

Trimestriel ■ 27^e année ■ N° 105 ■ 1^{er} janvier 2016

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la revue, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

P. BOILLAT, directeur général à la direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers

L. BURGOGUE-LARSEN, professeur à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CAÑÇADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DEL TUFO, professeur à l'Université de Naples Suor Orsola Benincasa.

M. DE SALVIA, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. FLÉCHEUX, ancien bâtonnier et ancien président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HAPPOLD, professeur à l'Université du Luxembourg.

M. HOTTELIER, professeur à l'Université de Genève.

P.-H. IMBERT, ancien directeur général des droits de l'homme au Conseil de l'Europe.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

M. MELCHIOR, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université de Liège.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République argentine.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de

l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

L.-A. SICILIANOS, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

Fr. SUDRE, professeur à l'Université Montpellier I et directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme.

St. TRECHSEL, juge au Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie et ancien président de la Commission européenne des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.), maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

PAR

Julie RINGELHEIM

*Chercheure qualifiée au F.R.S.-FNRS, affiliée au Centre de philosophie
du droit de l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université catholique de Louvain*

Résumé

L'évolution récente du droit européen de la non-discrimination, marquée par la consécration de la notion de discrimination indirecte, permet de porter un nouveau regard sur le problème des inégalités en matière scolaire. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en témoigne. Depuis 2007, la Cour a rendu plusieurs arrêts importants touchant au problème de la discrimination subie par les enfants roms au sein du système scolaire de divers pays, qui se traduit par différentes formes de ségrégation de fait. Mais la portée de cette jurisprudence dépasse le cas particulier de la minorité rom.

Abstract

Recent evolution of European antidiscrimination law, especially the emergence of the concept of indirect discrimination, allows a fresh look at the issue of inequalities in the school system. The case law of the European Court of Human Rights illustrates this change. Since 2007, the Court has issued several important judgments concerning discrimination of Roma children within the school system in various countries, which takes the form of *de facto* segregation. But the significance of this case law goes beyond the special case of the Roma minority.

Introduction

L'école, plus que toute autre institution, est investie d'un rôle majeur dans la réalisation de l'égalité des chances inscrite au cœur de l'idéal démocratique : on attend du système scolaire qu'il transmette à tous les élèves les savoirs et compétences nécessaires pour bénéficier des mêmes opportunités d'accéder aux différentes positions sociales, quelle que soit leur origine socioéconomique ou ethnoculturelle. L'école incarne ainsi l'espoir d'une neutralisation des inégalités sociales ou culturelles de départ et d'une véritable mobilité sociale. En pratique, pourtant, les études de sociologie de l'éducation montrent que, dans la plupart des pays européens, les systèmes éducatifs peinent à remplir cette mission. Loin de contrebalancer les disparités préexistantes, l'institution scolaire, par divers processus, contribue souvent non seulement à reproduire les inégalités, mais en outre à les accentuer, voire à en produire de nouvelles¹. Les recherches pointent en particulier les politiques induisant une orientation différenciée des élèves vers des filières, établissements ou classes distincts en fonction de leurs aptitudes supposées, qui aboutissent fréquemment à une concentration des enfants provenant de milieux défavorisés ou de minorités ethniques dans des écoles ou sections dispensant un enseignement de moins bon niveau et offrant des perspectives d'avenir plus limitées².

Jusque récemment, ces phénomènes, sur le plan juridique, n'étaient pas pensés en termes de discrimination. La définition classique de cette notion – un traitement distinct appliqué à des personnes placées dans une situation analogue sans justification objective et raisonnable – était trop restreinte pour envisager sous cet angle ce type de problème. Mais depuis les années 1990, le droit européen de la non-discrimination a connu une profonde évolution, marquée notamment par l'émergence de la notion de discrimination indirecte³. Selon la définition du

¹ Voy. notamment G. FELLOUZIS, *Les inégalités scolaires*, PUF, Paris, 2014; M. DURU-BELLAT et A. VAN ZANTEN (dir.), *Sociologie du système éducatif – Les inégalités scolaires*, PUF, Paris, 2009; F. DUBET, *L'école des chances – Qu'est-ce qu'une école juste?*, Seuil, Paris, 2004. Pour une synthèse de la littérature sur le sujet, voy. aussi M. EL BERHOUMI, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 445-466.

² Voy. en particulier V. DUPRIEZ, *Séparer pour réussir? Les modalités de groupement des élèves*, Unesco, 2010 et F. DUBOIS-SHAIK et V. DUPRIEZ, « Les défis structurels, organisationnels et cognitifs liés à la gestion de l'hétérogénéité des élèves dans les systèmes éducatifs », *Revue suisse des sciences de l'éducation*, 2013, n° 1, pp. 113-129.

³ Sur cette évolution, voy. notamment D. SCHIEK, L. WADDINGTON et M. BELL (éd.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, 2007; C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, die Keure/la Charte, Bruges/Bruxelles, 2008; E. ELLIS et Ph. WATSON, *EU Antidiscrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; J. RINGELHEIM, G. HERMAN et A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, De Boeck, Bruxelles, 2015.

droit de l'Union européenne, une telle discrimination résulte d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les personnes appartenant à un groupe protégé contre la discrimination, sans être objectivement justifié par un objectif légitime ou sans que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires⁴. En portant l'attention sur l'impact discriminatoire de mesures neutres en apparence, parce que n'opérant pas, dans leur formulation, de différenciation sur la base d'un critère interdit, ce concept présente notamment l'intérêt de permettre d'appréhender les discriminations dites systémiques ou institutionnelles : on vise par là les situations dans lesquelles un ensemble de règles ou pratiques propres à une institution a pour effet de pénaliser les membres d'un groupe ethnique, de genre ou caractérisé par un autre critère de discrimination, sans qu'il y ait forcément volonté délibérée de désavantager cette population et sans que la responsabilité de cet état de fait puisse être attribuée à un individu isolé⁵.

La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne du nouveau regard que cette évolution permet de porter sur la question des inégalités en matière scolaire⁶. Depuis 2007, la Cour a rendu un nombre important d'arrêts touchant à une problématique *a priori* très spécifique : la discrimination subie par les enfants roms dans l'accès à l'éducation⁷.

⁴ Article 2, 2), b), de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O.* L 180 du 19 juillet 2000, p. 22) et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.* L 303 du 2 décembre 2000, p. 16); article 2, 1), b), de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (*J.O.* L 204 du 26 juillet 2006, p. 23).

⁵ Sur cette notion, voy. notamment l'article classique de Ch. McCrudden, «Institutional Discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 2, n° 3, pp. 303-367.

⁶ La Cour de justice de l'Union européenne, en revanche, n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur ce type de question, bien que l'éducation figure expressément parmi les domaines couverts par la directive 2000/43/CE (précitée) relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁷ Sur cette jurisprudence, voy. aussi les deux rapports rédigés par L. Farkas: L. FARKAS, «Report on Discrimination of Roma Children in Education», European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, DG Justice, 2014 (disponible sur http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_childdiscrimination_en.pdf) et L. FARKAS, «Ségrégation des enfants roms dans l'enseignement – La directive sur l'égalité raciale comme moyen de lutte contre la discrimination structurelle», Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, juillet 2007 (disponible sur http://www.non-discrimination.net/content/media/Segregation%20of%20Roma%20Children%20in%20Education%20_fr.pdf).

Inaugurée par l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* rendu par la Grande Chambre le 13 novembre 2007, cette jurisprudence s'est, depuis, enrichie d'une série de décisions concernant d'autres États européens. Si les pratiques dénoncées varient – placement d'un nombre disproportionné d'enfants roms dans l'enseignement spécial destiné aux élèves souffrant de handicap mental (arrêts *D.H. et autres* et *Horvath et Kiss c. Hongrie*⁸); création de classes réservées aux Roms dans des écoles ordinaires (arrêts *Sampanis et autres c. Grèce*⁹ et *Oršuš et autres c. Croatie*¹⁰); assignation des élèves roms à une école fréquentée exclusivement par des Roms (arrêts *Sampani et autres c. Grèce*¹¹ et *Lavida et autres c. Grèce*¹²) –, dans tous les cas, c'est une forme de ségrégation de fait des Roms au sein du système scolaire qui est mise en cause. Mais au-delà de la situation particulière de la minorité rom, ces affaires soulèvent des questions d'une portée plus large, qui intéressent tous les pays d'Europe: comment gérer l'hétérogénéité des niveaux, la diversité ethnique et les disparités socioéconomiques au sein du système scolaire? Y a-t-il discrimination lorsque des mécanismes de sélection *a priori* fondés sur les aptitudes des élèves conduisent à la relégation d'un nombre particulièrement élevé d'enfants d'une origine ethnique déterminée? Et comment répondre aux difficultés d'apprentissage que rencontrent certaines catégories d'enfants sans les isoler de leurs pairs?

À travers cette série d'arrêts, la Cour met en lumière un certain nombre d'obligations s'imposant aux États en vertu des droits fondamentaux dans les réponses à apporter à ces questions. Les fondements de cette jurisprudence sont posés dans l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, qui concerne le problème de la surreprésentation des enfants roms dans les écoles spéciales (I). C'est ensuite la problématique de la création de classes réservées aux Roms dans des écoles ordinaires au motif officiel de répondre à leurs besoins pédagogiques qui est portée à l'attention de la Cour, avec, en particulier, l'affaire *Oršuš et autres c. Croatie* (II). Enfin, les affaires *Sampani* et *Lavida* confrontent la Cour au cas de politiques délibérées de regroupement des élèves roms dans une école publique déterminée (III).

⁸ Arrêt du 29 janvier 2013.

⁹ Arrêt du 5 juin 2008.

¹⁰ Arrêt du 16 mars 2010.

¹¹ Arrêt du 11 décembre 2012.

¹² Arrêt du 30 mai 2013.

I. Surreprésentation des élèves roms dans les écoles pour enfants souffrant de déficiences mentales

L'affaire *D.H.* est introduite par dix-huit enfants roms habitant la ville d'Ostrava en République tchèque. Tous ont été scolarisés dans des écoles dites « spéciales », créées pour accueillir les enfants présentant des déficiences mentales les rendant incapables de suivre l'enseignement ordinaire. Ils allèguent que leur placement dans ces écoles constitue une discrimination liée à leur origine ethnique, contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit la discrimination, combiné à l'article 2 du Premier Protocole additionnel, qui garantit le droit à l'instruction. La République tchèque fait valoir que, conformément à la législation nationale, c'est sur la base de leurs résultats à des tests psychologiques et avec l'accord de leurs parents qu'ils ont été orientés vers ces écoles, afin de répondre à leurs besoins éducatifs. Mais les requérants invoquent les résultats d'une enquête réalisée dans la ville d'Ostrava, qui démontrent une nette surreprésentation des élèves roms dans les écoles spéciales : alors qu'ils ne représentent que 5% de la population en âge scolaire, les Roms constituent plus de la moitié des effectifs de ces écoles¹³. Ces données sont corroborées par les rapports de plusieurs organismes internationaux – Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) et Comité consultatif pour la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales – qui indiquent qu'à l'échelle du pays, 50 à 70% des enfants roms fréquentent des écoles spéciales¹⁴. Cet état de fait est, selon eux, le signe que la procédure appliquée pour identifier les enfants nécessitant un enseignement spécial est entachée de discrimination.

La Chambre à laquelle l'affaire fut initialement confiée conclut, à six voix contre une, à l'absence de discrimination : tout en reconnaissant que les chiffres cités par les requérants concernant la situation générale des enfants roms dans l'éducation en République tchèque sont inquiétants, elle estime qu'ils n'ont pas établi que, dans leur cas personnel, leur placement et leur maintien dans des écoles spéciales « ont été motivés par des préjugés raciaux »¹⁵.

Cette décision sera infirmée par la Grande Chambre : à une majorité de treize voix contre quatre, elle juge qu'il y a bien eu discrimination. Ce retournement s'explique avant tout par une différence d'approche de la notion même de discrimi-

¹³ Arrêt *D.H. et autres*, §§ 18 et 134 (sauf mention contraire, la référence à l'arrêt *D.H. et autres* renvoie à l'arrêt de la Grande Chambre).

¹⁴ *Ibid.*, § 18.

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, § 52.

mination : confirmant une évolution amorcée dans sa jurisprudence antérieure, l'arrêt de la Grande Chambre consacre la notion de discrimination indirecte. Inspirée à l'origine par le concept de *disparate impact* développé dans le droit antidiscriminatoire américain¹⁶, introduite dans les années 1980 par la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes¹⁷, puis formalisée dans les directives de l'Union européenne en matière de discrimination¹⁸, cette notion désigne la discrimination résultant d'une mesure neutre en apparence, parce que ne reposant pas sur un critère interdit, mais qui, dans les faits, désavantage les individus en fonction d'un motif prohibé de discrimination¹⁹. Autrement dit, il s'agit d'une disposition ou pratique qui se révèle discriminatoire dans ses effets plutôt que dans son libellé²⁰.

L'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *D.H.* établit clairement que la discrimination indirecte est interdite par l'article 14 de la Convention, au même titre que la discrimination directe. Une différence de traitement peut consister « en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe »²¹. Examinant les faits de l'espèce sous cet angle, la Cour constate que la loi appliquée aux requérants, qui énonce les conditions de placement

¹⁶ Voy. l'arrêt fondateur de la Cour suprême des États-Unis, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

¹⁷ Voy. C.J.U.E., arrêt *J.P. Jenkins c. Kingsgate Ltd.*, 31 mars 1981, aff. 96/80, *Rec.*, 1981, p. 919 et arrêt *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, 13 mai 1986, aff. 170/84, *Rec.*, 1986, p. 1607.

¹⁸ D'abord codifiée dans la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (*J.O.* L 014 du 20 janvier 1998, p. 6), la notion a été à nouveau consacrée sous une définition modifiée dans les directives antidiscriminatoires adoptées dans les années 2000, citées *supra* à la note 4.

¹⁹ Pour la définition précise de cette notion dans le droit de l'Union européenne, voy. les articles pertinents des directives antidiscriminatoires, cités *supra* à la note 4.

²⁰ Sur la notion de discrimination indirecte, voy. notamment D. SCHIEK, L. WADDINGTON et M. BELL (éd.), *op. cit.* et Ch. TOBLER, « Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte », Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, septembre 2008, pp. 323-475.

²¹ Arrêt *D.H. et autres*, § 184. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour avait déjà admis l'idée qu'une mesure générale emportant des effets négatifs disproportionnés sur un groupe de personnes caractérisées par un critère prohibé de discrimination, pourrait à certaines conditions être considérée comme discriminatoire même si elle n'était pas spécifiquement dirigée contre ce groupe (Cour eur. dr. h., arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, § 154 et décision *Hoogendijk c. Pays-Bas*, 6 janvier 2005). Mais elle n'avait qu'une seule fois abouti à un constat de discrimination dans un cas de figure de cet ordre (Cour eur. dr. h., arrêt *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, discrimination entre hommes et femmes dans la sélection des personnes appelées à servir comme jurés devant un tribunal pénal).

des enfants dans des écoles spéciales, est une mesure générale et *a priori* neutre puisqu'elle ne fait pas référence à un critère ethnique. Mais les données statistiques citées par les requérants – que la Cour juge fiables et significatives²² – montrent que sa mise en œuvre aboutit à l'orientation d'un nombre démesurément élevé d'enfants roms vers de tels établissements: «En dépit de leur neutralité, les dispositions légales pertinentes ont donc, *de facto*, eu des répercussions beaucoup plus importantes sur les enfants roms que sur les enfants non roms, menant à une scolarisation statistiquement disproportionnée des premiers dans les établissements spéciaux»²³.

Le fait qu'une mesure ait un impact négatif disproportionné sur un groupe protégé n'implique cependant pas *ipso facto* qu'il y ait discrimination. Ce constat permet d'établir une *présomption* de discrimination indirecte. Selon le principe du partage de la charge de la preuve, c'est alors au gouvernement, s'il veut renverser cette présomption, de prouver que la différence de traitement résultant des dispositions contestées repose sur une justification objective et raisonnable, non liée à un critère ethnique, et que les moyens utilisés sont proportionnés au but poursuivi²⁴. En l'espèce, le gouvernement tchèque soutient que le placement des requérants dans une école spéciale visait à répondre à leurs besoins éducatifs particuliers établis par des tests psychologiques administrés par des professionnels. En outre, il avait reçu l'assentiment de leurs parents, comme l'exigeait la législation.

Cette double justification est jugée inadéquate par la Cour. Pour ce qui est des tests psychologiques, elle observe que leur fiabilité a été mise en doute par plusieurs organismes indépendants, tels que le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, l'ECRI et le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Conçus en fonction de la population majoritaire, ces tests ne tenaient pas compte des spécificités linguistiques et culturelles de la population rom. Et compte tenu de l'importante marge d'appréciation laissée aux psychologues dans l'interprétation des résultats, il y avait un risque sérieux que leur évaluation soit influencée par les

²² La Cour précise à cette occasion que des statistiques qui, après examen critique, paraissent fiables et significatives, sont un moyen de preuve pertinent de l'impact d'une mesure ou pratique sur un groupe donné (arrêt *D.H. et autres*, § 188). Là encore, elle confirme une évolution entamée dans sa jurisprudence antérieure, en particulier dans l'affaire *Zarb Adami* (voy. arrêt *D.H. et autres*, § 180).

²³ Arrêt *D.H. et autres*, § 193.

²⁴ Sur les règles de preuve en matière de discrimination, voy. I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, «Quels dispositifs pour prouver la discrimination?», in S. van Drooghenbroeck, S. Sottiaux et Ch. Bayart (dir.), *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, la Charte, 2008, pp. 415-461.

préjugés antiroms, très présents dans la société tchèque. Les autorités tchèques elles-mêmes avaient reconnu dans un rapport au Comité consultatif de la Convention-cadre que des enfants roms d'intelligence moyenne ou supérieure étaient souvent placés dans des écoles spéciales à la suite de ces tests. Quant au consentement parental, la Cour rappelle sa position selon laquelle une renonciation à un droit garanti par la Convention ne peut avoir lieu que de manière non équivoque, sur la base d'un consentement éclairé et sans contrainte²⁵. Or, les parents des requérants, souvent sans instruction, étaient mal informés des conséquences de l'affectation de leur enfant à une école spéciale ainsi que des alternatives à ce choix. De plus, le racisme virulent sévissant à l'égard de leur communauté pouvait les inciter à préférer un établissement fréquenté majoritairement par des Roms à une école ordinaire dans laquelle leur enfant risquait d'être isolé et stigmatisé. En tout état de cause, la Cour juge qu'une renonciation au droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale ne saurait être admise²⁶. Aucun des motifs invoqués par le gouvernement ne permet dès lors de justifier la différence de traitement entre enfants roms et non roms. La Cour conclut donc à une discrimination.

Cet arrêt est remarquable à plus d'un titre²⁷. Premièrement, la reconnaissance de la notion de discrimination indirecte induit deux ruptures majeures par rapport au raisonnement tenu par la Chambre. L'arrêt de Chambre se caractérisait par le fait qu'il isolait le cas individuel des requérants du contexte général dans lequel il s'insérait. La Grande Chambre, à l'inverse, évalue la mesure appliquée à ceux-ci à la lumière de l'incidence de la législation sur la population considérée globalement²⁸. C'est là une différence cruciale : l'impact

²⁵ Arrêt *D.H. et autres*, § 202.

²⁶ *Ibid.*, § 204.

²⁷ Voy. aussi les analyses de R. MEDDA-WINDISCHER, «Dismantling Segregated Education and the European Court of Human Rights – *D.H. and Others vs. Czech Republic*: Towards an Inclusive Education?», *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 7, 2007/8, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 19-55 et E. DUBOUT, «L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution? Épilogue dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*», *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 821-856. Voy. également J. RINGELHEIM, «Between Identity Transmission and Equal Opportunities – The Multiple Dimensions of Minorities' Right to Education», in K. Henrard (éd.), *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2013, pp. 91-114.

²⁸ La Cour déclare même: «dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement» (arrêt *D.H. et autres*, § 209).

différencié de la législation n'apparaît que lorsque l'on compare ses répercussions sur les enfants roms et non roms dans leur ensemble, à l'échelle de la ville ou du pays. Tant qu'on s'en tient à une analyse au cas par cas, cet effet reste invisible. En outre, l'arrêt de Chambre, pour conclure à l'absence de violation de la Convention, déclarait qu'il n'était pas prouvé que le traitement dénoncé avait été motivé par «des préjugés raciaux»²⁹. Il suggérait ainsi que l'existence d'une discrimination supposerait la preuve d'une volonté de discriminer chez les auteurs de la mesure. Or, avec le concept de discrimination indirecte, consacré par l'arrêt de la Grande Chambre, la notion de discrimination se voit totalement détachée de l'idée d'intention discriminatoire. Une politique qui défavorise un groupe d'individus en fonction de leur origine ethnique sans justification objective et raisonnable sera jugée discriminatoire, même si tel n'était pas l'objectif recherché. L'arrêt de la Grande Chambre le dit sans ambiguïté : «lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire [...] de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer»³⁰.

Deuxièmement, l'arrêt de la Grande Chambre met au jour certaines implications du droit à l'instruction au sens de la Convention. Il identifie une double dimension dans le tort causé aux requérants de par leur affectation à des écoles spéciales : non seulement ils y ont reçu un enseignement d'un niveau inférieur à celui dispensé dans les écoles ordinaires, mais en outre, ils ont été isolés de la population majoritaire. La Cour parle expressément de la «ségrégation» engendrée par ce système³¹. Toutefois, elle n'approfondit pas l'analyse de ce second aspect du problème³². Elle aurait pu s'inspirer du célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Brown v. Board of Education of Topeka et al.* de 1954, qui déclare que la ségrégation scolaire entre blancs et noirs est, *en tant que telle*, contraire au principe constitutionnel d'égalité, quand bien même l'enseignement dispensé aux deux groupes d'enfants serait de qualité équivalente. Cette conclusion s'appuie sur le constat, opéré par de nombreuses études de psychologie sociale citées dans l'arrêt, que le fait même de séparer certains enfants des autres en raison de leur couleur de peau a des effets délétères sur leur estime de soi et leur statut social : «To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of

²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, § 52.

³⁰ Arrêt de Grande Chambre *D.H. et autres*, § 194. Voy. aussi le § 184.

³¹ Arrêt *D.H. et autres*, § 198.

³² M. Goodwin critique cet aspect de l'arrêt, reprochant à la Cour d'avoir manqué l'occasion de déclarer clairement que la ségrégation est en tant que telle condamnable : M. GOODWIN, «Taking on racial segregation: the European Court of Human Rights at a *Brown v. Board of Education* moment?», *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, n° 3, 2009, pp. 114-126, p. 102.

inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone»³³.

La Cour européenne, dans l'arrêt *D.H.*, reconnaît néanmoins que la scolarisation des enfants roms en République tchèque soulève des problèmes délicats, vu leur situation socioéconomique défavorisée, leurs spécificités culturelles, mais aussi l'hostilité manifestée par nombre de parents non roms à leur rencontre. Le choix entre différents modèles – des écoles uniques pour tous, des structures spécialisées ou des structures intégrées avec sections spécialisées – «représente un exercice difficile de mise en balance des divers intérêts en jeu»³⁴. Mais la pratique consistant à orienter massivement les élèves roms vers des écoles distinctes, destinées aux enfants souffrant de déficiences mentales, ne peut en aucun cas constituer une réponse adéquate. Placés dans ces écoles spéciales, les requérants «ont reçu une éducation qui a accentué leurs difficultés et compromis leur développement personnel ultérieur, au lieu de s'attaquer à leurs vrais problèmes, de les aider à intégrer plus tard les écoles ordinaires et à développer les capacités facilitant leur vie au sein de la population majoritaire»³⁵.

Le problème de la surreprésentation des élèves roms dans les écoles destinées aux enfants présentant des troubles mentaux est revenu à l'attention de la Cour avec l'affaire *Horvath et Kiss c. Hongrie*, jugée le 29 janvier 2013. Appliquant les principes dégagés dans l'arrêt *D.H. et autres*, la Cour, à l'unanimité cette fois, conclut à nouveau à l'existence d'une discrimination. Soulignant que le placement injustifié d'enfants roms dans des écoles spéciales a une longue histoire en Hongrie et que les biais affectant cette procédure ont été reconnus dans le passé, elle déclare que l'État, dans de telles circonstances, a une obligation positive d'éviter de perpétuer des pratiques discriminatoires passées, même lorsqu'elles sont masquées derrière des tests soi-disant neutres³⁶.

II. Des classes constituées uniquement d'élèves roms dans les écoles ordinaires

Si l'affaire *D.H. et autres* soulevait le problème de l'orientation des enfants roms vers des écoles distinctes, des affaires postérieures ont confronté la Cour à un autre phénomène présent dans divers pays d'Europe : la création de classes

³³ *Brown v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

³⁴ Arrêt *D.H. et autres*, § 205.

³⁵ *Ibid.*, § 207.

³⁶ Arrêt *Horvath et Kiss*, § 116.

spéciales réservées aux Roms au sein des écoles ordinaires, au motif officiel de remédier à leur méconnaissance de la langue nationale ou à leurs lacunes d'apprentissage. Cette pratique soulève des questions délicates. D'un côté, il peut paraître pertinent d'organiser des cours différenciés pour les élèves rencontrant des difficultés si l'objectif est de les aider en fin de compte à suivre le programme commun. Mais d'un autre côté, la création de classes distinctes comporte le risque d'enfermer ces enfants dans un cursus parallèle, de niveau inférieur à celui suivi par la majorité. Et lorsque ces élèves appartiennent tous à une minorité stigmatisée comme les Roms, ce système peut, délibérément ou non, constituer un moyen commode de mettre à l'écart des enfants perçus comme indésirables.

La Cour européenne évite d'avaliser ou de condamner «en bloc» le mécanisme des classes séparées. Reconnaisant qu'un tel système crée un risque sérieux de discrimination, elle cherche plutôt à identifier les conditions qui doivent l'entourer pour qu'il soit compatible avec le respect des droits protégés par la Convention. À défaut de telles garanties, l'institution de classes distinctes sera jugée discriminatoire.

Cette problématique se pose d'abord dans l'affaire *Sampanis et autres c. Grèce*³⁷. Les requérants, d'origine roms, sont des parents d'enfants en âge scolaire résidant dans un camp rom à Psari près de la ville d'Aspropyrgos. Ils se plaignent du fait que leurs enfants, inscrits dans l'une des écoles primaires de la ville pour l'année 2005-2006, ont été placés dans des classes séparées, situées dans un bâtiment préfabriqué distinct de l'école principale. Le gouvernement soutient qu'il s'agissait de classes préparatoires, dont la création se justifiait par le fait que ces enfants débutaient l'école à un âge supérieur à celui de l'inscription à l'école primaire et présentaient d'importantes lacunes. L'objectif était selon lui de faciliter leur intégration dans des classes ordinaires par la suite. Mais plusieurs circonstances rendent cette mesure suspecte aux yeux de la Cour. D'abord, ces classes préparatoires étaient fréquentées exclusivement par des élèves roms. Ensuite, leur création s'insère dans un contexte particulier : le début de l'année scolaire avait été marqué par plusieurs manifestations de parents non roms visant à bloquer l'accès de l'école aux enfants roms et c'est à la suite de ces incidents que des classes séparées avaient été créées. Ces éléments, estime la Cour, font naître une forte présomption de discrimination. S'interrogeant sur l'existence d'une justification objective et raisonnable, elle note que les facteurs invoqués par les autorités grecques pour expliquer cette politique ont varié au cours du temps : un document évoque le critère de l'âge, un autre le manque d'espace dans l'école, tandis qu'un troisième se

³⁷ Arrêt du 5 juin 2008.

réfère expressément à l'origine rom des élèves. Par ailleurs, le gouvernement ne démontre pas que les élèves concernés ont été soumis à des tests adéquats pour évaluer leurs aptitudes. Il ne cite aucun cas d'enfant ayant rejoint une classe ordinaire après avoir fréquenté une classe préparatoire. Il n'apparaît pas non plus qu'un système d'évaluation régulière ait été mis en place pour assurer leur intégration dans le cursus ordinaire après leur remise à niveau³⁸. La Cour conclut dès lors que l'affectation de ces enfants à des classes préparatoires spéciales, situées dans une annexe au bâtiment principal de l'école, était constitutive de discrimination³⁹.

La Cour saisit par ailleurs cette occasion pour commenter le rôle qui doit être celui de l'école dans une société démocratique : celle-ci n'a pas seulement pour fonction de transmettre des connaissances, mais joue aussi un rôle d'intégration des enfants de diverses origines. On peut en déduire que la garantie d'une certaine mixité sociale et culturelle participe des considérations qui doivent présider à l'organisation du système scolaire⁴⁰.

Avec l'arrêt *Oršuš et autres c. Croatie*, rendu par la Grande Chambre le 16 mars 2010, la Cour approfondit sa position sur la question des classes réservées. Les faits étaient plus complexes que dans l'affaire *Sampanis*. Était en cause une pratique en vigueur dans certaines écoles primaires croates consistant à créer des classes constituées uniquement d'élèves roms. Mais les Roms fréquentant ces écoles n'étaient pas tous affectés à ces classes spéciales : parmi les deux écoles épinglées dans cette affaire, dans l'une, 70% des élèves roms de l'établissement avaient été placés dans de telles classes tandis que dans l'autre, leur proportion était de 36%. Selon le gouvernement, c'est la maîtrise insuffisante de la langue croate par ces enfants qui avait conduit à la constitution de ces classes séparées afin de mieux répondre à leurs besoins pédagogiques. Un premier arrêt de Chambre avait conclu à l'absence de discrimination, jugeant

³⁸ Un dernier argument invoqué par le gouvernement grec pour justifier la mesure tenait au consentement donné par les parents des enfants à la création de classes distinctes. Rappelant la position adoptée sur ce point dans l'arrêt *D.H. et autres*, la Cour juge que cet élément ne peut constituer une justification acceptable de la mesure (arrêt *Sampanis et autres*, §§ 93-95).

³⁹ *Ibid.*, § 96.

⁴⁰ *Ibid.*, § 66. La Cour renvoie à sa décision dans l'affaire *Konrad et autres c. Allemagne*, dans laquelle elle avait admis qu'un système de scolarisation obligatoire, excluant l'éducation à domicile souhaitée par les requérants pour des motifs religieux, était compatible avec la Convention, dans la mesure où il visait à garantir le droit à l'instruction des enfants, mais aussi à éviter l'émergence d'entités coupées du reste de la société (*Konrad et autres c. Allemagne*, décision du 11 septembre 2006).

cette justification suffisante⁴¹. Mais cette conclusion sera renversée par la Grande Chambre, à une courte majorité de neuf voix contre huit.

Comme dans l'arrêt *D.H. et autres*, la Grande Chambre accorde une grande attention au contexte sociétal dans lequel s'insère cette affaire. Elle précise d'entrée de jeu que placer temporairement des enfants dans une classe séparée au motif qu'ils ne maîtrisent pas suffisamment la langue nationale n'est pas nécessairement discriminatoire. Mais lorsqu'une telle mesure touche de manière exclusive ou disproportionnée un groupe ethnique particulier, des garanties appropriées doivent être mises en place pour éviter qu'elle ne génère une discrimination⁴². En l'espèce, les élèves roms n'étaient certes pas tous placés dans de telles classes, mais *seuls* des enfants roms l'étaient : la différence de traitement en cause était donc bien liée à leur origine ethnique⁴³.

La Cour s'attache alors à vérifier si le système de classes séparées appliqué aux requérants était entouré de garanties suffisantes et effectives. Celles-ci se rapportent toutes à une considération centrale : «le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms ne pouvait passer pour viser un but légitimer que s'il avait pour finalité de permettre aux intéressés d'atteindre un niveau suffisant en croate et d'être transférés dans des classes mixtes dès ce niveau atteint»⁴⁴.

Or, la Cour conclut que les conditions nécessaires pour garantir que le dispositif servait cet objectif faisaient défaut. D'abord, la mise en place de classes distinctes pour les enfants n'ayant pas une maîtrise suffisante du croate ne reposait sur aucune base légale spécifique et claire. De plus, les requérants n'avaient été soumis à aucun test préalable d'évaluation de leur connaissance du croate. Ensuite, une fois placés dans ces classes, ils n'avaient pas reçu d'enseignement adapté destiné à les aider à surmonter leurs insuffisances linguistiques alléguées. Enfin, aucune procédure n'avait été instaurée pour suivre leurs progrès dans l'apprentissage du croate et assurer leur transfert dans des classes mixtes dès qu'ils auraient atteint un niveau suffisant. La Cour observe enfin que tous les requérants ont eu un parcours scolaire chaotique, marqué par un absentéisme élevé et un décrochage précoce, ayant tous quitté l'école sans avoir terminé leurs études primaires.

Ce constat reflète une tendance très répandue au sein de la population rom : selon certaines sources, jusqu'à 84% des Roms de la région abandonneraient

⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Oršuš et autres c. Croatie*, 17 juillet 2008.

⁴² Arrêt de Grande Chambre *Oršuš et autres*, § 157.

⁴³ *Ibid.*, § 153.

⁴⁴ *Ibid.*, § 172.

leurs études avant la fin du cycle primaire. Or les autorités sont restées passives face à cette situation et n'ont pas, par exemple, sollicité les services sociaux pour tenter d'y remédier⁴⁵. Pour toutes ces raisons, tout en reconnaissant la difficulté que pose la scolarisation des enfants roms dans des conditions satisfaisantes dans plusieurs États européens, la Cour juge que le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms ne reposait pas sur une justification objective et raisonnable. Il y a donc eu discrimination.

L'enseignement principal de cet arrêt est qu'un système de classes séparées visant à remédier aux difficultés particulières rencontrées par les élèves appartenant à une minorité ethnique doit, pour rester compatible avec le droit à la non-discrimination, être entouré de garanties strictes. Celles-ci sont de trois ordres : le placement initial dans de telles classes doit reposer sur des critères clairs, transparents et une évaluation adéquate des besoins de ces enfants ; l'enseignement qui leur est dispensé doit être de nature à leur permettre de surmonter leurs lacunes ; une procédure de suivi individualisé doit être mise en place pour garantir leur réintégration dans des classes ordinaires dès que possible.

Mais l'arrêt comporte un second enseignement important : face à un taux aussi élevé de décrochage scolaire que celui observé parmi les Roms de la région en cause, les autorités doivent prendre des mesures positives pour favoriser l'accès à l'instruction de cette population et l'aider à surmonter ses difficultés à suivre le programme d'enseignement⁴⁶. La Cour reconnaît ainsi que de tels phénomènes ne relèvent pas uniquement d'une responsabilité individuelle : l'État a l'obligation positive d'agir pour promouvoir, par des dispositifs adaptés, un accès effectif à l'éducation de populations marginalisées comme la minorité rom. Cette position est réitérée dans l'arrêt *Horvath et Kiss*, qui souligne le caractère structurel des difficultés rencontrées par les Roms en matière d'accès à l'éducation : « In the context of the right to education of members of groups which suffered past discrimination in education with continuing effects, structural deficiencies call for the implementation of positive measures in order, inter alia, to assist the applicants with any difficulties they encountered in following the school curriculum »⁴⁷.

⁴⁵ *Ibid.*, §§ 176-177. La Croatie invoquait également, pour sa défense, l'absence d'objection des parents au placement de leurs enfants dans des classes séparées. La Cour écarte cet argument en se référant là encore à ses observations sur ce point dans l'arrêt *D.H. et autres* (*ibid.*, §§ 178-179).

⁴⁶ *Ibid.*, § 177.

⁴⁷ Arrêt *Horvath et Kiss*, § 104 (cet arrêt n'est disponible qu'en anglais).

III. L'assignation des élèves roms à des écoles fréquentées exclusivement par des Roms

*Sampani et autres c. Grèce*⁴⁸ et *Lavida et autres c. Grèce*⁴⁹, les deux dernières affaires en date dans cette série, mettent en cause une autre forme encore de traitement particulier des élèves roms : il s'agit cette fois de politiques délibérées de regroupement des enfants roms dans des écoles publiques déterminées, bref de la constitution de ce qui apparaît bien comme des « écoles ghettos ».

La première affaire est le prolongement de l'arrêt *Sampanis et autres* évoquée ci-dessus. À la suite de la condamnation de la Grèce par la Cour européenne, le ministère de l'Éducation décida, en vue d'intégrer les élèves roms dans le système éducatif ordinaire, de créer une douzième école primaire à Aspropyrgos, censée accueillir indistinctement des enfants roms et non roms. Elle fut installée dans l'annexe au bâtiment principal de l'école n° 10 qui avait servi à abriter les classes réservées aux Roms dénoncées dans l'arrêt *Sampanis*. Or, en pratique, les autorités locales firent en sorte que seuls les élèves roms soient scolarisés dans cette école. Les familles concernées avaient demandé à ce que leurs enfants soient plutôt inscrits dans l'école n° 10, fréquentée par des élèves non roms. Mais ces demandes restèrent sans réponse. Dans un second temps, un plan fut élaboré par les autorités scolaires régionales pour fusionner les onzième et douzième écoles d'Aspropyrgos afin de remédier à cet état de ségrégation. Mais le maire de la ville et le préfet de la région s'opposèrent à sa mise en œuvre, invoquant le souci d'éviter des incidents provoqués par les parents d'élèves non roms. Le maire affirma en outre, dans une lettre au ministère de l'Éducation, que le « mode de vie » choisi par les « Tsiganes » rendait cette ségrégation nécessaire⁵⁰.

Dans l'affaire *Lavida et autres*, les requérants, originaires de la ville de Sofades, dénoncent la pratique des autorités locales consistant à affecter les élèves roms à une école primaire publique fréquentée exclusivement par des Roms. Alors que la Grèce a institué un système de carte scolaire, en vertu duquel les enfants doivent être scolarisés à proximité de leur domicile, une partie des élèves de cette école habite un quartier situé à une certaine distance de celle-ci et sont transportés en bus jusqu'à cet établissement. En revanche, aucun enfant non rom résidant dans le secteur rattaché à cette école n'y est inscrit. Le ministère de l'Éducation, informé du problème, a reconnu l'existence d'une situation ségrégationniste et proposé plusieurs mesures destinées à y remédier. Mais il a renoncé à les mettre en œuvre en raison de l'hostilité des parents non roms.

⁴⁸ Arrêt du 11 décembre 2012.

⁴⁹ Arrêt du 30 mai 2013.

⁵⁰ Arrêt *Sampani et autres*, § 19.

Contrairement à ce qui était le cas dans les affaires précédentes, il n'était pas allégué cette fois que le placement des enfants roms dans les établissements concernés était motivé par des besoins pédagogiques particuliers. Il s'agissait d'écoles publiques ordinaires censées dispenser le même programme que les autres établissements. Le gouvernement grec en tirait argument pour contester que l'affectation des intéressés à cette école ait eu des répercussions préjudiciables sur leur instruction : les élèves y recevaient le même enseignement qu'ailleurs et bénéficiaient des mêmes possibilités d'accès au cycle secondaire par la suite⁵¹. En conséquence, il ne pouvait selon lui y avoir discrimination. Cette position rappelle la doctrine du «*separate but equal*» qui prévalait dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis jusqu'à l'arrêt *Brown* précité⁵² : selon cette doctrine, il ne serait pas discriminatoire de séparer les individus sur la base de leur couleur de peau tant que le service dispensé aux deux groupes est d'égale qualité. C'est cette idée qui fut invalidée par l'arrêt *Brown* : la haute juridiction américaine y déclare sans ambiguïté que l'institution d'infrastructures éducatives séparées est *intrinsèquement* inégale, compte tenu de l'effet de stigmatisation et d'infériorisation qu'il produit sur ceux qui se voient mis à l'écart en raison de leur origine⁵³.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans ses arrêts *Sampani* et *Lavida*, aboutit à la même conclusion. Dans les deux cas, en effet, elle juge qu'il y a discrimination. C'est dans l'arrêt *Lavida* que sa position est exprimée de la manière la plus nette : la pérennisation de la scolarisation des enfants roms dans une école publique fréquentée exclusivement par des Roms et la renonciation des autorités à des mesures antiségrégationnistes effectives ont constitué une discrimination dans l'accès à l'éducation, même en l'absence de toute intention discriminatoire de la part de l'État⁵⁴.

⁵¹ *Ibid.*, § 65 ; arrêt *Lavida et autres*, § 55.

⁵² Cette doctrine est associée à l'arrêt *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537 (1896)), dans lequel la Cour suprême avait déclaré que la ségrégation dans les transports publics n'était pas contraire au principe d'égalité consacré par la Constitution des États-Unis.

⁵³ «*Separate educational facilities are inherently unequal*» : *Brown v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁴ Arrêt *Lavida*, § 73. L'arrêt *Sampani* conclut que «*dans les circonstances de la présente espèce, les conditions dans lesquelles la douzième école a fonctionné pendant les années scolaires 2008-2009 et 2009-2010 ont en définitive eu pour résultat de discriminer une nouvelle fois les requérants*» (§ 104). Dans cette affaire, les requérants dénonçaient également les conditions matérielles déplorables dans lesquelles l'école n° 12 devait fonctionner : le directeur avait alerté à plusieurs reprises les autorités régionales du fait que les installations ne couvraient pas les besoins élémentaires de l'école et mettaient même en péril la sécurité des élèves et des enseignants. Il alléguait également que le matériel didactique n'était pas adapté aux besoins des élèves de cette école (arrêt *Sampani*, §§ 94-97). Ces éléments sont également pris en compte par la Cour pour conclure à une discrimination.

La Cour établit ainsi clairement qu'une politique délibérée de ségrégation constitue, en tant que telle, une discrimination, indépendamment de la qualité de l'enseignement dispensé. Pour appuyer cette conclusion, elle se réfère à plusieurs instruments internationaux : la Convention de l'Unesco du 14 décembre 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, qui qualifie de discriminatoire l'institution ou le maintien d'un système d'enseignement séparé pour des personnes ou des groupes, sauf dans les cas énumérés à l'article 2; la recommandation CM/Rec(2009)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur l'éducation des Roms et des gens du voyage en Europe et la recommandation générale n° 27 du 16 août 2000 sur la discrimination à l'égard des Roms du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale qui, toutes deux, invitent les États à prévenir et éviter la ségrégation des élèves roms. Elle aurait pu citer également l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, aux termes duquel les États parties condamnent la ségrégation raciale et « s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature ».

Conclusion : au-delà de la question rom

Cette série d'arrêts a permis à la Cour d'affirmer plusieurs principes importants qui éclairent la portée de la norme de non-discrimination dans le champ scolaire.

Elle établit clairement que la pratique consistant à concentrer les enfants d'une certaine origine ethnique dans une école publique déterminée constitue une discrimination, même si l'enseignement qui y est dispensé est de qualité égale à celui délivré ailleurs : la ségrégation ethnique est, en tant que telle, contraire au principe de non-discrimination garanti par la Convention. Mais la Cour condamne également comme discriminatoires des formes plus subtiles de ségrégation, qui résultent de dispositifs de sélection fondés *a priori* sur les aptitudes des élèves.

L'intégration du concept de *discrimination indirecte* a été essentielle pour permettre à la Cour d'établir le caractère discriminatoire de politiques de ce type. Ainsi, un système d'écoles séparées pour les élèves présentant des déficiences mentales peut se révéler discriminatoire lorsqu'il aboutit à ce qu'un nombre anormalement élevé d'enfants appartenant à une minorité ethnique soient placés dans ces établissements spéciaux. Certes, le constat de l'impact négatif disproportionné de cette politique sur la minorité en cause n'implique

pas *ipso facto* qu'il y ait discrimination. Mais il rend la mesure suspecte : il incombe alors aux autorités de prouver qu'en dépit de cet effet, le dispositif repose sur une justification objective et raisonnable, non liée à des facteurs ethniques, et que les moyens utilisés sont proportionnés à l'objectif poursuivi. L'enjeu pour le gouvernement est de démontrer que la procédure de placement des enfants dans de telles écoles repose sur des critères rigoureux, neutres et transparents, qui excluent l'influence de biais et préjugés, même inconscients. Autre cas de figure : l'institution de classes séparées pour les membres d'une minorité ethnique dans les écoles ordinaires, dans le but officiel de remédier à leurs insuffisances linguistiques ou à leurs difficultés d'apprentissage n'est compatible avec le droit à la non-discrimination qu'à condition d'être entourée de garanties strictes. Celles-ci doivent assurer que la mesure répond à des besoins réels chez les élèves concernés, que ceux-ci bénéficient d'un programme de remise à niveau et que tout est mis en œuvre pour garantir leur réintégration dans des classes ordinaires dès que possible. À défaut, ce dispositif sera considéré comme discriminatoire : sous couvert de prise en compte de leurs difficultés particulières, il conduit à la relégation de certains enfants dans un cursus parallèle à raison de leur origine ethnique.

La Cour n'affirme pas seulement que les États doivent s'abstenir de mener des politiques qui, délibérément ou non, ont un effet de ségrégation à l'encontre d'une minorité ethnique. Elle estime également que les autorités ont une obligation positive d'agir pour promouvoir l'accès effectif à l'éducation d'une communauté qui éprouve des difficultés structurelles à s'intégrer au système scolaire. Ainsi, lorsqu'une minorité ethnique précarisée et stigmatisée comme les Roms présente un taux extrêmement élevé d'absentéisme et de décrochage scolaire, l'État ne peut rester passif ; il doit prendre des mesures pour contrer ces phénomènes et tenter d'aider les enfants concernés à suivre le programme d'enseignement.

Un principe important se dégage de cette jurisprudence : pour la Cour, la scolarisation n'a pas seulement pour visée d'instruire les élèves, elle a aussi pour fonction de contribuer à l'intégration sociale des enfants d'origines et de milieux divers. La promotion d'une certaine mixité culturelle et sociale à l'école doit dès lors compter parmi les considérations inspirant l'organisation du système scolaire.

Ces principes, jusqu'à présent, n'ont été appliqués par la Cour européenne que dans des affaires relatives à la scolarisation des enfants roms, l'une des minorités les plus discriminées et les plus défavorisées en Europe, victime de pratiques particulièrement graves d'exclusion au sein du système scolaire. Mais la question se pose des implications de cette jurisprudence pour d'autres contextes. Comme on l'observait dans l'introduction, les systèmes scolaires de

nombreux pays européens recèlent des dispositifs de sélection ou d'orientation qui conduisent à la répartition des élèves entre différentes filières, différents réseaux ou différentes catégories d'écoles n'offrant pas la même qualité d'enseignement ni les mêmes opportunités en termes d'avenir professionnel⁵⁵.

Or, diverses recherches suggèrent que, dans plusieurs pays, de tels dispositifs ont un impact négatif disproportionné sur certains groupes ethniques, générant en particulier une concentration d'enfants d'origine immigrée dans les filières ou établissements les plus dépréciés⁵⁶. En Suisse, par exemple, des études démontreraient une très nette surreprésentation des jeunes issus de l'immigration dans les classes et écoles spéciales destinées aux élèves présentant des «difficultés d'apprentissage» ou des «incapacités physiques ou mentales»⁵⁷.

On pourrait se demander si une telle situation n'est pas révélatrice d'une discrimination indirecte, comparable à celle analysée dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*. Dans de nombreux pays toutefois, apporter en justice la preuve de la surreprésentation d'un groupe ethnique dans certaines catégories d'écoles serait entravé par les difficultés qui entourent le recueil et le traitement de données relatives à l'origine raciale ou ethnique⁵⁸.

Mais les recherches mettent également en évidence un autre phénomène : dans divers pays, ce sont aussi les enfants provenant de milieux socioéconomiques défavorisés qui se trouvent surreprésentés dans les écoles ou filières dévalorisées. Dans la Communauté française de Belgique, en particulier, on observe qu'un nombre disproportionné d'enfants provenant de quartiers de niveau socioéconomique faible sont scolarisés dans l'enseignement dit spécialisé, destiné aux élèves présentant un «retard mental» : les enfants des quartiers les plus défavorisés seraient quatre fois plus nombreux que les enfants des zones les plus favorisées à être inscrits dans ce type d'école (6% contre

⁵⁵ Voy. *supra*, notes 1 et 2.

⁵⁶ V. Dupriez observe par exemple que «la division selon les performances scolaires engendre le plus souvent d'autres clivages, en fonction de l'origine socioéconomique, culturelle ou ethnique. Cette pratique peut donc rapidement entrer en conflit avec l'objectif d'intégration sociale de l'école» (V. DUPRIEZ, *op. cit.*, p. 25).

⁵⁷ F. DUBOIS-SHAIK et V. DUPRIEZ, «Les défis structurels, organisationnels et cognitifs liés à la gestion de l'hétérogénéité des élèves dans les systèmes éducatifs», *Revue suisse des sciences de l'éducation*, 1, 2013, 35^e année.

⁵⁸ L'analyse de ces difficultés dépasse l'objet de cet article. Permettons-nous de renvoyer à J. RINGELHEIM et O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies: Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2010. Voy. aussi J. RINGELHEIM, «Recueil de données, catégories ethniques et mesure des discriminations : un débat européen», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 269-313.

1,5%)⁵⁹. On explique cette situation par le fait que les modalités d'orientation des enfants s'appuieraient sur des tests inadéquats et laisseraient une grande part de subjectivité aux enseignants et centres psycho-médico-sociaux (PMS). Les textes de loi n'excluraient pas clairement la possibilité d'orienter un enfant vers le spécialisé simplement parce qu'il présente un retard scolaire important. Enfin, les parents, qui restent libres d'accepter ou non l'orientation préconisée par les centres PMS, auraient une attitude différente selon leur position sociale : les familles aisées auraient plus de moyens culturels de s'opposer au placement de leur enfant dans de telles écoles et plus de moyens économiques de trouver des solutions alternatives à ses problèmes scolaires⁶⁰. On ne peut manquer d'être frappé par l'analogie entre ces circonstances et les faits dénoncés dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*. Or, l'origine sociale figure expressément parmi les motifs de discrimination mentionnés dans l'article 14 de la Convention. Une telle situation pourrait donc être passée au crible du droit à la non-discrimination.

La Cour européenne pourrait ainsi, un jour ou l'autre, être interrogée sur le caractère discriminatoire ou non de tels dispositifs, au vu de leur impact sur des groupes ethniques ou sociaux défavorisés autres que la minorité rom. Gageons que sa jurisprudence sur la discrimination en matière scolaire n'en est encore qu'à ses débuts.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 105 janvier 2016», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

⁵⁹ A. ROMAINVILLE, «Le spécialisé en Communauté française : un enseignement spécial... pour les pauvres», 10 avril 2015, Observatoire belge des inégalités, disponible sur le site <http://inegalites.be/Le-specialise-en-Communaute>.

⁶⁰ *Ibid.*

Conditions d'abonnement pour 2016

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel: 210 € tvac

Abonnement annuel Europe: 250 € tvac

Abonnement annuel hors Europe: 290 € tvac

Prix au numéro: 65 € tvac

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2016/10.622/7

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

| | |
|--|---|
| <i>In memoriam</i> – Michel Puéchavy par Patrick de Fontbressin | 4 |
|--|---|

DOCTRINE

| | |
|--|-----|
| La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise par Linos-Alexandre Sicilianos | 5 |
| La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme par Frédéric Bernard | 43 |
| Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme : entre obligation positive et ingérence par Adeline Gouttenoire | 61 |
| La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par Julie Ringelheim | 77 |
| De la régulation du port de signes religieux dans les établissements et l'espace publics – L'exemple français ? par Marjolaine Monot-Fouletier | 97 |
| Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux : quelles limites à la coopération judiciaire pénale ? par Sulfiane Neveu | 119 |
| Les défis de l'entrée en vigueur du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par Arnaud Lebreton | 161 |

CHRONIQUE

| | |
|--|-----|
| La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (juin 2014 – juin 2015) par Mihaela Ailincăi et al. | 183 |
|--|-----|

JURISPRUDENCE

| | |
|--|-----|
| Requêtes d'ONG à la Cour européenne des droits de l'homme : la Cour tente (trop) prudemment d'élargir l'accès à son prétoire en contournant ses propres embûches (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt <i>Affaire Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie</i> , 17 juillet 2014) par Laura Van Den Eynde | 227 |
| Les enseignements de l'affaire <i>Tarakhel</i> : le raisonnement enrichi des juges à la source d'une protection renforcée des migrants en Europe (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt <i>Tarakhel c. Suisse</i> , 4 novembre 2014) par Céline Lageot | 245 |
| L'encadrement timide des « perquisitions concurrence » par la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Vinci Construction et GTM Génie Civil et services c. France</i> , 2 avril 2015) par Thierry Bontinck et Anaïs Guillerme | 261 |