Actualités Droits-Libertés du 8 avril 2013

CREDOF – Revue des Droits de l'Homme
Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

DROIT À L'INSTRUCTION (Art. 2 du Protocole n° 1 CEDH) : Le *numerus clausus* et la sélection universitaire passent avec succès l'épreuve européenne

par Nicolas Hervieu

L'espace universitaire n'échappe pas à l'emprise du droit européen des droits de l'homme. Mais sous l'angle du droit à l'instruction, il demeure encore à ce jour une terra incognita pour la juridiction strasbourgeoise. A la faveur d'une récente affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a toutefois pu l'explorer et trancher une question inédite : la conventionalité du mécanisme de numerus clausus et de la sélection universitaire qu'il implique. Le raisonnement forgé à cette occasion interroge cependant. Pour juger le dispositif italien conforme à la Convention, les juges européens ont confirmé que le droit à l'instruction couvrait aussi l'enseignement supérieur. Mais dans ce contexte, une portée limitée lui a été conférée. Au frontispice de l'analyse européenne figure ainsi l'idée selon laquelle le droit d'accès aux institutions universitaires – publiques ou privées – peut être indexé sur les moyens dont elles disposent. Or cette logique, en écho aux affres de la justiciabilité des droits économiques et sociaux, vide quelque peu de sa substance le droit conventionnel à l'instruction universitaire. Et ce, même si la validation européenne du numerus clausus ne prête pas en soi le flanc à la critique.

Lire le texte intégral sur le site de la *Revue des Droits de l'Homme*

Une société libre dépend de la présence d'universités libres (opinion du Justice Frankfurter dans l'affaire *Sweezy v. New Hampshire* – 354 US 234 (1957) – : « *dependence of a free society on free universities* »). Mais est-ce alors à dire qu'une telle société exige aussi un libre accès de tous à l'Université ? D'une persistante actualité, cette interrogation est loin d'être inédite. Elle fait d'ailleurs écho aux débats récurrents sur la sélection universitaire, en particulier en France. Un tel enjeu n'avait pourtant pas encore eu l'occasion d'être explicitement examiné au sein du prétoire du Palais des Droits de l'Homme. Dans ce contexte, l'affaire *Tarantino et autres c. Italie* retient donc nécessairement l'attention puisque **pour la première fois, la Cour européenne des droits de l'homme avait à se prononcer sur la conventionalité du *numerus clausus* universitaire**.

Ce mécanisme induit une restriction de l'accès à l'Université. Il fixe en effet un nombre maximal de candidats autorisés à intégrer la formation délivrée par un établissement d'enseignement supérieur. Le plus souvent, comme c'est le cas en Italie pour la faculté de médecine, la sélection sera opérée par un concours d'entrée. Dans son arrêt rendu le 2 avril 2013, la juridiction strasbourgeoise n'y voit pas matière à condamnation de l'Etat italien. A une majorité de six juges contre un, la formation de Chambre n'identifie aucune violation du droit à l'instruction (Art. 2 du Protocole n° 1). Sans que cela ne suscite la surprise, ni appelle en soi la critique, la Cour accepte donc le principe même d'un tel mécanisme de filtrage et de sélection universitaire. La solution strasbourgeoise n'a toutefois pas valeur de blanc seing absolu conféré aux autorités étatiques. Certes, et indubitablement, **une très vaste liberté leur est concédée au point de réduire à portion congrue les implications conventionnelles du droit à l'instruction dans l'enseignement supérieur**. Mais le raisonnement juridictionnel forgé à cette occasion n'est lui-même pas dénué d'enseignements, tant l'arrêt *Tarantino c. Italie* recèle diverses virtualités contentieuses qu'il appartiendra à la Cour de développer à l'avenir.

Ce sont les espoirs déçus d'aspirants étudiants qui ont nourrit les velléités et prétentions

contentieuses dont, *in fine*, les juges européens ont eu à connaître. Parmi les huit requérants italiens ayant saisi la Cour européenne des droits de l'homme, une avait échoué à trois reprises au concours d'entrée de la faculté de médecine (§ 6). Les sept autres exerçaient déjà les métiers de techniciens ou hygiénistes dentaires depuis plusieurs années lorsqu'ils se présentèrent au concours d'entrée de l'école dentaire. Mais pour six d'entre eux, ce fut sans succès (§ 11-12). Quant au dernier, il avait réussi ce concours d'entrée. Néanmoins, faute de s'être présenté aux autres examens universitaires durant les huit années qui suivirent, il perdit finalement le bénéfice de son statut d'étudiant (§ 13).

Ces contentieux italiens parvinrent à Strasbourg avec une inhabituelle célérité. A l'exception de l'aspirante étudiante en médecine qui usa – en vain – d'une voie de recours spécifique devant le Président italien de la République (§ 7), les huit requérants s'abstinrent en effet de tout recours devant les juridictions internes. A leurs yeux, ces recours étaient ineffectifs car selon une jurisprudence bien établie, la Cour suprême administrative a déjà admis la conformité du mécanisme de *numerus clausus* contesté au regard tant de la constitution italienne que du droit de l'Union européenne (§ 14). Dans ces conditions, les intéressés décidèrent d'introduire sans plus attendre leurs requêtes devant la juridiction européenne. Or au stade de la recevabilité, un tel comportement contentieux posait bien sûr la question de l'épuisement des voies de recours internes (Art. 34). Mais à l'instar d'un récent arrêt (Cour EDH, 2e Sect. 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, Req. n° 54270/10 – ADL du 29 août 2012), la Deuxième Section de la Cour s'est rallié à la lecture des requérants. Il est ainsi jugé que **la saisine des juridictions nationales était superflue, puisque vouée à l'échec** (§ 31 – sur la souplesse européenne quant à l'épuisement des voies de recours internes, v. not. Cour EDH, 3e Sect. Dec. 15 mai 2012, *Colon c. Pays Bas*, Req. n° 49458/06 – ADL du 8 juin 2012).

En franchissant ainsi le cap de la recevabilité (§ 34) et en refusant d'esquiver les requêtes au motif qu'elles seraient prématurées (*comp.* à Cour EDH, 2e Sect. Déc. 28 juin 2011, *Association "Ligue des musulmans de Suisse" c. Suisse* et *Hafid Ouardiri c. Suisse*, *Resp.* Req. no 66274/09 et no 65840/09 – ADL du 15 juillet 2011), les juges européens manifestent leur souhait de se prononcer enfin sur le *numerus clausus* et la sélection universitaire. A titre principal, c'est logiquement **sur le terrain du droit à l'instruction** que se tiendra l'examen strasbourgeois.

L'espace de l'enseignement supérieur n'est en effet aucunement exclu du champ conventionnel. La jurisprudence de la Cour a ainsi clairement établi que « *les garanties de l'article 2 du Protocole n° 1 s'appliquent aux établissements de l'enseignement supérieur [et] que le droit à l'accès à ces établissements d'enseignement supérieur existants […] constitue un élément inhérent au droit* » à l'instruction (§ 43 – v. Cour EDH, G.C., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, Req. n° 44774/98, § 134-142 ; sur l'applicabilité de ce texte aux contentieux universitaires, v. Cour EDH, 2e Sect. 3 mars 2009, *Temel et autres c. Turquie*, Req. n° 36458/02 – ADL du 3 mars 2009). **Cette large étendue reconnue au droit à l'instruction, jusqu'à couvrir l'espace universitaire, va toutefois de pair avec une variation de sa portée**. L'intensité de ce droit fluctue selon « *les différents niveaux d'éducation* » (§ 44). Ainsi, dans un arrêt de 2011, la Cour a souligné que « *la marge d'appréciation de l'Etat […] 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* » (§ 56). En conséquence, « *pour l'enseignement universitaire, qui demeure à ce jour facultatif pour bien des gens, l'imposition de frais [de scolarité] en général […] peut, dans les circonstances actuelles, être considérée comme pleinement justifiée* » (Cour EDH, 4e Sect. 21 juin 2011, *Ponomaryovi c. Bulgarie*, Req. n° 5335/05, § 56 – ADL du 22 juin 2011 ; sur les ressources des étudiants étrangers en France, v. CE, 13 février 2013, *Gisti*, n°353864 – ADL du 17 mars 2013).

Cette dialectique entre, d'une part, la vaste étendue de regard européen au titre du droit à l'instruction et, d'autre part, la portée limitée de son contrôle dans le contexte universitaire est l'un des clefs majeures de compréhension de l'arrêt *Tarantino c. Italie*. Certes, la Cour refuse d'abandonner le terrain universitaire et exclut qu'il échappe à l'emprise conventionnelle. Certes également, le raisonnement européen est jalonné d'importantes virtualités contentieuses qui encadrent l'action étatique. Mais dans le même mouvement, les juges prennent aussi bien soin de concéder une importante liberté aux États (*comp.* à Cour EDH, G.C. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, Req. n° 57813/00 – ADL du 6 novembre 2011 ; Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07 – ADL du 26 février 2013). **Cette liberté étatique est d'autant plus vaste**

que la présente affaire touche aux implications économiques et sociales du droit à l'instruction (§ 44). L'ensemble de l'analyse européenne est littéralement infusé par cette particularité, qui suscite habituellement prudence voire frilosité dans la jurisprudence strasbourgeoise (v. ADL du 30 janvier 2013 *au point 3°* ; ADL du 18 novembre 2012 *au point 3°* et ADL du 27 mars 2012 *au point II*). La progression contentieuse de la Cour en atteste amplement.

Juger que le mécanisme contesté de *numerus clausus* était bien prévu par la loi italienne (§ 47) et poursuivait un but légitime (§ 48) ne fut guère difficile pour la Cour. Le respect de ces deux premiers critères de conventionalité n'était effectivement pas débattu. Il importe cependant de ne pas négliger ces premiers temps de l'analyse européenne. En particulier, la manière dont les juges ont qualifié les objectifs de *numerus clausus* n'est pas anodine. A leurs yeux, **ce mécanisme de sélection universitaire aspirait à « *parvenir à de hauts niveaux de professionnalisme, en garantissant un niveau minimum et adéquat de formation au sein des universités dans des conditions appropriées, [cette ambition] étant d'intérêt général* »** (§ 48 – « *the legitimate aim of achieving high levels of professionalism, by ensuring a minimum and adequate education level in universities running in appropriate conditions, which is in the general interest* »). Cette idée oriente le raisonnement juridictionnel, tout particulièrement au dernier stade du contrôle européen.

Afin d'évaluer la proportionnalité du mécanisme de *numerus clausus*, la Cour use formellement d'une logique de « *mise en balance* » entre « *les intérêts individuels des requérants* » et « *ceux de la société dans son ensemble, ce qui inclut les autres étudiants suivant une formation universitaire* » (§ 50). D'emblée et en soi, **cette approche est contestable en ce qu'elle place sur un pied d'égalité le droit conventionnellement garanti et les motifs de sa possible restriction** (pour une critique de cette approche, v. ADL du 5 avril 2012 *point 1°* sur Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas,* Req. n° 42857/05 ; v. aussi Cour EDH, 5e Sect. 14 mars 2013, *Eon c. France*, Req. n° 26118/10 – ADL du 20 mars 2013 et Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c. Suisse*, Req. n° 16354/06 – ADL du 18 juillet 2012). Une telle lecture est tout particulièrement inopportune sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 2. Ce texte consacre certes le droit à l'instruction de manière négative (« *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* »), mais il ne prévoit aucun motif textuel de restriction. **Cet exercice rhétorique de mise en balance fait d'ailleurs immédiatement apparaître un fort déséquilibre au détriment du droit à l'instruction**. Les considérations économiques pèsent ainsi fortement à l'heure de formaliser les intérêts concurrents en présence. La Cour rappelle dès ce moment que **« *les besoins et les ressources de la communauté et de chaque personne* » nuancent le droit à l'éducation, en particulier « *dans le contexte de l'enseignement supérieur, à savoir ici le secteur tertiaire* »** (§ 50).

Il était pourtant loisible à la Cour de fonder son constat de non-violation en se plaçant plus clairement du point de vue de l'intérêt même des aspirants étudiants. Elle tend d'ailleurs à le faire, au détour d'une assertion clef : « ***l'évaluation des candidats via des tests pertinents afin d'identifier les étudiants les plus méritants est une mesure proportionnée visant à garantir un niveau minimal et adéquat d'enseignement à l'université*** » (§ 50 – « *in relation to the entrance examination, the Court notes that assessing candidates through relevant tests in order to identify the most meritorious students is a proportionate measure to ensure a minimum and adequate education level in the universities* »). Dès lors, **la juridiction européenne admet *en soi* la conventionalité des concours d'entrée obligatoire et, par ricochet, des autres mécanismes de sélection conditionnant l'accès à l'enseignement supérieur**. Mais la Deuxième Section ne se borne pas à tolérer l'existence même du *numerus clausus*. Elle examine aussi les conditions de son utilisation au travers des deux critères avancés par l'Italie : les capacités et ressources nécessaire à la formation des étudiants (**1°**) et l'existence d'un besoin social de diplômés pour une profession particulière (**2°**). Or à chacune de ces étapes, la Cour manifeste une nette mansuétude envers les autorités étatiques.

1°/- Le critère des capacités et ressources : une lecture *a minima* du droit à l'instruction dans l'enseignement supérieur

Le regard européen porté sur le critère des « *capacités et ressources potentielles des universités* » (§ 50) est équivoque. Selon la Cour, la prise en compte des ressources matérielles de l'enseignement

supérieur est « *clairement pertinente et indubitablement acceptable* » pour fonder et orienter la pratique du *numerus clausus* (§ 51 – « *the first criterion, resource considerations are clearly relevant and undoubtedly acceptable* »). Afin d'étayer cette affirmation, la juridiction européenne réaffirme que « *la Convention n'impose pas [aux Etats] d'obligations spécifiques concernant l'ampleur des moyens d'instructions et la manière de les organiser ou de les subventionner* » (§ 51 – Com. EDH, Dec. 9 décembre 1980, *X c. Royaume-Uni*, Req. n° 8844/80 ; Cour EDH, 2e Sect. 13 janvier 2000, *Georgiou c. Grèce*, Req. n° 45138/98). Mais surtout, la Cour en conclut que « *le droit d'accès à l'instruction ne s'applique que dans la mesure où il existe et dans les limites qui l'encadrent* » (§ 51). Or « ***de telles limites sont souvent dépendantes des moyens financiers nécessaires au fonctionnement de ces institutions, dont, entre autres, les ressources humaines, matérielles et financières en lien avec d'autres considérations telle que la qualité de ces ressources*** » (§ 51 – « *a right to access to education only in as far as it is available and within the limits pertaining to it. […] such limits are often dependent on the assets necessary to run such institutions, including, inter alia, human, material and financial resources with the relevant considerations, such as the quality of such resources.* »).

La Cour opte donc pour **une vision particulièrement restrictive du droit à l'éducation dans le contexte universitaire**, jusqu'à en remettre en cause la substance même. En conditionnant directement le droit d'accès à l'enseignement supérieur aux ressources disponibles, **les juges renversent totalement la logique qui irrigue traditionnellement le raisonnement européen sur les implications économiques d'un droit conventionnel**, fut-il qualifié de « *civil ou politique* ». Ainsi, dans le célèbre arrêt *Airey c. Irlande*, si souvent érigé en *doxa* strasbourgeoise à ce sujet, la Cour part du constat de l'existence d'un droit conventionnel, puis elle en dérive ensuite – au nom de son effectivité et de la « *protection réelle et concrète de l'individu* » – une obligation étatique d'action. Et ce, même si cela « *risqu[e] d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux* » et a des incidences matérielles pour l'Etat (v. Cour EDH, Ch. 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, Req. n° 6289/73, § 26). Or dans l'arrêt *Tarantino*, la Deuxième Section procède bien différemment. Elle commence au contraire par affirmer que le fonctionnement des établissements universitaires publics exige des moyens conséquents, afin de justifier une lecture restrictive du droit à l'instruction. Le renversement est frappant et porte la marque de **la traditionnelle réticence juridictionnelle vis-à-vis de la justiciabilité des droits économiques et sociaux** (v. « La Justiciabilité des droits sociaux », in *RevDH*, n° 1, juin 2012 ; v. ADL du 27 mars 2012 *au point II* sur Cour EDH, G.C. 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, Req. n° 30078/06 ; lire aussi l'opinion partiellement dissidente du juge Pinto de Albuquerque).

Cette inflexion assez spectaculaire – à défaut d'être réellement surprenante – est d'autant plus inquiétante que son ampleur n'est pas clairement bornée. La Cour n'a effectivement pas toujours précisé si son analyse visait le droit à l'éducation dans son ensemble, ou si elle était propre au contexte spécifique de l'enseignement supérieur. Tout au plus indique-t-elle *in fine* que ce conditionnement du droit à l'éducation à l'existence de moyens suffisants « *est valable* ***en particulier lorsque les universités sont gérées par l'Etat*** » (§ 51 – « *This is relevant particularly when the universities are State-run* »). Mais cette précision surgit d'abord pour introduire l'examen d'une autre situation dans laquelle le *numerus clausus* est mis en œuvre en Italie : l'accès aux universités privées.

Dans ce dernier contexte, ce sont des ressources privées qui conditionnent l'accès aux établissements universitaires. Dès lors, il est « *possible d'accroître le nombre d'étudiants admis sans faire peser un poids important sur l'Etat et ses structures* », même si le secteur éducatif privé italien dépend aussi pour partie de subsides publics (§ 52). Pourtant, et de manière notable, **la Cour ne juge pas ce fait suffisant pour priver de pertinence conventionnelle la sélection par *numerus clausus* dans l'accès aux universités privés**. Les juges européens usent alors d'une argumentation différente de celle employée pour les universités publiques. **Ils estiment justifiée « *la régulation étatique des institutions [universitaires] privées*** *, dans la mesure où elle peut être considérée comme nécessaire pour prévenir des admissions ou des exclusions arbitraires [d'aspirants étudiants] et pour garantir une égalité de traitement* » de ceux-ci (§ 52). Plus précisément encore, la juridiction strasbourgeoise admet que « *l'Etat [puisse] être rigoureux dans sa réglementation de ce secteur – spécifiquement dans ce domaine [médical] où un niveau de compétence minimum et adéquat est de la plus haute importance – afin de s'assurer que l'accès aux établissements privés ne soit pas ouvert en fonction des seules ressources financières des candidats, indépendamment de leurs qualifications*

et aptitudes à la profession » (§ 52).

Pris isolément, un tel raisonnement peut difficilement ne pas convaincre (*contra* v. toutefois l'opinion du juge Pinto de Alburquerque pour qui « *l'imposition par l'Etat d'un numerus clausus à l'égard des universités privées empiète gravement sur leur liberté d'offrir une formation […] mais aussi sur le droit à l'instruction, en ce que cela empêche l'admission universitaire de personnes prêtes à financer le coût de [la formation] de leur propre poche* »). Tout au plus est-il étonnant que la Cour n'ait pas daigné évoquer un instant l'idée d'autonomie universitaire, ne serait-ce que pour la désactiver face aux impératifs de la régulation étatique (v. Cour EDH, 2e Sect. 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italie*, Req. n° 39128/05 – ADL du 22 octobre 2009 ; sur la liberté universitaire, v. Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, Req. nos 4149/04 et 41029/04 – ADL du 21 mars 2012 ; Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, Req. n° 41723/06, § 93 – ADL du 15 avril 2012).

Mais replacé dans le contexte plus global de l'arrêt *Tarantino c. Italie*, cet argument de la régulation étatique des universités privées semble assez paradoxal. D'une part, ce n'est qu'à ce stade que la Cour prend enfin la peine de réaffirmer opportunément « ***le droit fondamental de chacun à l'instruction*** » afin de signifier que celui-ci « *vaut pour les élèves des établissements de l'enseignement public comme des établissements privés, sans aucune distinction* » (§ 52). Pourtant, et d'autre part, la même Cour, dans le même arrêt, a conféré des atours bien moins solennels à ce droit à l'éducation lorsqu'il s'est agi de fonder les restrictions d'accès aux universités publiques.

Un même sentiment mitigé peut assaillir le lecteur de l'arrêt *Tarantino* lorsqu'il découvre que les juges justifient le *numerus clausus* en indiquant que des « *classes surchargées pourraient être nuisibles à l'effectivité du système éducatif d'une manière telle que cela compromettrait la formation spécifique* » ainsi délivrée dans les universités (§ 53 – « *overcrowded classes can be detrimental to the effectiveness of the education system in a way which hinders the specific training experience* »). Là encore, pris au pied de la lettre, nul ne contestera cette analyse, même si d'aucun estimeront que « *le numerus clausus est [ainsi érigé] en une formule magique contre les bâtiments universitaires surpeuplés* » (opinion du juge Pinto de Alburquerque). Mais à nouveau, **il est regrettable que la Cour évoque cet argument uniquement pour fonder une restriction de l'accès universitaire, et donc du droit à l'éducation**. Une carence des moyens universitaires peut pourtant aussi attester de l'insuffisant respect par l'Etat de ce même droit, expressément garanti par la Convention.

*

2°/- Le critère du besoin social de diplômés : une lecture abstraite au service d'une vaste liberté étatique

La Deuxième Section devait également se pencher sur le second critère qui modèle le *numerus clausus* en Italie : « *le besoin social pour une profession particulière* » (§ 50 – « *society's need for a particular profession* »). Or sur ce terrain également, la Cour fait preuve de mansuétude envers l'approche étatique. Certes, les juges concèdent que les autorités italiennes n'ont appréhendé ce critère que dans « *une perspective nationale [et à l'aune] du secteur public* » en « *ignorant les besoins du marché de l'Union européenne ou du secteur privé* » (§ 55). Le regard européen tend même à se faire plus sévère lorsqu'il est souligné que **cette approche « *peut être considérée comme à courte-vue dans la mesure où il ne semble pas non plus que les futurs besoins locaux soient sérieusement pris en compte* »** (§ 55). L'argumentation des requérants a d'ailleurs insisté sur le risque de pénurie de médecins ou de dentistes qui se profile dans certaines régions italiennes, en raison selon eux du *numerus clausus* trop restrictif (§ 37).

Mais pour la Cour, cette situation ne saurait suffire à emporter condamnation de l'Italie. A nouveau, l'argument financier ressurgit au soutien de la position étatique. Cette approche restrictive des besoins de professionnels est mis en balance avec **le droit pour les autorités nationales « *d'agir afin d'éviter des dépenses publiques excessives* »** (§ 56). Or « *la formation de catégories spécifiques de professionnels constitue un important investissement* » (§ 56). Dans ce contexte, les juges européens se refusent donc à opérer un contrôle strict de l'attitude étatique. Ainsi, ils estiment

« *raisonnable que l'Etat aspire à une [bonne] assimilation de chaque diplômé sur le marché du travail* », puisqu'« *une pénurie d'emplois disponibles pour chaque catégorie en raison d'une saturation représenterait des dépenses supplémentaires, dans la mesure où le chômage constitue sans aucun doute un fardeau économique qui pèse sur la société dans son ensemble* » (§ 56 – « *an unavailability of posts for such categories due to saturation represents further expenditure, since unemployment is without doubt a social burden on society at large* »). Cette assertion est curieuse. En l'espèce, c'est une pénurie de personnels – et non d'emplois – qui est à déplorer dans les secteurs concernés. A l'évidence, donc, les juges préfèrent mener une analyse abstraite des enjeux du *numerus clausus*.

La position européenne confirme éloquemment le souhait de la Cour de **laisser aux autorités nationales « *une grande latitude pour mener une politique économique et sociale* »** (Cour EDH, 4e Sect. 12 juin 2012, *Lindheim et autres c. Norvège*, Req. n° 13221/08, § 96 – ADL du 18 juin 2012 – v. aussi Cour EDH, 4e Sect. 27 septembre 2011, *Bah c. Royaume-Uni*, Req. n° 56328/07– ADL du 28 septembre 2011 ; Cour EDH, G.C. 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 42184/05 – ADL du 16 mars 2010). En soi, une telle attitude n'est pas illégitime de la part du juge européen des droits de l'homme. Mais accorder ainsi à l'Italie le bénéfice de l'incertitude atteste du très grand degré de liberté étatique et – corrélativement – de la forte autolimitation européenne.

La Cour considère d'ailleurs qu'il « *est impossible pour un Etat d'évaluer le nombre de diplômés qui pourraient quitter le marché local [italien] et chercher un emploi à l'étranger* » (§ 56). Dans ces conditions, elle estime qu'« *il n'est pas déraisonnable pour un Etat d'agir avec prudence et donc de fonder sa politique [de numerus clausus] sur l'hypothèse selon laquelle un haut pourcentage [de ces diplômés] pourrait quitter le pays pour chercher un emploi* » (§ 56). **Les juges majoritaires se bornent donc une fois encore à réaliser une appréciation abstraite de la situation et se refusent à exiger de l'Italie des données statistiques concrètes susceptibles de valider la pratique de *numerus clausus***. En d'autres termes, la Cour n'impose pas à l'Etat de fournir « *une base objective au choix de cette politique [de sélection], qui reste libre de toute contrainte empirique véritablement justifiée* » (opinion du juge Pinto de Albuquerque). Un tel raisonnement ne pouvait qu'ouvrir bien grand la porte à **un constat de non-violation de l'article 2 du Protocole n° 1** (§ 59) et conduire la Cour à juger ni disproportionnées, ni excessives, les mesures de sélection universitaire (§ 58).

*
* *

Un contrôle européen affirmé dans son existence, mais fortement nuancé dans son intensité. Et corrélativement, une liberté étatique qui, sans confiner au total blanc seing conventionnel, est extrêmement vaste. **Ce bilan de l'arrêt *Tarantino c. Italie* conforte évidemment les mécanismes de sélection universitaire au premier rang desquels figure le *numerus clausus***, tel qu'il existe aussi en France en particulier durant « *la première année des études de santé* » (v. Art. L. 631-1 du Code de l'éducation). Cette approche européenne, particulièrement souple envers les politiques étatiques, est compréhensible. Il semblait difficile pour la Cour d'être plus incisive sans s'ingérer trop profondément dans des choix économiques complexes, ni heurter un paysage universitaire encore très diversifié au sein de l'Europe des quarante-sept Etats parties à la Convention. Dans ces conditions, la validation conventionnelle du *numerus clausus* ne surprend guère. Et en soi, elle ne prête pas non plus nécessairement le flanc à la critique.

La démarche utilisée par la juridiction strasbourgeoise afin de parvenir à ce constat de non-violation est cependant plus discutable. La Cour sacrifie bien trop aux contingences matérielles de l'enseignement supérieur, au point d'**hypothéquer le droit conventionnel à l'instruction dans le contexte universitaire**. Sans négliger cet inévitable obstacle des moyens humains, matériels et financiers, les juges européens auraient été plus avisés de forger leur raisonnement en prenant plus explicitement comme cœur de cible la situation individuelle de l'aspirant étudiant. C'est pourtant ce qu'implique le droit à l'instruction reconnu au sein de la Convention et dont la Cour est la gardienne. Raisonner ainsi n'aurait pas nécessairement mené vers une issue différente. Mais **en se plaçant du point de vue du titulaire du droit, il aurait été possible de fonder plus volontiers les restrictions d'accès à l'Université sur l'exigence de qualité de la formation et de valeur du diplôme acquis *in fine***. Les juges n'ignorent d'ailleurs pas cette dimension, en particulier lorsqu'ils constatent que

« *l'évaluation des candidats via des tests pertinents [permet] d'identifier les étudiants les plus méritants [et donc de] garantir un niveau minimal et adéquat d'enseignement à l'université* » (§ 50). Mais ils perdent bien vite de vue cet aspect pour se concentrer sur les contraintes matérielles.

Incidemment, la juridiction européenne a néanmoins déduit du droit à l'instruction quelques prérogatives au profit des aspirants étudiants. Ainsi, elle constate positivement que « *les requérants ont encore l'occasion de réussir et d'obtenir l'accès à la formation de leur choix* » puisque le candidat peut se présenter à l'examen d'entrée autant de fois que nécessaire (§ 57). **Faute de droit d'accès à l'Université, il existerait au moins une sorte de droit de postuler à une formation universitaire**. Il se déclinerait aussi en un « *droit de candidater à toutes autres formations envers lesquelles [l'aspirant étudiant] a manifesté un intérêt […] et pour lesquelles il dispose des compétences requises* » (§ 57). La Cour tient également à souligner – toujours aux fins de justifier le mécanisme de sélection universitaire – que les requérants « *ne se sont pas vu refuser la possibilité de poursuivre leurs études à l'étranger en lien avec leur possible souhait de mener une carrière* » hors d'Italie (§ 57). Ce maigre lot de consolation peut sembler quelque peu incongru car tombe sous le sens. Il fait en tout cas écho à une bien mauvaise habitude strasbourgeoise qui consiste parfois à justifier les restrictions d'un droit sur le territoire national en arguant de son libre exercice à l'étranger (v. Cour EDH, G.C. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche,* Req. n° 57813/00 – ADL du 6 novembre 2011 ; Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05 – ADL du 17 décembre 2010)

Quoiqu'il en soit, si l'analyse européenne concède beaucoup à la liberté étatique, elle ne désactive pas toute virtualité de contrôle. Et ce, même si la Cour affirme ne pas être « *compétente pour décider du contenu et du caractère approprié* » (§ 49) du programme des concours d'entrée dans l'enseignement supérieur. **Il n'est ainsi pas exclu que d'éventuels excès étatiques puissent faire l'objet d'une sanction *via* le levier de l'interdiction de la discrimination (Art. 14)**. Dans l'affaire *Tarantino c. Italie*, ce dernier grief n'a certes pas prospéré. Lapidairement, la Cour a écarté l'argumentation des sept requérants qui exerçaient déjà une activité professionnelle lorsqu'ils se sont présentés au concours d'entrée de l'école dentaire. Ces derniers estimaient être défavorisés par rapport aux autres candidats fraîchement diplômés et encore intégrés au système scolaire. Mais les juges européens ont refusé d'y voir « *une discrimination fondée sur l'âge* » (§ 66) puisqu'« *il n'est pas été démontré que les personnes d'un certain âge font face à plus de difficultés pour passer l'examen* » (§ 67 – sur la discrimination, v. Cour EDH, G.C., 7 février 2013, *Fabris c. France*, Req. n° 16574/08 – ADL du 11 février 2013). Non sans une pointe d'ironie, la Cour indique également que « *l'Université est une institution fondée sur la connaissance* », de sorte qu'il n'est ni « *déraisonnable, ni arbitraire de faire reposer les examens [universitaires] sur les connaissances* » (§ 67 – « *university is a knowledge-based institution, and therefore it cannot be considered unreasonable or arbitrary to set knowledge-based examinations* »). Cet exemple confirme néanmoins que **les juges européens n'hésiteront pas à passer les mécanismes de sélection universitaire au tamis de la non-discrimination** (*comp.* au contentieux actuel devant la Cour suprême des États-Unis sur la discrimination positive à l'université : ADL du 27 octobre 2012).

Un récent précédent éclaire d'ailleurs ces potentialités contentieuses. En 2011, la Cour a ainsi jugé qu'imposer des frais de scolarité dans l'enseignement secondaire à certains enfants étrangers constituait une **discrimination dans la jouissance du droit à l'instruction** (Cour EDH, 4e Sect. 21 juin 2011, *Ponomaryovi c. Bulgarie*, Req. n° 5335/05, § 56 – ADL du 22 juin 2011). Pour ce faire, les juges européens n'ont nullement eu besoin de consacrer un droit conventionnel d'accéder gratuitement à l'enseignement secondaire. Sous le prisme de la discrimination, ils se sont bornés à exiger de l'État **un égal accès à l'institution scolaire** (en ce sens, v. ADL du 30 janvier 2013 au point 3° *in fine* ; v. aussi ADL du 26 février 2013 sur Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07).

Dans cet arrêt *Ponomaryovi c. Bulgarie*, la Cour fit toutefois preuve d'un remarquable volontarisme. L'enseignement fut ainsi visé comme « ***l'un des services publics les plus importants dans un État moderne*** » (§ 55). En 2011, les juges notèrent même qu'« *à la différence d'autres services publics […] l'éducation est un droit qui jouit d'une protection conventionnelle directe* » car il est expressément reconnu à l'article 2 du Protocole n° 1 (§ 55). *Last but not least*, l'enseignement fut consacré comme « *un type très particulier de service public, qui ne bénéficie pas seulement à ses usagers directs mais*

sert aussi d'autres buts sociétaux » (§ 55). Il est fortement à déplorer que dans son arrêt du 2 avril 2013, la Deuxième Section ait totalement occulté l'arrêt *Ponomaryovi c. Bulgarie* et ses apports. Sans forcément emporter de conséquences excessives envers les États, ces présupposés protecteurs de l'enseignement secondaire étaient pourtant en tous points transposables à l'enseignement supérieur. Il est tout aussi regrettable – mais ô combien significatif –, que les juges européens de 2013 n'aient pas suivi l'exemple de ceux de 2011, lorsque ceux-ci ont mobilisé nombre d'instruments extra-conventionnels – européens et internationaux – au soutien de leur analyse (v. ADL du 22 juin 2011 ; *comp.* à l'opinion du juge Pinto de Alburquerque).

A cet égard, et au-delà même de la question du *numerus clausus* et de la sélection universitaire, l'arrêt *Tarantino c. Italie* est donc une occasion, voire un acte manqué. Mais l'histoire jurisprudentielle du droit à l'instruction dans l'enseignement supérieur ne fait sans doute que commencer.

Cour EDH, 2e Sect. 2 avril 2013, *Tarantino et autres c. Italie*, Req. n° 25851/09, 29284/09 et 64090/09 (Uniquement en anglais) – Communiqué de presse

Jurisprudence liée :

- Sur le droit à l'éducation et les autres droits conventionnels dans l'enseignement supérieur : Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, Req. nº 4149/04 – ADL du 21 mars 2012 ; Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, Req. n° 41723/06 – ADL du 15 avril 2012 ; Cour EDH, 5e Sect. Déc. 7 juin 2011, *Gollnisch c. France*, Req. n° 48135/08 – ADL du 24 juillet 2011 ; Cour EDH, 2e Sect. 8 juin 2010, *Sapan c. Turquie*, Req. n° 44102/04 – ADL du 8 juin 2010 ; Cour EDH, 2e Sect. 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italie*, Req. n° 39128/05 – ADL du 22 octobre 2009 ; Cour EDH, 2e Sect. 23 juin 2009, *Sorguç c. Turquie*, Req. n° 17089/03 – ADL du 23 juin 2009 ; Cour EDH, 2e Sect. 3 mars 2009, *Temel et autres c. Turquie*, Req. n° 36458/02 – ADL du 3 mars 2009.
- Sur le droit à l'éducation dans l'enseignement primaire et secondaire : Cour EDH, 4e Sect. 21 juin 2011, *Ponomaryovi c. Bulgarie*, Req. n° 5335/05, § 56 – ADL du 22 juin 2011 ; Cour EDH, G.C. 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*, Req. n° 30814/06 – ADL du 20 mars 2011 ; Cour EDH, 4e Sect. 11 janvier 2011, *Ali c. Royaume-Uni*, Req. n° 40385/06 – ADL du 11 janvier 2011 ; Cour EDH, 4e Sect. 15 juin 2010, *Grzelak c. Pologne*, Req. nº 7710/02 – ADL du 15 juin 2010 ; Cour EDH, G.C. 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie,* Req. nº 15766/03 – ADL du 16 mars 2010.
- Sur la justiciabilité des droits économiques et sociaux : ADL du 30 janvier 2013 *au point 3°* ; Cour EDH, 4e Sect. 6 novembre 2012, *Redfearn c. Royaume-Uni,* Req. n° 47335/06 – ADL du 18 novembre 2012 ; Cour EDH, 4e Sect. 12 juin 2012, *Lindheim et autres c. Norvège*, Req. n° 13221/08 – ADL du 18 juin 2012 ; Cour EDH, G.C. 22 mars 2012*, Konstantin Markin c. Russie*, Req. n° 30078/06 – ADL du 27 mars 2012.

Pour citer ce document :

Nicolas Hervieu, « Le *numerus clausus* et la sélection universitaire passent avec succès l'épreuve européenne » [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 avril 2013.

Les Lettres « *Actualités Droits-Libertés* » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la *Revue des Droits de l'Homme* (RevDH) – Contact