

Contrôle de constitutionnalité de la loi confortant le respect des principes de la République

CONTRIBUTION EXTÉRIEURE

dans l'intérêt de
la **Fondation pour l'École**, de
l'association **Liberté éducation** et du collectif **L'école est la maison**

sur l'inconstitutionnalité des **articles 49, 53 et 55** de la loi adoptée

Table des matières

Présentation	3
Discussion	4
A.- SUR L'INSTRUCTION À DOMICILE.....	4
A.1- Sur la liberté d'enseignement	4
A.2- Sur la liberté de conscience.....	18
B.- SUR LA FERMETURE DES ÉTABLISSEMENTS PRIVÉS HORS CONTRAT	24

PRÉSENTATION

1. La **Fondation pour l'école** est une fondation reconnue comme établissement d'utilité publique par décret du 18 mars 2008 (JORF du 20 mars 2008).

Elle exerce trois missions :

- elle soutient financièrement des établissements scolaires indépendants (dits « hors contrat ») qu'elle sélectionne avec soin, de la maternelle au baccalauréat ;
- elle invente l'école de demain en stimulant la recherche et l'innovation en éducation via des événements grand public (salons, colloques, blog, annuaire, en proposant des formations à la création et à la gestion d'écoles indépendantes et à la gestion d'établissements scolaires et en offrant aux écoles indépendantes un soutien juridique et une démarche vers la certification Qualité ;
- elle forme l'ensemble de la communauté éducative (directeurs, professeurs et éducateurs du primaire, du secondaire et du supérieur) via l'Institut libre de formation des maîtres (ILFM), l'Académie du Professorat et l'École professorale de Paris et en diffusant des ouvrages pédagogiques de qualité via ses collections Critérim.

Elle est aujourd'hui le premier interlocuteur de l'État et des services de l'Éducation nationale en matière d'écoles indépendantes.

L'association **Liberté éducation** est une association relevant de la loi de 1901 ; elle s'est donné pour objet « *de promouvoir et défendre la liberté d'éducation, en particulier l'instruction à domicile, sans aucune considération d'origine, de religion ni de ressources des parents. Elle aura un souci particulier pour les jeunes parents, les parents seuls et les personnes défavorisées. Elle pourra aussi engager des actions en justice* ». À ce titre, elle réunit des parents qui pratiquent l'instruction en famille ou « école à la maison ».

Enfin, madame Laurence Fournier pratique l'instruction en famille avec ses enfants depuis de nombreuses années et a fondé le collectif « **L'école est la maison** », au nom et dans l'intérêt duquel elle agit.

En raison de l'objet qu'ils se sont fixés, les exposants entendent apporter leur contribution au débat relatif à la constitutionnalité de la loi confortant le respect des principes de la République, dont le contrôle a été déféré au Conseil constitutionnel par plus de 60 parlementaires.

DISCUSSION

A.- SUR L'INSTRUCTION À DOMICILE

2. L'article 49 de la loi confortant le respect des principes de la République vise à instaurer une obligation scolaire de trois à seize ans et à restreindre l'instruction au sein de la famille, d'une part, en limitant le recours à ce mode d'instruction à des situations précises : état de santé de l'enfant ou handicap, pratiques d'activités sportives ou artistiques intensives, itinérance de la famille, « situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif », d'autre part, en la soumettant à un régime d'autorisation.

Ce texte s'expose à l'inconstitutionnalité pour les raisons suivantes.

A.1- **Sur la liberté d'enseignement**

En premier lieu, en remettant en cause le principe d'une instruction obligatoire au profit d'un principe de scolarisation obligatoire et exclusive, le dispositif contesté méconnaît la liberté d'enseignement et son corollaire, la liberté des parents de choisir le mode d'instruction de leurs enfants, liberté déjà énoncée par Jules Ferry selon les termes de l'époque :

« En vérité, est-ce qu'une loi d'obligation est faite pour tracasser les pères de famille qui donnent consciencieusement l'instruction primaire au foyer domestique ? » (Jules Ferry, extrait des débats parlementaires - Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire)¹

3. En droit, l'instruction est obligatoire depuis la loi du 28 mars 1882 portant sur l'organisation de l'enseignement, dite loi « Jules Ferry ».

Cette obligation garantit aux enfants un droit à l'instruction et impose aux parents un devoir d'instruire ou de faire instruire leurs enfants (*v. not. en ce sens* : CE, avis, 29 novembre 2018, n° 396047 portant sur la loi « pour une école de la confiance », point 6). À cette fin, les parents bénéficient d'une liberté dans le choix du mode d'instruction des enfants. L'article 4 de la loi susvisée Jules Ferry prévoyait ainsi :

¹ Discours et opinions de Jules Ferry. Les lois scolaires (suite et fin) : lois sur l'enseignement des jeunes filles, sur la gratuité, l'obligation et la laïcité de l'enseignement primaire, sur la caisse des écoles, discours divers sur les questions scolaires. Editeur : A. Colin & Cie (Paris), 1893-1898 : Contributeur : Robiquet, Paul (1848-1928). Éditeur scientifique. Mongraphie imprimée, Gallica.

« L'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, âgés de six à quatorze ans révolus ; elle peut être donnée soit dans les établissements d'instruction primaire ou secondaire, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles (...) » (soulignement ajouté).

Le code de l'éducation a repris ce principe en indiquant que si « *l'instruction est obligatoire pour chaque enfant dès l'âge de trois ans et jusqu'à l'âge de seize ans* » (v. art. L. 131-1), elle « *peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix* » (v. art. L. 131-2, soulignement ajouté).

Très récemment, la loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance a réaffirmé le principe d'une instruction obligatoire, y compris dans les familles.

Si l'instruction en famille est ainsi une liberté garantie par la loi, elle est aussi protégée par la Constitution. En effet, le 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 prévoit tout d'abord que : « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction [...]* ». La liberté d'instruire à domicile est, quant à elle, une conséquence nécessaire du principe de la liberté d'enseignement dont votre Conseil a consacré la nature de principe fondamental reconnu par les lois de la République :

« ce principe, qui a notamment été rappelé à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle » (Cons. const., 23 nov. 1977, n° 77-87 DC).

Le lien entre la liberté d'enseignement et la liberté de choisir le mode d'instruction des enfants a lui été expressément consacré par le Conseil d'État dans une décision *Association « Les enfants d'abord »* du 19 juillet 2017 :

*« 3. Le principe de la liberté de l'enseignement, qui figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, **implique** la possibilité de créer des établissements d'enseignement, y compris hors de tout contrat conclu avec l'État, tout comme le droit pour les parents de choisir, pour leurs enfants, des méthodes éducatives alternatives à celles proposées par le système scolaire public, y compris l'instruction au sein de la famille » (CE, 19*

juillet 2017, Association « Les enfants d'abord », n° 406150, concl. Emmanuelle Cortot-Boucher - soulignement ajouté).

4. La liberté des parents de choisir le mode d'instruction de leurs enfants et par conséquent, d'enseigner à domicile est ainsi consacrée par un grand nombre de textes internationaux, avec lesquels un parallèle s'impose. L'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose ainsi :

« Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants ».

L'article 13 du pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels prévoit :

« Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions ».

L'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre, aussi :

« 3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

Enfin, l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

5. Concernant ce dernier texte, et par comparaison, la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après « Cour EDH ») a rappelé que le droit à l'instruction impliquait pour un État membre « *le droit d'instaurer une scolarisation obligatoire, qu'elle ait lieu dans les écoles publiques ou au travers de leçons particulières de qualité et que la vérification et l'application des normes éducatives fait partie intégrante de ce droit* » (CEDH, décision du 6 mars 1984, *Famille H. c/. Royaume-Uni*, n° 10233/83).

Pour la Cour EDH, le droit à l'instruction doit ainsi permettre de garantir « *la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la "société démocratique" telle que la conçoit la Convention* » et implique que les États puissent laisser les parents « *libres soit de les [les enfants] confier à des écoles privées astreintes à des obligations moins strictes et, du reste, fortement subventionnées par lui (paragraphes 15, 18 et 34 ci-dessus), soit de les instruire ou faire instruire à domicile* » (CEDH, 7 déc. 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, n° 5095/71; 5920/72; 5926/72).

Et si la cour a pu admettre à propos de contentieux propres à l'Allemagne que le principe de scolarisation obligatoire posé par la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (v. en ce sens Etude d'impact de la Loi confortant le respect des principes de la République, p. 215) n'était pas incompatible avec l'article 2 précité du protocole n° 1, elle a aussi rappelé que ce choix d'interdire l'instruction à domicile relevait « *de la marge d'appréciation laissée aux États contractants lorsqu'ils fixent et interprètent les règles régissant leur système éducatif* » (CEDH, 11 sept. 2006, *Konrad c/ Allemagne*, n° 35504/03).

Or, on sait que la « marge nationale d'appréciation » est une notion qui permet à la Cour, notamment lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États, de laisser à ces derniers le choix de définir les modalités d'exercice d'un droit protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'agit ainsi de concilier la norme protégée par la Convention avec les spécificités de chaque État (v. par ex. : CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/. France*, n° 65192/11).

Pour autant, les choix opérés par les États dans les limites de cette marge d'appréciation n'échappent pas au contrôle de la Cour qui s'attache à vérifier que la mesure adoptée ne porte pas une atteinte disproportionnée à une liberté protégée par la Convention. Ce contrôle implique notamment pour la Cour, d'apprécier l'existence d'« *un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (v. not. en ce sens CEDH, 30 avril 2009, *Glor c/. Suisse*, n° 13444/04). « *À cette fin, la Cour est amenée à examiner si les autorités [...] ont ménagé un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la*

communauté et le respect des droits et libertés du requérant garantis par la Convention » (ibid.).

Par conséquent, si en application de ces principes, la scolarisation obligatoire ne porte pas, en Allemagne, une atteinte disproportionnée à la liberté de choisir le mode d'instruction de ses enfants, dès lors que ce pays a fait le choix depuis longtemps et presque de manière originelle, d'interdire ce mode d'instruction, à l'inverse, la Cour EDH ne saurait admettre qu'un État membre qui reconnaît officiellement depuis près de 140 ans aux parents la liberté de choisir le mode d'instructions de leurs enfants, la supprime brutalement ou la restreigne considérablement. Une telle suppression reviendrait en effet à apporter à cette liberté une restriction disproportionnée².

La solution posée par l'arrêt susvisé *Konrad* ne serait donc pas transposable dans un contexte tel que celui de la France et c'est en vain que celle-ci se prévaudrait de la marge d'appréciation des États dès lors que, précisément, la particularité de l'État français depuis 140 ans est de consacrer officiellement et expressément la liberté d'instruction dans les familles.

6. En l'espèce, l'article 49 de la loi confortant le respect des principes de la République, en instaurant une obligation de scolarisation au détriment d'une obligation d'instruction bouleverse radicalement le dispositif en vigueur en France depuis 1882. Ce dernier qui est fondé sur la liberté de choisir le mode d'instruction de ses enfants, corollaire d'une liberté à valeur constitutionnelle, garantit pourtant un pluralisme éducatif, qui, pour reprendre les termes de la Cour EDH, est essentiel à la structuration d'une société démocratique.

Pour ce seul motif, l'article 49 est manifestement inconstitutionnel.

7. **En second lieu** et en tout état de cause, les atteintes portées à la liberté d'enseignement ne sont ni nécessaires, ni adaptées, ni proportionnées à l'objectif poursuivi par la loi.

8. **En droit**, on rappellera que lorsque le Conseil constitutionnel est conduit à contrôler des dispositions législatives qui restreignent l'exercice d'une liberté au nom de la sauvegarde de l'ordre public, il procède à un contrôle de proportionnalité qui implique de s'assurer que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif*

² V. en ce sens Grégor Puppink, Liberté éducative et droits de l'Homme, ECLJ, déc. 2020.

poursuivi » (v. not. en ce sens CC 23 juillet 2015 n° 2015-713 DC et 2015-714 DC Loi relative au renseignement ; CC 22 mars 2012, n° 2012-652 DC Loi relative à la protection de l'identité).

Plus précisément, le Conseil constitutionnel exerce le contrôle de nécessité pour s'assurer que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire ou pour contrôler qu'il n'existait pas de mesure moins attentatoire à la liberté.

L'adéquation de la mesure suppose, quant à elle, que le dispositif envisagé réponde à l'objectif identifié par le législateur.

Quant au contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel l'utilise pour vérifier si les effets bénéfiques de la mesure décidée par le législateur l'emportent sur ses effets préjudiciables et que les garanties encadrant sa mise en œuvre sont proportionnées à l'atteinte à la liberté en cause (v. en ce sens commentaire sous décision CC n° 2008-562 DC du 21 février 2008 Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) .

9. En l'espèce, l'application de cette grille d'analyse ne pourra que conduire votre Conseil à constater la violation par le législateur de la liberté de choisir le mode d'instruction des enfants, corollaire de la liberté d'enseignement.

10. Tout d'abord, l'article contesté, qui tend à instaurer un principe de scolarisation obligatoire et exclusive n'est pas nécessaire, dès lors que, comme rappelé précédemment, le dispositif législatif préexistant, en tant qu'il fait prévaloir un principe d'instruction obligatoire et garantit ainsi un pluralisme éducatif est par principe, moins attentatoire à la liberté que le dispositif soumis au contrôle de constitutionnalité.

Le législateur n'a d'ailleurs pas démontré l'utilité d'une restriction importante de l'instruction à domicile. À cet égard, il peut être souligné qu'il y a moins de deux ans seulement, était votée la loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, loi qui, sans remettre en cause l'instruction à domicile, a renforcé les contrôles - notamment pédagogiques - réalisés au sein des familles ayant fait le choix de ce mode d'instruction et précisé les sanctions applicables lorsque les résultats de ces contrôles étaient jugés insuffisants (v. art. L. 131-10 du code de l'éducation). Le ministre de l'éducation nationale, Jean-Michel Blanquer, indiquait à propos de cette loi qu'elle constituait un « *bon équilibre* » entre l'instruction à

domicile – dont il relevait qu'elle avait « *un fondement constitutionnel puissant* » – et « *d'autres principes, notamment les droits de l'enfant* »³.

Aucune raison ne justifiait donc que cette loi soit modifiée aussi rapidement.

Et ce d'autant plus qu'aucun bilan du dispositif mis en place en 2019 n'a été réalisé, de sorte qu'il n'est à ce jour pas possible de savoir s'il était inefficace et s'il impliquait en conséquence une prohibition d'ordre général et absolu telle que celle imposée par la loi soumise au présent contrôle de constitutionnalité.

L'étude d'impact de la loi confortant le respect des principes de la République est tout aussi imprécise et se contente de relever à ce sujet :

« Plusieurs affaires récentes ont montré les limites du dispositif actuel de l'instruction dans la famille ainsi que des risques de persistance du non-respect du droit à l'éducation ».

Mais ces quelques « affaires » non identifiées et non significatives d'une pratique générale ne sauraient être suffisantes pour retenir l'utilité du principe d'interdiction générale prévu par la loi soumise au contrôle de constitutionnalité, ni justifier qu'un dispositif voté il y a seulement deux ans et dont l'efficacité n'a pu être mesurée, soit totalement remis en cause.

L'avis rendu devant le Sénat par la commission de la culture, de l'éducation et de la communication a, lui, très clairement mis en avant le fait que les objectifs de la loi pouvaient tout à fait être atteints grâce aux dispositifs existants, soulignant de nouveau l'absence d'utilité du dispositif :

*« La commission a, lors de l'examen de précédents textes, accepté un encadrement du recours à l'instruction, **tant que celui-ci permet d'atteindre un équilibre entre liberté d'enseignement et droit à l'instruction de chaque enfant**. À l'occasion de la loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, elle a notamment souscrit aux dispositions permettant de sanctionner les refus de contrôle et de clarifier l'articulation de ceux-ci en cas de résultats insuffisants. Ainsi toute limitation de libertés publiques, auxquelles la commission est particulièrement attachée doit **être proportionnée aux objectifs fixés**.*

³ www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20200615/ce_radicalisation.html

*Or, le texte issu des travaux de l'Assemblée nationale, **ne répond pas à ce principe de proportionnalité**. Les limites qu'il apporte à la possibilité de recourir à l'instruction en famille sont particulièrement importantes. La commission estime que les **objectifs que s'est fixé le Gouvernement pourraient être atteints en utilisant pleinement les dispositifs législatifs existants** : la commission pense notamment à la réalisation de l'enquête sociale par le maire, dont pourraient prendre systématiquement connaissance les inspecteurs de l'éducation nationale avant la réalisation de leur contrôle, à un contrôle pédagogique annuel systématique de tous les enfants instruits en famille et en cas de résultats insuffisants, à la réalisation d'un deuxième contrôle. Or, lors de l'année 2018-2019, seuls **72 % des enfants instruits à domicile hors classe CNED réglementée ont été convoqués pour un contrôle et 63 % ont effectivement été contrôlés**. De plus, seule la moitié des premiers contrôles jugés insuffisants ont fait l'objet d'un second contrôle.*

*La commission s'étonne du profond bouleversement opéré par ce projet de loi moins de deux ans après le vote de dispositions renforçant le contrôle des enfants instruits en famille dans le cadre de la loi pour une école de la confiance et **en l'absence de toute évaluation de ces mesures législatives** » (Avis n° 450 (2020-2021) fait par monsieur Stéphane Piednoir au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, déposé le 16 mars 2021).*

11. Ensuite, l'article dont la constitutionnalité est contestée ne présente aucun lien clair avec l'objectif annoncé de la loi confortant le respect des principes de la République, dont il peut être rappelé qu'elle tend à lutter contre le séparatisme.

Le législateur a en effet fondé son dispositif sur l'idée selon laquelle seule l'école pourrait garantir un niveau de connaissances et une intégration conforme à l'intérêt des enfants et permettrait ainsi de lutter contre une forme de « séparatisme social ».

Il n'est toutefois aucunement établi que les enfants, qui ont eu une instruction à domicile – instruction qui au demeurant ne porte généralement que sur quelques

années – ne sont pas intégrés dans la société, n’acquièrent pas les connaissances requises par la loi, voire présenteraient un risque de radicalisation⁴.

L’étude d’impact de la loi souligne ainsi que la majorité des enfants qui sont instruits à domicile sont inscrits auprès d’organismes d’enseignement à distance, dans le cadre de classes à inscription réglementée CNED ou autres, et bénéficient à cet égard d’un accompagnement, au moins équivalent dans son contenu, à celui dont bénéficient les enfants scolarisés (v. étude d’impact pp. 210 et suivantes).

Et les quelques « affaires » évoquées par l’étude d’impact – seulement deux écoles de fait identifiées en 2020 – ne sont pas non plus de nature à démontrer le caractère prétendument lacunaire de l’enseignement à domicile, et plus largement, le lien entre séparatisme et instruction à domicile.

Le vademecum sur « l’instruction dans la famille » réalisé par le ministère de l’éducation nationale, de la jeunesse et des sports en novembre 2020 a d’ailleurs relevé que : « *Les cas d’enfants exposés à un risque de radicalisation et repérés à l’occasion du contrôle de l’instruction au domicile familial sont **exceptionnels*** » (p. 38)⁵. Certains auteurs soulignent, eux aussi, le fait qu’il n’existe aucune étude, ni chiffre sur la question des liens entre instruction à domicile et radicalisation (v. Jean-Baptiste Maillard, L’école à la maison, une liberté fondamentale, éd. Artège, sept. 2021). Cette enquête rapporte que la grande majorité des chercheurs français spécialistes en radicalisation cités, au sein de l’Institut des Hautes Études de la Défense Nationale, de l’Institut des Hautes Études du Ministère de l’Intérieur, de l’Institut français des relations internationales, de l’École des Hautes Études en Sciences Sociales, du CNRS, de la chaire Unesco de prévention de la radicalisation et de l’extrémisme violent, et de la Fondation pour la recherche stratégique, affirment ne pas avoir de chiffres sur une supposée radicalisation au sein de l’instruction en famille.

⁴ C’est précisément ce que soulignait la première version du rapport établi par le Conseil d’État concernant la loi soumise au présent contrôle, rapport dont le contenu a été révélé par la presse et dont il ressortait notamment que : « *Il n’est pas établi, en particulier, que les motifs des parents relèveraient de manière significative d’une volonté de séparatisme social ou d’une contestation des valeurs de la République. **Dans ces conditions, le passage d’un régime de liberté encadrée à un régime d’interdiction ne paraît pas suffisamment justifié et proportionné*** » (Extrait cité dans un article du Figaro du 1^{er} juin 2021 - Suppression de l’instruction en famille : comment le Conseil d’État a déclaré son inconstitutionnalité... avant de se rétracter - Bénédicte Lutaud).

⁵ Cf. également : au cours des travaux parlementaires, Mme Marie-France Brunet, député LREM a déclaré : « *Malgré nos nombreuses demandes auprès du gouvernement, nous n’avons toujours aucune donnée permettant d’établir un lien entre l’instruction à domicile et le séparatisme : en réalité, ce lien n’existe pas* » ; en commission spéciale à l’Assemblée nationale, le 15 janvier 2021, Mme Lucille Rolland, cheffe du Service central du renseignement territorial, a déclaré au sujet de la radicalisation en famille que : « *Il est extrêmement compliqué, pour moi, de faire un lien direct entre l’augmentation du repli communautaire et l’augmentation de l’instruction à domicile.* »

Le Conseil d'État, lui-même, dans son avis du 3 décembre 2020 (n° 401549) sur le projet de loi a indiqué :

« Le Conseil d'État relève toutefois que les carences et dérives mentionnées ci-dessus, si elles sont avérées, ne concernent, selon les indications mêmes données par le Gouvernement, qu'une très faible proportion de situations, en tout cas, s'agissant des carences dans l'instruction dispensée, pour celles qui peuvent être qualifiées de graves. Il estime que l'augmentation récente du nombre d'enfants instruits dans leur famille et les difficultés qui peuvent en résulter, en termes de moyens, pour les services académiques, ne sont pas, par elles-mêmes, de nature à justifier la suppression de la liberté pour les parents de recourir à ce mode d'instruction de leurs enfants. Il souligne enfin que, malgré les indications qualitatives qui figurent dans l'étude d'impact, cette suppression n'est pas appuyée par des éléments fiables et documentés sur les raisons, les conditions et les résultats de la pratique de l'enseignement au sein de la famille : les éléments dont on dispose permettent surtout de savoir que cette réalité est très diverse. Or, le projet du Gouvernement pourrait conduire, selon les indications de l'étude d'impact, à scolariser obligatoirement plus des trois-quarts des enfants actuellement instruits en famille.

*Dans ces conditions, le Conseil d'État estime, au regard de la grille d'analyse relative à son office mentionnée au point 9 ci-dessus, qu'en l'état, **le projet du Gouvernement ne répond pas à la condition de proportionnalité ou à celle d'une conciliation non déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles et conventionnelles en présence** » (cf. pt. 61).*

Dans son avis précité, le rapporteur de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication devant le Sénat soulignait aussi :

*« Le lien entre séparatisme et instruction en famille - qui sous-tend la genèse de l'article 21 [devenu 49 en sa version adoptée] de ce projet de loi - vient du **constat empirique** de la présence d'enfants déclarés en instruction en famille dans trois écoles de fait découvertes en 2019 et 2020, créant ainsi un malheureux amalgame diffusé auprès de l'opinion publique.*

Pour votre rapporteur, le dispositif proposé bouleverse de manière disproportionnée l'instruction en famille : en raison de l'existence de quelques cas de recours par séparatisme, l'ensemble des familles voient leur choix d'instruction fragilisé » (soulignement ajouté).

12. Plus encore, le seul constat d'une augmentation – toute proportion gardée – de l'instruction à domicile ou de la scolarisation au sein d'établissements hors contrat est révélatrice de ce que l'école n'apporte plus les garanties d'éducation et d'intégration attendues par les parents. Comme il a pu être souligné :

« C'est la déficience des grands établissements scolaires qui conduit des parents à en retirer leurs enfants pour assumer directement l'exercice de leur responsabilité naturelle d'éducateurs de leurs enfants. En agissant ainsi, les parents exercent leur droit naturel et assument leur responsabilité de garantir à leurs enfants la jouissance effective de leur droit à l'instruction et à une vie sociale préservée de la violence. L'État ne saurait invoquer des considérations d'ordre politique, telle que la volonté d'imposer des valeurs et un enseignement identiques à tous les enfants, pour priver ceux-ci de leur droit à une instruction de qualité dans le respect des convictions de leurs parents. Une scolarisation qui serait obligatoire et de médiocre qualité, voire idéologisée, serait une violation des droits éducatifs des enfants et de leurs parents »⁶.

Contraindre les citoyens à scolariser leurs enfants risque probablement d'augmenter ladite défiance des parents à l'égard de l'école et partant, à renforcer les tentations « séparatistes » que la loi déferée s'est pourtant précisément donné pour objet de combattre.

13. Enfin, les effets bénéfiques du dispositif, au demeurant difficilement identifiables, ne paraissent pas l'emporter sur ses effets préjudiciables.

14. D'une part, le dispositif contesté en tant qu'il soumet l'instruction à domicile à une autorisation, est particulièrement contraignant pour les familles qui pourraient en bénéficier.

⁶ V. Grégor Puppink, Liberté éducative et droits de l'Homme, ECLJ, déc. 2020., préc.

Il peut en effet être rappelé que l'instruction à domicile a toujours fait l'objet d'un régime purement déclaratif. L'article L. 131-5 du code de l'éducation, actuellement en vigueur, dispose ainsi que :

« Les personnes responsables d'un enfant soumis à l'obligation scolaire définie à l'article L. 131-1 doivent le faire inscrire dans un établissement d'enseignement public ou privé, ou bien déclarer au maire et à l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation, qu'elles lui feront donner l'instruction dans la famille. Dans ce cas, il est exigé une déclaration annuelle » (soulignement ajouté).

De manière générale, lorsqu'est en cause une liberté fondamentale, votre Conseil refuse d'admettre la possibilité de soumettre son exercice à une autorisation administrative (v. not. en ce sens Cons. const., déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 relative à la loi sur la liberté d'association).

Comme le relevait en effet la doctrine à propos de la création des associations, un régime d'autorisation n'est pas nécessaire dès lors que *« Le simple fait de se déclarer constitue de la part d'un groupement, une acceptation de l'ordre juridique, et un souci d'utiliser, pour son action, les voies de droit, qui apparaissent plutôt rassurants »* (v. en ce sens Jean Rivero – AJDA 1971, p. 537 – soulignement ajouté).

Or, l'article 49 de la loi adoptée, en soumettant l'instruction à domicile à un régime d'autorisation, crée non seulement un système de défiance à l'égard des familles qui pourraient bénéficier du dispositif, mais surtout définit des modalités d'obtention de ladite autorisation particulièrement contraignantes et inadaptées.

Sur ce dernier point, il convient de rappeler qu'une fois le dossier administratif constitué et déposé, les familles devront attendre environ deux mois pour savoir si elles sont ou non autorisées à instruire leurs enfants à domicile. Ce délai ne permettra donc pas d'agir efficacement, notamment en cours d'année, afin de remédier, par exemple, à des situations de harcèlements ou de phobies scolaires, cas où la sortie rapide de l'enfant de l'établissement peut être essentielle pour son bien-être.

Plus encore, en cas de refus d'autorisation, les parents seront contraints de scolariser leurs enfants avec le risque que la situation de ces derniers soit de nouveau perturbée si les parents contestent la décision de refus devant le juge administratif et obtiennent l'annulation. Il faut à cet égard relever que le dispositif prévoit un recours administratif obligatoire avant la saisine du juge, qui rallonge

de fait les délais d'obtention d'une décision définitive et prolonge l'incertitude dans laquelle seraient placées les familles qui contesteraient un refus d'autorisation.

Comme le relevait le rapporteur de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication devant le Sénat, le passage d'un régime déclaratif à un régime d'autorisation risque de bouleverser l'organisation de l'instruction en famille :

*« [...] la mise en place d'un régime d'autorisation **bouleverserait profondément l'organisation de l'instruction en famille** : tant que cette dernière n'aura pas obtenu l'autorisation - l'administration disposant d'un délai de deux mois pour examiner le dossier -, il lui serait impossible d'instruire l'enfant à domicile. Celui-ci devrait être scolarisé jusqu'à obtention de l'autorisation. Pour votre rapporteur, le système proposé **ouvre une période de flou**, pouvant aller jusqu'à deux mois, voire plus si l'autorisation n'est pas accordée et que la famille dépose un recours, pendant lequel l'enfant fréquenterait une école **qu'il est susceptible de quitter du jour au lendemain dès réception de l'autorisation**.*

*En outre, **le texte ne tire pas les conséquences de ce contrôle a priori des dossiers**, qui s'ajoute au contrôle pédagogique obligatoire annuel : les familles devront solliciter chaque année une autorisation, avec un réexamen complet de leur dossier, ouvrant à chaque fois une période d'incertitude sur cette reconduction.*

*Enfin, la commission souligne **les moyens importants qui devront être mobilisés** chaque année au niveau académique pour examiner ces demandes d'autorisation, puis pour répondre aux demandes de recours, sans pour autant que ce nouveau système n'allège les contrôles a posteriori ».*

15. D'autre part, sous prétexte d'offrir des garanties en ne supprimant pas totalement l'instruction à domicile, le législateur en restreint considérablement le périmètre.

On sait que ce régime d'autorisation est la conséquence de la difficile conciliation par le Conseil d'État du projet de loi qui lui avait été soumis pour avis et de sa jurisprudence précitée du 19 juillet 2017. En raison de cette décision MM. Malverti et Beaufils, maîtres des requêtes au Conseil d'État ont ainsi vu dans l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi adopté des réserves significatives quant à la constitutionnalité de la loi. Les auteurs ont relevé que l'assemblée générale du

Conseil d'État avait pris « *le soin d'affirmer [dans cet avis] qu'« en tout état de cause », le projet du gouvernement présente un risque juridique trop fort pour n'être pas amendé en tant qu'il restreint par trop « une liberté de longue date reconnue par la loi aux parents », sans se prononcer sur une éventuelle consécration de niveau supérieur* » (C. Malverti, C. Beaufiles, maîtres des requêtes au Conseil d'État, AJDA, 2021 p.270 et s.). Si le Conseil d'État a envisagé de résoudre cette difficulté en privilégiant le mécanisme de l'autorisation plutôt que de la déclaration, au vu de certains motifs ainsi regardés comme valables, votre Conseil ne pourra suivre cette idée.

En effet, en faisant glisser le contrôle de l'instruction en famille *a posteriori* vers une autorisation *a priori* la loi substitue un régime d'interdiction assorti d'exceptions limitatives au principe de liberté (cf. conclusions Corneille, CE, 10 août 2017, *Baldy*), sans justification objective, ni de principe, ni statistique quant aux risques en cause (cf. également sur ce point, l'avis préc. et les obs. de C. Malverti et C. Beaufiles, art. préc.).

L'article 49 de la loi adoptée limite ainsi le recours à l'instruction à domicile à quelques situations spécifiques tenant à « *L'état de santé de l'enfant ou son handicap* » ; « *La pratique d'activités sportives ou artistiques intensives* » ; « *L'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public* » ; « *L'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif* ».

La loi ne définit toutefois pas ces différentes situations et permet ainsi à l'autorité administrative, lors de l'analyse des dossiers de demande d'autorisation, et le cas échéant, au juge administratif, de déterminer les contours de notions, éminemment délicates, dont l'arbitrage ne devrait relever que des parents⁷, telles que « *l'état de santé* » justifiant une instruction à domicile ou celle de la « *situation propre à l'enfant* ».

En cela, le législateur, qui fait preuve d'incompétence négative, prend le risque que l'interprétation donnée à ces différentes notions par l'autorité administrative et le juge soit très stricte et limite encore un peu plus le champ de l'instruction à domicile.

⁷ V. en ce sens Principe 7 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents* ».

Les cas visés par la loi sont par ailleurs, par nature, évolutifs. Leur appréciation peut donc conduire l'administration, chaque année, à remettre en cause les autorisations accordées, au motif que les conditions définies par la loi ne sont plus remplies et ce, au risque de déstabiliser encore un peu plus certains enfants et l'organisation des familles.

Il peut encore être noté que l'imprécision des critères définis par la loi risque d'aggraver le sentiment d'arbitraire de l'administration, ainsi que les disparités entre académies⁸.

Ainsi, alors même que le dispositif tend à protéger « *l'intérêt supérieur de l'enfant* », en pratique, il sera particulièrement contraignant pour les familles et surtout, potentiellement déstabilisant pour les enfants.

Enfin, la disproportion est d'autant plus manifeste que la France est l'un des seuls pays d'Europe à avoir rendu l'instruction obligatoire dès 3 ans en 2019, cela alors même que les horaires de scolarité en France sont très étendus. L'ajout à ces obligations de la fin de la liberté d'instruction en famille fait peser sur les parents une contrainte manifestement disproportionnée.

Pour l'ensemble de ces raisons, le dispositif contesté apparaît ainsi disproportionné par rapport à l'objectif de la loi.

N'étant en conséquence ni nécessaire, ni adéquat, ni proportionné, il ne pourra qu'être reconnu inconstitutionnel par votre Conseil.

A.2- Sur la liberté de conscience

16. Le dispositif contesté, en tant qu'il ne garantit pas le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques méconnaît la liberté de conscience, liberté protégée par la Constitution.

⁸ V. not. Sondage sur les contrôles de l'instruction en famille en 2020-2021 réalisé par le collectif Felicia et association UNIE, Mai 2021 : « *Ces premiers résultats montrent un déroulement très satisfaisant des contrôles mairie et un déroulement des contrôles des DSDEN satisfaisant au niveau national mais soumis à une forte variation selon les académies, pointant des éléments parfois inquiétants tant au niveau du respect de la législation que de l'arbitraire administratif. Cette observation vient s'ajouter à un afflux sans précédent de témoignages, reçus par les associations de défense des droits des familles en IEF, relatant localement des dysfonctionnements administratifs importants. Par suite, et en l'absence de chiffres fournis par le gouvernement, une deuxième phase de collecte de données via ce même sondage est engagée afin d'étudier ces disparités à différentes échelles et de produire une image factuelle des contrôles de l'instruction en famille en France* ».

Il faut encore à ce titre citer les travaux parlementaires qui ont abouti à la loi de 1882 :

« Mais la composition du programme obligatoire soulevait une question politique et sociale dont aucune autre ne dépasse l'intérêt et l'importance, c'est la question de la liberté des consciences. L'école primaire, quelle qu'elle soit, publique, privée, ou familiale, n'est pas seulement une instruction, elle est aussi une éducation. A ce dernier titre, elle doit à l'enfant l'enseignement moral.

« Mais quelles sont les bases de cet enseignement ? Appuiera-t-on ses notions et ses principes sur l'intelligence, sur la raison et sur la conscience ? Lui donnera-t-on pour soutien les affirmations et les dogmes divers des religions positives et confessionnelles ? En d'autres termes, inscrira-t-on, en tête du programme, comme le portait la loi de 1850, l'instruction morale et religieuse, ne donnera-t-on pas le caractère obligatoire, comme le propose la loi nouvelle, qu'à l'instruction morale et civique ? En d'autres termes encore, l'école sera-t-elle neutre ou laïque, ou bien continuera-t-elle d'être confessionnelle ? Hâtons-nous de faire une remarque essentielle : il est bien entendu que dans l'école privée, et à plus forte raison au sein de la famille, l'enseignement pourra s'appliquer en toute liberté à des sujets non compris au programme obligatoire, notamment à l'instruction religieuse, quels qu'en soient l'objet et le caractère. La question n'intéresse donc que l'école publique ; c'est elle seule qui supprime de son programme l'instruction religieuse, sauf aux enfants qui la fréquentent à recevoir cette instruction par les soins de leurs parents eux-mêmes ou, au gré de ceux-ci, par les soins des représentants des différents cultes, dans des conditions qui réservent et maintiennent la neutralité de l'école » (Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire : Extraits du rapport de Charles Hyppolite Ribière, www.senat.fr/evenement/archives/D42/rap1882.html).

17. **En droit**, il peut être rappelé que la liberté de conscience est avant tout « personnelle » (Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC) et renvoie aux valeurs de chaque individu, notamment à ses convictions religieuses.

Elle a été reconnue par votre Conseil comme principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) en 1977, lors du contrôle de constitutionnalité de loi n° 77-1285 du 25 novembre 1977 relative à la liberté de l'enseignement :

« 5. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; que le Préambule de la Constitution de 1946 rappelle que « Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » ; que la liberté de conscience doit donc être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; [...] » (Cons. const., 23 novembre 1977, n° 77-87 DC).

Votre Conseil a toutefois abandonné « ce détour par les PFRLR pour ne retenir que l'ancrage de 1789 : « la liberté de conscience, qui résulte de ces dispositions, est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit » (cf. Déc. n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013) »⁹, étant précisé que cette substitution « est sans conséquence sur la valeur constitutionnelle et la portée de cette liberté »¹⁰.

Par comparaison, en droit international, la liberté de conscience est aussi protégée par de nombreux textes. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrent, en effet, dans leurs articles respectifs 9, 18 et 10, le droit de « Toute personne [...] à la liberté de conscience ».

18. En matière d'enseignement, les trois textes internationaux évoqués ci-avant rappellent que ce droit à la liberté de conscience « implique la liberté [...] **de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites** » (v. not. art. 9 de la Convention de sauvegarde).

Le choix de l'enseignement comme celui des modalités d'enseignement peuvent donc être motivés par des convictions individuelles, religieuses ou non. L'article 2 précité du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose à cet égard que :

⁹ Christophe Eoche-Duval – La liberté de conscience, quelle effectivité ? – RFDA 2021.501.

¹⁰ www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-liberte-de-conscience.

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques » (soulignement ajouté).

La doctrine, citant les travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention, a eu l'occasion de souligner que lors de la rédaction de cet article, le rapporteur Pierre-Henri Teitgen, avait insisté sur la nécessité de garantir aux parents le droit d'instruire leurs enfants à domicile conformément à leur conscience et à leurs convictions religieuses :

*« il ne nous paraît pas possible de limiter, dans un texte de cette importance, le droit du père de famille à la seule éducation des enfants », c'est-à-dire à l'éducation assurée dans le cadre familial. **Le droit des parents dépasse ce cadre et s'applique aussi dans le cadre de l'instruction.** Selon M. Teitgen, le texte doit donc garantir « **le droit fondamental qui appartient à tout père de famille de faire élever et instruire ses enfants selon sa conscience, quels que soient les impératifs de sa conscience, et ce n'est pas à l'État d'en juger** ». C'est aussi ce que souligne le Secrétaire Général dans son courrier du 24 octobre 1951 aux Ministres des Affaires Étrangères des États membres. Ce texte fut adopté à l'unanimité des 111 votants de l'Assemblée. Dans l'intention des rédacteurs, ce droit des parents porte distinctement sur l'éducation et sur l'enseignement des enfants. **L'État n'a pas seulement l'obligation de s'abstenir de s'ingérer dans l'éducation des enfants, mais doit aussi respecter les convictions des parents lorsqu'il assure lui-même l'instruction des enfants.** Le droit des parents à l'égard de leurs enfants a pour corollaire celui des enfants à l'égard de leurs parents, notamment celui de recevoir d'eux leur éducation (article 7 de la CIDE) »¹¹ (soulignement ajouté).*

À cet égard, il peut être précisé que selon la Cour EDH, « [...] dans son acception ordinaire, le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinions" et "idées". Il s'applique à "des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance" (arrêt Campbell et Cosans c. Royaume-Uni du 25

¹¹ V. Grégor Puppink, Liberté éducative et droits de l'Homme, ECLJ, déc. 2020., préc. citant Conseil de l'Europe, Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention, Document d'information rédigé par le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, CDH.

février 1982, série A no 48, p. 16, par. 36) » (CEDH, 18 décembre 1996, *Vasalimis c/. Grèce*, n° 21787/93, pt. 26). À n'en pas douter, les convictions en matière d'enseignement, dès lors qu'elles tendent à garantir ce que l'on considère être le meilleur enseignement compte au nombre de ces convictions qui doivent être protégées par la liberté de conscience.

En ce sens, la Cour EDH ne protège que les « *convictions des parents qui ne portent pas atteinte au droit de l'enfant à l'instruction (Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, § 36, série A no 48)*. En d'autres termes, les parents ne sauraient, sous couvert de leurs convictions, méconnaître le droit de l'enfant à l'instruction » (CEDH, 11 septembre 2006, *Konrad c/ Allemagne*, n° 35504/03, pt. 1). Ainsi, *a contrario*, si les convictions visent à garantir ce droit de l'enfant à l'instruction, leur protection compte au nombre des droits conventionnels.

19. On citera encore, au titre de l'importance attachée par le code de l'éducation français à la liberté de conscience dans le cadre de l'enseignement et à la protection des convictions religieuses des enfants et des parents. Le code rappelle notamment dans son article L. 141-5-2 que « *L'État protège la liberté de conscience des élèves* ».

Ainsi, dans l'enseignement public, si l'enseignement est laïc, il est organisé de manière à ce que, le cas échéant, l'instruction religieuse puisse être donnée à l'extérieur des établissements, notamment dans la sphère familiale : « *Les écoles élémentaires publiques vaquent un jour par semaine en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants l'instruction religieuse, en dehors des édifices scolaires* » (art. L. 141-3 du code de l'éducation).

S'agissant de l'enseignement privé, compte tenu de son caractère propre, l'instruction religieuse peut, elle, être donnée directement au sein des établissements : « *L'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées* » (art. L. 141-3 du code de l'éducation).

La loi organise donc un système éducatif qui permet aux parents de choisir les établissements d'enseignement non seulement, en fonction de leurs convictions religieuses et philosophiques, mais aussi en fonction des modalités d'enseignement de l'instruction religieuse (en famille, directement par l'établissement, etc.).

20. En l'espèce, l'instruction à domicile fait partie intégrante du système éducatif mis en place par la loi, avec les établissements publics ou privés (art. L. 131-2 du code de l'éducation).

Par conséquent, dès lors que le choix entre ces derniers peut être fondé sur des convictions propres à chacun et notamment des convictions religieuses, le recours à l'instruction à domicile doit, lui aussi, pouvoir être motivé par de telles convictions.

En privant les parents du choix d'instruire leurs enfants à domicile conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques, mais aussi pédagogiques, le dispositif contesté méconnaît donc nécessairement la liberté de conscience et est, en cela, manifestement anticonstitutionnel, tout comme il est inconstitutionnel.

21. En tout état de cause, notamment pour les motifs rappelés ci-avant (pt. 7 de la présente contribution), le dispositif contesté en tant qu'il limite la liberté de conscience des parents n'apparaît, là encore, ni nécessaire, ni adéquat, ni proportionné aux objectifs de la loi.

À cet égard, le lien entre le recours, pour des raisons philosophiques ou religieuses, à l'instruction à domicile et le séparatisme n'est aucunement justifié¹².

Tout au plus, le Conseil d'État dans son avis se contente-t-il de relever qu'il serait possible d'empêcher « *que le droit de choisir l'instruction en famille ne soit utilisé pour des raisons propres aux parents, notamment de nature politique ou religieuse, qui ne correspondraient pas à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit à l'instruction* » (p. 30/57).

Il n'est toutefois pas précisé en quoi le fait de choisir l'instruction à domicile pour des raisons religieuses ou philosophiques serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle conception est de nature à nier la liberté de conscience tant des parents que des enfants ; elle laisse entendre que des parents qui feraient un tel choix présenteraient nécessairement plus de risque de séparatisme, que des parents qui pour les mêmes raisons religieuses ou philosophiques auraient fait le choix de l'enseignement au sein des établissements privés. Cela n'a pas de justification.

¹² On relèvera à cet égard de [l'enquête Félicia auprès de 3600 familles pratiquant l'instruction en famille](#) : les motivations pour transmettre les valeurs et une vie conforme à la religion ne concernent que 7% des foyers et la grande majorité des familles n'ont aucune pratique religieuse régulière (83%) (cf. pages 12 & 45).

Enfin, les effets bénéfiques d'une limitation des cas pouvant justifier le recours à l'instruction à domicile sur les préjudices qu'elle crée tant pour les familles qui pourraient bénéficier d'une autorisation, que pour celles qui s'en trouvent d'emblée privées ne sont pas démontrés.

Pour l'ensemble de ces raisons, votre Conseil ne pourra que constater l'inconstitutionnalité du dispositif.

B.- SUR LA FERMETURE DES ÉTABLISSEMENTS PRIVÉS HORS CONTRAT

22. L'article 53 de la loi confortant le respect des principes de la République tend à transférer du juge pénal au préfet le pouvoir de fermeture des établissements hors contrat.

L'article 55 de la loi durcit, quant à lui, les sanctions définies à l'article 227-17-1 du code pénal, applicables à un directeur d'établissement privé qui, malgré une mise en demeure, n'a pas remédié aux manquements constatés par le préfet ou le recteur.

Ces textes s'exposent également à l'inconstitutionnalité dès lors que leurs prévisions ne sont ni nécessaires, ni adéquates, ni proportionnées.

Ils vont au demeurant à l'encontre de l'article L151-1 du code de l'éducation qui dispose expressément que « *L'État proclame et respecte la liberté de l'enseignement et en garantit l'exercice aux établissements privés régulièrement ouverts* ».

23. Le transfert du pouvoir de fermeture des établissements hors contrat du juge pénal au préfet, heurte ainsi la liberté d'association, corollaire de la liberté d'enseignement, les établissements en cause étant majoritairement créés sous forme associative. Et les motifs qui conduiront à constater l'inconstitutionnalité des textes en cause au regard de la liberté d'association, pourront être pareillement retenus au regard de la liberté d'enseignement pour les établissements n'ayant pas une forme associative, rien ne justifiant que ces établissements subissent un tel régime restrictif, ni nécessaire ni adéquat et ni proportionnée.

24. En droit, la liberté d'enseignement est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Cons. const., 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, préc.), qui comprend le droit de créer des établissements d'enseignement privés (Cons. const. 8 juillet 1999, Loi d'orientation agricole, n° 99-414 DC, points 5 à 8).

L'article L. 151-3, alinéa 3 du code de l'éducation dispose que « Les établissements privés sont fondés et entretenus par des particuliers ou des associations ».

Dès lors qu'ils sont, sous l'impulsion du législateur, créés sous forme associative, ces établissements doivent pouvoir bénéficier du régime applicable à ces structures et ainsi invoquer la liberté d'association, dont la valeur constitutionnelle est reconnue depuis la décision du 16 juillet 1971 relative à la loi sur la liberté d'association :

« Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire » (Cons. const. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 relative à la loi sur la liberté d'association).

25. La liberté d'association n'est certes pas absolue et peut être restreinte par la loi. Dans ce cas, il incombe à cette dernière de définir des garanties, notamment procédurales, suffisantes et proportionnées à l'atteinte à la liberté en cause.

Le recours au juge judiciaire est, en soi, une telle garantie.

Par conséquent, si l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 interdit les associations fondées « *sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire*

national et à la forme républicaine du gouvernement », seul le juge judiciaire sera compétent pour les fermer en application de l'article 7 de cette même loi :

« En cas de nullité prévue par l'article 3, la dissolution de l'association est prononcée par le tribunal judiciaire, soit à la requête de tout intéressé, soit à la diligence du ministère public. Celui-ci peut assigner à jour fixe et le tribunal, sous les sanctions prévues à l'article 8, ordonner par provision et nonobstant toute voie de recours, la fermeture des locaux et l'interdiction de toute réunion des membres de l'association » (soulignement ajouté).

De même, peut être dissoute par un juge *« toute personne morale, quelle qu'en soit la forme juridique ou l'objet, qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, lorsque ont été prononcées, contre la personne morale elle-même ou ses dirigeants de droit ou de fait, des condamnations pénales définitives pour l'une ou l'autre des infractions mentionnées ci-après [...] »* (art. 1^{er} de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, soulignement ajouté).

26. L'intervention de l'autorité administrative étant, par principe, moins garante des libertés que le juge¹³, son intervention n'est admise que dans des cas très résiduels motivés par l'urgence et la particulière dangerosité des associations.

En effet, seules certaines associations ayant un objet très spécifique peuvent être dissoutes par décret en conseil des ministres (v. en ce sens art. L. 212-1 – groupes de combat et milices privées – et L. 212-2 – associations de supporters – du code de la sécurité intérieure). L'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure vise ainsi les groupements suivants :

« 1° Qui provoquent à des manifestations armées dans la rue ;

¹³ v. en ce sens commentaire Jean Rivero sous la décision n° 71-44 – AJDA 1971, p. 537 : *« La tradition libérale [...] écarte le régime préventif au profit de la limitation des libertés par le seul procédé répressif. La raison, non certes unique, mais dominante de cette option réside dans le fait que le régime préventif relève de l'autorité administrative et gouvernementale, a priori suspecte aux libéraux, alors que c'est du juge, avec toutes les garanties liées à son intervention que la répression relève »*

2° Ou qui présentent, par leur forme et leur organisation militaires, le caractère de groupes de combat ou de milices privées ;

3° Ou qui ont pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement ;

4° Ou dont l'activité tend à faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine ;

5° Ou qui ont pour but soit de rassembler des individus ayant fait l'objet de condamnation du chef de collaboration avec l'ennemi, soit d'exalter cette collaboration ;

6° Ou qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence ;

7° Ou qui se livrent, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger ».

Si le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que ces dispositions ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'association, il a aussi confirmé que leur mise en œuvre ne pouvait être justifiée que par la gravité des troubles qui étaient portés à l'ordre public :

« que, eu égard aux motifs susceptibles de conduire, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, au prononcé de la dissolution d'associations ou de groupements de fait, les dispositions de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure répondent à la nécessité de sauvegarder l'ordre public, compte tenu de la gravité des troubles qui sont susceptibles de lui être portés par les associations et groupements visés par ces dispositions ; que, par ailleurs, le prononcé d'une telle dissolution, qui doit être motivé par application de la loi du 11 juillet 1979, ne peut intervenir, en vertu des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, qu'au terme d'une procédure contradictoire permettant aux représentants de l'association ou du groupement de

fait en cause de présenter des observations écrites et, le cas échéant, orales ; que, dans ces conditions, les dispositions de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure ne portent pas une atteinte excessive au principe de la liberté d'association » (CE, 30 juillet 2014, Association « Envie de rêver », n° 370306, au Lebon).

En matière de fermeture d'association, l'intervention de l'autorité administrative ne se justifie donc que pour autant qu'il existe une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public.

27. Sur le plan international et par comparaison, la Cour EDH adopte une position similaire.

Dans une décision *Ayoub contre France* du 8 octobre 2020, elle a en effet jugé que la dissolution administrative d'une association portait par principe atteinte à la liberté d'association – protégée par l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales relatif à la liberté de réunion et d'association – et ne pouvait être mise en œuvre que dans les cas les plus graves :

« La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer que la dissolution est une mesure sévère aux conséquences lourdes, qui ne peut s'appliquer qu'aux cas les plus graves (Association Rhino et autres c. Suisse, no 48848/07, § 62, 11 octobre 2011, Vona, précité, § 58, Les Authentiks et Supras Auteuil 91, précité, § 84). À moins qu'une association puisse raisonnablement passer pour être le terreau de la violence ou pour incarner la négation des principes démocratiques, il est difficile de concilier des mesures radicales destinées à restreindre la liberté d'association - sous couvert de protéger la démocratie - avec l'esprit de la Convention, laquelle vise à garantir l'expression d'opinions politiques par le biais de tous les moyens pacifiques et légaux y compris les associations et les rassemblements (Vona, précité, § 63) ».

La Cour EDH considère plus précisément que la liberté d'association n'est pas absolue et ne peut faire l'objet de restrictions, que pour autant que ces dernières se concilient avec les obligations des États « au titre de la Convention et sous réserve du contrôle de la Cour. En conséquence, les exceptions visées à l'article 11 de la Convention appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association ».

Si cette évaluation relève de la marge nationale d'appréciation évoquée ci-avant, les mesures adoptées dans ce cadre sont soumises au contrôle de la Cour, qui apprécie notamment « *si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la [l'ingérence litigieuse] justifier apparaissent « pertinents et suffisants » pour démontrer un « besoin social impérieux » et si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi »* (CEDH 8 octobre 2020, *Ayoub c/ France*, n° 77400/14 , pts. 88 - 89).

28. Il ressort ainsi de l'ensemble de ces éléments que si la loi peut définir les cas justifiant que la fermeture « forcée » d'une association soit prononcée, ces restrictions à la liberté d'association ne sont admises que pour autant que la loi fixe des garanties suffisantes et proportionnées à l'atteinte en cause.

L'analyse de la proportionnalité des atteintes causées à la liberté d'association implique de tenir compte de la dangerosité des groupements concernés. Pour les cas les moins graves, la fermeture d'une association ne pourra être réalisée qu'à l'issue d'un débat devant le juge judiciaire. L'intervention de l'administration ne peut, elle, être motivée que par l'urgence et la particulière dangerosité des associations.

29. **En l'espèce**, le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel et évoqué ci-avant ne pourra conduire qu'à constater la violation par le législateur des libertés constitutionnelles en cause : liberté d'association et liberté d'enseignement.

30. Il convient d'une part de rappeler que les établissements d'enseignement hors contrat sont majoritairement constitués sous forme associative (*v.* en ce sens art. L. 151-3 du code de l'éducation précité ; Etude d'impact de la loi, p. 241) et en cela, sont soumis au régime applicable aux associations.

Leur fermeture ne devrait donc être réalisée que selon les modalités définies à l'article 7 précité de la loi du 1^{er} juillet 1901, l'intervention d'une autorité administrative ne se justifiant que dans les seules hypothèses présentant un risque d'une particulière gravité.

Le dispositif contesté prévoit la possibilité pour une autorité administrative de fermer des établissements « hors contrat » pour les motifs suivants :

- Non déclaration ;

- Refus de contrôle ;
- Risques pour l'ordre public, la santé et la sécurité physique ou morale des mineurs que présentent les conditions de fonctionnement de l'établissement ;
- Insuffisances de l'enseignement ;
- Manquements aux obligations en matière de contrôle de l'obligation scolaire et d'assiduité des élèves ;
- Manquements aux dispositions des articles L. 911-5 et L. 914-3 à L. 914-6 ou à la vacance de la fonction de directeur.

Ces motifs ne sont cependant en rien comparables à ceux évoqués ci-avant, justifiant la substitution de l'autorité administrative à l'autorité judiciaire.

Dès lors, plutôt que de permettre l'identification ciblée des établissements « dangereux », le dispositif fait peser sur l'ensemble des établissements le risque d'une fermeture administrative sans débat judiciaire. En cela, il porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'association.

Et cette disproportion est d'autant plus manifeste qu'en autorisant l'administration à sanctionner un établissement avant l'éventuel contrôle du juge administratif, le dispositif contesté contraint les parents concernés à scolariser dans l'urgence - et de manière temporaire - leurs enfants dans des établissements qu'ils n'auront pas nécessairement choisis. En pratique, il contribuera donc à placer, les élèves et les parents dans une situation d'incertitude particulièrement préjudiciable.

31. D'autre part, la mesure n'est pas nécessaire, dès lors que les motifs de fermeture listés par le dispositif contesté, font déjà l'objet de sanctions dans le code de l'éducation.

Notamment, lorsqu'un établissement « hors contrat » méconnaît son obligation de proposer un enseignement conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, le code prévoit la possibilité de mettre en demeure les parents de scolariser leurs enfants dans un autre établissement (cf. art. L. 442-2 du code de l'éducation : « *En cas de refus de la part du directeur de l'établissement d'améliorer la situation et notamment de dispenser, malgré la mise en demeure de l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation, un enseignement conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, tel que celui-ci est défini par l'article L. 131-1-1, et qui permet aux élèves concernés l'acquisition progressive du socle commun défini à l'article L. 122-1-1, l'autorité académique avise le procureur de la République des*

faits susceptibles de constituer une infraction pénale, puis met en demeure les parents des élèves scolarisés dans l'établissement d'inscrire leur enfant dans un autre établissement, dans les quinze jours suivant la mise en demeure qui leur est faite »).

Cette disposition qui tend à « vider » un établissement en infraction de ses élèves a le même effet qu'une fermeture administrative et rend, par-là, inutile, la mise en place d'une telle sanction.

Certes, on n'ignore pas que l'étude d'impact justifie le dispositif litigieux au regard de la nécessité d'accélérer la procédure de fermeture des établissements.

Mais des procédures judiciaires rapides existent déjà.

En effet, par comparaison et comme il a été exposé, l'article 7 précité de la loi du 1^{er} juillet 1901 prévoit que la dissolution judiciaire d'une association peut se faire dans le cadre d'une procédure d'assignation à jour fixe, procédure qui par définition est rapide.

Une procédure similaire pourrait donc tout à fait être mise en œuvre en cas d'infraction d'un établissement « hors contrat » à ses obligations.

Les dispositifs préexistants, selon la dangerosité de l'association, répondent donc déjà parfaitement à cet objectif de rapidité et rendent de fait inutile, la création d'un nouveau dispositif, plus attentatoire à la liberté d'association, applicable, sans distinction, à l'ensemble des établissements d'enseignement « hors contrat ».

32. Enfin, le dispositif encadré par l'article 53 de la loi confortant le respect des principes de la République s'accompagne d'un article 55 qui durcit les sanctions définies à l'article 227-17-1 du code pénal applicables à un directeur d'établissement privé qui, malgré une mise en demeure, n'a pas remédié aux manquements constatés par le préfet ou le recteur.

Si cet article n'est motivé que par la nécessité de mettre en cohérence cette peine avec celles encourues pour des délits liés, il n'est aucunement démontré, notamment dans l'étude d'impact de la loi, que cette mise en cohérence serait nécessaire et, en tout état de cause, justifiée, par exemple, par le caractère peu dissuasif de la peine initiale.

Par ces motifs, la **Fondation pour l'école**, l'association **Liberté éducation** et madame **Laurence Fournier** concluent à l'inconstitutionnalité de la loi en ses articles 49, 53 et 55.

Société MATUCHANSKY, POUPOT & VALDELIÈVRE
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation