciation dans la définition et l'aménagement des programmes d'enseignement, le bénéfice de cette liberté est annulé dès lors que des soupçons de discriminations raciales sont constatés. Le contentieux relatif à l'accès des enfants roms aux établissements d'enseignement scolaire en constitue la principale illustration. L'existence d'une discrimination indirecte ayant été constatée[922], les mesures de placement des élèves ont fait l'objet d'un contrôle entier de proportionnalité. Bien que ces mesures aient été justifiées pour permettre aux élèves roms de recevoir une instruction de qualité et garantir effectivement un droit universel à l'instruction, elles ont été considérées contraires à la Convention.

---

921 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

922 Voir *supra* §§ 295 – 317.

400. Le problème de scolarisation des enfants roms illustre les limites à l'action de la Cour dans la promotion d'un droit universel à l'instruction. Ces derniers ne peuvent pas accéder efficacement aux moyens d'instruction existants, notamment en raison d'une maîtrise insuffisante de la langue d'enseignement. Les Etats souhaitant résoudre cette difficulté ont pris des mesures jugées discriminatoires. La Cour ne peut donc pas – à raison - les tolérer. La problématique du bénéfice concret du droit à l'instruction des enfants roms reste donc entière. En vertu du principe de subsidiarité, les juges ne peuvent pas imposer aux Etats une solution garantissant au mieux le droit à l'instruction des membres de cette population vulnérable.

401. Dans ce contexte, la Cour est toutefois parvenue à une solution conciliant la marge nationale d'appréciation et la promotion du droit à l'instruction. Dans l'arrêt *Sampani et autres contre Grèce* de 2012[923], elle a constaté que le traitement discriminatoire, dont les élèves roms faisaient déjà l'objet en 2008[924], n'avait pas disparu. Devant ces difficultés, la Cour a fait preuve d'initiative en indiquant les mesures pertinentes pour que les populations roms puissent bénéficier efficacement de l'article 2 du Protocole additionnel. En cela, elle a dépassé la marge nationale d'appréciation traditionnellement accordée aux Etats pour exécuter un arrêt de la Cour et ce, dans le but de garantir véritablement un droit universel à l'instruction.

---

[923] Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc.
[924] Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc.

CONCLUSION TITRE 2

402. La prise en compte des différences subies par les individus ayant vocation à revendiquer le contenu de l'article 2 du Protocole additionnel peut être utile à la garantie d'un droit universel à l'instruction. Elle n'est cependant pas indispensable à sa sauvegarde, à l'inverse du respect de l'égalité formelle. Si ce versant du principe d'égalité constitue l'outil indispensable pour garantir l'effectivité du droit à l'instruction[925], le respect de l'égalité réelle apparaît comme un instrument secondaire de protection. L'introduction d'une différence de traitement n'a pour objectif que de compenser ponctuellement une inégalité existante. Les règles découlant du respect de l'égalité formelle ont, quant à elles, vocation à réglementer la mise en œuvre du droit à l'instruction pour tous. Elles sont le cadre fixe de la protection de l'article 2 du Protocole additionnel. L'important reste que tous les individus aient effectivement accès aux moyens d'instruction et que la substance de l'article 2 du Protocole additionnel ne soit pas atteinte.

403. Le rétablissement d'une égalité de fait serait pourtant bénéfique à la garantie d'un droit universel à l'instruction. Il permettrait à chacun, peu importe ses différences, de bénéficier au mieux des structures existantes pour développer sa personnalité et acquérir les outils nécessaires à la jouissance des autres droits et libertés garantis par la Convention. L'argument principal empêchant la Cour de consacrer le respect de l'égalité réelle comme principe structurant de l'article 2 du Protocole additionnel reste la volonté des Etats d'encadrer strictement les différences de traitement. En effet, « *la prise en compte de la diversité passe* […] *par la catégorisation des individus et des droits* [et] *consiste à se fonder sur des différences objectives entre individus pour décliner les droits universellement reconnus en tenant compte de ces différences* »[926]. Or, l'expérience américaine de l'*affirmative action*, bien qu'elles correspondent à une situation particulière, montre toutefois que l'octroi d'avantages particuliers pour rétablir une égalité de fait est une situation difficilement acceptée.

404. Dans d'autres domaines, la jurisprudence de la Cour fournit toutefois certains indices laissant croire à une prise en compte possible des différences de situations pour garantir un

---

925 Voir *supra* §§ 59 et s.

926 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 176.

droit universel à l'instruction. Ainsi, à plusieurs reprises, la responsabilité de certains Etats Parties sur le fondement de l'article 6§1 a été engagée pour ne pas avoir fourni les moyens adéquats permettant aux requérants d'avoir effectivement accès à un tribunal[927]. Une démarche similaire pourrait être suivie par les juges pour garantir effectivement l'accès de tous, dans les meilleures conditions, aux établissements d'enseignement. En ce sens, ils ne condamnent d'ailleurs pas automatiquement les mesures destinées à aider les élèves en difficultés à combler leur retard.

405. Cette solution ne représente cependant qu'une éventualité. Le respect de l'égalité réelle doit continuer à n'être qu'un outil accessoire au service de la protection du droit universel à l'instruction. L'introduction d'une différence de traitement entre les bénéficiaires de l'article 2 du Protocole additionnel risquerait en effet d'aboutir à la création de discriminations. Le traitement réservé aux élèves roms fournit un exemple jusitifiant les craintes de la Cour à consacrer officiellement le respect de l'égalité réelle comme outil indispensable à la protection d'un droit universel à l'instruction. La Cour se contente simplement de laisser les Etats libres d'introduire des mesures différentielles au profit de certains élèves ou étudiants et d'en contrôler la proportionnalité. Si cette introduction ne se heurte à aucun obstacle majeur, comme le principe de non discrimination, et qu'elle a pour objectif de garantir le caractère universel du droit à l'instruction, les juges ne sembleront pas enclins à s'y opposer.

---

927 Voir *supra* §§ 266 – 270.

CONCLUSION PARTIE 1

406. La volonté de sauvegarder un droit universel à l'instruction a obligé la Cour à dessiner un cadre dans lequel les individus pourraient revendiquer le bénéfice de l'article 2 du Protocole additionnel. A cette fin, elle a dégagé deux obligations positives à la charge des Etats. Il ne s'agit pas de créer ou de financer des moyens d'instruction à la demande des individus mais simplement de garantir à ces derniers l'égalité d'accès aux structures existantes et la reconnaissance officielle des études accomplies. Ces obligations profitent à tous les individus relevant de la juridiction d'un Etat Partie à la Convention. Peu importe sa situation, un particulier doit avoir accès à l'instruction pour pouvoir assurer son épanouissement et pouvoir bénéficier concrètement des droits et libertés de la pensée inscrits dans la Convention. L'Etat dispose d'une marge d'appréciation étendue pour mettre en œuvre ces obligations positives mais il ne doit pas en abuser. Si cet accès est refusé, la Cour s'assure que la restriction dans l'exercice de l'article 2 du Protocole additionnel est justifiée de manière objective et raisonnable. Une limitation ne sera jamais justifiée si elle porte atteinte à la substance du droit à l'instruction. Le respect de l'égalité formelle constitue ainsi l'instrument indispensable à la garantie d'un droit universel à l'instruction.

407. Les mêmes règles sont applicables à tous. Cette circonstance peut cependant avoir un effet néfaste sur la jouissance effective de l'article 2 du Protocole additionnel. La prise en compte des différences de situation entre les élèves ou les étudiants peut aider à corriger certaines inégalités existantes. Cette considération - à laquelle la Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas hostile – participerait à la garantie d'un droit universel à l'instruction. L'octroi d'un avantage à des individus placés dans une situation différente ne peut toutefois pas être une obligation mise à la charge des Etats par la Cour. Si cet octroi ne peut qu'être laissé à l'appréciation des Etats sous le contrôle des juges, la Cour pourrait toutefois les inciter à adopter des mesures favorables à l'égalité des chances ; ce qu'elle fait pour protéger le droit d'accès à un tribunal.

408. En garantissant un droit universel à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme offre à tous la possibilité d'accéder aux moyens d'instruction existants. Cette démarche induit le respect du pluralisme inhérent à une société démocratique. Elle suppose l'égalité de tous les individus, peu importe leurs particularités, au sein des établissements

d'enseignement. En ce sens, « *l'autre est mon semblable, et en tant que tel il dispose des mêmes droits que moi* [et notamment] *de croire ou de ne pas croire* »[928]. Les convictions et les sensibilités de chacun ne doivent donc pas être des motifs de stigmatisation ou d'exclusion. En conséquence, la protection d'un droit universel à l'instruction implique la protection d'un droit à une instruction pluraliste.

928 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 176.

PARTIE 2.
LA GARANTIE D'UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

409. Le pluralisme est consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme comme une valeur essentielle d'une société démocratique[929]. En ce sens, il « *se rattache à la volonté d'admettre une pluralité d'opinions au sein de la Communauté* »[930] car son rôle « *est de favoriser la coexistence pacifique d'acteurs aux idéologies parfois fort disparates* »[931]. Sa protection, essentielle à l'épanouissement de chacun, incombe en premier lieu aux autorités étatiques. Ces dernières ne doivent cependant pas privilégier une conviction particulière au détriment d'une autre.

410. Ce constat se vérifie particulièrement dans les établissements d'enseignement. Leur accès étant ouvert à toute personne, sans distinction, chacun a le droit de voir ses particularités et ses convictions être protégées. L'Etat doit donc veiller au respect du pluralisme des idées et des opinions. Un élève ou un étudiant ne doit pas se sentir exclu en raison de ses convictions, ni se sentir contraint d'en partager une particulière. Il doit être protégé de toute influence extérieure, notamment dans les établissements d'enseignement public. La Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que, « *en raison du poids de l'Etat moderne, c'est surtout par l'enseignement public que doit se réaliser* »[932] l'objectif de protection du pluralisme éducatif. Dans cette optique, « *le principe de neutralité constitue, d'une manière qui peut sembler paradoxale, l'un des meilleurs moyens de respecter les différences de manière égale* »[933]. La Cour européenne des droits de l'Homme fait preuve d'initiative en imposant aux autorités étatiques son respect en les incitant à adopter une position equidistante à l'égard

---

929 Parmi de nombreux exemples voir : Cour E.D.H., plénière, 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, préc., § 49 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 juillet 2012, *Mouvement raélien suisse contre Suisse*, req. n°16354/06 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 avril 2013, *Animal defenders international contre Royaume-Uni*, req. n°48876/08, § 100.

930 MUZNY (P.), « Approches théoriques du pluralisme », in LEVINET (M.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, préc., pp. 13 – 31, spéc. p. 20.

931 *Ibid*., p. 27.

932 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 50.

933 REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 171.

des convictions religieuses, philosophiques ou politiques. Cette neutralité apparaît comme le meilleur moyen pour garantir le droit à une instruction pluraliste.

411. La protection de ce droit passe d'abord par l'obligation de respecter le principe de neutralité dans les établissements d'enseignement publics (titre 1). La correcte mise en œuvre de l'article 2 du Protocole additionnel implique que les autorités étatiques veillent à ce que les locaux mais également les enseignants n'affichent pas une préférence pour une conviction particulière. Cette obligation de neutralité a été étendue aux usagers du service public de l'enseignement.

412. Le droit à une instruction pluraliste passe ensuite par l'obligation de respecter le principe de neutralité dans les programmes d'enseignement (Titre 2). Leur définition et leur aménagement est soumis à l'appréciation des Etats qui disposent d'une importante marge d'appréciation. S'ils peuvent introduire des éléments de philosophie ou de religion, cette initative doit respecter les principes de pluralisme et d'objectivité inhérents à une société démocratique. La Cour y veille, insistant même pour la mise en place de mécanismes correctifs – dispense ou inscription à un cours de substitution - afin de véritablement garantir le droit à une instruction pluraliste.

TITRE 1.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITÉ DANS LES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PUBLICS

413. Les établissements d'enseignement publics sont un lieu où les croyances religieuses et philosophiques de chacun doivent être respectées. La sauvegarde de l'article 2 du Protocole additionnel commande aux Etats de protéger le pluralisme des convictions, inhérent à toute société démocratique. A cette fin, l'exigence de neutralité dans les établissements d'enseignement est importante[934]. Elle empêcherait l'Etat de « *s'immiscer dans la vie des gens en fonction de leurs préférences personnelles* [et l'obligerait à] *assurer les mêmes libertés et protection aux individus face aux atteintes, sans discrimination aucune* »[935]. Les approches de la neutralité sont néanmoins différentes selon les Etats. La Cour européenne des droits de l'Homme doit s'accommoder de cette diversité pour assurer une protection commune du droit à l'instruction. L'absence de préférence pour une conviction religieuse ou philosophique particulière est le degré minimal d'exigence pour les Etats afin de respecter la seconde phrase de l'article 2 du Protocole. Le droit à une instruction pluraliste est donc à la fois garanti par la neutralité des autorités étatiques (Chapitre 1) et par celle des usagers (Chapitre 2) dans les établissements d'enseignement publics.

934 En ce sens, voir MUZNY (P.), « Approches théoriques du pluralisme », préc., p. 23.

935 *Ibid.*, p. 23. Sur la question de la neutralité religieuse de l'Etat voir, notamment, WOEHRLING (J.-M.), « Questions sur le principe de neutralité religieuse de l'Etat », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, Coll. Mélanges, 2014, 840 p., spéc. pp. 815 - 835.

CHAPITRE 1.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITE DES AUTORITES ETATIQUES DANS LES ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PUBLICS

414. Avant d'imposer aux usagers une obligation de neutralité, les autorités étatiques doivent d'abord avoir une attitude exempte de toute critique. Elles doivent offrir aux élèves, étudiants et aussi aux parents d'élèves la certitude qu'ils entrent « *dans un lieu non asservi à une confession, spécialement, en Europe, la confession chrétienne* »[936]. La Cour européenne des droits de l'Homme veille au respect de cette obligation de neutralité. Celle-ci apparaît comme le moyen le plus opportun pour garantir les convictions religieuses et philosophiques des parents. Dans le même sens, l'élève ou l'étudiant ne doit pas sentir une pression extérieure sur ses propres opinions. La jurisprudence montre néanmoins que cette obligation est accompagnée d'une marge nationale d'appréciation, confirmant la volonté des juges d'harmoniser – et non d'uniformiser - la protection conventionnelle du droit à l'instruction. Pour parvenir à cet objectif, le droit à une instruction pluraliste est garanti par la neutralité des locaux d'enseignement publics (Section 1) et par celle des enseignants (Section 2).

[936] GONZALEZ (G.), « L'exigence de neutralité des services publics », in GONZALEZ (G.) (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2006, 266 p., spéc. pp. 153 - 200, spéc. p. 163.

SECTION 1.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITÉ DES ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PUBLICS

415. L'environnement dans lequel les élèves et les étudiants bénéficient de leur droit à l'instruction doit être neutre. Aucune conviction religieuse ou philosophique ne doit être privilégiée par les autorités étatiques. Le contentieux relatif au crucifix exposé dans les établissements d'enseignement scolaire italiens a permis de mettre au jour ce constat. Dans un premier temps, la Cour a semblé privilégier la conception négative du principe de neutralité, imposant aux Etats de n'afficher aucun signe religieux dans l'enceinte scolaire[937]. Dans un second temps, la Grande Chambre, notamment dans un objectif de protection du pluralisme, est revenue sur cette solution. Elle n'a en effet favorisé aucune des dimensions – positive ou négative – de la neutralité[938]. Elle s'est limitée à démontrer que les autorités étatiques devaient conserver une position équidistante à l'égard des croyances de quelque nature qu'elles soient. Pour cela, elles peuvent accepter tous les signes, sans distinction, ou bien tous les refuser. La position retenue par la Grande Chambre confirme qu'en ce domaine, soumis « *à certaines influences du passé, des cultures, des traditions* […] *on reste à un niveau de standards à respecter et non pas d'uniformisation* »[939]. L'impartialité religieuse des établissements d'enseignement publics est alors la condition minimale imposée aux Etats pour garantir le droit à une instruction pluraliste. Cette dernière est dépendante de l'utilisation de la marge d'appréciation des Etats. Initialement limitée dans la première affaire *Lautsi contre Italie* de 2009[940] (§1er), cette liberté s'avère finalement étendue sur cette question (§2nd).

---

[937] Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, req. n°30814/06, note GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 467 – 484. Voir aussi MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'Etat dans l'enseignement public », *J.D.E.*, 2010, pp. 133 – 138.

[938] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, req. n°30814/06, note LAFFAILLE (F.), « Le néo-guelfisme de la Cour européenne des droits de l'Homme – A propos de l'arrêt *Lautsi* bis (2011) et du crucifix en Italie », *R.I.D.C.*, 2011, pp. 931 – 947 ; MARGUENAUD (J.-P.), « Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe. Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, 16 décembre 2010, *A, B et C contre Irlande*, arrêt numéro 25579/05 et Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, 18 mars 2011, *Lautsi contre Italie*, arrêt numéro 30814/06 », *R.T.D.civ.*, 2011, pp. 303 – 309 ; GONZALEZ (G.), « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *J.C.P.G.*, 2011, n°20, 601.

[939] COSTA (J. – P.), « Entretien avec Jean-Paul COSTA par Henri OBERDORFF », *R.D.P.*, 2012, pp. 267 – 285, spéc. pp. 282 – 283.

[940] Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, préc.

§ 1. Une marge d'appréciation initialement limitée

416. Dans l'affaire *Lautsi contre Italie* du 3 novembre 2009, la requérante avait scolarisé ses enfants dans une école publique italienne dans laquelle un crucifix était accroché aux murs de chaque salle de classe. Elle estima cette situation contraire au principe de laïcité, « *selon lequel elle souhaitait éduquer ses enfants* »[941]. Malgré les demandes adressées à l'établissement et les recours effectués devant les tribunaux internes, les crucifix ne furent pas retirés. Le ministère de l'instruction publique recommandait l'exposition des crucifix soutenant que leur présence « *dans les salles de classe était un "fait naturel"* [et qu'il] *fallait donc* [les considérer comme] *un symbole de l'Etat italien* »[942]. La requérante estima au contraire que l'Italie contrevenait à ses obligations conventionnelles et ne respectait pas ses convictions religieuses, au sens de l'article 2 du Protocole additionnel. Dans cette première étape de l'affaire *Lautsi contre Italie*, la Chambre avait donné raison, à l'unanimité, à la requérante.

417. Pour la première fois, cette affaire avait permis de confronter la conception positive de la neutralité avec les exigences posées par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. En condamnant l'Italie, la Chambre avait jugé que l'exposition obligatoire de symboles religieux dans les établissements d'enseignement constituait une violation du principe de neutralité inconciliable avec le droit à une instruction pluraliste (A). Pour la Cour, en 2009, l'affichage obligatoire d'un crucifix dans une salle de classe restreignait le droit des parents à voir leurs convictions religieuses être respectées. Cette position apparaissait alors favorable à la seule dimension négative du principe de neutralité (B).

---

941 *Ibid*., § 7.
942 *Ibid*., § 11.

A) L'EXPOSITION DE SYMBOLES RELIGIEUX DANS LES ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT INITIALEMENT CONTRAIRE A UNE INSTRUCTION PLURALISTE

418. En 2009, l'affichage de signes religieux dans les classes des écoles publiques italiennes n'était pas conforme à l'exigence de neutralité imposée par la Cour. Cette dernière estimait que seule la dimension négative de ce principe était à même de correspondre aux obligations posées par l'article 2 du Protocole additionnel. L'arrêt de la Chambre avait permis de révéler les oppositions marquées sur les différentes significations du crucifix (1). Leur étude avait conduit les juges à rejeter la dimension positive du principe de neutralité (2).

1. L'opposition marquée sur la signification du crucifix

419. L'article 7 de la Constitution de 1947 montre que les rapports entre l'Etat et l'Eglise « *sont réglementés par les pactes du Latran* » de 1929. Selon ces accords, le Pape n'exerçait plus son pouvoir que sur le Vatican et reconnaissait le Royaume d'Italie. Cette disposition constitutionnelle reconnait une spécificité à l'Eglise catholique. Elle n'oblige cependant pas « *les pouvoirs publics* [à] *installer* […] *des objets catholiques dans l'espace public* »[943] notamment dans les écoles publiques.

420. La présence des crucifix était imposée par les décrets royaux de 1924 et de 1928. Selon ces textes, chaque école devait « *avoir le drapeau national, chaque salle de classe l'image du crucifix et le portrait du roi* »[944]. Le crucifix figurait également parmi les équipements et matériels nécessaires aux locaux d'enseignement. Les Accords de Latran auraient permis de revenir sur cette présence, tout comme les Accords Villa Madame, conclus en 1984, privant l'Italie de son caractère confessionnel. Il aurait été « a priori *logique que la réglementation imposant le crucifix dans les salles de classe, intimement liée au principe de religion d'Etat et adoptée durant une période où toute l'éducation était inspirée par la morale chrétienne, soit*

---

943 LAFFAILLE (F.), « L'identité catholique de l'Italie est-elle soluble dans l'Etat de droit constitutionnel (national et européen) ? », *R.D.P.*, 2010, pp. 771 – 787, spéc. p.786.

944 Article 118 du Décret Royal n°965 du 30 avril 1924, *Règlement intérieur des établissements scolaires secondaires du Royaume*.

implicitement abrogée par cette nouvelle réglementation »[945]. L'affaire *Lautsi contre Italie* montre cependant que cette pratique n'a pas été abandonnée.

421. Malgré cette présence continue des crucifix dans les établissements d'enseignement scolaire publics, la volonté des autorités étatiques était de faire de l'Italie un Etat neutre. Ce désir s'était notamment matérialisé dans la décision de la Cour constitutionnelle du 20 novembre 2000[946]. Elle avait jugé qu'« *en vertu des principes fondamentaux d'égalité de tous les citoyens sans distinction fondée sur la religion et d'égale liberté devant la loi de toutes les confessions religieuses, l'attitude de l'Etat ne peut être qu'équidistante et impartiale à l'égard de ces dernières* »[947]. Elle ajoutait que le principe de laïcité occupait « *le rang de "principe suprême", caractérisant dans un sens pluraliste la forme de* [l'Etat italien]*, dans lequel doivent vivre ensemble, dans une égale liberté, fois, cultures et traditions différentes* »[948]. La Haute Cour italienne obligeait ainsi les autorités étatiques à ne « *favoriser, ni* […] *défavoriser aucun culte, aucune croyance* »[949].

422. Cependant, la présence des crucifix dans les écoles publiques italiennes avait posé des difficultés aux opposants de l'interprétation donnée par les autorités italiennes[950]. La signification donnée au crucifix en est la source principale. S'il est possible d'y voir un signe éminemment religieux, l'Italie retient une autre interprétation développée dans l'affaire *Lautsi contre Italie*[951]. Devant la Chambre, le Gouvernement italien avait mis en avant le respect du principe de neutralité. L'exposition d'un crucifix ne pouvait pas contrevenir à cette exigence.

---

945 PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, thèse dactyl., Paris I, 2001, 700 p, spéc. p. 571.

946 Cour constitutionnelle italienne, 20 novembre 2000, Aff. n°508/2000, note Tania GROPPI et de Chiara MEOLI in BON (P.), MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, 808 p., spéc. pp. 55 - 58, spéc. p. 55.

947 « *In forza dei principi fondamentali di uguglianza di tutti i cittadani senza distinzione di religione e di uguale liberti danvani alla legge di tutte la confessioni religiose, l'atteggiamento dello Stato non puo che essere di equidistanza e imparzialita nei confronti di queste ultime* », traduction tirée de la contribution de Tania GROPPI et de Chiara MEOLI in BON (P.), MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, préc., p. 55.

948 « *Tale posizione di equidistanza e imparzialità è il reflesso del principio di laicità che la Cortecostituzionale ha tratto delle norme costituzionale, un principio che assurge al rango di "principio supremo" caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di lebertà, fedi, culture e tradizioni diverse* », traduction tirée de la contribution de Tania GROPPI et de Chiara MEOLI in BON (P.), MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, préc., p. 55.

949 BENELBAZ (C.), « Signes religieux et enseignement public en Europe », in FLAVIER (H.), MOISSET (J.-P.) (dir.), *L'Europe des religions*, Paris, Pedone, Coll. Droits européens, 2013, 202 p., spéc. pp. 85 – 98, spéc. p. 86.

950 Par exemple BENELBAZ (C.), « CEDH et interdiction des crucifix dans les écoles », *D.A.*, 2010, comm. 3.

951 Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, préc.

La croix revêtait « *une signification éthique, compréhensible et appréciable indépendamment de l'adhésion à la tradition religieuse* […] *car elle* [évoquait] *des principes pouvant être partagés en dehors de la foi chrétienne* »[952]. Il avançait aussi que « *le symbole de la croix* [pouvait] *être perçu comme dépourvu de signification religieuse, son exposition dans un lieu public ne* [constituant] *pas en soi une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention* »[953]. En outre, il y voyait un signe culturel et un élément majeur de l'identité nationale.

423. Cette divergence d'interprétation s'inscrit dans un débat plus large relatif à la distinction entre le signifiant – l'objet – et le signifié – sa signification[954]. Ce dernier « *ne peut pas dépendre du libre choix du sujet qui y recourt, il est imposé ; il ne revient pas à l'individu de changer un signe car dès lors que celui-ci est établi* […], *il échappe à sa volonté* »[955]. Il semblerait alors délicat d'accorder au crucifix une signification uniquement historique. Pourtant, le crucifix représente pour les italiens une valeur, transcendant la simple signification religieuse. Le Conseil d'Etat italien avait retenu cette position en 1988 affirmant que le crucifix représentait « *le symbole de la civilisation et de la culture chrétiennes, dans son origine historique, en tant que valeur universelle, indépendante d'une confession religieuse particulière* »[956]. Ce signe représenterait alors un symbole de l'identité nationale[957]. Or, c'est sur cette conception que les oppositions sur la signification du crucifix sont marquées.

424. Outre sa dimension symbolique, l'exposition d'un crucifix dans une salle de classe porterait atteinte à la liberté de religion des parents – souhaitant élever leurs enfants selon leurs propres valeurs – et, dans une moindre mesure, à celle des enfants. Les autorités

---

952 *Ibid*., § 35. Le Gouvernement rajoute même que « *le message de la croix serait donc un message humaniste, pouvant être lu de manière indépendante de sa dimension religieuse, constitué d'un ensemble de principes et de valeurs formant la base de nos démocraties* », § 35.

953 *Ibid*., § 35.

954 En ce sens voir BENELBAZ (C.), « Signes religieux et enseignement public en Europe », préc. : le signifiant est la forme que revêt le signe, « *sa forme visible, son support* » alors que le signifié est « *l'élément non perçu du signe, sa signification, le concept* », p. 93.

955 BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2011, 591 p., spéc. p. 325.

956 C.E. italien, 27 avril 1988, Avis n°63. Pour certains, cette position conduirait à penser que « *la présence du crucifix correspondrait ainsi à un intérêt public général car il ne ferait qu'exprimer les valeurs chrétiennes, patrimoine commun de la société italienne* » (PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 576).

957 L'identité de l'Italie ne serait cependant pas à rechercher dans ce symbole mais dans la Constitution de 1947. En ce sens, voir LAFFAILLE (F.), « L'identité catholique de l'Italie est-elle soluble dans l'Etat de droit constitutionnel (national et européen) ? », préc.

étatiques n'auraient pas « *à proposer une croyance déterminée, ni à privilégier une forme d'agnosticisme* »[958]. Il s'agirait de ne pas influencer la conscience des élèves. La dimension religieuse du crucifix serait alors – pour les opposants à sa présence dans les salles de classe – sa signification première. En conséquence, elle serait difficilement compatible avec le droit à une instruction pluraliste. Les élèves ne partageant pas cette conviction seraient indirectement influencés par la doctrine catholique. Ils doivent pourtant être placés dans des conditions leur permettant de déterminer librement leurs opinions. La présence d'un symbole religieux pourrait les influencer[959]. Or, il ne s'agirait plus « *d'une limitation éventuelle de la liberté religieuse de l'enfant par ses parents, mais du fait de l'institution scolaire elle-même, lieu où l'enfant devrait pourtant se voir reconnaître un espace de liberté et de formation ouvert aux différentes cultures et croyances* »[960]. Peu importe le sens donné au crucifix, c'est sa simple présence qui présenterait des difficultés.

425. De telles difficultés étaient soulevées par la requérante dans l'affaire *Lautsi contre Italie*[961]. Pour elle, les autorités étatiques italiennes contrevenaient à leur obligation de neutralité car l'exposition d'un crucifix avait pour effet de montrer que « *l'Etat* [adhérait] *à une croyance religieuse déterminée* »[962], montrant ainsi son désaccord avec l'argument retenu par le gouvernement défendeur. Cette préférence affichée aurait alors une influence sur les élèves. Elle reprochait que « *nul ne devrait percevoir l'Etat comme étant plus proche d'une confession religieuse que d'une autre, et surtout pas les personnes qui sont plus vulnérables en raison de leur jeune âge* » [963]. « *Cette situation* [avait] *entre autre pour répercussions une pression indiscutable sur les mineurs* »[964] qui ne pourraient exercer librement leurs choix[965]. Les autorités italiennes réfutaient ce dernier argument. Pour elles, l'exposition d'un crucifix dans une salle de classe s'apparentait à un symbole passif. En effet, « *quelle qu'en soit la force évocatrice, une image n'est pas comparable à l'impact d'un comportement actif* »[966] et,

---

958 PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 572.
959 En ce sens voir *ibid.*, p. 582.
960 *Ibid.*, p. 582.p. 569.m
961 Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, préc.
962 *Ibid.*, § 31.
963 *Ibid.*, §§ 31 – 32.
964 *Ibid.*, §§ 31 – 32.
965 La requérante insistait sur le fait que « *l'Etat devrait garantir à tous les citoyens la liberté de conscience, en commençant par une instruction publique apte à forger l'autonomie et la liberté de pensée de la personne, dans le respect des droits garantis par la Convention* », *Ibid.*, § 32.
966 *Ibid.*, § 37.

par conséquent, « *l'exposition de la croix ne méconnaîtrait pas le devoir d'impartialité et de neutralité de l'Etat* »[967].

426. La Chambre devait ainsi déterminer quelle signification du crucifix devait primer. L'influence de ce symbole sur la conscience des élèves était-elle conforme aux prescriptions posées par l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*[968] protégeant le pluralisme éducatif ? Les juges avaient alors posé le principe selon lequel « *les locaux des services publics* [devaient] *être neutres* »[969]. Cette affirmation restait néanmoins sans effet sur la détermination de la solution applicable. Les exigences de la requérante – retirer le crucifix – et du Gouvernement italien – interpréter la croix comme un signe dépourvu de toute connotation religieuse – traduisent deux conceptions du principe de neutralité. Pour trancher le litige, la Chambre avait décidé de privilégier l'une ou l'autre des explications avancées. Elle avait décidé de ne pas s'arrêter à vérifier simplement le respect par les autorités italiennes de cette exigence de neutralité qui est indispensable au respect de l'article 2 du Protocole additionnel. En concluant à la violation du droit à l'instruction, la Cour avait privilégié la conception négative de la neutralité.

2. Le rejet de la conception positive du principe de neutralité

427. Le raisonnement mené par la Chambre avait pour effet de réduire la marge d'appréciation accordée aux autorités étatiques pour réglementer l'affichage des signes religieux dans les salles de classe des écoles publiques. Son argumentation tenait en deux temps. D'abord, les Etats sont toujours dans l'obligation de respecter le principe de neutralité pour garantir une instruction pluraliste[970]. Dans ces conditions, l'Etat est obligé « *de s'abstenir d'imposer, même indirectement, des croyances, dans les lieux où les personnes sont dépendantes de lui ou encore dans les endroits où elles sont particulièrement vulnérables* »[971]. Cette attitude traduit la volonté de la Cour d'éviter que les autorités étatiques contraignent « *des esprits qui manquent encore (selon le niveau de maturité de l'enfant) de la*

---

967 *Ibid.*, § 40.
968 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.
969 BENELBAZ (C.), « Signes religieux et enseignement public en Europe », préc., p. 86.
970 Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, préc., § 47.
971 *Ibid.*, § 48.

capacité critique permettant de prendre distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel […] *en matière religieuse* »[972]. Partant de ce postulat, la Chambre avait démontré que la conception italienne de la neutralité ne pouvait pas s'accorder avec les exigences de l'article 2 du Protocole additionnel. En excluant la conception positive du principe de neutralité, ils avaient réduit la liberté des Etats quant à la signification à donner au crucifix.

428. La Chambre avait rapidement écarté l'interprétation donnée par le gouvernement italien en jugeant que « *le symbole du crucifix* [avait] *une pluralité de signification parmi lesquelles la signification religieuse* [était] *prédominante* »[973]. Il s'agissait même d'un « *signe extérieur fort* »[974]. Elle ajoutait que sa présence « *dans les salles de classe* [allait] *au-delà de l'usage de symboles dans des contextes historiques spécifiques* »[975]. En conséquence, son exposition ne pouvait être compatible avec les exigences de l'article 2 du Protocole additionnel. Ce constat s'imposait d'autant plus que la Chambre avait raisonné à partir de l'influence que ce signe pouvait avoir sur la conscience des élèves. En ce sens, ce qui était « *encourageant pour certains élèves religieux,* [pouvait être] *perturbant émotionnellement pour des élèves d'autres religions ou ceux qui ne professent aucune religion* » [976]. Dans ces circonstances, ni une instruction pluraliste, ni le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions ne pouvaient être assurés.

429. En statuant en ce sens, la Chambre offrait « *le maximum de protection à des droits qui touchent à l'intimité de l'individu : droit des parents d'éduquer leurs enfants et liberté de religion de l'enfant et notamment libre formation de sa conscience dans le cadre scolaire* »[977]. Surtout, elle semblait vouloir offrir une protection adéquate à tous, y compris à ceux ayant décidé de « *ne pas avoir de conviction ou de croyances religieuses* »[978]. Si la liberté religieuse

---

[972] *Ibid.*, § 48.
[973] *Ibid.*, § 51.
[974] *Ibid.*, § 54.
[975] *Ibid.*, § 52.
[976] *Ibid.*, § 50.
[977] PAUTI (C.), « Crucifix dans les écoles : la CEDH condamne l'Italie », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 563 – 567, spéc. p. 567.
[978] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 586. Cette vision est issue de l'interprétation de la jurisprudence *Buscarini et autres contre Saint-Marin* selon laquelle la liberté de religion implique « *celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer* » (Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 février 1999, *Buscarini et autres contre Saint-Marin*, req. n°24645/94, § 34).

est « *un bien précieux pour les athées, les agnostiques ou les indifférents* »[979], ces derniers méritent une protection matérialisée par l'absence d'affichage de signes religieux. Pour se conformer aux exigences de protection d'une instruction pluraliste, la dimension positive de la neutralité ne serait pas suffisante. En adoptant cette position, « *à la différence de Ponce Pilate, la Cour européenne, au lieu de s'en remettre à la marge d'appréciation des Etats qui lui permet parfois de "s'en laver les mains",* [avait] *pris ses responsabilités* » en assurant « *la cohérence de sa jurisprudence relative à la neutralité de l'Etat instructeur* »[980].

430. Les restrictions apportées à la liberté de religion des usagers des établissements d'enseignement publics n'ont pas été déclarées contraire à la Convention[981]. Dès lors, « *la possibilité d'imposer l'apparence neutre des usagers du service public de l'enseignement* [imposait] a fortiori *la même apparence de neutralité au service public lui-même* »[982]. Autrement dit, « *à la possibilité d'interdire le port de signes religieux par les élèves laissée aux Etats* [répondait] *le devoir pour ce dernier de n'afficher sa préférence pour aucun, fût-ce par l'intermédiaire* […] *d'un symbole religieux imposé à la vue de tous* »[983]. La Cour ne pouvait donc pas retenir deux conceptions différentes de la neutralité : l'une applicable aux usagers leur interdisant d'afficher leurs convictions, l'autre applicable aux autorités étatiques les autorisant à afficher leurs préférences. Ce constat souffre néanmoins d'une difficulté. A l'inverse de la question du crucifix, la Cour n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur une réglementation étatique autorisant aux usagers d'afficher leurs convictions religieuses, conformément à la conception positive de la neutralité. Pour autant, la solution retenue par

---

979 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, req. n°14307/88, § 31, note SURREL (H.), « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1995, pp. 573 – 585, G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°56, obs. LEVINET (M.).

980 GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 483.

981 Voir en ce sens, parmi de nombreux exemples, Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc. ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, préc. Voir infra §§ 514 – 521 et §§ 526 – 534.

982 GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 472.

983 *Ibid* p. 475. En ce sens voir DIEU (F.), « L'Europe, sanctuaire laïque. – A propos de l'interdiction du crucifix dans les écoles italiennes », *J.C.P.A.*, n°15, 2010, 2134 : « *La liberté négative est donc la liberté de ne pas* croire *en une religion mais aussi la liberté de ne pas* voir *un symbole religieux (en l'espèce, un crucifix)* ». Sur cette notion de liberté négative, voir, notamment, RESS (G.), « La liberté négative de religion et d'autres libertés », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS*, préc., pp. 611 – 621.

l'arrêt de Chambre faisait apparaître sa préférence en faveur de la dimension négative de la neutralité et laissa « *penser que la catégorie des "signes religieux culturels"* [avait] *vécu et* [était] *sans postérité* »[984].

B) UN CONSTAT FAVORABLE A LA DIMENSION NEGATIVE DU PRINCIPE DE NEUTRALITE

431. Dans l'arrêt *Lautsi contre Italie* de 2009, la Chambre était allée au-delà de la stricte exigence de neutralité. Elle avait mis en avant une conception particulière de ce principe alors même que tous les Etats ne s'accordaient pas sur la dimension négative du principe de neutralité. Largement répandue en France (1), cette acception s'impose également en Allemagne mais avec davantage de difficultés (2). Néanmoins, « *le juge constitutionnel allemand arrive à un résultat assez proche de celui qui peut être constaté en France s'agissant* […] *du service public de l'enseignement* »[985], justifiant le parallèle entre ces deux Etats Parties.

1. Une dimension négative du principe de neutralité largement répandue en France

432. La France a adopté la conception négative du principe de neutralité. Le postulat de départ est néanmoins identique à celui du versant positif. En France aussi, « *l'obligation de neutralité des services publics passe par leur apparence, et l'image qu'ils donnent aux usagers. Vus de l'extérieur ou de l'intérieur, les services ne doivent donner l'impression ni de favoriser, ni de défavoriser aucun culte, aucune croyance* »[986]. L'objectif est également de garantir le pluralisme au sein des établissements d'enseignement publics. Aussi, il est indispensable que « *l'on ne puisse pas préjuger du service public : celui-ci ne manifeste*

---

984 DIEU (F.), « L'Europe, sanctuaire laïque ? – A propos de l'interdiction du crucifix dans les écoles italiennes », *J.C.P.A.*, n°15, 2010, 2134.

985 GONZALEZ (G.), « L'exigence de neutralité des services publics », préc., p. 164.

986 BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, préc., p. 263.

aucune préférence politique ou religieuse, et donc nul ne doit se sentir exclu parce qu'il n'appartiendrait pas à la culture ou à la tradition mise en valeur »[987].

433. La situation en Alsace et de la Moselle, toujours régie par le Concordat de 1801, est spécifique[988]. Le Conseil d'Etat français a néanmoins estimé qu'aucune contrariété avec la Convention n'existait[989]. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a jamais eu l'occasion de se prononcer mais le raisonnement suivi par le juge administratif semble suivre la grille de lecture établie par l'interprète authentique de la Convention[990]. En effet, « *la décision distingue* […] *soigneusement l'"obligation", qui pèse sur les pouvoirs publics, "d'organiser un enseignement de la religion", de la "faculté", qui est offerte aux élèves sur demande de leurs représentants légaux, dont est accompagnée cette obligation, "d'en être dispensés"* »[991]. Au-delà de ce cas particulier, le principe de laïcité gouverne la réglementation en vigueur dans les établissments d'enseignement.

434. La différence avec l'Italie se situe dans la mise en œuvre de ce principe visant à la suppression des signes religieux des locaux scolaires. Aussi bien les usagers – par la loi du 15 mars 2004[992] – que les agents et les locaux eux-mêmes doivent s'abstenir d'afficher leur appartenance religieuse. En cela, la conception du principe de neutralité retenue par la France est une dimension négative. S'agissant plus particulièrement des salles de classe des écoles publiques, l'esprit de la loi du 28 mars 1882 sur *l'enseignement primaire obligatoire* visait « *à ôter à l'école publique tout caractère confessionnel,* [et invitait] *les responsables de l'enseignement public à cette suppression* »[993]. La circulaire d'application affirmait que cette disposition législative « *prise dans sa rigueur,* [impliquait] *la suppression de tout ce qui*

---

987 *Ibid*., p. 263. L'auteur précise que « *c'est la première marque d'abstention de l'Administration : elle ne doit montrer aucune préférence, ou à l'inverse, nulle défaveur à l'encontre d'une croyance* », p. 265.

988 Sur ce point, voir par exemple MOLINA BETANCUR (C. M.), *La loi Falloux : abrogation ou réforme ?*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001, 548 p.

989 C.E., 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignements du second degré*, req. n°219379, 221699, 221700, rec. p. 170, note TOULEMONDE (B.), « L'enseignement religieux en Alsace-Moselle ne méconnaît ni les principes constitutionnels ni la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 63 - 67.

990 Voir infra §§ 651 et s.

991 TOULEMONDE (B.), « L'enseignement religieux en Alsace-Moselle ne méconnaît ni les principes constitutionnels ni la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 66.

992 Loi du 15 mars 2004 *encadrant en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, Loi n°2004-228, J.O., 17 mars 2004, p. 5190. Voir *infra* §§ 522 – 534.

993 LE GOFF (A.), *La neutralité religieuse de l'Etat et l'école publique en France et en Allemagne*, thèse dactyl., Paris 1, 2003, 566 p., spéc. p. 343.

donnerait ou conserverait à l'école publique un caractère confessionnel »[994]. Ce retrait des symboles religieux des salles de classe des écoles publiques françaises s'était effectué avec précaution car il pouvait heurter les convictions religieuses des parents. Il fallait éviter « *que la rigueur de la logique, les injonctions des uns, les pétitions des autres* [les] *forcent à prendre des mesures intempestives et* [les] *exposent à porter le trouble dans les familles ou dans les écoles* »[995].

435. Dès 1882, le principe imposé était donc de retirer tous les signes religieux des murs des établissements d'enseignement scolaire publics tout en prenant garde à ne pas heurter les convictions des plus croyants. Le principe avait été repris par la circulaire relative *à la neutralité de l'école en matière religieuse*[996]. Elle affirmait que « *les emblèmes religieux, de quelque nature qu'ils soient (crucifix, images, statues), ne* [devaient] *pas figurer dans les locaux scolaires* »[997]. L'article 28 de la loi de 1905 était encore plus éclairant dans la mesure où il affirmait qu'il était « *interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions* »[998]. En mentionnant que cette interdiction s'imposait à « *quelque emplacement public que ce soit* », le législateur avait également visé les établissements d'enseignement publics.

436. Le Conseil d'Etat avait confirmé cette interdiction en 1909[999]. Dans cette affaire, le maire de la Commune de Saint-Memmie avait saisi la plus haute juridiction administrative en vue de faire annuler les ordres donnés par le Préfet de la Marne visant au retrait de tous les symboles religieux se trouvant dans les écoles de la Commune. Pour le Conseil d'Etat, il revenait à l'Etat et non à la Commune le droit de « *déterminer les objets mobiliers qui, à raison de leur utilité en vue de la mission dont ce service* [était] *chargé, notamment par la loi du 28 mars 1882 établissant la neutralité de l'enseignement,* [pouvaient] *y être*

---

994 Circulaire *relative à l'application de la loi du 28 mars 1882, en ce qui concerne la neutralité de l'école au point de vue confessionnel du 2 novembre 1882*, n°3011, Circulaires et instructions officielles relatives à l'instruction publique, Tome IX, 29 mars 1882 – 26 octobre 1886, p. 137.

995 *Ibid.*, p. 138.

996 Circulaire *relative à la neutralité de l'école en matière religieuse du 9 avril 1903*, Bulletin administratif du Ministère de l'Instruction publique et des Beaux-Arts, n°1568 du 2 mai 1903, p. 637.

997 *Ibid.*, p. 637.

998 Loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*, J.O., 11 décembre 1905.

999 C.E., 30 avril 1909, *Commune de Saint-Memmie*, rec. p. 432.

maintenus »[1000]. Le préfet n'avait donc pas excédé ses pouvoirs en demandant aux instituteurs et institutrices de retirer les signes religieux de leurs salles de classe. Cet arrêt confirmait que l'acception française du principe de neutralité était un principe exclusif rejetant l'affichage des symboles religieux dans les salles de classe des établissements d'enseignement publics. L'article 1er de la loi *sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés* du 31 décembre 1959 avait confirmé cette dimension négative du principe de neutralité. Il disposait que « *l'Etat assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances* ». Cette disposition avait ensuite été codifiée à droit constant à l'article L.141-2[1001] du code de l'éducation par l'ordonnance du 15 juin 2000[1002]. Il semblerait que le moyen le plus adéquat pour garantir à la fois l'« *égal respect de toutes les croyances* », mais aussi « *la liberté des cultes* », dans les établissements d'enseignement scolaire public, soit l'absence de crucifix ou de tout autre signe religieux traduisant l'appartenance à une certaine obédience religieuse.

437. En condamnant l'Italie, l'arrêt de Chambre *Lautsi* avait privilégié la dimension négative du principe de neutralité. La conception française était conforme à cette interprétation. En retirant les symboles religieux des murs des classes des écoles publiques, l'Etat ne montre aucune préférence en faveur d'une religion particulière. Cette conception de la neutralité garantit aux élèves, ainsi qu'à leurs parents, le respect de leurs convictions, que ceux-ci aient adhéré ou non à une religion. Tous les élèves, et leurs parents, y compris les athées, voient ainsi leurs convictions être respectées. Cette approche de la neutralité protège de manière optimale le pluralisme éducatif défendu par la Cour dès 1976[1003]. Elle prend en effet aussi en compte la position de ceux n'ayant pas adhérer à une religion particulière. La position retenue en Allemagne est similaire, bien qu'elle s'impose avec davantage de difficultés.

1000 *Ibid*.

1001 Cet article dispose : « *Suivant les principes définis dans la Constitution, l'Etat assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances. L'Etat prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse* ».

1002 Ordonnance n°2000-549 *relative à la partie législative du Code de l'éducation*, J.O.R.F., 22 juin 2000, p. 9346.

1003 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 50.

2. *Une dimension négative du principe de neutralité difficilement imposée en Allemagne*

438. La situation en Allemagne est plus complexe à telle enseigne que l'on ne peut concevoir « *le rôle de l'Etat comme se bornant à ignorer le fait religieux, comme cela est souvent affirmé en France* »[1004]. Par sa décision du 16 mai 1995, la Cour constitutionnelle allemande avait pourtant permis d'affirmer « *un rapprochement entre une France fidèle à sa tradition laïque d'une part, et une Allemagne forte de son expérience de coopération avec les religions d'autre part, les deux pays se rejoignant pour réaffirmer dans des sociétés devenues plurielles le devoir de neutralité de l'Etat* »[1005]. A l'origine de cette affaire était en cause le règlement du Land de Bavière du 21 juin 1983 obligeant l'accrochage de crucifix dans les écoles primaires. Certains parents d'élèves s'étaient opposés à leur affichage. Ils avaient exigé leur retrait des salles de classe fréquentées par leurs enfants. Leur demande n'ayant pas été totalement satisfaite, ils formèrent un recours pour faire condamner le Land de Bavière à retirer tous les crucifix des salles de cours. Devant le juge constitutionnel fédéral, ils invoquèrent la violation de l'article 4 de la Loi fondamentale allemande selon lequel « *la liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables* ».

439. Le modèle de l'école laïque « à la française » ne se retrouve toutefois pas en Allemagne. Les autorités étatiques allemandes ont mis en place des écoles chrétiennes dans lesquelles « *l'éducation de la foi, sous la forme de séances de recueillement et de prière et de cours de religion peut et doit se dérouler dans les locaux scolaires étant précisé que cette éducation est organisée pour chacune des deux grandes confessions (catholique, protestante) sous l'autorité des Eglises et qu'elle n'est pas dispensée aux enfants dont les parents ne souhaitent pas qu'elle leur soit donnée* »[1006]. La présence de crucifix dans les salles d'enseignement avait « *longtemps paru naturelle puisque l'éducation de la foi se faisait normalement dans la salle de classe elle-même* »[1007]. L'affichage de ce signe religieux posait dorénavant certaines

---

[1004] WOEHRLING (J.-M.), « Neutralité cultuelle et mission culturelle de l'Etat : réflexions sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande relatif aux crucifix dans les écoles », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50/1, pp. 29 – 34., spéc. p. 29.

[1005] BELTRAME (S.), « La liberté religieuse en Allemagne : permanence et évolution », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50, pp. 13 – 23, spéc. p. 23.

[1006] FROMONT (M.), « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1994 et 1995 », *R.D.P.*, 1997, pp. 343 – 386, spéc. p. 355.

[1007] *Ibid*., p. 355.

difficultés. Le problème soulevé rejoignait celui posé à la Cour européenne des droits de l'Homme en 2009 dans l'affaire *Lautsi*[1008].

440. Le juge allemand devait en effet s'interroger sur la signification du crucifix. En ce sens, il lui revenait de déterminer s'il était « *le symbole d'une religion précise, et dans ce cas le principe de non-identification de l'Etat à une religion déterminée s'oppose à ce qu'un symbole soit accroché au mur des salles de classes ;* [ou s'il pouvait] *être considéré comme évoquant simplement la reconnaissance du fait que le christianisme* [avait] *fortement imprégné la culture et l'histoire de l'Allemagne. Dans ce dernier cas, sa présence* [pouvait] *être tolérée au sein des écoles publiques allemande parce qu'*[il constituait] *simplement l'un des supports matériels de la transmission des aspects culturels du christianisme* »[1009]. Afin de répondre à cette question, la Cour constitutionnelle avait pris soin de rappeler en premier lieu le respect du principe de neutralité. Elle avait jugé que « *de la liberté de religion découle le principe de la neutralité de l'Etat à l'égard des différentes religions et confessions* » poursuivant que « *l'Etat où vivent ensemble des disciples de convictions religieuses ou philosophiques différentes, voire antagonistes, ne* [pouvait] *assurer leur coexistence pacifique que s'il* [observait] *lui-même une neutralité vis-à-vis des croyances* »[1010]. Ce principe rappelé, la Cour constitutionnelle avait dans un second temps privilégié sa dimension négative. Elle estima que « *du fait de l'obligation scolaire, la présence de croix dans les salles de classe aboutit à ce que, pendant les heures d'enseignement, les élèves sont confrontés à ce symbole sans pouvoir l'éviter et sont contraints d'apprendre "sous la croix"* »[1011]. A partir du moment où « *l'opinion majoritaire de la Cour* [voyait] *dans "l'apprentissage sous la croix" une contrainte psychique insupportable qui porte atteinte à la liberté de religion dans son aspect négatif* »[1012], la seule solution satisfaisante était le retrait des crucifix des murs des établissements d'enseignement publics.

1008 Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc. Voir *supra* §§ 415 et s.

1009 LE GOFF (A.), *La neutralité religieuse de l'Etat et l'école publique en France et en Allemagne*, préc., p. 361. En ce sens voir aussi WOEHRLING (J.-M.), « Neutralité cultuelle et mission culturelle de l'Etat : réflexions sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande relatif aux crucifix dans les écoles », préc., p. 31 ; BELTRAME (S.), « La liberté religieuse en Allemagne : permanence et évolution », préc., p. 15.

1010 BVerfGE, 16 mai 1995, *Kruzifix-Urteil*, 1 Bvr 1087/91, note LEGRAND (A.), « La Croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande », in *Droit Constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, L.G.D.J., Coll. Montchrestien, 489 p., spéc. pp. 289 – 299.

1011 BVerfGE, 16 mai 1995, *Kruzifix-Urteil*, préc.

1012 WEBER (A.), GREWE (C.), « L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 16 mai 1995 relatif au crucifix », *R.F.D.C.*, 1995, pp. 183 – 188, spéc. p. 186.

441. La solution retenue par la Cour constitutionnelle allemande s'appuyait également sur le rôle des parents dans l'éducation de leurs enfants. Elle mettait ainsi en parallèle la fonction de l'Etat instructeur et celle des parents éducateurs pour démontrer que c'était « *l'affaire* [de ces derniers] *de transmettre à leurs enfants les convictions religieuses et philosophiques qu'ils estiment justes* »[1013]. Cette position ne va pas sans rappeler celle dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Kjeldsen* de 1976[1014]. Cette dernière avait jugé que « *c'est en s'acquittant d'un devoir naturel envers leurs enfants, dont il leur incombe en priorité d'"assurer l'éducation et l'enseignement", que les parents peuvent exiger de l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques* »[1015]. En consacrant la dimension négative du principe de neutralité, la Cour constitutionnelle allemande s'était conformée à cette interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel.

442. Sur ce dernier point, le résultat eut certainement été similaire si la conception positive avait été retenue. L'affichage d'un crucifix ne retire pas aux parents le droit de transmettre, hors du temps scolaire, leurs valeurs ou convictions à leurs enfants[1016]. L'objectif de la Cour constitutionnelle semblait davantage ciblé sur la protection des personnes n'ayant pas adhéré à une religion particulière. Elle avait jugé que « *ni le principe constitutionnel de l'existence d'écoles publiques chrétiennes, ni la liberté religieuse "positive" des parents chrétiens et de leurs enfants (c'est-à-dire leur droit à exercer leur religion) ne* [pouvaient] *justifier qu'une telle atteinte soit portée à la liberté religieuse "négative", c'est-à-dire au droit des parents non chrétiens et de leurs enfants de ne pas se voir imposer la présence de signes religieux ayant une signification "missionnaire", visant à assurer la propagation de la foi chrétienne* »[1017]. La Cour constitutionnelle souhaitait rétablir un équilibre au profit de la liberté de religion négative[1018]. Cet accord entre les deux versants de la liberté de religion a toutefois débouché, pour certains Etats fédérés sur un nouveau déséquilibre au détriment, cette fois-ci, de la dimension positive de la liberté de religion.

1013 BVerfGE, 16 mai 1995, *Kruzifix-Urteil*, préc.

1014 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc.

1015 *Ibid*., § 52.

1016 Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'Homme avait jugé qu'un cours d'éducation sexuelle ne touchait pas « *au droit des parents d'éclairer et de conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateur, de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques* », *ibid*., § 54.

1017 FROMONT (M.), « Liberté de religion, crucifix et foulard islamique à l'école », *G.D.C.C.E.*, Paris, Dalloz, 2008, n°58, pp. 270 - 278, p. 275.

1018 En ce sens voir BELTRAME (S.), « La liberté religieuse en Allemagne : permanence et évolution », préc. : « *Bien évidemment, la liberté de religion négative ne constitue pas un droit fondamental supérieur à la liberté de religion positive qui, en cas de conflit, aurait la primauté sur celle-ci ou inversement* », p. 15.

443. Cette opposition s'était matérialisée en Bavière par l'adoption de la loi du 13 décembre 1995 imposant l'affichage des crucifix sur les murs des écoles publiques[1019]. Elle introduisait néanmoins une possibilité de conciliation pour prendre en compte les convictions des parents n'ayant pas adhéré à une religion particulière[1020]. Cette disposition législative traduisait une conception renouvelée de la garantie du pluralisme dans une société démocratique. En ce sens, « *les sociétés pluralistes modernes* […] *garantissent l'intégration par le respect, en combinant concession par la majorité "d'accommodements raisonnables" au profit des minorités et acceptation par les minorités d'un cadre commun imprégné des conceptions majoritaires* »[1021]. Il ne s'agirait donc pas de privilégier une conception particulière de la liberté de religion ou de la neutralité mais de combiner les intérêts en présence.

444. Le raisonnement mené par la Cour constitutionnelle allemande en 1995 et les oppositions apparues permettent de faire un parallèle avec l'affaire *Lautsi contre Italie*. La solution dégagée par la Chambre en 2009 avait également fait l'objet de vives contestations. Un pourvoi devant la Grande chambre avait été introduit à l'encontre de ce premier arrêt le 1er mars 2010. Dans un souci, notamment, de garantie du pluralisme, cette dernière avait abouti à une solution inverse de la Chambre. Les juges conclurent, le 18 mars 2011, à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole additionnel. Ils estimèrent en effet qu'il fallait accorder en la matière une ample marge d'appréciation aux autorités étatiques.

1019 Sur cette loi, voir PUZA (R.), « Après la décision de la Cour constitutionnelle fédérale : la présence de crucifix dans les locaux scolaires », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50/1, pp. 25 – 28.

1020 *Ibid.* : « *Si l'installation d'une croix était contestée par des parents d'élèves, en se fondant sur des motifs sérieux et compréhensibles tirés de leurs convictions religieuses ou philosophiques, alors le directeur essaiera de trouver un accord amiable* ». Il est aussi écrit que si cette conciliation amiable échoue, « *la réglementation* […] *devra prendre en compte la liberté de croyance des élèves dissidents ainsi que les convictions religieuses et philosophiques de tous les intéressés dans la classe, afin de parvenir à un compromis équilibré. Dans ce but, il doit être tenu compte, autant que possible, de la volonté de la majorité* », p. 26.

1021 WOEHRLING (J.-M.), « Neutralité cultuelle et mission culturelle de l'Etat : réflexions sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande relatif aux crucifix dans les écoles », préc., pp. 32-33.

§ 2. *Une marge d'appréciation finalement étendue*

445. Le raisonnement mené par la Grande chambre en 2011[1022] dans l'affaire *Lautsi* ne diffère pas outre mesure de celui mené par la Chambre en 2009[1023] dans cette même espèce. Dans les deux cas, les juges ont imposé aux autorités étatiques le respect du principe de neutralité dans les établissements d'enseignement publics. Cependant, cette fois, la Grande chambre n'est pas allée jusqu'à privilégier une conception particulière de la neutralité. Que celle-ci soit positive ou négative importe peu, dès lors que les Etats conservent une position équidistante et impartiale à l'égard de toutes les convictions religieuses. En la matière, « *la Cour laisse* […] *une marge d'appréciation aux Etats* » de laquelle il découle que « *la régulation des relations entre les religions et l'Etat est entre les mains de chaque pays* »[1024]. En concluant à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole additionnel, la Grande chambre a mené un raisonnement au terme duquel les Etats se voient accorder expressément une marge d'appréciation étendue (A). Cette reconnaissance permet de justifier la dimension positive du principe de neutralité (B).

A) LA RECONNAISSANCE EXPRESSE D'UNE MARGE D'APPRECIATION ETENDUE

446. Dans l'affaire de 2011, le gouvernement italien avait axé sa défense sur la nécessité de reconnaître en la matière une ample marge d'appréciation aux autorités étatiques. Il critiquait la position retenue par la Chambre en 2009 car elle n'avait pas suffisamment insisté sur l'absence de consensus au sein des Etats Parties à la Convention. Or, il ne faisait aucun doute pour lui que « *la Chambre aurait dû reconnaître l'absence d'un* common ground*, dénominateur commun minimum au niveau européen, tant en ce qui concerne la question religieuse que la présence de symboles religieux dans les espaces publics* »[1025]. Il insistait aussi sur le fait que « *la situation* [variait] *d'un Etat à l'autre, chaque pays ayant développé*

[1022] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc.
[1023] Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, préc.
[1024] COSTA (J.-P.), « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 101 – 110, spéc. p. 106.
[1025] Ministère des affaires étrangères de la République italienne, 30 juin 2010, *Mémoire du Gouvernement italien pour l'audience devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme*, point 11.

sa propre tradition, créant des concepts et développant une définition propre des concepts existants comme ceux de neutralité ou de laïcité »[1026]. Au regard de cette argumentation, l'Etat défendeur était persuadé que la Chambre aurait dû lui accorder une liberté pour réglementer l'affichage de signes religieux sur les murs des établissements d'enseignement publics.

447. Cet argument était recevable pour la Grande chambre. Pour accorder expressément une marge d'appréciation aux autorités étatiques, les juges ont interprété l'article 2 du Protocole additionnel comme imposant aux Etats le respect des convictions des parents dans les programmes d'enseignement mais aussi, et plus largement, dans « *l'aménagement de l'environnement scolaire* »[1027]. Elle précisa alors que « *la décision relative à la présence du crucifix dans les salles de classes des écoles publiques relève des fonctions assumées par l'Etat défendeur* […] *et tombe de ce fait sous l'empire de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n°1* »[1028]. Par conséquent, les règles posées par l'affaire *Kjeldsen* en 1976, interdisant aux autorités étatiques toute tentative d'endoctrinement[1029] mais leur accordant une marge d'appréciation, étaient applicables en l'espèce.

448. Bien que la Cour ait considéré le crucifix « *avant tout* [comme] *un symbole religieux* », l'argumentaire avancé par le gouvernement italien – selon lequel « *la présence du crucifix dans les salles de classes des écoles publiques, qui est le fruit de l'évolution historique de l'Italie correspond à une tradition qu'il juge important de perpétuer* »[1030] - s'est avéré pertinent. C'est en effet sur ce point que les juges se sont fondés pour retenir l'existence d'une marge nationale d'appréciation étendue en la matière. Ils ont estimé que « *la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur* » justifiant qu'ils prennent en compte « *le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique* »[1031]. Pour toutes ces raisons, la Cour a conclu que « *le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur* »[1032]. En accordant cette liberté à l'Italie, la Grande

---

[1026] *Ibid.*, point 6.
[1027] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 63.
[1028] *Ibid.*, § 65.
[1029] *Ibid.*, § 53.
[1030] *Ibid.*, § 67.
[1031] *Ibid.*, § 68.
[1032] *Ibid.*, § 68.

chambre est revenue sur l'appréciation portée par la Chambre en 2009. Elle a invalidé le raisonnement selon lequel seule la dimension négative du principe de neutralité pouvait être conforme à l'article 2 du Protocole additionnel. L'octroi de cette marge d'appréciation signifie qu'aucune des deux conceptions ne doit être privilégiée. Seule l'obligation de neutralité des Etats est exigée. L'Italie la respecterait, d'autant plus que les juges ont qualifié, non « *sans susciter une certaine perplexité* »[1033], le crucifix de « *symbole essentiellement passif* »[1034].

449. Cette marge d'appréciation n'a pas pleinement convaincu[1035], révélant même des oppositions franches à l'égard de la présence de symboles pouvant avoir un sens religieux dans les établissements d'enseignement publics. L'opinion des juges MALINVERNI et KALYDJIEVA en est une illustration. Pour eux, « *les* symboles religieux *font incontestablement partie de l'environnement scolaire. Comme tels, ils sont donc de nature à contrevenir au devoir de neutralité de l'Etat et avoir un impact sur la liberté religieuse et le droit à l'éducation. Cela est d'autant plus vrai lorsque le symbole religieux s'impose aux élèves, même contre leur volonté* »[1036]. Pourtant, l'argument avancé par la Grande Chambre pour ne pas avoir condamné l'Italie était celui de l'absence de consensus, raison permettant traditionnellement de justifier l'octroi aux autorités étatiques d'une liberté dans la mise en œuvre des droits contenus dans la Convention. L'absence de dénominateur commun aux Etats Parties était apparu comme « *une instrumentalisation propre à servir un raisonnement finaliste* »[1037]. La rigueur avec laquelle les juges avaient conclu à l'existence d'une marge d'appréciation a également été critiquée. Qualifiée de « *lacunaire voire sélective* »[1038], l'analyse de la Cour n'avait pas convaincu l'ensemble des observateurs dont certains avaient estimé que « *le recours à la notion de marge d'appréciation ne* [contribuait] *pas*

1033 MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », *J.E.D.H.*, 2013, pp. 238 – 268, spéc. p. 244.

1034 Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 72.

1035 Par exemple voir LAFFAILLE (F.), « Le néo-guelfisme de la Cour E.D.H. – A propos de l'arrêt *Lautsi bis* (2011) et du crucifix en Italie », *R.I.D.C.*, 2011, pp. 931 – 947 ; MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », préc.

1036 Opinion dissidente du juge Giorgio MALINVERNI à laquelle se rallie le juge Zdravka KALAYDJIEVA sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc.

1037 GONZALEZ (G.), « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *J.C.P.G.*, 2011, n°20, 601.

1038 MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », préc., spéc. p. 252.

particulièrement à la bonne compréhension de la décision de la Cour »[1039]. Dans le même sens, c'était bien le « *caractère obligatoire de la présence des crucifix dans les écoles italiennes qui* [faisait] *problème et aurait sans doute dû jouer un rôle plus important dans le contrôle de proportionnalité de la Cour* »[1040].

450. La pratique commune à certains Etats membres d'exposer des symboles religieux sur les murs des salles de classe des écoles publiques – comme dans certains Etats fédérés allemands[1041], en Pologne, ou encore en Espagne – montre que cette question fait débat[1042]. Le caractère obligatoire de l'exposition en Italie revêt une originalité. Dans son « *aperçu du droit et de la pratique au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe s'agissant de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques* »[1043], la Cour n'avait pas insisté davantage sur le contenu de la réglementation autorisant l'affichage des crucifix. Or, les juges signalaient que ce dernier n'était obligatoire, outre l'Italie, que dans deux Etats recensés : l'Autriche et la Pologne. « *Le manque de nuance de* [l'analyse de la Cour]*, qui ne distingue pas entre affichage obligatoire ou non et entre décisions de justice condamnant ou non le crucifix* »[1044] a été signalé. Cette position minoritaire de l'Italie aurait mérité une analyse plus détaillée de la Cour. C'était en tout cas le sens de l'opinion dissidente rédigée sous cet arrêt. Les Juges MALINVERNI et KALAYDJIEVA montraient que la présence de symboles religieux n'était réglementée que dans un faible nombre d'Etats. Ils leur paraissaient « *difficile, dans ces conditions, de tirer de cet état de fait des conclusions sûres quant au consensus européen* »[1045]. Ils étaient même convaincus qu'un consensus existait en faveur de l'interdiction d'affichage des signes religieux[1046], privilégiant ainsi la dimension négative du principe de neutralité.

1039 *Ibid.*, p. 253.

1040 GONZALEZ (G.), « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *J.C.P.G.*, 2011, n°20, 601.

1041 Voir *supra* §§ 438 – 444.

1042 Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., §§ 26 – 28.

1043 *Ibid.*, §§ 26 – 28.

1044 MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », préc., p. 252.

1045 Opinion dissidente du Juge MALINVERNI, à laquelle se rallie la Juge KALAYDJIEVA sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 1.

1046 « *Ce qui me paraît en revanche plus important c'est que, là où elles ont été appelées à se prononcer sur cette question, les cours suprêmes ou constitutionnelles européennes ont chaque fois et sans exception fait prévaloir le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat* », Opinion dissidente du Juge MALINVERNI, à laquelle se rallie la Juge KALAYDJIEVA sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 1.

451. Cette « *marge d'appréciation commodément dilatée* »[1047] avait également pu être critiquée au regard du contexte dans lequel l'arrêt avait été rendu. A cet égard, avaient été notés « *quelques éléments troublants qui, de l'extérieur, pourraient laisser soupçonner que la solution de l'arrêt* Lautsi *du 18 mars 2011 résulte davantage d'une sourde bataille politique interne que d'un renouvellement de la réflexion juridique* »[1048]. La solution rendue par la Chambre en 2009 avait fait l'objet de réactions virulentes[1049]. Celles-ci avaient été traduites – avec peu de retenue – par le Juge Giovanni BONELLO. Il estimait notamment qu'« *une cour européenne ne* [devait] *pas être invitée à ruiner des siècles de tradition européenne* [et qu'elle ne devait pas] *voler aux italiens une partie de leur personnalité culturelle* »[1050].

452. Critiquée, la position de la Grande chambre insiste néanmoins sur l'exigence de neutralité incombant aux autorités étatiques dans la mise en œuvre de l'article 2 du Protocole additionnel. Elle laisse aux Etats, par la même occasion, une liberté pour remplir cette obligation. Il ne s'agit alors pas « *d'une uniformisation, mais d'une tentative d'harmonisation autour de principes et donc de standards, mais avec une large possibilité de manœuvre laissée aux Etats* »[1051]. Cette liberté confirme que la dimension positive du principe de neutralité est conforme à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole.

B) UNE RECONNAISSANCE JUSTIFIANT LA DIMENSION POSITIVE DU PRINCIPE DE NEUTRALITE

453. Les garanties offertes par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel s'étendent également à l'environnement scolaire[1052]. Par conséquent, la mise en garde formulée en 1976 dans l'affaire *Kjeldsen* s'applique aussi à propos de l'affichage des

---

1047 GONZALEZ (G.), « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *J.C.P.G.*, 2011, n°20, 601. Pour un autre exemple d'instrumentalisation du consensus voir, par exemple, Cour E.D.H., Gde Chbre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, préc., note WACHSMANN (P.), MARIENBURG-WACHSMANN (A.), « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de transsexualisme », préc. ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°45, obs. LEVINET (M.).

1048 MARGUENAUD (J.-P.), « Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe », préc., p. 306.

1049 En ce sens voir LAFFAILLE (F.), « Le néo-guelfisme de la Cour E.D.H. – A propos de l'arrêt *Lautsi bis* (2011) et du crucifix en Italie », préc.

1050 Opinion concordante du Juge Giovanni BONELLO sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., point 1.2.

1051 COSTA (J. – P.), « Entretien avec Jean-Paul COSTA par Henri OBERDORFF », préc., p. 283

1052 Voir *supra* § 447.

symboles religieux dans les salles de classe[1053]. Les autorités étatiques doivent veiller à ce que la réglementation l'autorisant respecte le pluralisme inhérent à toute société démocratique. Selon la Grande chambre, la législation italienne ne contrevenait pas aux exigences de la Convention. Elle valida ainsi la dimension positive du principe de neutralité[1054]. Les juges avaient notamment remarqué que « *le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse* [n'était] *pas prohibé, des aménagements* [étant] *prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation et des pratiques religieuses non majoritaires* »[1055]. Ils conclurent même que « *rien* [n'indiquait] *que les autorités étatiques se* [montraient] *intolérantes à l'égard des élèves adeptes d'autres religions, non croyants ou tenants de convictions philosophiques qui ne se rattachent pas à une religion* »[1056]. En statuant de la sorte, la Cour a montré que l'Italie conservait une position équidistante à l'égard de toutes les religions, ce qui apparait comme le plus important à ses yeux. Elle indiquait également que l'obligation de pluralisme imposée aux Etats était respectée.

454. Cette exigence de pluralisme trouve également à s'exprimer dans l'acception positive du principe de neutralité. Le pluralisme ne serait pas uniquement garanti par l'interdiction de tous les signes religieux dans les établissements d'enseignement publics mais par leur acceptation. A cet égard l'Italie témoigne d'« *une tolérance religieuse qui s'exprime par une approche libérale permettant à toutes les confessions de manifester librement leurs convictions religieuses dans les écoles publiques, ces éléments* [constituant] *un facteur crucial de "neutralisation" de la portée symbolique de la présence du crucifix dans les écoles publiques* »[1057]. Certains tiers intervenants[1058] plaidaient en ce sens. Ceux qui s'étaient exprimés pour les gouvernements de l'Arménie, de la Bulgarie ou encore de Chypre – comme ce fut le cas de Joseph WEILER – avaient notamment critiqué la position retenue par la

---

1053 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.

1054 La dimension négative l'avait été à de nombreuses reprises. Par exemple, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc. ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc.

1055 Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 74.

1056 *Ibid*., § 74.

1057 Opinion concordante des Juges Christos ROZAKIS et Nina VAJIC sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc.

1058 Les tiers intervenants sont définis par l'article 36§2 de la Convention comme étant « *toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences* ». Sur cette notion voir PETTITI (C.), DECAUX (E.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2008, 170 p.

Chambre en 2009 : « *le raisonnement suivi par la chambre n'*[était] *pas l'expression du pluralisme qui innerve le système de la Convention, mais celle des valeurs de l'Etat laïque ; l'appliquer à l'ensemble de l'Europe reviendrait à "américaniser" celle-ci dans la mesure où s'imposeraient à tous une seule et même règle et une rigide séparation de l'Eglise et de l'Etat* »[1059]. Il s'agirait alors pour l'Etat de garantir une coexistence sereine entre l'ensemble des religions.

455. Permettre à chacun d'exprimer sa religion sans que l'Etat n'intervienne – si ce n'est pour prévenir une atteinte à l'ordre public – participerait alors à la garantie du pluralisme nécessaire dans toute société démocratique. Justifiée juridiquement cette position reste néanmoins idéologiquement discutable. Par exemple, les personnes qui, comme la requérante en l'espèce, ne souhaitent pas élever leurs enfants suivant une doctrine religieuse particulière sont en droit d'attendre de l'Etat qu'il ne leur impose pas cette situation. Le droit à une instruction pluraliste semble commander cette attitude. La dimension négative du principe de neutralité permet de satisfaire toutes les convictions. Aucun signe religieux n'étant affiché dans les salles de classe, la transmission de valeurs dictée par une conviction spécifique est alors réservée aux parents en dehors du temps scolaire.

456. En ne condamnant pas l'Italie, la Grande chambre a montré que la garantie des convictions religieuses et philosophiques des parents dépendait de la marge d'appréciation des autorités étatiques. Peu importe la conception retenue – positive ou négative –, les Etats doivent respecter le principe de neutralité des établissements scolaires. Cette exigence se retrouve aussi à propos des agents.

[1059] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 47. La position retenue a été critiquée. Jean-Pierre MARGUENAUD estimait que « *contrairement à ce que* [faisait] *mine de croire les 8 Etats tiers intervenants, le crucifix n'est pas seulement une croix telle qu'il en figure sur certains drapeaux* […] *: il s'agit d'une croix sur laquelle est cloué le corps d'un condamné à mort exécuté de la plus cruelle des façons* », MARGUENAUD (J.-P.), « Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe », préc., p. 308.

SECTION 2.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITÉ VARIABLE DES ENSEIGNANTS

457. Les convictions religieuses et politiques des enseignants font l'objet d'une attention particulière par la Cour. Cette préoccupation se justifie en raison de leur fonction particulière. Représentants de l'Etat[1060], ils exercent une influence sur les élèves et sur les étudiants. Le pluralisme éducatif – permettant à tout élève de s'épanouir en faisant leurs propres choix – justifie une attitude neutre et impartiale de leurs professeurs. Cette obligation, stricte pour les enseignants dans les établissements d'enseignement scolaire publics (§1er), est plus souple concernant les enseignants à l'Université (§2nd).

§ 1. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité stricte des enseignants dans les établissements d'enseignement scolaire

458. En raison de la confiance manifestée par les élèves envers leurs enseignants, ces derniers doivent faire preuve d'une grande vigilance pour ne pas heurter les convictions des enfants ou celles de leurs parents[1061]. Tout d'abord, ils sont les représentants de l'Etat (A) et la neutralité de ce dernier ne saurait s'arrêter à la question de la présence de signes religieux dans les établissements. Elle se prolonge nécessairement sur l'attitude des enseignants le représentant. Ensuite, l'influence sur les élèves (B) implique une responsabilité importante des enseignants. Ils ne peuvent laisser présumer de leur attirance pour une conviction religieuse ou politique particulière.

1060 Voir en ce sens GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., pp. 474 – 475.

1061 A ce titre, il est surprenant de confier, dans un établissement d'enseignement scolaire public, un cours de morale et de religion à un enseignant, ordonné prêtre. Voir en ce sens Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 juin 2014, *Fernandez Martinez contre Espagne*, req. n°56030/07.

A) UNE NEUTRALITE STRICTE JUSTIFIEE PAR LE RATTACHEMENT DES ENSEIGNANTS A L'ETAT

459. Cette condition permet la restriction des convictions politiques (1) et religieuses (2) des enseignants lorsqu'ils dispensent leurs enseignements.

1. Une condition justifiant la restriction de l'expression des convictions politiques

460. Les enseignants bénéficient de la protection conventionnelle, au même titre que toute personne relevant de la juridiction d'un Etat partie. La Grande chambre l'avait clairement affirmé en 1995 à l'occasion de l'affaire *Vogt contre Allemagne*[1062]. Il avait été jugé que « *les fonctionnaires ne* [sortaient] *pas du champ d'application de* [l']*instrument* » conventionnel[1063]. En conséquence, ils ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses conformément à l'article 9 de la Convention ou bien encore leurs opinions politiques, en accord avec l'article 10. Cette liberté doit néanmoins être analysée au regard du devoir de neutralité imposée par leur fonction. Cette obligation « *qui s'impose aux agents publics dans leurs relations avec l'Administration et avec les administrés justifie un certain nombre de restrictions à leurs droits et libertés* [et] *c'est essentiellement sous l'angle des articles 9 et 10 de la Convention que ce devoir de neutralité impose des restrictions particulières aux agents publics* »[1064]. Leur mission d'enseignant, par laquelle il représente l'Etat pendant le temps scolaire, justifie que l'expression de leurs convictions soit limitée. Par conséquent, « *la neutralité de l'Etat instructeur semble, logiquement, s'étendre de façon contraignante à ceux qui sont la bouche de cet Etat* »[1065], c'est-à-dire les enseignants. Ceux-ci doivent « *le temps de*

1062 Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, req. n°17851/91, note SUDRE (F.), « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme. L'arrêt *Vogt*, de la Cour européenne des droits de l'Homme, ou l'art de l'illusionnisme juridique », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 389 – 432 ; DECAUX (E.), « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), Grande Chambre, 26 septembre 1996, *Vogt contre Allemagne* », *J.D.I.*, 1996, pp. 242 – 245 ; FLAUSS (J.-F.), « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 376 – 390 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°61, obs. LEVINET (M.).

1063 Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, préc., § 43.

1064 MILANO (L.), « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme », *Jcl. Collectivités territoriales*, Fasc. 795, 2011, § 95.

1065 GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., pp. 474 – 475.

[leur] *service au moins, renoncer* [à leurs convictions] *qui, par leur caractère démonstratif pourraient faire douter de leur attachement à la neutralité de la personne publique qu'ils représentent* »[1066].

461. Dans cet arrêt, Dorothea Vogt enseignait depuis 1977 dans un lycée public. En 1982, la requérante avait fait l'objet d'une procédure disciplinaire en raison de ses activités politiques en faveur du parti communiste allemand. Elle s'était notamment présentée aux élections législatives du Land de Basse-Saxe. Son activité politique était considérée par les autorités allemandes comme un manquement à l'obligation de loyauté envers la Constitution, à laquelle elle était tenue en raison de son statut de fonctionnaire[1067]. En conséquence, elle avait été suspendue de ses fonctions. Elle ne les réintégra qu'en 1991, le gouvernement de Basse-Saxe ayant abrogé le décret sur l'emploi des extrémistes dans la fonction publique. La requérante invoquait la violation des articles 10 et 11 de la Convention. Pour conclure à la violation de l'article 10 par les autorités allemandes, les juges s'étaient concentrés sur la question de la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Ils avaient pris en compte l'importance particulière des devoirs des enseignants, justifiant « *de laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée* [était] *proportionnée au but* »[1068] légitime de protection de la sécurité nationale, de la défense de l'ordre ainsi que de la protection des droits d'autrui[1069]. La proportionnalité de la mesure ayant fait défaut, la Cour avait engagé la responsabilité de l'Etat.

462. Dans cette affaire, l'exigence de loyauté permet de montrer que le lien existant entre l'Etat et ses agents justifie une restriction dans l'exercice des droits et libertés de ces derniers. Les juges étaient en effet partis du postulat qu'un « *Etat démocratique* [était] *en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie* »[1070]. Bien que cette obligation ait été considérée conforme à la Convention, les juges avaient tout de même conclu à sa violation. Le caractère trop rigoureux de la mesure prise à l'encontre de la requérante avait en effet permis de conclure à la violation de l'article 10[1071]. L'argumentation menée pour aboutir à ce constat avait néanmoins été discuté par une

---

1066 GONZALEZ (G.), « L'exigence de neutralité des services publics », préc., p. 167.
1067 Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, préc, § 11.
1068 *Ibid*, § 53. Dans le même sens, voir Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, req. n°57383/00.
1069 Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, préc., § 51.
1070 *Ibid*., § 59.
1071 *Ibid*., §§ 60 – 61.

partie de la doctrine[1072]. En effet, le contrôle opéré par la Cour mettait l'accent sur la condition d'enseignante de la requérante, et non sur son appartenance au corps de la fonction publique allemande. Il est vrai qu'« *elle n'*[avait] *pas manqué à ses obligations de service,* [mais] *il n'en* [demeurait] *pas moins qu'elle* [avait] *manqué à son obligation de loyauté* »[1073], découlant de sa condition de fonctionnaire. La prise en compte de son statut particulier – sans s'attarder sur sa fonction spécifique d'enseignante – aurait éventuellement pu conduire à une conclusion autre que le constat de violation de la Convention.

2. Une condition justifiant la restriction de l'expression des convictions religieuses

463. Dans l'affaire *Dahlab* de 2001[1074], le même raisonnement fut employé, confirmant que le lien de rattachement à l'Etat était en mesure de justifier la limitation de l'expression des convictions des enseignants. Pour conclure à l'irrecevabilité de la requête de cette enseignante voilée, l'influence sur les élèves n'avait pas été le seul argument mobilisé par la Cour[1075] ; elle avait également noté l'importance du lien entretenu avec l'Etat. En effet « *en tant que fonctionnaire,* [l'enseignante représentait] *l'Etat ; à ce titre, son comportement ne* [devait] *pas laisser entendre que ce dernier* [s'identifiait] *à une religion plutôt qu'à une autre* »[1076]. La sauvegarde du pluralisme éducatif défendu par l'article 2 du Protocole additionnel suppose cette position de la Cour à l'égard des enseignants des établissements d'enseignement scolaire. Il est même « *logique de penser que les enseignants, représentants de l'Etat instructeur, puissent se voir imposer la plus stricte neutralité de ce point de vue* »[1077]. La politique jurisprudentielle suivie par la Cour serait d'ailleurs incohérente si elle exigeait une

---

1072 En ce sens, voir SUDRE (F.), « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme. L'arrêt *Vogt*, de la Cour européenne des droits de l'Homme, ou l'art de l'illusionnisme juridique », préc.

1073 *Ibid.*, p. 419.

1074 Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, req. n°42393/98, note FLAUSS (J.-F.), « Liberté religieuse », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 480 – 484 ; CHAUVIN (N.), « Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 15 février 2001, *Dahab* », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 536 – 546.

1075 Voir *infra* § 479.

1076 Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc.

1077 GONZALEZ (G.), « L'exigence de neutralité des services publics », préc., p. 171. Ce propos est rejoint par celui de Clément BENELBAZ selon qui « *ce qui est demandé au foncionnaire, qui représente l'Etat, c'est d'être vertueux, de respecter et de véhiculer les valeurs républicaines qu'il est lui-même censé incarner* », in BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, préc., p. 284.

neutralité des locaux scolaires[1078] sans pour autant imposer la même obligation aux enseignants.

464. L'arrêt *Eweida et autres contre Royaume-Uni* du 15 janvier 2013[1079] implique néanmoins de nuancer cette dernière conclusion. En l'espèce, plusieurs requêtes avaient été jointes. Toutes concernaient la manifestation – positive ou négative – de convictions religieuses sur le lieu de travail. La manière dont la Cour a traité la situation de Madame Eweida, agent d'enregistrement pour la compagnie *British airways*, pourrait introduire une nouvelle appréciation de l'expression des convictions religieuses sur le lieu de travail. La compagnie aérienne avait édité un guide vestimentaire auquel l'ensemble des salariés devait se plier. Les signes religieux devaient, autant que faire se peut, être dissimulés sous l'uniforme. La requérante, de confession chrétienne, portait une croix visible autour du cou. A plusieurs reprises, ses supérieurs lui demandèrent de la dissimuler ou de l'enlever. Elle fut renvoyée chez elle avant de se voir proposer un poste sans relation avec les clients, poste qu'elle refusa. Par la suite, le règlement de la compagnie fut modifié de sorte que tous les symboles religieux étaient acceptés, sous réserve d'une autorisation préalable de la hiérarchie. La requérante estima néanmoins que la sanction prononcée à son égard par la compagnie était contraire à l'article 9 de la Convention. La Cour devait déterminer si le Royaume-Uni avait prévu la réglementation adéquate permettant à chacun d'exprimer ses convictions religieuses, ce qui constitue une obligation positive découlant de la volonté de protection concrète et effective de l'article 9 de la Convention. Pour le cas spécifique de cette requérante, les juges avaient conclu à la violation de la Convention[1080].

465. Cette issue favorable à Madame Eweida contraste avec les solutions retenues par le passé. Dans la décision d'irrecevabilité *Konttinen contre Finlande* du 3 décembre 1996 – dans

---

[1078] Voir *infra* § 479 et § 646.

[1079] Cour E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, req. n°48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, note GONZALEZ (G.), « L'éléphant dans le magasin de porcelaine : entrée remarquée des manifestations de la liberté européenne de religion sur le lieu de travail (Cour eur. dr. h., *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013) », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 975 – 991 ; MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », *J.E.D.H.*, 2013, pp. 238 – 268 ; SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 1476 – 1482. Sur la question de la liberté de religion sur le lieu de travail voir SOLER-COUTEAUX (P.), « L'*Homo religiosus* est-il divisible ? (Pour un régime unitaire de la liberté religieuse dans l'espace professionnel) », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS*, préc., pp. 705 – 730.

[1080] Les juges avaient conclu à l'absence de violation de l'article 9 pour les autres requérants (Shirley Chaplin, Liliane Ladele, et Gary McFarlane) (Cour E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, préc.).

laquelle était en cause l'incompatibilité des horaires de travail avec la religion d'un salarié adventiste du septième jour –, la Commission avait mis en exergue la responsabilité du requérant. Les commissaires avaient observé « *qu'après avoir constaté que ses horaires de travail étaient incompatibles avec ses convictions religieuses, le requérant était libre de quitter son emploi* »[1081]. Ils estimaient en outre que cette possibilité de démission était « *la garantie fondamentale de son droit à la liberté de religion* »[1082]. Les autorités finlandaises ne s'étaient pas, selon la Commission, ingérées dans l'exercice de la liberté de religion du requérant car, « *en somme, rien* [n'indiquait] *que la révocation du requérant ait porté atteinte à l'exercice de ses droits garantis par l'article 9§1* »[1083]. Dans l'arrêt *Eweida*, les juges ont, à l'inverse, retenu une autre interprétation. Ils estimèrent que la possibilité de quitter l'emploi en question n'était pas une justification suffisante pour exclure toute ingérence dans l'exercice du droit à liberté de religion[1084]. En estimant que la sanction subie s'apparentait à une ingérence des autorités étatiques dans l'exercice de sa liberté de religion, la Cour pouvait ainsi apprécier la proportionnalité de la restriction. Elle avait mis en balance l'intérêt de la requérante à manifester ses convictions et l'image commerciale de l'entreprise – symbolisée par la réglementation des tenues vestimentaires. Même si le but était légitime, la sanction prononcée à l'égard de la requérante était disproportionnée. Elle aurait dû avoir la possibilité de manifester ses convictions religieuses. Les autorités britanniques s'étaient donc rendues coupables d'une abstention fautive en ne protégeant pas suffisamment le droit de Madame Eweida à sa liberté de religion.

466. Cette solution est-elle pour autant transposable à la situation des enseignants dans les établissements d'enseignement publics ? Une réponse négative s'impose. La situation évoquée dans l'affaire *Eweida* concerne une entreprise privée sans lien réel de rattachement avec l'Etat. L'obligation de neutralité découlant de ce lien particulier avec la personne publique continue d'exister pour les enseignants. L'exigence d'impartialité incombant à l'Etat justifie que leur liberté de manifester leurs convictions religieuses et politiques soit limitée. La Cour avait certes mis en avant l'importance de garantir le pluralisme et la diversité des

---

1081 Comm. E.D.H., 3 décembre 1996, *Konttinen contre Finlande*, req. n°24949/94.

1082 *Ibid*.

1083 *Ibid*.

1084 Cour E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, préc., § 83. Voir MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.), « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », préc., p. 255.

courants d'opinions pour justifier la condamnation du Royaume-Uni[1085]. Si cette garantie est tout aussi importante dans les établissements scolaires, elle trouve néanmoins à s'exprimer différemment. Le droit à l'instruction revêt en effet une importance particulière dans la mesure où il permet à chaque élève d'acquérir les moyens nécessaires pour son épanouissement personnel. Hormis l'éducation reçue de ses parents, il ne doit pas subir de pression extérieure – même de la part de l'Etat – pour partager une conviction particulière. Si tel était le cas, le pluralisme éducatif consacré par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole serait atteint. Les enseignants, représentants de l'Etat pendant le temps scolaire, ne doivent donc pas afficher leurs convictions. La situation de Madame Eweida était bien différente. C'est la raison pour laquelle cet arrêt de la Cour « *tranche nettement avec les formulations plus réservées de sa jurisprudence relative au port du voile islamique par des enseignants* »[1086]. L'influence de ces derniers sur les élèves constituerait un argument supplémentaire pour limiter strictement la manifestation de leurs convictions.

B) UNE NEUTRALITE STRICTE JUSTIFIEE PAR L'INFLUENCE SUR LES ELEVES

467. Le pluralisme éducatif défendu par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel justifie les limitations pouvant être apportées aux droits et libertés fondamentaux des enseignants. Ces derniers bénéficient – au même titre que tout individu relevant de la juridiction d'un Etat Partie – de la protection de leur liberté de religion ou d'expression. Les élèves sont attentifs aux discours tenus par leurs enseignants. Cette influence justifie que l'expression des convictions politiques (1) ou religieuses (2) de ces derniers fasse l'objet d'une stricte limitation dans l'exercice de leur fonction.

1085 Cour E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, préc., § 94.

1086 GONZALEZ (G.), « L'éléphant dans le magasin de porcelaine : entrée remarquée des manifestations de la liberté européenne de religion sur le lieu de travail (Cour eur. dr. h., *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013) », préc., p. 982.

1. Une stricte limitation de l'expression des convictions politiques des enseignants

468. L'exigence de neutralité des enseignants – en vue de protéger la conscience des élèves et les convictions de leurs parents tel que commandé par l'article 2 du Protocole additionnel - limite l'expression de leurs convictions politiques. Outre leur devoir de loyauté envers l'Etat[1087], cette restriction se justifie à nouveau par l'influence exercée sur les élèves. Ce devoir de neutralité est « *contraignant* […] *pour les enseignants en raison de l'âge du public auquel ils s'adressent et du respect des convictions des parents dans l'éducation de leurs enfants* »[1088]. La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de légitimer cette obligation.

469. Dans la décision d'irrecevabilité *Seurot contre France* du 18 mai 2004[1089], un professeur d'histoire et de géographie estimait que sa condamnation pénale et la résiliation de son contrat d'enseignement par le ministre de l'Education nationale étaient contraires, notamment, à l'article 10 de la Convention. Ces sanctions étaient justifiées par le propos tenu dans un bulletin d'information interne à l'établissement dans lequel il enseignait. Il dénigrait avec violence et sans aucune réserve les membres de la population nord-africaine. Selon les autorités françaises, son écrit incitait à la discrimination, à la haine et à la violence.

470. Sa condition d'enseignant dans un établissement d'enseignement scolaire privé sous contrat était restée sans incidence sur ses obligations. En effet, il était considéré comme un agent public par la Cour. Elle rappela que « *les principes fondamentaux* [dégagés] *de ses arrêts relatifs à l'article 10* [s'appliquaient] *également aux membres de la fonction publique, et plus généralement aux agents publics quelle que soit la nature du rapport juridique entre l'agent et l'administration* »[1090]. En France, les contrats d'association entre l'Etat et un établissement privé sont des contrats de droit public[1091]. Les enseignants de ces établissements sont donc soumis aux obligations de neutralité incombant aux fonctionnaires. Leurs convictions politiques – et religieuses – n'ont pas à être affichées dans l'enceinte d'un

---

1087 Voir *supra* §§ 459 – 466.

1088 MILANO (L.), « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme », *Jcl. Collectivités territoriales*, Fasc. 795, 2011, § 97.

1089 Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, préc., note TAILLEFAIT (A.), « Les obligations pesant sur les maîtres des établissements d'enseignement privé », *D.A.*, 2004, comm. 173.

1090 Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, préc.

1091 En ce sens voir, C.E., 26 mars 1993, *Pampaloni*, req. n°956/06, rec. p. 85. Voir *supra* § 72 et § 74.

établissement scolaire. Les juges estimèrent en l'espèce qu'« *étant symbole d'autorité pour ses élèves dans le domaine de l'éducation, les devoirs et responsabilités particuliers qui* [incombaient aux enseignants valaient] *aussi dans une certaine mesure pour leurs activités en dehors de l'école* »[1092]. Il en allait « a fortiori *de même pour leurs activités annexes exercées au sein de même de l'établissement où ils* [enseignaient] »[1093].

471. Il ne faisait donc aucun doute que « *l'article litigieux, dont le contenu* [revêtait] *incontestablement un caractère raciste* [était] *incompatible avec les devoirs et responsabilités particuliers qui incombaient au requérant* ». Ce raisonnement confirmait une jurisprudence constante, en ne faisant preuve d'aucune tolérance envers des propos racistes et haineux[1094]. L'incitation à la haine ou à la violence annihile en effet toute possibilité d'être protégé par l'article 10. Un tel comportement serait, dans ces circonstances, assimilé à de l'abus de droit[1095]. Par exemple, un individu contestant l'existence de l'Holocauste ne peut se prévaloir de sa liberté d'expression devant la Cour[1096]. Dans l'affaire *Seurot*, le mécanisme prévu à l'article 17 de la Convention n'avait pas été mobilisé par la Cour. Elle reprochait toutefois à l'enseignant, en raison de sa fonction, de ne pas avoir fait « *preuve de prudence et de discernement* » dans son attitude[1097].

472. Ce sentiment apparaissait déjà dans la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour en 2001 dans l'affaire *Volkmer contre Allemagne*[1098]. En l'espèce, l'enseignant contestait sa révocation. Il lui était reproché d'avoir influencé un élève pour espionner des opposants politiques. Pour la Cour, la sanction prononcée par les juridictions internes était justifiée. En outre, « *l'attitude du requérant à l'égard de ses élèves était incompatible avec ses devoirs en*

1092 Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, préc., reprenant Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, préc., note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 500 – 508.

1093 Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, préc.

1094 Sur ce point, voir HOCHMANN (T.), *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Paris, Pedone, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2013, 753 p.

1095 Sur cette notion voir, par exemple, FLAUSS (J.-F.), « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 461 – 468 ; SPIELMANN (A.), « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., spéc. pp. 673 – 686 ; VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 541 – 566.

1096 Par exemple, voir Cour E.D.H. (recevabilité), 24 juin 2003, *Garaudy contre France*, req. n°65831/01.

1097 Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, préc.

1098 Cour E.D.H. (recevabilité), 22 novembre 2001, *Volkmer contre Allemagne*, req. n°39799/98.

tant qu'enseignant »[1099]. Finalement, les enseignants ont une responsabilité envers leurs élèves. Ils ne doivent pas les influencer afin de les faire adhérer à leurs propres convictions. Si tel était le cas, leur comportement serait nécessairement contraire aux exigences du pluralisme éducatif de l'article 2 du Protocole. Un constat similaire s'applique aussi pour leurs opinions religieuses.

2. Une stricte limitation de l'expression des convictions religieuses des enseignants

473. Dans la décision d'irrecevabilité du 15 février 2001, *Dahlab contre Suisse*[1100], la Cour avait à connaître de la situation d'une institutrice ayant décidé de se convertir à l'Islam un an après sa nomination. Elle portait de ce fait le voile en classe devant les élèves. Après plusieurs entretiens, le port du foulard islamique lui fut interdit par la direction générale de l'enseignement primaire dans l'enceinte de l'école. Contestant cette décision devant les juridictions internes, la requérante n'avait pas obtenu gain de cause. Le Tribunal fédéral avait en effet estimé qu'il était « *difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession* »[1101].

474. La Cour avait examiné cette affaire sous l'angle de l'article 9 de la Convention. La décision prise par les autorités étatiques restreignait la liberté de religion de la requérante. Invoquer la disposition protégeant le droit à l'instruction n'aurait eu aucun effet sur sa situation[1102]. Cet article aurait été pertinent si les parents s'étaient plaints que l'enseignant de leurs enfants affichait ses convictions religieuses et ce, sans que les autorités étatiques n'interviennent pour limiter l'expression de cette conviction. Or, en l'espèce, seules les convictions de la requérante étaient visées et non celles des parents d'élèves.

[1099] Conseil de l'Europe, *La liberté d'expression en Europe. La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2006, 195 p., spéc. p. 109.

[1100] Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc.

[1101] *Ibid*.

[1102] La Suisse a simplement signé le protocole le 19 mai 1976. Elle est le seul pays, avec Monaco, à ne pas l'avoir ratifié.

475. Sur le fond, la Cour avait constaté une restriction de la liberté de religion de la requérante. Elle avait classiquement vérifié si cette limitation était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique. S'agissant des deux premiers critères, sans grande difficulté, la législation suisse prévoyait de manière suffisamment claire et précise l'interdiction pour les enseignants d'afficher des signes identifiant leur appartenance à une religion particulière. La loi suisse sur l'instruction publique disposait que « *l'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et confessionnelles des élèves et des parents* »[1103], mais aussi que « *les fonctionnaires doivent être laïques* »[1104]. Non seulement cette restriction reposait sur une base juridique solide, mais la réglementation suisse poursuivait également l'un des buts légitimes fixés par l'article 9§2, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, la sécurité publique et la protection de l'ordre. L'argumentaire était, en revanche, plus développé s'agissant de la recherche de la nécessité de cette restriction dans une société démocratique.

476. La mise en balance effectuée par les juges suisses entre la neutralité de l'enseignement public couplée à « *l'atteinte qui pouvait être portée aux sentiments religieux* [des] *élèves* »[1105] d'un côté et la liberté de manifester sa religion de l'autre a néanmoins été déclarée conforme aux exigences de la Convention. La Cour avait confirmé l'argumentation du Tribunal suisse selon lequel « *l'atteinte portée au droit de la requérante de manifester librement sa religion se justifiait ainsi par la nécessaire protection, dans une société démocratique, du droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse* »[1106].

477. Bien que l'article 2 du protocole additionnel ne soit pas mobilisé par la Cour, l'argumentaire suivi – sur le fondement de l'article 9 de la Convention – présentait des similitudes avec celui mené lorsque le droit à l'instruction est en jeu. Afin d'apprécier la nécessité de la restriction, la Cour avait mis en avant la vulnérabilité des élèves et la nécessité de leur garantir un enseignement dans un établissement neutre. La protection de la liberté de conscience des élèves et, indirectement, des convictions des parents, était un élément important de la décision d'irrecevabilité prononcée à l'encontre de la requérante. Elle enseignait à de jeunes élèves âgés entre quatre et huit ans. Ces enfants se trouvaient « *dans un*

[1103] Article 6 de la loi cantonale genevoise *sur l'instruction publique*, 6 novembre 1940.
[1104] Article 120 alinéa 2 de la loi cantonale genevoise *sur l'instruction publique*, 6 novembre 1940.
[1105] Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc.
[1106] *Ibid.*

âge où ils se [posaient] *beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables* »[1107]. L'impact d'une enseignante voilée sur la conscience des élèves avait permis à la Cour de conclure qu'au regard du bas âge des enfants, la mesure de restriction n'était pas déraisonnable. En raison de la vulnérabilité des élèves, les autorités étatiques devaient prendre les mesures nécessaires pour les protéger. Celles-ci pouvaient aller jusqu'à interdire à une enseignante d'afficher ses convictions religieuses pendant le temps scolaire.[1108]. Il apparaitrait même « *logique que l'interdiction soit renforcée lorsque les usagers se trouvent en situation de vulnérabilité, comme ce peut être le cas* […] *à l'école* »[1109].

478. Dans leur mission d'enseignement, les enseignants sont parfois conduits à organiser des sorties culturelles. La portée du principe dégagé par la décision *Dahlab* suscite certaines remarques quant à la neutralité des personnes encadrant ses activités scolaires particulières. Il est d'ailleurs « *légitime de s'interroger sur la pertinence au regard du droit de la Convention européenne, de la généralisation de l'interdiction du port des signes religieux à l'ensemble des agents publics ou des collaborateurs des services publics* »[1110]. Dans la plupart des cas, ces accompagnateurs sont des parents d'élèves aidant les enseignants à encadrer une sortie culturelle. L'exigence de neutralité religieuse applicable aux enseignants doit-elle également s'étendre à cette catégorie particulière qualifiée de collaborateurs occasionnels du service public[1111] ? Aucun contentieux lié à la restriction de la liberté de religion des parents-accompagnateurs ne s'est encore présenté à la Cour. Il s'agit néanmoins d'un sujet sensible sur lequel les positions nationales – notamment en France – et la position des juges

---

1107 *Ibid*.

1108 Ce critère de l'influence sur les élèves dégagé par la Cour n'est cependant pas une idée neuve. Elle avait été - par exemple – retenue, dès 1912, par le Commissaire du Gouvernement HELBRONNER dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat *Abbé Bouteyre*. Déjà à l'époque, la vulnérabilité de l'enfant avait été mise en avant, sans pour autant que le mot soit prononcé. C'est ce qui ressort en tout cas de son propos lorsqu'il affirmait que « *ceux auxquels* [l'enseignement] *est donné sont des enfants, des jeunes gens dont l'esprit n'a pas encore la maturité nécessaire pour juger en toute impartialité de l'enseignement qui leur est donné* ». En conséquence, « *il doit donc être assuré, pour respecter la liberté de conscience, que l'enseignement qui sera donné, aura le caractère de neutralité absolue* ». Conclusions du Commissaire du Gouvernement HELBRONNER sous C.E., 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, *R.D.P.*, 1912, pp. 453 – 470, spéc. p. 462 (C.E., 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, rec. p. 553)

1109 BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, préc., p. 283.

1110 GONZALEZ (G.), « L'exigence de neutralité des services publics », préc., p. 172.

1111 Cette notion désigne les « *personnes* [qui] *participent de façon occasionnelle, et sans aucun lien juridique avec la personne publique, à l'exercice d'une mission de service public* » ; LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), « Retour sur la notion de collaborateur occasionnel du service public », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 2170 – 2173, spéc. p. 2171. Sur les problèmes causés par la question des collaborateurs occasionnels à l'école voir MARLIAC (C.), « L'école, la liberté d'expression religieuse et le "collaborateur-accompagnateur", *R.R.J.*, 2012, n°1, pp. 139 – 154.

européens pourraient s'opposer. Raisonnant sur l'influence exercée sur les élèves, on ne voit pas pourquoi la Cour retiendrait un argumentaire différent pour ces collaborateurs occasionnels et pour les enseignants. L'étude faite par le Conseil d'Etat français à la demande du Défenseur des droits montrait cependant que ces accompagnants n'étaient pas soumis à l'exigence de neutralité traditionnellement applicable aux agents[1112]. En cas de conflit devant la Cour, initié par un parent d'élève mécontent de voir une sortie scolaire encadrée par une personne affichant symboliquement son appartenance religieuse, la Cour pourrait avoir l'occasion, soit de préciser la portée de sa jurisprudence sur les personnes – autres que les enseignants – intervenant auprès des élèves, soit de renvoyer à la marge nationale d'appréciation.

479. La position retenue dans l'affaire *Dahlab*, s'agissant du personnel enseignant, ne résout cependant pas toutes les questions. Admettant « *qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge* »[1113], la Cour introduit une différence entre les jeunes élèves et les autres. Les premiers se poseraient « *beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé* »[1114]. L'influence du signe religieux porté par l'enseignant ne pourrait alors être opposée que par les parents dont les enfants sont « *en bas âge* ». Ceux dont les enfants sont collégiens ou lycéens ne seraient pas en mesure de faire valoir cet argument pour assurer le respect de leurs convictions. Cette distinction aurait pour conséquence de remettre en cause les législations interdisant au personnel enseignant d'afficher leurs convictions et ce, peu importe le public concerné[1115]. En effet, cette décision, fondée « *sur le très jeune âge des élèves, pourrait conduire à s'interroger sur la compatibilité* [des] *règles qui ne distinguent pas l'élève de grande section*

[1112] C.E., Ass., 19 décembre 2013, *Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, 36 p., spéc. p. 31. Le rapport ainsi rendu au Défenseur des droits retenait une solution différente de celle dégagée par le tribunal administratif de Montreuil en 2011. Dans cette affaire, une mère de famille contestait le règlement intérieur de l'école selon lequel « *les parents volontaires pour accompagner les sorties scolaires doivent respecter dans leur tenue et leurs propos la neutralité de l'école laïque* ». Le juge administratif n'avait pas fait droit à la demande de la requérante en précisant que le principe de laïcité s'opposait à ce qu'elle puisse manifester ses convictions – notamment religieuses – « *dans le cadre de l'accompagnement d'une sortie scolaire* » (T.A. Montreuil, 22 novembre 2011, *Mme O.*, req. n°1012015).

[1113] Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc.

[1114] *Ibid*.

[1115] Voir en ce sens l'article L.141-5 du code de l'éducation français.

d'école maternelle de l'élève de terminale du lycée pour fixer les interdits imposés au personnel »[1116].

480. Une telle remise en cause des réglementations prohibant toute expression – religieuse, philosophique ou politique - apparait cependant peu probable. L'Etat a l'obligation de ne pas influencer, notamment par la voie de ses enseignements, le choix des convictions des individus. Par conséquent, sur le fondement de l'article 9 ou de l'article 2 du Protocole additionnel, tout élève peut contester l'affichage par un enseignant de ses convictions religieuses. Les enseignants sont « *la bouche* »[1117] de l'Etat et, à ce titre, ils ne doivent pas non plus afficher leur préférence à l'égard d'une conviction religieuse particulière.

481. L'influence sur les élèves et le lien de rattachement à l'Etat sont les deux conditions justifiant l'exigence de neutralité des enseignants dans les établissements d'enseignement scolaire. Cette obligation est essentielle à la sauvegarde du pluralisme éducatif défendu par l'article 2 du Protocole additionnel. La Cour européenne des droits de l'Homme exige aussi que les enseignants à l'Université respectent ce principe de neutralité. Cependant, en raison de la spécificité de leur fonction et de la maturité des étudiants, cette exigence est plus nuancée à leur égard.

§ 2. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité variable des enseignants à l'Université

482. Les effets de l'article 2 du Protocole additionnel s'appliquent également à l'Université[1118]. En conséquence, le pluralisme éducatif justifie aussi que les garanties offertes par les articles 9 et 10 aux enseignants et aux étudiants puissent être limitées à l'Université. Cette obligation s'applique néanmoins avec moins de rigueur à l'égard des universitaires qu'à l'égard des enseignants des établissements scolaires. En effet, comme le relevait Jean RIVERO, « *le principe fondamental de la neutralité commande au maître une extrême réserve dans*

1116 DURAND-PRINBORGNE (C.), « Laïcité dans le service public de l'éducation », *C.R.D.F.*, 2005, n°4, pp. 23 - 32, spéc. p. 27.

1117 GONZALEZ (G.), « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., pp. 474 – 475.

1118 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc.

l'expression de ses options personnelles »[1119]. A l'inverse, dans l'enseignement supérieur, « *si le principe de neutralité a ses exigences* […]*, il laisse au maître l'entière liberté* [de] *ce qu'il estime vrai dans la discipline qui est la sienne, quelles que soient les implications philosophiques ou politiques de cette vérité* »[1120]. Cette distinction se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans l'enseignement supérieur, le cadre fixé par les juges pour sauvegarder le pluralisme éducatif est moins rigide que celui imposé aux instituteurs dans la mesure où l'exigence de neutralité apparaît plus souple pour les universitaires (A). Cette obligation reste néanmoins soumise au contrôle de la Cour (B) qui n'hésite pas à sanctionner les abus.

A) UNE EXIGENCE DE NEUTRALITE SOUPLE A L'EGARD DES UNIVERSITAIRES

483. Les obligations découlant du principe de neutralité incombant aux enseignants dans les établissements scolaires peuvent se retrouver pour les universitaires. La comparaison montre néanmoins que cette exigence de neutralité est plus atténuée pour ces derniers. La Cour européenne des droits de l'Homme valide les restrictions apportées à la liberté des universitaires de manifester leurs convictions religieuses, confirmant que le principe de neutralité leur est strictement appliquée (1). Leur liberté d'expression fait néanmoins l'objet d'une limitation plus souple car les garanties de l'article 10 leur sont largement appliquées (2).

1. Une neutralité religieuse strictement appliquée aux universitaires

484. La décision d'irrecevabilité du 24 janvier 2006, *Kurtulmus contre Turquie*[1121], traduit clairement la position de la Cour à l'égard de la manifestation des convictions religieuses par

---

[1119] RIVERO (J.), « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, pp. 128 – 133, spéc. p. 129.

[1120] *Ibid.*, p. 129.

[1121] Cour E.D.H. (recevabilité), 24 janvier 2006, *Kurtulmus contre Turquie*, préc., note RENUCCI (J.-F.), « Droit européen des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1717 – 1722 ; FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme, *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1709 – 1720.

les enseignants universitaires. Sevgi Kurtulmus enseignait voilée à l'Université. Malgré plusieurs avertissements et autres rappels à l'ordre, elle continua d'afficher, pendant l'exercice de ses fonctions, des signes montrant son appartenance à une confession religieuse particulière. En agissant ainsi, elle contrevenait à l'exigence de neutralité imposée aux membres de la fonction publique en Turquie. Une procédure disciplinaire fut engagée à son encontre en raison du non-respect des règles vestimentaires. Elle fut suspendue de ses fonctions, ce qu'elle contesta – sans succès – devant les juridictions internes. Cette sanction violait, selon elle, son droit à manifester librement ses convictions religieuses. La Cour ne partagea pas cette position et conclu à l'irrecevabilité de la requête.

485. Cette solution était d'ailleurs prévisible. Le raisonnement mené ressemblait fortement à celui employé dans l'affaire *Dahlab* de 2001[1122]. Dans un premier temps, La Cour avait rappelé que les enseignants bénéficiaient de la protection de leurs convictions religieuses même s'il apparaissait « *légitime pour l'Etat de soumettre ces derniers, en raison de leur statut, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses* »[1123]. Il revenait donc aux juges de contrôler la mise en balance opérée par la Turquie entre le droit de la requérante à manifester ses convictions et l'intérêt légitime de l'Etat à imposer le respect du principe de neutralité à ses agents. Dans un deuxième temps, ils examinèrent la réglementation relative à la tenue vestimentaire des fonctionnaires. La législation imposait « *que tout fonctionnaire, représentant de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, ait une apparence neutre afin de préserver le principe de la laïcité et celui de la neutralité de la fonction publique qui en découle* »[1124]. La même logique était développée à l'égard des enseignants des établissements scolaires.

486. En raison du poste qu'elle occupait, la requérante était consciente de son obligation d'impartialité et de neutralité pendant l'exercice de ses fonctions. La Cour affirmait que « *la requérante* [avait] *librement adhéré à ce statut de fonctionnaire* […] *et, en cette qualité, détentrice de l'autorité universitaire et représentante de l'Etat* [elle ne pouvait] *ignorer les règles qui* [l'obligeaient] *à faire preuve de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses* » [1125]. A nouveau, un argumentaire similaire avait été suivi dans l'affaire *Dahlab* : « *en sa qualité d'enseignante dans une école publique, la requérante* [avait]

[1122] Voir *supra* § 463.
[1123] Cour E.D.H. (recevabilité), 24 janvier 2006, *Kurtulmus contre Turquie*, préc.
[1124] *Ibid.*
[1125] *Ibid.*

librement accepté les exigences liées au principe de la neutralité confessionnelle de l'école »[1126]. Ces exigences découlaient en outre de la marge d'appréciation attribuée à l'Etat en la matière. De jurisprudence constante, « *le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation* [devait]*, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné* »[1127]. Le lien particulier existant entre l'Etat et ses enseignants, même universitaires, justifient donc que la liberté de manifestation de leurs convictions religieuses soit strictement limitée.

487. L'argument relatif à la maturité du public devant lequel ils interviennent est sans effet. En leur interdisant de manifester leurs convictions religieuses, les Etats évitent les critiques relatives à une religion d'Etat. Si les autorités étatiques n'adoptent pas cette attitude, les étudiants pourraient avoir le sentiment que l'enseignement dispensé est influencé par une doctrine religieuse particulière. Peu importe leur maturité, un tel constat est inconciliable avec le pluralisme éducatif défendu par l'article 2 du Protocole additionnel. La retenue que les enseignants doivent s'imposer à l'égard de leurs convictions religieuses ne se retrouve cependant pas dans l'usage de leur liberté d'expression.

2. Une liberté d'expression largement appliquée aux universitaires

488. Le pluralisme éducatif consacré par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole ne limite la liberté d'expression des enseignants universitaires qu'à la marge. La maturité des étudiants explique ce constat. Leur conscience et leur liberté de choix ne nécessitent pas une protection aussi accrue que celles des élèves des établissements scolaires. L'esprit critique qu'ils ont développé leur permet d'être moins vulnérable au discours prononcé par leurs professeurs. La fonction particulière remplie par ces derniers explique également les faibles restrictions à leur liberté d'expression.

489. A l'occasion de l'arrêt *Sorguc contre Turquie* du 23 juin 2009[1128], la Cour avait mis en avant la notion de liberté académique. Dans cette affaire, le requérant, professeur à

[1126] Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc.

[1127] Cour E.D.H. (recevabilité), 24 janvier 2006, *Kurtulmus contre Turquie*, préc. Voir également en ce sens Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 109.

[1128] Cour E.D.H., 23 juin 2009, *Sorguc contre Turquie*, req. n°17089/03.

l'Université d'Istanbul, contestait sa condamnation pour avoir critiqué, dans un article, le recrutement d'un professeur. La cible de cette publication estimait que sa réputation avait été atteinte. Ce ne fut pas l'avis de la Cour estimant la condamnation du requérant disproportionnée. Pour parvenir à cette conclusion, elle souligna « *l'importance de la liberté académique, qui autorise notamment les universitaires à exprimer librement leurs opinions sur l'institution ou le système au sein duquel ils travaillent ainsi qu'à diffuser sans restriction le savoir et la vérité* »[1129]. La liberté académique est composée de trois éléments : la liberté d'expression, la liberté de recherche et la liberté d'enseignement[1130]. Comparée aux enseignants des établissements scolaires, cette notion justifie la plus grande marge accordée aux universitaires dans l'usage de leur liberté d'expression.

490. La liberté d'expression est d'ailleurs le pilier central de la liberté académique reconnu aux professeurs d'Université[1131]. La recommandation *liberté académique et autonomie des universités* de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2006[1132] dispose ainsi que « *la liberté académique, dans la recherche comme dans l'enseignement, devrait garantir la liberté d'expression et d'action* »[1133] de « *l'universitaire enseignant* »[1134]. Les universitaires bénéficient – comme pour toute personne – de la garantie inscrite à l'article 10 de la Convention. Dans l'arrêt *Lombardi Vallauri contre Italie*[1135] du 20 octobre 2009, un professeur de philosophie de l'Université catholique de Milan se voyait reconduit à son poste chaque année depuis vingt ans. Il se porta de nouveau candidat à ce poste en 1998. La

---

1129 *Ibid*., § 35.

1130 BEAUD (O.), *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Paris, Dalloz, Coll. les sens du droit, 2010, 348 p., spéc. pp. 53 – 112. Dans le même sens, voir également MARGUENAUD (J.-P.), KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 2921 – 2927, spéc. p. 2923.

1131 En France, la liberté d'expression des enseignants chercheurs est un principe consacré par le Code de l'éducation et par le Conseil constitutionnel. Par le Code de l'éducation d'abord qui dispose en son article L. 952-2 que « *les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent* […] *les principes de tolérance et d'objectivité* ». Le Conseil constitutionnel a ensuite indiqué, en 1993, que « *par leur nature, les fonctions d'enseignement et de recherche exigent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs soient garanties* » (C.C., 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, décision n°93-322 DC, J.O., 30 juillet 1993, p. 10750, rec. p. 204).

1132 Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 30 juin 2006, *liberté académique et autonomie des universités*, Recommandation n°1762(2006).

1133 Point 4.1 de la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2006. Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 30 juin 2006, *liberté académique et autonomie des universités*, Recommandation n°1762(2006).

1134 MARGUENAUD (J.-P.), KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », préc., p. 2923.

1135 Cour E.D.H., 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri contre Italie*, req. n°39128/05, note LAFFAILLE (F.), « La liberté académique doit-elle passer sous les fourches caudines des universités confessionnelles ? », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 215 – 218.

Congrégation, organisme du Vatican, invita cependant le Président de l'Université à ne pas reconduire le requérant. A l'appui de cette demande, il était avancé que certaines de ses positions « *"s'oppos[ai]ent nettement à la doctrine catholique" et que, "dans le respect de la vérité, du bien des étudiants et de celui de l'Université [même]", l'intéressé devait cesser d'enseigner dans cette université* »[1136]. La candidature du requérant avait donc été rejetée. Ce dernier estimait que la décision manquait de motivation et n'avait pas été prise à la suite d'un réel débat contradictoire. En conséquence, il invoquait la violation de l'article 10 sous son volet procédural.

491. La Cour avait conclu à la violation de la Convention constatant que « *la décision du Conseil de faculté n'*[était] *étayée par aucune autre motivation que la simple référence au refus d'agrément du Saint Siège, refus dont le contenu* [était] *resté secret* »[1137]. La condamnation de l'Italie n'avait néanmoins pas permis de consacrer avec force la liberté d'expression des universitaires. Au regard de la fonction particulière remplie par les universitaires, « *la Cour aurait pu trouver le moyen de faire triompher la liberté d'expression académique de manière beaucoup plus spectaculaire* »[1138].

492. La spécificité de la mission des universitaires justifie – avec la maturité des étudiants - la reconnaissance d'une liberté d'expression étendue malgré le lien particulier entretenu avec l'Etat. Elle explique également la différence de traitement par rapport aux enseignants des établissements scolaires. En effet, « *alors qu'un enseignant du secondaire transmet un savoir constitué, l'universitaire enseigne* […] *un savoir qui est en train de se faire, qui se situe dans un débat en cours* »[1139]. En conséquence, « *le risque est grand que le cours soit émaillé de jugements de valeur du titulaire, lesquels, par définition seront sujets à des contestations* [justifiant que ce dernier expose] *en toute objectivité les différents jugements de valeurs en conflit quitte à exprimer sa préférence pour l'un ou l'autre jugement sans l'imposer aux étudiants comme une vérité immanente* »[1140]. Malgré l'absence de

---

1136 Cour E.D.H., 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri contre Italie*, préc., § 8.

1137 *Ibid*., § 49.

1138 MARGUENAUD (J.-P.), KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », préc., p. 2923. En ce sens voir aussi LAFFAILLE (F.), « La liberté académique doit-elle passer sous les fourches caudines des universités confessionnelles ? », *A.J.D.A.*, 2010 : « *Pour satisfaisante que soit la condamnation de l'Italie, la décision mérite aussi critique, car elle n'accorde pas une dimension suffisamment substantielle à la liberté universitaire* », p. 215.

1139 MARGUENAUD (J.-P.), KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », préc., p. 2923.

1140 PRÜM (A.), ERGEC (R.), « Les facultés de droit dans la réforme universitaire », *R.D.P.*, 2010, pp. 3 – 28, spéc. p. 14. Dans le même sens, voir MARGUENAUD (J.-P.), KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression

consécration « *spectaculaire* »[1141] d'une liberté d'expression académique au profit des universitaires par la Cour, l'exigence de neutralité est tout de même atténuée par rapport aux enseignants des établissements scolaires. Des limites existent pour restreindre la liberté d'expression des universitaires, mais elles apparaissent néanmoins peu nombreuses. Seuls des propos négationnistes sembleraient justifier une restriction[1142]. En dehors de ce cadre, qui est finalement le même pour tous, universitaire ou non, la mise en balance entre leur liberté d'expression et le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents est favorable aux universitaires.

493. Aussi, la protection du pluralisme éducatif ne vaudrait à l'Université que pour les opinions ne se rattachant pas directement à l'activité d'enseignement. L'expression de convictions s'inscrivant dans un débat scientifique est acceptée. A l'inverse, la manifestation d'une appartenance religieuse peut être limitée au nom de ce pluralisme éducatif. L'exigence de neutralité des enseignants à l'Université est adaptée à leur fonction spécifique et au public auquel il s'adresse. L'obligation de neutralité – la question des convictions religieuses mise à part – « *prend, à ce niveau, un sens particulier ; le problème n'est plus ici d'éviter tout ce qui pourrait froisser des consciences d'enfant : il est d'apprendre à de jeunes hommes la probité de l'esprit dans la recherche du vrai, la loi de neutralité exclut tout ce qui serait propagande ; elle impose, par contre la stricte objectivité, le respect et l'effort de compréhension même à l'égard des thèses que l'on juge erronées ; elle se confond avec l'honnêteté intellectuelle* »[1143]. Cette exigence, si elle est atténuée, n'est évidemment pas exclusive d'un contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme.

B) UNE EXIGENCE DE NEUTRALITE CONTROLEE PAR LA COUR

494. L'obligation de neutralité des enseignants à l'Université est adaptée à la spécificité du public auquel il s'adresse et de leur fonction. Cette adaptation ne les autorise cependant pas – et en toute logique – à tenir des propos pénalement répréhensibles. En ce sens, « *la protection*

---

des universitaires », préc. : « *Aussi, "la liberté d'expression dans l'exercice de leur fonctions d'enseignement" signifie-t-elle que les universitaires ont la liberté de donner leur opinion, leur préférence pour telle ou telle thèse, voire, le cas échéant, de prendre des options engagées* », p. 2923.

1141 MARGUENAUD (J.-P.) et KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », préc., p. 2923.

1142 En ce sens, voir HOCHMANN (T.), *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, préc. Voir *infra* §§ 496 – 499.

1143 RIVERO (J.), « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », préc., p. 132.

privilégiée de la liberté d'expression universitaire semble désactivée dans le contexte des discours racistes ou discriminatoires »[1144]. Les convictions personnelles peuvent être affichées, sans risque de censure, à la condition que leur exposition corresponde aux canons des « *principes de l'observation scientifique* »[1145]. La liberté d'expression académique ne peut pas servir à justifier n'importe quel propos[1146]. Il est néanmoins important de noter que ces limites ne représentent que des obligations minimales de loyauté et de réserve.

495. La limitation de la manifestation des convictions religieuses par les universitaires n'est pas considérée disproportionnée par la Cour européenne des droits de l'Homme[1147]. Elle estime, au contraire, que la fonction d'enseignant à l'Université contient des droits et des devoirs qu'ils doivent respecter. En ce sens, le raisonnement mené dans la décision d'irrecevabilité *Kurtulmus contre Turquie* en 2006 n'est pas contestable. La requérante était consciente que sa fonction engendrait des obligations auxquelles elle devait se plier. Ces contraintes s'étendent également aux propos pouvant être tenus et qui auraient une répercussion sur leur activité universitaire. Sur ce point, « *la liberté d'expression universitaire implique des devoirs qui, en certaines occasions, peuvent l'emporter sur les droits, au point de neutraliser l'exercice même de la liberté* »[1148].

496. La décision rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme à l'encontre de Bruno Gollnisch en 2011 constitue une illustration significative de ce constat[1149]. Cet homme politique, représentant du Front National, avait tenu, à l'occasion d'une conférence de presse, des propos ambigus sur l'existence des chambres à gaz. Il lui avait également été reproché d'avoir porté atteinte à l'honneur de l'historien Henri Rousso auteur d'un rapport concernant le racisme et le négationnisme à l'Université Lyon III[1150]. A la suite de cet évènement, le conseil d'administration de l'Université sanctionna le requérant d'une interdiction d'exercer toute fonction d'enseignement et de recherches au sein de l'université pendant cinq ans et

---

1144 HERVIEU (N.), « La liberté d'expression aux prises avec la lutte contre les stéréotypes visant les Roms et Tsiganes », *Lettre Actualité Droits-Libertés du C.R.E.D.O.F.*, 21 mars 2012.

1145 Cour E.D.H., Gde Chbre, 15 mars 2012, *Aksu contre Turquie*, req. n°4149/04, 41029/04, § 72, note HOCHMANN (T.), « Discours de haine et préjugé », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 179 – 194 ; SPYRDON (A.), « Ménager un juste équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression », *J.D.I.*, 2013, pp. 1277 - 1279.

1146 En ce sens, voir BEAUD (O.), *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, préc., spéc. pp. 102 – 110.

1147 Cour E.D.H. (recevabilité), 24 janvier 2006, *Kurtulmus contre Turquie*, préc.

1148 SZYMCZAK (D.), « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 683.

1149 Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juin 2011, *Gollnisch contre France*, req. n°48135/08.

1150 Le requérant a tenu ces propos : « *M. Rousso a accepté une mission de police de la pensée, M. Rousso est un historien engagé, une personnalité juive, certes estimable, mais sa neutralité n'est pas garantie* ».

d'une privation de la moitié de son traitement. Cette décision fut bien évidemment contestée – sans succès – devant les juridictions internes. Devant la Cour de Strasbourg, Bruno Gollnish considérait que cette sanction était contraire à son droit à la liberté d'expression. Les juges n'avaient pas fait droit à sa demande confirmant, par la même occasion, qu'une exigence de neutralité pour les enseignants chercheurs existait quand bien même leur liberté d'expression serait étendue. La Cour avait décidé que « *la contribution éventuelle de ses propos aux thèses négationnistes et le désordre qui pouvait en résulter, et qui en est d'ailleurs résulté, au sein de l'université de Lyon III et, plus généralement de l'université française, était incompatible avec les devoirs et responsabilités qui incombaient au requérant en tant qu'enseignant* »[1151].

497. L'universitaire est soumis à deux grands principes : celui de réserve et de tolérance. Or les notions de « *tolérance et d'objectivité à la charge de l'universitaire* [signifient] *éviter l'excès qui viendrait imposer une opinion personnelle, fondée, par exemple sur une appréciation politique* […] *en méconnaissance de la capacité d'écoute qui doit être celle de l'universitaire* »[1152]. Le manquement à ces obligations et à ces devoirs justifiait de déclarer sa requête irrecevable. Par ses propos, Bruno Gollnisch avait « *outrepassé les obligations de réserve et de tolérance auxquelles il était tenu* »[1153]. Sa mission d'universitaire l'obligeait à ne pas tenir un tel discours s'il avait pour effet de remettre en cause l'objectivité inhérente à sa qualité d'enseignant à l'Université et ce, même s'il avait été développé dans un contexte politique et non universitaire.

498. En conséquence, le principe de neutralité est applicable aux universitaires. Mais la Cour de Strasbourg reste tolérante à leur égard. Sa jurisprudence témoigne en effet d'une indulgence en faveur de la liberté d'expression des universitaires. Seuls des propos négationnistes outrepassent nécessairement les limites fixées par la Cour pour user de la liberté d'expression[1154], cette attitude justifiant une sanction. Celle prononcée à l'égard de Bruno Gollnisch n'était d'ailleurs pas disproportionnée aux yeux de la Cour car « *l'interdiction ne* [s'appliquait] *qu'à la seule université où il était affecté et* [il conservait] *la possibilité d'exercer dans tout autre établissement d'enseignement supérieur* »[1155]. Malgré ces

---

1151 Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juin 2011, *Gollnisch contre France*, préc.

1152 GOHIN (O.), « La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires », *Politeïa*, 2006, pp. 125 – 138, spéc. p. 134.

1153 Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juin 2011, *Gollnisch contre France*, préc.

1154 En ce sens voir HOCHMANN (T.), *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, préc. p. 198.

1155 Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juin 2011, *Gollnisch contre France*, préc.

propos, la sanction prononcée n'était pas excessive. *A contrario*, cela signifierait que la sanction empêchant, même pour une durée limitée, un universitaire d'enseigner dans toutes les Universités serait disproportionnée.

499. La sauvegarde, à l'Université, du pluralisme éducatif protégé par l'article 2 du Protocole additionnel doit dès lors se concilier avec la liberté d'expression des universitaires. Il est impossible d'avoir les mêmes exigences que celles applicables aux enseignants des établissements scolaires. La protection du droit à une instruction pluraliste doit être adaptée car « *c'est dans la recherche et dans l'enseignement supérieur que l'hypothèse de rencontrer des idées "*qui heurtent, choquent ou inquiètent*" est ou devrait être la plus fréquente* »[1156]. La maturité des usagers, la mission particulière assurée par les enseignants sont deux justifications permettant d'aboutir à ce constat.

[1156] GOHIN (O.), « La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires », préc. p. 134.

CONCLUSION CHAPITRE 1

500. En interprétant l'article 2 du Protocole additionnel de façon à garantir un droit universel à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'Homme oblige également les Etats à sauvegarder le droit à une instruction pluraliste. Cette protection ne se limite pas seulement aux élèves et aux établissements d'enseignement scolaire. « *Nulle cloison étanche ne* [séparant] *l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction* »[1157], le droit universel à l'instruction implique aussi le respect pour les étudiants du droit à une instruction pluraliste. Le principe de neutralité imposé à l'Etat doit bénéficier à tous les usagers du service public de l'enseignement afin qu'ils puissent s'épanouir librement, sans aucune pression extérieure. Les établissements d'enseignement publics ne doivent donc pas être un lieu où leurs choix et opinions sont influencés par une doctrine religieuse, philosophique ou politique particulière.

501. Depuis l'arrêt *Kjeldsen*, la Cour oblige les Etats à veiller à ce que les programmes d'enseignement soient diffusés de manière objective, critique et pluraliste afin de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents[1158]. Cette obligation de pluralisme ne se limite cependant pas au « *contenu de l'instruction et* [à] *la manière de la dispenser : elle s'impose à eux "dans l'exercice" de l'ensemble des "fonctions"* […] *qu'ils assument en matière d'éducation,* [ce qui] *inclut sans nul doute l'aménagement de l'environnement scolaire* »[1159].

502. Le droit à une instruction pluraliste est donc d'abord garanti par la neutralité des établissements d'enseignement publics eux-mêmes. L'Etat doit y faire preuve d'impartialité en ne favorisant ni défavorisant aucune conviction particulière. La forme que devait prendre cette neutralité a cependant été discutée. La Cour a finalement refusé de choisir entre une acception positive, acceptant la présence de tous les signes religieux sans distinction, et une acception négative, les refusant tous. Elle a tenu compte de la diversité des approches nationales et est à nouveau parvenue à concilier efficacement la marge nationale d'appréciation des Etats avec la nécessaire promotion du droit à l'instruction. L'étude de sa

---

[1157] Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 136.
[1158] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.
[1159] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 133.

jurisprudence démontre en effet que le respect du droit à une instruction pluraliste implique obligatoirement la neutralité des autorités scolaires.

503. Celle-ci s'étend aux enseignants chargés de diffuser le contenu des programmes d'enseignement dans les établissements publics. Bénéficiant d'un statut particulier auprès des élèves et des étudiants, la garantie d'un droit à une instruction pluraliste leur interdit d'afficher leur préférence pour une conviction particulière. Leurs propos ou leur attitude pourraient avoir notamment pour effet d'influencer abusivement la conscience des élèves. Cette restriction varie cependant selon la maturité du public devant lequel ils interviennent. Si la manifestation des convictions religieuses sera systématiquement limitée, la restriction de leur liberté d'opinion et d'expression sera plus ou moins stricte selon que les usagers concernés sont des élèves ou des étudiants.

504. Chacun ayant accès, dans les mêmes conditions, aux moyens d'instruction existants, tout individu doit être assuré du respect de ses convictions. Aucun élève ni étudiant ne doit se sentir stigmatisé ou exclu en raison des ses opinions et de ses croyances. L'Etat instructeur doit en conséquence s'abstenir d'une quelconque influence. Cette obligation a été étendue aux usagers du service public.

CHAPITRE 2.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITÉ DES USAGERS DANS LES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PUBLICS

505. La garantie du pluralisme éducatif ne se limite pas uniquement au comportement des autorités étatiques. La violation du pluralisme éducatif peut également être le fait des usagers eux-mêmes. Les autorités étatiques peuvent intervenir pour réglementer les comportements des élèves ou des étudiants. Cette initiative ne constitue cependant pas une obligation. En effet, le raisonnement suivi par la Cour ne diffère pas fondamentalement de celui mené pour les autorités étatiques elles-mêmes[1160]. Afin de garantir la pluralité des courants de pensées dans une société démocratique, les arrêts rendus à l'encontre de la France et de la Turquie – pays dans lesquels, en raison de la conception retenue de la neutralité, la législation relative au port des signes religieux est la plus stricte[1161] et pour lesquels le contentieux devant la Cour est le plus développé - octroient aux autorités nationales une ample marge d'appréciation[1162]. L'Etat dispose donc de toute liberté pour restreindre la liberté de manifestation des convictions religieuses, philosophiques ou politiques des usagers. L'exigence de neutralité des élèves (section 1) et des étudiants (section 2) participent aussi à la garantie d'un droit à une instruction pluraliste.

1160 Voir *supra* §§ 414 et s.

1161 En ce sens voir HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Etat et religions en Europe*, Grenoble, P.U.G., Coll. Transeurope, 2000, 150 p., spéc. p. 107.

1162 Ce constat s'était cristallisé dans l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie* (Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 109). La Cour reprend en cela l'idée déjà retenue par la Chambre en 2004 lorsqu'était jugé qu'« *une marge d'appréciation s'impose spécialement lorsque les Etats contractants réglementent le port des symboles religieux dans les établissements d'enseignement étant donné que la réglementation en la matière varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et que les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à "la protection des droits d'autrui" et à "l'ordre public"* », Cour E.D.H., 29 juin 2004, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 102.

SECTION 1.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR L'EXIGENCE DE NEUTRALITÉ DES ÉLÈVES

506. L'obligation de neutralité des élèves s'est cristallisée sur le problème du port des signes religieux à l'école. Deux Etats dans lesquels l'affichage des symboles religieux dans l'enceinte des établissements publics est interdit, La France et la Turquie, ont fait l'objet de requêtes devant la Cour par des particuliers s'étant vus refuser l'accès à leur établissement. En raison de la délicatesse de cette question[1163], la Cour européenne des droits de l'Homme a préféré leur accorder une ample marge d'appréciation pour adopter des mesures destinées à réglementer la manifestation des convictions. Elles peuvent aller jusqu'à l'exclusion des établissements d'enseignement. Là encore[1164], les juges n'ont pas choisi une conception particulière – positive ou négative[1165] – du principe de neutralité. La Cour s'attache simplement à vérifier qu'un juste équilibre a été préservé entre le droit des individus de manifester leurs convictions et le but légitime de protection du principe de neutralité. Dès lors que la mise en balance ne révèle aucune disproportion, la Cour ne considère pas la mesure contraire aux exigences de la Convention. Peu importe que celle-ci limite simplement (§1er) ou interdise strictement (§2nd) le port des signes religieux, la mesure sera conforme à l'article 2 du Protocole additionnel si le principe de proportionnalité est respecté.

§ 1. Une exigence de neutralité imposée par une limitation du port des signes religieux à l'école

507. Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en 2008 dans les affaires *Dogru contre France*[1166] et *Kervanci contre France*[1167] ont permis aux juges de

---

1163 En ce sens, voir VELAERS (J.), FOBLETS (M.-C.), « L'appréhension du fait religieux par le droit. A propos des minorités religieuses », *R.T.D.H.*, 1997, numéro spécial : la protection des minorités, pp. 273 – 307, spéc. p. 293 : « *Si la question dite du "foulard islamique" soulève tant d'émotions, c'est parce qu'elle touche à un aspect délicat du rapport entre droit et religion, à savoir celui de la manifestation de la religion dans la sphère publique* ».

1164 Voir *supra* § 502.

1165 Voir *supra* § 502.

1166 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., note DECAUX (E.), « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 251 – 268 ; BURGORGUE-LARSEN (L.), « Laïcité : port du voile dans les

Strasbourg de se prononcer sur la conventionnalité d'une mesure restreignant l'exercice de la liberté de religion d'élèves. Cet examen concernait des faits antérieurs à l'entrée en vigueur en France de la loi du 15 mars 2004[1168]. La réglementation applicable autorisait, sous conditions, le port des signes religieux dans les établissements scolaires[1169]. Il ne s'agissait donc pas d'une stricte interdiction mais d'une simple limitation du droit de porter des signes religieux ostensibles dans les établissements d'enseignement scolaire publics. Le fait que la France soit concernée par cette question n'est pas une surprise. En effet, « *les controverses* [y] *sont les plus vives. La tradition de laïcité militante, très vivace dans le milieu enseignant, l'explique largement, ainsi qu'une conception rigoureuse de l'intégration républicaine* […]. *La revendication d'une identité religieuse est perçue comme une atteinte à la laïcité et comme un danger pour la République* »[1170]. Respectueuse du principe de proportionnalité, cette limitation, constitutive d'une ingérence dans l'exercice de la liberté de religion des élèves (A), est conforme aux exigences de la Convention (B).

A) UNE LIMITATION CONSTITUTIVE D'UNE INGERENCE DANS L'EXERCICE DE LA LIBERTE DE RELIGION

508. La réglementation limitant le port de signes religieux ostentatoires par les élèves constitue une ingérence des autorités étatiques dans l'exercice de leur droit à la liberté de religion protégé par l'article 9 de la Convention. Son non-respect par les élèves les conduit à des sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion de l'établissement scolaire. Ce renvoi constitue une atteinte grave à l'article 2 du Protocole additionnel[1171]. Le droit à la liberté de religion – qui « *suppose* [notamment] *que toute personne* […] *puisse manifester ses*

établissements publics », *Constitutions*, 2010, pp. 73 – 75 ; MARGUENAUD (J.-P.), « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », *R.T.D. civ.*, 2009, pp. 285 – 288 ; RAIBAULT (P.), « La question du voile devant la C.E.D.H. », *D.A.*, 2009, pp. 27 – 30.

1167 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., DECAUX (E.), « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc. ; MARGUENAUD (J.-P.), « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », préc. ; FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 872 – 886.

1168 Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, J.O.R.F., n°65 du 17 mars 2004, p. 5190. Pour la position de la Cour sur l'application de cette loi, voir *infra* §§ 522 – 534.

1169 A la différence de la loi du 15 mars 2004 qui pose une interdiction de principe s'agissant du port de signes religieux dans l'enceinte scolaire. Voir *infra* §§ 507 – 521.

1170 HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Etat et religions en Europe*, préc., spéc. p. 107.

1171 Voir *supra* §§ 188 – 195.

convictions » [1172] – n'est pas un droit absolu dans la mesure où la Convention elle-même prévoit des limitations explicites. Parmi elles, la protection des droits et libertés d'autrui représente un intérêt particulier. Le droit pour les élèves de ne pas être influencés dans le choix de leurs opinions religieuses constituerait en ce sens un but légitime justifiant la restriction apportée à l'un des aspects de la liberté de religion. C'est d'ailleurs sur ce point que la législation française avait insisté pour limiter le port de signes religieux dans l'enceinte scolaire.

509. La protection d'un intérêt supérieur est importante pour limiter l'exercice de la liberté de religion. Celui-ci ne servirait cependant qu'à restreindre l'expression des convictions religieuses. La religion relevant avant tout du for intérieur, l'absence de manifestation extérieure ne peut influencer les autres élèves. Il est donc certain que « *tant qu'il n'y a pas de "*manifestation extérieure*" de ces droits, il n'y a pas possibilité d'atteinte à la vie sociale* [et donc à un intérêt supérieur] *qui peut comprendre aussi bien l'ordre public en général que les droits* d'autrui » [1173]. Les restrictions prévues à l'article 9§2 « *trouvent leur justification uniquement lorsqu'il s'agit de "*manifester sa religion ou ses convictions*"* »[1174].

510. Dans les arrêts *Dogru*[1175] et *Kervanci*[1176], la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé, au titre du droit et de la pratique internes pertinents, qu'à « *partir des années 1980, le modèle français de laïcité* [était] *confronté à l'intégration des musulmans dans l'espace public, au premier rang duquel se* [trouvait] *l'école* »[1177]. Pour apporter une solution adaptée à cette difficulté, outre la loi du 15 mars 2004 – dont l'application a été logiquement écartée

---

[1172] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 587.

[1173] BIRSAN (C.), « Le juge européen, la liberté de pensée et de conscience », in MASSIS (T.), PETTITI (C.), *Liberté religieuse et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2004, 183 p., spéc. pp. 45 – 68, spéc. pp. 62 – 63.

[1174] *Ibid.*, pp. 62 – 63.

[1175] Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc.

[1176] Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc.

[1177] Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 19 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 19.

des présentes espèces[1178] –, l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989[1179] et les circulaires du ministre de l'Education nationale de 1989[1180] et de 1994[1181] ont été évoqués par la Cour.

511. La position du juge administratif français avait « *eu l'avantage de renvoyer dos à dos les partisans de positions extrêmes et* [avait] *contribué à calmer les passions* »[1182]. Elle traduisait même une « *approche ouverte et tolérante de la laïcité qui cherche à assurer la sérénité dans le respect des principes républicains* »[1183]. La limitation du port de signes religieux n'était en effet pas une interdiction de principe. En conséquence, l'affichage des convictions était possible sous réserve, notamment, de ne pas influencer les autres élèves. Cet esprit de mesure et de conciliation entre les adeptes du principe de neutralité au sens négatif et ceux de la liberté de religion se retrouvait dans l'avis rendu par le Conseil d'Etat en 1989. A cette époque, les élèves se voyaient reconnaître « *le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires* ». En conséquence, « *le port par les élèves de signes par lesquels ils* [entendaient*] manifester leur appartenance à une religion* [n'était pas*] par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il* [constituait] *l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses* »[1184]. Le port de signes manifestant l'appartenance à une religion particulière ne pouvait donc pas être un motif permettant de refuser automatiquement aux élèves l'accès à un établissement scolaire. Si tel avait été le cas, la mesure restrictive aurait été « *discriminatoire* [et,] *si elle* [avait été] *déférée aux instances juridictionnelles de Strasbourg, n'aurait* [eu]

1178 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 50 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 50.

1179 CE, Ass., Avis, 27 novembre 1989, *Port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement publics*, n°346.893. Sur cet avis, voir notamment RIVERO (J.), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 1 – 10.

1180 Circulaire du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 12 décembre 1989, *Laïcité, port de signes religieux par les élèves et caractère obligatoire des enseignements*, J.O.R.F., 15 décembre 1989, p. 15577. Sur cette circulaire, voir notamment DURAND-PRINBORGNE (C.), « La "circulaire Jospin" du 12 décembre 1989 », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 10 – 23, spéc. p. 18.

1181 Circulaire n°1649 du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 20 septembre 1994, *Neutralité de l'enseignement public : port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*.

1182 COSTA (J.-P.), « Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 39 – 47, spéc. p. 45.

1183 STIRN (B.), « Le Conseil d'Etat, l'école et la laïcité », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, 1264 p., spéc. pp. 407 – 415, spéc. p. 408.

1184 CE, Ass., Avis, 27 novembre 1989, *Port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement publics*, préc., I. 2.

guère de chances d'échapper à la censure »[1185]. La possibilité de manifester ses convictions pouvait néanmoins être limitée.

512. Le pluralisme éducatif oblige les autorités étatiques à s'abstenir d'influencer, au moyen d'un signe[1186] ou d'un discours[1187], les élèves. Cette obligation semble s'étendre également à l'encadrement de l'expression des convictions des autres élèves. L'avis du Conseil d'Etat prévoyait toutefois de nombreuses limites, à tel point que la possibilité de manifester ses convictions religieuses semblait être impossible[1188]. Cette liberté interdisait « *aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés* […] *ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public* »[1189]. Cette position fut suivie par la circulaire Jospin du 12 décembre 1989. Le ministre de l'Education nationale affirmait que « *le Conseil d'Etat* [avait] *marqué qu'il ne* [pouvait] *y avoir d'interdiction générale et absolue du port du foulard islamique ou de tout autre signe religieux mais que ce port* [pouvait] *être prohibé en fonction de* [certains] *principes* »[1190]. La circulaire de 1994 reprenait également cette limitation en justifiant qu'il n'était pas « *possible d'accepter à l'école la présence et la multiplication de signes si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie communes de l'école* »[1191]. Celle-ci proposait même un modèle d'article à insérer dans les

---

1185 RIVERO (J.), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », préc., p. 4.

1186 Voir *supra* §§ 415 et s.

1187 Voir *supra* § 457 et s.

1188 En ce sens voir COSTA (J.-P.), « Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse », préc. : « *Le nombre et le caractère des limites qui viennent entourer et atténuer ce principe de laïcité nous paraissent le vider largement de sa substance* », p. 45.

1189 CE, Ass., Avis, 27 novembre 1989, *Port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement publics*, préc., I. 2. A propos de toutes ces possibilités de limitation, Jean Rivero s'était exclamé : « *Voilà bien des motifs susceptibles de légitimer l'interdiction !* » (RIVERO (J.), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », préc., p. 4).

1190 Circulaire du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 12 décembre 1989, *Laïcité, port de signes religieux par les élèves et caractère obligatoire des enseignements*, préc. Dans son arrêt *Kherouaa*, le Conseil d'Etat avait refusé que le règlement intérieur d'un établissement d'enseignement scolaire édicte une interdiction générale et absolue de porter des signes religieux (C.E., 2 novembre 1992, *Kherouaa*, req. n°130394).

1191 Circulaire n°1649 du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 20 septembre 1994, *Neutralité de l'enseignement public : port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*.

règlements intérieurs dans lequel le port de signes religieux ostentatoires, constituant en eux-mêmes des éléments de prosélytisme, étaient interdits. Ce type de disposition avait conduit à l'exclusion de Belgin Dogru et de Esma-Nur Kervanci de leur établissement scolaire.

513. Dans l'environnement scolaire, aucune attitude prosélyte n'est acceptée de l'Etat lui-même – à travers les signes présents dans les locaux scolaires – et de ses agents. Les autorités nationales doivent également prévoir une réglementation limitant la manifestation des convictions des élèves. Cette ingérence dans l'exercice de leur liberté de religion est justifiée car l'Etat doit protéger les élèves de toute influence extérieure et garantir le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents. L'exclusion d'un élève refusant de se plier à cette exigence est en cela conforme avec l'article 9 de la Convention et avec l'article 2 du Protocole additionnel. Dans les affaires *Dogru* et *Kervanci*, les juges n'ont d'ailleurs pas estimé que la France avait fait un mauvais usage de sa marge d'appréciation.

B) UNE LIMITATION CONFORME AUX EXIGENCES CONVENTIONNELLES

514. Dans les arrêts *Dogru* et *Kervanci*, les élèves contestaient le renvoi de leur collège. Cette exclusion, prononcée à la suite d'une période de dialogue du chef d'établissement avec les parents, était notamment motivée par leur refus d'ôter leur voile en cours et ce, en contrariété avec les règles fixées par le règlement intérieur. L'ingérence dans l'exercice des requérantes du droit de manifester leur religion – que le Gouvernement français ne contestait d'ailleurs pas[1192] – n'a pas été considérée contraire à la Convention, répondant en effet aux exigences classiques. Elle était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

515. S'agissant de la première exigence, « *les mots "prévues par la loi"* […] *veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît*

[1192] Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 34 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 34.

doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle »[1193]. La loi du 15 mars 2004[1194] n'étant pas applicable aux faits de l'espèce, la Cour s'était fondée sur l'avis du Conseil d'Etat de 1989[1195] ainsi que sur les circulaires de 1989[1196] et de 1994[1197]. Elle avait aussi rappelé l'article 10 de la loi d'orientation du 10 juillet 1989, codifié aux articles L. 511-1 et L. 511-2 du code de l'éducation. Ces articles prévoient, pour le premier, une obligation d'assiduité et de « *respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements* » ainsi que, pour le second, la protection de la liberté d'information et de la liberté d'expression des élèves sous réserve du respect du pluralisme et du principe de neutralité. Les juges n'exigeaient pas des autorités françaises que la restriction imposée aux élèves affichant leur appartenance à une religion particulière soit prévue par une loi au sens classique du terme. En jugeant que la « *"loi"* [devaient] *être entendue dans son acception "matérielle" et non "formelle"* »[1198], ils montraient que c'était « *l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel* »[1199] qu'il fallait prendre en compte

516. L'existence d'une base légale restreignant la liberté des élèves à manifester leur conviction pour garantir le pluralisme éducatif dans les établissements scolaires français constatée, l'exigence de prévisibilité devait être également vérifiée. La législation française laissait aux chefs d'établissements une latitude pour déterminer les sanctions applicables aux élèves ne respectant pas cette obligation de neutralité. Les risques de différence de traitement entre les établissements étaient réels. Cette disparité entraînerait des doutes sur la prévisibilité de la loi. Cette condition est pourtant essentielle car la simple existence d'une base légale ne suffit pas à faire coïncider la pratique étatique avec les exigences de la Convention. Le

---

[1193] Cour E.D.H., 24 avril 1990, *Kruslin contre France*, req. n°11801/85, § 27, note PRADEL (J.), « Une condamnation des écoutes téléphoniques à la française par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 1990, pp. 353 – 359 ; PETTITI (L.–E.), « Les écoutes téléphoniques devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.S.C.*, 1990, pp. 615 – 622 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°5, obs. SUDRE (F.).

[1194] Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, préc.

[1195] CE, Ass., Avis, 27 novembre 1989, *Port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement publics*, préc.

[1196] Circulaire du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 12 décembre 1989, *Laïcité, port de signes religieux par les élèves et caractère obligatoire des enseignements*, préc.

[1197] Circulaire du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 20 septembre 1994, *Neutralité de l'enseignement public : port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*, préc.

[1198] Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 52 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 52.

[1199] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 222.

principe de sécurité juridique, « *nécessairement inhérent au droit de la Convention* »[1200], commande que la loi en cause soit « *suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu* […] *de régler sa conduite* »[1201]. Cette condition était remplie pour la Cour. Elle jugea qu'« *à lui seul, un certain doute à propos de cas limites ne* [suffisait] *pas à rendre l'application d'une disposition légale imprévisible* »[1202]. La conclusion à laquelle les juges étaient arrivés en 2008 avait été anticipée par une partie de la doctrine. Jean-François FLAUSS affirmait en ce sens que l'exigence de prévisibilité[1203] n'impliquait « *pas* ipso facto *que la même sanction soit toujours appliquée aux mêmes faits* » [1204]. Il précisait aussi que « *l'argument de la disparité des sanctions prononcées par les instances disciplinaires n'*[était] *donc pas opérant au regard de la Convention européenne, dès lors que lesdites sanctions répondraient à la condition de proportionnalité* »[1205].

517. Le manque de prévisibilité de la loi au sens formel était pourtant compréhensible car « *la composition très large* [du pouvoir législatif] *n'autorise pas toujours l'attente d'un degré élevé de précision* »[1206]. Mais « *c'est plus discutable dès lors que sont en cause des dispositions émanant d'autres autorités nationales* [comme] *le pouvoir réglementaire* »[1207]. Enfin, degré extrême, « *lorsque la "loi" inclut la jurisprudence, l'approximation ne devait plus être admise* »[1208]. Cette difficulté fut néanmoins surmontée par la Cour pour qui la sanction prononcée « *ne se* [heurtait] *pas à l'exigence de prévisibilité aux fins de la Convention du simple fait qu'elle se* [prêtait] *à plus d'une seule interprétation* »[1209]. La

---

1200 Cour E.D.H., Plénière, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, req. n°6833/74, § 58, note PELLOUX (R.), « L'arrêt Marckx et le droit de la famille naturelle », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 317 – 323 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°51, obs. GOUTTENOIRE (A.).

1201 BIRSAN (C.), « Le juge européen, la liberté de pensée et de conscience », préc., p. 66.

1202 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 57 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 57.

1203 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc. : « *L'exigence de précision et de prévisibilité de la règle de droit est relative :* […] *le niveau de précision requis de la législation dépend dans une large mesure du domaine en cause, du nombre et de la qualité des destinataires* », p. 224.

1204 FLAUSS (J.-F.), « Les signes religieux », in MASSIS (Th.) et PETTITI (C.) (dir.), *Liberté religieuse et Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., pp. 99 – 114, spéc. pp. 111 – 112.

1205 *Ibid.*, pp. 111 – 112.

1206 GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, Coll. Coopération et développement, 1997, 310 p., spéc. p. 178.

1207 *Ibid.*, p. 178. L'auteur montre que « *le pouvoir réglementaire, surtout lorsqu'il n'est pas autonome, vient s'insérer dans un cadre législatif préétabli, le préciser afin de rendre possible l'application du droit* », p. 178.

1208 *Ibid.*, p. 179.

1209 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 57 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 57.

réglementation française « *en vigueur avant 2004 était* [donc] *loin de contrevenir de manière manifeste à l'exigence de "prévisibilité"* »[1210].

518. S'agissant de la seconde exigence, relative à la poursuite d'un but légitime, les développements de la Cour furent – comme souvent lorsque la marge nationale d'appréciation est étendue – très succincts. Les juges avaient en effet accepté « *que l'ingérence incriminée poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public* »[1211]. L'importante marge d'appréciation reconnue aux Etats depuis l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie*[1212] justifie cette présomption de légitimité du but poursuivi par les autorités étatiques pour restreindre la manifestation des convictions religieuses dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement. L'étude de la jurisprudence de la Cour permet de montrer que « *tantôt la restriction est justifiée du fait que le port du foulard est signe de désordre ou susceptible d'occasionner celui-ci au sein de l'établissement scolaire,* [tantôt]*, l'argument du danger pour la sécurité ou la santé fait office de justification,* [enfin] *le port du foulard* [peut aussi] *être interdit lorsque celui-ci s'avère exercer une telle pression sur les autres élèves de l'établissement que la liberté individuelle de ceux-ci n'est plus assurée* »[1213]. Dans les arrêts *Dogru* et *Kervanci*, l'examen de la nécessité de la mesure fut plus précis.

519. S'agissant de cette troisième et dernière exigence, la Cour s'en était tenue, « *pour l'essentiel, à transposer à ces affaires françaises de collégiennes refusant de retirer le foulard islamique la considérable marge d'appréciation accordée et les principes d'interprétation de l'article 9 dégagé par l'arrêt Leyla Sahin* »[1214] en 2005. Pour opérer leur contrôle, les juges avaient mis en balance la liberté de manifester sa religion et les exigences du principe de neutralité. Concernant la première, la Cour retenait qu'« *une attitude ne respectant pas* [le principe de neutralité] *ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion, et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la*

1210 FLAUSS (J.-F.), « Le port de signes religieux distinctifs dans les établissements publics d'enseignement », in GONZALEZ (G.) (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., pp. 201 – 221, spéc. p. 216.

1211 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 60 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 60.

1212 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 109.

1213 VELAERS (J.), FOBLETS (M.-C.), « L'appréhension du fait religieux par le droit. A propos des minorités religieuses », préc., pp. 295 – 296.

1214 MARGUENAUD (J.-P.), « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », préc., p. 287.

Convention »[1215]. Concernant le principe de neutralité, les juges validèrent la conception française de la laïcité. Ils estimèrent, qu'en veillant à ce que la manifestation des convictions religieuses ne soit pas une source de pression ou d'exclusion, le principe de laïcité répondait aux exigences de respect du pluralisme et de la liberté d'autrui[1216]. En refusant de se conformer aux exigences du règlement intérieur de leur établissement, les requérantes n'avaient pas respecté les obligations découlant du principe de neutralité. Contrairement à ce qu'elles soutenaient, ce n'étaient donc pas leurs convictions religieuses qui avaient motivé leur exclusion mais leur refus de se soumettre au principe de neutralité[1217]. En ne les sanctionnant pas, l'Etat aurait manqué à son obligation de protection du pluralisme éducatif protégé par l'article 2 du Protocole additionnel. Afin d'apprécier la proportionnalité de l'exclusion de l'établissement scolaire, constituant une atteinte grave au droit à l'instruction, la Cour avait simplement vérifié qu'il n'avait pas été atteint dans sa substance.

520. La question se posait de savoir si « *les alternatives offertes pour la scolarisation d'élèves sanctionnés par une mesure d'exclusion* [étaient] *suffisantes pour satisfaire à l'exigence du "droit à l'instruction"* »[1218] ? Une réponse positive s'imposait. Conformément à la jurisprudence classique sur la question[1219], la possibilité reconnue aux élèves de bénéficier d'autres moyens d'instruction, sous réserve du respect du principe de proportionnalité, empêche d'obtenir l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation de l'article 2 du Protocole additionnel. En l'espèce, les requérantes bénéficiaient de la possibilité de s'inscrire dans un établissement privé ou du moins « *de poursuivre* [leur] *scolarité dans un établissement d'enseignement à distance* »[1220]. Par conséquent, elles avaient accès à d'autres moyens d'instruction. Dans le cas contraire, la Cour aurait sans doute conclu à la violation de la Convention car, malgré les atteintes portées par les requérantes au pluralisme éducatif,

---

1215 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 72 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 72.

1216 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 71 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 71.

1217 La Cour estimait en effet que « *la sanction infligée* [n'était] *que la conséquence du refus par la requérante de se conformer aux règles applicables dans l'enceinte scolaire dont elle était parfaitement informée et non* […] *en raison de ses convictions religieuses* », Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 73 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 73.

1218 FLAUSS (J.-F.), « Le port de signes religieux distinctifs dans les établissements publics d'enseignement », préc., p. 221.

1219 Voir *supra* §§ 82 – 85 ; §§ 151 – 210.

1220 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 76 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 76.

l'article 2 du Protocole « *forme un tout que domine sa première phrase* »[1221]. Tel n'était pas le cas et la responsabilité de la France n'avait pas été engagée.

521. Cette solution retenue avait suscité certaines critiques. Elle introduisait « *dans l'indifférence générale, une discrimination indirecte entre les filles et garçons d'une même religion* »[1222]. En raison du type de signe religieux affiché, les premières s'exposeraient davantage que les seconds à l'exclusion d'un établissement scolaire. Au-delà, c'est l'existence d'une différence de traitement entre religions qui avait été anticipée : « *la faculté de porter des signes discrets ne* [semblait] *pas ouverte à l'identique aux adhérents de toutes les religions, certaines d'entre elles ne connaissant que des signes qui par définition sont ostensibles* »[1223]. Le pluralisme éducatif n'exige pas l'interdiction de toutes manifestations des convictions religieuses. Seules celles aboutissant à exercer une pression sur autrui sont prohibées. Les différences de traitement entre individus ou entre religions sont importantes mais les réglementations limitant la liberté de religion des élèves poursuivent d'abord un objectif de protection d'une instruction pluraliste. La poursuite de ce but légitime justifie que certaines manifestations des convictions religieuses soient limitées. Une conclusion similaire s'était imposée en 2009 lorsque la Cour eut à connaître de la recevabilité de plusieurs requêtes introduites contre la France contestant les sanctions fondées sur la loi du 15 mars 2004[1224].

§ 2. Une exigence de neutralité imposée par une interdiction du port des signes religieux à l'école

522. Plusieurs requérants contestèrent devant la Cour les sanctions prononcées à leur encontre sur le fondement de la loi du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*[1225]. Cette réglementation édicta, en France, une interdiction de principe de manifester ostensiblement ses convictions religieuses dans les établissements

---

1221 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52.

1222 MARGUENAUD (J. – P.), « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », préc., p. 288.

1223 FLAUSS (J.-F.), « Le port de signes religieux distinctifs dans les établissements publics d'enseignement », préc., p. 218.

1224 Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, préc.

1225 *Ibid*.

d'enseignement scolaire publics. Ces requêtes[1226] ont permis à la Cour de confirmer sa jurisprudence amorcée à l'occasion d'une décision d'irrecevabilité rendue en faveur de la Turquie[1227]. Si l'interdiction de principe faite aux élèves d'afficher leurs convictions religieuses à l'intérieur des établissements scolaires publics est une ingérence dans l'exercice de leur liberté de religion (A), elle est considérée conforme aux exigences de la Convention (B).

A) UNE INTERDICTION CONSTITUTIVE D'UNE INGERENCE DANS L'EXERCICE DE LA LIBERTE DE RELIGION

523. La loi du 15 mars 2004 constituait le fondement des sanctions prononcées à l'encontre des élèves de différents collèges ou lycées publics français. Ces usagers, parce qu'ils portaient le voile[1228], un sous-turban sikh[1229] ou bien parce qu'ils avaient les cheveux et les oreilles couverts d'un couvre-chef[1230], s'étaient vus refuser l'accès à leur établissement. Les requérants avaient tenté, à l'issue de la phase de dialogue avec les autorités scolaires, de substituer leur voile ou turban à d'autres vêtements dont la connotation religieuse n'était pas aussi évidente. Par exemple, dans les affaires *Aktas*[1231] ou *Bayrak*[1232], les requérantes avaient proposé de remplacer leur voile par un bonnet ou un bandana. Ces signes, qualifiés de « *signes religieux ostentatoires par destination* »[1233], étaient également prohibés, leur port

---

1226 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, préc., note GONZALEZ (G.), « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », *A.J.D.A.*, préc. ; DIEU (F.), « L'interdiction du port des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Une solution attendue, des motifs qui surprennent », *J.C.P.A.*, 2009, n°46, pp. 23 – 29.

1227 Cour E.D.H., 24 janvier 2006, *Köse et 93 autres requérants contre Turquie*, préc.

1228 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, préc.

1229 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, préc.

1230 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, préc.

1231 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, préc.

1232 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, préc.

1233 DORD (O.), « Laïcité à l'école : l'obscure clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 1523 – 1529, spéc. p. 1525.

s'apparentant à un contournement de la loi. Ils deviennent en effet des signes confessionnels « *lorsque l'élève les arbore en leur conférant, de façon subjective, une signification religieuse et en faisant la marque substitutive de son appartenance confessionnelle* »[1234].

524. De la même manière que dans les affaires *Dogru contre France*[1235] et *Kervanci contre France*[1236], les sanctions étaient contestées sur le fondement des articles 9 et 2 du Protocole additionnel. La Cour avait néanmoins à connaître d'une situation nouvelle. Dans les décisions d'irrecevabilité du 30 juin 2009, ce n'était pas un régime de limitation du droit de manifester ses convictions religieuses qui était en cause mais un régime d'interdiction. Bien que dans ses effets la réglementation en vigueur avant 2004 aboutissait à la prohibition des signes religieux ostensibles, « *un régime d'interdiction législative du port des signes religieux ostensibles* [succédait] *à un régime jurisprudentiel de libre port des signes religieux, sous réserve que ce port ne soit point ostentatoire* »[1237]. La législation française n'aboutit cependant pas à une interdiction générale et absolue du port de tout signe religieux. Si tel avait été le cas, elle aurait eu des effets disproportionnés[1238]. La revendication de son appartenance à une religion particulière est possible si celle-ci se fait au moyen d'un signe discret[1239]. Les effets de la loi de 2004 étant identiques à ceux du régime applicable depuis l'avis du Conseil d'Etat de 1989[1240], la Cour avait confirmé sa jurisprudence selon laquelle l'interdiction posée constituait une ingérence dans le droit des requérants à manifester leurs convictions.

525. L'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 2004 en France était, notamment, motivée par la volonté des acteurs publics de faire cesser les risques de différence de sanctions entre les

---

1234 *Ibid*., p. 1525.

1235 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc.

1236 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc.

1237 DORD (O.), « Laïcité à l'école : l'obscure clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1523.

1238 En ce sens voir, TOULEMONDE (B), « Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école : la fin des interrogations ? », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 2044 – 2048. Voir *supra* §§ 511 – 512.

1239 En ce sens voir, TOULEMONDE (B), « Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école : la fin des interrogations ? », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 2044 – 2048. Voir également Circulaire du Ministère de l'Education nationale, jeunesse et sports, 18 mai 2004, *Port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, n°2004-084, J.O.R.F., 22 mai 2004, p. 9033, point. 3.2. L'autorisation des signes religieux discrets a été critiqué car si les symboles visés par cette circulaire d'application sont « *"ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse", la même définition peut dans certains cas s'appliquer aux signes discrets : un élève qui porte une chaîne soutenant une croix, une étoile de David ou une main de Fatima n'est-il pas immédiatement reconnu par les autres élèves, en raison de ce signe, comme chrétien, juif ou musulman* » (DIEU (F.), « L'école, sanctuaire laïque », *R.D.P.*, 2009, pp. 685 – 713, spéc. pp. 697 – 698).

1240 CE, Ass., Avis, 27 novembre 1989, *Port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement publics*, préc.

établissements scolaires. Le rapport rendu en 2003 par la *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*[1241] présidée par Bernard STASI, à l'origine de la loi de 2004, en témoignait. Plusieurs incertitudes avaient été mises en avant. D'abord, « *l'adoption d'une démarche au cas par cas supposait la possibilité pour les chefs d'établissement de prendre des responsabilités ; mais ils se trouvaient souvent isolés dans un environnement difficile* ». Ensuite, le juge s'interdisait « *d'entrer dans l'interprétation donnée par une religion à tel ou tel signe* ». Enfin, les chefs d'établissement étaient « *dans l'impossibilité de tracer les frontières entre le signe ostentatoire illicite et le signe non-ostentatoire licite* »[1242]. Une interdiction de principe était supposée faire disparaître toute hésitation. Cependant, d'autres incertitudes demeuraient. L'interprétation à donner aux signes « *ostentatoires par destination* »[1243] – tel le bonnet ou le bandana – en était un exemple car les chefs d'établissement devaient tout de même « *identifier sous le contrôle du juge, le signe ou la tenue manifestant une appartenance religieuse, y compris en cas de doute* »[1244]. En outre, le juge administratif devait également « *entrer dans la subjectivité de l'élève afin de déterminer si celui-ci, en arborant un signe qui n'a* a priori *rien de religieux, ne cherche pas à contourner l'interdiction posée par la loi* »[1245]. Ces éléments faisaient ainsi douter de la prévisibilité de la réglementation. En déclarant les requêtes irrecevables, sans même se prononcer sur la prévisibilité de la loi, la Cour ne semblait pas partager ces interrogations. Elle confirmait même la conformité de la législation aux exigences de la Convention.

1241 STASI (B.), *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République : rapport au Président de la République*, Paris, La documentation française, 2003, 78 p. Rapport qui a conduit à l'élaboration et l'adoption de la Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, préc.

1242 STASI (B.), *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République : rapport au Président de la République*, préc., p. 31.

1243 DORD (O.), « Laïcité à l'école : l'obscure clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », préc., p. 1525. L'auteur précise que ces signes par destination ne sont pas, par nature, des signes confessionnels mais « *ils le deviennent* […] *lorsque l'élève les arbore en leur conférant, de façon subjective, une signification religieuse et en faisant la marque substitutive de son appartenance confessionnelle* », p. 1525.

1244 TOULEMONDE (B), « Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école : la fin des interrogations ? », préc., p. 2045.

1245 DIEU (F.), « L'école, sanctuaire laïque », préc., p. 702.

B) UNE INTERDICTION CONFORME AUX EXIGENCES CONVENTIONNELLES

526. En déclarant les requêtes irrecevables, les juges de Strasbourg ont accordé un brevet de conventionnalité à l'interdiction prévue par la loi de 2004 et inscrite à l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation. Ces décisions d'irrecevabilité confirmèrent les propos tenus par Jean-Paul COSTA en 2003 selon lesquels, « *si une telle loi était soumise à notre Cour, elle serait jugée conforme au modèle français de laïcité et donc pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme* »[1246]. La loi de 2004 était motivée par la volonté de protéger le principe de neutralité. La conception française du principe de laïcité avait déjà été validée par la Cour dès 2008 dans les affaires *Dogru* et *Kervanci* car elle limitait la manifestation des croyances religieuses tout en respectant le pluralisme inhérent à toute société démocratique[1247].

527. Un constat similaire avait été retenu à l'égard de la Turquie[1248]. Dans la décision *Köse et 93 autres contre Turquie*, les élèves voilées des lycées « *Imam-Hatip* » – écoles dont l'objectif est de former le personnel religieux – s'étaient vues refuser l'accès à leur établissement. Les parents d'élèves estimèrent, sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel que l'interdiction du port du foulard islamique constituait une violation du droit à l'instruction de leurs enfants mais aussi du droit au respect de leurs propres convictions religieuses par l'Etat instructeur. Le règlement intérieur de ces établissements prévoyait les tenues que les élèves devaient porter. Pour les filles, aucun signe religieux n'était accepté. Le port du voile n'était possible qu'à l'occasion de l'enseignement coranique. Le respect du principe de laïcité, dont la conception retenue en Turquie était « *respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention* »[1249], motivait cette réglementation.

528. En conséquence, les juges de Strasbourg avait estimé dans un premier temps qu'il importait « *de relever que de telles règles internes aux établissements scolaires* [étaient] *des dispositions d'ordre général applicables à tous les élèves indépendamment de leurs*

[1246] COSTA (J.-P.), « Audition par la Commission STASI du 17 octobre 2003 », propos rapporté par BERNARD (P.), *Le Monde*, 28 octobre 2003.

[1247] Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 71 ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 71.

[1248] Cour E.D.H., 24 janvier 2006, *Köse et 93 autres requérants contre Turquie*, req. n°26625/02.

[1249] Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc, § 114.

convictions religieuses et elles [servaient] *notamment à l'objectif légitime de préserver la neutralité de l'enseignement secondaire qui* [s'adressait] *à un public d'adolescents susceptibles d'être exposés à un risque de pression* »[1250]. En tenant le même raisonnement que celui dégagé dans les affaires relatives au personnel enseignant[1251], la Cour montrait sa volonté de défendre le pluralisme éducatif. Les élèves doivent être protégés et n'être exposés à aucune pression extérieure, y compris celle provenant d'autres élèves. Ils doivent être libres de déterminer leurs propres opinions et de choisir leurs convictions.

529. De la même manière, le pluralisme éducatif protégé par le principe de laïcité n'entre pas en contradiction avec le droit des parents à voir leurs convictions respectées par l'Etat instructeur. Dans un second temps, les risques de pression sur autrui étaient à nouveau mis en avant par la Cour pour justifier que la réglementation applicable n'était pas contraire à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. Dans sa mission, l'Etat doit en effet « *veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion* »[1252]. En outre, conformément à la jurisprudence *Kjeldsen*[1253], la prohibition des signes religieux dans les établissements scolaires n'interdit pas aux parents de transmettre à leurs enfants les valeurs qu'ils partagent. Pour l'ensemble de ces raisons, et parce que le droit à l'instruction des élèves n'avait pas été atteint dans sa substance, la Cour avait conclu à l'irrecevabilité de la requête.

530. Le même raisonnement fut suivi pour la France dans les multiples décisions d'irrecevabilité du 30 juin 2009. La Cour avait pris en modèle les arrêts *Dogru* et *Kervanci* pour affirmer qu'elle ne voyait « *aucune motif susceptible de la convaincre de s'éloigner de cette jurisprudence* »[1254]. Dès lors, elle montra que l'interdiction posée par la loi de 2004, à l'instar de l'avis du Conseil d'Etat et des circulaires ministérielles, était motivée par le respect du principe de laïcité, principe conforme aux exigences de la Convention. Les mêmes

---

1250 Cour E.D.H., 24 janvier 2006, *Köse et 93 autres requérants contre Turquie*, req. n°26625/02.
1251 Voir *supra* §§ 458 – 482.
1252 Cour E.D.H., 24 janvier 2006, *Köse et 93 autres requérants contre Turquie*, préc.
1253 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 54.
1254 Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, préc.

conclusions furent donc avancées : les autorités étatiques disposent en la matière d'une importante marge d'appréciation pour défendre le pluralisme éducatif. Sa sauvegarde peut aboutir à l'exclusion définitive des élèves ne se pliant pas à ces exigences. Cette sanction n'est pas disproportionnée dès lors que le droit à l'instruction n'est pas atteint dans sa substance[1255]. La solution retenue a toutefois été critquée[1256] : d'abord parce que l'enseignement à distance ne constitue pas la meilleure solution, puis parce que l'inscription dans un établissement privé ferait de ce dernier « *l'exutoire de la laïcité scolaire* »[1257].

531. En concluant à l'irrecevabilité de la requête, la Cour a clairement montré l'absence d'incompatibilité entre la loi de 2004, fondée sur le principe de laïcité, et la Convention. Pour autant, l'argumentaire mené par les juges n'a pas été suivi par le Comité des droits de l'Homme. Saisi de faits similaires – un élève exclu sur le fondement de la loi de 2004 pour avoir porté le keski – cet organe de surveillance responsable du Pacte international des droits civils et politiques était parvenu à une solution différente de celle de la Cour[1258]. L'exclusion de l'établissement scolaire était considérée disproportionnée dans la mesure où la France n'avait pas apporté « *de preuves convaincantes qu'en portant son keski l'auteur aurait présenté une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire* »[1259]. Le Comité avait pourtant repris les arguments développés par la Cour. Il affirmait que « *le principe de laïcité* [était] *en soi un moyen par lequel un Etat partie* [pouvait] *s'efforcer de protéger la liberté religieuse de l'ensemble de la population* »[1260]. Il confirmait également que la loi du 15 mars 2004 servait les « *objectifs de protection des*

1255 C'était à cette conclusion que le Conseil d'Etat français était parvenu dans l'arrêt *Union française pour la cohésion nationale* du 8 octobre 2004. Dans cette affaire, le juge administratif devait se prononcer sur l'annulation de la circulaire du 18 mai 2004 mettant en œuvre la loi du 15 mars 2004. Il avait conclu que « « *les dispositions de la circulaire attaquée ne méconnaiss*[ai]*ent* [pas] *les stipulations de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* […] *dès lors que l'interdiction édictée par la loi et rappelée par la circulaire attaquée ne porte pas à cette liberté une atteinte excessive, au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi visant à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics* » (C.E., 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, req. n°269077, rec. p. 367, note ROLIN (F.), « Le Conseil d'Etat abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 43 – 45 ; TAWIL (E.), « La loi et la circulaire sur les signes religieux à l'école publique : épilogue devant le Conseil d'Etat », *J.C.P.A.*, 2004, pp. 1412 – 1413).

1256 En ce sens voir GONZALEZ (G.), « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 2077 - 2082.

1257 *Ibid.,* p. 2080.

1258 Sur le fondement de l'article 18 du Pacte consacrant la liberté de religion. Com.D.H., 1er novembre 2012, *Bikramjit Singh contre France*, communication n°1852/2008. Confirmée par Com.D.H., 19 juillet 2013, *Shingara Mann Singh contre France*, communication n°1928/2010, note BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga *Singh* », *R.T.D.H.*, 2014, pp. 493 - 513.

1259 Com.D.H., 1er novembre 2012, *Bikramjit Singh contre France*, communication n°1852/2008, § 8.7.

1260 *Ibid.*, § 8.6.

droits et libertés d'autrui, de l'ordre public et de la sécurité publique »[1261] – conformément aux restrictions autorisées par l'article 18§3 du Pacte. Malgré cette argumentation commune, le Comité avait conclu à l'absence de nécessité de la mesure et à la violation de l'article 18 du Pacte. A l'instar des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, celles du Comité ont une autorité de chose interprétée[1262]. Sans se sentir liée par les décisions du Comité, la Cour internationale de justice, en 2010, estimait « *devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant* »[1263]. Cette communication pourrait alors également servir de référence aux juges, au titre « *des instruments de droit international pertinents* »[1264], s'ils avaient à nouveau à connaître d'une affaire contestant une sanction prise sur la base de la loi du 15 mars 2004.

532. La Cour européenne des droits de l'Homme est attentive aux décisions prises par le Comité des droits de l'Homme[1265]. L'arrêt *Py contre France* du 11 janvier 2005 permet d'en témoigner[1266]. Dans cette affaire, le requérant contestait le refus opposé à sa demande d'inscription sur la liste électorale spéciale prévue à l'occasion du scrutin d'autodétermination de 1998. Sa demande d'inscription aux élections des membres du congrès de Nouvelle-Calédonie fut également refusée en 1999 car la loi en vigueur posait une condition de résidence de 10 ans pour pouvoir y participer. Il estimait que ce refus violait le droit à des élections libres garanti à l'article 3 du Protocole additionnel pris isolément et en combinaison avec l'article 14 de la Convention. Les juges ne partagèrent pas cette opinion, concluant à l'absence de violation de la Convention. Pour parvenir à ce constat, ils s'étaient fondés sur « *les constatations du comité des droits de l'Homme des Nations unies en date du 15 juillet 2002* »[1267]. Celui-ci devait déterminer si les restrictions apportées au corps électoral en

---

1261 *Ibid.*, § 8.6.

1262 En ce sens voir BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga *Singh* », préc., p. 507.

1263 C.I.J., 30 novembre 2010, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République démocratique du Congo)*, rec. 2010, pp. 636 – 694.

1264 Voir, parmi de nombreux exemples, Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 mai 2014, *Margus contre Croatie*, req. n°4455/10, § 48, note ISSA (F.), MANUELO (V.), « Amnistie pour crimes de guerre », *J.D.I.*, 2013, pp. 1261 - 1264 ; SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 93 – 98.

1265 En ce sens voir, FOROWICZ (M.), *The reception of international law in the European court of Human Rights*, Oxford, International Courts and Tribunals series, 2010, 421 p., spéc. pp. 163 – 165. Voir aussi BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga *Singh* », préc., pp. 508 – 512.

1266 Cour E.D.H., 11 janvier 2005, *Py contre France*, préc., note ROBLOT-TROIZIER (A.), SORBARA (J.-G.), « Les règles constitutionnelles devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 2006, pp. 139 - 154.

1267 *Ibid.*, § 17.

Nouvelle-Calédonie étaient conformes avec l'article 25 du Pacte[1268]. Après examen de la législation litigieuse, le Comité estimait que « *les seuils fixés* [n'étaient] *pas excessifs dans la mesure où ils* [s'inscrivaient] *dans le cadre de la nature et de l'objet de ces scrutins, à savoir un processus d'autodétermination impliquant la participation de personnes justifiant d'attaches suffisantes au territoire dont l'avenir est en jeu* ». La Cour releva d'ailleurs ce passage juste avant de conclure à l'absence de violation de l'article 3 du Protocole additionnel par la France.

533. Suivant ce schéma, les juges pourraient éventuellement revenir sur la solution retenue en 2009. La décision du Comité – bien qu'elle ne lie pas la Cour – pourrait être prise en compte. Cette issue est cependant incertaine[1269]. La conception française du principe de laïcité n'est pas remise en cause par la décision du Comité des droits de l'Homme. Simplement, l'appréciation de la nécessité de la mesure restreignant l'accès à l'établissement ne prend pas en compte les mêmes éléments de contrôle. La Cour européenne des droits de l'Homme vérifie si la mesure d'exclusion porte atteinte à la substance du droit à l'instruction. Si l'élève a la possibilité d'accéder à d'autres moyens d'instruction, la Cour ne considèrera pas la mesure disproportionnée. Ce n'est que si les effets de ce droit sont annihilés que les juges concluront à la violation de l'article 2 du Protocole additionnel. Le Comité en revanche ne faisait pas référence à une quelconque possibilité d'accéder à d'autres moyens d'instruction. Il en concluait donc à la disproportion de la mesure car l'exclusion avait « *eu des conséquences graves pour l'instruction à laquelle l'auteur, comme toute personne de son âge,* [avait] *le droit dans l'Etat Partie* »[1270]. Le resserrement du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour sur les restrictions à la manifestation des convictions religieuses protégées par l'article

---

[1268] Celui-ci dispose que « *tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :* […] *b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs* ».

[1269] Voir contra BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga *Singh* », préc., p. 508. Le Comité des droits de l'Homme ne s'était concentré que sur l'article 18 du Pacte. Sur le seul fondement de la liberté de religion, le contrôle de proportionnalité plus rigoureux exercé par la Cour sur les restrictions apportées à l'article 9 permettrait certainement un rapprochement entre les deux solutions. Devant la Cour, l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel pourrait nuancer ce rapprochement. La possibilité reconnue au requérant de s'inscrire dans un autre établissement empêche en effet de conclure à la disproportion de la mesure d'exclusion.

[1270] Com.D.H., 1er novembre 2012, *Bikramjit Singh contre France*, préc., § 8.7.

9[1271] semblerait alors sans effet sur l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit à l'instruction.

534. Les différences existantes dans le contrôle de proportionnalité justifieraient les issues opposées du Comité des droits de l'Homme et de la Cour sur la compatibilité de la loi de 2004 avec les différents instruments internationaux de protection. Empêcher un élève d'accéder à un établissement scolaire public en raison de l'affichage de ses convictions religieuses participerait, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, à la protection du pluralisme éducatif consacré à l'article 2 du Protocole additionnel. La restriction de la liberté de religion des étudiants y contribuerait également.

SECTION 2.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR L'EXIGENCE DE NEUTRALITÉ DES ÉTUDIANTS

535. Afin de respecter le pluralisme éducatif imposé par la Convention, les étudiants sont soumis aux exigences découlant du principe de neutralité. Bien qu'ils ne soient pas expressément visés par la lettre de la Convention, les étudiants ont également le droit de se développer sans subir aucune pression extérieure. Les arrêts rendus à l'encontre de la Turquie - seul Etat concerné devant la Cour sur cette question – ont montré que la sauvegarde du pluralisme éducatif défendu par l'article 2 du Protocole autorise la restriction de l'affichage des convictions religieuses des étudiants. A nouveau, l'exigence de neutralité est laissée à la libre appréciation des autorités étatiques (§1er). Cette obligation, eu égard à son importance, délaisse cependant la question de la maturité des étudiants (§2nd).

[1271] En ce sens voir Cour E.D.H., 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres contre Turquie*, req. n°41135/98, note GONZALEZ (G.), « L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *J.C.P.G.*, 2010, pp. 952 – 955 ; MARGUENAUD (J.-P.), « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Recueil dalloz*, 2010. 682. Voir aussi Cour E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, préc., note GONZALEZ (G.), « L'éléphant dans le magasin de porcelaine : entrée remarquée des manifestations de la liberté européenne de religion sur le lieu de travail (Cour eur. dr. h., *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013) », préc.

§ 1. Une exigence laissée à la libre appréciation des autorités étatiques

536. La Cour européenne des droits de l'Homme n'interprète pas la Convention dans un sens obligeant les Etats à soumettre les étudiants à une obligation de neutralité. Elle leur accorde simplement une marge d'appréciation pour le faire. Dès lors que le principe de proportionnalité est respecté, les juges valident une réglementation restreignant la manifestation des convictions religieuses. Cette liberté a été critiquée (A) mais peut se justifier au regard du contexte turc (B).

A) UNE LIBERTE CRITIQUEE

537. La question de la compatibilité d'une réglementation limitant le droit des étudiants à afficher leurs convictions religieuses est apparue en 2004 à l'occasion de l'arrêt de Chambre *Leyla Sahin contre Turquie*[1272] – la Grande chambre rendant un arrêt après renvoi de l'affaire le 10 novembre 2005[1273]. Elle lui fut également soumise le 24 mai 2005 dans la décision d'irrecevabilité *Tig contre Turquie*[1274]. Cette dernière affaire n'avait toutefois pas soulevé de grandes difficultés.

538. L'étudiant s'était vu refuser l'accès à son université car il portait la barbe. Selon lui, elle faisait partie « *d'un des aspects de son apparence physique* » et constituait aussi « *un mode d'expression de ses idées et de ses convictions personnelles* »[1275]. Les différents recours

---

[1272] Cour E.D.H., 29 juin 2004, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., note BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Le voile à l'école : une Europe divisée », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 951 – 983. Le même jour, la Cour s'était prononcée sur le port du voile par une élève infirmière contestant son exclusion des cours. Cette sanction avait été motivée par le port, par l'étudiante, du voile lors des travaux en clinique. En 2002, la Cour avait déclaré sa requête recevable. En 2004, statuant au contentieux, la Cour avait décidé de rayer l'affaire du rôle car la requérante s'était désistée (Cour E.D.H., 29 juin 2004, *Zeynep Tekin contre Turquie*, req. n°41556/98).

[1273] Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., note GONZALEZ (G.), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », préc., BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande chambre *Leyla Sahin C. Turquie* du 10 novembre 2005 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 183 – 215.

[1274] Cour E.D.H. (recevabilité), 24 mai 2005, *Tig contre Turquie*, req. n°8165/03.

[1275] *Ibid.*

effectués contre le règlement de l'université en cause ont été rejetés. Après s'être conformé à la réglementation en vigueur, le requérant avait poursuivi normalement son cursus universitaire. Il considéra néanmoins cette mesure contraire à l'article 2 du Protocole additionnel mais son recours fut déclaré irrecevable. Pour les juges, le refus d'accès n'avait pas atteint le droit à l'instruction du requérant dans sa substance : il avait « *été admis à la faculté d'ingénierie électronique* […] *et* [avait] *pu terminer ses études dans cet établissement nonobstant la mise en œuvre de la réglementation en question* »[1276]. Dans ses motifs, la Cour n'avait pas abordé la question de la restriction du droit pour les étudiants d'afficher leurs convictions religieuses.

539. L'affaire de Grande Chambre *Leyla Sahin* lui en a donné l'occasion[1277]. La solution dégagée suscita des critiques malgré la forte majorité – seize voix contre une – au sein de la Grande chambre. Dans cette affaire, la requérante, étudiante à la faculté de médecine en Turquie, portait le voile depuis le début de ses études sans qu'aucun reproche ne lui ait été adressé. En février 1998, sur le fondement d'une circulaire adoptée par le recteur de l'université d'Istanbul, l'accès aux cours et aux examens lui fut refusé car elle portait le voile. Cette sanction contrevenait, selon elle, aux articles 9 de la Convention et 2 du Protocole additionnel. La Grande chambre confirma la solution retenue par la Chambre en 2004 en concluant à l'absence de violation de la Convention. L'exigence de neutralité pour protéger le droit à une instruction pluraliste est applicable aux étudiants. Tant que le droit à l'instruction n'est pas atteint dans sa substance, la sauvegarde du pluralisme éducatif « *justifie les mesures les plus extrêmes adoptées pour sa préservation* »[1278]. Le raisonnement mené pour arriver à cette conclusion a été dénoncé.

540. Il l'avait d'abord été directement par la Juge Françoise TULKENS dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Leyla Sahin*. Pour conclure à la non-violation de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole additionnel, les juges avaient mis en avant l'absence de consensus pour réglementer le port des signes religieux par les étudiants. L'étude de droit comparé mené par la Cour[1279] ne se révélait pas satisfaisante. Dans un premier temps, elle avait affirmé que les Etats parties à la Convention n'avaient réglementé le port des signes

---

1276 *Ibid.*
1277 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc.
1278 GONZALEZ (G), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 1009.
1279 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., §§ 55 – 65.

religieux que dans les établissements d'enseignement scolaire publics. Trois exceptions étaient introduites – la Turquie, l'Azerbaïdjan et l'Albanie – dans lesquelles la législation était étendue aux Universités. Ces Etats mis à part, la Cour s'était bornée à montrer que dans une multitude d'autres pays membres aucune réglementation spécifique à l'Université n'existait. Pourtant, la Cour avait accordé, en raison « *de la diversité des approches nationales quant à cette question* »[1280], une ample marge d'appréciation à la Turquie pour interdire le port du voile à l'Université. La Juge Françoise TULKENS doutait de la pertinence de cette conclusion. Pour elle, « *l'aperçu de droit comparé ne* [permettait pas d'aboutir à l'octroi d'une ample marge nationale d'appréciation] *: dans aucun des Etats membres, l'interdiction du port des signes religieux ne* [s'était] *étendue à l'enseignement universitaire qui s'adresse à un public de jeunes adultes où le risque de pression est plus atténué* »[1281]. L'obligation faite aux Etats de protéger le pluralisme éducatif est motivée par l'objectif d'atténuer ce risque de pression sur autrui. Or, la maturité des étudiants aurait pu justifier que la liberté de religion soit privilégiée sur la protection du pluralisme éducatif[1282].

541. Le raisonnement avait ensuite été critiqué par une partie de la doctrine. Les mêmes arguments que ceux développés par la Juge Françoise TULKENS avaient d'ailleurs été retenus. L'interdiction du port des signes religieux par les étudiants n'était vérifiée que dans trois pays effaçant « *l'argument de la diversité* […] *et, par ricochet, celui tiré d'une ample marge d'appréciation* »[1283]. Cela confirmait que « *dans la majeure partie des* [Etats membres], *l'affichage de signes religieux dans les écoles publiques ne* [soulevait] *pas de problème* »[1284] et que « *si dans la grande majorité des Etats du Conseil de l'Europe, l'univers universitaire ne connaît pas de réglementation des signes religieux, c'est qu'il doit y avoir une pratique qui les tolère* »[1285]. Une communauté de vues semblait donc se dégager en faveur d'une clémence pour les étudiants dans la manifestation de leurs convictions religieuses. Pour autant, sur un sujet aussi sensible, la Cour avait préféré s'abstenir de condamner la Turquie pour avoir limiter l'exercice de leur liberté de religion. S'« *il est* […] *toujours très instructif d'observer*

1280 *Ibid.,* § 109.

1281 Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 3.

1282 Voir *infra* §§ 550 – 553.

1283 BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande chambre *Leyla Sahin C. Turquie* du 10 novembre 2005 », préc., p. 193.

1284 BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Le voile à l'école : une Europe divisée », préc., p. 965.

1285 BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande chambre *Leyla Sahin C. Turquie* du 10 novembre 2005 », préc., p. 193.

comment la Cour opère lorsqu'elle est confrontée à des débats polémiques aux enjeux politiques et juridiques lourds et donc de déterminer où elle place le curseur »[1286], les juges avaient préféré confier aux Etats le soin de réglementer librement l'affichage des convictions à l'Université, se contentant simplement d'en vérifier la proportionnalité.

542. En statuant ainsi, la Cour n'obligea pas les Etats Parties à interdire ou accepter le port des signes religieux à l'Université. A l'inverse, « *lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national* »[1287]. La Cour fit alors preuve d'autolimitation confirmant que « *lorsqu'était en jeu des questions de société, soulevant de "délicates interrogations d'ordre moral ou éthique",* […] *elle* [n'avait] *pas à se substituer au législateur national et qu'il* [convenait] *au nom du principe de subsidiarité de laisser à l'Etat une large marge d'appréciation* »[1288]. Ce raisonnement aboutit à faire prévaloir le principe de laïcité sur la liberté de religion[1289]. En s'abstenant d'engager la responsabilité de la Turquie, la Cour européenne des droits de l'Homme validait la restriction du port des signes religieux à l'Université[1290]. Elle n'imposait néanmoins pas cette interdiction. Critiquée l'utilisation faite de la marge d'appréciation dans cette affaire pouvait être justifiée par le contexte spécifique à la Turquie, pour qui le principe de laïcité est une valeur fondamentale.

1286 BONNET (B.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la laïcité à l'Université. Quelques remarques sur une jurisprudence audacieuse et discutable », in MERLEY (N.) (dir.), *Université et Laïcité*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Coll. Droit, 2011, 178 p., spéc. pp. 145 – 161, spéc. p. 146.

1287 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 109. La Cour reprend en cela l'idée déjà retenue par la Chambre en 2004 lorsqu'était jugé qu'« *une marge d'appréciation s'impose spécialement lorsque les Etats contractants réglementent le port des symboles religieux dans les établissements d'enseignement étant donné que la réglementation en la matière varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et que les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à "la protection des droits d'autrui" et à "l'ordre public"* », § 102.

1288 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 240.

1289 En ce sens, voir DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 301.

1290 Elle validait également la conception retenue par la Turquie de la laïcité. En ce sens voir, GONZALEZ (G.), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », préc.

B) UNE LIBERTE JUSTIFIEE

543. La Cour européenne des droits de l'Homme pouvait difficilement imposer à la Turquie de revenir sur les conséquences d'un de ces principes fondateurs : le principe de laïcité. Pour cette raison, le contexte spécifique de la Turquie ne pouvait être occulté. La Cour semblait d'ailleurs « *avoir monopolisé* [son attention sur] *la sensibilité de la question en raison notamment de la "*portée politique*" acquise* […] *par le* hidjab *en Turquie* »[1291]. Pour cette raison, l'octroi d'une marge d'appréciation était justifié. Il eut même été difficile de tenir un autre raisonnement. A l'occasion de l'arrêt *Refah Partisi et autres contre Turquie*[1292], les juges notaient que « *dans un pays comme la Turquie, où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, des mesures prises par les universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion* [pouvaient] *être justifiées* »[1293]. Cependant, en se focalisant uniquement sur le contexte turc dans l'affaire *Leyla Sahin*, la Cour fut critiquée.

544. Dans son opinion dissidente, Françoise TULKENS mettait en avant l'importance que le port des signes religieux à l'Université revêtait dans l'ensemble des Etats Parties. Celle-ci était « *une question qui* [n'était] *pas seulement "locale"* » [1294]. Or, en se concentrant sur le contexte turc et notamment sur la valeur détenue par le principe de laïcité en Turquie, la Cour donnait l'impression d'interpréter l'article 9 de la Convention au regard du principe de laïcité tel que protégé en Turquie. En agissant ainsi, elle ne considérait plus les éléments de droit interne « *comme des éléments factuels du même ordre que les autres mais* [elle leur donnait]

1291 BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Le voile à l'école : une Europe divisée », préc., p. 960.

1292 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 février 2003, *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres contre Turquie*, req. n°41340/98, 41342/98, 41341/98 et 41344/98, note LEVINET (M.), « L'incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme : à propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres contre Turquie », *R.F.D.C.*, 2004, pp. 207 – 221 ; BEN ACHOUR (Y.), « La civilisation islamique et le droit international », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 19 – 38 ; GARAY (A.), « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 103 – 110 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°57, obs. LEVINET (M.).

1293 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 février 2003, *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres contre Turquie*, préc., § 95.

1294 Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 3.

la vigueur juridique qui les [caractérisaient] *dans l'ordre interne* »[1295]. Autrement dit, « *la qualification de laïcité en"principe" lui* [donnait] ipso facto *une valeur juridique dans la sphère conventionnelle et plus seulement dans la sphère interne* »[1296]. Pouvait-elle cependant agir autrement et condamner la Turquie pour violation de l'article 9 alors que la réglementation litigieuse découlait directement de l'application du principe de laïcité ? Cette attitude aurait fait naître un difficile conflit entre la Convention et la norme constitutionnelle.

545. Le résultat de cette opposition n'est pas toujours favorable à la norme interne. En 2009 à l'occasion de l'arrêt de Grande Chambre *Sejdic et Finci contre Bosnie - Herzégovine*[1297] par exemple, la Cour n'avait pas hésité à remettre en cause la conformité de la Constitution de Bosnie - Herzégovine avec les exigences conventionnelles. En l'espèce, les deux requérants contestaient l'impossibilité de se présenter aux élections présidentielles et à la Chambre des peuples de l'Assemblée parlementaire. La Constitution établissait une distinction entre les peuples constituants – composés des bosniaques, des croates et des serbes – et les autres – parmi lesquels se trouvent les juifs, les roms et les autres minorités nationales. Les premiers avaient le droit de se porter candidat aux élections mais pas les seconds. Ils invoquèrent, notamment, la violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole additionnel. Ils obtinrent gain de cause. Le fait que la Constitution serve de fondement à la réglementation litigieuse était sans effet.

546. Ce raisonnement n'avait pas été celui de la Grande Chambre en 2005 dans l'affaire *Leyla Sahin*. Les juges ne s'étaient pas opposés à la conception du principe de neutralité retenue par la Turquie. Si tel avait été le cas, ils risquaient de s'exposer à une controverse importante. La solution retenue par la Chambre dans l'affaire *Lautsi contre Italie* en 2009 avait montré la virulence des réactions politiques et de l'opinion publique lorsque la Cour avait retenu une interprétation de la laïcité différente de celle des autorités nationales. En engageant la responsabilité de la Turquie en 2005, une opposition similaire aurait donc pu naître. Reprenant les propos tenus par la Chambre en 2004, la Grande Chambre avait estimé que l'interdiction du port de signes religieux avait pour but légitime de protéger le pluralisme

---

1295 DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 335.

1296 *Ibid*., p. 335.

1297 Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci contre Bosnie – Herzégovine*, req. n°27996/06, 34836/06, note SZYMCZAK (D.), « Interdiction des discriminations *vs.* Autonomie constitutionnelle des Etats Parties : quelques considérations à propos de l'arrêt Sejdic et Finci c. Bosnie – Herzégovine », *Annuaire de droit européen*, 2009, pp. 795 – 826 ; WECKEL (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2010, pp. 183 - 217, spéc. pp. 204 – 212.

à l'Université[1298]. Sa sauvegarde justifiait que l'on puisse y restreindre le droit de manifester ses convictions[1299]. S'agissant de la proportionnalité de la mesure mise en œuvre pour atteindre ce but légitime, l'étude - critiquée[1300] - de la Cour montrait que les autorités universitaires avaient « *cherché à adapter leur attitude à l'évolution du contexte pour ne pas fermer leurs portes aux étudiantes voilées, en continuant à dialoguer avec celles-ci tout en veillant au maintien de l'ordre public* »[1301]. Cet argument fut repris au moment d'examiner le grief tiré de la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. En évitant de rompre le dialogue avec les étudiantes voilées, les autorités turques avaient pris en compte leur intérêt pour qu'elles puissent continuer de bénéficier de leur droit à l'instruction. Aux yeux de la Cour, cette attitude conciliatrice, combinée à celle de la requérante qui ne pouvait ignorer les règles en vigueur à l'Université, avait suffi pour ne pas atteindre la substance du droit à l'instruction.

547. Ce constat ne fut pas entièrement partagé. Ayant finalement poursuivi ses études de médecine à l'Université de Vienne, en Autriche, « *l'absence* [d'autre] *alternative offerte à la requérante ne* [plaidait pas] *en faveur de la proportionnalité de l'ingérence qui* [atteignait]*en conséquence la* substance *même de l'article 2 du premier protocole* »[1302]. Françoise TULKENS allait même plus loin en affirmant que « *l'arrêt de la Grande Chambre* [n'opérait] *aucune mise en balance des intérêts en présence : d'un côté, le préjudice causé à la requérante qui non seulement* [s'était] *vue privée de toute possibilité de terminer ses études en Turquie en raison de ses convictions religieuses mais qui* [soutenait] *aussi que le retour dans son pays pour y exercer sa profession sera problématique en raison des difficultés de la reconnaissance des diplômes étrangers ; d'un autre côté, l'avantage qui* [résultait] *pour la société turque de l'interdiction du port du foulard par celle-ci dans l'enceinte universitaire* »[1303].

548. En raison de la signification et de l'importance du principe de laïcité, la Cour européenne des droits de l'Homme avait accordé à la Turquie une ample marge

---

1298 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 115.
1299 *Ibid.*, § 116.
1300 Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 3.
1301 Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 120.
1302 BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande chambre *Leyla Sahin C. Turquie* du 10 novembre 2005 », préc., p. 207.
1303 Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 17.

d'appréciation. Seul le défaut de proportionnalité de la mesure aurait abouti à sa condamnation. Une conclusion similaire pourrait s'imposer si la France édictait une telle restriction. Déjà introduite pour les établissements d'enseignement scolaire – et validée par la Cour européenne des droits de l'Homme[1304] -, la limitation de la manifestation des convictions religieuses dans les Universités françaises était envisagée. Le projet d'avis *Expression religieuse et laïcité dans les établissements publics de l'enseignement supérieur en France*, rendu par le Haut Conseil à l'intégration – disparu depuis lors – en 2013, recommandait notamment une interdiction du port des signes religieux ostensibles dans « *les salles de cours, lieux et situations d'enseignement et de recherche des établissements publics d'enseignement* »[1305]. Cette éventualité n'a toutefois pas encore été concrétisée par une disposition législative ou réglementaire. Si tel était le cas, et à condition que le principe de proportionnalité soit respecté, il serait peu probable que la France fasse l'objet d'une condamnation devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette interdiction serait fondée sur le principe de laïcité, dont la conception française a été validée par les juges de Strasbourg dans les arrêts *Dogru*[1306] et *Kervanci*[1307]. Un raisonnement différent de celui mené dans l'arrêt *Leyla Sahin* serait difficilement envisageable.

549. Justifié au regard du contexte spécifique à la Turquie, le raisonnement mené souffre néanmoins d'une faiblesse : il ne prend pas en compte le degré de maturité des étudiants.

§ 2. Une exigence délaissant la maturité des étudiants

550. Le degré de maturité des étudiants est un élément important à prendre en compte avant de limiter la manifestation de leurs convictions religieuses. La sauvegarde du pluralisme éducatif dans les établissements scolaires justifie l'interdiction des élèves d'afficher leurs convictions religieuses. Cette restriction limite les risques de pression sur la conscience de jeunes enfants. A l'Université, les usagers sont de jeunes adultes. Ils sont réputés faire leurs propres choix, et être dotés d'un esprit critique leur permettant de résister à la pression

---

1304 Voir *supra* §§ 506 – 534.

1305 H.C.I., 5 août 2013, *Projet d'avis Expression religieuse et laïcité dans les établissements publics de l'enseignement supérieur en France*, 56 p., spéc. p. 15.

1306 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc., § 71.

1307 Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc., § 71.

d'autrui. L'obligation de laïcité incombant aux étudiants est motivée par la volonté de lutter contre le fondamentalisme religieux. Celui-ci est une réelle menace pour le pluralisme et l'absence de réglementation étatique pour la contenir – au moyen d'une réglementation d'interdiction par exemple – constituerait une abstention fautive justifiant la mise en cause de la responsabilité de l'Etat. Cependant, décider du renvoi d'une étudiante au motif qu'elle porte simplement un voile ne représente-t-elle pas une mesure excessive ? La Cour ne le pensait pas mais elle ne prenait pas en compte le degré de maturité des étudiants. Seule la volonté de lutter contre le fondamentalisme religieux était mise en avant. Par conséquent, « *le fait que l'atteinte au caractère pluraliste de l'instruction ait lieu* […] *dans le cadre* […] *plus "ouvert" de l'enseignement supérieur, où les esprits sont censés être déjà "formés",* [importait] *peu* »[1308] confirmant ainsi que l'obligation de neutralité vaut à l'égard « *non seulement de l'Université en tant qu'institution mais aussi des usagers* »[1309].

551. Cette conclusion pourrait néanmoins être atténuée. A l'école, l'obligation de neutralité des élèves est valable même si aucun comportement actif de prosélytisme n'est prouvé. Leur manque de maturité et de recul sur ces questions sensibles justifie que l'accès aux établissements d'enseignement soit interdit à ceux affichant ostensiblement leurs convictions religieuses. A l'Université, ce constat mériterait d'être nuancé. La maturité des étudiants leur permet de comprendre qu'un signe religieux n'est pas en soi un acte de prosélytisme. Cependant, l'exigence de neutralité produira légitimement ses effets dès lors que l'étudiante voilée tiendra un discours, dans l'enceinte universitaire, ayant pour objectif de faire pression sur la conscience et les choix d'autrui. Autrement dit, « *seuls des faits qui ne peuvent être contesté et des raisons dont la légitimité ne fait pas de doute – et non pas des inquiétudes ou des craintes* – [pourront] *répondre à cette exigence et justifier une atteinte à un droit garanti par la Convention* »[1310]. La Cour a semble-t-il suivi cette argumentation dans l'arrêt *Ahmet Arslan contre Turquie*[1311] – à propos de l'interdiction de défiler dans les rues vêtu d'un habit traditionnel couvrant, notamment, le visage –, concluant à la violation de l'article 9. Elle estimait en effet qu'il ne ressortait pas « *du dossier que la façon dont les requérants ont*

1308 SZYMCZAK (D.), « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., pp. 679 – 680.

1309 *Ibid*., p. 680.

1310 Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 5.

1311 Cour E.D.H., 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres contre Turquie*, préc. GONZALEZ (G.), « L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *J.C.P.G.*, 2010, pp. 952 – 955.

manifesté leurs croyances par une tenue spécifique constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui »[1312]. La Grande Chambre est également arrivée à cette conclusion dans l'arrêt *S.A.S. contre France* du 1er juillet 2014[1313]. Dans cette affaire était contestée la conformité de la loi du 11 octobre 2010 – entrée en vigueur le 11 avril 2011 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*[1314] avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Son article 1er dispose que « *nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* ». La requérante, reconnue victime par la Cour alors même qu'elle n'a jamais fait l'objet d'une condamnation par les autorités internes[1315], estime que cette disposition est contraire à l'article 9 de la Convention. Le Gouvernement français estime que la restriction imposée se justifie au regard des nécessités de la sécurité publique. Cet argument est rejeté par les juges européens estimant qu'« *une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique* »[1316]. L'interdiction générale posée par la loi n'est pas nécessaire dans une société démocratique. La Cour a néanmoins conclu à l'absence de violation de la Convention trouvant la limitation justifiée au regard des exigences du « *vivre ensemble* »[1317].

552. Le refus de condamner la Turquie dans l'affaire *Leyla Sahin* confirme que la maturité des étudiants n'est pas un argument suffisant capable de justifier une utilisation sans limite de la liberté de religion. Celle-ci ne doit jamais « *se traduire par des actes de prosélytisme ou d'intolérance mettant en cause la liberté de conscience et d'expression des autres, la liberté d'aller et de venir ou l'égalité entre les personnes* »[1318]. La liberté de religion ne doit pas contrevenir au pluralisme[1319]. En ne condamnant pas la Turquie, alors qu'aucune action de la

---

1312 Cour E.D.H., 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres contre Turquie*, préc., § 50.

1313 Cour E.D.H., Gde Chbre, 1er juillet 2014, *S.A.S. contre France*, req. n°43835/11, note MONTECLERC (DE) (M.-C.), « Au nom du "vivre ensemble", la C.E.D.H. admet l'interdiction du voile intégral », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 1348 – 1349 ; GERVIER (P.), « L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public. Regards croisés des jurisprudences constitutionnelle et européenne sur un "choix de société" », *A.J.D.A.*, 2014, à paraître.

1314 Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, J.O.R.F., 12 octobre 2010, p. 18344.

1315 Cour E.D.H., Gde Chbre, 1er juillet 2014, *S.A.S. contre France*, préc., § 57.

1316 *Ibid.,* § 139.

1317 *Ibid.,* § 157.

1318 OBERDORFF (H.), « L'Université française et le principe de laïcité », », in MERLEY (N.) (dir.), *Université et Laïcité*, préc., pp. 163 – 178, spéc. p. 172.

1319 En ce sens voir BONNET (B.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la laïcité à l'Université. Quelques remarques sur une jurisprudence audacieuse et discutable », préc., p. 150.

requérante ne trahissait la moindre tentative de prosélytisme, la Cour avait fait preuve d'une grande sévérité à l'égard des étudiants en leur refusant le droit d'afficher leurs convictions religieuses.

553. L'exigence de neutralité a donc ici la même intensité pour tous les usagers qu'il s'agisse d'un élève ou d'un étudiant. Leur situation est même comparable à celle du personnel enseignant[1320]. En affichant leurs convictions religieuses, ils constituent une menace pour le pluralisme éducatif défendu par la Convention. Pourtant, le risque de pression sur autrui est moins prégnant pour les étudiants que pour les usagers des établissements d'enseignement scolaires. Ils « *ne sont plus des élèves ou des lycéens* [et] *ils doivent être traités de manière différente, d'autant plus qu'ils sont la plupart du temps des personnes majeures* »[1321] pouvant librement choisir leurs convictions. Le droit à une instruction pluraliste des étudiants ne nécessiterait donc pas une protection particulière. Ainsi que le souligne le propos tenu dans l'opinion dissidente sous l'arrêt *Leyla Sahin*, la requérante était « *une jeune femme majeure et universitaire dont on* [pouvait] *supposer une capacité de résistance plus forte aux pressions* »[1322]. Les restrictions à sa liberté de religion devraient alors être moins importantes que celles applicables aux écoliers[1323] car le droit à une instruction pluraliste y est moins menacé. Toutefois, au-delà de la pression que les convictions religieuses peuvent faire peser sur autrui, la défense d'un intérêt supérieur et d'un principe structurant d'une société, tel le principe de laïcité, justifie à elle-seule, sous réserve du contrôle de proportionnalité, les restrictions à la manifestation des convictions religieuses.

1320 Voir *supra* §§ 458 – 481. Dans son opinion dissidente, Françoise TULKENS précisait que « *si le principe de laïcité requiert un enseignement affranchi de toute manifestation religieuse et doit s'imposer aux enseignants, comme à tous les agents des services publics, qui se sont engagés volontairement dans un espace de neutralité, la situation des élèves et des étudiants semble différente* » ; Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 7.

1321 OBERDORFF (H.), « L'Université française et le principe de laïcité », », préc., p. 172. Dans le même sens, voir KOUBI (G.), « Liberté des étudiants et laïcité à l'Université. Tracé de quelques pistes de recherche… », in MERLEY (N.) (dir.), *Université et Laïcité*, préc., pp. 95 – 114, spéc. p. 97.

1322 Opinion dissidente de la Juge Françoise TULKENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., point 10.

1323 KOUBI (G.), « Liberté des étudiants et laïcité à l'Université. Tracé de quelques pistes de recherche… », préc., p. 97.

CONCLUSION CHAPITRE 2

554. La volonté de protéger le droit à une instruction pluraliste a conduit la Cour à juger conforme à la Convention les réglementations limitant l'exercice de la liberté de religion des usagers dans les établissements d'enseignement. Cette position est critiquée car si « *le pluralisme justifie d'interdire à un individu d'imposer à un autre une conviction ou une tenue, il est beaucoup plus contestable d'interdire à quelqu'un d'arborer la tenue qu'il a choisi de porter, dès lors qu'il ne fait pas pression sur les autres pour qu'ils fassent de même* »[1324]. Toutefois, le fait que cette conviction soit affichée dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement doit permettre de relativiser cette remarque.

555. La Cour européenne des droits de l'Homme veille à ce que l'étendue de la garantie du droit à une instruction pluraliste soit la plus large possible. A cette fin, elle protège les élèves des établissements scolaires contre toute influence extérieure sur leurs convictions, y compris celle provenant d'autres élèves. Cette position l'a conduite à ne pas remettre en cause la conventionnalité des sanctions prises à l'encontre d'élèves ayant continué à afficher, au moyen d'un signe particulier, leurs convictions. La garantie du droit à une instruction pluraliste peut ainsi limiter le bénéfice d'un droit universel à l'instruction. Cet état de la jurisprudence est néanmoins dénoncé. Il est reproché à la Cour, « *emportée par sa dynamique d'exaltation de la neutralité la plus absolue de l'Etat instructeur,* [de consentir] *au sacrifice de ceux qui en sont les principaux bénéficiaires : les usagers du service public de l'enseignement* »[1325].

556. Si la position de la Cour est en effet discutable à l'égard des étudiants dans les établissements supérieurs, notamment en raison de leur maturité, elle apparaît davantage justifiée pour les élèves des établissements scolaires. Ces derniers sont plus vulnérables au risque d'être influencés par les symboles affichés par d'autres élèves. Ils méritent donc que l'ensemble des outils propres à garantir le pluralisme éducatif soient utilisés pour leur garantir un épanouissement libre. La Cour fait certainement preuve de sévérité mais cette attitude est s'explique par la sauvegarde du pluralisme éducatif.

[1324] REDOR-FICHOT (M. – J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 174.

[1325] GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 1009.

CONCLUSION TITRE 1

557. Le droit à l'instruction étant reconnu à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat Partie, les autorités étatiques doivent respecter les particularités de chacun. A cette fin, le principe de neutralité apparaît comme l'instrument principal permettant la garantie d'un droit à une instruction pluraliste. Cette neutralité est exigée de l'Etat instructeur dans les établissements d'enseignement scolaire publics. Les programmes d'enseignement doivent respecter les conditions du pluralisme[1326] mais la Cour est allée plus loin en étendant l'obligation de neutralité à l'environnement scolaire[1327]. En conséquence, les établissements d'enseignement doivent être un lieu où aucune conviction ne doit être favorisée ou défavorisée. L'affichage de symboles religieux doit répondre à cette condition d'impartialité. A cet égard, les juges ont dû à nouveau concilier la promotion du droit à l'instruction et la marge d'appréciation des Etats. Cette dernière est étendue dès lors que sont en jeu les rapports entre l'Etat et la religion. Les approches retenues du principe de neutralité peuvent en effet varier d'un Etat à l'autre. Sur cette question, la Cour a fait preuve d'autolimitation en refusant de retenir une conception particulière – positive ou négative – du principe de neutralité. Elle impose simplement aux Etats de ne pas privilégier une croyance ou une conviction spécifique.

558. Cette obligation est également étendue aux enseignants. En raison du rapport particulier entretenu avec leurs élèves, ils ne peuvent pas afficher leur préférence pour une conviction politique, religieuse ou philosophique spécifique. La situation inverse serait contraire au pluralisme éducatif car les élèves seraient nécessairement influencés par le discours ou l'attitude de leur enseignant. De plus, dans l'exercice de leurs fonctions, ils représentent l'Etat et doivent donc respecter certaines obligations parmi lesquelles figure le principe de neutralité. Même si cette exigence est atténuée pour les enseignants des établissements supérieurs, ils ne doivent pas non plus afficher leurs convictions, notamment religieuses.

559. Afin de préserver le pluralisme éducatif induit par l'article 2 du Protocole additionnel, cette exigence de neutralité est également appliquée aux usagers des établissements d'enseignement publics. Aussi bien les élèves que les étudiants sont concernés. La Cour

---

[1326] Voir *infra* §§ 560 et s.
[1327] En ce sens, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 136.

européenne des droits de l'Homme ne s'oppose pas aux réglementations étatiques qui limiteraient leur droit d'accès aux établissements existants. Sauf atteinte à sa substance, les conditions de respect du pluralisme éducatif peuvent limiter le droit universel à l'instruction. La Cour européenne des droits de l'Homme met tous les moyens en œuvre pour que les établissements d'enseignement soient un lieu où toutes personnes, sans distinction, puissent librement s'épanouir, dans le respect de leurs convictions. Une telle exigence s'étend également aux programmes d'enseignement.

TITRE 2
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITÉ DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT

560. S'épanouir dans un environnement neutre est une condition essentielle pour que les individus bénéficient au mieux de la protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel. Mais l'effort consenti pour que chaque élève évolue dans un cadre serein, libéré de pressions extérieures, serait vain si les programmes d'enseignement ne respectent pas les exigences du pluralisme. Cette remarque vaut particulièrement pour le contenu des informations délivrées dans les établissements scolaires. Si les autorités étatiques disposent d'une marge d'appréciation étendue pour le déterminer, elles doivent faire preuve de davantage de prudence au moment de le délivrer aux élèves.

561. Afin de garantir leur libre épanouissement, la manière avec laquelle l'enseignement est dispensé fait l'objet d'une attention particulière de la part de la Cour. Pour faire état précisément de la grille d'analyse qu'elle retient, deux moments doivent être distingués : celui de la définition et de l'aménagement des programmes puis celui de leur mise en œuvre. Dans le premier cas, la garantie d'un droit à une instruction pluraliste doit être assurée par l'Etat (Chapitre 1). Le contenu du programme et sa diffusion doivent respecter les exigences du pluralisme éducatif. Dans le second cas, les parents d'élèves, s'ils estiment que les convictions avec lesquelles ils éduquent leurs enfants ne sont pas suffisamment respectées par les autorités scolaires, peuvent demander la mise en place de mécanisme correctif pour s'assurer du droit à une instruction pluraliste (Chapitre 2).

CHAPITRE 1.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR L'ETAT LORS DE LA DEFINITION ET L'AMENAGEMENT DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT

562. Les missions d'éducation et d'enseignement des enfants incombent en priorité à leurs parents[1328]. Pour cette raison, ils sont en droit de demander la mise en place de mécanismes correctifs afin de préserver eux-mêmes le droit de leurs enfants à une instruction pluraliste[1329]. Cependant, l'instruction des élèves est déléguée aux autorités étatiques. Pour exécuter correctement cette tâche, les juges leur concèdent que « *la définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de* [leur] *compétence* »[1330]. Il leur revient donc de déterminer le contenu des programmes et le rôle tenu par l'enseignant. Mais ce pouvoir ne leur autorise pas tous les excès. Les autorités étatiques doivent veiller à rester dans le cadre imposé par les juges dans l'affaire *Kjeldsen* : cette dernière affiche certes leur liberté dans la défintion et l'aménagement des programmes (Section 1) mais leur impose également des limites à ne pas dépasser (Section 2).

1328 En ce sens, voir Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52.

1329 Voir infra §§ 651 et s.

1330 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.

SECTION 1.
LA LIBERTÉ AFFICHÉE DE L'ETAT LORS DE LA DEFINITION ET L'AMENAGEMENT DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT

563. L'enseignement dispensé dans chaque Etat est influencé par leur culture. Par exemple, les autorités françaises ont intégré dans les programmes d'enseignement un pan important de leur histoire : l'esclavage. L'article 2 de la Loi Taubira du 21 mai 2001 prévoit à cet égard que « *les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent* »[1331]. En raison de cet enracinement culturel, la Cour européenne des droits de l'Homme juge que la définition et l'aménagement des programmes est « *un problème d'opportunité sur lequel* [elle] *n'a pas à se prononcer et dont la solution peut légitimement varier selon les pays et les époques* »[1332]. Cette liberté autorise donc les Etats à diffuser, à l'école, des informations ayant un caractère potentiellement polémique (§1er). Cette interprétation est justifiée par la diversité des pratiques nationales notamment à l'égard de la diffusion des données philosophiques ou religieuses (§2nd).

§ 1. Une autorisation bienveillante de diffusion des informations à caractère potentiellement polémique

564. Conformément à la lettre de l'article 2 du Protocole additionnel, l'Etat instructeur doit exercer sa mission en respectant les convictions religieuses et philosophiques des parents. Cette mention ne signifie cependant pas que toute information ayant un caractère spirituel, philosophique ou moral doit être exclue des programmes scolaires. Ce constat est dressé par la Cour européenne des droits de l'Homme. La seconde phrase de l'article 2 « *n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique* »[1333]. Les parents, principaux bénéficiaires de cette disposition, ne peuvent pas s'opposer à pareille intégration ;

[1331] Loi n°2001-434 du 21 mai 2001 *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, J.O.R.F., 28 mai 2001, p. 8175.
[1332] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.
[1333] *Ibid*., § 53.

« *sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable* »[1334]. Cette liberté a été affichée au sujet de la diffusion d'informations relatives à l'instruction sexuelle (A) et plus largement pour l'ensemble des données à caractère philosophique ou religieux (B).

A) UNE LIBERTE AFFICHEE EN MATIERE D'INSTRUCTION SEXUELLE

565. La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence au sujet de la protection des convictions philosophiques ou religieuses des parents dans l'affaire *Kjeldsen* du 7 décembre 1976. A cette occasion, certains parents d'élèves danois contestaient l'obligation faite à leurs enfants de suivre obligatoirement un cours d'éducation sexuelle. Ils estimaient que cet enseignement « *était contraire à leurs convictions de parents chrétiens et violait l'article 2 du Protocole n°1* »[1335].

566. Pour apprécier la compatibilité du contenu de l'enseignement défini et aménagé par les autorités danoises, les juges ont prêté une attention particulière à leur système éducatif. Ils ont ainsi montré que « *l'instruction dispensée en la matière dans les écoles publiques a moins pour but* [d']*inculquer* [aux enfants] *des connaissances qu'ils ne possèdent pas ou ne peuvent se procurer par d'autres moyens que de les leur donner de manière plus exacte, précise, objective et scientifique* »[1336]. Poursuivant un but avant tout informatif et prévenant des comportements à risque, les cours d'éducation sexuelle étaient guidées par des considérations d'ordre moral [revêtant, selon la Cour,] *un caractère très général* [ne dépassant pas] *des bornes de ce qu'un Etat démocratique peut concevoir comme l'intérêt public* »[1337]. Dès lors que les autorités étatiques restent dans le cadre fixé par la jurisprudence, leur liberté d'introduire des éléments d'information relative à la sexualité reste intacte.

[1334] *Ibid*, § 53.
[1335] *Ibid*, § 44.
[1336] *Ibid*, § 54.
[1337] *Ibid*, § 54.

567. Une solution similaire a été dégagée dans la décision d'irrecevabilité *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne* du 25 mai 2000[1338]. En l'espèce, l'enseignant en sciences naturelles dans l'établissement où la fille du requérant était inscrite avait prévu un cours sur la sexualité humaine. Il prévoyait de les faire étudier la fécondation, l'avortement ou encore les maladies sexuellement transmissibles. Le requérant estimait que le contenu de l'enseignement « *comportait de véritables orientations en matière sexuelle contraires à ses convictions morales et religieuses* ». Rappelant la marge d'appréciation des Etats pour mettre en œuvre l'article 2 du Protocole additionnel, la Cour a constaté que « *le cours d'éducation sexuelle litigieux tenait à procurer aux élèves une information objective et scientifique sur la vie sexuelle de l'être humain, les maladies vénériennes et le sida* ». Etudiant avec précision le contenu de l'enseignement, les juges ont montré que la brochure fournie par l'enseignant à ses élèves « *essayait de les alerter sur les grossesses non désirées, le risque de grossesse à un âge de plus en plus précoce, les méthodes de contraception et les maladies sexuellement transmissibles* ».

568. Ces deux exemples permettent de montrer que la Cour européenne des droits de l'Homme n'interprète pas l'article 2 du Protocole additionnel comme interdisant automatiquement aux Etats d'introduire dans l'enseignement des informations pouvant choquer certains parents d'élèves. Suivant cette interprétation, le contenu d'un enseignement accordant une place particulière aux enseignements visant à faire disparaître les inégalités entre les hommes et les femmes ne serait pas en soi contraire à la Convention et plus particulièrement aux convictions religieuses et philosophiques des parents.

569. Le contenu de « *l'ABCD de l'égalité* » expérimenté en France à la rentrée 2013 mais abandonné depuis lors aurait pu en constituer une illustration pertinente. Cette initiative avait pour objet de lutter contre les inégalités entre les hommes et les femmes en enseignant aux enfants l'égalité et le respect entre les filles et les garçons. Il ressort des explications avancées par le Ministère de l'éducation nationale pour justifier ce programme que l'objectif était d'éviter que des « *inégalités de traitement, de réussite scolaire, d'orientation, et de carrière professionnelle* »[1339] perdurent. Le Ministère arguait également que « *les pratiques ordinaires dans la classe* [constituaient] *des phénomènes souvent sexués, sans que les enseignants,*

[1338] Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne*, req. n°51188/99.

[1339] http://www.cndp.fr/ABCD-de-l-egalite/a-propos.html (consulté le 31 août 2014).

l'ensemble des acteurs de l'éducation, les élèves et leurs familles en aient nécessairement conscience »[1340]. Il concluait que les représentations faites de l'individu relevaient « *souvent de préjugés et stéréotypes profondément ancrés,* [pouvant] *être la source directe de discrimination* »[1341]. L'« *ABCD de l'égalité* » avait pour objet de les éviter. Cette volonté s'inscrivait dans le débat sur les théories du genre. Les pays scandinaves avaient notamment initié ce mouvement en désirant supprimer toutes sources d'inégalités ou de préjugés entre les hommes et les femmes. En France, de nombreuses critiques se sont élevées contre cette politique, certaines allant jusqu'à affirmer que son introduction avait pour objectif de nier les différences sexuelles entre les filles et les garçons.

570. Devant ces vives contestations et un climat politique défavorable, cet « *ABCD de l'égalité* » a été abandonné. Un contentieux sur la question n'est cependant pas à exclure, un plan d'action de l'égalité filles-garçons à l'école reprenant les idées de l'ABCD a été mis en œuvre à la rentrée 2014[1342]. Pour autant, l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme montre que l'introduction d'un tel enseignement dans les programmes scolaires ne serait pas nécessairement contraire à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. D'autres éléments, tenant au respect des principes inhérent à toute société démocratique, à l'interdiction de l'endoctrinement ou à la mise en place de mécanismes correctifs, sont nécessaires pour pouvoir constater la violation du droit à une instruction pluraliste[1343].

571. La liberté affichée par la Cour européenne des droits de l'Homme ne se limite cependant pas aux cours d'éducation sexuelle. Le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Kjeldsen* a fixé le cadre dans lequel les Etats peuvent introduire des éléments à caractère philosophique ou religieux.

1340 *Ibid*.
1341 *Ibid*.
1342 En ce sens, voir http://www.education.gouv.fr/cid80888/plan-d-action-pour-l-egalite-entre-les-filles-et-les-garcons-a-l-ecole.html (mis à jour août 2014).
1343 Voir *infra* §§ 587 – 602 et §§ 651 – 685.

B) UNE LIBERTE ETENDUE A L'ENSEMBLE DES DONNEES A CARACTERE PHILOSOPHIQUE OU RELIGIEUX

572. Dans la décision d'irrecevabilité *Graeme contre Royaume-Uni* du 5 février 1990[1344], la Commission a rejeté la requête d'une mère de famille demandant, sans succès, l'organisation d'un enseignement religieux conforme à ses convictions. Cette mission incombe à l'Etat qui décide librement des moyens propres à garantir le droit à l'instruction. Cette possibilité reconnue aux autorités étatiques d'intégrer des informations à caractère religieux ou philosophique dans les programmes d'enseignement n'est pas surprenante. D'abord, « *il paraît* […] *très difficile que nombre de disciplines enseignées à l'école n'aient pas, de près ou de loin, une coloration ou incidence de caractère philosophique* »[1345]. Ensuite, outre la diversité des pratiques nationales justifiant l'octroi d'une marge d'appréciation[1346], leur insertion est légitimée par le développement et le façonnement d'une société démocratique. Cette initiative a en effet pour objectif de lutter contre une forme d'inculture et promouvoir le dialogue entre les communautés. Ce constat ressort des différentes initiatives œuvrant en faveur de l'enseignement des religions à l'école. Il ne s'agit pas nécessairement d'y consacrer un cours spécifique mais d'intégrer dans des enseignements généraux des éléments essentiels à la compréhension de l'histoire ou de la philosophie par exemple[1347]. Cette démarche est même encouragée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. A l'occasion de sa session ordinaire du 4 octobre 2005, elle a affirmé qu'« *en enseignant aux enfants l'histoire et la philosophie des principales religions avec mesure et objectivité, dans le respect de la Convention européenne des droits de l'Homme,* [l'école] *luttera efficacement contre le fanatisme* »[1348]. Cette position n'est pas étonnante car « *l'école est un forum essentiel pour le dialogue interculturel et pose* […] *les bases d'un comportement tolérant* »[1349].

1344 Comm. E.D.H., 5 février 1990, *Graeme contre Royaume-Uni*, req. n°13387/88, note FLAUSS (J.-F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.* ,1994, pp. 16 – 57.

1345 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.

1346 Voir *infra* §§ 579 – 586.

1347 En ce sens voir DEBRAY (R.), *L'enseignement du fait religieux dans l'Ecole laïque. Rapport à Monsieur le Ministre de l'Education nationale, Paris, La documentation française*, 2002, 35 p.

1348 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 4 octobre 2005, *Education et religion*, Recommandation 1720 (2005).

1349 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 29 juin 2007, *Etat, religion, laïcité et droits de l'Homme*, Recommandation 1804 (2007).

573. Les organes de contrôle de la Convention ne condamnent donc pas automatiquement les programmes intégrant des éléments ayant un caractère religieux ou philosophique. De nombreuses affaires n'ont pas abouti à un constat de violation de l'article 2 du Protocole additionnel et ce, malgré l'examen attentif des contenus des enseignements. Dans la décision d'irrecevabilité *Sluijs contre Belgique*[1350], un père de famille, refusant d'inscrire plusieurs de ses enfants à un cours de religion ou à un cours de morale, sollicita pour eux l'octroi d'une dispense. Celle-ci lui fut refusée pour plusieurs d'entre eux. La Commission conclut cependant à l'absence de violation de la Convention. L'examen de l'enseignement en cause ne révélait aucune contrariété avec l'article 2 du Protocole car il « *exposait explicitement qu'il ne pouvait jamais être question de mettre les cours de morale au service d'une conception sociale ou d'une doctrine philosophique spécifique ou de donner ces cours en fonction des prises de position de pareille conception ou doctrine* ». En outre, elle a montré que « *les directives explicitement émises par les programmes d'enseignement de la morale prouvent que ce cours ne constitue point une tentative d'endoctrinement* ». Les autorités belges respectaient donc les prescriptions imposées par l'arrêt *Kjeldsen*[1351].

574. Une autre illustration de la bienveillance de la Cour à l'égard des programmes d'enseignement ayant un caractère religieux ou philosophique est donnée par la décision d'irrecevabilité *Appel-Irrgang contre Allemagne*[1352]. La législation allemande prévoit que l'éthique doit être enseignée à tous les élèves des écoles publiques. Ce cours a pour objectif de « *promouvoir la propension et la capacité des élèves d'aborder, d'une manière constructive, les problèmes culturels et éthiques fondamentaux de la vie individuelle* […] *pour mener une vie autonome et responsable* [et être apte] *au dialogue interculturel et au discernement éthique* »[1353]. L'introduction de ce cours a été contestée. Pour les requérants, il contrevenait « *au devoir de neutralité de l'Etat qui choisit le contenu du cours, qui définit ce que signifie le terme "éthique" et ce que comprend la "base de valeurs" sur laquelle se fonde le cours* ».

1350 Comm. E.D.H., 9 septembre 1992, *Sluijs contre Belgique*, req. n°17568/90, note BERGER (V.), GIAKOUMOPOULOS (C.), LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1993, pp. 963 – 1002.

1351 Voir *infra* §§ 587 – 602.

1352 Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, req. n°45216/07, note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 997 - 1010.

1353 Article 1er de la Loi du 30 mars 2006 *portant modification de la loi sur l'école du 26 janvier 2004*, cité par Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, préc.

575. Après avoir étudié le contenu du programme, les juges ont rejeté la demande des requérants. Pour cela, ils ont estimé que cet enseignement améliorait « *l'aptitude des élèves à la tolérance et au dialogue* [ce qui] *constitue une des conditions fondamentales pour participer à la vie démocratique et pour vivre en société dans le respect mutuel des différentes croyances et convictions philosophiques* ». En constatant que l'enseignement dispensé « *est un cours neutre qui n'accorde aucun poids particulier à une religion ou croyance déterminée mais dont l'objectif est de transmettre une base de valeurs commune aux élèves et d'éduquer ceux-ci à s'ouvrir à des personnes adhérant à d'autres croyances que la leur* »[1354], les juges ont estimé que la législation allemande était conforme aux exigences fixées par l'article 2 du Protocole additionnel. Cette disposition – et notamment sa seconde phrase – n'interdit donc nullement l'intégration d'éléments religieux ou philosophiques dans l'enseignement. Cette démarche participe même à la protection d'un intérêt supérieur. Cependant, la bienveillance de la Cour a parfois abouti à des solutions surprenantes.

576. Dans l'affaire *Angelini contre Suède*[1355], les requérantes – une mère et sa fille, athées– contestaient le refus de dispense d'un cours d'instruction religieuse axé sur le christianisme. S'il est pourtant clair « *qu'une instruction confessionnelle obligatoire dans une seule religion et sans possibilité de dispense serait une violation de l'article 2 du Protocole additionnel* »[1356], la réserve introduite par la Suède sur l'exécution de cette disposition a empêché la Commission de retenir cette interprétation. Selon cette déclaration, « *la dispense du cours de christianisme ne peut être offerte qu'aux enfants d'une autre confession que celle de l'Eglise de Suède et pour laquelle une instruction religieuse est assurée* »[1357]. Les athées étaient exclus de cette possibilité car les autorités suédoises insistaient pour que tous les élèves aient un cours de religion. En raison de cette réserve, la Commission a refusé de se prononcer sur cette obligation de présence. Elle pouvait néanmoins contourner cette déclaration et apprécier le caractère excessif de la réglementation suédoise sur le fondement de l'article 9 de la Convention. Après examen, elle conclut pourtant à l'absence de violation

---

1354 *Ibid*.

1355 Comm. E.D.H., 3 décembre 1986, *Lena et Anna-Nina Angelini contre Suède*, req. n°10481/83. Antérieurement à cette affaire, un cas similaire avait été rayé du rôle à la suite d'un règlement amiable. Il s'agissait du refus d'accorder aux enfants de membres de l'Eglise évangélique luthérienne de Suède une dispense du cours d'instruction religieuse (Comm. E.D.H., 19 juillet 1971 et 13 décembre 1971, *Karnell et Hardt contre Suède*, req. n°4733/71. Pour le règlement amiable, voir Comm. E.D.H. (rapport), 28 mai 1973, *Karnell et Hardt contre Suède*, req. n°4733/71).

1356 WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 19.

1357 Comm. E.D.H., 3 décembre 1986, *Lena et Anna-Nina Angelini contre Suède*, préc. Traduit par nous.

de cette disposition estimant même que la différence de traitement entre les élèves croyants et les athées était proportionnée.

577. Cette issue est surprenante en raison du rôle accordé au droit à l'instruction. Sa garantie doit permettre à chacun de voir ses particularités propres être protégées dans les établissements scolaires. En contraignant un élève à suivre un cours de religion alors que ses parents ont fait le choix de ne pas éduquer leur enfant suivant une conviction particulière, l'école ne remplit plus correctement son rôle. Cette démarche s'apparente même à de l'endoctrinement, d'autant plus que la matière enseignée correspond à la religion d'Etat. En interprétant l'article 9, la Commission aurait dû le souligner et contourner les effets de la réserve d'interprétation[1358]. Elle ne l'a pas fait, tenant un raisonnement contradictoire[1359]. En effet, s'il ne s'agissait que « *de la diffusion d'un ensemble de connaissances objectives sur la religion, elle pouvait être tout aussi profitable aux enfants bénéficiant dans leur foyer d'une éducation religieuse qu'à ceux élevés dans un foyer athée* »[1360]. La Commission a donc été trop bienveillante avec la Suède car le contenu des programmes d'enseignement ne respectait pas le pluralisme éducatif. Aujourd'hui, cette position ne pourrait cependant plus être retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci accorde désormais une protection identique aux croyants et aux non-croyants. Plus précisément, elle juge que « *la liberté de pensée, de conscience et de religion, représente l'une des assises d'une "société démocratique"* [qui] *figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées* »[1361].

578. La Cour européenne des droits de l'Homme constate rarement la violation de l'article 2 du Protocole additionnel en raison de l'introduction d'éléments de religion et de philosophie dans les programmes d'enseignement[1362]. La responsabilité des Etats est surtout engagée en raison du refus d'accorder le bénéfice d'un mécanisme – dispense ou inscription à un cours de

---

1358 En ce sens, voir GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, préc., p. 98.

1359 Comm. E.D.H., 3 décembre 1986, *Lena et Anna-Nina Angelini contre Suède*, préc.

1360 GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, préc., p. 98.

1361 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, préc., § 31, note SURREL (H.), « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1995, pp. 573 – 585, G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°56, obs. LEVINET (M.).

1362 Pour un exemple de condamnation, voir Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc. Voir infra §§ 587 – 602.

substitution – corrigeant les imperfections du système éducatif[1363]. Cette retenue se justifie notamment par la prise en compte de la diversité des pratiques nationales.

§ 2. Une autorisation justifiée par la diversité des pratiques nationales

579. La principale difficulté ayant empêché l'inscription du droit à l'instruction dans le texte de la Convention dès 1950 fut la crainte de voir l'éducation religieuse et morale des enfants échapper à leurs parents. Pire, les rédacteurs redoutaient que le rôle dévolu à l'Etat en la matière soit trop important[1364]. L'interprétation de la Convention montre toutefois que la Cour accorde une attention particulière à la diversité des pratiques nationales lorsqu'il est question des rapports entre l'Etat et la religion[1365], et encore plus lorsque cette relation se pose à l'école. Cette attitude se traduit par l'octroi d'une marge nationale d'appréciation étendue pour décider d'intégrer des éléments de religion dans les programmes scolaires[1366].

580. Ainsi, qu'un enseignement fasse une place plus importante à une religion qu'à une autre n'emporte pas automatiquement violation de l'article 2 du Protocole additionnel. Dans l'affaire *Folgero et autres contre Norvège* du 29 juin 2007[1367], « *le fait que le programme de l'enseignement primaire et du premier cycle de l'enseignement secondaire accorde une plus large part à la connaissance du christianisme qu'à celles des autres religions et philosophies ne saurait* […] *passer en soi pour une entorse aux principes du pluralisme et d'objectivité susceptible de s'analyser en un endoctrinement* »[1368]. En conséquence, la place réservée à une religion particulière par l'Etat « *relève de la marge d'appréciation dont jouit celui-ci pour*

1363 Voir *infra* §§ 651 – 685.

1364 En ce sens, voir Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p. Voir *supra* § 20.

1365 En ce sens voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, préc., § 109, note GONZALEZ (G.), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », préc.

1366 Voir *supra* §§ 564 – 578.

1367 Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc.

1368 *Ibid*., § 89. Dans le même sens, voir Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc., § 71.

définir et aménager le programme des études »[1369]. Cette situation nécessite cependant obligatoirement qu'un mécanisme correctif puisse être déclenché par les parents estimant leurs convictions heurtées par le choix des autorités scolaires[1370]. La mise en place d'un mécanisme correctif est en effet le principal outil permettant de rendre le système éducatif entièrement conforme aux exigences de la Convention.

581. La Cour européenne des droits de l'Homme ne peut pas dicter aux Etats le contenu des cours qu'ils proposent d'enseigner aux élèves ni la manière de former les enseignants. A l'instar de la présence des symboles religieux dans les salles de classe[1371], les juges ne peuvent pas automatiquement considérer l'enseignement des religions contraire à la Convention et imposer une vision particulière de la neutralité. Une telle attitude semblerait en outre s'opposer à la pratique retenue dans de nombreux Etats.

582. En Allemagne, l'article 7 alinéa 3 de la Loi Fondamentale dispose que « *l'instruction religieuse est une matière d'enseignement régulière dans les écoles publiques* […]. [Elle] *est dispensée conformément aux principes des communautés religieuses sans préjudice du droit de contrôle de l'Etat* ». La présence du religieux dans les programmes scolaires allemands ne s'apparente cependant pas à de l'endoctrinement. Au contraire, elle a une dimension avant tout éducative. Cet enseignement doit en effet offrir aux élèves croyants « *l'occasion d'opter consciemment pour leur foi, et de l'approfondir ; aux élèves en recherche, il devait offrir l'occasion de débattre de l'Eglise et de la foi en connaissance de cause ; quant aux élèves qui se disaient incroyants, la discussion des questions de foi leur permettait de fonder leur position ou de la revoir* »[1372]. Cette démarche serait même essentielle car « *cette ouverture est l'élixir de vie de l'Etat constitutionnel démocratique et en même temps le fondement nécessaire à la formation de citoyens moralement responsables* »[1373]. En cela, l'éducation religieuse fournie par l'autorité scolaire remplirait une fonction objective permettant à l'école

---

[1369] Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, req. n°15472/02, § 89, note GONZALEZ (G.), « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », préc.

[1370] En ce sens voir, LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 489. Voir également l'Observation générale n°22 du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies du 30 juillet 1993, *Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), § 6. Voir *infra* §§ 651-685.

[1371] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc.

[1372] HEMEL (U.), « L'enseignement religieux dans les écoles publiques en Allemagne. Avant-garde culturelle ou anachronisme ? », *Etudes*, 1989, pp. 541 – 554, spéc. p. 546.

[1373] STARCK (C.), « Education religieuse et Constitution », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 17 – 32, spéc. p. 28.

d'assurer l'une de ses missions fondamentales. En traitant « *la question des valeurs qui doivent déterminer une vie* […] *l'enseignement religieux a donc la chance, plus nettement que d'autres disciplines, de collaborer à la mission d'éducation de l'école* »[1374]. Suivant cette justification, l'intégration d'éléments religieux dans les programmes scolaires ne saurait être contraire à l'interprétation retenue de l'article 2 du Protocole additionnel.

583. Une logique similaire est applicable dans plusieurs autres Etats Parties à la Convention. En Espagne, l'enseignement religieux tient une place importante dans tous les établissements scolaires, qu'ils soient publics ou privés. Les nombreux accords avec les fédérations religieuses[1375] ou avec l'Eglise catholique[1376] témoignent de l'influence de la religion dans le processus éducatif. En Italie, « *l'enseignement de la religion catholique à l'école publique* […] *est un enseignement obligatoire* […] *c'est-à-dire qu'il doit être en tout état de cause mis en place, indépendamment du choix des parents ou des élèves* »[1377]. Sa suivie reste néanmoins facultative pour les élèves et ce, conformément aux exigences de respect des convictions des parents et du pluralisme éducatif.

584. La France fait figure d'exception « *car l'enseignement religieux ne peut être organisé qu'en marge de l'école* »[1378]. Cette attitude des autorités françaises est conforme à l'approche qu'elles retiennent de la laïcité[1379]. Si jusqu'en 1882, « *l'instruction religieuse* [figurait] *au programme des écoles* », l'article 2 de la loi du 28 mars 1882 sur *l'enseignement primaire obligatoire* dispose que « *les écoles primaires vaqueront un jour par semaine, en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuse, en dehors des édifices scolaires* »[1380]. Cette possibilité est inscrite à

1374 HEMEL (U.), « L'enseignement religieux dans les écoles publiques en Allemagne. Avant-garde culturelle ou anachronisme ? », préc., p. 550.

1375 Loi 24/1992 du 10 novembre 1992, *Loi approuvant l'accord de coopération de l'Etat avec la Fédération des organismes religieux évangéliques d'Espagne*, B.O.E., 12 novembre 1992, p. 38209 ; Loi 25/1992 du 10 novembre 1992, *Loi approuvant l'accord de coopération de l'Etat avec la Fédération des communautés israélites d'Espagne*, B.O.E., 12 novembre 1992, p. 38211 ; Loi 26/1992 du 10 novembre 1992, *Loi approuvant l'accord de coopération de l'Etat avec la Commission islamique d'Espagne*, B.O.E., 12 novembre 1992, p. 38214.

1376 Par exemple, voir Accord du 3 janvier 1979 entre l'Etat espagnol et le Saint-Siège sur *l'enseignement et les questions culturelles*, B.O.E., 15 décembre 1979, p. 28784.

1377 PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 532.

1378 HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Etat et religions en Europe*, préc., p. 109.

1379 Sur ce point voir BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, préc. Sur la question particulière de l'enseignement, voir DEBEYRE (G.), « La laïcité et l'enseignement public », in AUDIBERT (A.), BAYET (A.), BROWN (B.-E.) (dir.), *La laïcité*, Paris, P.U.F., Coll. Bibliothèque des Centres d'études supérieures spécialisées, 1960, 586 p., spéc. pp. 309 – 360.

1380 Loi n°11 696 du 28 mars 1882 *portant sur l'organisation de l'enseignement primaire*, J.O., 29 mars 1886, p. 1697.

l'article L. 141-3 du code de l'éducation, précision faite que « *l'enseignement religieux ne peut être donné aux enfants inscrits dans les écoles publiques qu'en dehors des heures de classe* »[1381]. Dans sa *Lettre aux instituteurs*, Jules FERRY[1382] insistait pour que « *l'instruction religieuse* [appartienne] *aux familles et à l'Eglise, l'instruction morale à l'école* »[1383]. Si elles ne garantissent pas un enseignement religieux, les autorités françaises ne l'empêchent cependant pas. Elles s'attachent à faciliter la possibilité pour les parents d'assurer l'instruction religieuse de l'enfant[1384]. Elles n'ont d'ailleurs jamais été condamnées par la Cour pour avoir choisi cette option, aucun contentieux n'ayant été porté devant elle.

585. Cette démarche est également celle retenue par la loi du 31 décembre 1959 selon laquelle « *l'Etat prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse* »[1385]. Dans les établissements d'enseignement secondaire, depuis la loi de 1905[1386] et renouvelé par le décret de 1960 mettant en œuvre la loi de 1959[1387], un service d'aumônerie peut être apporté si les parents d'élèves en font la demande. Le droit alsacien-mosellan fait preuve quant à lui d'originalité car il est resté fondé sur la loi Falloux du 15 mars 1850[1388]. L'enseignement religieux y est obligatoire dans les établissements scolaires primaires et secondaires. Mis à part ce cas spécifique, l'absence du religieux dans les programmes scolaires est regrettée. Parmi les critiques, l'inculture des écoliers, collégiens ou lycéens est particulièrement dénoncée[1389]. Néanmoins, le fait qu'aucun cours spécifique de religion n'existe ne signifie pas qu'aucun argument religieux n'est enseigné. En effet, il est transversal à de nombreux enseignements

---

1381 Article L. 141-4 du code de l'éducation.

1382 Pour une biographie voir RECLUS (M.), *Jules Ferry*, Paris, Flammarion, 1947, 433 p. Voir aussi LELIEVRE (C.), *Jules Ferry. La République éducatrice*, Paris, Hachette, Coll. Education, 1999, 120 p.

1383 FERRY (J.), « Lettre aux instituteurs », *Pouvoirs*, 1995, pp. 109 - 116, spéc. p. 109.

1384 En ce sens, voir PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 526.

1385 Article 1er de la Loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 *sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés*, J.O., 3 janvier 1960, p. 66.

1386 Loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*, J.O., 11 décembre 1905, p. 7205.

1387 Décret n°60-391 du 22 avril 1960 *relatif à l'enseignement religieux et aux aumôneries dans l'enseignement public*, J.O.R.F., 24 avril 1960, p. 3831.

1388 Loi 1850-03-15 du 15 mars 1850 sur *l'enseignement « Loi Falloux »*, Bulletin des lois, 10ème séance, B.246, n°2029. Sur cette loi, voir MOLINA BETANCUR (C. M.), *La loi Falloux : abrogation ou réforme ?*, préc. Sur la question de l'enseignement religieux en Alsace-Moselle, voir BONNET (J.-L.), « L'enseignement religieux dans les écoles primaires publiques d'Alsace-Moselle », in MESSNER (F.), WOEHRLING (J.-M.) (dir.), *Les statuts de l'enseignement religieux*, Paris, Dalloz, Coll. Les éditions du C.E.R.F., 1996, 202 p., spéc. pp. 95 – 101 ; voir aussi PIETRI (J.-P.), « L'enseignement religieux dans les établissements secondaires publics d'Alsace-Moselle », in MESSNER (F.), WOEHRLING (J.-M.), *Les statuts de l'enseignement religieux*, préc., pp. 103 - 112.

1389 En ce sens, voir SALIN (D.), « Un enseignement religieux à l'école », *Etudes*, 1989, pp. 529 – 539, spéc. p. 530.

tels l'Histoire, ou la philosophie. Le refus « *de promouvoir une matière à part entière peut [donc] devenir un bénéficie intellectuel* »[1390] et être conforme aux recommandations de l'Assemblée Parlementaire[1391].

586. Cependant, peu importe la manière - par un cours spécifique ou plus général - dont l'Etat diffuse « *par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique* »[1392], il doit rester dans le cadre fixé par la jurisprudence *Kjeldsen*.

SECTION 2.
LA LIBERTÉ LIMITÉE DE L'ETAT LORS DE LA DEFINITION ET L'AMENAGEMENT DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT

587. L'octroi d'une marge d'appréciation n'exclut pas l'exercice d'un contrôle par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, « *l'Etat ne peut user des prérogatives qu'il détient notamment en matière d'enseignement public pour propager des convictions religieuses ou philosophiques ainsi privilégiées au détriment de convictions concurrentes ne bénéficiant pas de la même publicité institutionnalisée* »[1393]. Cette attitude est dictée par les principes directeurs de la Convention. Les autorités scolaires sont dans l'obligation de respecter les règles du pluralisme inhérentes à une société démocratique (§1er) et éviter toute tentative d'endoctrinement (§2nd).

1390 DEBRAY (R.), *L'enseignement du fait religieux dans l'Ecole laïque. Rapport à Monsieur le Ministre de l'Education nationale*, préc., p. 35.

1391 Voir *supra* § 572.

1392 En ce sens, voir Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.

1393 GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, préc., p. 97.

§ 1. Une limitation imposée par le respect des règles du pluralisme inhérentes à une société démocratique

588. En garantissant le droit des parents au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses, les rédacteurs de la Convention souhaitaient « *protéger les enfants contre l'embrigadement que les régimes totalitaires peuvent organiser à travers l'éducation* »[1394]. Au-delà du contexte particulier dans lequel la Convention fut rédigée, cette protection permet d'éviter que les Etats Parties ne répandent des doctrines et valeurs s'opposant radicalement à celles que les parents tentent d'inculquer à leurs enfants. Cette situation serait contraire au pluralisme que l'Etat instructeur doit garantir pour protéger « *le standard de société démocratique* »[1395] car cela les empêcherait d'exécuter correctement leur mission d'éducation.

589. Considéré comme « *la pierre angulaire du système européen de protection des droits et libertés fondamentales* »[1396], ce principe revêt une importance capitale et doit être respecté par les Etats. Cet impératif de protection est d'autant plus justifié à l'école puisque les établissements scolaires ont pour objectif de former les consciences de futurs Hommes et citoyens. Pour cette raison, l'arrêt *Kjeldsen* insiste sur la responsabilité de l'Etat en la matière. Le droit des parents au respect de leurs convictions « *implique* [qu'il] *veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste* »[1397]. Cette interprétation « *se concilie* […] *avec l'esprit général de* [la Convention] *destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique* » [1398]. C'est en respectant ces conditions dans le contenu des programmes et dans le rôle assigné aux enseignants que les autorités étatiques se conformeront en partie aux exigences de l'article 2 du Protocole additionnel[1399].

590. Dans ce contexte, le pluralisme revêt une importance particulière. Cette notion suppose en effet « *que soient pris en compte les différentes tendances et les courants d'idées dans une*

[1394] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 597. En ce sens, voir Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p.

[1395] JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, préc.

[1396] FABRE-ALIBERT (V.), « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 465 – 496, spéc. p. 468.

[1397] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.

[1398] *Ibid.*, § 53.

[1399] La mise en place des mécanismes correctifs est également nécessaire. Voir *infra* §§ 651 – 685.

société politique donnée »[1400]. La neutralité constitue alors le meilleur moyen pour garantir ce pluralisme[1401], l'Etat ne devant pas prendre position en faveur d'une conviction particulière. Cette exigence a été mentionnée dans l'arrêt *Manoussakis et autres contre Grèce*[1402]. Dans cette affaire, il était reproché aux requérants « *d'avoir "créé et desservi une maison de prière pour des réunions et des cérémonies religieuses des adeptes d'une autre confession et notamment de celle des témoins de Jéhovah sans l'autorisation de l'autorité ecclésiastique reconnue et du ministre de l'Education nationale et des Cultes, autorisation exigée pour la construction et la desserte d'un temple de tout dogme* »[1403]. Ils ont été condamnés par les juridictions internes à trois mois d'emprisonnement et les portes de la salle qu'ils avaient louée pour pratiquer leur religion ont été scellées. La Cour condamna les autorités grecques estimant que « *la condamnation litigieuse* [affectait] *si directement la liberté religieuse des requérants qu'elle ne peut passer pour proportionnée au but légitime poursuivi ni,*[…] *nécessaire dans une société démocratique* »[1404]. Pour parvenir à cette solution, les juges mentionnèrent notamment que « *le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci* »[1405]. Afin de protéger le standard de société démocratique, la Cour impose aux Etats le respect du pluralisme religieux.

591. En matière éducative, la marge d'appréciation dont ils disposent ne leur interdit pas de faire une place plus importante à une religion plutôt qu'à une autre[1406]. Cependant, le respect du pluralisme impose que le privilège accordé à une conviction particulière ne se fasse pas au détriment des autres croyances. Si tel est le cas, le programme d'enseignement fixé par l'Etat n'est pas conforme aux exigences posées par l'article 2 du Protocole additionnel. C'est notamment pour cette raison que la Turquie, dans l'arrêt *Hasan et Eylem Zengin*[1407], a été condamnée. Les requérants de confession alévie – un père et sa fille scolarisée en classe de 7ème à l'école publique d'Istanbul – contestaient le refus des autorités scolaires d'accorder une

---

1400 FABRE-ALIBERT (V.), « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc. p. 470.

1401 En ce sens, voir REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », préc., p. 171.

1402 Cour E.D.H., 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres contre Grèce*, req. n°18748/91, note GONZALEZ (G.), « Les entraves à l'installation de "maisons de prière" en Grèce », *R.T.D.H.*, 1997, pp. 521 – 552.

1403 Cour E.D.H., 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres contre Grèce*, préc., § 12.

1404 *Ibid*., § 53.

1405 *Ibid*., § 47.

1406 Voir *supra* § 580.

1407 Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc., note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 978 – 992.

dispense du cours de culture religieuse et connaissance morale. Les juridictions internes n'annulèrent pas ce refus alors même que le père de famille soutenait que « *dans le cadre du cours obligatoire de culture religieuse et connaissance morale étaient principalement enseignées les règles fondamentales de l'islam hanéfite et qu'aucun enseignement n'était donné sur sa confession* »[1408]. Outre l'absence de mécanismes correctifs propres à garantir le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents, l'engagement de la responsabilité de la Turquie sur le fondement de l'article 2 du Protocole était également dû au contenu du programme.

592. Celui-ci a fait l'objet d'un contrôle attentif de la part de la Cour. Dans un premier temps, les juges ont constaté qu'en voulant « *transmettre des connaissances concernant l'ensemble des grandes religions* [et] *d'éduquer des hommes* »[1409], les intentions des autorités turques répondaient aux conditions d'objectivité et de pluralisme. Néanmoins, « *une plus large part à la connaissance de l'islam qu'à celle des autres religions et philosophies* » était faite. Cette circonstance a conduit les juges à étudier, dans un second temps, si « *la primauté donnée à l'enseignement de l'islam* [était] *contenue dans les limites acceptables aux fins de l'article 2 du Protocole* »[1410]. Bien que les autorités scolaires disposent d'une marge d'appréciation étendue pour décider d'intégrer des informations à caractère religieux dans l'enseignement, « *les parents d'élèves peuvent légitimement s'attendre à ce que de telles matières soient enseignées de manière à répondre aux critères d'objectivité et de pluralisme, en respectant leurs convictions religieuses ou philosophiques* »[1411]. Or, lorsqu'un cours de religion privilégie une conviction particulière au détriment d'autres, les obligations découlant du respect d'une société démocratique ne sont pas correctement remplies. Les élèves d'une autre confession sont stigmatisés. Le droit à l'instruction pluraliste n'est dès lors plus protégé. En conséquence, l'Etat engage sa responsabilité sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel.

593. La Turquie a de nouveau engagée la sienne dans l'arrêt *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*[1412]. A l'occasion d'une affaire similaire, la Cour a analysé les modifications apportées par la Turquie à son système éducatif pour le rendre conforme avec les exigences

---

[1408] Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc., § 12.
[1409] Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc., § 58.
[1410] *Ibid*., § 64.
[1411] *Ibid*., § 68.
[1412] Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc.

du pluralisme éducatif. Elle les estima insuffisantes et conclut à la violation de l'article 2 du Protocole additionnel. Les changements amorcés n'ont pas été « *un véritable remaniement des axes principaux de ce cours* »[1413]. Selon les requérants, l'approche sunnite domine dans l'enseignement alors que des différences essentielles avec la confession alévie existent. Relevant l'obligation positive pour les Etats de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents[1414], la Cour voyait « *mal comment, en l'absence d'un système de dispense approprié résultant du caractère obligatoire du cours de C.R.C.M., l'on pourrait éviter que les élèves soient confrontés à un conflit entre l'instruction religieuse donnée par l'école et les convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents* »[1415]. Le mécanisme de dispense doit donc être corrigé de manière à rendre le système éducatif turc conforme aux exigences de l'article 2 du Protocole additionnel. Sur le fondement de l'article 46 de la Convention, la Cour a jugé que la violation des droits des parents au respect de leurs convictions tirait « *son origine d'un problème structurel* »[1416]. Les juges ont ainsi obligé les autorités turques à modifier leur système éducatif pour garantir aux parents le respect de leurs convictions.

594. Pour être conformes aux exigences de cette disposition, les programmes d'enseignement doivent donc respecter les conditions de pluralisme et de tolérance – cette dernière notion étant « *une ligne de conduite* [consistant] *à laisser vivre autrui conformément à des principes, auxquels précisément nous n'adhérons pas* »[1417] - imposées par « *le standard européen de société démocratique* »[1418]. Néanmoins, en interprétant l'article 2 du Protocole, la Cour n'impose pas uniquement que les informations ayant un caractère religieux ou philosophique soient « *diffusées de manière objective, critique et pluraliste* ». Le respect des conditions structurant une société démocratique est important. Toutefois, en matière d'enseignement, l'Etat instructeur doit, en plus de garantir les principes d'objectivité et de pluralisme, s'interdire de convaincre les élèves de choisir une religion spécifique. Le droit à une instruction pluraliste lui « *interdit de poursuivre un but d'endoctrinement* »[1419].

1413 Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc., § 68.
1414 *Ibid*., § 72.
1415 *Ibid*., § 75.
1416 *Ibid*., § 84.
1417 FABRE-ALIBERT (V.), « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 474.
1418 JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, préc.
1419 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.

§ 2. *Une limitation imposée par l'interdiction de l'endoctrinement*

595. Tous les programmes d'enseignement sont concernés par l'interdiction de l'endoctrinement. Les cours de morale ou de religion n'en sont pas les uniques cibles, les cours d'éducation sexuelle étant également visés par cette interdiction. Pour conclure à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole additionnel dans l'affaire *Kjeldsen*, les juges avaient notamment précisé que « *l'examen de la législation incriminée* [prouvait] *en effet qu'elle ne* [constituait] *pas une tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé* »[1420]. Le principal contentieux s'est cependant développé à l'égard des enseignements faisant une place particulière à la morale ou à la religion.

596. La Cour européenne des droits de l'Homme accorde une importance particulière au respect du principe de neutralité dans les établissements d'enseignement[1421]. Cette attitude est justifiée par la volonté de permettre « *aux élèves de développer un sens critique à l'égard du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme intempestif* »[1422]. Au nom de cet objectif, les autorités étatiques peuvent restreindre la liberté accordée aux individus – enseignants, élèves ou étudiants – de manifester leurs convictions dans l'enceinte d'un établissement[1423]. Le principe de neutralité est devenu l'outil principal au service du droit à une instruction pluraliste. La Cour impose même son respect aux Etats dans le cadre de l'environnement scolaire[1424]. Mais afin de garantir cette sérénité, les programmes d'enseignement ne doivent pas non plus être un facteur de pression sur les élèves. Ce constat ressort de leur engagement conventionnel. En effet, « *par la reconnaissance explicite de la liberté de pensée* [à l'article 9 de la Convention], *les Etats contractants ont accepté*

1420 *Ibid*., § 54. Dans le même sens voir Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne*, préc.

1421 En ce sens, voir par exemple : sur les signes religieux des enseignants : Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc. Sur les signes religieux des élèves : Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, préc. ; Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, préc. Sur les signes religieux dans les établissements scolaires : Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc.

1422 Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc, § 52. Dans le même sens, voir Cour E.D.H., 24 janvier 2006, *Köse et 93 autres requérants contre Turquie*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 62.

1423 Voir *supra* §§ 457 et s.

1424 Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc.

l'interdiction de l'endoctrinement dans le sens d'un enseignement basé sur une idéologie dominante, surtout pour la jeunesse »[1425].

597. L'endoctrinement, défini comme « *l'action délibérée et insistante pour convaincre quelqu'un d'adopter une doctrine, une opinion, un comportement* »[1426], tout comme le prosélytisme sont des comportements que les autorités étatiques ne peuvent, en aucune manière, s'autoriser. Le prosélytisme, « *terme auquel rien ne permet actuellement de donner la précision requise* »[1427], revêt un double sens, positif et négatif[1428]. Dans le premier sens, il « *n'est rien d'autre qu'apostolat, prédication, évangélisation, catéchisme* »[1429]. Dans le second, qualifié de « *prosélytisme de "mauvais aloi",* [il] *se caractérise par des pressions abusives prenant la forme d'un harcèlement ou d'un abus de pouvoir* »[1430].

598. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est appropriée cette distinction dans l'arrêt *Kokkinakis contre Grèce*[1431]. Minos Kokkinakis, témoin de Jéhovah, se plaignait de sa condamnation pour prosélytisme. Il fut arrêté avec son épouse après avoir discuté avec la femme du chantre d'une église orthodoxe. Dénoncé par ce dernier, le requérant a été condamné à une peine de prison, prévue par une disposition législative condamnant le prosélytisme. Cet acte y était défini comme « *toute tentative directe ou indirecte de pénétrer dans la conscience religieuse d'une personne de confession différente dans le but d'en modifier le contenu* » et ce, de manière abusive comme par exemple en profitant de la faiblesse de son auditeur[1432]. La Cour a considéré cette condamnation contraire à l'article 9 de la Convention. Si le but poursuivi était légitime – la protection des droits et libertés d'autrui -, les juges n'ont pas estimé que l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique.

1425 BIRSAN (C.), « Le juge européen, la liberté de pensée et de conscience », préc., p. 51.

1426 Dictionnaire de l'Académie française, *Endoctrinement*, 9ème édition, http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/endoctrinement, (consulté le 4 août 2014).

1427 ROLLAND (P.), « La régulation de la liberté religieuse : le cas du prosélytisme », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUE*, Paris, Dalloz, 2010, 787 p., spéc. pp. 577 – 589, spéc. p. 577.

1428 En ce sens, voir GARAY (A.), « Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne », *R.T.D.H.*, 1994, pp. 7 – 29. L'auteur introduit son propos de la manière suivante : « *Qu'est-ce que le prosélytisme ? Veut-on parler de sa noblesse, il est alors prédication, évangélisation, catéchisme. Le condamne-t-on ? Il devient l'équivalent de tromperie, propagande, provocation, marketing. Il frise alors le lavage de cerveau, les manipulations mentales, l'endoctrinement contraint et le viol psychologique* », spéc. p. 7.

1429 PLANA (S.), *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, Paris, L'Harmattan, Coll. La librairie des Humanités, 2006, 588 p., spéc. p. 10.

1430 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 590.

1431 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, préc., note SURREL (H.), « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°56, obs LEVINET (M.).

1432 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, préc., § 16.

599. Pour aboutir à cette conclusion, ils ont insisté sur la nécessité de distinguer « *le témoignage chrétien du prosélytisme abusif* »[1433]. Pour le premier, il s'agit de « *la vraie évangélisation* » alors que le second « *représente la corruption ou la déformation* » et l'abus[1434]. En l'absence de pression excessive sur autrui, la liberté de manifester sa religion garantit aussi la liberté de convaincre autrui[1435]. En d'autres termes, l'enseignement « *qui est donné à un intéressé auquel sont présentés les principes fondamentaux qui devront lui permettre, en toute liberté d'exercer son choix en faisant siennes ou non les croyances de son enseignant* »[1436] n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention. En conséquence, les juridictions grecques n'ayant pas « *suffisamment* [précisées] *en quoi le prévenu aurait essayé de convaincre son prochain des moyens abusifs* »[1437], la responsabilité de la Grèce a été engagée.

600. Cette conclusion ne s'impose cependant pas dans toutes les situations. Dès lors qu'une relation de domination existe, alors ce qui serait un témoignage chrétien pourrait s'apparenter à du prosélytisme abusif. C'est à ce constat que la Cour européenne des droits de l'Homme a abouti dans l'arrêt *Larissis et autres contre Grèce*[1438]. Trois officiers militaires ont été condamnés par les juridictions grecques pour prosélytisme envers des soldats subordonnés et des civils. Il leur était reproché des les avoir encouragé « *à adhérer aux croyances de l'Eglise pentecôtiste* » et même à se convertir ou encore de leur avoir demandé s'ils s'étaient rendus à l'église pentecôtiste durant leur permission. Les requérants estimèrent leur sanction contraire à l'article 9 de la Convention. Pour apprécier la conventionnalité de ces mesures, les juges ont traité différemment l'acte de prosélytisme au sein de l'armée et celui effectué envers des civils. Dans cette seconde situation, l'absence de sentiment de domination a conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 9 car les requérants n'ont pas « *exercé sur les civils qu'ils cherchaient à convertir des pressions et des contraintes du même ordre que celles exercées sur les soldats* »[1439]. Dans le premier cas par contre, c'est bien le lien de subordination

---

1433 *Ibid*., § 48.
1434 *Ibid*., § 48.
1435 Sur ce point, voir, par exemple, BEN ACHOUR (Y.), *La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion*, Paris, Pedone, Coll. Cours et travaux, 2005, 95 p., spéc. pp. 32 – 37.
1436 GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, préc., p. 117.
1437 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, préc., § 49.
1438 Cour E.D.H., 24 février 1998, *Larissis et autres contre Grèce*, req. n°23372/94, 26377/94, 26378/94, note GONZALEZ (G.), « Nouvelle éclairage européen sur le prosélytisme ou petite leçon de savoir-vivre sous l'uniforme », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 575 – 593.
1439 Cour E.D.H., 24 février 1998, *Larissis et autres contre Grèce*, préc., § 59.

existant entre les officiers et les soldats qui a motivé la Cour à conclure à l'absence de violation de l'article 9.

601. Ces derniers avouaient avoir été gênés par la démarche de leurs supérieurs. Même si les propos ou l'attitude des requérants ne révélaient aucun abus, la Cour a relevé, à raison, que « *ce qui, en milieu civil, pourrait passer pour un échange inoffensif d'idées que le destinataire est libre d'accepter ou de rejeter peut, dans le cadre de la vie militaire, être perçu comme une forme de harcèlement ou comme l'exercice de pression de mauvais aloi par un abus de pouvoir* »[1440]. Ce raisonnement se retrouve à l'égard des professeurs dans les établissements d'enseignement[1441]. En effet, « *la situation n'est pas différente dans les écoles concernant les relations entre les enseignants et les élèves, elle est même exacerbée par la minorité de ces derniers* »[1442]. Cette considération justifie l'interdiction faite aux enseignants d'afficher leurs convictions religieuses mais justifie également que les programmes enseignés n'affichent pas une préférence pour une religion particulière et ce, au détriment des autres convictions existantes. Cette remarque vaut aussi bien pour les Etats ayant fait de la laïcité un principe constitutionnel que pour ceux qui sont « *plus engagés à l'égard d'une conviction particulière* »[1443].

602. Ce constat conduit à affirmer que l'Etat instructeur ne doit jamais tenter de persuader les élèves d'adopter une conviction particulière. La vulnérabilité des enfants aux propos de leur enseignant suffit à caractériser leur état de faiblesse transformant un discours classique sur une religion en un acte de pression incompatible avec la mission de l'école. Cependant, de la même manière que pour déceler la limite entre le simple témoignage chrétien et le prosélytisme abusif, la frontière entre l'enseignement objectif d'une religion et le « *prosélytisme intempestif* »[1444] est difficile à identifier. Cette difficulté conduit la Cour, sauf abus manifeste[1445], à privilégier la marge d'appréciation des Etats en la matière. Le fait que les juges n'estiment pas automatiquement contraire à la Convention un enseignement faisant une plus large part à l'enseignement d'une religion en est un exemple. Cependant, cette bienveillance à l'égard de la compétence des Etats n'est pas accordée au détriment de la

---

1440 *Ibid*., § 51.
1441 Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, préc. Voir *supra* § 479.
1442 GONZALEZ (G.), « Nouvelle éclairage européen sur le prosélytisme ou petite leçon de savoir-vivre sous l'uniforme », préc., p. 589.
1443 *Ibid*., p. 589.
1444 Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc, § 52.
1445 En ce sens voir par exemple *Ibid*., § 68.

sauvegarde du droit à une instruction pluraliste. Un mécanisme de dispense doit en effet obligatoirement compléter le système éducatif.

CONCLUSION CHAPITRE 1

603. La mission d'instruction incombe en priorité aux parents. Celle-ci est néanmoins déléguée aux autorités étatiques. Pour qu'elles puissent assurer correctement cette fonction, la Cour européenne des droits de l'Homme, conformément au principe de subsidiarité, leur accorde une importante marge d'appréciation pour définir et aménager les programmes d'enseignement. Cette liberté doit servir à protéger le droit à une instruction pluraliste. L'Etat est obligé de mettre en œuvre les moyens utiles permettant d'assurer aux élèves leur épanouissement dans un environnement serein où aucune pression, spirituelle, morale ou philosophique, ne les influence abusivement dans leur choix.

604. A cet égard, la marge de manœuvre accordée doit se cantonner au cadre défini par l'arrêt *Kjeldsen*[1446]. Si l'Etat est libre de diffuser, par l'enseignement, des informations à caractère religieux ou philosophique, et même accorder une part plus importante à une conviction, il ne doit jamais aller à l'encontre des principes inhérents à une société démocratique. Il doit notamment être attentif à protéger le pluralisme. Aucun élève ne doit se sentir stigmatisé ou exclu parce qu'il a été élevé suivant les préceptes de convictions minoritaires. Pour cela, l'Etat instructeur doit simplement présenter, objectivement et d'une façon neutre, les informations relatives à une religion ou à une conception philosophique. S'il ne suit pas cette ligne directrice, en dénigrant par exemple les dogmes d'une croyance particulière, il ne respecte pas l'article 2 du Protocole.

605. Cette disposition impose une stricte neutralité des autorités scolaires. Cette obligation les contraint à ne jamais prendre position pour, ou contre, une conviction particulière. Si elles le font, leur démarche s'apparente à de l'endoctrinement et du prosélytisme. L'enseignant joue donc un rôle primordial et doit faire l'objet d'une attention particulière par les autorités. En effet, « *des abus peuvent se produire dans la manière dont telle école ou tel maître applique les textes en vigueur et il incombe aux autorités compétentes de veiller avec le plus grand soin à ce que les convictions religieuses et philosophiques des parents ne soient pas heurtées à ce niveau par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme*

[1446] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc.

intempestif »[1447]. Le propos tenu par l'enseignant ne doit cependant pas être dépourvu de toute explication ; mais si « *on attend de* [lui] *qu'il acquière son propre point de vue relatif aux questions éthiques abordées dans le cours et qu'il le transmette aux élèves de manière crédible, une quelconque influence illicite sur ceux-ci est prohibée* »[1448].

606. Cette démarche rappelle les propos que Jules FERRY avait tenus aux enseignants. En 1883, il leur écrivait qu'en cas de doute sur la manière dont ils enseignaient la morale, ils devaient se demander « *s'il se* [trouvait]*, à* [leur] *connaissance, un seul honnête homme qui puisse être froissé de ce* [qu'ils allaient] *dire* ». Il ajoutait « *demandez-vous si un père de famille* […] *pourrait de bonne foi refuser son assentiment à ce qu'il vous entendrait dire* »[1449]. Si tel est le cas, les conditions d'objectivité et de neutralité ne sont plus respectées.

607. Cette obligation de respect des règles fondatrices d'une société démocratique et l'interdiction de l'endoctrinement ne suffisent cependant pas à assurer une protection concrète du droit à une instruction pluraliste. Les parents d'élèves doivent eux-aussi pouvoir garantir à leur enfant le droit de s'épanouir librement dans l'environnement scolaire. S'ils ne peuvent agir au moment de la détermination des programmes, ils sont en droit de demander la mise en place de mécanismes correctifs au moment de leur mise en œuvre.

[1447] *Ibid*., § 54.

[1448] Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, préc., note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 997 – 1010.

[1449] FERRY (J.), « Lettre aux instituteurs », préc., p. 111.

CHAPITRE 2.
UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LES PARENTS LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT

608. Au moment des négociations ayant abouties à la rédaction de l'article 2 du Protocole additionnel, les représentants des Etats Parties avaient insisté sur l'importance du rôle des parents dans l'éducation de leurs enfants[1450]. Selon eux, il revenait d'abord aux parents de leur transmettre leurs convictions religieuses et philosophiques. Ce rôle n'incombait pas à l'Etat instructeur, celui-ci devant s'assurer, en amont, à l'occasion de la détermination des programmes d'enseignement, que les convictions sont respectées[1451]. Réaffirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Kjeldsen*[1452], l'influence des parents est néanmoins prise en compte à l'unique condition qu'ils soient détenteurs de l'autorité parentale. La garantie d'un droit à une instruction pluraliste est en effet assurée par les titulaires de cette autorité parentale (section 1). Eux seuls pourront solliciter la mise en place d'un système correctif (section 2) pour protéger leurs convictions philosophiques et religieuses.

[1450] En ce sens voir, par exemple, intervention de M. AZARA à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 62 ; Intervention de M. PERNOT à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, pp. 84 – 85.

[1451] Voir *supra* §§ 562 - 607

[1452] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52.

SECTION 1.
UNE GARANTIE ASSUREE PAR LES TITULAIRES DE L'AUTORITE PARENTALE

609. Aux termes de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme, seules « *les* [personnes investies] *de l'autorité parentale sont* [habilitées] *à invoquer les droits garantis dans la deuxième phrase de l'article 2* »[1453]. Le bénéfice de la protection offerte est conditionnée par la détention de cette autorité (§1er). Dans son interprétation de l'article 2 du Protocole, la Cour concilie néanmoins l'exercice de l'autorité parentale avec la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant[1454]. La situation de l'enfant constitue ainsi une limite à l'exercice de l'autorité parentale (§2nd), devant être prise en compte par les juges au moment d'assurer la protection des convictions des parents.

§ 1. Une garantie conditionnée par la détention de l'autorité parentale

610. Les parents ont la tâche d'« *assurer le développement de l'enfant* [et de l'intégrer] *à un système de valeur* »[1455]. Les convictions religieuses et philosophiques influent sur ce système. En déterminant la religion de leur enfant, les titulaires de l'autorité parentale les influencent nécessairement[1456] (A). Cette autorité agit également sur les établissements d'enseignement scolaire. Elle leur donne par exemple le droit de contester les mesures de correction – comme les châtiments corporels – pouvant être infligées (B).

1453 WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 28.

1454 L'intérêt des parents et celui des enfants peuvent en effet diverger. Sur ce point voir *ibid*., p. 28. La poursuite de cet intérêt est l'objectif principal de l'exercice de l'autorité parentale. En ce sens, voir, par exemple, COURBE (P.), *Droit de la famille*, Paris, Sirey, Coll. Sirey Université 2008, 5ème édition, 536 p., spéc. p. 447.

1455 MALAURIE (P.), AYNES (L.), *La famille*, Paris, Defrénois, Coll. droit civil, 2011, 4ème édition, 759 p., spéc. p. 618.

1456 En ce sens voir, GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), *Autorité parentale*, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2012 (mis à jour en juin 2014), §§ 90 – 99.

A) L'INFLUENCE DES TITULAIRES DE L'AUTORITE PARENTALE SUR LEUR ENFANT

611. Seules les personnes titulaires de l'autorité parentale peuvent revendiquer le droit au respect de leurs convictions[1457] et participer ainsi à la garantie du pluralisme éducatif. Il convient dans un premier temps de les identifier (1) pour, dans un second temps, envisager la manière dont cette autorité est exercée en matière éducative (2).

1. L'identification des titulaires de l'autorité parentale

612. L'autorité parentale est « *le régime de protection qui s'applique à la personne et aux biens des enfants légitimes, naturels (s'ils ont été reconnus) et adoptifs, dont l'un des parents au moins est vivant* »[1458]. Elle ne constitue cependant pas « *la seule institution de protection de la personne et des biens du mineur anticipé* [car*] dans certains cas elle fait place à la tutelle* »[1459]. Un tuteur pourrait alors revendiquer la protection prévue par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. Cette position ne fait toutefois pas l'unanimité dans la mesure où le tuteur ne serait que « *le représentant des intérêts de l'enfant et ne* [pourrait] *revendiquer des droits propres* »[1460]. Faute de contentieux sur cette question, ni la Cour ni la Commission n'ont eu l'occasion de confirmer ou d'infirmer ce constat. En revanche, elles ont donné des indications plus précises pour d'autres situations, en particulier les cas de retrait d'autorité parentale ou bien de procédure d'adoption.

613. Dans l'affaire *X. contre Suède* du 12 décembre 1977[1461], la Commission européenne des droits de l'Homme avait confirmé que seuls les titulaires de l'autorité parentale étaient en

---

1457 En ce sens voir WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », *Ibid*., p. 28.

1458 GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), *Autorité parentale*, *Répertoire de droit civil*, préc., § 44.

1459 *Ibid*., § 43.

1460 WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 28. Dans le même sens, voir OPSAHL (T.), « La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants », in *Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme*, *Vie privée et droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 580 p., spéc. pp. 243 – 322, spéc. p. 312.

1461 Comm. E.D.H., 12 décembre 1977, *X. contre Suède*, req. n°7911/77.

mesure de réclamer le bénéfice de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. Dans cette affaire, le requérant s'était vu retirer le bénéfice de l'autorité parentale à la suite d'une procédure de divorce. Une telle situation était, selon lui, contraire à son droit d'élever ses enfants conformément à ses convictions philosophiques et religieuses. La Commission n'estima pas que l'attitude des autorités étatiques à son égard était contraire à la Convention : « *le droit de déterminer le type d'éducation à donner à un enfant fait partie intégrante de l'autorité parentale* ». Cette autorité lui ayant été retirée, il n'avait plus « *le droit de déterminer la manière dont ses enfants* [devaient être] *éduqués* »[1462]. L'exercice de l'autorité parentale est donc la condition *sine qua non* pour exiger le respect de ses convictions religieuses et philosophiques dans la mise en œuvre des programmes d'enseignement.

614. En matière d'adoption, le principe applicable est identique. Les parents naturels ne peuvent plus solliciter des autorités étatiques le droit au respect de leurs convictions religieuses ou philosophiques. Dans l'affaire *X. contre Royaume-Uni* du 11 juillet 1977[1463], une jeune fille âgée de 18 ans décida de faire adopter son enfant faute de pouvoir subvenir correctement à ses besoins. Néanmoins, les complications apparues lors de l'accouchement l'empêchèrent d'être à nouveau enceinte. Elle souhaita alors mettre fin à la procédure d'adoption lancée. La *Hight Court of Justice* l'avait toutefois validée sur la base d'une réglementation permettant « *l'adoption sans le consentement de la mère si son refus ne* [paraissait] *pas raisonnable* ». La requérante se plaignait de la contradiction entre cette situation et l'article 2 du Protocole additionnel. Selon elle, cette disposition impliquait « *le droit des parents de n'être dépossédés d'aucune de leurs prérogatives d'autorité parentale* ». La Commission ne partagea pas cette opinion et déclara la requête irrecevable pour plusieurs raisons. D'abord, la requérante ne s'était inquiétée à aucun moment durant la période d'adoption des convictions des adoptants. Ils avaient conclu que « *son refus de consentir à l'adoption n'*[avait] *jamais été motivé par la personnalité ou les idées et convictions de ceux-ci* ». Ensuite, après avoir examiné les conséquences de la procédure d'adoption sur l'autorité attribuée aux adoptants sur la personne de l'enfant, « *le jugement d'adoption* [avait] *conféré aux adoptants à l'égard de l'enfant les droits et obligations existant jusqu'alors entre la requérante et son enfant* ». Suivant ce constat, cette dernière ne pouvait plus « *être considérée, pour les besoins de l'article 2 du Protocole additionnel, comme un parent*

[1462] *Ibid*. Dans le même sens, voir Comm. E.D.H., 14 décembre 1972, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°5608/72.
[1463] Comm. E.D.H., 11 juillet 1977, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7626/76.

disposant du droit d'assurer l'éducation conformément à ses convictions religieuses et philosophiques »[1464].

615. Cette position correspond aux dispositions de l'article 10 de la Convention européenne en matière d'adoption du 24 avril 1967[1465] conclue sous le patronage du Conseil de l'Europe. Son alinéa premier disposait que « *l'adoption confère à l'adoptant à l'égard de l'enfant adopté les droits et obligations de toute nature qui sont ceux d'un père ou d'une mère à son enfant légitime* ». Selon le rapport explicatif de cette convention, « *cet article vise avant tout à ce qu'un enfant adopté soit traité à tous points de vue comme un enfant légitime de l'adoptant et que tous les liens qui l'unissent à ses parents naturels soient supprimés* »[1466]. Cette idée fut reformulée dans la Convention révisée en 2008[1467]. Son article 11 – dont l'objet est identique à celui de l'article 10 de la Convention de 1967 – dispose que « *lors de l'adoption, l'enfant devient membre à part entière de la famille de l'adoptant ou des adoptants* [et] *met fin au lien juridique existant entre* [lui] *et ses père, mère et famille d'origine* ». La protection offerte par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel s'étend donc aux parents adoptifs qui, en conséquence, peuvent participer à la protection du pluralisme éducatif.

616. Une conclusion similaire est envisageable s'agissant du retrait provisoire du droit des parents de garder leur enfant. Dans l'affaire *Olsson contre Suède* du 24 mars 1988[1468], les enfants des requérants avaient été confiés à une famille d'accueil. Ces derniers dénonçaient que le placement d'un de leurs fils dans une famille pratiquante étaient contraire au respect de leurs convictions car ils « *ne souhaitaient pas de formation religieuse pour leurs enfants* »[1469]. L'éloignement les privait en outre « *de la possibilité d'influer sur* [leur] *éducation* »[1470]. La

---

1464 Sur la conventionnalité des mesures refusant à la mère biologique de garder contact avec son enfant après le prononcé de la mesure d'adoption, voir, par exemple, Cour E.D.H., 5 juin 2014, *I.S. contre Allemagne*, req. n°31021/08.

1465 Conseil de l'Europe, 24 avril 1967, *Convention européenne en matière d'adoption d'enfant*, S.T.C.E. n°58, révisée par Conseil de l'Europe, 27 novembre 2008, *Convention européenne en matière d'adoption d'enfant (révisée)*, S.T.C.E. n°202.

1466 Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants*, S.T.C.E. n°58, § 38.

1467 Conseil de l'Europe, 27 novembre 2008, *Convention européenne en matière d'adoption d'enfant (révisée)*, S.T.C.E. n°202.

1468 Cour E.D.H., plénière, 24 mars 1988, *Olsson contre Suède*, req. n°10465/83. Sur la même question voir aussi, Cour E.D.H., Plénière, 22 juin 1989, *Eriksson contre Suède*, req. n°11373/85. Néanmoins, dans cette affaire, la requérante n'a pas soulevé, devant les juridictions internes, la contrariété avec ses convictions de l'éducation donnée à sa fille. Il a été jugé que « *l'enfant fut prise en charge et placée dans un foyer d'accueil, où elle vit depuis lors, avant la conversion de sa mère et il ne ressort pas du dossier que la question de son éducation religieuse ait jamais été soulevée devant les autorités internes* », § 84.

1469 Cour E.D.H., plénière, 24 mars 1988, *Olsson contre Suède*, préc., § 94.

1470 *Ibid.*, § 94.

Cour ne partageait pas ce constat et concluait à l'absence de violation de la Convention pour deux raisons. D'abord, « *nul indice sérieux* [ne révélait] *chez eux un souci particulier, si ce n'est assez tard de donner aux enfants une formation non religieuse* ». Ensuite, les parents n'avaient pas « *démontré que l'éducation générale des enfants pendant leur prise en charge allait réellement à l'encontre de leurs vœux* »[1471]. L'étude de ces affaires montre qu'il apparait essentiel de détenir l'intégrité de l'autorité parentale pour pouvoir exercer une influence sur l'éducation des enfants.

2. L'exercice de l'autorité parentale en matière éducative

617. A l'occasion des travaux préparatoires, les représentants de l'Italie et de la France avaient mis en avant le rôle essentiel des parents dans l'éducation de leurs enfants. Le premier délégué affirmait que « *la liberté des parents de donner ou de faire donner à leurs enfants l'éducation qu'ils* [considéraient] *comme la meilleure pour leur développement physique et culturel* »[1472] était essentielle. Il précisa même que « *jusqu'au moment où les enfants peuvent se gouverner eux-mêmes,* [c'était] *à leurs parents, par priorité* [qu'appartenait] *la fonction éducatrice qui devra former leur esprit et les acheminer sur la route de la vie, vers la lumière du travail, de l'honnêteté, de la loyauté, de la liberté et de la fermeté de caractère* »[1473]. Le représentant de la France affirmait, dans le même sens, que c'était « *le droit le plus naturel* […] *que d'être maître de l'éducation de* [ses] *enfants, de leur inculquer dans leur jeune âge* [ses] *propres convictions religieuses et philosophiques, sauf à eux à choisir librement plus tard selon leurs préférences personnelles* »[1474]. Dans leurs rapports avec les autorités étatiques, l'exercice de l'autorité parentale se manifeste à travers le choix de la scolarisation à donner à leur enfant. Il s'agit d'une manifestation de la garantie du pluralisme éducatif qui

---

[1471] *Ibid.*, § 95.

[1472] Intervention de M. AZARA à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 62.

[1473] Intervention de M. AZARA à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, p. 62.

[1474] Intervention de M. PERNOT à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, pp. 84 - 85.

« *suppose* […] *que les parents puissent choisir de placer dans des écoles privées plutôt que publiques* »[1475].

618. La Cour européenne des droits de l'Homme a souligné l'importance de cette possibilité dans l'arrêt *Kjeldsen* du 7 décembre 1976[1476]. A l'appui de son argumentation justifiant l'absence, en l'espèce, de violation de l'article 2 du Protocole additionnel, la Cour avait affirmé qu'« *au demeurant, l'Etat danois* [laissait libres les parents de confier leurs enfants mineurs] *à des écoles privées astreintes à des obligations moins strictes et, du reste, fortement subventionnées par lui* […] *soit de les instruire ou de les faire instruire à domicile* »[1477]. En statuant ainsi, « *le juge européen* [assignait] *aux Etats une posture, un modèle de comportement consistant à préserver, dans une société démocratique, le pluralisme religieux et philosophique* »[1478]. Cette protection ouvre le droit aux parents d'inscrire leur enfant dans un établissement privé[1479].

619. Cette liberté de choix, motivée par le partage de convictions particulières, accentue la distinction effectuée entre les notions d'éducation et d'enseignement[1480]. Dans l'arrêt *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*[1481], la Cour avait rappelé que « *l'éducation des enfants* [était] *la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes* [tentaient] *d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction* [visait] *notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle* »[1482]. Rien n'interdit aux autorités scolaires de communiquer aux enfants certaines valeurs. Elles ne doivent toutefois pas totalement éclipser le rôle d'éducateur des parents. La possibilité d'inscrire leurs enfants dans un établissement partageant leurs convictions réduit ce risque de conflit et assure davantage le respect du pluralisme éducatif[1483].

1475 SZYMCZAK (D.), « Droits culturels », *Jcl. Libertés*, Fasc. 1220, 2007, § 50.
1476 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 54.
1477 *Ibid.*, § 54.
1478 LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 487.
1479 En ce sens, voir *Ibid.*, p. 487.
1480 Voir *supra* §§ 8 – 13.
1481 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc.
1482 *Ibid.*, § 33.
1483 Sur la pratique religieuse dans les établissements privés voir PRELOT (P.-H.), « La protection de la liberté religieuse de l'enfant dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé », *Société, Droit et Religion*, 2013, pp. 9 – 18.

620. Au-delà du choix de l'établissement scolaire, l'exercice de l'autorité parentale détermine le choix des convictions des enfants[1484]. Les enfants mineurs sont soumis aux convictions religieuses de leurs parents tant qu'ils n'ont pas atteint le degré de maturité suffisant pour déterminer eux-mêmes le contenu de leurs propres convictions. Cela confirme que « *l'éducation religieuse est* […] *un élément parmi d'autres de l'autorité parentale* [qui] *soumet l'enfant aux convictions de ses parents* »[1485]. Celles-ci doivent être respectées par l'Etat instructeur sous peine de voir les titulaires de l'autorité parentale exiger la mise en place d'un mécanisme correctif[1486] remettant en cause le contenu des programmes d'enseignement. Les autorités étatiques doivent laisser les parents libres de pouvoir conseiller leurs enfants selon leurs propres valeurs. La sauvegarde du pluralisme éducatif peut également conduire à la contestation des mesures disciplinaires, comme les châtiments corporels, dans les établissements d'enseignement.

B) L'INFLUENCE DE L'AUTORITE PARENTALE SUR LES AUTORITES SCOLAIRES : L'EXEMPLE DE LA CONTESTATION DES CHATIMENTS CORPORELS

621. La contrariété des mesures en vigueur dans les établissements scolaires avec les convictions religieuses et philosophiques des parents n'est pas uniquement révélée par la présence de signes religieux dans les établissements scolaires[1487]. La contestation des mesures punitives est également l'occasion de faire valoir le respect des croyances. Le contentieux relatif aux châtiments corporels en est un exemple (1). Apparu à la fin des années 1970, la Cour a été amenée à apprécier la compatibilité de ces mesures avec la Convention (2).

[1484] En cela, le titulaire de l'autorité parentale dispose de la « *la liberté d'imposer ses convictions à l'enfant* » ; NEIRINCK (C.), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1984, 453 p., spéc. p. 231.

[1485] PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 279.

[1486] Voir *infra* §§ 608 et s.

[1487] Voir *supra* §§ 415 – 456.

1. L'apparition du contentieux relatif aux châtiments corporels

622. La Commission et la Cour ont connu deux types de contentieux. Le premier concernait la diffusion, dans les programmes d'enseignement, de connaissances sur le châtiment corporel et le second portait sur la pratique du châtiment corporel comme mesure disciplinaire.

623. Le premier contentieux est resté marginal. Dans la décision *Sept personnes contre Suède* du 13 mai 1982, plusieurs parents – de confession protestante et partisans d'une éducation traditionnelle dans laquelle la pratique des châtiments corporels était justifiée – contestaient la réglementation des autorités étatiques suédoises visant à faire de cette sanction une infraction pénale. Il était même envisagé d'enseigner aux élèves les raisons pour lesquelles une telle pratique était interdite. Les requérants considéraient cette démarche contraire à leurs convictions. Selon eux, l'action des autorités suédoises démontrait que « *leur attitude vis-à-vis des châtiments corporels* [était] *périmée* »[1488]. Le Gouvernement suédois estimait au contraire que cette insertion avait pour but d'« *affermir les droits des enfants et inciter au respect de la personne de l'enfant* »[1489]. Reprenant la jurisprudence *Kjeldsen*[1490] selon laquelle la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel n'empêchait pas la diffusion de connaissances à caractère religieux, les commissaires ont constaté que les autorités étatiques n'avaient pas fait œuvre de prosélytisme, limite à ne pas dépasser en la matière. En conséquence, la simple introduction dans le programme d'enseignement d'éléments relatifs à l'interdiction des châtiments corporels ne portait pas atteinte aux convictions des parents. La requête fut donc déclarée irrecevable. Tant que l'Etat instructeur respecte les conditions d'objectivité et d'impartialité dans le contenu des programmes d'enseignement, le constat de violation de l'article 2 du Protocole est difficilement envisageable.

624. La compatibilité de l'infliction des châtiments corporels avec la Convention est, en revanche, plus délicate. L'arrêt *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*[1491] du 25 février 1982 en constitue l'exemple le plus précis. En l'espèce, les deux requérantes se plaignaient que les écoles publiques dans lesquelles leurs enfants étaient scolarisés pratiquaient les

---

[1488] Comm. E.D.H., 13 mai 1982, *Sept personnes contre Suède*, req. n°8811/79.
[1489] *Ibid*.
[1490] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc.
[1491] Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc.

punitions corporelles. Jeffrey Cosans, rentré chez lui par « *un raccourci interdit à travers un cimetière* »[1492], a été convoqué par le sous-directeur pour recevoir sa punition. Conseillé par son père de répondre à cette convocation, il refusa toutefois de recevoir sa punition. Son attitude lui valut d'être exclu temporairement de son établissement. Sa réintégration était possible à la seule condition de se plier aux décisions des autorités scolaires. Devant la résistance de l'élève et de ses parents, l'autorité scolaire les informa que sa réinsertion dans l'établissement était subordonnée à l'unique condition de se plier à l'avenir aux règles disciplinaires. Les parents acceptèrent que leur enfant continue de fréquenter l'école mais refusèrent toujours d'agir à l'encontre de leurs convictions. Jeffrey Cosans n'avait donc pas été réintégré. Pour la Cour, l'action des autorités scolaires ne pouvait passer pour raisonnable. Elle allait « *au-delà du pouvoir de réglementation que l'article 2 (P1-2) laisse à l'Etat* »[1493]. En conséquence, la pratique des châtiments corporels apparaissait contraire au droit des parents au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses.

625. Ces pratiques peuvent être contestées sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel alors même qu'elles « *relèvent de l'administration interne de l'école* »[1494]. Néanmoins, hormis cette affaire *Campbell et Cosans*, aucune autre affaire concernant la pratique des punitions corporelles dans les établissements d'enseignement scolaire n'a abouti à une condamnation de la Cour sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel. En effet, dans trois affaires déclarées recevables, les litiges se sont soldés par un règlement amiable[1495].

626. Son rôle de gardienne des droits fondamentaux oblige la Cour à traquer toute violation de la Convention. Elle doit donc interpréter l'article 2 du Protocole de manière à le rendre le plus efficace possible. Pour cela, elle n'a pas limité son champ d'application matériel au seul programme d'enseignement. Elle l'a étendu aux mesures disciplinaires[1496]. Pour le justifier,

---

1492 *Ibid*., § 10.

1493 *Ibid*., § 41.

1494 TAVERNIER (P.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.D.I.*, 1985, pp. 191 – 197, spéc. p. 194.

1495 Comm. E.D.H., 12 juillet 1978, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7907/77, Comm. E.D.H. (rapport), 17 décembre 1981, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7907/77 ; Comm. E.D.H., 13 mars 1984, *Mme X. et Mlle X. contre Royaume-Uni*, req. n°9471/81, Comm. E.D.H. (rapport), 2 mars 1989, *Warwick contre* Royaume-Uni, req. n°9471/81 ; Comm. E.D.H., 13 octobre 1986, *B. et D. contre Royaume-Uni*, req. n°9303/81 et Comm. E.D.H. (rapport), 16 juillet 1987, *Joan Vera Brant et autres contre Royaume-Uni*, req. n°9303/81.

1496 Elle l'a également étendu à l'environnement scolaire dans l'arrêt *Lautsi* Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 64.

les juges ont estimé que les châtiments corporels constituaient « *l'un des procédés par lesquels* [l'école s'efforçait] *d'atteindre le but dans lequel on l'*[avait] *créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit de ses élèves* »[1497]. Partant de ce constat, la protection du droit à l'instruction prévue à l'article 2 du Protocole vise « *l'ensemble des fonctions d'éducation et d'enseignement, y compris, par conséquent des fonctions qui* [pouvaient] *paraître accessoires* »[1498].

627. Les parents ont donc la possibilité de contester les procédures disciplinaires mises en place dans les établissements d'enseignement scolaire, public ou privé. C'est ce qui a été affirmé dans l'opinion partiellement dissidente rédigée sous l'arrêt *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*[1499]. Dans cette affaire où était contestée sur le fondement de l'article 3 la pratique des châtiments corporels dans un établissement privé, Les juges RYSSDAL, THOR VILHJALMSSON, MATSCHER et WILDHABER avaient écrit que « *la responsabilité du Royaume-Uni* [pouvait] *se trouver engager sur le terrain de la Convention à raison de l'administration de châtiments corporels dans les écoles privées* »[1500]. Cette position se justifiait, pour eux, par le fait que « *l'enseignement primaire* [était] *obligatoire au Royaume-Uni comme ailleurs* [et que] *dans de tels domaines, l'Etat* [devait] *exercer un certain contrôle sur les établissements privés de manière à préserver la substance des droits garantis de la Convention* »[1501]. L'inscription dans une école privée manifestant la « *renonciation à invoquer le bénéfice des dispositions de la C.E.D.H. relatives au respect* [des] *convictions religieuses* »[1502], la contestation des mesures disciplinaires serait la seule occasion de s'opposer, sur le fondement de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, à l'activité des établissements privés. En cela, « *l'enseignement privé* […] *souvent confessionnel* […] *ne pourrait être mis en cause qu'à la marge, plutôt sur des "fonctions" comme la discipline par exemple* »[1503]. Cette contestation aboutit, dans certaines circonstances, à une violation du droit à une instruction pluraliste.

1497 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 33

1498 TAVERNIER (P.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc. p. 194.

1499 Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc.

1500 Opinion partiellement dissidente des Juges RYSSDAL, THOR VILHJALMSSON, MATSCHER et WILDHABER sous Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc.

1501 *Ibid.*

1502 FLAUSS (J.-F.), « Les sources supra-législatives du droit de l'enseignement religieux », *L.P.A.*, 1995, n°11, pp. 7 - 13, spéc. p. 12.

1503 GONZALEZ (G), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », p. 1005.

2. *L'appréciation de la compatibilité des châtiments corporels avec la Convention*

628. La conformité des châtiments corporels avec la Convention européenne des droits de l'Homme est difficile à établir. Une telle pratique est contraire à la fois à l'article 3 de la Convention (a) et à l'article 2 du Protocole additionnel (b).

a. L'incompatibilité des châtiments corporels avec l'article 3 de la Convention

629. La Convention européenne des droits de l'Homme protège les particuliers contre la torture, les peines et traitements inhumains ou dégradants. La torture est définie comme « *un acte par lequel des souffrances aiguës physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne par un agent de la fonction publique, ou à son instigation, dans un but déterminé (aveu, punition, intimidation…)* »[1504]. S'agissant des traitements inhumains, les juges de Strasbourg ont eu l'occasion d'en préciser la portée notamment dans l'arrêt *Tchember contre Russie* du 3 juillet 2008[1505]. Dans cette affaire, le requérant avait débuté son service militaire en bonne santé. Il s'est cependant rapidement plaint d'une douleur aux genoux mais aucun traitement spécifique ne lui fut prescrit. Par la suite, il fut sanctionné par ses supérieurs pour ne pas avoir rempli correctement sa mission au sein de la caserne. La sanction infligée – trois cent cinquante flexions des genoux l'obligea à être hospitalisé d'urgence. Les médecins lui diagnositiquèrent une pathologie grave apparue au cours du service militaire[1506]. Invoquant la violation de l'article 3 de la Convention, le requérant a vu la Cour accéder à sa demande. Pour arriver à cette conclusion, les juges ont précisé que la sanction reçue avait « *causé au requérant d'intenses douleurs physiques et* [avait] *dépassé le seuil minimum de gravité* »[1507] constituant une peine inhumaine au sens de l'article 3 de la Convention.

[1504] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, préc., p. 335.
[1505] Cour E.D.H., 3 juillet 2008, *Tchember contre Russie*, req. n°7188/03.
[1506] *Ibid*., §§ 7 – 16.
[1507] *Ibid*., § 56.

630. Les châtiments corporels reçus dans un établissement scolaire correspondent *a minima* à un traitement dégradant au même titre que la malnutrition d'un détenu en prison[1508]. C'est en effet sous cet angle que la Cour européenne a décidé de se placer pour apprécier la conventionnalité des châtiments corporels sur l'île de Man dans l'arrêt *Tyrer contre Royaume-Uni* du 25 avril 1978[1509]. En l'espèce, Anthony Tyrer avait agressé un élève de son école qu'il soupçonnait de l'avoir dénoncé auprès des autorités de l'établissement. Devant le tribunal local pour jeunes, il fut condamné à trois coups de bâton. La sanction fut exécutée en présence de son père, d'un médecin et de policiers. Il estima cette condamnation contraire à l'article 3 de la Convention.

631. La Cour a eu la même appréciation. Elle a estimé que « *pour qu'une peine soit "dégradante" et enfreigne l'article 3, l'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation* »[1510] ressentie lors d'une condamnation. Pour apprécier le seuil de gravité de la punition prononcée en l'espèce, les juges ont d'abord précisé qu'il suffisait que la victime ait été « *humilié à ses propres yeux* »[1511]. Ils ont ensuite noté que, malgré l'absence « *de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne* »[1512]. La sanction encourue atteignait donc le niveau permettant sa qualification de traitement dégradant. La responsabilité du Royaume-Uni a donc été engagée sur le fondement de l'article 3.

632. La pratique des châtiments corporels dans les établissements d'enseignement a progressivement disparu. La Cour européenne des droits de l'Homme ne connaît d'ailleurs plus de litiges ayant pour objet sa contestation[1513]. En outre, le Conseil de l'Europe s'est engagé dans une campagne visant à abandonner les châtiments corporels en tant que pratique éducative. Par exemple, l'Assemblée parlementaire a relevé que, « *pour satisfaire aux exigences de la Charte sociale européenne,* […] *il convient pour les Etats membres*

[1508] En ce sens voir, Cour E.D.H., 15 juin 2006, *Moisejevs contre Lettonie*, req. n°64846/01, § 80.
[1509] Cour E.D.H., 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni*, préc., § 29.
[1510] *Ibid*., § 30.
[1511] *Ibid*., § 32.
[1512] *Ibid*., § 33.
[1513] Les juges ont cependant récemment engagé la responsabilité de l'Irlande pour ne pas avoir prévu une protection suffisante des élèves contre les abus qu'ils auraient pu subir de la part de leurs enseignants en 1973 (en ce sens voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 28 janvier 2014, *O'Keeffe contre Irlande*, req. n°35810/09).

d'interdire tous les châtiments corporels et toutes les autres formes de châtiment et de traitement dégradant à l'encontre des enfants »[1514]. Avant ces différentes initiatives, certains parents d'élèves avaient contesté les punitions que pouvaient recevoir leurs enfants[1515]. Si elle pouvait passer pour « normale » à une époque, cette pratique a peu à peu été dépassée. Au-delà de la contradiction qui s'est peu à peu fait jour avec l'article 3 de la Convention, elle était également contestée sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel.

b. L'incompatibilité des châtiments corporels avec l'article 2 du Protocole additionnel

633. L'interprétation retenue de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole par l'affaire *Campbell et Cosans* a permis à la Cour de contrôler la conventionnalité des mesures disciplinaires. La discipline représentant « *un élément inhérent, voire indispensable, à tout système éducationnel,* […] *les fonctions assumées par l'Etat* […] *s'étendent aux questions de discipline en général, sinon au maintien quotidien de celle-ci* »[1516]. Des limites identiques à celles fixées au contenu des programmes d'enseignement sont donc imposées aux autorités étatiques. En ce sens, les juges ont interprété l'article 2 du Protocole pour déterminer le degré avec lequel les autorités étatiques devaient prendre en compte les convictions revendiquées par les parents d'élèves. Pour la Cour, le verbe « *"respecter" signifie plus que "reconnaître" ou prendra en considération" ; en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive* »[1517]. Le contentieux relatif aux châtiments corporels a permis de préciser l'ensemble des obligations que les Etats doivent respecter dans la mise en œuvre de l'article 2 du Protocole. Cette position se retrouve autant pour le contenu des programmes d'enseignement[1518] que pour l'environnement scolaire[1519].

634. Dans l'affaire Campbell et Cosans, la Cour se montrait donc « *exigeante dans la définition des obligations* [incombant] *à l'Etat alors qu'elle était très accueillante, voire*

[1514] Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 23 juin 2004, *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe*, recommandation 1666 (2004).
[1515] Par exemple, voir Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc.
[1516] *Ibid*., § 34.
[1517] *Ibid*., § 37.
[1518] *Ibid*., § 84.
[1519] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 61.

laxiste, lorsqu'il s'agissait de préciser le droit des parents »[1520]. La portée donnée à la seconde phrase de l'article 2 n'était cependant pas partagée par le juge élu au titre du Royaume-Uni. Dans son opinion en partie dissidente[1521], le Juge Vincent EVANS s'inquiétait de voir la Cour fonder une obligation à la charge des Etats au simple motif que des parents d'élèves étaient opposés aux châtiments corporels. Cette position élargissait, selon lui, le spectre des convictions protégées par la Convention. Ainsi, il ne voyait pas « *comment on pourrait raisonnablement l'appliquer de façon à y soustraire n'importe quelle autre conviction profonde quant à l'organisation et à l'administration des écoles* »[1522]. La jurisprudence applicable sur cette question confirme ce point de vue dans la mesure où la simple revendication d'une contrariété entre les convictions des parents et les châtiments corporels suffit à aboutir à une violation de la Convention. Tel était, par exemple, le cas dans l'affaire *X. contre Royaume-Uni* en 1978[1523] dans laquelle la Commission avait déclaré la requête recevable sans que la mère de famille n'ait mentionné le contenu de ses convictions. La décision de recevabilité *Mme X. et Mlle X. contre Royaume-Uni* de 1984[1524] avait confirmé les craintes du Juge EVANS. Dans cette affaire, les commissaires ont souligné les propos de la requérante selon lesquels elle s'opposait fermement à toutes punitions physiques sur ses enfants. Se refusant elle-même à leur infliger de tels châtiments, elle contesta la pratique de l'autorité scolaire.

635. Le risque de contrariété des châtiments corporels avec les convictions philosophiques ou religieuses des parents suffiraient à engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel. Cette difficulté doit cependant être signalée aux autorités scolaires, sans quoi aucune opposition avec les convictions religieuses ou philosophiques ne pourraient être constatée. Cette procédure – évidente – n'avait pas été suivie par les requérants dans la décision d'irrecevabilité *X., Y. et Z. contre Royaume-Uni*[1525]. Les autorités scolaires ne pouvaient donc pas prendre les mesures nécessaires pour respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents. Le constat de violation de l'article 2 du Protocole était donc impossible à établir.

[1520] TAVERNIER (P.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 195

[1521] Opinion en partie dissidente du Juge Vincent EVANS sous Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc.

[1522] *Ibid*., point. 5.

[1523] Comm. E.D.H., 12 juillet 1978, *X. contre Royaume-Uni*, préc.

[1524] Comm. E.D.H., 13 mars 1984, *Mme X. et Mlle X. contre Royaume-Uni*, préc.

[1525] Comm. E.D.H., 13 octobre 1982, *X., Y. et Z. contre Royaume-Uni*, req. n°8566/79.

636. La jurisprudence relative aux châtiments corporels montre que les mesures prises par les autorités étatiques cèdent devant les revendications des titulaires de l'autorité parentale lorsqu'elles sont exprimées. Cette position est cohérente au regard de la grille de lecture établie par la Cour pour interpréter le droit à une instruction pluraliste. Les mesures disciplinaires participent à l'éducation des enfants. Cette mission revenant d'abord aux parents[1526], il est normal qu'ils puissent revendiquer, avec succès, la violation de l'article 2 du Protocole additionnel en cas de pratiques contraires à leurs méthodes éducatives. Leurs convictions priment donc sur la réglementation étatique. Cependant, en cas de conflit entre ces croyances et la situation de l'enfant, la mise en balance des intérêts est étudiée avec davantage de précision.

§ 2. L'exercice de l'autorité parentale limité par la situation de l'enfant

637. Si la prévalence du droit à l'instruction de l'enfant sur le droit des parents au respect de leurs convictions est clairement affirmée[1527], une mise en balance de ces deux droits doit tout de même s'opérer. Elle ne concerne cependant que les intérêts des parents et de leurs enfants. Les étudiants, généralement majeurs, voire les mineurs émancipés, peuvent revendiquer la protection de leurs convictions sur le fondement de l'article 9. La seconde phrase de l'article 2 du Protocole est sans effet sur leur situation[1528]. Seule celle des enfants soumis à l'autorité parentale sera analysée. Dans cette perspective, la prise en compte de leur intérêt supérieur est nécessaire (A). Au-delà de cet intérêt, ce sont même leurs propres convictions qui pourraient, potentiellement, être prises en considération (B) pour décider de la mise en place d'un mécanisme correctif.

[1526] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52.
[1527] *Ibid*., § 52.
[1528] En ce sens voir, GONZALEZ (G.), « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », préc.

A) LA NECESSAIRE PRISE EN COMPTE DE L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

638. La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant est croissante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (1). Considéré comme un principe autonome[1529] favorable à la protection des droits des enfants, il peut être mobilisé pour limiter le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques (2).

1. La référence croissante à l'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

639. L'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme ne fait pas référence à la notion d'enfant[1530]. Ce dernier est cependant considéré comme un « *destinataire direct et indirect des dispositions de la Convention* »[1531]. Il bénéficie donc - comme toute personne relevant de la juridiction d'un Etat Partie – de la protection conventionnelle. Pour autant, la référence à l'intérêt de l'enfant ne cesse de s'accroître comme outil de protection de leurs droits. La Convention serait même « *devenue, grâce au dynamisme interprétatif de la Cour européenne, un instrument de leur protection à l'effectivité sans doute inégalée jusque-là* »[1532]. Pour parvenir à ce résultat, les juges de Strasbourg se sont inspirés d'instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'enfant.

1529 En ce sens voir, SUDRE (F.), « De l'usage des sources externes du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelques questions à propos des droits de l'enfant », in *L'Homme dans la société internationale. Mélanges Paul TAVERNIER*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1624 p. pp. 993 – 1006, spéc. p. 1003.

1530 Elle n'est inscrite qu'à l'article 5 du Protocole n°7 du 22 novembre 1984 qui dispose que « *les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants* ».

1531 COUTURIER – BOURDINIERE (L.), « La Convention européenne des droits de l'Homme et la protection des droits de l'enfant », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p. spéc. pp. 523 – 549, spéc. p. 523.

1532 GOUTTENOIRE (A.), « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, 1075 p., spéc. pp. 495 – 506, spéc. p. 495.

640. La déclaration des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1959, dispose notamment que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité aux parents* »[1533]. Une protection similaire est prévue à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Elle affirme que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants* […], *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Ce traité international fait partie des instruments internationaux de protection fréquemment mobilisés par la Cour[1534]. Son utilisation s'avérait indispensable dans la mesure où « *l'absence de dispositions relatives aux enfants dans la Convention européenne* [avait] *contraint la Cour à trouver à l'extérieur de la Convention l'inspiration nécessaire à l'interprétation du traité en faveur des enfants* »[1535]. L'intérêt supérieur de l'enfant a ainsi été érigé en principe d'interprétation des droits et libertés contenus dans la Convention. Il s'agit même d'un « *standard juridique permettant la prise en considération de la personne de l'enfant comme sujet de droit dans ses relations avec autrui, dans la protection de sa santé ou son développement* »[1536]. La protection accrue de l'intérêt de l'enfant ne signifie cependant pas que ce dernier est irrésistible. La prise en compte de la situation de l'enfant conduit à opérer une conciliation entre ses propres intérêts et ceux de ses parents, responsables de son éducation. Il s'agit d'un élément que les juges doivent assimiler pour protéger les droits et libertés de l'enfant. En ce sens, « *l'intérêt "supérieur" de l'enfant ne signifie pas que d'autres intérêts ne peuvent être pris en compte, mais* [il est] *un élément essentiel de toute décision concernant l'enfant* »[1537].

1533 Principe 7 al. 2 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959.

1534 En ce sens voir : PETTITI (C.), « La Convention relative aux droits de l'enfant au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *L'Homme dans la société internationale. Mélanges Paul TAVERNIER*, préc., pp. 899 – 918, spéc. p. 900 ; voir aussi SUDRE (F.), « De l'usage des sources externes du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelques questions à propos des droits de l'enfant », préc., p. 994. Parmi les nombreux exemples jurisprudentiels, voir Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc., § 27 ; Cour E.D.H., 26 mai 1994, *Keegan contre Irlande*, req. n°16969/90, § 50 ; Cour E.D.H., 14 février 2006, *Parti populaire démocrate chrétien contre Moldavie*, req. n°28793/02, § 38 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 janvier 2008, *E.B. contre France*, req. n°43546/02, § 29 ; Cour E.D.H., 19 janvier 2012, *Popov contre France*, req. n°39472/07, 39474/07, § 52 ; Cour E.D.H., 24 octobre 2013, *Housein contre Grèce*, req. n°71825/11, § 32.

1535 GOUTTENOIRE (A.), « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 496. L'auteur a réitéré son propos affirmant que « *la Cour européenne a interprété la CEDH pour l'appliquer aux enfants en se référant, logiquement, aux dispositions de droit international relatives aux droits de l'enfant parmi lesquelles la CIDE figure en bonne place* », p. 498.

1536 EDEL (V.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : Une nouvelle maxime de l'interprétation des droits de l'enfant », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2009, pp. 579 - 604, spéc. pp. 595 – 596.

1537 PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 98.

641. Malgré une formulation variant selon les affaires, l'importance reconnue à l'intérêt supérieur de l'enfant est manifeste. Par exemple, dans l'arrêt du 9 juin 1998, *Bronda contre Italie*[1538], les juges avaient attaché « *une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant* »[1539]. Plusieurs autres affaires ont confirmé cette référence croissante à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'arrêt de Grande chambre *Neulinger et Shuruk contre Suisse* du 6 juillet 2010[1540] en est une illustration. Dans cette affaire, relative au retour en Israël d'un enfant déplacé illicitement par sa mère, les juges avaient montré que « *le point décisif* [consistait] *à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des parents et ceux de l'ordre public* – [avait] *été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont* [jouissaient] *les Etats en la matière, en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant* [devait] *constituer la considération déterminante* »[1541]. De la même manière, dans l'arrêt *Sahin contre Allemagne* du 8 juillet 2003[1542], certaines dispositions de la Convention, à l'instar de son article 8, peuvent exiger des autorités étatiques de ménager « *un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents et que ce faisant,* [ces dernières] *attachent une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents* »[1543]. Cette formulation reprenait celle utilisée dans l'arrêt *Scozzari et Giunta contre Italie* du 13 juillet 2000[1544].

642. Ces illustrations montrent que la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale, allant jusqu'à être considérée comme une source matérielle du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme[1545]. Il est devenu un « *principe cardinal* [et autonome] *gouvernant toute matière concernant l'enfant* »[1546]. Afin de concilier le droit à l'instruction des enfants et le droit des parents au respect de leurs convictions

---

1538 Cour E.D.H., 9 juin 1998, *Bronda contre Italie*, req. n°22430/93.
1539 *Ibid*., § 62.
1540 Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk contre Suisse*, req. n°41615/07, note RIETIKER (D.), « Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme : l'affaire Neulinger et shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », *R.T.D.H.*, 2012, pp. 377 – 414.
1541 Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk contre Suisse*, préc., § 134.
1542 Cour E.D.H., Gde Chbre, 8 juillet 2003, *Sahin contre Allemagne*, req. n°30943/96.
1543 *Ibid.,* § 66.
1544 Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta contre Italie*, req. n°39221/98, 41963/98, § 169.
1545 SUDRE (F.), « De l'usage des sources externes du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelques questions à propos des droits de l'enfant », préc., p. 1001.
1546 *Ibid.,* p. 1003.

religieuses et philosophiques, la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant est toujours prise en compte et constitue « *une limite aux droits parentaux* »[1547].

2. *L'intérêt de l'enfant comme limite au droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques*

643. L'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel a pour effet de privilégier, au nom de l'intérêt de l'enfant, leur accès à l'instruction plutôt que le droit des parents au respect de leurs convictions[1548]. Cela peut avoir pour conséquence de limiter la protection du pluralisme éducatif, car certaines croyances ne seront pas prises en compte par la Cour au nom du droit de l'enfant à l'instruction. Cette limite est cependant raisonnable puisque conforme à l'idée selon laquelle la substance du droit à l'instruction ne doit pas être atteinte. L'article 2 du Protocole additionnel formant « *un tout que domine sa première phrase* »[1549], l'exigence de respect des convictions des parents ne doit pas aller « *à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction* »[1550].

644. Plusieurs affaires soumises à la Commission sont venues préciser cette priorité accordée à l'intérêt de l'enfant. Par exemple, dans la décision *Bernard et autres contre Luxembourg*, le refus d'accorder une dispense d'un cours de formation morale et sociale n'a pas été considéré contraire à la Convention. Pour aboutir à cette solution, la Commission a noté que, « *lorsqu'au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de*

[1547] GOUTTENOIRE (A.), « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., p. 505. Sur cette question, la Cour a également pu considérer, à l'occasion de sa décision d'irrecevabilité du 16 mai 2006, *Deschomets contre France*, que le retrait de la garde parentale pouvait être justifié par la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Il avait été décidé que « *l'attitude intransigeante de la requérante quant au mode de vie de ses enfants à son domicile, et du conflit irréductible qui en résultait entre les parents, les juridictions internes auraient ménagé le juste équilibre exigé par la jurisprudence de la Cour entre les droits en présence, tout en donnant la priorité à l'intérêt des enfants* » (Cour E.D.H. (recevabilité), 16 mai 2006, *Deschomets contre France*, req. n°31956/02).

[1548] Voir notamment parmi de nombreux exemples : Comm. E.D.H., 9 juillet 1992, *Leuffen contre Allemagne*, req. n°19844/92, note BERGER (V.), GIAKOUMOPOULOS (C.), LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1993, pp. 963 – 1002 ; Comm. E.D.H., 30 juin 1993, *B.N. et S.N. contre Suède*, req. n°17678/91, note GIAKOUMOPOULOS (C.), KELLER (M.), LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1994, pp. 1182 – 1210.

[1549] Pour exemple : Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52 ; Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 40 ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc., § 84.

[1550] Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 36.

l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment »[1551]. La position retenue confirme ainsi l'équilibre indispensable à la correcte interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. Celle-ci est gouvernée par la mise en balance entre « *le droit à l'instruction énoncé dans la première phrase de l'article 2 et les droits de parents énoncés dans la deuxième phrase de l'article 2, et* [par la volonté] *de donner également une certaine valeur autonome aux intérêts des enfants* »[1552]. Les parents doivent renoncer au respect de leurs convictions dès lors que ces dernières menacent le droit à l'instruction de l'enfant. Les instances strasbourgeoises sont d'ailleurs particulièrement vigilantes à cet égard.

645. Dans la décision d'irrecevabilité du 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira contre Luxembourg*[1553], les parents, membres de l'Eglise adventiste du 7ème Jour, contestèrent, sur le fondement de l'article 9 de la Convention, le refus d'accorder à leur enfant une dispense générale de cours tous les samedis. Orientant son argumentation sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel, la Cour considéra que « *les dispenses* [pouvant] *être ainsi accordées, ponctuellement, pour la célébration des rites religieux propres à certains cultes, ne* [devaient] *pas revêtir un caractère général tel qu'elles aboutissent à porter atteinte au droit à l'instruction, protégé par l'article 2 du Protocole n°1 à la Convention, et dont l'importance dans une société démocratique ne saurait être méconnue* ». Constatant que la demande d'absence sollicitée auprès des autorités scolaires aurait eu pour effet « *de soustraire l'enfant au rythme normal de scolarité* » et donc de porter atteinte à son droit à l'instruction, la Cour déclara la requête irrecevable. En faisant primer l'intérêt de l'enfant sur le respect des convictions des parents, la Cour continuait à « *veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'instruction* »[1554]. Outre leur droit d'accéder aux établissements scolaires, la prise en compte de leur intérêt supérieur protège également leur conscience.

[1551] Comm. E.D.H., 8 septembre 1993, *Bernard et autres contre Luxembourg*, req. n°17187/90. Cette expression a pu être reprise dans d'autres affaires. En ce sens, voir Comm. E.D.H., 5 février 1990, *Graeme contre Royaume-Uni*, préc. ; Cour. E.D.H. (recevabilité), 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira contre Luxembourg*, req. n°44888/98 ; Cour E.D.H., 30 novembre 2004, *Bulski contre Pologne*, req. n°46254/99, 31888/02.

[1552] WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 28.

[1553] Cour E.D.H. (recevabilité), 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira contre Luxembourg*, préc., note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2000, pp. 526 – 545.

[1554] Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, préc., § 27 ; Cour E.D.H., 30 novembre 2004, *Bulski contre Pologne*, préc. ; Cour E.D.H., 19 juillet 2011, *Durdevic contre Croatie*, req. n°52442/09, § 103.

646. Dans l'affaire *Ciftci contre Turquie* du 17 juin 2004[1555], le requérant reprochait aux autorités scolaires leur refus d'inscrire son fils à des cours coraniques. Celui-ci ne remplissait pas les conditions requises pour être accepté ; à savoir « *être titulaire d'un diplôme de l'enseignement primaire* »[1556]. La Cour, sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel - alors que les requérants invoquaient la violation de l'article 14 combinée avec l'article 9 -, déclara la requête irrecevable en retenant deux arguments. Le premier consistait à démontrer, en reprenant le sens de la jurisprudence *Kjeldsen*[1557], que « *le droit des parents de prodiguer ou faire prodiguer une telle instruction* [était resté] *intact* »[1558]. Le second montrait que « *la réglementation en question* [avait] *aussi pour objet d'éviter un éventuel endoctrinement des mineurs* »[1559]. Les juges, veillant à protéger la conscience de l'enfant, s'étaient assurés que les autorités étatiques n'avaient pas empiété sur la mission d'éducation des parents. Ils avaient également veillé à protéger la conscience de l'enfant. A l'instar de l'affaire *Dahlab contre Suisse*[1560], les juges avaient noté que les élèves « *se* [trouvaient] *dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant facilement influençables par des cours coraniques* ». L'attention portée par la Cour à la conscience des élèves pourrait alors s'étendre à leurs convictions personnelles.

B) LA POSSIBLE PRISE EN COMPTE DES CONVICTIONS DES ENFANTS

647. C'est aux parents que revient le droit de « *choisir la religion de leur enfant, de veiller au suivi de son enseignement et de ses pratiques* »[1561]. Tous les enfants doivent-ils cependant partager leurs convictions ? Ceux ayant atteint un degré de maturité suffisant ne peuvent-ils pas revendiquer le respect de leurs propres convictions pour garantir le pluralisme éducatif ?

1555 Cour E.D.H. (recevabilité), 17 juin 2004, *Ciftci contre Turquie*, req. n°71860/01.

1556 Article 3 de la loi n°4415 supplétive à la loi n°633 *portant sur la fondation et les fonctions de la Direction des services religieux*.

1557 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 54. Dans l'affaire *Ciftci*, la Cour avait pris garde à ce que l'obligation d'être titulaire d'un diplôme de l'enseignement primaire ne touchait pas « *au droit des parents d'éclairer et de conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, de les orienter vers une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques* » (Cour E.D.H. (recevabilité), 17 juin 2004, *Ciftci contre Turquie*, préc.).

1558 GONZALEZ (G.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.D.P.*, 2005, pp. 755 – 815, spéc. p. 811.

1559 *Ibid*., p. 811.

1560 Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Dahlab contre Suisse*, préc. Voir *supra* § 479.

1561 BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *Droits des mineurs*, Paris, Dalloz, 2014, 2ème édition, 1277 p., spéc. p. 458.

Pour les enfants en bas âge, cette question ne se pose logiquement pas avec la même importance. Pour conclure à l'irrecevabilité de la requête dans l'affaire *Konrad contre Allemagne* du 11 septembre 2006 – relative au refus des autorités allemandes de faire droit à la demande des parents d'instruire leurs enfants à domicile – les juges avaient notamment affirmé que « *les enfants requérants* […] *auraient bien du mal, à leur jeune âge, à se déterminer de façon autonome* »[1562]. Cette affaire participait à démontrer que « *les convictions des enfants ne sont pas sérieusement prises en compte lorsque leur immaturité est* […] *flagrante* »[1563].

648. La situation de l'adolescent ayant atteint un degré de maturité suffisant pour se forger ses propres opinions et croyances est différente. Sa prise en compte par la Cour européenne des droits de l'Homme permettrait de parfaire la protection de l'article 2 du Protocole. Les convictions des parents ne seraient plus les seules prises en compte pour assurer le pluralisme éducatif. Celles de certains élèves le seraient également. Cette possibilité avait été émise par le greffe de la Cour en 2008. Soulignant la seule référence aux convictions religieuses et philosophiques des parents, et l'absence de difficulté majeure concernant les enfants du primaire, il estima que « *la question pourrait se compliquer dans le cadre de l'enseignement secondaire* »[1564] d'autant plus qu'il est difficile « *d'imposer à un adolescent un changement de convictions qu'il ne partage pas* »[1565]. Pour autant, en l'état actuel de la jurisprudence, rien ne semble indiquer qu'une évolution vers une prise en compte des convictions des adolescents - sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel – soit envisagée : « *non seulement les parents peuvent imposer à l'enfant leurs convictions mais encore ils peuvent nier celles du mineur* »[1566]. Par conséquent, « *les parents, sur le terrain juridique, sinon dans les faits, triomphent toujours* »[1567]. Si la question d'une majorité religieuse a été

1562 Cour E.D.H. (recevabilité), 11 septembre 2006, *Konrad contre Allemagne*, req. n°35504/03.

1563 GONZALEZ (G.), « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Société, Droit et Religion*, 2013, pp. 47 – 64, spéc. p. 51.

1564 FRIBERGH (E.), « Enseignement, fait religieux et convictions philosophiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *L'enseignement des faits religieux et relatifs aux convictions - Outil de connaissance des faits religieux et relatifs aux convictions au sein de l'éducation ; contribution à l'éducation à la citoyenneté démocratique, aux droits de l'homme et au dialogue interculturel*, Rencontre 2008 sur la dimension religieuse du dialogue interculturel, Strasbourg, Palais de l'Europe, 2 avril 2008, § 21.

1565 PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 279.

1566 NEIRINCK (C.), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préc., p. 233.

1567 *Ibid.*, p. 233.

émise[1568] - permettant de privilégier les convictions de l'adolescent -, sa mise en place n'est pas encore effective.

649. L'école serait alors un lieu où seules les croyances des parents seraient légitimes à protéger le pluralisme éducatif. Même si l'hypothèse ne s'est jamais présentée à la Cour, il semble probable qu'une contradiction entre les convictions de l'élève, protégées par l'article 9 de la Convention, et celles de ses parents, défendues par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, bénéficient aux seconds. Eux seuls seraient fondés à demander l'inscription à un cours de substitution ou une dispense. Pour autant, les opinions religieuses ou philosophiques des enfants ayant atteint une certaine maturité sont toutes aussi légitimes que celles de leurs parents. C'est la raison pour laquelle « *des moyens appropriés doivent être adoptés pour assurer le respect des convictions* […] *de l'enfant lui-même au titre de l'article 9 de la Convention dès lors qu'il atteint un certain âge* »[1569]. Cette possibilité se justifierait au regard de la fonction du droit à l'instruction. Celui-ci ayant pour objectif de garantir la libre détermination de l'individu, la revendication par un adolescent - et le respect par l'Etat - de ses convictions n'aurait rien d'exagéré.

650. La prise en compte des convictions des élèves, différentes de celles de leurs parents, soulèverait des difficultés. Aussi bien les autorités scolaires que le juge se trouveraient dans une situation délicate dans la mesure où ils devront opérer un choix entre deux positions aussi légitimes l'une que l'autre. Il serait toutefois probable que la Cour européenne des droits de l'Homme fasse primer les convictions des titulaires de l'autorité parentale dans la mesure où « *en vertu du principe de neutralité,* [elle] *ne peut juger les mérites de telles ou telles croyances ou incroyances* »[1570]. En refusant de porter un jugement de valeur sur une conviction particulière, la Cour s'imposerait la même discipline que celle attendue des Etats Parties. Dans l'arrêt *Hoffmann contre Autriche* du 23 juin 1993[1571], la Cour a conclu que le retrait des droits parentaux à la requérante en raison de ses convictions religieuses emportait violation de la Convention. Pour aboutir à ce constat, elle a soulevé que la Cour suprême

---

1568 GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, préc., p. 69. Voir aussi, LASZLO-FENOUILLET (D.), *La conscience*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, 550 p., spéc. pp. 290 – 299.

1569 GONZALEZ (G.), « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », préc., p. 271.

1570 PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, préc., p. 280.

1571 Cour E.D.H., 23 juin 1993, *Hoffmann contre Autriche*, req. n°12875/87, G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°53, obs. GOUTTENOIRE (A.).

autrichienne avait « *pris en considération* […] *les répercussions négatives éventuelles de l'appartenance* [de la requérante] *à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah* »[1572] pour lui retirer la garde de ses enfants. Ce faisant la juridiction interne a porté un jugement de valeur sur la religion de la requérante. Les juges de Strasbourg ont alors conclu à la violation de la Convention car « *on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* »[1573]. Un constat similaire peut être dressé s'agissant de la prise en compte des convictions des enfants. Si ces dernières s'opposent à celles de leurs parents, la Cour doit effectuer un jugement de valeur entre deux convictions légitimes et opposées pour décider de la mise en place d'un mécanisme correctif. Afin d'éviter cette situation, la référence à un critère objectif, comme l'autorité parentale, semble pertinente. En conséquence, seules les convictions des parents doivent être considérées pour apprécier l'opportunité de la mise en place d'un mécanisme correctif.

SECTION 2.
UNE GARANTIE ASSUREE PAR LA MISE EN PLACE DE MECANISMES CORRECTIFS

651. Pour respecter le pluralisme éducatif inhérent à toute société démocratique, les Etats doivent veiller à ce que « *les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste* »[1574]. Même en ayant respecté cette obligation, les autorités scolaires peuvent, au moment de la mise en œuvre des programmes d'enseignement, faire face aux critiques des parents d'élèves. Pour parer à cette éventualité, elles prévoient la mise en place de mécanismes correctifs, que les titulaires de l'autorité parentale déclencheront, s'assurant ainsi du respect de leurs convictions religieuses et philosophiques. La mise en place d'un tel mécanisme constitue une obligation positive à la charge des Etats pour protéger concrètement et efficacement le droit à l'instruction pluraliste[1575]. En bénéficiant d'un tel système, les élèves ne seront pas influencés par une doctrine contraire aux valeurs avec lesquelles ils ont été éduqués. Ils ne se sentiront ni

---

[1572] *Ibid*., § 32.
[1573] *Ibid*., § 36.
[1574] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.
[1575] En ce sens voir GONZALEZ (G.), « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 52.

stigmatisés, ni mis à l'écart, ce qui représente l'objectif défendu par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel.

652. Le principal garant du pluralisme éducatif reste l'Etat. D'abord, il doit le respecter lors de la détermination des programmes d'enseignement[1576]. Ensuite, il reste libre d'accorder ou non une dispense ou d'ouvrir un cours de substitution aux élèves. Pour cela, il conditionne la mise en place d'un tel système à la revendication de convictions religieuses et philosophiques sérieuses (§1er) et à son accord (§2nd).

§ 1. Une mise en place conditionnée par la revendication de convictions religieuses et philosophiques sérieuses

653. La condition nécessaire pour solliciter l'octroi d'une dispense des autorités scolaires ou l'ouverture d'un cours de substitution n'est que peu contraignante. Les parents doivent simplement revendiquer leur appartenance à une conviction philosophique ou religieuse sérieuse. Si la légitimité de cette conviction est indispensable (A), la preuve d'une appartenance effective à un courant d'opinion particulier est facultative (B).

A) LA NECESSAIRE LEGITIMITE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES ET PHILOSOPHIQUES REVENDIQUEES

654. Pour apprécier le bien-fondé des convictions religieuses ou philosophiques revendiquées, leur identification est indispensable. Ce travail de définition est délicat (1) mais la Commission et la Cour ont montré qu'une croyance atteignant le droit à l'instruction de l'enfant dans sa substance ne justifiait jamais l'octroi d'un mécanisme correctif (2).

[1576] Voir *supra* §§ 562 – 607.

1. La délicate définition des convictions religieuses et philosophiques

655. L'identification de ces croyances est nécessaire car « *les dispenses de certains enseignements sont accordées plus largement aux enfants dont les parents témoignent de leur attachement à des convictions religieuses qu'ils souhaitent leur inculquer* »[1577]. C'est une mission difficile que la Cour a accompli dans l'affaire *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni* en 1982[1578]. La définition retenue est néanmoins trop large pour permettre d'identifier avec certitude les convictions justifiant la mise en place d'un système correctif : « *considéré isolément et dans son acception ordinaire, le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinion" et "idées" tels que les emploie l'article 10* [et] *l'article 9. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »[1579]. Suivant cette définition, toute personne peut légitimement attendre que ses convictions soient considérées comme sérieuses et puissent être protégées par la Cour européenne des droits de l'Homme. De la même manière, les catégories d'individus pouvant revendiquer une protection conventionnelle sont nombreuses. Sur ce point, « *la liberté de pensée, de conscience et de religion figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents* »[1580]. La Cour européenne des droits de l'Homme dispose ainsi d'une marge d'appréciation pour décider si les convictions invoquées méritent protection. Cette situation lui donne l'occasion d'offrir la meilleure protection possible aux personnes revendiquant la violation de leurs convictions.

656. Ce large pouvoir d'appréciation ne signifie cependant pas que toutes les convictions invoquées par les requérants sont protégées. Par exemple, la Commission n'a pas conclu à la violation de l'article 9 de la Convention dans l'affaire *X. contre Royaume-Uni* du 4 octobre 1977[1581]. En l'espèce, un prisonnier contesta le refus du directeur de la prison de l'enregistrer comme adepte de la religion « wicca ». Cette mention lui aurait permis de pratiquer plus

---

1577 GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, préc., p. 39.
1578 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc.
1579 *Ibid*., § 36.
1580 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, préc., § 31, note SURREL (H.), « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°56, obs. LEVINET (M.).
1581 Comm. E.D.H., 4 octobre 1977, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7291/75.

facilement sa religion dans l'enceinte pénitentiaire. Pour statuer dans le sens contraire de l'intérêt du requérant, la Commission considéra que les facilités accordées ne se concevaient « *que si la religion à laquelle le détenu prétend adhérer est identifiable* ». Parce qu'il n'avait exposé « *aucun fait permettant d'établir l'existence d'une religion Wicca* », le requérant avait vu sa demande rejetée. Malgré la souplesse de la définition des convictions religieuses ou philosophiques retenue par la Cour, il reste indispensable d'en démontrer l'existence. De la même manière, les commissaires estimèrent que le refus des autorités pénitentiaires allemandes de permettre au requérant, « *light worshipper* » ou adorateur de la lumière, d'exercer sa liberté de religion n'était pas contraire à la Convention car aucun élément n'avait été donné sur la manière dont cette religion devait être pratiquée[1582].

657. Outre la question des croyances religieuses, certains doutes sont également apparus à propos de la définition des convictions philosophiques. Si « *le respect de la religion avait été le premier cheval de bataille,* […] *des plaidoyers éloquents et obstinés ont abouti à la décision de protéger également les convictions "philosophiques"* »[1583]. Dans l'affaire *Campbell et Cosans*, celles-ci n'ont pas fait l'objet d'une définition précise. De l'aveu de la Cour, « *l'adjectif "philosophiques"* [ne se prêtait] *pas à une définition exhaustive* » précisant simplement que cette expression visait « *des convictions* [méritant] *respect dans une "société démocratique"* [et] *qui* [n'étaient] *pas incompatibles avec la dignité de la personne* »[1584]. Au-delà de ce cadre, la revendication de convictions s'assimilerait à de l'abus de droit et ne serait pas protégée par la Cour[1585]. La généralité du propos tenu par la Cour contribue à l'imprécision de la protection que les juges peuvent offrir à ce type de convictions. Cette imprécision a été anticipée[1586] et dénoncée par la suite par le Juge Vincent EVANS dans son opinion en partie dissidente sous l'arrêt *Campbell et Cosans*. Selon lui, « *sur des problèmes comme la séparation des sexes, le groupement des élèves selon leurs capacités ou l'existence d'écoles libres, il peut exister des convictions très arrêtées qui* […] *ont un fondement*

1582 Comm. E.D.H., 1er avril 1970, *X. contre République fédérale d'Allemagne*, req. n°4445/70.

1583 OPSAHL (T.), « La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants », préc., p. 305.

1584 Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., § 36.

1585 OPSAHL (T.), « La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants », préc., p. 310.

1586 *Ibid.*, p. 305.

religieux ou philosophique »[1587]. Le contenu de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel conduirait nécessairement à une interprétation large, laissant à la Cour une trop importante marge d'appréciation pour protéger les convictions invoquées à l'encontre d'une mesure étatique. Cependant, la Cour refusera systématiquement d'accorder sa protection à une conviction portant atteinte à la substance du droit de l'enfant à l'instruction.

2. *Le rejet des convictions atteignant la substance du droit de l'enfant à l'instruction*

658. Les parents ne doivent pas abuser de leur droit au respect de leurs convictions[1588]. Si cette exigence a pour effet d'atteindre la substance du droit à l'instruction, les autorités scolaires sont libres de refuser la mise en place d'un mécanisme correctif. Ainsi, « *le droit au respect* [de leurs convictions] *rencontre les limites inévitables de la prévalence du besoin d'instruction des enfants* »[1589]. Dans l'affaire *Kjeldsen*, les juges ont insisté sur le fait que l'article 2 du Protocole additionnel forme « *un tout que domine sa première phrase* »[1590]. Cette interprétation limite la marge d'appréciation des Etats dans l'édiction d'une réglementation restreignant l'accès aux établissements scolaires. Repris au titre des principes généraux applicables dans le domaine de l'instruction dans l'arrêt *Folgero et autres contre Norvège* du 29 juin 2007[1591], cette règle fait également obstacle au droit des parents au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses.

659. Elle est un principe directeur de l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel[1592]. A l'occasion de la décision d'irrecevabilité *Konrad contre Allemagne*[1593], la Cour européenne des droits de l'Homme a été encore plus explicite sur l'impossibilité de

---

1587 Opinion en partie dissidente du Juge Vincent EVANS sous Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, préc., point 5.

1588 En ce sens voir WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 19.

1589 En ce sens, voir LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 488. Dans le même sens, voir WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc., p. 19.

1590 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52.

1591 Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc., § 84.

1592 Par exemple : Comm. E.D.H., 8 septembre 1993, *Bernard et autres contre Luxembourg*, préc. ; Cour E.D.H. (recevabilité), 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira contre Luxembourg*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 58.

1593 Cour E.D.H. (recevabilité), 11 septembre 2006, *Konrad contre Allemagne*, préc.

porter atteinte au droit de l'enfant à l'instruction. En l'espèce, les requérants, membres d'une communauté chrétienne, refusaient « *pour des motifs religieux, toute fréquentation de quelque école que ce soit, privée ou publique* ». Ils estimaient que « *l'instruction assurée dans ces établissements d'enseignement scolaire ne* [correspondait] *pas à leurs convictions à cause des cours d'éducation sexuelle qui y* [étaient] *dispensés, des images de créatures telles que des sorcières et des lutins de contes de fées que les enfants* [pouvaient] *voir pendant la classe et de la violence physique et psychologique croissante entre les élèves* ». Pour ces raisons, ils demandèrent, sans succès, à ce que leurs enfants bénéficient d'une dispense de scolarisation et qu'ils soient autorisés à les instruire à domicile. Un tel refus était, selon eux, contraire au droit au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses. Relevant que l'objectif des autorités étatiques était de garantir aux élèves un niveau acceptable de connaissance, mais aussi de les intégrer dans la société, la Cour n'a pas estimé ce refus contraire à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel[1594]. L'intérêt de l'enfant et la protection de son droit à l'instruction motivaient ce raisonnement : « *eu égard au fait que l'ensemble de l'article 2 du Protocole n°1 est dominé par sa première phrase, il convient de protéger uniquement* [les] *convictions des parents qui ne portent pas atteinte au droit de l'enfant à l'instruction* »[1595].

660. En revanche, lorsqu'elles sont identifiées et ne portent pas atteinte au droit de l'enfant à l'instruction, ces convictions suffisent, par contre, à justifier la mise en place d'un mécanisme correctif. Il n'est pas nécessaire pour les parents de prouver leur appartenance à la croyance revendiquée.

B) LA PREUVE FACULTATIVE DE L'APPARTENANCE A LA CONVICTION REVENDIQUEE

661. Comme pour le contentieux relatif aux châtiments corporels[1596], les parents d'élèves sollicitant une dispense ou un cours de substitution doivent simplement indiquer aux autorités scolaires les convictions risquant d'être heurtées par le contenu des programmes d'enseignement. L'absence d'information sur ce point conduit les instances strasbourgeoises à conclure logiquement à l'irrecevabilité de la requête contestant le refus de l'Etat de mettre en

---

[1594] *Ibid*.
[1595] *Ibid*.
[1596] Voir *supra* §§ 621 – 637.

place un mécanisme correctif. Dans l'affaire *Sluijs contre Belgique* du 9 septembre 1992[1597], un père de onze enfants, avait refusé d'inscrire sa fille aînée à un cours de religion ou à un cours de morale car cela entrait en contradiction avec ses convictions philosophiques et religieuses. En raison de ce refus, sa fille n'était plus « *considérée comme une élève régulière et pourrait en conséquence ne pas recevoir le diplôme normalement délivré à la fin du cycle d'étude qu'elle avait entamé* ». Le requérant contesta cette décision devant les juridictions internes qui lui reprochèrent de n'avoir jamais fait connaître « *avec un minimum de précision* […] *les convictions religieuses ou philosophiques qui l'empêchaient de faire suivre à ses enfants un cours de religion ou un cours de morale* ». Le requérant estimait que l'obligation de révéler ses convictions pour justifier l'octroi d'une dispense était contraire à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole. Les commissaires ont conclu à l'irrecevabilité de la requête mais ne se sont pas prononcés sur la conventionnalité de l'obligation de révéler ses convictions. Ils ont simplement vérifié si l'Etat avait respecté les conditions d'objectivité et de pluralisme posées dans la jurisprudence *Kjeldsen*.

662. La décision d'irrecevabilité *Bernard et autres contre Luxembourg*[1598] apporte une solution plus claire. Les requérants estimaient que le rejet de leur demande de dispense pour un cours de formation morale et sociale était contraire au respect de leurs convictions philosophiques. Pour aboutir au constat d'irrecevabilité, la Commission avait bien expliqué que « *les requérants* [n'avaient] *pas précisé le concept de leurs convictions philosophiques* » avant de montrer que le système éducatif luxembourgeois respectait les conditions posées dans la jurisprudence *Kjeldsen*. Il est indispensable de mentionner aux autorités scolaires les convictions avec lesquelles les programmes d'enseignement entrent en contradiction. Les autorités étatiques doivent avoir la possibilité d'en apprécier la force, le sérieux, la cohérence et l'importance. Elles ne peuvent cependant pas exiger que les parents dévoilent avec précision le contenu de leurs croyances et qu'ils expliquent les oppositions existant avec le contenu des programmes d'enseignement.

663. Deux affaires conduisent à ce constat[1599]. Dans la première, les requérants, membres de l'Association humaniste norvégienne, avaient demandé une dispense du cours de « KRL »

[1597] Comm. E.D.H., 9 septembre 1992, *Sluijs contre Belgique*, préc.

[1598] Comm. E.D.H., 8 septembre 1993, *Bernard et autres contre Luxembourg*, préc.

[1599] Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc., note GONZALEZ (G.), « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », préc. ; Cour E.D.H.,

portant sur le christianisme, la religion et la philosophie. Ce cours constituait une nouveauté dans la mesure où ces trois matières étaient, à l'origine, enseignées séparément. Les autorités étatiques n'estimaient pas que ce programme contrevenait au principe de pluralisme exigé par l'article 2. Cet avis était partagé par la Cour selon laquelle « *le fait que le programme de l'enseignement primaire et du premier cycle de l'enseignement secondaire* [accordait] *une plus large part à la connaissance du christianisme qu'à celle des autres religions et philosophies ne saurait* […] *passer en soi pour une entorse au principe du pluralisme* »[1600]. Si le contenu du programme ne portait pas atteinte au pluralisme éducatif, les juges s'inquiétaient davantage des conditions dans lesquelles les mécanismes correctifs, intervenant au moment de la mise en œuvre des enseignements, pouvaient être mis en place.

664. La fusion des cours de religion, de christianisme et de philosophie avait en effet eu un impact sur l'octroi d'une dispense. A l'origine, les parents d'élèves pouvaient obtenir une dispense totale du cours de christianisme ; depuis le rapprochement des matières, ils ne pouvaient plus espérer qu'une dispense partielle. Cet aspect de la réglementation norvégienne interpella la Cour, confirmant que la question de la dispense « *ne* [posait] *pas de problèmes lorsqu'étaient prodigués des cours d'instruction religieuse* »[1601] mais était problématique pour « *certains cours intégrés au programme scolaire* [pouvant] *contrarier l'éducation que les parents* [entendaient] *prodiguer à leurs enfants* »[1602]. La Cour estima que « *derrière l'objectif de prodiguer une connaissance essentiellement des faits religieux,* [il s'agissait] *d'un véritable cours d'instruction religieuse assorti de prières, cantiques…auquel il* [s'avérait] *trop difficile d'échapper pour ceux qui le* [souhaitaient] »[1603]. Dès lors, l'Etat a l'obligation de prévoir un mécanisme efficace pouvant être déclenché par les parents d'élèves estimant que la mise en œuvre de ses programmes porta atteinte à leurs convictions philosophiques et religieuses.

665. Pour la Cour, « *le mécanisme de dispense partielle supposait premièrement que les parents concernés fussent correctement informés dans le détail du contenu des cours prévus*

---

9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc., note FLAUSS (J. – F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 978 – 992.

1600 Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc., § 89.

1601 GONZALEZ (G.), « L'exigence de neutralité des services publics », préc., p. 189.

1602 *Ibid.*, p. 189. Dans le même sens voir FLAUSS (J.-F.), « Les sources supra-législatives du droit de l'enseignement religieux », préc., p. 12.

1603 GONZALEZ (G.), « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », préc., p. 263.

afin d'être en mesure d'identifier et de signaler à l'avance à l'école les parties qui leur paraissaient incompatibles avec leurs propres convictions et croyances »[1604]. De plus, assimilant les convictions religieuses et philosophiques aux « *aspects les plus intimes de la vie privée* », la Cour estimait que le risque pour les parents de se sentir « *contraints de dévoiler auprès des établissements scolaires des aspects intimes de leurs convictions religieuses et philosophiques était inhérent à la condition voulant qu'ils donnent des motifs raisonnables à l'appui de leur demande de dispense partielle* »[1605]. En outre, elle constatait également que « *la question de savoir si une demande de dispense était raisonnable constituait un ferment de conflit, ce à quoi les parents pouvaient préférer échapper en s'abstenant tout simplement de solliciter une dispense* »[1606]. Ces derniers étant placés dans une situation délicate, les juges estimaient que la réglementation norvégienne annihilait leur droit au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses[1607]. Par conséquent, les risques d'atteinte au pluralisme éducatif étaient réels. Afin d'éviter de réduire l'effectivité de la protection des convictions des parents[1608], il apparait désormais que « *seuls un enseignement de substitution ou un système de dispense globale n'obligeant pas les parents à dévoiler leurs convictions religieuses ou philosophiques peuvent rendre le dispositif compatible avec la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n°1* »[1609].

666. Cette affirmation semble cependant remise en cause par la décision d'irrecevabilité *Appel-Irrgang contre Allemagne*[1610]. Dans cette affaire, les juges avaient estimé, de la même façon que dans l'arrêt *Folgero*[1611], qu'« *en introduisant le cours d'éthique obligatoire,* [les autorités étatiques n'avaient] *pas outrepassé la marge d'appréciation que leur* [conférait] *en la matière l'article 2 du Protocole n°1* ». Ils conclurent pourtant que « *les autorités de Berlin n'étaient pas tenues de prévoir la possibilité d'une dispense générale du cours d'éthique* ».

1604 Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc., § 98.

1605 *Ibid*., § 98.

1606 *Ibid*., § 98.

1607 Dans le même sens voir Com.D.H., 23 novembre 2004, *Leirvag et autres contre Norvège*, req. n°1555/2003. Dans cette décision, le comité des droits de l'Homme avait conclu à la violation de l'article 18 alinéa 4 du Pacte international des droits civils et politiques qui dispose que « *les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents* […] *de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* ».

1608 En ce sens voir GONZALEZ (G.), « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 52.

1609 G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°58, obs. LEVINET (M.), p. 638. En ce sens, voir aussi Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc., § 71.

1610 Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, préc., note FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 997 – 1010.

1611 Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc., § 89.

Lorsque la Cour estime que le contenu des programmes d'enseignement ne porte pas atteinte au pluralisme éducatif, l'obligation positive de mettre en place un mécanisme correctif n'est plus indispensable à la protection concrète et effective du droit à une instruction pluraliste. Cette jurisprudence reste néanmoins isolée. La garantie efficace du pluralisme éducatif nécessite la possibilité pour les parents de solliciter la mise en place d'un mécanisme correctif. Toutes les situations ne pouvant être anticipées au moment de la détermination des programmes d'enseignement, il est indispensable que les autorités scolaires prévoient un tel système de dispense ou de cours de substitution.

667. Dans l'affaire *Folgero*[1612], le constat de violation de la Convention n'avait été obtenu qu'à une seule voix d'écart. Les juges dissidents avaient indiqué que l'obligation faite aux parents de motiver leur demande permettait à l'école d'apprécier « *s'il était raisonnable* […] *de considérer que l'enseignement revenait à pratiquer une autre religion ou philosophie de vie ou à y adhérer* »[1613]. Il ne s'agissait pas « *de demander aux parents de divulguer leurs convictions personnelles* »[1614]. Malgré ces doutes, la Cour a conclu – dans une affaire similaire - à la violation de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel et ce, à l'unanimité.

668. Dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*[1615], les parents, de confession alévie, avaient sollicité, sans succès, pour leur fille une dispense du cours de culture religieuse et de culture morale. Il motivait cette demande par le droit de déterminer eux-mêmes l'éducation à donner à leurs enfants. Ce refus fut considéré contraire à la Convention par la Cour européenne des droits de l'Homme. D'abord, les juges estimèrent que les autorités étatiques n'avaient pas respecté le principe du pluralisme dans la détermination des programmes d'enseignement. Ils jugèrent en ce sens que « *l'enseignement dispensé dans la matière intitulée "culture religieuse et connaissance morale" ne* [pouvait] *être considéré comme répondant aux critères d'objectivité et de pluralisme et, plus particulièrement dans le cas concret des requérants, comme respectant les convictions religieuses et philosophiques du*

1612 *Ibid*.

1613 Opinion dissidente commune des juges WILDHABER, LORENZEN, BIRSAN, KOVLER, STEINER, BORREGO BORREGO, HAJIYEV et JEBENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, req. n°15472/02. Cette position des juges minoritaires fut partagée par Frédéric SUDRE (SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2008, n°4, I 110.)

1614 Opinion dissidente commune des juges WILDHABER, LORENZEN, BIRSAN, KOVLER, STEINER, BORREGO BORREGO, HAJIYEV et JEBENS sous Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, req. n°15472/02.

1615 Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc.

père de Mlle Zengin »[1616]. Dès la détermination des programmes d'enseignement, la Turquie avait manqué aux obligations fixées dans la jurisprudence *Kjeldsen*. Ensuite, le mécanisme de dispense n'était pas suffisant pour assurer le droit des parents au respect de leurs croyances. Celui-ci révélait des carences car son bénéfice était uniquement réservé aux personnes ayant adhéré à une autre religion[1617]. Même si cette possibilité de dispense pouvait être étendue à d'autres religions, « *le fait que les parents se sentent obliger de dévoiler aux autorités scolaires leurs convictions religieuses ou philosophiques* [rendait] *ce moyen inapproprié à assurer le respect de leur liberté de conviction* ».

669. Cette carence du mécanisme de dispense en Turquie a été à nouveau soulignée dans l'affaire *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*[1618]. Cet arrêt a permis à la Cour de signaler que « *le système éducatif* [turc n'était] *toujours pas doté de moyens appropriés aux fins d'assurer le respect des convictions des parents* »[1619]. Relevant l'existence d'un problème structurel, la Cour, sur le fondement de l'article 46 de la Convention, a insisté pour que les autorités turques améliorent leur mécanisme correctif.

670. Ces deux arrêts de 2007, complétés par l'arrêt *Mansur Yalçin* du 16 septembre 2014, démontrent que lorsqu'un enseignement « *marque la prépondérance d'une religion et crée un déséquilibre en faveur de l'enseignement de celle-ci au détriment d'autres religions, il ne pourra passer pour compatible avec le droit des parents au respect de leurs convictions qu'à la condition qu'existe un mécanisme de dispense globale ou cours de substitution, qui n'oblige pas les parents à motiver leur demande en dévoilant leurs convictions religieuses ou philosophiques* »[1620].

671. Cette interdiction d'obliger les parents à dévoiler le contenu de leurs convictions s'est étendue au-delà des programmes d'enseignement. L'absence de note de religion ou d'éthique sur un bulletin scolaire a par exemple été considérée contraire à la Convention. Dans l'arrêt

---

[1616] *Ibid*., § 70.

[1617] Cette solution contraste avec la décision d'irrecevabilité *Angelini contre Suède* du 3 décembre 1986 dans laquelle la Commission n'était pas revenue sur la position du gouvernement suédois selon lequel « *il ne* [pouvait être] *accorder aux parents le droit d'obtenir* […] *dispense pour leurs enfants de l'obligation de prendre part à* […] *l'enseignement du christianisme* » car il ne pouvait être donné qu'aux « *enfants d'une autre profession de foi que l'Eglise suédoise, en faveur desquels une instruction religieuse satisfaisante avait été organisée* » (Comm. E.D.H., 3 décembre 1986, *Angelini contre Suède*, préc.). Voir *supra* § 576.

[1618] Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc. Voir *supra* § 593.

[1619] *Ibid*., § 77.

[1620] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 602.

Grzelak contre Pologne du 15 juin 2010[1621], les requérants souhaitaient inscrire leur enfant à un cours d'éthique afin qu'il ne suive pas les cours de religion. En raison du faible nombre d'élèves inscrits, ce cours n'avait pas été mis en place et la demande des parents rejetée. Aucune note ne fut mentionnée sur les bulletins scolaires de l'élève entre 1998 et 2009 dans la case « *religion/éthique* ». Pour la Cour, cette situation était contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 car elle montrait que l'élève n'avait adopté aucune croyance religieuse particulière[1622]. Une telle situation stigmatisait l'élève et ne pouvait être conforme au pluralisme éducatif que l'Etat instructeur doit respecter[1623]. Certes la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole additionnel mais la différence de traitement introduite entre les croyants et les non-croyants suffisait à démontrer l'atteinte au pluralisme inhérent à toute société démocratique[1624]. Le raisonnement suivi par les juges permettait de confirmer la position envisagée dans les arrêts de 2007. Néanmoins, la simple revendication de convictions religieuses ou philosophiques n'est pas suffisante à l'octroi d'un mécanisme correctif. Celui-ci est également conditionné par l'accord des autorités scolaires.

§ 2. Une mise en place conditionnée par l'accord des autorités scolaires

672. Pour déterminer le contenu des programmes d'enseignement, les autorités étatiques prennent en compte l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, « *l'invocation des convictions religieuses des parents n'est pas toujours de nature à faire obstacle à la volonté des autorités étatiques de mettre en place une éducation ou un enseignement conformément aux finalités qu'elles jugent légitimes* »[1625]. L'octroi d'une dispense ou l'ouverture d'un cours de substitution ne sont pas automatiques et ce, aussi bien pour les cours d'instruction sexuelle (A) que pour les activités scolaires ayant un objet religieux ou moral (B).

1621 Cour E.D.H., 15 juin 2010, *Grzelak contre Pologne*, req. n°7710/02.

1622 *Ibid.,* § 100.

1623 *Ibid.,* § 99. Cet arrêt revient sur la solution retenue par la Cour dans la décision d'irrecevabilité rendue contre la Pologne pour une affaire similaire (Cour E.D.H. (recevabilité), 26 juin 2001, *Bartosz Saniewski contre Pologne*, req. n°40319/98).

1624 La modification du système éducatif polonais sur cette question a été constatée par le Comité des Ministres (Comité des Ministres, 5 juin 2014, *Grzelak contre Pologne*, req. n°7710/02).

1625 LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., p. 492.

A) UN ACCORD NECESSAIRE POUR LES COURS D'INSTRUCTION SEXUELLE

673. C'est à partir de la problématique de l'instruction sexuelle dans les établissements d'enseignement scolaire que la jurisprudence relative à la protection du pluralisme éducatif s'est formée[1626]. Cela n'a rien d'étonnant tant l'instruction sexuelle « *reste marquée par un certain nombre de tabous et de préjugés* »[1627]. Les deux exemples fournis par la jurisprudence témoignent de ce malaise, les parents tentant d'obtenir de la part des autorités scolaires des dispenses pour leur enfant. La solution retenue par les juges ne diffère cependant pas de celle dégagée dans les autres affaires mettant en cause le contenu des programmes d'enseignement et le droit des parents au respect de leurs convictions.

674. Initiées par l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*[1628], les conditions nécessaires à la garantie du pluralisme éducatif ont été précisées par la suite[1629]. D'un côté, l'Etat instructeur doit diffuser les connaissances de manière objective, critique et pluraliste. D'un autre, il doit offrir aux parents la possibilité de dispenser leurs enfants ou de les inscrire à un cours de substitution. Mais c'est à l'Etat – sous contrôle de la Cour – d'accepter ou de refuser la demande formulée. Dans l'affaire *Kjeldsen*, les parents avaient sollicité des autorités étatiques la mise en place d'un programme sans instruction sexuelle obligatoire. A la suite du refus du gouvernement danois, ils avaient émis le souhait – devant les autorités compétentes – de faire dispenser leurs enfants de ces cours. Les requérants estimèrent alors que le caractère obligatoire du cours d'instruction sexuelle – sans possibilité d'y déroger – était contraire au respect de leur convictions religieuses ou philosophiques. Ils s'opposèrent à nouveau à un refus. Pour en apprécier la conventionnalité, les juges vérifièrent si l'enseignement litigieux ne s'apparentait pas en réalité à une tentative d'endoctrinement des élèves. Ce n'était pas le cas, la législation suédoise ne s'attachant pas « *à exalter le sexe, ni à*

1626 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc. Dans le même sens, le Comité des Ministres aux Etats membres s'était intéressé à cette question dans sa recommandation n°R (88) 7 *sur l'éducation pour la santé à l'école et le rôle et la formation des enseignants* (Comité des Ministres, 18 avril 1988, recommandation *sur l'éducation pour la santé à l'école et le rôle et la formation des enseignants*, n°R (88) 7).

1627 GRÜNDLER (T.), ROMAN (D.), « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 685 - 703, spéc. p. 686.

1628 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc.

1629 En ce sens voir par exemple Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, req. n°15472/02 ; G.A.C.E.D.H., 6ème édition, n°58, obs. LEVINET (M.), p. 638 ; SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 602.

inciter les élèves à se livrer précocement à des pratiques dangereuses pour leur équilibre, leur santé, ou leur avenir, ou répréhensibles aux yeux de beaucoup de parents »[1630]. De la même manière, le droit des parents d'éduquer leur enfant selon leurs propres convictions n'était pas annihilé. Outre la possibilité de les inscrire dans un établissement d'enseignement scolaire privé, la réglementation en cause ne touchait pas « *au droit des parents d'éclairer et de conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses et philosophiques* »[1631]. Par conséquent, l'absence de prosélytisme et le fait que la mission naturelle d'éducateur ne soit pas retirée aux parents avaient convaincu la Cour de ne pas conclure à la violation de l'article 2 du Protocole additionnel alors même qu'aucune dispense n'avait été accordée.

675. Dès lors que les principes fixés dans la jurisprudence *Kjeldsen* sont respectés, les autorités scolaires peuvent, sans porter atteinte à l'article 2 du Protocole additionnel, refuser le bénéfice d'un mécanisme correctif aux parents. L'Etat a suffisamment veillé, au moment de la détermination des programmes d'enseignement, au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques pour refuser leur demande de dispense ou d'inscription à un cours de substitution. Cela a été confirmé par la décision d'irrecevabilité *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne* du 25 mai 2000[1632]. En l'espèce, le père de famille refusait que sa fille assiste au cours de sciences naturelles dont certains éléments du programme portaient sur la sexualité humaine. Pour développer ces points, l'enseignant s'était appuyé sur une brochure qui, selon le requérant, « *excédait de loin le terrain des sciences naturelles et comportait de véritables orientations en matière sexuelle contraires à ses convictions morales et religieuses* ». Sa fille, également requérante, n'avait pas assisté au cours en question et refusa de répondre aux questions posées lors du test final. Elle fut alors dans l'obligation de redoubler son année. Aucun recours devant les juridictions n'ayant abouti pour contester ce redoublement, les requérants avaient saisi la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 2 du Protocole additionnel. Elle déclara cette requête irrecevable en insistant sur le caractère informatif et préventif du cours en question : « *le cours d'éducation sexuelle litigieux tendait à procurer aux élèves une information objective et scientifique sur la vie sexuelle de l'être humain, les maladies vénériennes et le sida. Cette brochure essayait de*

1630 *Ibid.*, § 54.
1631 *Ibid.*, § 54.
1632 Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne*, préc.

les alerter sur les grossesses non désirées [ou encore sur] *les maladies sexuellement transmissibles* ». Il ne s'agissait que « *d'informations de caractère général pouvant être conçues comme d'intérêt général et qui ne* [constituaient] *point une tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé* ». A cela s'ajoutait également le fait que le droit des parents à transmettre leurs convictions en dehors du temps scolaire était resté intact.

676. La Cour accorde une importance particulière à l'enseignement dispensé. Elle s'assure notamment que celui-ci se fait dans l'intérêt de l'enfant et de son développement futur. Le comité européen des droits sociaux tient d'ailleurs le même raisonnement Selon l'article 11§2 de la Charte sociale européenne[1633], les Parties se sont engagées, « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé* [à prendre] *soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé* ».

677. Saisie d'une réclamation de l'association *Interights*, le Comité a conclu à la violation de cette disposition dans une décision du 30 mars 2009 relative à l'instruction sexuelle en Croatie[1634]. L'association requérante reprochait aux autorités croates de ne pas offrir une instruction de qualité sur ces questions importantes. Par exemple, *Interights* indiquait que la méthode d'enseignement retenue, trop « *décousue* [et] *limitée en temps* », aboutissait à « *une approche incohérente et inadéquate de l'éducation sexuelle et génésique, qui ne* [satisfaisait] *pas aux prescriptions de la Charte* »[1635]. Pour conclure à la violation de son article 11§3, le Comité avait pointé l'importance de ce genre d'enseignement pour le développement de la personnalité de l'enfant. Les mesures prises pour garantir le droit à la protection de la santé doivent « *encourager le développement du sens de la responsabilité individuelle, au sujet*

1633 Conseil de l'Europe, 3 mai 1996, *Charte sociale européenne (révisée)*, S.T.E. n°163.

1634 C.E.D.S., 30 mars 2009, *décision sur le bien-fondé : International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) contre Croatie*, réclamation collective n°45/2007, note GRÜNDLER (T.), ROMAN (D.), « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations », préc., pp. 685 – 705.

1635 C.E.D.S., 30 mars 2009, *décision sur le bien-fondé : International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) contre Croatie*, préc., § 25.

notamment des questions […] *de sexualité et de procréation* »[1636]. L'école constitue pour cela un cadre idéal après la structure familiale[1637].

678. Les cours dispensés doivent cependant être de qualité afin d'éviter que leur contenu ne contrevienne pas aux convictions religieuses et philosophiques des parents. En ce sens, le Comité européen des droits sociaux estimait que les Etats devaient s'assurer que « *la forme et le fond de cet enseignement, y compris les méthodes didactiques, soient pertinents, culturellement appropriés et de qualité suffisante ;* [et] *que les informations communiquées soient objectives,*[et] *reposent sur des preuves scientifiques récentes* »[1638]. Un parallèle avec le raisonnement tenu par la Cour de Strasbourg est possible car « *la liberté de conscience est préservée dès lors que l'enseignement prodigué ne constitue pas un endoctrinement* »[1639]. En outre, le Comité a accordé une place particulière à la mission d'éducation des parents. Selon une formule rappelant la jurisprudence *Kjeldsen*[1640], il avait tenu à souligner que « *l'obligation tirée de l'article 11§2* [n'affectait] *pas le droit des parents d'éclairer et conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, ni de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques* »[1641]. Le Comité européen des droits de l'Homme rejoint donc la position de la Cour de Strasbourg. Cette dernière montre également que si l'instruction sexuelle respecte les garanties d'objectivité et de pluralisme, sans s'apparenter au prosélytisme et à l'endoctrinement, les autorités scolaires ont le droit, sans risquer de violer la Convention, de refuser l'octroi d'une dispense. Il en va ainsi également pour les autres enseignements relatifs à la morale ou à la religion.

1636 *Ibid*., § 43.

1637 *Ibid*. : « *Le comité considère qu'à côté du cadre familial, la structure la plus appropriée à l'éducation pour la santé est l'école car l'objectif général de l'enseignement est de communiquer des connaissances et aptitudes permettant d'aborder la vie dans sa globalité* », § 44.

1638 *Ibid*., § 47.

1639 GRÜNDLER (T.), ROMAN (D.), « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations », préc., p. 690.

1640 Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 54.

1641 C.E.D.S., 30 mars 2009, *décision sur le bien-fondé : International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) contre Croatie, réclamation collective n°45/2007*, § 50.

B) UN ACCORD NECESSAIRE POUR LES COURS DE MORALE ET DE RELIGION

679. Respecter le pluralisme éducatif n'oblige pas les autorités étatiques à accéder systématiquement aux demandes des parents de mettre en place des mécanismes correctifs. Par exemple, les autorités d'un établissement confessionnel sans lien avec la personne publique ont toute latitude pour les refuser. En effet, le choix des parents d'y inscrire leurs enfants « *s'analyse par définition comme une renonciation à invoquer le bénéfice des dispositions de la C.E.D.H. relatives au respect de leurs convictions religieuses* »[1642]. Le refus opposé à une demande visant l'octroi d'une dispense serait difficilement contraire à la Convention. Pour le cas des écoles confessionnelles entretenant des rapports avec la personne publique, des obligations similaires aux établissements d'enseignement publics se retrouvent. En ce sens, « *le droit à dispense s'imposerait si d'aventure l'établissement sous contrat se voyait accorder la faculté d'assurer un enseignement religieux obligatoire au nom de son caractère propre* »[1643]. Excepté le cas particulier d'un enseignement obligatoire d'une religion, la mise en place d'un mécanisme correctif est soumise à l'accord des autorités scolaires. Malgré la légitimité des convictions, l'octroi d'une dispense sera refusé si les garanties d'objectivité et de pluralisme sont respectées[1644]. Cette interprétation de l'article 2 du Protocole a néanmoins abouti à des solutions contestées.

680. Les arrêts *Valsamis contre Grèce* et *Efstratiou contre Grèce*[1645] en sont deux illustrations. Etait contesté le refus des autorités grecques opposé aux parents d'élèves - témoins de Jéhovah – souhaitant dispenser leurs enfants d'assister à une commémoration militaire. Malgré la position des autorités scolaires, les enfants avaient décidé de ne pas y participer, la célébration d'un tel évènement entrant en contradiction avec leurs convictions. Les autorités scolaires les renvoyèrent alors temporairement de l'établissement. Pour eux et pour leurs parents, une telle sanction était contraire leurs convictions religieuses.

1642 FLAUSS (J.-F.), « Les sources supra-législatives du droit de l'enseignement religieux », préc., p. 12.

1643 FLAUSS (J.-F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 1994, pp. 16 – 39, spéc. p. 30.

1644 Par exemple, voir, à propos d'un enseignement sur les droits de l'Homme, Comm. E.D.H., 8 septembre 1993, *Bernard et autres contre Luxembourg*, préc.

1645 Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, req. n°21787/93 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, req. n°24095/94. DECAUX (E.), « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, Chambre, 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce* et *Efstratiou contre Grèce* », *J.D.I.*, 1997, pp. 270 – 273.

En effet, ils estimaient que l'instruction des élèves « *devrait être assurée par des leçons d'histoire plutôt que par des défilés scolaires* »[1646]. Les juges ne partagèrent pas cette opinion et suivirent l'avis de la Commission, ayant conclu à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole additionnel pris isolément[1647]. Les commissaires avaient manifesté le « *souci de ne pas sacrifier le régime disciplinaire scolaire sur l'autel d'une conception par trop individualiste, voire même exacerbée à l'occasion, de la défense des convictions religieuses* »[1648].

681. Les arrêts rendus par la Cour le 18 décembre 1996 confirmèrent ce constat. Après avoir rappelé sa jurisprudence *Kokkinakis contre Grèce*[1649] en constatant que « *les témoins de Jéhovah* [bénéficiaient] *du statut de "religion connue"* »[1650], la Cour a montré que la Grèce avait garanti le respect des convictions des parents conformément à la jurisprudence *Kjeldsen*[1651]. En conséquence, le refus opposé par les autorités étatiques n'emportait pas violation de l'article 2 du Protocole pris isolément. Cette conclusion avait cependant surpris dans la mesure où « *le contexte de ces affaires apparaissait particulièrement favorable à l'identification* » d'un manquement de l'Etat à son obligation de respect des convictions des parents[1652]. Cet étonnement était d'autant plus justifié que les requérants ne s'opposaient qu'à la participation de leur fille à une fête militaire un jour férié et en dehors de l'école.

682. Pour expliquer l'absence de violation du droit des parents au respect de leurs convictions, la Cour jugea surprenant « *qu'il puisse être exigé des élèves, sous peine de renvoi scolaire* […]*, de défiler en dehors de l'enceinte scolaire un jour férié* » mais elle n'identifia aucun élément « *ni dans le propos, ni dans les modalités de la manifestation en cause, qui puissent heurter les convictions pacifistes des requérants dans la mesure prohibée par la*

1646 Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc., § 22 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc., § 23.

1647 Comm. E.D.H. (rapport), 6 juillet 1995, *Valsamis contre Grèce*, req. n°21787/83 ; Comm. E.D.H. (rapport), 11 avril 1996, *Efstratiou contre Grèce*, req. n°24095/94. La Commission avait néanmoins conclu à la violation de l'article 13 de la Convention combinée avec l'article 2 du Protocole additionnel.

1648 FLAUSS (J.-F.), « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 376 – 390, spéc. p. 389.

1649 Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, préc.

1650 Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc., § 26 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc., § 27.

1651 Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc., §§ 28 – 31 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc., §§ 29 – 32.

1652 GONZALEZ (G.), « Les convictions pacifistes peu en cours à Strasbourg », *L.P.A.*, 28 mai 1997, n°64, pp. 33 - 37, spéc. p. 35.

seconde phrase de l'article 2 du Protocole n°1 »[1653]. En statuant en ce sens, la Cour avait privilégié la liberté de l'Etat dans la manière d'enseigner l'Histoire aux jeunes générations. Elle constatait également que « *de telles commémorations d'évènements nationaux* [servaient] *à leur manière, à la fois des objectifs pacifistes et l'intérêt public* »[1654]. De plus les convictions des parents et des enfants ont été prises en compte car ces derniers ont bénéficié d'une dispense de cours de religion[1655].

683. Si une « *éducation patriotique à marche forcée comme moyen légitime d'enseignement* »[1656] a été dénoncée, le raisonnement n'avait pas convaincu la totalité des juges ayant statué sur ces affaires. Dans leur opinion dissidente commune, les juges Thor VILHJALMSSON et Peter JAMBREK estimaient que « *l'argument selon lequel la participation au défilé relevait de l'éducation* [des élèves ne militait] *pas davantage contre le constat d'une violation, car de telles activités scolaires* [n'étaient] *pas neutres dans leur nature et* [n'entraient] *pas dans le programme scolaire ordinaire* »[1657]. Sur ce point, ils rejoignaient certains membres de la Commission selon lesquels, outre l'insuffisante prise en compte des convictions des requérants[1658], « *dans une société démocratique, de telles manifestations, aussi symboliques soient elles, s'harmonisent mal avec le droit qu'ont les parents d'assurer librement l'éducation de leurs enfants* »[1659].

684. L'accord nécessaire des autorités étatiques pour mettre en place un mécanisme correctif se retrouve également pour des activités scolaires plus classiques. Dans l'affaire

---

[1653] Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc., § 31 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc., § 32.

[1654] Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc., § 31 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc., § 32.

[1655] Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc., § 30 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc., § 31.

[1656] GONZALEZ (G.), « Les convictions pacifistes peu en cours à Strasbourg », préc., p. 35.

[1657] Opinion dissidente commune des Juges Thor VILHJALMSSON et Peter JAMBREK sous Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc.

[1658] Opinion partiellement dissidente de H. G. SCHERMERS sous Comm. E.D.H. (rapport), 11 avril 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc. : Il précisait que « *l'antimilitarisme est un aspect essentiel de la religion des témoins de Jéhovah* » et que de ce fait l'attitude de l'Etat avait été irrespectueuse des convictions des parents et des enfants. Le même argumentaire était présent dans le rapport de la Commission concernant l'affaire *Valsamis contre Grèce* (Comm. E.D.H. (rapport), 6 juillet 1995, *Valsamis contre Grèce*, req. n°21787/83).

[1659] Opinion partiellement dissidente de LIDDY (J.), MARXER (B.), NOWICKI (M. A.), BRATZA (N.), MUCHA (J.), HERNDL (K.) sous Comm. E.D.H. (rapport), 11 avril 1996, *Efstratiou contre Grèce*, préc. Le même argumentaire était présent dans le rapport de la Commission concernant l'affaire *Valsamis contre Grèce* (Comm. E.D.H. (rapport), 6 juillet 1995, *Valsamis contre Grèce*, préc.

Appel-Irrgang contre Allemagne du 6 octobre 2009[1660], les requérants contestèrent le refus des autorités scolaires de dispenser leur enfant du cours d'éthique mis en place par la loi *portant modification de la loi berlinoise sur l'école*. Après avoir épuisé l'ensemble des voies de recours internes, les requérants avaient saisi la Cour de Strasbourg estimant qu'un tel refus violait les articles 2 du Protocole additionnel et 9 de la Convention. Les juges conclurent à l'irrecevabilité de la requête estimant, classiquement, que les cours d'éthique répondaient aux exigences du pluralisme éducatif consacré par la jurisprudence *Kjeldsen*. Ils avaient vocation à transmettre aux élèves des connaissances sur les différentes cultures, modes de vie et religions du monde. Ce programme participait à former les « *élèves à la tolérance et au dialogue* [formation qui constituait] *une des conditions fondamentales pour participer à la vie démocratique et pour vivre en société dans le respect mutuel des différentes croyances et convictions philosophiques* ». De plus, les juges avaient précisé que le refus de dispense ne privait pas les parents de leur droit « *d'éclairer et de conseiller leur enfant, d'exercer envers lui leurs fonctions naturelles d'éducateurs et de l'orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses* ».

685. Dès lors que les convictions des parents ont été suffisamment prises en compte par les autorités étatiques lors de la détermination des programmes d'enseignement, il n'est pas nécessaire que les autorités scolaires mettent en place un mécanisme correctif pour respecter l'obligation découlant de la seconde phrase de l'article 2 du protocole additionnel. L'obligation positive à la charge des Etats serait plus générale que la mise en place d'un mécanisme correctif. Il s'agirait simplement de ne pas porter atteinte aux convictions philosophiques et religieuses des parents[1661]. Si la Cour estime cet objectif rempli au moment de la détermination des programmes d'enseignement, elle ne sanctionnera pas l'Etat qui n'aura pas mis en œuvre de mécanismes correctifs.

[1660] Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, préc.
[1661] En ce sens, voir Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc., § 72.

CONCLUSION CHAPITRE 2

686. Les parents d'élèves, sous réserve d'être titulaires de l'autorité parentale, sont, à l'instar des autorités étatiques, les garants du pluralisme éducatif. La seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel oblige même ces dernières à respecter leurs convictions philosophiques et religieuses avec lesquelles ils ont décidé d'instruire leurs enfants. Cette mission leur incombant en priorité, les parents ont le droit d'exiger de l'Etat le respect de leurs convictions. En ce sens, la Cour n'hésite pas à remettre en cause les réglementations étatiques dans le but de sauvegarder et de promouvoir le droit à une instruction pluraliste. Sa jurisprudence relative aux châtiments corporels en est une illustration significative.

687. Sur ce fondement, les parents d'élèves revendiquant des convictions légitimes peuvent demander aux autorités scolaires de mettre en place des mécanismes correctifs propres à garantir le pluralisme éducatif. Utile à sa sauvegarde, en ce qu'elle évite d'exposer leurs enfants à une doctrine qu'ils ne partagent pas, leur mise en place n'est cependant pas automatique. La Cour reste en effet vigilante à l'intérêt supérieur de l'enfant et à ce que la substance de son droit à l'instruction ne soit pas atteinte. Ce dernier doit pouvoir accéder aux moyens d'instruction existant à un moment donné afin de pouvoir s'épanouir librement. Dès lors, les demandes des parents, même légitimes, visant à dispenser leur enfant d'un cours spécifique peuvent être rejetées au nom du droit de l'enfant à l'instruction. Dans cette situation, l'accès de ce dernier aux structures existantes prime donc sur la garantie d'une instruction pluraliste.

688. Les autorités scolaires peuvent également refuser de faire droit à la demande des parents formulée sur le fondement de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. La Cour européenne des droits de l'Homme leur accorde ainsi une ample marge d'appréciation pour décider de la création d'un cours de substitution ou de l'octroi d'une dispense. Malgré cette liberté, la mise en place d'un mécanisme correctif apparaît toutefois indispensable pour faire coïncider avec certitude le système éducatif national et les exigences de l'article 2 du Protocole additionnel.

CONCLUSION TITRE 2

689. L'analyse des programmes d'enseignement par la Cour européenne des droits de l'Homme est un élément important en vue de garantir efficacement le droit à une instruction pluraliste. Les élèves des établissements d'enseignement scolaire, en raison de leur manque d'esprit critique, sont particulièrement vulnérables au contenu des informations délivrées par leurs enseignants. La Cour doit donc s'assurer que les connaissances enseignées, notamment celles ayant un contenu philosophique, moral, ou religieux, ne contreviennent pas aux règles inhérentes à une société démocratique. En particulier, l'arrêt *Kjeldsen* a précisé que si les Etats sont libres de diffuser de telles informations, ils doivent le faire de manière objective, critique et pluraliste[1662].

690. La Cour européenne des droits de l'Homme concilie à nouveau la marge nationale d'appréciation et la protection efficace du droit à l'instruction. Elle ne peut pas interdire aux Etats de prévoir l'enseignement de faits religieux ou d'une doctrine philosophique particulière. Leur présence dans les programmes des établissements scolaires peut être justifiée par la place occupée par ce fait ou cette doctrine dans la culture nationale. Les juges de Strasbourg prennent cependant garde à ce que cet enseignement ne se fasse pas au détriment des autres convictions religieuses ou philosophiques. Les différentes sensibilités présentes dans un établissement d'enseignement ne doivent pas être heurtées par le contenu des programmes. La Cour y est particulièrement vigilante dans la mesure où elle examine avec attention les programmes d'enseignement[1663].

691. L'étude de la jurisprudence de la Cour montre que le respect des règles inhérentes à une société démocratique reste insuffisant pour s'assurer de la conformité du système éducatif avec l'article 2 du Protocole additionnel. La Cour européenne des droits de l'Homme veille à ce que les principaux bénéficiaires de la seconde phrase de cette disposition – les titulaires de l'autorité parentale – puissent également s'assurer de la garantie du droit à une instruction pluraliste. Etant responsables en priorité de l'instruction de leurs enfants[1664], ils doivent pouvoir être en mesure de contester un enseignement qui ne respecte pas, selon eux, leurs

---

[1662] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 53.
[1663] Voir en ce sens, par exemple, Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, préc.
[1664] Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, préc., § 52.

convictions. A cette fin, ils peuvent demander aux autorités étatiques de mettre en place des mécanismes correctifs propres à garantir une instruction pluraliste. Cet aménagement est essentiel car il permet aux parents, revendiquant des convictions sérieuses, d'éviter d'exposer leurs enfants à une doctrine qu'ils ne partagent pas. Le bénéfice de ces mécanismes n'est cependant pas automatique. La Cour prend en compte la marge d'appréciation des Etats en la matière qui peuvent refuser pour un motif légitime d'accéder à la requête des parents.

CONCLUSION PARTIE 2

692. La protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel ne se limite pas simplement à la garantie d'un droit universel à l'instruction. En interprétant cette disposition de manière à ce que toute personne puisse avoir accès aux moyens d'instruction existant à un moment donné, la Cour européenne des droits de l'Homme oblige également les Etats à respecter les particularités et les sensibilités de chacun. Conformément au pluralisme inhérent à toute société démocratique, les convictions des individus doivent être respectées au sein des établissements d'enseignement. Le droit à l'instruction a pour objectif d'offrir les outils permettant aux élèves ou aux étudiants de s'épanouir librement. Ils ne doivent pas se sentir influencés par une doctrine spécifique. En conséquence, l'Etat ne doit pas favoriser ou défavoriser une conviction particulière. Toutes les croyances doivent faire l'objet d'une considération identique. C'est pourquoi la garantie d'une instruction pluraliste « *impose à l'Etat un devoir de neutralité dans l'exercice des fonctions qu'il assume en matière d'éducation et d'enseignement* »[1665].

693. Cette exigence ne concerne pas simplement les programmes d'enseignement. Elle s'étend à l'environnement scolaire dans son ensemble[1666]. Cela signifie que le droit à une instruction pluraliste implique le respect du principe de neutralité dans les établissements d'enseignement publics. Aussi bien les locaux que les personnels enseignants sont concernés par cette obligation. Les usagers du service public de l'enseignement doivent pouvoir librement développer leurs capacités et leur personnalité dans un environnement ne privilégiant aucune conviction particulière. Dans le cas contraire, le droit à une instruction pluraliste serait atteint dans la mesure où l'Etat, au lieu de prêter une attention identique à toutes les croyances, donnerait l'impression d'en privilégier certaines au détriment d'autres. Les élèves ou les étudiants ne partageant pas la conviction affichée auront le sentiment d'être exclus et de ne pas être traités comme des égaux. Or cette situation est incompatible avec les exigences d'une société pluraliste.

[1665] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, préc., p. 601.
[1666] En ce sens, voir Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 136.

694. Certains Etats Parties à la Convention ont étendu cette obligation de neutralité aux usagers eux-mêmes. Ils n'ont pas hésité à restreindre l'accès aux établissements d'enseignement publics aux élèves ou étudiants affichant de manière ostentatoire leur appartenance religieuse. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas estimé ces restrictions à l'exercice du droit à l'instruction comme étant contraires à l'article 2 du Protocole additionnel. Elles avaient pour objectif de protéger les usagers, notamment les élèves, contre les actes de pression qu'ils pouvaient subir. Cette position confirme que, en ce domaine, la Cour prend en compte la marge nationale d'appréciation tout en assurant aux élèves ou aux étudiants la possibilité d'évoluer dans un environnement excluant toute pression extérieure. Cette attitude la conduit même à ne pas remettre en cause la conventionnalité des mesures interdisant à un élève ou à un étudiant affichant ses convictions l'accès à un établissement d'enseignement.

695. La garantie d'une instruction pluraliste impose également à l'Etat instructeur l'exigence de neutralité dans la définition et l'aménagement des programmes d'enseignement. Leur contenu ne doit pas privilégier excessivement une conviction ou une doctrine – philosophique, politique ou religieuse – particulière. A cette fin, la Cour veille à concilier efficacement la liberté des Etats en la matière et la protection d'une instruction pluraliste. Les juges ne censurent pas automatiquement les programmes d'enseignement faisant place à une doctrine ayant influencé la culture d'un Etat. Cependant, les exigences du pluralisme les conduisent à veiller à ce que les informations délivrées respectent les conditions inhérentes à une société démocratique. Autrement dit, ils s'assurent que l'exercice par l'Etat de sa mission d'éducation et d'enseignement ne heurte pas les convictions avec lesquelles les parents éduquent leurs enfants.

696. Afin de s'assurer de la protection d'une instruction pluraliste, la Cour européenne des droits de l'Homme incite également les Etats à prévoir des mécanismes correctifs, tel un système de dispense ou l'inscription à un cours de substitution. Les parents estimant, au moment de la mise en œuvre des programmes d'enseignement, que leurs convictions ne sont pas suffisamment respectées pourront en revendiquer le bénéfice. Cette possibilité est une conséquence du principe de neutralité imposée par la Cour aux autorités étatiques. A nouveau, rien n'oblige ces dernières à faire droit à la demande des parents. La Cour leur accorde une marge d'appréciation. Le fait de prévoir un tel système participe néanmoins efficacement à la

garantie d'une instruction pluraliste car elle assure aux élèves la possibilité de ne pas être exposée à une doctrine qui les heurte.

CONCLUSION GÉNÉRALE

697. Malgré son inscription tardive dans le texte de la Convention, l'article 2 du Protocole additionnel est d'une importance particulière dans la mesure où le droit à l'instruction revêt les caractères d'un droit matriciel et qu'il est le « *socle* [sur lequel] *se construit la société de demain* »[1667]. Le « *corpus jurisprudentiel est* [aujourd'hui] *suffisamment étoffé* »[1668] pour prouver que l'interprétation retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme constitue un modèle permettant une protection efficace du droit à l'instruction. Au fil de leur jurisprudence, les juges sont parvenus à établir une grille de lecture pertinente assurant à chacun la possibilité d'exploiter ses capacités dans le respect de ses convictions. Pour cela, ils ont réussi à concilier l'indispensable marge d'appréciation des Etats en la matière avec une lecture audacieuse de l'article 2 du Protocole additionnel. Si l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière ne constitue qu'un standard commun de protection, la grille de lecture retenue par les juges représente toutefois un objectif de protection élevé.

698. Les travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole n°1 ont été utiles à la Cour pour fixer les contours du droit à l'instruction. Les difficiles négociations précédant la signature du Protocole additionnel avaient en effet révélé de sérieuses oppositions quant aux obligations mises à la charge des Etats pour mettre en œuvre ce droit[1669]. La Cour se refuse ainsi de leur imposer la création ou le financement de moyens d'instruction particuliers. Cependant, l'*Affaire linguistique belge* a impulsé la protection du droit à l'instruction en dégageant deux obligations positives : l'égalité d'accès de tous aux moyens d'instruction et la reconnaissance officielle des études accomplies[1670]. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a eu l'occasion de préciser le cadre dans lequel les individus peuvent revendiquer la protection offerte par l'article 2 du Protocole additionnel.

1667 GONZALEZ (G.), « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 1004.

1668 *Ibid*., p. 1004.

1669 Conseil de l'Europe, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p. Voir *supra* §§ 16 – 23.

1670 Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, préc.

699. Cette disposition n'ouvre pas un droit absolu à l'instruction. Son bénéfice ne peut être exigé que dans le cadre des structures existantes. Toute demande formulée sortant de ce cadre peut être rejetée par les autorités étatiques sans risquer d'engager leur responsabilité. A l'intérieur de ce cadre, ces dernières disposent classiquement d'une marge d'appréciation pour mettre en œuvre l'article 2 du Protocole. Il leur revient alors de fixer librement les règles permettant l'accès de tous, sans distinction, aux moyens d'instruction existant à un moment donné. Cette liberté leur donne l'occasion de restreindre cet accès ; l'exercice du droit à l'instruction pouvant faire l'objet de limitations implicites. Cette liberté n'exclut cependant pas un contrôle européen. En conséquence, les mesures prises à cette fin peuvent engager la responsabilité de l'Etat. La Cour européenne des droits de l'Homme en apprécie la proportionnalité et s'attache surtout à vérifier que la substance du droit à l'instruction n'a pas été atteinte. Celle-ci constitue le noyau dur de l'article 2 du Protocole additionnel et une limite infranchissable pour les autorités étatiques. Malgré la marge nationale d'appréciation, tout individu, peu importe sa situation, doit avoir accès aux structures existantes. Une mesure étatique ne peut pas avoir pour effet d'annihiler cette possibilité.

700. La Cour s'attache donc à vérifier que tous, sans distinction, ont accès aux structures d'enseignement créées par l'Etat. Cette position privilégie la conception formelle du principe d'égalité qui apparait comme l'élément indispensable de garantie du droit universel à l'instruction. Mais afin d'assurer à tous le bénéfice concret et effectif de l'article 2 du Protocole additionnel, la prise en compte des différences subies par les individus peut être importante. Un étranger arrivant dans un Etat Partie dans lequel il ne maîtrise pas la langue d'enseignement ne peut pas prétendre à la jouissance du droit à l'instruction dans les mêmes conditions que tous les autres élèves ou étudiants. La garantie d'un droit universel à l'instruction suppose pourtant cette égalité. Il serait donc bénéfique à la protection du droit à l'instruction que les différences subies par les individus soient compensées afin de rétablir une égalité de fait dans le bénéfice du droit à l'instruction.

701. L'analyse de la jurisprudence montre que la Cour n'y est pas hostile. Elle est même consciente de l'enjeu représenté par la promotion de l'égalité réelle pour garantir de manière concrète et effective le droit à l'instruction. Cette question reste cependant délicate car les Etats sont méfiants à l'égard des différences de traitements entre les individus. Les juges sont obligés de prendre en compte cette hostilité, sinon cette crainte, envers l'introduction d'un traitement différentiel pour interpréter l'article 2 du Protocole additionnel. Laissant l'initiative

aux Etats d'introduire des différences de traitements, ils se contentent simplement d'en contrôler la conformité à la Convention. Ces actions, mêmes favorables à la jouissance du droit à l'instruction, ne doivent pas entrer en conflit avec un intérêt supérieur. C'est la raison pour laquelle la Cour reste vigilante au regard, notamment, du principe de non discrimination.

702. L'interprétation retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'article 2 du Protocole additionnel ne se limite cependant pas à garantir à chacun un droit d'accès, dans les mêmes conditions, aux moyens d'instruction existant à un moment donné. Cette protection ne représente qu'une partie de la sauvegarde du droit à l'instruction. En garantissant un droit universel à l'instruction, les juges obligent également les Etats à respecter les particularités, les sensibilités et les croyances de tous les individus. La garantie d'une instruction pluraliste découle de la garantie d'un droit universel à l'instruction. La Cour veille ainsi à ce que chacun puisse bénéficier des structures essentielles à son épanouissement en étant assuré de l'égal respect de ses convictions.

703. Les missions d'éducation et d'enseignement sont déléguées aux autorités scolaires. Elles incombent en priorité aux parents. En conséquence, les convictions avec lesquelles ils élèvent leurs enfants doivent être respectées par les autorités scolaires. Ces dernières, dans l'exercice de leurs fonctions, doivent faire preuve d'impartialité et ne favoriser ou défavoriser aucune croyance. La Cour européenne des droits de l'Homme leur impose de respecter le principe de neutralité afin de poursuivre le double objectif de permettre aux élèves de « *développer un sens critique* […] *dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme* »[1671] et de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents. Elle veille donc à ce que l'environnement scolaire et les programmes d'enseignement n'affichent pas une préférence pour une conviction particulière.

704. A cette fin, les juges fixent des limites à la marge d'appréciation des Etats pour assurer la garantie d'une instruction pluraliste. Ces derniers doivent adopter une attitude équidistante à l'égard des convictions religieuses, respecter les critères indispensables à l'existence d'une société démocratique, et s'interdire tout comportement prosélyte. La Cour exerce alors un contrôle poussé des systèmes éducatifs nationaux pour s'assurer que les Etats Parties se conforment aux obligations de la Convention. Elle examine également l'existence de

[1671] Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, préc., § 62.

mécanismes correctifs pour garantir aux parents d'élèves la possibilité d'assurer eux-mêmes le respect de leurs convictions.

705. En conclusion, cette étude démontre que la Cour européenne des droits de l'Homme parvient à concilier efficacement la marge d'appréciation des Etats et la promotion du droit à l'instruction dans sa double dimension : universelle et pluraliste. L'interprétation construite au fil de sa jurisprudence apparaît comme un modèle de protection. La Cour européenne des droits de l'Homme a fixé des objectifs de protection élevés aux autorités étatiques chargées de la mise en œuvre de l'article 2 du Protocole additionnel. Le corpus jurisprudentiel développé depuis 1968 permet de répondre à la question sur laquelle Luzius WILDHABER s'interrogeait en 1975 : « *Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution* »[1672] ?

706. Cette évolution fut rapide. Les fondements de la protection de ce droit ont été dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme dès les premières affaires qui lui ont été soumises. L'*Affaire linguistique belge* et l'arrêt *Kjeldsen* apparaissent à cet égard comme les jurisprudences piliers de l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel. Les principes d'interprétation dégagés à ces occasions n'ont jamais été remis en cause et servent encore aujourd'hui de ciment à l'argumentation de la Cour[1673]. Cette politique jurisprudentielle audacieuse a permis de compenser les hésitations des travaux préparatoires. Elle démontre aussi que les juges ont mesuré très tôt la nécessité de protéger efficacement le droit à l'instruction.

707. Les lignes directrices dégagées à cette fin servent désormais de principes généraux aux juges pour structurer leur raisonnement lorsqu'est en jeu l'article 2 du Protocole additionnel. Ce raisonnement n'a souffert d'aucune exception depuis 1968. Cette situation ne trahit cependant pas un immobilisme ou une autolimitation systématique de la Cour en la matière. Elle traduit plutôt un volontarisme précoce justifié par l'objectif de protéger efficacement le droit à l'instruction. Cette justesse des critères de contrôle des mesures nationales mettant en œuvre l'article 2 du Protocole additionnel est justifiée par la possibilité de les appliquer à un ensemble de situations différentes mais aussi par leur utilisation constante dans la jurisprudence.

[1672] WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », préc.

[1673] Voir, par exemple, Cour E.D.H., 27 mai 2014, *Velyo Velev contre Bulgarie*, préc., § 31 ; Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc., § 63.

708. A cet égard, le raisonnement tenu par les juges dans la décision d'irrecevabilité *Merino contre Espagne* en 2000[1674] était similaire à celui mené en 1976 dans l'arrêt *Kjeldsen*. Dans ces deux affaires, les juges ont prêté une attention particulière à la manière dont les programmes d'enseignement avaient été définis et à leur compatibilité avec les exigences du pluralisme dans une société démocratique. Ils attachaient également une grande importance à vérifier que les convictions des parents soient respectées par les autorités scolaires. La proximité entre les deux affaires – la contestation de la compatibilité des programmes d'enseignement avec les convictions philosophiques et religieuses des parents – n'est cependant pas la seule explication à cette analogie. En imposant en 1976 le respect du pluralisme éducatif, les juges ont insisté pour que l'ensemble des programmes d'enseignement ne heurte pas les sensibilités particulières de chacun. Ce constat ne vaut pas uniquement pour les cours d'instruction sexuelle. Les éléments dégagés se retrouvent également pour les cours de morale ou de religion[1675]. Ces composantes ont été systématisées par la Cour. L'arrêt *Folgero*[1676] témoigne par exemple de ce constat. Avant de vérifier si la Norvège avait respecté les règles du pluralisme éducatif, les juges ont pris le soin de reprendre les éléments d'interprétation de l'article 2 du Protocole. Au titre des principes généraux, les juges ont rappelé qu'« *en ce qui concerne l'interprétation générale de l'article 2 du Protocole n°1, la Cour a énoncé les grands principes ci-dessous dans sa jurisprudence* »[1677]. L'ensemble des éléments cités étaient extraits de l'arrêt *Kjeldsen*.

709. Les références systématiques à l'*Affaire linguistique belge* et à l'arrêt *Kjeldsen* prouvent que les principes dégagés à ces occasions ont été déterminants pour protéger de manière concrète et effective le droit à l'instruction. Cette efficacité n'exclut cependant pas toute perspective d'évolution dans la garantie de l'article 2 du Protocole additionnel. De nouveaux contentieux ont émergés supposant une adaptation du contrôle des mesures nationales de mise en œuvre de la Convention[1678]. Dans le but d'assurer à chacun l'exercice effectif du droit à l'instruction, des différences de traitements pourraient être introduites. Le contentieux relatif à

1674 Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne*, préc.
1675 En ce sens voir Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, préc.
1676 Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, préc.
1677 *Ibid*., § 84.
1678 Voir par exemple, Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, préc. ; Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus et autres contre Croatie*, préc. ; Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, préc. ; Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, préc.

la scolarisation des enfants roms apparaît à cet égard comme un terrain propice à une évolution de la jurisprudence relative à l'article 2 du Protocole additionnel.

710. La garantie concrète d'un droit universel à l'instruction suppose que tous les individus puissent accéder aux moyens d'instruction dans les meilleures conditions. En l'état de la jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme n'oblige pas les Etats Parties à introduire une différence de traitement au profit de certains élèves pour leur assurer le bénéfice du droit à l'instruction. Une telle démarche serait cependant utile pour garantir au plus grand nombre la jouissance effective des autres droits et libertés de la pensée contenus dans la Convention. Si une interprétation favorable aux discriminations positives est difficilement concevable, la promotion de l'égalité des chances – qui n'offre pas un avantage à un particulier au détriment d'un autre – est envisageable. Cette solution ne serait pas inédite car la Cour l'a déjà adoptée avec succès pour d'autres droits, notamment le droit d'accès à un tribunal[1679]. L'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel pourrait évoluer en ce sens. Elle constituerait une étape supplémentaire bienvenue dans la protection du droit à l'instruction. Ce nouveau palier conduira la Cour à poursuivre son important travail d'interprétation pour s'assurer que tous, sans distinction, puissent bénéficier des outils nécessaires à l'exploitation de leurs capacités et à l'épanouissement de leur personnalité.

[1679] Voir par exemple, Cour E.D.H., 12 juin 2003, *Gutfreund contre France*, préc., § 44.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, OUVRAGES SPECIALISES, MANUELS, DICTIONNAIRES

AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les Droits de l'Homme, n°7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, 72 p.

BADINTER (E.), BADINTER (R.), *Condorcet. Un intellectuel en politque*, Paris, Fayard, 1988, 658 p.

BEAUD (O.), *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Paris, Dalloz, Coll. les sens du droit, 2010, 348 p.

BEN ACHOUR (Y.), *La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion*, Paris, Pedone, Coll. Cours et travaux, 2005, 95 p.

BON (P.), MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, 808 p.

BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2014, 2ème édition, 1278 p.

COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1989, 616 p.

CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, Flammarion, 1994, 380 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2011, 9ème édition, 1093 p.

COSTA (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, Coll. Les sens du droit, 2013, 267 p.

COURBE (P.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2008, 5ème édition, 536 p.

COUTRON (L.), PICHERAL (C.), *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, 2012, 159 p.

CROWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 461 p.

DELHAXE (A.), CASSIDY (E.), SACRE (A.), *L'enseignement privé dans l'Union europénne. Organisation, administration et rôle des pouvoirs publics*, Bruxelles, Education et culture (Socrates Eurydice), 2000, 140 p.

DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, 8ème édition, 1709 p.

DAVANT (J.-L.), *Le « problème basque » en 20 questions*, Donostia, Elkarlanean, 2006, 115 p.

DIPLA (H.), *La responsabilité de l'Etat pour violation des Droits de l'Homme – Problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, Coll. Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, 1994, 116 p.

DUBOUIS (L.), BLUMANN (C.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 6ème édition, 2012, 805 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. Liberté publiques*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Cie, 1925, 2ème édition, 703 p.

DURAND-PRINBORGNE (C.), *Le droit de l'éducation*, Paris, Hachette Education, 1998, 479 p.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1995, 515 p.

EISSEN (M.-A.), FLAUSS (J.-F.), WACHSMANN (P.), *Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'Homme : Actes de la table-ronde organisée le 22 septembre 1994*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et Justice, 1995, 194 p.

FAVOREU (L.) et *al.*, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Coll. Précis droit public, 2009, 5ème édition, 685 p.

FERRY (J.), *De l'égalité d'éducation*, Paris, Société pour l'instruction élémentaire, 1870, 29 p.

FLAUSS (J.-F.), *La mise en œuvre du protocole n°11 : le nouveau règlement de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Némésis, 2000, 178 p.

FOROWICZ (M.), *The reception of international law in the European court of Human Rights*, Oxford, International Courts and Tribunals series, 2010, 421 p.

GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2011, 3ème édition, 804 p.

HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Etat et religions en Europe*, Grenoble, P.U.G., Coll. Transeurope, 2000, 150 p.

LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Coll. Migrations, 2007, 77 p.

LELIEVRE (C.), *Jules Ferry. La République éducatrice*, Paris, Hachette, Coll. Education, 1999, 120 p.

LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Némésis., Coll. Droit et justice, 2012, 4ème édition, 828 p.

LOCKE (J.), *Quelques pensées sur l'éducation*, Paris, Librairie Hachette, Coll. Des principaux ouvrages pédagogiques français et étrangers, 1904, 350 p.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), *La famille*, Paris, Defrénois, Coll. Droit civil 2011, 4ème édition, 759 p.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2012, 6ème édition, 200 p.

OBERDORFF (H.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2010, 2ème édition, 538 p.

PERTEK (J.), *L'Europe des Diplômes et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 286 p.

PETTITI (C.), DECAUX (E.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2008, 170 p.

PLATON, *La République. Livre VII*, Paris, Librairie Hachette, 1877, 179 p.

RECLUS (M.), *Jules Ferry*, Paris, Flammarion, 1947, 433 p.

RENUCCI (J.-F.),

- *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 2012, 2ème édition, 1297 p.

- *Droit européen des Droits de l'Homme. Contentieux européen*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2010, 4ème édition, 478 p.

ROUSSEAU (J.-J.), *Emile ou de l'éducation*, Paris, Flammarion, 1966, 629 p.

SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Universités francophones, 2001, 1198 p.

SPIELMANN (D.), *L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 1995, 160 p.

SUDRE (F.),

- *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 2012, 11ème édition, 935 p.

- **SUDRE (F.) (dir.)**, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, Coll. Droit et justice, 2014, 412 p.

SUDRE (F.), **MARGUENAUD (J.-P.)**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, **GOUTTENOIRE (A.)**, **LEVINET (M.)**, **GONZALEZ (G.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2011, 6ème édition, 848 p.

TEITGEN (P.-H.), *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bordeaux, Confluences, Coll. Voix de la Cité, 2000, 61 p.

TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil : La famille*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2011, 8ème édition, 1106 p.

VASAK (K.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 1964, 327 p.

VIAL (J.), *Histoire de l'éducation*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 2010, 127 p.

ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, 922 p.

II. THESES

BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2011, 591 p.

BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution – France, Espagne et Italie*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit public comparé et européen, 2008, 516 p.

BOSSUYT (M.), *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p.

BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essai, 2004, 533 p.

CALVES (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1998, 380 p.

CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 2001, 348 p.

COLLOT (P.-A.), *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des Etats tchèque, slovène et hongrois*, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, Coll. Thèses, 2006, 445 p.

DAVID (F.), *La notion de discrimination positive en droit public français*, Lille, A.N.R.T., 2004, 611 p.

DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, Coll. Des thèses, 2009, 565 p.

DUBOUT (E.), *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 845 p.

FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Coll. de droit international, 2001, 752 p.

GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, Coll. Coopération et développement, 1997, 310 p.

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, 2003, 555 p.

HOCHMANN (T.), *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Paris, Pedone, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2013, 753 p.

JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Université Montpellier 1, Monéditeur.com, 2006, 713 p.

KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. organisation internationale et relations internationales, 1996, 480 p.

LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Organisation internationale et relations internationales, 1999, 624 p.

LASZLO-FENOUILLET (D.), *La conscience*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, 550 p.

LE GOFF (A.), *La neutralité religieuse de l'Etat et l'école publique en France et en Allemagne*, thèse dactyl., Paris 1, 2003, 566 p.

MADELAINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Vol. 133, 2014, 572 p.

MARTIN (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, Coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, 669 p.

MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 57, 2006, 674 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., Coll. Droit public positif, 1997, 397 p.

MOLINA BETANCUR (C. M.), *La loi Falloux : abrogation ou réforme ?*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001, 548 p.

MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse dactyl., Limoges, 2006, 495 p.

MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005, 734 p.

NEIRINCK (C.), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1984, 453 p.

PAUTI (C.), *La liberté religieuse de l'enfant en droit français et italien*, thèse dactyl., Paris I, 2001, 700 p.

PLANA (S.), *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, Paris, L'Harmattan, Coll. La librairie des Humanités, 2006, 588 p.

PRELOT (P.-H.), *Les établissements privés d'enseignement supérieur*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, 1989, 337 p.

RINGELHEIM (J.), *Diversité culturelle et Droits de l'Homme : l'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Centre des droits de l'Homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, 490 p.

RIVIERE (F.), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 464 p.

SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2014, 794 p.

VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 785 p.

III. ARTICLES, CONTRIBUTIONS

ARREGI (J.), « Langue, territoire et Etat-nation dans le cas du Pays basque », *Hérodote*, 2002, n°105, pp. 129-134.

BEAUD (O.), « L'*affirmative action* aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ? », *R.I.D.C.*, 1984, pp. 503-521.

BELLOUBET-FRIER (N.), « Les implications du processus de Bologne dans le paysage universitaire français », *R.F.A.P.*, 2005/2, pp. 241-252.

BELTRAME (S.), « La liberté religieuse en Allemagne : permanence et évolution », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50, pp. 13-23.

BENELBAZ (C.), « Signes religieux et enseignement public en Europe », in **FLAVIER (H.), MOISSET (J.-P.) (dir.)**, *L'Europe des religions*, Paris, Pedone, Coll. Droits européens, 2013, pp. 85-98.

BENOIT ROHMER (F.),

- « Les modalités d'accès au Conseil d'Etat pour contester la légalité d'un décret de classement d'un site pittoresque sont-elles conformes aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *Recueil Dalloz*, 1993, pp. 561-566.
- « Les langues officieuses de la France », *R.F.D.C.*, 2001, n°45, pp. 3-29.
- « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Jcl. Libertés*, Fasc. 330, 2010.

BIOY (X.), « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in **SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.)**, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de*

l'Homme. Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2008, pp. 51-84.

BIRSAN (C.), « Le juge européen, la liberté de pensée et de conscience », in **MASSIS (T.), PETTITI (C.) (dir.)**, *Liberté religieuse et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2004, pp. 45-68.

BONNET (B.), « La Cour européenne des droits de l'Homme et la laïcité à l'Université. Quelques remarques sur une jurisprudence audacieuse et discutable », in **MERLEY (N.) (dir.)**, *Université et Laïcité*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Coll. Droit, 2011, pp. 145-161.

BONNET (J.-L.), « L'enseignement religieux dans les écoles primaires publiques d'Alsace-Moselle », in **MESSNER (F.), WOEHRLING (J.-M.) (dir.)**, *Les statuts de l'enseignement religieux*, Paris, Dalloz, Coll. Les éditions du C.E.R.F., 1996, pp. 95-101.

BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel WALINE : le juge et le droit public*, Tome 2, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 297-306.

BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, pp. 205-237.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Laïcité : port du voile dans les établissements publics », *Constitutions*, 2010, pp. 73-75.

CERDA-GUZMAN (C.), « L'étudiant, un usager particulier du service public administratif », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON*, Bordeaux, P.U.B., 2013, pp. 913-944.

COSTA (J.-P.),

- « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1988, pp. 434-437.

- « Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 39-47.

- « Alinéa 13 », in **CORNAC (G.), PRETOT (X.), TEBOUL (G.) (dir.)**, *Le préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires : études, 2001, pp. 313-325.

- « Audition par la Commission STASI du 17 octobre 2003 », propos rapporté par BERNARD (Ph.), *Le Monde*, 28 octobre 2003.

- « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 101-110.

- « Le commencement et la fin de la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Le droit à la mesure de l'Homme. Mélanges en l'honneur de Philippe LEGER*, Paris, Pedone, 2006, pp. 373-380.

- « La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 207-217.

- « Entretien avec Jean-Paul COSTA par Henri OBERDORFF », *R.D.P.*, 2012, pp. 267-285.

COUSSIRAT-COUSTERE (V.), « Article 8§2 », in **PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.)**, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2ème édition, pp. 323-351.

COUTURIER-BOURDINIERE (L.), « La Convention européenne des droits de l'Homme et la protection des droits de l'enfant », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 523-549.

DEBENE (M.), « Du droit à l'éducation à l'éducation au droit : les droits des élèves », in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme. Mélanges Raymond GOY*, Rouen, P.U.R., 1998, pp. 63-83.

DEBEYRE (G.), « La laïcité et l'enseignement public », in **AUDIBERT (A.), BAYET (A.), BROWN (B.-E.) (dir.)**, *La laïcité*, Paris, P.U.F., Coll. Bibliothèque des Centres d'études supérieures spécialisées, 1960, pp. 309-360.

DELGRANGE (X.), « L'enseignement et les étrangers. Synthèse des travaux en atelier », in **CARLIER (J.-Y.) (dir.)**, *L'étranger face au droit. XXèmes journées d'études juridiques Jean DABIN*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, pp. 527 – 546.

DELIANCOURT (S.), « Scolarisation des enfants handicapés : quelles obligations pour l'Etat ? », *J.C.P.A.*, 2005, pp. 1901-1904.

DELPEREE (F.), RASSON-ROLAND (A.), et VERDUSSEN (M.), « Table ronde sur les discriminations positives : Belgique », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 75-90.

DIEU (F.), « L'école, sanctuaire laïque », *R.D.P.*, 2009, pp. 685-713.

DORD (O.), « Laïcité à l'école : l'obscure clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 1523-1529.

DUBOUT (E.),

- « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 383-418.

- « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 987-1011.

- « L'influence du droit européen sur la preuve en matière de non-discrimination », in **FINES (F.), GAUTHIER (C.), GAUTIER (M.) (dir.)**, *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, pp. 61-82.

DUPUY (P.-M.), BOISSON DE CHARZOUNES (L.), « Article 2 », in **PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.)**, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2ème édition, pp. 999-1010.

DURAND-PRINBORGNE (C.),

- « La "circulaire Jospin" du 12 décembre 1989 », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 10-23.

- « Laïcité dans le service public de l'éducation », *C.R.D.F.*, 2005, n°4, pp. 23-32.

EDEL (V.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : Une nouvelle maxime de l'interprétation des droits de l'enfant », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2009, n°127, pp. 579-604.

EISSEN (M.-A.),

- « La Cour européenne des droits de l'Homme. De la Convention au règlement. », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 618-658.

- « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in **PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2ème édition, pp. 65-81.

ERRERA (R.), « La Convention et les problèmes de la laïcité et de l'enseignement », *R.D.H.*, 1970, Vol. III, pp. 572-594.

FABRE-ALIBERT (V.), « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 465-496.

FAVREAU (B.), « La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Pourquoi ? Comment ? » in **FAVREAU (B.) (dir.)**, *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 3-37.

FERRARI-BREEUR (C.), « Libre circulation des étudiants et reconnaissance académique », in **PERTEK (J.) (dir.)**, *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 55-74.

FERRY (J.),

- « Congrès pédagogique », in ROBIQUET (P.), *Discours et opinions de Jules Ferry. Tome quatrième. Les lois scolaires*, Paris, Armand Colin, 1896, 585 p., spéc. pp. 244-258.

- « Lettre aux instituteurs », *Pouvoirs*, 1995, pp. 109-116.

FLAUSS (J.-F.),

- « A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », *R.T.D.H.*, 1991, pp. 491-505.

- « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 461-468.

- « Les sources supra-législatives du droit de l'enseignement religieux », *L.P.A.*, 25 janvier 1995, n°11, pp. 7-13.

- « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 376-390.

- « Discrimination positive et Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Pouvoirs et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 415-437.

- « Les signes religieux », in **MASSIS (T.) et PETTITI (C.) (dir.)**, *Liberté religieuse et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2004, pp. 99-114.

- « Le port de signes religieux distinctifs dans les établissements publics d'enseignement », in **GONZALEZ (G.) (dir.)**, *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2006, pp. 201-221.

FLORES-LONJOU (M.), FLORES (P.), « Vers la rénovation du droit de la chasse ou les dernières tribulations de Nemrod », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 901-946.

FRANGI (M.), « Etat, langue et droit en France », *R.D.P.*, 2003, pp. 1607-1632.

FRIBERGH (E.), « Enseignement, fait religieux et convictions philosophiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *L'enseignement des faits religieux et relatifs aux convictions – Outil de connaissance des faits religieux et relatifs aux convictions au sein de l'éducation ; contribution à l'éducation à la citoyenneté démocratique, aux droits de l'homme et au dialogue interculturel*, Rencontre 2008 sur la dimension religieuse du dialogue interculturel, Strasbourg, Palais de l'Europe, 2 avril 2008.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principes et intendances dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *J.C.P.G.*, 1997, pp. 407-410.

GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité » in **AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.)**, *Traité de Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 501-525.

GALLEZ (L.), « L'enseignement et les étrangers », in **CARLIER (J.-Y.) (dir.)**, *L'étranger face au droit. XX* èmes *journées d'études juridiques Jean DABIN*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, pp. 499-526.

GARAY (A.), « Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne », *R.T.D.H.*, 1994, pp. 7-29.

GOHIN (O.), « La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires », *Politeïa*¸ 2006, pp. 125-138.

GONZALEZ (G.),

- « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Société, Droit et Religion*, 2013, pp. 47-64.

- « L'exigence de neutralité des services publics » in **GONZALEZ (G.) (dir.)**, *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2006, pp. 153-200.

- « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 1003-1010.

- « Le droit de vote des prisonniers : la perspective de la Cour E.D.H. », *R.D.L.F.*, 2014, Chron. n°16.

GOUTTENOIRE (A.), « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, pp. 495-506.

GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), *Autorité parentale*, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2012 (mis à jour en juin 2014)

HAMMARBERG (T.), « La ségrégation scolaire marginalise les enfants roms : il faut que les décisions de la Cour de Strasbourg soient mises en œuvre », *Blog du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe*, 20 mai 2010, http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=40.

HEMEL (U.), « L'enseignement religieux dans les écoles publiques en Allemagne. Avant-garde culturelle ou anachronisme ? », *Etudes*, 1989, pp. 541-554.

HERVIEU (N.), « Le droit de vote des détenus : histoire sans fin pour un contentieux décisif », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 433-457.

JACQUEMOT (F.), « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka* », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 195-222.

JORION (B.), « Egalité et non-discrimination en droit public français », in **KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.)**, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, Coll. Recherches, 2000, pp. 141-155.

KELSEN (H.), « Justice et droit naturel », *Annales de philosophie politique, vol. 3, le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1959, pp. 1-123.

KISS (A. C.), « La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation », *R.D.H.*, 1973, pp. 467-486.

KISSANGOULA (J.), « Instruction (droit à l'-) », in **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.)**, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2008, pp. 532-537.

KOUBI (G.),

- « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in **KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.)**, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, Coll. Recherches, 2000, pp. 69-89.

- « Liberté des étudiants et laïcité à l'Université. Tracé de quelques pistes de recherche… », in **MERLEY (N.) (dir.)**, *Université et Laïcité*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Coll. Droit, 2011, pp. 95-114.

LAFFAILLE (F.), « L'identité catholique de l'Italie est-elle soluble dans l'Etat de droit constitutionnel (national et européen) ? », *R.D.P.*, 2010, pp. 771-787.

LAMBERT (P.),

- « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ? », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 495-505.

- « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in **SUDRE (F.) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. *Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Némesis, Coll. Droit et justice, 1998, pp. 63-89.

LENAERTS (K.), ARTS (D.), « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit. Quatrième journée René SAVATIER des 25 et 26 mars 1993*, Paris, P.U.F., Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, pp. 101-135.

LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, n°111, pp. 55-71.

LEVINET (M.), « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2011, pp. 481-498.

LLUSSA (R.), « L'Etat espagnol et ses langues vus de Catalogne », *Hérodote*, 2002, n°105, pp. 135-141.

MARGUENAUD (J.-P.),

- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en France », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, Coll. U.A.E. symposium, 2001, pp. 137-154.

- « Le droit de parler sa langue maternelle », in *Mélanges en l'honneur de François JULIEN-LAFERRIERE*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 393-411.

MARLIAC (C.), « L'école, la liberté d'expression religieuse et le "collaborateur-accompagnateur" », *R.R.J.*, 2012, n°1, pp. 139-154.

MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 211-212

MATSHER (F.), « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne » in **SUDRE (F.) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. *Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Némesis, Coll. Droit et justice, pp. 15-40.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.),

- « Table ronde sur les discriminations positives : France », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 139-158.

- « La double nature du principe d'égalité ? », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1027-1036.

MERTENS (P.), « Egalité et droits de l'Homme : de l'Homme abstrait à l'Homme "situé" », in **DEKKERS (R.), FORIERS (P.), PERELMAN (C.)**, *L'égalité, Vol. IV*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 266-302.

MILANO (L.),

- « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme », *Jcl. Collectivités territoriales*, Fasc. n°795, 2011.

- « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 1059-1093.

MORNING (A.), SABBAGH (D.), « De l'épée au bouclier : des usages discriminatoires et antidiscriminatoires de la race aux Etats-Unis », *Revue internationale de sciences sociales*, 2005, pp. 63-81.

MOUTOUH (H.), « Vers un statut des langues régionales en droit français », in **GUILLOREL (H.), KOUBI (G.) (dir.)**, *Langues du droit, droits des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 221-249.

MUIZNIEKS (N.), « Les Etats doivent prendre des mesures énergiques pour mettre fin à la ségrégation scolaire », *Le carnet des droits de l'homme du Commissaire du Conseil de l'Europe*, 8 novembre 2012, http://fr.humanrightscomment.org/2012/11/08/les-etats-doivent-prendre-des-mesures-energiques-pour-mettre-fin-a-la-segregation-scolaire-des-roms/.

MUZNY (P.), « Approches théoriques du pluralisme », in **LEVINET (M.) (dir.)**, *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2010, pp. 13-31.

OBERDORFF (H.), « L'Université française et le principe de laïcité », », in **MERLEY (N.) (dir.)**, *Université et Laïcité*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Coll. Droit, 2011, pp. 163-178.

OPSAHL (T.), « La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants », in *Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme, Vie privée et droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 243-322.

PARARAS (P. J.), « La réticence européenne au regard des discriminations positives », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Christos L. ROZAKIS*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 453-466.

PAULIAT (H.), SAINT-JAMES (V.), « La notion d'effet horizontal », in **MARGUENAUD (J.-P.) (dir.)**, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, Mission « droit et justice », 2001, pp. 75-100.

PEREZ CALVO (A.), « Le modèle linguistique en Espagne », in **LE POURHIET (A.-M.) (dir.)**, *Langue(s) et constitution(s)*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 2004, pp. 145-149.

PERTEK (J.),

- « Article II-74 – droit à l'éducation », in **BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.)**, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : Commentaire article par article. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 205-212.

- « Le processus de Bologne et l'action de la Communauté en matière d'éducation », *R.A.E. – L.A.E.*, 2005, pp. 51-62.

PETTITI (C.), « La Convention relative aux droits de l'enfant au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *L'Homme dans la société internationale. Mélanges Paul TAVERNIER*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 899-918.

PIETRI (J.-P.), « L'enseignement religieux dans les établissements secondaires publics d'Alsace-Moselle », in **MESSNER (F.), WOEHRLING (J.-M.) (dir.)**, *Les statuts de l'enseignement religieux*, Paris, Dalloz, Coll. Les éditions du C.E.R.F., 1996, pp. 103-112.

PLATON (S.), « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in **FAVREAU (B.) (dir.)**, *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 125-163.

POIRMEUR (Y.), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in **KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.)**, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, Coll. Recherches, 2000, pp. 91-114.

PRELOT (P.-H.),

- « Liberté de l'enseignement », *Jcl. Libertés*, Fasc. 900, 2007.

- « La protection de la liberté religieuse de l'enfant dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé », *Société, Droit et Religion*, 2013, pp. 9-18.

- « Le monopole de la collation des grades : Etude historique du droit positif et de ses évolutions contemporaines », *R.D.P.*, 2008, pp. 1264-1303.

PRÜM (A.), ERGEC (R.), « Les facultés de droit dans la réforme universitaire », *R.D.P.*, 2010, pp. 3-28.

PUZA (R.), « Après la décision de la Cour constitutionnelle fédérale : la présence de crucifix dans les locaux scolaires », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50/1, pp. 25-28.

REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et pluralisme », in **FONTAINE (L.) (dir.)**, *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2007, pp. 163-194.

RESS (G.), « La liberté négative de religion et d'autres libertés », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, 2014, pp. 611-621.

RINGELHEIM (J.), « La statistique : un outil au service de la lutte contre la discrimination », *Mouvements*, 2010, n°162, pp. 125-135.

RIVERO (J.),

- « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Tome XIV, 1961-1962, Paris, Dalloz, 1965, pp. 343-360.

- « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, pp. 128-133.

- « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 1-10.

ROBLOT-TROIZIER (A.), SORBARA (J.-G.), « Les règles constitutionnelles devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 2006, pp. 139-154.

ROLLAND (P.), « La régulation de la liberté religieuse : le cas du prosélytisme », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUE*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 577-589.

RUNAVOT (M.-C.), « Le protocole n°16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *R.G.D.I.P.*, 2014, pp. 71-93.

SABBAGH (D.),

- « L'*affirmative action* : effets symboliques et stratégies de présentation », in **KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.) (dir.)**, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, Coll. Recherches, pp. 157-172.

- « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*Affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004, n°111, pp. 5-18.

- « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie », *Sociétés contemporaines*, 2010, n°79, pp. 41-67.

SALIN (D.), « Un enseignement religieux à l'école », *Etudes*, 1989, pp. 529-539.

SAURON (J.-L.), « Les directives sectorielles et les systèmes généraux de reconnaissance des diplômes », in **PERTEK (J.) (dir.)**, *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 83-99.

SERMET (L.),

- « L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 863-878.

- « Le principe de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *L.P.A.*, 2009, n°46, pp. 26-31.

SOLER-COUTEAUX (P.), « L'*Homo religiosus* est-il divisible ? (Pour un régime unitaire de la liberté religieuse dans l'espace professionnel) », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, 2014, pp. 705-730.

SPIELMANN (A.), « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 673-686.

SPIELMANN (D.), « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in **SUDRE (F.) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Némesis, Coll. Droit et justice, 1998, pp. 133-174.

SPYRDON (A.), « Ménager un juste équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression », *J.D.I.*, 2013, pp. 1277-1279.

STARCK (C.), « Education religieuse et Constitution », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 17-32.

STIRN (B.), « Le Conseil d'Etat, l'école et la laïcité », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 407-415.

SUDRE (F.),

- « Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 1995, pp. 363 – 384.

- « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies », in **SUDRE (F.) (dir.)**, *La protection des Droits de l'Homme par le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies. Actes du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995*, Montpellier, I.D.E.D.H., 1995, pp. 33-60.

- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2001, n°28, I 335.

- « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 887-915.

- « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 755-779.

- « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme », in **RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.)**, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2008, pp. 171-191.

- « Rapport introductif », in **SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.)**, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2008, pp. 17-48.

- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 917-947.

- « Le pluralisme saisi par le juge européen », in **LEVINET (M.) (dir.)**, *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2010, pp. 33-57.

- « Convention européenne des Droits de l'Homme », *Jcl. Europe Traité*, Fasc. n 6523, 2012.

- « De l'usage des sources externes du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelques questions à propos des droits de l'enfant », in *L'Homme dans la société internationale. Mélanges Paul TAVERNIER*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 993-1006.

- « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 1912-1920.

SURREL (H.), « Le juge des droits de l'Homme », *Droit de la famille*, 2006, n°7, pp. 28-30.

SZYMCZAK (D.),

- « Droits culturels », *Jcl. Libertés*, Fasc. 1220, 2007, § 48.

- « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », *R.A.E. – L.E.A.*, 2009-2010/2, pp. 217-236.

- « Le droit à indemnisation dans le cadre des "procédures pilotes" », in **FLAUSS (J.-F.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.) (dir.)**, *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Publications de l'I.I.D.H., 2011, pp. 275-295.

- « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in **POTVIN – SOLIS (C.) (dir.)**, *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Colloque Jean Monnet, 2012, pp. 445-461.

- « L'Université dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON*, Bordeaux, P.U.B., 2013, pp. 670-690.

TOULEMONDE (B.),

- « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po », *Pouvoirs*, 2004, n°111, pp. 87-99.

- « Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école : la fin des interrogations ? », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 2044-2048.

- « L'enseignement privé », in **TOULEMONDE (B.) (dir.)**, *Le système éducatif en France*, Paris, La documentation française, Coll. Les notices, 2009, 3ème édition, pp. 253-264.

- « Enseignement - Enseignement privé », *Jcl. Administratif*, Fasc. 233, 2009, § 84.

TOUZE (S.), « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2011-2, pp. 517-532.

TULKENS (F.), « Discutante de Sébastien TOUZE sur les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2011-2, p. 533-540.

VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 541-566.

VELAERS (J.), FOBLETS (M.-C.), « L'appréhension du fait religieux par le droit. A propos des minorités religieuses », *R.T.D.H.*, 1997, numéro spécial : la protection des minorités, pp. 273-307.

WILDHABER (L.), « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », *Quatrième colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme,* Rome, 5-8 novembre 1975, 41 p.

WOEHRLING (J.-M.),

- « Neutralité cultuelle et mission culturelle de l'Etat : réflexions sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande relatif aux crucifix dans les écoles », *Revue de droit canonique*, 2000, n°50/1, pp. 29-34.

- « Questions sur le principe de neutralité religieuse de l'Etat », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, Coll. Mélanges, 2014, pp. 815-835.

IV. NOTES DE JURISPRUDENCE, CONCLUSIONS DE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT / DE RAPPORTEUR PUBLIC

BEN ACHOUR (Y.), « La civilisation islamique et le droit international », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 19-38.

BENELBAZ (C.), « CEDH et interdiction des crucifix dans les écoles », *D.A.*, 2010, comm. 3.

BENOIT-ROHMER (F.), « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (En marge de l'arrêt Chapman) », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 999-1015.

BERGER (V.), GIAKOUMOPOULOS (C.), LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1993, pp. 963-1002.

BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Le voile à l'école : une Europe divisée », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 951-983.

BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga *Singh* », *R.T.D.H.*, 2014, pp. 493-513.

BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande chambre *Leyla Sahin C. Turquie* du 10 novembre 2005 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 183-215.

CAVALLINI (J.), « Egalité entre les hommes et les femmes : la différence entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal de départ à la retraite est en sursis », *J.C.P.S.*, 2006, n°20, pp. 28-30.

CHAUVIN (N.), « Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 15 février 2001, *Dahlab* », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 536-546.

COHEN-JONATHAN (G.),

- « Droit des parents sur l'éducation et l'enseignement de leurs enfants », *C.D.E.*, 1978, pp. 359-364.

- « Chroniques de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1976-1977 », *C.D.E.*, 1978, pp. 350-359.

- « A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de "juridiction" et d'"injonction" », *R.T.D.H.*, 2005, pp. 767-785.

DECAUX (E.),

- « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), Grande Chambre, 26 septembre 1996, *Vogt contre Allemagne* », *J.D.I.*, 1996, pp. 242-245.

- « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, Chambre, 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce* et *Efstratiou contre Grèce* », *J.D.I.*, 1997, pp. 270-273.

- « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, troisième section, 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni* ; *McKerr contre Royaume-Uni* ; *Kelly et al. contre Royaume-Uni* ; *Shanaghan contre Royaume-Uni* », *J.D.I.*, 2002, pp. 253-254.

- « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 251-268.

DECAUX (E.), TAVERNIER (P.),

- « Note sous Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.), quatrième section, 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-Uni* », *J.D.I.*, 2003, pp. 535-538.

- « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H.), quatrième section, 28 mai 2002, *McShane contre Royaume-Uni* » ; *J.D.I.*, 2003, pp. 539-541.

- « Reconduite à la frontière d'un étranger malade infecté par le V.I.H. », *J.D.I.*, 2009, pp. 1031-1033.

DIEU (F.),

- « L'interdiction du port des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Une solution attendue, des motifs qui surprennent », *J.C.P.A.*, 2009, n°46, pp. 23-29.

- « L'Europe, sanctuaire laïque. – A propos de l'interdiction du crucifix dans les écoles italiennes », *J.C.P.A.*, n°15, 2010, 2134.

DUARTE (B.), « Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 301-350.

DUBOUT (E.),

- « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'Homme. En marge de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* du 7 février 2006 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 851-883.

- « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), 13 novembre 2007 », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 821-857.

- « La Cour européenne des droits de l'Homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 987-1011.

FLAUSS (J.-F.),

- « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 1993, pp. 105-121.

- « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 1994, pp. 16-39.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2000, pp. 526-545.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 1060-1078.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 500-508.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 1886-1896.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1709-1720.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 978-992.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 872-886.

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 997-1010.

FONTBRESSIN (DE) (P.), « De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent. En marge de l'arrêt Öneryldiz contre Turquie du 30 novembre 2004 », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 87-97.

FRICERO (N.), « Le bureau d'aide juridictionnelle n'a pas à apprécier les chances de succès du pourvoi envisagé », *Recueil Dalloz*, 1999, pp. 270-271.

FROMONT (M.),

- « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1994 et 1995 », *R.D.P.*, 1997, pp. 343-386.

- « Liberté de religion, crucifix et foulard islamique à l'école », *G.D.C.C.E.*, Paris, Dalloz, 2008, n°58, pp. 270-278.

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.), « L'extradition et la Convention européenne des droits de l'Homme. L'affaire Soering », *R.T.D.H.*, 1990, pp. 5-24.

GARAY (A.), « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 103-110.

GARLICKI (L.), « Broniowski and after : On the dual nature of "Pilot Judgements" », in *Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg*, *Liber Amicorum Luzius WILDHABER*, Strasbourg, N.P. Engel, 2007, pp. 177-192.

GENEVOIS (B.), « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *R.F.D.A.*, 1991, pp. 407-431.

GERVIER (P.), « L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public. Regards croisés des jurisprudences constitutionnelle et européenne sur un "choix de société" », *A.J.D.A.*, 2014, à paraître.

GIAKOUMOPOULOS (C.), KELLER (M.), LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1994, pp. 1182-1210.

GIRAULT (C.), « La Cour E.D.H. ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *J.C.P.G.*, 2003, pp. 676-682.

GONZALEZ (G.),

- « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 315-320.

- « Les convictions pacifistes peu en cours à Strasbourg », *L.P.A.*, 28 mai 1997, n°64, pp. 33-37.

- « Les entraves à l'installation de "maisons de prière" en Grèce », *R.T.D.H.*, 1997, pp. 521-552.

- « Nouvel éclairage européen sur le prosélytisme ou petite leçon de savoir-vivre sous l'uniforme », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 575-593.

- « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.D.P.*, 2005, pp. 755-815.

- « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse. Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre), *Folgero et autres contre Norvège*, 29 juin 2007 », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 251-271.

- « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 2077-2082.

- « L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *J.C.P.G.*, 2010, pp. 952-955.

- « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 467-484.

- « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *J.C.P.G.*, 2011, n°20, 601.

- « L'éléphant dans le magasin de porcelaine : entrée remarquée des manifestations de la liberté européenne de religion sur le lieu de travail (Cour eur. dr. h., *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013) », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 975-991.

GROSBON (S.), « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'Homme en dit trop… ou pas assez… », *R.T.D.H.*, 2012, pp. 945-968.

GRÜNDLER (T.), ROMAN (D.), « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 685-703.

HERVIEU (N.), « La liberté d'expression aux prises avec la lutte contre les stéréotypes visant les Roms et Tsiganes », *Lettre Actualité Droits-Libertés du C.R.E.D.O.F.*, 21 mars 2012.

HOCHMANN (T.), « Discours de haine et préjugé », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 179-194.

ISSA (F.), MANUELO (V.), « Amnistie pour crimes de guerre », *J.D.I.*, 2013, pp. 1261-1264.

JACQUEMOT (F.), « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka* », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 195-222.

KELLER (R.), « Le Conseil d'Etat affirme le droit des enfants handicapés à l'éducation. Conclusions sur C.E., 8 avril 2009, *Laruelle*, req. n°311434 », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 1260-1264.

KOUBI (G.), GUGLIELMI (G. J.), « La langue de l'enseignement public est le français », *Recueil Dalloz*, 2002, pp. 601-604.

KRENC (F.), « "Liberté négative" d'association, accords de monopole syndical et appartenance obligatoire au barreau (observations sur Cour eur. dr. h., Gde ch., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006) », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 787-815.

LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1029-1049.

LAFFAILLE (F.),

- « La liberté académique doit-elle passer sous les fourches caudines des universités confessionnelles ? », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 215-218.

- « Le néo-guelfisme de la Cour E.D.H. – A propos de l'arrêt *Lautsi bis* (2011) et du crucifix en Italie », *R.I.D.C.*, 2011, pp. 931-947.

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" (en marge de l'arrêt "Broniowski") », *R.T.D.H.*, 2005, pp. 203-224.

LARRALDE (J.-M.), « La Cour européenne des droits de l'Homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus », *R.T.D.H.*, 1999, pp. 277-300.

LE BAUT-FERRARESE (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des malades : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1383-1388.

LECUCQ (O.), « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 141-149.

LEGRAND (A.), « La Croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande », in *Droit Constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, L.G.D.J., Coll. Montchrestien, 489 p., spéc. pp. 289-299.

LEVINET (M.), « L'incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme : à propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres contre Turquie », *R.F.D.C.*, 2004, pp. 207-221.

LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), « Retour sur la notion de collaborateur occasionnel du service public », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 2170-2173.

LUCHAIRE (F.), « Le statut de la Collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *R.D.P.*, 1991, pp. 943-969.

MARGUENAUD (J.-P.),

- « La Cour européenne des droits de l'Homme permet aux petits propriétaires opposants à la chasse de se soustraire à l'envahissement des associations communales de chasse agréées », *R.T.D. civ.*, 1999, pp. 913-917.

- « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit* ? La Cour européenne des droits de l'Homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives », *R.T.D. civ.*, 2000, pp. 434-436.

- « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 739-744.

- « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », *R.T.D. civ.*, 2009, pp. 285-288.

- « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Recueil dalloz*, 2010. 682.

- « Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe. Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, 16 décembre 2010, *A, B et C contre Irlande*, arrêt numéro 25579/05 et Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, 18 mars 2011, *Lautsi contre Italie*, arrêt numéro 30814/06 », *R.T.D.Civ.*, 2011, pp. 303-309.

MARGUENAUD (J.-P.), KURI (D.), « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 2921-2927.

MARGUENAUD (J.-P.), MOULY (J.), « Protection sociale et nationalité : un nouvel exemple de l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit social », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 438-441.

MATHIEU (C.), GUTWIRTH (S.), HERT (DE) (P.),

- « Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'Etat dans l'enseignement public », *J.D.E.*, 2010, pp. 133-138.

- « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin* », *J.E.D.H.*, 2013, pp. 238-268.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.),

- « La République contre Babel. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *R.D.P.*, 1999, pp. 985-1003.

- « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 3017-3018.

MONTECLERC (DE) (M.-C.), « Au nom du "vivre ensemble", la C.E.D.H. admet l'interdiction du voile intégral », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 1348-1349.

PAUTI (C.), « Crucifix dans les écoles : la CEDH condamne l'Italie », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 563-567.

PELLOUX (R.),

- « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 330-339.

- « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1982 », *A.F.D.I.*, 1983, pp. 246-265.

PETTITI (L.-E.),

- « Les écoutes téléphoniques devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.S.C.*, 1990, pp. 615-622.

- « Expulsion d'un étranger atteint du SIDA. L'arrêt *D. contre Royaume-Uni* du 2 mai 1997 », *R.S.C.*, 1998, pp. 169-172.

PLATON (S.), « Le Conseil d'Etat et la reconnaissance des diplômes ecclésiastiques, Note sous C.E., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*, req. n°327663 », *D.A.*, 2010, n°10.

PRADEL (J.), « Une condamnation des écoutes téléphoniques à la française par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 1990, pp. 353-359.

RAIBAULT (P.), « La question du voile devant la CEDH », *D.A.*, 2009, n°1, pp. 27-30.

RAYNAUD (J.), « Expulsion et C.E.D.H. : la précarité des occupants illégaux opposée au concours de la force publique », *A.J.D.I.*, 2011, pp. 153-156.

REITER-KORKMAZ (A.), « Droit à la vie et répression du terrorisme », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 229-270.

RENUCCI (J.-F.),

- « Le droit à être jugé par un tribunal impartial et la renonciation à ce droit ; atteinte au droit au respect de la vie privée par l'effacement de certains passages de lettres privées de détenus : ingérence disproportionnée au but légitime », *Recueil Dalloz*, 1992, pp. 331-332.

- « Droit européen des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1717-1722.

RIBES (D.), « Enseignements et langues régionales : le cas Diwan », *Recueil Dalloz*, 2002, pp. 1954-1956.

RIETIKER (D.), « Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme : l'affaire Neulinger et shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », *R.T.D.H.*, 2012, pp. 377-414.

ROLIN (F.),

- « L'aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 725-729.

- « Le Conseil d'Etat abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 43-45.

ROSENBERG (D.), « L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms (en marge de l'arrêt Chapman) », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 1017-1033.

RUEDIN (X.-B.), « Nouvelles requêtes faisant suite à un premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2014, pp. 195-215.

SCHUTTER (DE) (O.), « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos de l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* du 29 avril 2002 », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 71-111.

SCHWARTZ (R.), Conclusions sur C.E., 29 novembre 2002, *Syndicat national des enseignements du second degré (S.N.E.S.) et autres*, req. n°238653, 238655, 238681, 238710, 240435, Lebon, p. 415.

SUDRE (F.),

- « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.C.*, 1993, pp. 216-220.

- « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'Homme. L'arrêt *Vogt*, de la Cour européenne des droits de l'Homme, ou l'art de l'illusionnisme juridique », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 389-432.

- « La portée du droit à la non discrimination. De l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* », *R.F.D.A.*, 1997, pp. 965-977.

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2005, pp. 1451-1456.

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2008, n°4, I 110.

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 93-98.

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 1476-1482.

SUDRE (F.), LABAYLE (H.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 1250-1256.

SURREL (H.), « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.A.*, 1995, pp. 573-585.

SZYMCZAK (D.),

- « L'arrêt pilote : un remède contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme…à condition de bien lire la notice ! », *J.C.P.A.*, 2006, pp. 661-664.

- « Europe. Décisions de novembre 2007 à janvier 2008 note sous C.E.D.H., 13 novembre 2007, D.H. et a. c/ Rép. Tchèque », *J.C.P.A.*, n°41, 2008, 2225, n°13.

- « Interdiction des discriminations *vs.* Autonomie constitutionnelle des Etats Parties : quelques considérations à propos de l'arrêt Sejdic et Finci c. Bosnie – Herzégovine », *Annuaire de droit européen*, 2009, pp. 795 – 826.

TAILLEFAIT (A.),

- « Les obligations pesant sur les maîtres des établissements d'enseignement privé », *D.A.*, 2004, comm. 173.

- « Illicéité de l'intégration des écoles "Diwan" dans le service public de l'éducation nationale », *D.A.*, 2005, n°4, comm. 48.

TAVERNIER (P.),

- « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.D.I.*, 1985, pp. 191 – 197.

- « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle (de) contre France* », *J.D.I.*, 1993, pp. 759-761.

- « L'affaire du "mur de Berlin" devant la Cour européenne : la transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 1109-1181.

TAWIL (E.), « La loi et la circulaire sur les signes religieux à l'école publique : épilogue devant le Conseil d'Etat », *J.C.P.A.*, 2004, pp. 1412-1413.

TOULEMONDE (B.), « L'enseignement religieux en Alsace-Moselle ne méconnaît ni les principes constitutionnels ni la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 63-67.

TURPIN (D.), « La décision n°557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 16381644.

VERHOVEN (J.), « Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'Homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *R.B.D.I.*, 1970, pp. 353-382.

VIOLA (A.), « Le français doit rester la langue de l'enseignement public », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 1512-1516.

WACHSMANN (P.), MARIENBURG-WACHSMANN (A.), « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de transsexualisme », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 1157-1183.

WEBER (A.), GREWE (C.), « L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 16 mai 1995 relatif au crucifix », *R.F.D.C.*, n°25, 1995, pp. 183-188.

WECKEL (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2010, pp. 183-217.

ZAGREBELSKY (V.), « Questions autour de Broniowski », in *Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg*, *Liber Amicorum Luzius WILDHABER*, Strasbourg, N.P. Engel, 2007, pp. 521-536.

V. DOCUMENTS DE TRAVAIL, RAPPORTS

C.E., 19 décembre 2013, *Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, 36 p.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe,

- 19 mars 1952, *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 10ème session du Comité des Ministres, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=720313&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383.

- 18-19 septembre 2012, *Rapport définitif sur la Croatie adopté par l'E.C.R.I. lors de sa 58ème réunion plénière* (19-22 juin 2012), CM (2012) 107 add1.

Comité Veil, *Redécouvrir le préambule de la Constitution : rapport du comité de réflexion présidé par Simone VEIL*, Paris, La documentation française, 2008, 209 p.

Conseil de l'Europe,

- Rapport explicatif du Protocole 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, S.T.E. n°177, 2000.

- 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'Homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67) 2, 209 p.

- 11 avril 1997, *Rapport explicatif sur la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne*, S.T.E. n°165.

- *La liberté d'expression en Europe. La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2006, 195 p.

DEBRAY (R.), *L'enseignement du fait religieux dans l'Ecole laïque. Rapport à Monsieur le Ministre de l'Education nationale*, Paris, La documentation française, 2002, 35 p.

STASI (B.), *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République : rapport au Président de la République*, Paris, La documentation française, 2003, 78 p.

TOULEMONDE (B.), *La gratuité de l'enseignement. Passé, présent, avenir. Rapport pour le Ministre de l'éducation nationale*, Paris, 2002, La documentation française, 39 p.

INDEX THÉMATIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Affirmative action : voir *discrimination.*

Allemagne : **21, 40, 141, 431, 437-440, 582.**

Arrêt pilote : **383-386, 388.**

Article 46 C.E.D.H. : **374, 379, 381, 391, 393, 593, 669.**

Autorité parentale :
-adoption : **612, 614-615.**
-définition : **612.**
-divorce : **613.**
-retrait provisoire de la garde des enfants : **616.**
-titulaire : **28, 608, 610-611, 613, 620, 636, 650-651, 686, 691.**
-tuteur : **612.**

C

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : **7, 218.**

Châtiment corporel : voir *mesure disciplinaire.*

Consensus : **93, 135-136, 138, 217-218, 222-223, 446, 449-451, 540.**

Conviction : **3, 13, 17, 19-22, 24, 26, 564, 568, 587, 591-593, 608, 613-614, 617, 620, 633, 635, 655-656, 661, 665, 668, 670-671, 675, 678-679, 690, 703.**

Cours de substitution : voir *mécanisme correctif.*

Crucifix : voir *signe religieux.*

D

Détenu : **94-97, 630, 656.**

Diplôme :
-définition : **131-134, 136.**
-obligation positive : **63, 124-126, 129, 133.**
-reconnaissance des études accomplies dans un autre Etat : **138-141, 143-145, 147.**

Discrimination :
-*Affirmative action* : **237-240, 242, 319-320, 322, 403.**
-discrimination à rebours : **246, 294, 318-323.**
-discrimination indirecte : **283, 294-305, 308, 310, 312, 315, 317, 323, 346, 356, 399, 521.**
-discrimination positive : **234-238, 241-247, 250, 252-255, 257-259, 262-263, 318-319, 321-323, 331, 710.**
-renonciation au droit d'être traité sans discrimination : voir *renonciation au droit*

Dispense : voir *mécanisme correctif.*

E

Education (définition) : **8-12, 18, 20, 22, 26.**

Education sexuelle : voir *instruction sexuelle.*

Effet horizontal : **69, 77-81, 149.**

Egalité :
-égalité des chances : **2, 211, 234-235, 262-265, 269-270, 272, 274-275, 277, 280, 283-285, 287, 289-290, 292, 318, 322-323, 327, 331, 407, 710.**
-égalité formelle : **56, 229-233, 241, 248, 268, 295, 402, 406.**
-égalité réelle : **57, 230, 237, 248, 254, 261, 402-403, 405, 701.**

Elève rom : **251, 279, 281-282, 284-285, 287, 305, 308, 311, 314-315, 323, 325-326, 335, 345, 354-361, 364, 366, 372-375, 377, 379-380, 383-384, 386-389, 392-396, 399-401, 405, 709.**

Endoctrinement (voir aussi *prosélytisme*) : **10, 447, 570, 573, 577, 580, 582, 587, 594-597, 605, 607, 646, 674-675, 678.**

Enseignement (définition) : **7, 9-12, 25-27.**

Espagne :
-langue d'enseignement : **109, 166-122.**

Etablissement d'enseignement scolaire privé : **19, 68, 70, 73-74, 80, 86, 88, 90-91, 149, 436, 470, 674.**

Etablissement d'enseignement scolaire public : **73, 83, 89, 149, 170, 410-411, 413, 415, 430, 432, 435-436, 440, 445-446, 449, 454, 466, 500, 502, 507, 522, 540, 557, 559, 679, 693-694.**

Etranger : **201, 204, 206-207, 210, 213, 331, 700.**

F

Financement : **19, 21, 26, 41, 48, 85-87, 89, 91, 212, 274, 698.**

France :
-Laïcité : **43, 507, 510-511, 519, 522, 525-527, 529-531, 533, 548, 584.**
-Langue d'enseignement : **109-116.**

G

Gratuité d'accès aux moyens d'instruction : **152, 204-205, 210-224, 226, 271, 274.**

H

Handicapé : **196-201.**

I

Instruction (définition) : **12.**

Instruction à domicile : **156-157.**

Instruction sexuelle : **564-567, 571, 595, 659, 672-675, 677-678, 708.**

Intérêt de l'enfant : **26, 609, 638-645, 659, 672, 676, 687.**

L

Langue d'enseignement : **99, 101, 103-104, 107, 114, 203, 279, 311, 317, 325, 331, 358, 388, 400, 700.**

Liberté religieuse :
-de l'enfant : **647-650.**
-ingérence : **508, 513-514, 518, 522, 524.**

Limitation implicite : **49, 84, 153, 182-187, 699.**

M

Marge nationale d'appréciation : **39, 44, 52, 62, 91, 146, 148, 219, 226, 229, 336-337, 339, 346-347, 401, 414, 502, 540, 690, 697, 705.**

Mécanisme correctif :
-cours de substitution : **412, 578, 649, 652-653, 661, 665-666, 670, 672, 674-675, 688, 696.**
-dispense : **412, 573, 576, 578, 591, 593, 602, 644-645, 649, 652-653, 655, 659, 661-666, 668-670, 672-675, 678-680, 682, 684, 687-688, 696.**

Mesure disciplinaire :
-châtiment corporel : **81, 610, 620-624, 626-628, 630, 632-636, 661, 686.**
-exclusion : **173-174, 188-191, 193, 204, 506, 508, 512-514, 519-521, 530-531, 533.**
Minorité : **42, 240-241, 281, 289, 308, 317, 320, 324**.

N

Neutralité :
-collaborateur occasionnel : **478.**
-dimension positive/négative : **502.**
-enseignant : **457-463, 466-468, 470-472, 474-475, 477-490, 492-497, 499, 503, 512, 528, 553, 558, 596, 601, 606, 693.**
-environnement scolaire : **447, 449, 453, 501, 513, 557, 596, 607, 633, 693, 703.**
-programmes d'enseignement : voir *prosélytisme*, *endoctrinement*.
-usagers : **505-556.**

Niveau de connaissances : **156-159.**

Numerus clausus : voir *système de sélection*.

O

Obligation positive : **55-56, 59, 61-64, 79-80, 86-87, 90, 98, 125-126, 145, 148, 151, 160, 223, 225, 228, 233, 254, 258, 262, 271, 327, 406, 464, 593, 633, 651, 666, 685, 698.**

Opinion séparée : **66, 136, 165, 169, 217, 223, 269, 281, 288, 323-324, 366, 449-451, 454, 540, 544, 546-547, 551, 553, 627, 634, 657, 667, 683.**

P

Prison : voir *détenu*.

Prisonnier : voir *détenu*.

Problème structurel : **386, 393, 593, 669.**

Proportionnalité : **166, 188, 232, 255, 282, 332, 333-336, 338, 339, 344-345, 347, 349, 351, 353-355, 358-359, 368, 372, 377, 397-399, 405, 507, 516, 519-520, 534, 536, 548, 699.**

Prosélytisme : (voir aussi *endoctrinement*) : **512, 551-552, 596-600, 602, 605, 623, 674, 678, 703.**

R

Renonciation au droit :
-les conditions de la renonciation : **362-367.**
-renonciation au droit d'être traité sans discrimination : **361, 364-365, 367-368, 371-372.**

S

Signe religieux :
-crucifix : **415-418, 420-428, 430, 435-436, 438-440, 442-443, 447-450, 454, 464, 473.**
-foulard : **473, 479, 512, 518-519, 527, 547.**
-signe religieux par destination : **523, 525.**
-voile : **176, 453, 466, 473, 514, 523, 527, 539-540, 550.**

Société démocratique : **1, 46, 51-52, 57, 165, 194, 227, 351, 408-409, 412-413, 443, 453, 455, 461, 475-476, 505, 514, 528, 542, 551, 570, 572, 577, 587-590, 592, 594, 598, 604, 607, 618, 645, 651, 657, 671, 683, 689, 691-692, 695, 704, 708.**

Subsidiarité : **60, 67, 82, 143, 151, 167, 225, 236, 252-253, 258, 271, 307, 310, 369, 383, 400, 542, 603.**

Substance du droit : **26, 49, 84-85, 94, 98, 103-107, 153, 158, 164, 173, 180, 184, 188, 192, 196-198, 227, 229, 260, 262, 270, 402, 406, 519, 529-530, 533, 538-539, 546-547, 559, 627, 643, 654, 657-658, 687, 699.**

Surdoué : **98.**

Système de sélection :
-*numerus clausus* : **166, 168-170, 187, 226.**
-pondération : **162-164.**

T

Travaux préparatoires : **16, 18-21, 26, 34, 55, 67, 82, 87, 91, 93, 148, 212, 219-220, 579, 588, 608, 617, 698, 706.**

U

Université : **27, 84, 132, 134, 138-139, 141, 143, 158-162, 164, 168-170, 176, 190, 193, 200, 214, 216, 240-241, 481, 482, 484, 489-490, 493-495, 497, 499-500, 538-544, 546-548, 550-553.**

V

Voile : voir *signe religieux*.

Vulnérabilité : **366, 387-388, 395, 400, 425, 427, 477, 488, 556, 602, 689.**

INDEX JURISPRUDENTIEL

§ 1. Tables chronologiques de la jurisprudence européenne

A. Cour européenne des droits de l'Homme

Arrêts :

1968

Cour E.D.H., Plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » contre Belgique*, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 : **31, 36, 49, 52, 55, 59, 61-64, 82-83, 88, 95, 97, 101-102, 104, 107, 123, 126-127, 146, 148, 153, 158, 184, 196, 224-225, 248, 251, 327, 334, 353, 397, 698, 706, 709.**

1975

Cour E.D.H., Plénière, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, req. n°4451/70 : **185.**

1976

Cour E.D.H., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark*, req. n°5095/71, 5920/72, 5926/72 : **36, 39, 49, 83, 123, 337, 410, 426, 437, 441, 447, 453, 501, 520, 529, 562-563, 565, 571-573, 586, 589, 594-595, 604, 608, 618, 623, 636, 643, 646, 651, 658, 661-662, 668, 673-675, 678, 681, 684, 689, 691, 706, 708, 709.**

1978

Cour E.D.H., 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni*, req. n°5856/72 : **138, 630-631.**

1979

Cour E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, req. n°6538/74 : **336.**

Cour E.D.H., Plénière, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, req. n°6833/74 : **516.**

Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, req. n°6289/73 : **32, 220, 266, 299.**

1980

Cour E.D.H., 27 février 1980, *Deweer contre Belgique*, req. n°6903/75 : **362.**

1981

Cour E.D.H., Plénière, 13 août 1981, *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*, req. n°7601/76, 7806/77 : **79.**

1982

Cour E.D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, req. n°7611/76, 7743/76 : **10, 26, 49, 73, 84, 173, 188, 189, 619, 624-626, 632-634, 643, 655, 657.**

1985

Cour E.D.H., 28 mai 1985, *Ashingdane contre Royaume-Uni*, req. n°8225/78 : **185.**

Cour E.D.H., Plénière, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, et Balkandali contre Royaume-Uni*, req. n°9214/80, 9473/81, 9474/81 : **293.**

1987

Cour E.D.H., Plénière, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt contre Belgique*, req. n°9267/81 : **186.**

1988

Cour E.D.H., plénière, 24 mars 1988, *Olsson contre Suède*, req. n°10465/83 : **616.**

1989

Cour E.D.H., Plénière, 22 juin 1989, *Eriksson contre Suède*, req. n°11373/85 : **616.**

Cour E.D.H., Plénière, 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, req. n°14038/88 : **208.**

1992

Cour E.D.H., 27 février 1992, *Pfeifer et Plankl contre Autriche*, req. n°10802/84 : **362.**

Cour E.D.H., Plénière, 29 octobre 1992, *Open door et Dublin well woman contre Irlande*, req. n°14234/88, 14235/88 : **348-349.**

Cour E.D.H., 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle contre France*, req. n°12964/87 : **266.**

1993

Cour E.D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, req. n°13134/87 : **69, 73, 75, 81, 83, 149, 627, 640, 645.**

Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis contre Grèce*, req. n°14307/88 : **429, 577, 598, 599, 656, 681.**

Cour E.D.H., 23 juin 1993, *Hoffmann contre Autriche*, req. n°12875/87 : **650.**

Cour E.D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer contre Pays-Bas*, req. n°14448/88 : **269.**

1994

Cour E.D.H., 26 mai 1994, *Keegan contre Irlande*, req. n°16969/90 : **640.**

Cour E.D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, req. n°16798/90 : **62, 79.**

1995

Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, req. n°17851/91 : **460-462, 470.**

Cour E.D.H., 4 décembre 1995, *Bellet contre France*, req. n°23805/94 : **266.**

1996

Cour E.D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz contre Autriche*, req. n°17371/90 : **202.**

Cour E.D.H., 25 septembre 1996, *Buckley contre Royaume-Uni*, req. n°20348/92 : **343.**

Cour E.D.H., 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres contre Grèce*, req. n°18748/91 : **590.**

Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Valsamis contre Grèce*, req. n°21787/93 : **680-683.**

Cour E.D.H., 18 décembre 1996, *Efstratiou contre Grèce*, req. n°24095/94 : **680-683.**

1997

Cour E.D.H., 28 mai 1997, *Pauger contre Autriche*, req. n°16717/90 : **370.**

1998

Cour E.D.H., Gde Chbre, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, req. n°19392/92 : **52.**

Cour E.D.H., 24 février 1998, *Larissis et autres contre Grèce*, req. n°23372/94, 26377/94, 26378/94 : **600-601.**

Cour E.D.H., 9 juin 1998, *Bronda contre Italie*, req. n°22430/93 : **641.**

1999

Cour E.D.H., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres contre France*, req. n°25088/94, 28331/95, 28443/95 : **298-299.**

2000

Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 avril 2000, *Thlimmenos contre Grèce*, req. n°34369/97 : **249, 250.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta contre Italie*, req. n°39221/98, 41963/98 : **641.**

Cour E.D.H., 19 septembre 2000, *Gnahoré contre France*, req. n°40031/98 : **268.**

2001

Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Coster contre Royaume-Uni*, req. n°24876/94 : **343.**

Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Beard contre Royaume-Uni*, req. n°24882/94 : **343.**

Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Jane Smith contre Royaume-Uni*, req. n°25154/94 : **343.**

Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Lee contre Royaume-Uni*, req. n°25289/94 : **343.**

Cour E.D.H., 18 janvier 2001, *Chapman contre Royaume-Uni*, req. n°27238/95 : **343.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne*, req. n°34044/96, 35532/97, 44801/98 : **369.**

Cour E.D.H., 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*, req. n°24746/94 : **300, 306.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 mai 2001, *Chypre contre Turquie*, req. n°25781/94 : **103, 107.**

2002

Cour E.D.H., Gde Chbre, 23 janvier 2002, *Tatjana Slivenko et autres contre Lettonie*, req. n°48321/99 : **206.**

Cour E.D.H., 9 avril 2002, *Podkolzina contre Lettonie*, req. n°46726/99 : **186.**

Cour E.D.H., 28 mai 2002, *McShane contre Royaume-Uni*, req. n°43290/98 : **301.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, req. n°28957/95 : **218, 236, 451.**

2003

Cour E.D.H., 13 février 2003, *Bertuzzi contre France*, req. n°36378/97 : **269.**

Cour E.D.H., 12 juin 2003, *Gutfreund contre France*, req. n°45681/99 : **267, 710.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 8 juillet 2003, *Sahin contre Allemagne*, req. n°30943/96 : **641.**

2004

Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 juin 2004, *Broniowski contre Pologne*, req. n°31443/96 : **385, 386.**

Cour E.D.H., 29 juin 2004, *Zeynep Tekin contre Turquie*, req. n°41556/98 : **537.**

Cour E.D.H., 29 juin 2004, *Leyla Sahin contre Turquie*, req. n°44774/98 : **505, 537.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres contre Moldavie et Russie*, req. n°48787/99 : **104.**

Cour E.D.H., 30 novembre 2004, *Bulski contre Pologne*, req. n°46254/99, 31888/02 : **644, 645.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 30 novembre 2004, *Öneryildiz contre Turquie*, req. n°48939/99 : **38, 135.**

2005

Cour E.D.H., 11 janvier 2005, *Py contre France*, req. n°66289/01 : **186, 532.**

Cour E.D.H., 15 février 2005, *Steel et Morris contre Royaume-Uni*, req. n°68416/01 : **270.**

Cour E.D.H., 12 avril 2005, *Chamaïev et autres contre Géorgie et Russie*, req. n°36378/02 : **102.**

Cour E.D.H., 21 juillet 2005, *Strain et autres contre Roumanie*, req. n°57001/00 : **368, 371.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni (n°2)*, req. n°74025/01 : **94, 223, 386.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, req. n°44774/98 : **27, 84, 94, 123, 137, 160, 173, 176, 184, 188, 430, 453, 482, 486, 500, 505, 518-519, 527, 537, 539-540, 542-544, 546-548, 551-553, 579.**

Cour E.D.H., 13 décembre 2005, *Timichev contre Russie*, req. n°55762/00, 55974/00 : **123, 203, 346.**

2006

Cour E.D.H., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen contre Danemark*, req. n°52562/99, 52620/99 : **190.**

Cour E.D.H., 17 janvier 2006, *Barbier contre France*, req. n°76093/01 : **185.**

Cour E.D.H., 7 février 2006, *D.H. et autres contre République tchèque*, req. n°57325/00 : **281, 288.**

Cour E.D.H., 7 février 2006, *Mürsel Eren contre Turquie*, req. n°60856/00 : **49, 153, 159.**

Cour E.D.H., 14 février 2006, *Parti populaire démocrate chrétien contre Moldavie*, req. n°28793/02 : **640.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2006, *Zdanoka contre Lettonie*, req. n°58278/00 : **186, 261, 340, 343.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 avril 2006, *Stec et autres contre Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et 65900/01 : **256.**

Cour E.D.H., 15 juin 2006, *Moisejevs contre Lettonie*, req. n°64846/01 : **630.**

Cour E.D.H., 20 juin 2006, *Zarb Adami contre Malte*, req. n°17209/02 : **296, 298, 302.**

Cour E.D.H., 19 octobre 2006, *Kök contre Turquie*, req. n°1855/02 : **142.**

2007

Cour E.D.H., Gde Chbre, 29 juin 2007, *Folgero et autres contre Norvège*, req. n°15472/02 : **123, 393, 580, 643, 658, 663, 665-667, 674, 708.**

Cour E.D.H., 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin contre Turquie*, req. n°1448/04 : **38, 393, 578, 591-592, 596, 602, 663, 665, 668, 690.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République tchèque*, req. n°57325/00 : **57, 251, 256, 277-278, 280-281, 283-284, 290-291, 298, 302-303, 305-306, 308, 310, 312, 322, 326, 346, 354, 357, 361-363, 365-368, 377-378, 388, 709.**

2008

Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 janvier 2008, *E.B. contre France*, req. n°43546/02 : **640.**

Cour E.D.H., 5 juin 2008, *Sampanis et autres contre Grèce*, req. n°32526/05 : **251, 256, 277, 279-280, 283, 289, 303, 312-313, 346, 354, 356, 359, 361, 364, 366, 368, 377-378, 380-381, 401, 709.**

Cour E.D.H., 3 juillet 2008, *Tchember contre Russie*, req. n°7188/03 : **629.**

Cour E.D.H., 10 juillet 2008, *Blandeau contre France*, req. n°9090/06 : **267.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, req. n°34503/97 : **38, 86, 135, 222.**

Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Dogru contre France*, req. n°27058/05 : **36, 176, 430, 453, 507, 510, 512-520, 524, 526, 530, 548, 596.**

Cour E.D.H., 4 décembre 2008, *Kervanci contre France*, req. n°31645/04 : **36, 176, 507, 510, 512-519, 524, 526, 530, 548, 596.**

2009

Cour E.D.H., 15 janvier 2009, *Bourdov contre Russie*, req. n°33509/04 : **385.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 février 2009, *Andrejeva contre Lettonie*, req. n°55707/00 : **256.**

Cour E.D.H., 3 mars 2009, *Temel et autres contre Turquie*, req. n°36458/02 : **84, 193-194.**

Cour E.D.H., 23 juin 2009, *Sorguc contre Turquie*, req. n°17089/03 : **489.**

Cour E.D.H., 30 juin 2009, *Etxeberria barrena arza nafarrokoa autodeterminazio bilgunea et aiarako et autres contre Espagne*, req. n°35579/03, 35613/03, 35626/03, 35634/03 : **186.**

Cour E.D.H., 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri contre Italie*, req. n°39128/05 : **490.**

Cour E.D.H., 3 novembre 2009, *Lautsi contre Italie*, req. n°30814/06 : **415-416, 420, 422, 425, 427, 431, 437, 444-445, 546.**

Cour E.D.H., 8 décembre 2009, *Munoz Diaz contre Espagne*, req. n°49151/07 : **256.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci contre Bosnie-Herzégovine*, req. n°27996/06, 34836/06 : **256, 261, 346, 545.**

2010

Cour E.D.H., 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres contre Turquie*, req. n°41135/98 : **533, 551.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 16 mars 2010, *Orsus contre Croatie*, req. n°15766/03 : **123, 256, 277-280, 283-284, 291-292, 303, 311-312, 315, 323-324, 332, 346, 354, 358, 361, 364, 366, 368, 373, 377, 396, 709.**

Cour E.D.H., 15 juin 2010, *Grzelak contre Pologne*, req. n°7710/02 : **671.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk contre Suisse*, req. n°41615/07 : **641**

Cour E.D.H., 23 novembre 2010, *Greens et M.T. contre Royaume-Uni*, req. n°60041/08, 60054/08 : **94, 384, 386.**

2011

Cour E.D.H., 11 janvier 2011, *Ali contre Royaume-Uni*, req. n°40385/06 : **173, 178, 293.**

Cour E.D.H., 17 février 2011, *Andrle contre République tchèque*, req. n°6268/08 : **254.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, req. n°30814/06 : **415, 439, 445, 447-451, 453-454, 501, 557, 581, 596, 626, 633, 659, 693, 703.**

Cour E.D.H., 21 juin 2011, *Ponomaryovi contre Bulgarie*, req. n°5335/05 : **204, 211, 213-214, 216, 223.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 7 juillet 2011, *Stummer contre Autriche*, req. n°37452/02 : **256.**

Cour E.D.H., 19 juillet 2011, *Durdevic contre Croatie*, req. n°52442/09 : **645.**

Cour E.D.H., 20 septembre 2011, *A.A. contre Royaume-Uni*, req. n°8000/08 : **206.**

2012

Cour E.D.H., 10 janvier 2012, *Ananyev et autres contre Russie*, req. n°42525/07, 60800/08 : **385.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 17 janvier 2012, *Stanev contre Bulgarie*, req. n°36760/06 : **185.**

Cour E.D.H., 19 janvier 2012, *Popov contre France*, req. n°39472/07, 39474/07 : **640.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 15 mars 2012, *Aksu contre Turquie*, req. n°4149/04, 41029/04 : **494.**

Cour E.D.H., 3 avril 2012, *Manzanas Martin contre Espagne*, req. n°17966/10 : **256.**

Cour E.D.H., 3 avril 2012, *Michelioudakis contre Grèce*, req. n°54447/10 : **385.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 mai 2012, *Scoppola contre Italie (n°3)*, req. n°126/05 : **94.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 26 juin 2012, *Kuric et autres contre Slovénie*, req. n°26828/06 : **256.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 13 juillet 2012, *Mouvement raélien suisse contre Suisse*, req. n°16354/06 : **409.**

Cour E.D.H., 25 septembre 2012, *Egitim ve bilim emekçileri sendikaisi contre Turquie*, req. n°20641/05 : **101.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 19 octobre 2012, *Catan et autres contre République de Moldavie*, req. n°43370/04, 18454/06, 8252/05 : **49, 84, 104, 153, 184, 188.**

Cour E.D.H., 6 novembre 2012, *Ekoglanost contre Bulgarie*, req. n°30386/05 : **186.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 3 décembre 2012, *Kart contre Royaume-Uni*, req. n°8917/05 : **185.**

Cour E.D.H., 11 décembre 2012, *Sampani et autres contre Grèce*, req. n°59608/09 : **278-279, 283-284, 303, 313, 346, 354, 380-382, 384, 387, 390, 394-395, 401, 709.**

2013

Cour E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, req. n°48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 : **448-450, 464-466, 533.**

Cour E.D.H., 29 janvier 2013, *Horvath et Kiss contre Hongrie*, req. n°11146/11 : **278, 303, 354, 357, 361, 708.**

Cour E.D.H., 2 avril 2013, *Tarantino et autres contre Italie*, req. n°25851/09, 29284/09, 64090/09 : **84, 136, 166, 169, 184, 188.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 22 avril 2013, *Animal defenders international contre Royaume-Uni*, req. n°48876/08 : **411.**

Cour E.D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres contre Grèce*, req. n°7973/10 : **126, 278, 302, 314, 354, 380, 384.**

Cour E.D.H., 9 juillet 2013, *Altinay contre Turquie*, req. n°37222/04 : **153, 163, 165, 184, 187, 217.**

Cour E.D.H., 3 septembre 2013, *M.C. et autres contre Italie*, req. n°5376/11 : **385.**

Cour E.D.H., 24 septembre 2013, *Epistatu contre Roumanie*, req. n°29343/10 : **94.**

Cour E.D.H., 10 octobre 2013, *Pompey contre France*, req. n°37640/11 : **185.**

Cour E.D.H., 17 octobre 2013, *Winterstein et autres contre France*, req. n°27013/07 : **343.**

Cour E.D.H., 24 octobre 2013, *Housein contre Grèce*, req. n°71825/11 : **640.**

Cour E.D.H., 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana management INC contre Suisse*, req. n°5809/08 : **185.**

2014

Cour E.D.H., 9 janvier 2014, *Viard contre France*, req. n°71658/10 : **185.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 28 janvier 2014, *O'Keeffe contre Irlande*, req. n°35810/09 : **632.**

Cour E.D.H., 27 mai 2014, *Velyo Velev contre Bulgarie*, req. n°16032/07 : **96, 706.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 27 mai 2014, *Margus contre Croatie*, req. n°4455/10 : **531.**

Cour E.D.H., 5 juin 2014, *I.S. contre Allemagne*, req. n°31021/08 : **614.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 12 juin 2014, *Fernandez Martinez contre Espagne*, req. n°56030/07 : **458.**

Cour E.D.H., Gde Chbre, 1er juillet 2014, *S.A.S. contre France*, req. n°43835/11 : **551.**

Cour E.D.H., 16 septembre 2014, *Mansur Yalçin et autres contre Turquie*, req. n°21163/11 : **393, 580, 593, 669-670, 685, 706, 708.**

***Décisions* :**

1999

Cour. E.D.H. (recevabilité), 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira contre Luxembourg*, req. n°44888/98 : **644-645.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 16 novembre 1999, *Lukach contre Russie*, req. n°48041/99 : **160-161.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 23 novembre 1999, *Section de Commune d'Antilly contre France*, req. n°45129/98 : **71.**

2000

Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino contre Espagne*, req. n°51188/99 : **567, 595, 675, 708.**

2001

Cour E.D.H. (recevabilité), 15 février 2001, *Lucia Dahlab contre Suisse*, req. n°42393/98 : **463, 473, 478-479, 485-486, 646.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 26 juin 2001, *Bartosz Saniewski contre Pologne*, req. n°40319/98 : **671.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 4 septembre 2001, *Durmaz, Isik, Unutmaz, et Sezal contre Turquie*, req. n°46506/99, 46569/99, 46570/99, 46939/99 : **175.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 22 novembre 2001, *Volkmer contre Allemagne*, req. n°39799/98 : **472.**

2003

Cour E.D.H. (recevabilité), 24 juin 2003, *Garaudy contre France*, req. n°65831/01 : **471.**

2004

Cour E.D.H. (recevabilité), 25 mars 2004, *Vikulov et autres contre Lettonie*, req. n°16870/03 : **206**.

Cour E.D.H. (recevabilité), 18 mai 2004, *Seurot contre France*, req. n°57383/00 : **461, 469-471.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 17 juin 2004, *Ciftci contre Turquie*, req. n°71860/01 : **646.**

2006

Cour E.D.H. (recevabilité), 24 janvier 2006, *Kurtulmus contre Turquie*, req. n°65500/01 : **484-486, 495.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 16 mai 2006, *Deschomets contre France*, req. n°31956/02 : **642.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 11 septembre 2006, *Konrad contre Allemagne*, req. n°35504/03 : **647, 659.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 19 septembre 2006, *Araç contre Turquie*, req. n°9907/02 : **176.**

2009

Cour E.D.H. (recevabilité), 13 janvier 2009, *Kalkanli contre Turquie*, req. n°2600/04 : **199.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 12 mai 2009, *Akat contre Turquie*, req. n°34740/04, 2399/06 : **162.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Bayrak contre France*, req. n°14308/08 : **36, 176, 429-430, 522-523, 530.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Gamaleddyn contre France*, req. n°18527/08 : **36, 176, 430, 522, 530.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Jasvir Singh contre France*, req. n°25643/08 : **36, 176, 430, 521-522, 530.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ranjit Singh contre France*, req. n°27561/08 : **36, 176, 430, 522, 530.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Ghazal contre France*, req. n°29134/08 : **36, 176, 430, 522-523, 530.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 30 juin 2009, *Aktas contre France*, req. n°43563/08 : **36, 176, 430, 522-521, 530**

Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juillet 2009, *Kuraismailoglu contre Turquie*, req. n°29602/05, 41206/05 : **161.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 6 octobre 2009, *Appel-Irrgang contre Allemagne*, req. n°45216/07 : **574-575, 596, 605, 666, 684.**

2010

Cour E.D.H. (recevabilité), 12 octobre 2010, *Cofinfo contre France*, req. n°23516/08 : **275.**

2011

Cour E.D.H. (recevabilité), 7 juin 2011, *Gollnisch contre France*, req. n°48135/08 : **496-498.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 22 novembre 2011, *Soukroma Zakladni Skola Cesta k Uspechu v Praze, S.R.O. et Obcanske Sdruzeni SK contre République tchèque*, req. n°8314/10 : **98.**

2012

Cour E.D.H. (recevabilité), 21 février 2012, *Groza contre Roumanie*, req. n°31017/05 : **180, 198.**

Cour E.D.H. (recevabilité), 6 mars 2012, *Gherghina contre Roumanie*, req. n°42219/07 : **200.**

***Affaire communiquée* :**

Cour E.D.H. (affaire communiquée), 6 mars 2012, *Gherghina contre Roumanie*, req. n°42219/07 : **200.**

B. Commission européenne des droits de l'Homme

***Décisions* :**

1964

Comm. E.D.H., 15 décembre 1964, *Habitants de la région des Fourons contre Belgique*, req.n°2209/64 : **101.**

1970

Comm. E.D.H., 1er avril 1970, *X. contre République fédérale d'Allemagne*, req. n°4445/70 : **656.**

1971

Comm. E.D.H., 19 juillet 1971 et 13 décembre 1971, *Karnell et Hardt contre Suède*, req. n°4733/71 : **576.**

1972

Comm. E.D.H., 14 décembre 1972, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°5608/72 : **613.**

1975

Comm. E.D.H., 13 mars 1975, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°5962/72 : **94.**

Comm. E.D.H., 29 septembre 1975, *X. contre Belgique*, req. n°7010/75 : **97, 128.**

1977

Comm. E.D.H., 9 mars 1977, *40 mères de famille contre Suède*, req. n°6853/74 : **86, 88.**

Comm. E.D.H., 19 mai 1977, *15 étudiants étrangers contre Royaume-Uni*, req. n°7671/76 : **206-207.**

Comm. E.D.H., 5 juillet 1977, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, req. n°7527/76 : **98.**

Comm. E.D.H., 6 juillet 1977, *Association X. contre Suède*, req. n°6094/73 : **190.**

Comm. E.D.H., 11 juillet 1977, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7626/76 : **614.**

Comm. E.D.H., 4 octobre 1977, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7291/75 : **656.**

Comm. E.D.H., 12 décembre 1977, *X. contre Suède*, req. n°7911/77 : **613.**

1978

Comm. E.D.H., 2 mai 1978, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7782/77 : **89.**

Comm. E.D.H., 12 juillet 1978, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7907/77 : **625, 634.**

Comm. E.D.H., 9 octobre 1978, *X. contre Belgique*, req. n°7864/77 : **139.**

1980

Comm. E.D.H., 9 décembre 1980, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°8844/80 : **92, 158, 161.**

1982

Comm. E.D.H., 13 mai 1982, *Sept personnes contre Suède*, req. n°8811/79 : **623.**

Comm. E.D.H., 13 octobre 1982, *X., Y. et Z. contre Royaume-Uni*, req. n°8566/79 : **635.**

Comm. E.D.H., 7 décembre 1982, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, req. n°9461/81 : **90.**

1984

Comm. E.D.H., 6 mars 1984, *Famille H. contre Royaume-Uni*, req. 10233/83 : **59, 156-157.**

Comm. E.D.H., 13 mars 1984, *Mme X. et Mlle X. contre Royaume-Uni*, req. n°9471/81 : **625, 634.**

1985

Comm. E.D.H., 10 octobre 1985, *Glazewska contre Suède*, req. n°11655/85 : **140, 158, 161.**

Comm. E.D.H., 1er décembre 1985, *W. et K.L.C. contre Suède*, req. n°10476/85 : **87.**

1986

Comm. E.D.H., 13 octobre 1986, *B. et D. contre Royaume-Uni*, req. n°9303/81 : **625.**

Comm. E.D.H., 3 décembre 1986, *Lena et Anna-Nina Angelini contre Suède*, req. n°10481/83 : **576-577.**

1989

Comm. E.D.H., 4 décembre 1989, *Simpson contre Royaume-Uni*, req. n°14688/89 : **198.**

1990

Comm. E.D.H., 5 février 1990, *Graeme contre Royaume-Uni*, req. n°13387/88 : **572, 645.**

Comm. E.D.H., 13 décembre 1990, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, req. n°13134/87 : **81.**

1992

Comm. E.D.H., 9 juillet 1992, *Leuffen contre Allemagne*, req. n°19844/92 : **643.**

Comm. E.D.H., 9 septembre 1992, *Sluijs contre Belgique*, req. n°17568/90 : **573-574, 661.**

Comm. E.D.H., 2 décembre 1992, *Jordebo et autres contre Suède*, req. n°13975/88 : **87.**

1993

Comm. E.D.H., 6 janvier 1993, *Kemal Yanasik contre Turquie*, req. n°4524/89 : **173, 191.**

Comm. E.D.H., 3 mai 1993, *Karaduman contre Turquie*, req. n°16278/90 : **176.**

Comm. E.D.H., 3 mai 1993, *Bulut contre Turquie*, req. n°18783/91 : **176.**

Comm. E.D.H., 30 juin 1993, *B.N. et S.N. contre Suède*, req. n°17678/91 : **643.**

Comm. E.D.H., 8 septembre 1993, *Bernard et autres contre Luxembourg*, req. n°17187/90 : **644, 662, 659, 679.**

1995

Comm. E.D.H., 4 juillet 1995, *Klerks contre Pays-Bas*, req. n°25212/94 : **198.**

Comm. E.D.H., 23 octobre 1995, *Sorabjee contre Royaume-Uni*, req. n°23938/94 : **206.**

Comm. E.D.H., 23 octobre 1995, *Jaramillo contre Royaume-Uni*, req. n°24865/94 : **206.**

1996

Comm. E.D.H., 17 janvier 1996, *Bahri Sulak contre Turquie*, req. n°24515/94 : **174, 191, 192, 227.**

Comm. E.D.H., 3 décembre 1996, *Konttinen contre Finlande*, req. n°24949/94 : **465.**

1997

Comm. E.D.H., 17 janvier 1997, *Dabhi contre Royaume-Uni*, req. n°28627/95 : **206.**

Comm. E.D.H., 3 décembre 1997, *Paschali contre Grèce*, req. n°37060/97 : **151.**

1998

Comm. E.D.H., 20 mai 1998, *Petra Karus contre Italie*, req. n°29043/95 : **141.**

Rapports :

Comm. E.D.H. (rapport), 24 juin 1965, *Affaires linguistiques belges contre Belgique*, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 : **63.**

Comm. E.D.H. (rapport), 28 mai 1973, *Karnell et Hardt contre Suède*, req. n°4733/71 : **576.**

Comm. E.D.H. (rapport), 17 décembre 1981, *X. contre Royaume-Uni*, req. n°7907/77 : **625.**

Comm. E.D.H. (rapport), 2 mars 1989, *Warwick contre Royaume-Uni*, req. n°9471/81 : **625.**

Comm. E.D.H. (rapport), 16 juillet 1987, *Joan Vera Brant et autres contre Royaume-Uni*, req. n°9303/81 : **625.**

Comm. E.D.H. (rapport), 6 juillet 1995, *Valsamis contre Grèce*, req. n°21787/83 : **680, 683.**

Comm. E.D.H. (rapport), 11 avril 1996, *Efstratiou contre Grèce*, req. n°24095/94 : **680, 683.**

C. Comité des Ministres

Comité des ministres, 30 septembre 2009, résolution sur l'affaire *Broniowski contre Pologne*, req. n°31443/96 : **385.**

Comité des ministres, 14 septembre 2011, résolution sur l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, req. n°32526/05 : **379, 381, 384.**

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 2 novembre 2011, *Surveillance de l'exécution de l'arrêt dans l'affaire Orsus et autres contre Croatie*, CM/Inf/DH (2011) 46 : **396.**

Comité des Ministres, 5 juin 2014, *Grzelak contre Pologne*, req. n°7710/02 : **671.**

D. Comité européen des droits sociaux

C.E.D.S., 30 mars 2009, *décision sur le bien-fondé : International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) contre Croatie*, réclamation collective n°45/2007 : **677-678.**

E. Cour de justice des Communautés européennes

C.J.C.E., 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundepost*, Aff. 152-73 : **297.**

§ 2. Tables chronologiques de la jurisprudence internationale

A. Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de justice

C.P.J.I. (avis), 6 avril 1935, *Ecoles minoritaires en Albanie*, série A/B, fasc. n°64 : **231.**

C.I.J., 30 novembre 2010, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République démocratique du Congo)* : **531.**

B. Comité des droits de l'Homme

Com.D.H., 23 novembre 2004, *Leirvag et autres contre Norvège*, communication n°1555/2003 : **665.**

Com.D.H., 1er novembre 2012, *Bikramjit Singh contre France*, communication n°1852/2008 : **531, 533.**

Com.D.H., 19 juillet 2013, *Shingara Mann Singh contre France*, communication n°1928/2010 : **531.**

§ 3. Table chronologique de la jurisprudence nationale

A. Jurisprudence française

1) Jurisprudence constitutionnelle

C.C., 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, décision n°91-290 D.C. : **112, 307.**

C.C., 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, décision n°93-322 D.C. : **490.**

C.C., 15 juin 1999, *décision relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, décision n°99-412 D.C : **110.**

C.C., 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, décision n°2001-456 D.C. : **114.**

C.C. 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, décision n°2007-557 D.C. : **307.**

2) Jurisprudence administrative

a) Conseil d'Etat

C.E., 30 avril 1909, *Commune de Saint-Memmie* : **436.**

C.E., 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre* : **477.**

CE, Ass., Avis, 27 novembre 1989, *Port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement publics*, n°346.893 : **510-512, 515, 524.**

C.E., 26 mars 1993, *Pampaloni*, req. n°956/06 : **470.**

C.E., 15 avril 1996, *Association des parents d'élève pour l'enseignement du breton*, req. n°165114 : **116.**

C.E., 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignements du second degré*, req. n°219379, 221699, 221700 : **433.**

C.E., 30 octobre 2001, *Mme Aubin*, req. n°238654 : **115.**

C.E., 29 novembre 2002, *Syndicat national des enseignements du second degré (S.N.E.S.) et autres*, req. n°238653, 238655, 238681, 238710, 240435 : **115.**

C.E., 29 novembre 2002, *Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public et autres*, req. n°248192, 248204 : **115.**

C.E., 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, req. n°269077 : **530.**

C.E., 8 avril 2009, *Laruelle*, req. n°311434 : **199.**

C.E., Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*, req. n°327663 : **126.**

C.E., 13 février 2013, *G.I.S.T.I.*, req. n°353864 : **206.**

b) Tribunal administratif

T.A. Montreuil, 22 novembre 2011, *Mme O.*, req. n°1012015 : **478.**

T.A. Rennes, 4 novembre 2004, *Union nationale des syndicats autonomes éducation*, req. n°013209 : **115.**

c) Tribunal des conflits

T.C., 27 novembre 1995, *Cts Le Troedec*, req. n°02963 : **72.**

B. Jurisprudence américaine (Cour suprême des Etats-Unis)

Cour suprême des Etats-Unis, 18 mai 1896, *Plessy vs Ferguson*, 163 U.S. 537 : **239.**

Cour suprême des Etats-Unis, 17 mai 1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 : **239, 320.**

Cour suprême des Etats-Unis, 8 mars 1971, *Griggs vs Duke Power Company*, 401 US 424 : **296.**

Cour suprême des Etats-Unis, 23 janvier 1989, *City of Richmond vs J.A. Croson*, 488 U.S. 469 : **241.**

Cour suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Gratz vs Bollinger*, 539 U.S. 244 : **241, 320.**

Cour Suprême des Etats-Unis, 23 juin 2003, *Grutter vs Bollinger*, 539 U.S. 306 : **241, 320.**

Cour suprême des Etats-Unis, 24 juin 2013, *Fisher vs University of Texas*, 11-345 : **241, 320.**

Cour suprême des Etats-Unis, 25 juin 2013, *Shelby County vs Holder*, 12-96 : **241.**

C. Jurisprudence espagnole
(Tribunal constitutionnel espagnol)

Tribunal Constitutionnel espagnol, 27 octobre 1983, Sentence n°87/1983 : **117.**

Tribunal Constitutionnel espagnol, 27 octobre 1983, Sentence n°88/1983 : **117.**

Tribunal Constitutionnel espagnol, 6 novembre 1986, Sentence n°137/1986 : **118.**

Tribunal constitutionnel espagnol, 23 juin 1988, Sentence n°123/1988 : **117.**

Tribunal Constitutionnel espagnol, 23 décembre 1994, Sentence n°337/1994 : **117.**

D. Jurisprudence italienne

1) Jurisprudence constitutionnelle

Cour constitutionnelle italienne, 20 novembre 2000, Aff. n°508/2000 : **421.**

2) Jurisprudence administrative

C.E., 27 avril 1988, Avis n°63 : **423.**

E. Jurisprudence allemande
(Cour constitutionnelle allemande)

BVerfGE, 16 mai 1995, *Kruzifix-Urteil*, 1 Bvr 1087/91 : **440, 441.**

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS 5

SOMMAIRE 9

ABREVIATIONS 11

INTRODUCTION GENERALE 15

§ 1. Objet de l'étude : le droit à l'instruction 17

A) La notion retenue : le droit à l'instruction 17

B) Le droit à l'instruction saisi par la Convention européenne des droits de l'Homme 21

1. Le contenu de l'article 2 du Protocole additionnel 22

a. L'historique de l'article 2 du Protocole additionnel 22

b. La structure de l'article 2 du Protocole additionnel 26

2. La nature du droit à l'instruction 29

§ 2. Domaine de l'étude : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 32

§ 3. Objectif de l'étude 37

PARTIE 1.LA GARANTIE D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME 45

TITRE 1. L'EGALITE FORMELLE, OUTIL PRINCIPAL D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION : LE RECOURS UTILE AUX OBLIGATIONS POSITIVES 47

Chapitre 1. L'identification des obligations positives assurant le respect d'un droit universel à l'instruction 49

Section 1. La garantie d'un droit d'accès aux moyens d'instruction 51

§ 1. Les moyens d'instruction visés par la protection de l'article 2 du Protocole additionnel 52

A) Une protection prévue dans la limite des structures scolaires existantes 52

1. L'attribution à l'Etat de faits commis par un établissement d'enseignement scolaire privé 52

a. L'exercice de prérogatives de puissance publique comme critère d'engagement de la responsabilité de l'Etat 54

b. La participation au service public de l'enseignement comme critère d'engagement de la responsabilité de l'Etat 55

c. L'effet horizontal de la Convention comme critère complémentaire d'engagement de la responsabilité de l'Etat 57

2. La garantie d'un droit d'accès aux structures scolaires existantes 60

B) Une protection prévue dans la limite des moyens financiers accordés 62

§ 2. Les revendications exclues du champ de protection de l'article 2 du Protocole additionnel 65

A) Le rejet du droit à une instruction spécifique 66

B) Le rejet du droit à un enseignement dans une langue particulière 69

1. L'octroi d'une marge d'appréciation aux autorités nationales dans le choix de la langue d'enseignement 70

2. Une marge d'appréciation justifiée par la diversité des pratiques nationales. 74

a. Un enseignement exclusif dans la langue nationale : le cas français 75

b. Un enseignement partagé en langues nationale et régionale : le cas espagnol 80

Section 2. La garantie de la reconnaissance officielle des études accomplies 83

§ 1. Une obligation limitée à la délivrance d'un diplôme 83

A) Une reconnaissance laissée à la marge d'appréciation des Etats 84

B) Une reconnaissance garantie par la délivrance d'un diplôme 86

1. La définition classique de la notion de diplôme 86

2. Une définition reprise par le Conseil de l'Europe en vue d'une définition commune aux Etats Parties 88

§ 2. Une obligation extensible à la reconnaissance des diplômes acquis dans un autre Etat ? 90

A) La prudence manifeste des organes de contrôle de la Convention 90

B) Une protection du droit à l'instruction perfectible par la reconnaissance des diplômes acquis dans un autre Etat 94

Conclusion Chapitre 1 99

Chapitre 2. La mise en œuvre des obligations positives assurant le respect d'un droit universel à l'instruction 101

Section 1. L'égalité d'accès aux établissements d'enseignement, un principe essentiel à la mise en œuvre du droit à l'instruction 103

§ 1. La liberté de l'Etat dans la mise en œuvre du principe d'égalité d'accès aux établissements d'enseignement 103

A) La liberté de l'Etat dans la détermination des règles d'admission aux établissements d'enseignement 104

1. L'exigence d'un niveau effectif de connaissances 104

2. La mise en place d'un système de sélection 107

B) La liberté de l'Etat dans la détermination des règles disciplinaires applicables dans les établissements d'enseignement 113

1. Un accès restreint en raison du comportement de l'enseigné 113

2. Un accès restreint en raison du comportement des parents 116

§ 2. La nécessité d'une limitation justifiée, objective et raisonnable 117

A) L'existence de limitations implicites à l'exercice du droit à l'instruction 118

1. Une théorie applicable au droit à l'instruction..... 118

2. Des limitations contrôlées par la Cour..... 121

B) Une justification indispensable à l'immunité de l'Etat 125

1. Une responsabilité limitée des Etats dans la restriction d'accès des personnes handicapées aux établissements d'enseignement..... 125

2. Une responsabilité automatique des Etats en raison de la restriction d'accès aux établissements d'enseignement justifiée par la nationalité 129

Section 2. La gratuité d'accès aux établissements d'enseignement, un principe accessoire à la mise en œuvre du droit à l'instruction 135

§ 1. La position prudente de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard du principe de gratuité 136

§ 2. Une consécration possible pour les établissements d'enseignement scolaire 138

Conclusion chapitre 2 143

CONCLUSION TITRE 1 145

TITRE 2. L'EGALITE REELLE, OUTIL ACCESSOIRE D'UN DROIT UNIVERSEL A L'INSTRUCTION : LE RECOURS MESURE A LA DIFFERENCE DE TRAITEMENT 147

Chapitre 1.L'introduction d'une différence de traitement au service d'un droit universel à l'instruction 149

Section 1. La prise en compte jurisprudentielle des différences de traitement..... 151

§ 1. Le recours prudent à la notion de discrimination positive..... 151

A) Une prudence justifiée par le caractère polémique de la discrimination positive 151

1. La discrimination positive, une notion controversée 152

a. La notion d'affirmative action 152

b. La définition de la discrimination positive 155

2. La prise en compte a minima de la discrimination positive par la Cour européenne des droits de l'Homme..... 158

B) L'admission délicate des mesures de discrimination positive par la Cour européenne des droits de l'Homme 161

1. La réserve de la Cour à l'égard des mesures de discrimination positive .. 161

2. Une admission délicate justifiée par le principe de subsidiarité 164

§ 2. La promotion envisageable de l'égalité des chances 167

A) La promotion de l'égalité des chances à l'école en raison de problèmes financiers 168

1. La jurisprudence relative à l'accès au service public de la justice : source d'inspiration en faveur de la promotion de l'égalité des chances 169

2. Une promotion envisageable en faveur de l'accès aux établissements d'enseignement 171

B) La promotion de l'égalité des chances à l'école en raison de problèmes scolaires 174

1. Une jurisprudence en apparence contraire à la promotion de l'égalité des chances 175

2. Un raisonnement favorable à l'égalité des chances 178

Section 2. Les effets pervers de la différence de traitement 182

§ 1. Le rejet des discriminations indirectes 184

A) La définition tardive d'une discrimination indirecte par la Cour européenne des droits de l'Homme 184

B) Le constat délicat d'une discrimination indirecte 189

1. Le constat d'une discrimination indirecte par la preuve statistique..... 190

2. Le constat d'une discrimination indirecte par l'existence d'une situation « suspecte » 194

§ 2. Le rejet des discriminations à rebours 197

A) Un rejet obligeant à l'exclusion des mesures de discrimination positive 197

B) Un rejet privilégiant l'égalité des chances 199

Conclusion Chapitre 1 203

Chapitre 2. Une différence de traitement soumise au contrôle de proportionnalité 205

Section 1. Une condition essentielle à la validité de la différence de traitement..... 207

§ 1. Un contrôle de proportionnalité au sens strict justifié par l'existence d'une marge d'appréciation 207

§ 2. Un contrôle entier de proportionnalité justifié par l'existence de préjugés raciaux 212

Section 2 Une condition faisant défaut dans le placement des élèves roms dans des classes séparées 216

§ 1. Le contrôle poussé des mesures de placement 217

A) L'examen des tests à l'origine du placement 217

B) L'examen du consentement des parents à la mesure de placement 220

1. Le rappel des conditions nécessaires à la renonciation à un droit garanti 220

2. Une renonciation se heurtant à un intérêt public important 223

§ 2. L'absence de solution efficace en faveur de la scolarisation des enfants roms. 227

A) La persistance du problème de scolarisation des enfants roms 227

B) Les solutions envisageables en faveur de la scolarisation des enfants roms. 232

1. L'utilité limitée du recours à l'arrêt pilote 233

2. L'indication des mesures pertinentes par la Cour européenne des droits de l'Homme 237

Conclusion Chapitre 2 243

CONCLUSION TITRE 2 245

CONCLUSION PARTIE 1 247

PARTIE 2.LA GARANTIE D'UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME 249

TITRE 1. UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITE DANS LES ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PUBLICS 251

Chapitre 1. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité des autorités étatiques dans les établissements d'enseignement publics 253

Section 1. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité des établissements d'enseignement publics 255

§ 1. Une marge d'appréciation initialement limitée 256

A) L'exposition de symboles religieux dans les établissements d'enseignement initialement contraire à une instruction pluraliste 257

1. L'opposition marquée sur la signification du crucifix 257

2. Le rejet de la conception positive du principe de neutralité 261

B) Un constat favorable à la dimension négative du principe de neutralité 264

1. Une dimension négative du principe de neutralité largement répandue en France 264

2. Une dimension négative du principe de neutralité difficilement imposée en Allemagne 268

§ 2. Une marge d'appréciation finalement étendue 272

A) La reconnaissance expresse d'une marge d'appréciation étendue 272

B) Une reconnaissance justifiant la dimension positive du principe de neutralité 276

Section 2. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité variable des enseignants 279

§ 1. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité stricte des enseignants dans les établissements d'enseignement scolaire 279

A) Une neutralité stricte justifiée par le rattachement des enseignants à l'Etat . 280

1. Une condition justifiant la restriction de l'expression des convictions politiques 280

2. Une condition justifiant la restriction de l'expression des convictions religieuses 282

B) Une neutralité stricte justifiée par l'influence sur les élèves 285

1. Une stricte limitation de l'expression des convictions politiques des enseignants 286

2. Une stricte limitation de l'expression des convictions religieuses des enseignants 288

§ 2. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité variable des enseignants à l'Université 292

A) Une exigence de neutralité souple à l'égard des universitaires 293

1. Une neutralité religieuse strictement appliquée aux universitaires 293

2. Une liberté d'expression largement appliquée aux universitaires 295

B) Une exigence de neutralité contrôlée par la Cour 298

Conclusion Chapitre 1 303

Chapitre 2. Un droit à une instruction pluraliste garanti par la neutralité des usagers dans les établissements d'enseignement publics 305

Section 1. Un droit à une instruction pluraliste garanti par l'exigence de neutralité des élèves 307

§ 1. Une exigence de neutralité imposée par une limitation du port des signes religieux à l'école 307

A) Une limitation constitutive d'une ingérence dans l'exercice de la liberté de religion 308

B) Une limitation conforme aux exigences conventionnelles 312

§ 2. Une exigence de neutralité imposée par une interdiction du port des signes religieux à l'école 317

A) Une interdiction constitutive d'une ingérence dans l'exercice de la liberté de religion 318

B) Une interdiction conforme aux exigences conventionnelles 321

Section 2. Un droit à une instruction pluraliste garanti par l'exigence de neutralité des étudiants 326

§ 1. Une exigence laissée à la libre appréciation des autorités étatiques 327

A) Une liberté critiquée 327

B) Une liberté justifiée 331

§ 2. Une exigence délaissant la maturité des étudiants 334

Conclusion Chapitre 2 339

CONCLUSION TITRE 1 341

TITRE 2 UN DROIT A UNE INSTRUCTION PLURALISTE GARANTI PAR LA NEUTRALITE DES PROGRAMMES D'ENSEIGNEMENT 343

Chapitre 1. Un droit à une instruction pluraliste garanti par l'Etat lors de la définition et l'aménagement des programmes d'enseignement 345

Section 1. La liberté affichée de l'Etat lors de la définition et l'aménagement des programmes d'enseignement 347

§ 1. Une autorisation bienveillante de diffusion des informations à caractère potentiellement polémique 347

A) Une liberté affichée en matière d'instruction sexuelle 348

B) Une liberté étendue à l'ensemble des données à caractère philosophique ou religieux 351

§ 2. Une autorisation justifiée par la diversité des pratiques nationales 355

Section 2. La liberté limitée de l'Etat lors de la définition et l'aménagement des programmes d'enseignement 359

§ 1. Une limitation imposée par le respect des règles du pluralisme inhérentes à une société démocratique 360

§ 2. Une limitation imposée par l'interdiction de l'endoctrinement 364

Conclusion Chapitre 1 369

Chapitre 2. Un droit à une instruction pluraliste garanti par les parents lors de la mise en œuvre des programmes d'enseignement 371

Section 1. Une garantie assurée par les titulaires de l'autorité parentale 373

§ 1. Une garantie conditionnée par la détention de l'autorité parentale 373

A) L'influence des titulaires de l'autorité parentale sur leur enfant 374

1. L'identification des titulaires de l'autorité parentale 374

2. L'exercice de l'autorité parentale en matière éducative 377

B) L'influence de l'autorité parentale sur les autorités scolaires : l'exemple de la contestation des châtiments corporels 379

1. L'apparition du contentieux relatif aux châtiments corporels 380

2. L'appréciation de la compatibilité des châtiments corporels avec la Convention 383

a. L'incompatibilité des châtiments corporels avec l'article 3 de la Convention 383

b. L'incompatibilité des châtiments corporels avec l'article 2 du Protocole additionnel 385

§ 2. L'exercice de l'autorité parentale limité par la situation de l'enfant 387

A) La nécessaire prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant 388

1. La référence croissante à l'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 388

2. L'intérêt de l'enfant comme limite au droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques 391

B) La possible prise en compte des convictions des enfants 393

Section 2. Une garantie assurée par la mise en place de mécanismes correctifs 396

§ 1. Une mise en place conditionnée par la revendication de convictions religieuses et philosophiques sérieuses 397

A) La nécessaire légitimité des convictions religieuses et philosophiques revendiquées 397

1. La délicate définition des convictions religieuses et philosophiques 398

2. Le rejet des convictions atteignant la substance du droit de l'enfant à l'instruction 400

B) La preuve facultative de l'appartenance à la conviction revendiquée 401

§ 2. Une mise en place conditionnée par l'accord des autorités scolaires 407

A) Un accord nécessaire pour les cours d'instruction sexuelle 408

B) Un accord nécessaire pour les cours de morale et de religion 412

Conclusion Chapitre 2 417

CONCLUSION TITRE 2 419

CONCLUSION PARTIE 2 421

CONCLUSION GENERALE 425

BIBLIOGRAPHIE 433

INDEX THEMATIQUE 463

INDEX JURISPRUDENTIEL 469

TABLE DES MATIERES 495

La protection du droit à l'instruction a fait l'objet de longues discussions lors des travaux préparatoires à la Convention européenne des droits de l'Homme. Si l'idée d'un droit à l'instruction pour tous s'est très vite imposée dans l'esprit de ses rédacteurs, le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents, qui assurent en priorité l'éducation et l'enseignement de leurs enfants, a fait l'objet de davantage de controverses. Ces hésitations expliquent la présence de ce droit à l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention du 20 mars 1952. Son importance n'est cependant pas à négliger. Qualifié de droit matriciel, le droit à l'instruction participe à la garantie concrète et effective des autres droits et libertés de la pensée protégés par le *corpus* européen. Il assure en cela l'épanouissement de la personne et lui garantit le droit de se déterminer librement. Il peut donc être revendiqué par tous, élève ou étudiant, et peu importe la structure fréquentée (établissement public, privé, scolaire ou supérieur). Consciente de cet enjeu décisif pour la sauvegarde d'une société démocratique, la Cour européenne des droits de l'Homme a su interpréter l'article 2 du Protocole additionnel de manière à assurer un juste équilibre entre la marge nationale d'appréciation et la promotion du droit à l'instruction. Pour cela, elle a mis à la charge des Etats des obligations positives afin d'assurer à chacun la possibilité, notamment, de se servir des moyens d'instruction existants. En garantissant ainsi l'égal accès de tous aux structures existantes, la Cour européenne des droits de l'Homme a également incité les autorités étatiques à respecter les particularités de chacun. A cette fin, une obligation de neutralité leur est imposée aussi bien dans les établissements d'enseignement que dans les programmes dispensés. Aucun élève ni étudiant ne doit se sentir exclu ou stigmatisé en raison de ses convictions propres. La garantie d'un droit universel à l'instruction implique alors la garantie d'un droit à une instruction pluraliste.

Mots clés : Article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, Cour européenne des droits de l'Homme, droit à l'instruction, éducation, enseignement, égalité, neutralité, universalisme, pluralisme, société démocratique.

The Protection of the right to education has been the subject of endness debates troughout the preparatory work on the European Convention of Human Rights. While the idea of a right to education for all was quite evident in the mind of the drafters of the European Convention of Human Rights, the respect for religious and philosophical convictions of parents, who come first in the education of their children, has been more controversial. Theses doubts explain the inscription of this right in Article 2 of the Protocol to the Convention on 20 March 1952. Its importance mustn't be overlooked. Described as a « matrix right », the right to education contributes to a concrete and effective guarantee of the rights and freedoms protected by the European Convention of Human Rights. It ensures personal blossoming and the right to make up their own minds. Therefore, everybody can claim this right, whether it be a pupil or a student, regardless of the institution (public or private school, primary school or further education). Aware of this key issue to protect a democratic society, the European Court of Human Rights has interpreted article 2 of the Protocol in order to reach a fair balance between the national margin of appreciation and the protection of the right to education. That's the reason why the Court requires States to achieve some positive obligations especially to enable everyone to use existing education means. Through the guarantee to an equal access of everyone to education institutions, the European Court of Human Rights also encourages national authorities to observe the distinctive features of each individual. In order to do so, the authorities must remain neutral both in educational institutions and their curriculum. No pupil or student must feel excluded or chastised because of his personal convictions. Then, securing the universal right to education implies securing the right to a pluralistic education.

Key words : Article 2 of the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, right to education, instruction, teaching, equality, neutrality, universalism, pluralism, democratic society.

Discipline : Droit public
Centre de Recherche et de Documentation Européennes et Internationales (C.R.D.E.I.)
Université de Bordeaux, Avenue Léon Duguit, 33608 PESSAC.