

<p style="text-align: center;"><b>Projet de loi confortant le respect des principes de la République : l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à l'instruction en famille</b></p>
---

*Observations produites par M. Nicolas Sild  
Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole*

*Le 17 décembre 2020*

**Observations liminaires :**

Le 9 décembre 2020, a été présenté en Conseil des ministres le *Projet de loi confortant le respect des principes de la République*, dont l'article 21 modifie les dispositions des articles L. 131-2 et L. 131-5 du Code de l'éducation. Le but de cette loi consiste à lutter contre le séparatisme qui fragmente la société française et pousserait certaines familles à déscolariser leurs enfants pour des motifs religieux.

L'article 21 instaure une interdiction pour les parents d'instruire leurs enfants en famille, interdiction assortie de dérogations. Il subordonne également l'instruction en famille à un régime d'autorisation préalable, en lieu et place d'un régime déclaratif. Si elles sont votées et promulguées, ces dispositions s'appliqueront dès la rentrée scolaire 2021.

**Article 21**

I. – Le Code de l'éducation est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa de l'article L. 131-2 est ainsi rédigé :

« L'instruction obligatoire est donnée dans les établissements ou écoles publics ou privés. Elle peut également, par dérogation, être dispensée dans la famille sur autorisation délivrée dans les conditions fixées à l'article L. 131-5. » ;

2° À l'article L. 131-5 :

[...] « L'autorisation mentionnée au premier alinéa ne peut être accordée que pour les motifs suivants, sans que puissent être invoquées les convictions politiques, philosophiques ou religieuses des personnes qui sont responsables de l'enfant :

« 1° L'état de santé de l'enfant ou son handicap ;

« 2° La pratique d'activités sportives ou artistiques intensives ;

« 3° L'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique d'un établissement scolaire ;

« 4° L'existence d'une situation particulière propre à l'enfant, sous réserve que les personnes qui en sont responsables justifient de leur capacité à assurer l'instruction en famille dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. »

**Ce que change cette réforme :**

Le droit en vigueur repose sur les règles suivantes, contenues dans le Code de l'éducation, dont deux dispositions sont ici particulièrement intéressantes. La première consacre la possibilité pour les parents de choisir d'instruire ou de faire instruire leur enfant en famille. La seconde précise les modalités du contrôle des connaissances par les autorités académiques compétentes.

- Art. L. 131-2 : « L'instruction obligatoire 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. »

- Art. R. 131-14 : « Lorsque l'enfant reçoit l'instruction dans la famille, le contrôle de l'acquisition des connaissances et compétences prescrit par l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation se déroule sous la forme d'un entretien avec au moins l'une des personnes responsables de l'enfant soumis à l'obligation scolaire, le cas échéant en présence de ce dernier. Les personnes responsables de l'enfant précisent notamment à cette occasion la démarche et les méthodes pédagogiques qu'elles mettent en œuvre. Afin d'apprécier l'acquisition par l'enfant des connaissances et des compétences mentionnées aux articles R. 131-12 et R. 131-13, l'une au moins des personnes responsables de l'enfant présentent à la personne chargée du contrôle des travaux réalisés par l'enfant au cours de son instruction et l'enfant effectue des exercices écrits ou oraux, adaptés à son âge et à son état de santé. »

Avec le projet de loi confortant le respect des principes de la République, le gouvernement souhaite limiter l'instruction en famille (ci-après IEF) à des cas très particuliers.

D'une part, il interdit désormais aux personnes responsables de l'enfant de lui donner en famille l'instruction obligatoire, en invoquant des convictions « politiques, philosophiques ou religieuses ». Cette interdiction réduit à néant le choix éducatif des parents. Il ne leur sera plus possible de justifier le choix de l'IEF en s'appuyant, par exemple, sur leur préférence pour telle ou telle méthode pédagogique. Cette interdiction est assortie de dérogations, lorsque la scolarisation de l'enfant dans un établissement public ou privé est rendue difficile du fait de sa situation. Le projet de loi dresse une liste limitative de ces situations particulières (état de santé ou handicap de l'enfant, pratique d'activités sportives ou artistiques intensives, itinérance de la famille ou éloignement géographique d'un établissement scolaire, existence d'une situation particulière propre à l'enfant).

D'autre part, le projet de loi modifie substantiellement le régime de l'IEF, en le soumettant à un régime d'autorisation préalable. Cela signifie que les familles qui souhaiteront conférer l'instruction à leur enfant à domicile devront, en plus de satisfaire aux conditions énoncées par le texte, en demander la permission à l'administration, valable pour une année seulement, alors qu'une simple déclaration suffisait jusqu'à présent.

Précision importante sur l'état actuel du projet : dans son avis du 3 décembre 2020, le Conseil d'État a fait part de ses réserves concernant la restriction sans précédent de l'IEF. Il a ainsi relevé que le texte soumis à son examen soulevait « de délicates questions de conformité à la Constitution ». La première rédaction du texte interdisait l'IEF, sauf lorsque la scolarisation de l'enfant dans un établissement d'enseignement s'avérait impossible « pour des motifs tenant à sa situation ou à celle de sa famille ». La Haute Assemblée souligne dans son avis que « 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 ». Le Conseil d'État a donc invité le gouvernement à énumérer dans le texte du projet de loi les cas précis dans lesquels l'instruction en famille serait possible, et ainsi à faire « le choix d'un encadrement reposant sur des motifs précis, dont l'appréciation pourra être contrôlée par le juge administratif ». Le gouvernement a admis de revoir sa copie, en précisant que la possibilité d'instruire les enfants en famille serait soumise à autorisation préalable dans quatre situations : 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 d'un établissement scolaire, l'existence d'une situation particulière propre à l'enfant.

**Il faut néanmoins relever que cette modification ne suffit pas à répondre aux critiques formulées par le Conseil d'État, qui trouvent toujours à s'appliquer.**

En effet, le texte présenté en Conseil des ministres alourdit les restrictions pesant sur l'IEF en interdisant désormais aux parents ou responsables de l'enfant d'invoquer des convictions politiques, philosophiques ou religieuses pour le faire instruire à domicile. La loi supprime la liberté de choix des parents ou responsables de l'enfant, qui a été reconnue sans interruption depuis la loi Ferry du 28 mars 1882 (art. 4). Alors que l'IEF relève de la liberté d'enseignement, la loi envisagée ne permet désormais d'y recourir que dans des situations où la scolarisation de l'enfant est rendue impossible. La liberté est donc purement et simplement évacuée, la possibilité de scolariser les enfants à domicile découlant, non d'une liberté de choix, mais d'une nécessité imposée par l'impossibilité matérielle de les scolariser. Par conséquent, c'est l'existence même de méthodes alternatives d'enseignement ayant fait leurs preuves depuis longtemps qui s'en trouve menacée, au profit d'une uniformisation de l'enseignement sans précédent.

Sur le plan juridique, la rédaction actuelle de ce texte appelle deux critiques majeures sur le plan constitutionnel.

Tout d'abord, le régime d'autorisation préalable auquel est désormais soumis le recours à l'IEF est contraire à la Constitution, parce qu'il limite la liberté d'instruire les enfants dans les familles, qui est une liberté de nature constitutionnelle ayant la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Un texte ayant pour finalité de conforter les principes de la République devrait la protéger, et non la détruire.

Par ailleurs, les restrictions apportées à la possibilité de choisir l'IEF entraînent une limitation disproportionnée de la liberté d'enseignement au regard de la finalité poursuivie par le projet de loi : la protection de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle.

Avant de développer ces différents arguments, il convient de rappeler un point important : il n'est pas illégitime, et encore moins contraire à la Constitution, que l'État exerce un certain contrôle sur les conditions dans lesquelles l'IEF est dispensée aux enfants. Ce contrôle existe déjà. Il n'a d'ailleurs cessé d'être renforcé par l'intervention de plusieurs lois successives. La loi du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire impose un régime de déclaration préalable annuelle pour les parents souhaitant faire donner l'instruction à leur enfant en famille, obligation reprise à l'article L. 131-5 du Code de l'éducation. La loi a ensuite intensifié ce contrôle. D'une part, elle a renforcé les mesures d'enquête exercées par les services communaux au sein des familles, d'autre part, elle précise que l'inspecteur d'académie doit faire vérifier une fois par an au moins, que l'enseignement ainsi conféré est conforme au droit de l'enfant à l'instruction défini à l'article L. 131-1-1 du Code de l'instruction. Dernièrement, la loi n° 2019-791 pour une école de la confiance du 26 juillet 2019 et le décret n° 2019-823 du 2 août 2019 permettent d'effectuer des contrôles inopinés au domicile de la famille.

La mise en place de ce contrôle n'est pas contestée par les associations et les familles qui souhaitent voir maintenir la liberté de choisir d'instruire les enfants en famille. Ce contrôle répond à l'exigence d'un équilibre entre la liberté d'enseignement et le droit à l'instruction de l'enfant. Néanmoins, l'objet du projet de loi présenté par le gouvernement consiste, non à renforcer ces contrôles, mais à interdire l'instruction en famille en la restreignant à quelques cas très particuliers. Un tel projet réduit à néant la liberté d'enseigner en famille, alors qu'elle est une liberté constitutionnellement protégée.

## **I. Le régime d'autorisation préalable imposé à l'IEF est contraire à la Constitution**

### **- La limitation d'une liberté constitutionnellement protégée par un régime d'autorisation préalable n'est pas en elle-même contraire à la Constitution.**

Bien évidemment, il est loisible à l'État (législateur, pouvoir réglementaire) de subordonner l'exercice de certaines libertés, même constitutionnelles, à un régime de contrôle préalable. Ces restrictions s'exercent alors généralement pour des motifs d'ordre public, dans l'esprit de la Déclaration des droits de 1789, et afin de concilier l'exercice de la liberté avec d'autres principes ou règles constitutionnels.

Par conséquent, il n'est pas fait obstacle à ce que l'exercice de certaines libertés, même constitutionnelles, soit soumis à une autorisation préalable. Le Conseil constitutionnel admet la conformité à la Constitution de ces autorisations dans la plupart des domaines couverts par une police administrative spéciale. C'est le cas, par exemple, en matière de liberté de communication dans le secteur audiovisuel (CC, 27 juillet 1982, n° 82-181 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*). Par ailleurs, de nombreuses professions réglementées sont soumises à des régimes d'autorisation : taxis, pharmaciens, notaires, huissiers, avocats, exploitants d'hôtels, gérants de débits de boissons ou de stations-service. La constitutionnalité de ces régimes juridiques est néanmoins subordonnée à leur proportionnalité, au regard des objectifs poursuivis (CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*).

### **- Certaines libertés ne peuvent en revanche pas être soumises à autorisation préalable, du fait de leur importance particulière.**

En raison de leur importance, certaines libertés constitutionnelles bénéficient d'une protection renforcée.

- En effet, d'une part, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (ci-après PFRLR), estimant que la soumission de leur exercice à un régime d'autorisation était contraire à la Constitution. Ces libertés ont été consacrées par de grandes lois républicaines, promulguées au cours des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, et d'application ininterrompue. La tradition républicaine s'oppose à ce que l'administration soumette leur libre exercice à une autorisation préalable.

Tel est le raisonnement du Conseil constitutionnel à propos de la liberté d'association (CC, 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association*).

- D'autre part, et alors même qu'elles ne sont pas considérées comme des PFRLR, certaines libertés constitutionnelles ne peuvent être restreintes dans leur exercice par la mise en place d'un régime d'autorisation préalable, en raison de leur importance et de leur ancrage historique dans la tradition juridique française. C'est le cas, par exemple :

- de la liberté de la presse (CC, 10-11 octobre 1984, n° 84-181 DC, *Entreprises de presse*) ;

- de la liberté de manifester sur la voie publique et d'exprimer collectivement des idées et des opinions (CC, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*). La liberté de manifester peut certes faire l'objet de restrictions (interdiction d'une manifestation) lorsqu'elle risque de troubler l'ordre public, mais le Conseil d'État rappelle que les interdictions générales et absolues cumulées à un régime d'autorisation préalable sont illégales (CE, ord. 6 juillet 2020, *obligation d'obtenir une autorisation avant d'organiser une manifestation*).

**- La liberté d'instruire son enfant en famille est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui ne peut être subordonné à un régime d'autorisation préalable.**

Trois critères permettent d'identifier un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Premièrement, ce principe doit découler d'une règle suffisamment importante dans son contenu, et doit être doté d'un degré de généralité suffisant. Il doit porter, par exemple, sur l'exercice des libertés fondamentales, la souveraineté nationale, le fonctionnement des pouvoirs publics ou la séparation de l'autorité judiciaire et du juge administratif. Deuxièmement, le principe fondamental reconnu par les lois de la République doit trouver un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois adoptées par un régime républicain antérieur à 1946. Enfin, le troisième critère exige que ce principe ait été appliqué sans discontinuer dans les différents régimes républicains depuis son apparition (CC, 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie*).

C'est à ce titre que la liberté d'enseignement a été consacrée comme un PFRLR par une décision du CC, 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*.

Cette liberté est consacrée par une longue tradition juridique et culmine dans l'article 4 de la loi du 28 mars 1882 dite « loi Ferry », qui impose l'instruction obligatoire mais laisse aux parents la liberté, soit de scolariser leurs enfants, soit de dispenser les enseignements en famille, par le père de famille ou toute autre personne qu'il aura choisie.

Malgré la volonté d'ériger une école républicaine assimilatrice, les républicains de la III<sup>e</sup> République ont ainsi considéré que l'école n'était pas le seul endroit où s'enseignaient les connaissances élémentaires et le respect des principes républicains : la famille pouvait ainsi s'en charger. L'instruction obligatoire n'implique donc pas d'obligation de scolarisation.

Certes dans sa décision de 1977, le Conseil constitutionnel n'a pas expressément affirmé que la liberté d'enseignement impliquait pour les parents le droit de choisir librement l'instruction en famille. Mais le Conseil d'État est venu récemment préciser la portée de ce PFRLR en affirmant que : « 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*).

La rédaction de cet arrêt est sans équivoque, et ne conduit pas à dissocier l'instruction en famille de la scolarisation des enfants. Il ne procède par ailleurs à aucune hiérarchisation qui conduirait à reléguer l'IEF à un rang subalterne, une liberté de seconde zone qui justifierait un régime moins protecteur. On objectera que l'article L. 131-1-1 du Code de l'éducation dispose que l'instruction obligatoire est assurée « prioritairement dans les établissements d'enseignement », pour en déduire une supériorité de la scolarisation sur l'instruction en famille. Or, cette objection est d'une grande fragilité, car neutralisée par l'article L. 131-2, qui met sur un pied d'égalité la scolarisation et l'instruction dans les familles, en affirmant : « L'instruction obligatoire 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. »

Ainsi, le Conseil d'État a fait le choix d'une lecture favorable à l'indivisibilité de la liberté d'enseignement. Il accorde à l'instruction des enfants en famille une importance égale à leur scolarisation dans un établissement public ou privé.

Cette reconnaissance anticipée par le Conseil d'État représente un argument majeur en faveur de la reconnaissance de l'IEF en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. De toute évidence, la nécessité d'assurer le respect de la liberté d'enseignement impose au Conseil constitutionnel de reconnaître à son tour l'existence de ce PFRLR. Il lui appartient par conséquent de censurer les dispositions imposant un régime d'autorisation. Il convient à cet égard de conserver le régime de simple déclaration préalable, tout en maintenant l'existence d'un contrôle de l'autorité administrative sur les conditions d'exercice de l'instruction en famille, conciliant ainsi la liberté d'enseignement et le droit de l'enfant à l'instruction.

*Par conséquent, et en tout état de cause, le PFRLR de la liberté d'enseignement fait obstacle à ce que l'IEF soit soumise à un régime d'autorisation préalable.*

## **II. Une limitation disproportionnée de la liberté d'enseignement**

### **- Les restrictions apportées à l'IEF sous la forme d'une interdiction assortie de dérogations portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'enseignement et entraînent, en l'état, l'inconstitutionnalité du texte législatif.**

L'article 21 précise que l'autorisation d'instruire les enfants en famille ne peut être accordée qu'en des cas très particuliers. Il porte que cette permission ne pourra être délivrée lorsque seront invoquées « les convictions politiques, philosophiques ou religieuses des personnes qui sont responsables de l'enfant ».

Cette interdiction générale de recourir à l'IEF poursuit essentiellement deux finalités : d'une part, lutter contre la radicalisation politique, philosophique et religieuse des enfants sous l'influence de leur famille ; d'autre part, permettre la socialisation des enfants en renforçant ainsi l'obligation de scolarisation.

Par sa généralité, une telle formule revient à poser un principe d'interdiction assorti de dérogations. Même si le texte ne mentionne pas expressément que l'IEF est interdite en dehors des cas limitatifs énoncés par le législateur, la restriction ainsi opérée doit être requalifiée en interdiction.

Or, cette restriction paraît contraire au principe constitutionnel de liberté d'enseignement, dont nous soutenons qu'il inclut la liberté des parents de choisir d'instruire leur enfant en famille, pour des motifs de leur choix.

La limitation envisagée de cette liberté est disproportionnée au regard des objectifs poursuivis : lutte contre le radicalisme islamiste et socialisation renforcée des enfants en garantissant leur droit à l'éducation.

En effet, sans entrer dans une discussion serrée de l'étude d'impact publiée le 8 décembre 2020, les éléments quantitatifs qu'elle relève pour justifier l'interdiction d'instruire les enfants en famille sont lacunaires.

Ainsi, elle se fonde notamment sur « plusieurs affaires récentes » révélant un non-respect du droit à l'éducation. 10 % des enfants contrôlés (mais les 35 965 enfants recensés en 2018-2019 sont-ils tous évalués ?) présentent des « lacunes majeures », sans préciser davantage de quel

ordre, et au regard de quelles exigences. Ce chiffre ne paraît pas conséquent, dès lors que la totalité des enfants scolarisés à domicile n'a pas été soumise à un contrôle de connaissances. Dans son avis rendu sur le projet de loi contesté, le Conseil d'État a formulé la même observation de manière non équivoque, soulignant que ces « carences et dérives, *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 n'est pas non plus démontré que ce pourcentage de 10 % soit plus élevé que les chiffres observés au sein des établissements scolaires publics ou privés.

En outre, si l'étude d'impact relève que des contrôles ont mis en évidence l'existence d'écoles de fait, elle n'en donne que deux exemples, localisés dans un seul département français (Seine-Saint-Denis).

Enfin, l'ampleur supposée du phénomène de radicalisation des enfants bénéficiant de l'instruction en famille n'est attestée par aucun chiffre précis et paraît relativement faible. Dans un vade-mecum « Instruction dans la famille » publié en octobre 2020, les services du ministère de l'Éducation nationale admettent eux-mêmes que « les enfants exposés à un risque de radicalisation et repérés à l'occasion du contrôle de l'instruction au domicile familial sont exceptionnels » (vade-mecum « Instruction dans la famille », octobre 2020, chapitre XI, p. 40). La disproportion du projet de loi est par conséquent manifeste. Elle est même incompréhensible, au vu des déclarations faites par le ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports le 18 juin 2020. Devant la Commission d'enquête sénatoriale sur la radicalisation islamiste et les moyens de la combattre, le ministre déclarait alors : « Cette liberté d'instruction à domicile a un fondement constitutionnel puissant, mais qui doit s'équilibrer avec d'autres principes, notamment les droits de l'enfant. » Or il admettait à cette même occasion qu'un tel équilibre était atteint sur le plan juridique (en affirmant : « sur le plan juridique, je crois que nous sommes parvenus à un bon équilibre »). Un tel revirement fragilise considérablement les arguments invoqués par le gouvernement pour interdire aux familles d'instruire elles-mêmes leurs enfants, en invoquant des motifs politiques, philosophiques ou religieux.

**- Cette disproportion est telle qu'elle entraîne avec elle d'autres motifs d'inconstitutionnalité des dispositions ici discutées.**

1) **Il faut de toute évidence considérer que l'interdiction d'invoquer des opinions « politiques, philosophiques ou religieuses » pour instruire les enfants dans la famille est contraire à la Constitution.** En effet, cette disposition législative de l'article 21 du projet de loi méconnaît le principe de liberté de conscience. Consacré par 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. » Ce principe n'est pas décoratif : au contraire, dans sa décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 déjà citée, le Conseil constitutionnel a également reconnu que la liberté de conscience était un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Une telle liberté peut certes être restreinte lorsque son utilisation porte atteinte à l'ordre public. Mais ici, une attitude libérale s'impose, qui irrigue l'ensemble du droit français : le principe est celui du libre exercice des activités personnelles, et la restriction doit demeurer l'exception. Ainsi, l'esprit libéral du droit français impose de laisser libre cours à l'exercice de ces libertés, quitte à mettre en œuvre un régime répressif sanctionnant *a posteriori* les infractions commises dans l'exercice de ces droits. En d'autres termes, l'interdiction ne peut être la règle. Aucune règle constitutionnelle de niveau équivalent ou supérieur à la liberté de conscience ne peut justifier une telle interdiction.

Par conséquent, en interdisant d'invoquer des motifs politiques, philosophiques ou religieux pour donner l'instruction aux enfants dans les familles, l'article 21 du projet de loi confortant le respect des principes de la République porte une atteinte manifestement disproportionnée au principe de liberté de conscience consacré à l'article 10 de la Déclaration des droits de 1789.

**2) L'interdiction d'invoquer des « convictions politiques, philosophiques ou religieuses » pour solliciter la permission d'instruire les enfants en famille porte également atteinte au principe de liberté personnelle consacré par les articles 2<sup>1</sup> et 4<sup>2</sup> de la Déclaration des droits de 1789.** Le principe de liberté personnelle a été dégagé par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*. Le Conseil constitutionnel avait estimé que les dispositions de la loi soumise à son contrôle portaient atteinte à la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils avaient été victimes. La portée de ce principe constitutionnel « vise à assurer la sauvegarde de l'individu vis-à-vis de la collectivité (publique ou privée). C'est le droit de ne pas subir de contraintes excessives<sup>3</sup> ». Ce principe a depuis été précisé par d'autres décisions du Conseil constitutionnel, qui estime, par exemple, que le mariage relève de la liberté personnelle (CC, 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC). La consistance de cette liberté personnelle s'appuie « aussi bien sur l'intimité que sur l'expression des choix personnels » (X. Bioy, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 65, p. 73).

Or le projet de loi confortant le respect des principes de la République méconnaît ce principe constitutionnel pour deux raisons. D'une part, parce qu'il interdit purement et simplement aux parents d'invoquer des convictions personnelles (politiques, philosophiques, religieuses) pour instruire leur enfant en famille. D'autre part, parce qu'en obligeant les parents à scolariser un enfant se trouvant dans une situation difficile (dépression, phobie, enfant victime de harcèlement), mais non prévue par les quatre dérogations énoncées, la loi met ainsi en danger l'enfant et lui fait subir une contrainte excessive, eu égard à sa situation particulière. Si la loi précise certes que « l'existence d'une situation particulière propre à l'enfant » peut être invoquée par les parents, la généralité de cette formule confère à l'administration un trop large pouvoir d'interprétation qui porte atteinte à la sécurité des enfants.

**3) L'interdiction d'invoquer des « convictions politiques, philosophiques ou religieuses » pour solliciter la permission d'instruire les enfants en famille méconnaît le principe d'égalité, consacré à l'article premier de la constitution de 1958.** En effet, cette disposition constitutionnelle affirme que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

Or, force est de constater que le projet de loi confortant les principes républicains introduit une différence de traitement entre les enfants que les parents souhaiteraient instruire à domicile et ceux que les parents scolarisent dans tel établissement public ou privé, en se fondant sur des préférences religieuses, philosophiques ou politiques. Les premiers sont privés de cette liberté de choix, lorsque les seconds en bénéficient, au titre de la loi Debré sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés, du 31 décembre 1959.

Cette différence de traitement est manifeste, s'agissant de la liberté reconnue aux parents de scolariser leur enfant dans des établissements confessionnels privés. Elle n'est pas exclue en ce

---

<sup>1</sup> « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

<sup>2</sup> « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

<sup>3</sup> B. Mathieu, « Droit constitutionnel civil », *Jurisclasseur administratif*, 1997, Fascicule 1449, 1990, p. 15.

qui concerne la scolarisation de l'enfant au sein d'un établissement public d'enseignement. En effet, le système scolaire public français n'est pas bâti sur un modèle tout à fait uniforme. Il existe certains types d'établissements publics d'enseignement, primaires ou secondaires, où les enfants peuvent être scolarisés en fonction de choix qui peuvent traduire des aspirations politiques ou philosophiques de leurs parents<sup>4</sup>.

Le Conseil constitutionnel a admis des tempéraments au principe d'égalité, parfois motivés par la volonté de pratiquer ce que l'on appelle des discriminations positives. Il admet que des situations différentes soient traitées de manière différente, à certaines conditions, fixées dans une formule stabilisée depuis sa décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite* (cons. 27) : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. »

Le gouvernement pourrait donc être tenté de justifier cette différence de traitement en affirmant que les enfants scolarisés et ceux recevant l'instruction en famille sont placés dans une situation différente.

Or, cela n'est ni démontré, ni évident. L'inclusion des enfants dans un cadre éducatif restreint (car familial) ne les place pas dans une situation différente de ceux qui sont instruits au sein d'une structure éducative collective, au regard de l'objet de la loi confortant les principes républicains, dont le but est de lutter contre le séparatisme religieux. Le motif tiré de ce que l'IEF mènerait fatalement à des phénomènes de radicalisation n'est pas pertinent, pour deux raisons : d'une part en raison des chiffres évoqués ci-dessus, d'autre part, dans la mesure où ces dérives peuvent tout autant s'observer dans les établissements privés d'enseignement (sous ou hors contrat), ou chez des élèves scolarisés dans des établissements publics. En outre, l'argument selon lequel l'IEF conduirait à faire échapper l'enfant au contrôle des autorités académiques n'est pas davantage convaincant, dès lors que l'enseignement à domicile est *déjà* soumis à un contrôle des instances académiques, au même titre que les établissements scolaires, quelle que soit la catégorie dont ils relèvent.

Il apparaît dès lors qu'en interdisant aux parents de dispenser l'instruction obligatoire à leurs enfants dans le cadre familial pour des motifs politiques, philosophiques ou religieux alors qu'il est possible aux autres parents de scolariser pour les mêmes raisons leurs enfants dans des établissements privés (notamment confessionnels), le projet de loi méconnaît le principe constitutionnel d'égalité.

---

<sup>4</sup> Bien qu'il convienne d'avancer prudemment, car nul ne peut sonder les reins et les cœurs, l'on pourrait évoquer quelques exemples : *les lycées de la Défense* (anciennement lycées militaires) ; *la Maison d'éducation de la Légion d'honneur* : selon l'article R 122 du Code de la Légion d'honneur : « L'éducation donnée dans les maisons d'éducation a pour but d'inspirer aux élèves l'amour de la patrie et de la liberté ainsi que le sens de leurs devoirs civiques et familiaux et de les préparer, par leur instruction et la formation de leur caractère, à s'assurer une existence digne et indépendante » ; *le modèle dit du collège ou du lycée « expérimental »* dont deux exemples peuvent être évoqués : d'une part, le Collège Clithène fondé en 2002 à Bordeaux, qui s'appuie sur des pédagogies alternatives ; d'autre part, le lycée autogéré de Paris (LAP), créé en 1982 dans un esprit autogestionnaire qui relève nettement d'une doctrine politique, et non pas seulement d'une pédagogie alternative. Cet établissement bénéficie curieusement d'un régime de contrôle très tolérant de la part des services académiques : voir sur ce sujet l'étude juridique réalisée par Tanguy Pasquier-Briand, « L'autonomie sous contrôle ou l'ambivalence du statut du lycée autogéré de Paris. Le lycée autogéré de Paris, une institution scolaire hors la loi ? », *Revue du droit public*, 2016, p. 1395-1419. Cet établissement connaît par ailleurs des taux de réussite au baccalauréat d'environ 40 %, lorsque la moyenne nationale s'établit autour des 88 % (« Au lycée 'autogéré' de Paris, la révision du bac se fait à la carte », *Le Figaro étudiant*, article du 4 juin 2018 »)...

4) **En pénalisant les familles ne présentant aucun danger de radicalisation, cette frappe « à l’aveugle » manque évidemment de précision par les moyens qu’elle met en œuvre.** En effet, le caractère imprécis des dérogations consenties (notamment « l’éloignement géographique d’un établissement scolaire » et « l’existence d’une situation particulière propre à l’enfant ») mais surtout, l’absence de précisions sur les conditions dans lesquelles l’autorisation préalable est accordée ou refusée, laissent un trop large pouvoir d’appréciation au pouvoir réglementaire ou à l’administration.

Or, ce pouvoir d’appréciation ne peut être laissé à la discrétion de l’autorité administrative, qu’elle en décide par l’exercice du pouvoir réglementaire ou au cas par cas, par des décisions individuelles. En effet, l’article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques ». Le même article énonce également que la loi détermine les principes fondamentaux de l’enseignement. S’agissant donc de l’exercice de la liberté d’enseignement, qui figure parmi les libertés les plus fondamentales du droit français, le pouvoir de fixer précisément le sens des dérogations mentionnées par l’article 21 du projet de loi confortant les principes républicains ne peut être abandonné à l’autorité administrative.

À cet effet, il incombe au législateur d’exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. C’est vraisemblablement en ce sens que le Conseil d’État avait appelé le gouvernement à retenir « une rédaction énonçant dans la loi elle-même les cas dans lesquels il sera possible d’y recourir » (à l’IEF). Force est de constater que cette recommandation n’a pas été suivie par le gouvernement, qui laisse en suspens des formules vagues. Si la notion d’« éloignement géographique » doit sans doute être appréciée au cas par cas, cela n’exonère pas le législateur de fixer des seuils. À défaut, les interprétations les plus extensives pourront être retenues par les autorités administratives. Il en va de même de la « situation particulière propre à l’enfant », qui étend à l’infini le champ de l’interprétation exercée par l’administration.

Enfin, le projet de loi n’indique pas dans quelles conditions l’autorisation préalable délivrée par l’administration peut être accordée ou refusée. Doit-elle être motivée ou non ? Le silence de l’administration vaut-il acceptation ou rejet de la demande ? Il convient de préciser que si un tel silence devait valoir rejet de la demande adressée par les parents, cette réponse négative ne pourrait être acquise qu’à l’issue d’un délai de deux mois, à l’écoulement duquel les parents devront introduire un recours gracieux, puis éventuellement hiérarchique. Une telle situation s’avérerait intenable pour des familles, notamment pour celles dont les enfants sont dans une situation particulière (victime de harcèlement, dépression, etc.) nécessitant une réaction rapide de l’administration. Car le temps de l’administration n’est pas toujours le temps de la protection de l’enfance.

Ainsi, selon toute vraisemblance, l’absence de précisions relatives à ce régime d’autorisation dans le texte de loi ne garantit pas de façon satisfaisante l’exercice de la liberté d’enseignement. Remettre ce choix à l’autorité administrative reviendrait pour le Parlement à méconnaître l’étendue de sa compétence. En cela, les dispositions précitées sont contraires à la Constitution, car elles privent de garanties légales le principe constitutionnel de liberté d’enseignement.

\*  
\*\*

Cette réforme envisagée risque donc de générer des effets contreproductifs. En effet, d'une part cette interdiction assez large de l'IEF conduira probablement certaines familles à basculer dans la clandestinité, ou même à quitter le territoire français. D'autre part, l'imprécision du texte concernant « l'existence d'une situation particulière propre à l'enfant » introduira une incertitude : pourra-t-on ou non se prévaloir de cette dérogation pour scolariser à domicile un enfant surdoué ou victime de harcèlement scolaire ? Rien ne permet de l'établir avec certitude, eu égard à l'extrême imprécision de cette disposition figurant dans le projet de loi. De surcroît, le temps de traitement administratif des dérogations sera trop long au regard du besoin d'extrême réactivité découlant de certaines situations : harcèlement, dépression, phobie, maladie non identifiée.

Il est probable que le caractère très relâché de cette disposition législative conduise à instaurer une relation de défiance réciproque entre les familles et les autorités académiques et administratives. Et multiplie les recours contentieux devant des juridictions administratives déjà passablement engorgées.

Une dernière remarque s'impose, s'agissant de l'esprit général dans lequel ces dispositions sont envisagées. Le gouvernement fonde sa volonté de restreindre l'IEF sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, cette approche de l'intérêt de l'enfant conduit à envisager la situation de ce dernier indépendamment de la famille dont il fait partie. Plus grave encore, le recours à ce principe controversé<sup>5</sup> conduit à présumer que les parents agissent systématiquement au détriment de leurs enfants en faisant le choix de leur donner une instruction conforme à leurs opinions politiques, philosophiques ou religieuses. Fondée sur des aspirations généreuses, cette coloration individualiste de l'intérêt supérieur de l'enfant est trompeuse et dangereuse, car elle laisse à l'État le pouvoir de décider de façon générale et absolue ce qui relève du bien de l'enfant. Poussé à son terme, un tel raisonnement devrait aller logiquement jusqu'à interdire de scolariser ses enfants au sein d'un établissement privé, pour des motifs politiques, religieux ou philosophiques. On perçoit aisément qu'une telle décision conduirait à anéantir la cellule familiale au profit d'un État omnipotent. Il est à cet égard étonnant de voir le gouvernement défendre son projet en s'appuyant sur l'exemple du droit allemand, qui interdit l'instruction en famille. L'argument est évidemment malencontreux : décidée en 1919 pour lutter contre le travail des enfants, l'interdiction de l'instruction en dehors de l'école est reprise dans une loi du 6 juillet 1938 (*Reichsschulpflichtgesetz*), puis réaffirmée par une loi du 16 mai 1941, qui avait pour but d'assurer l'instruction de l'enfant allemand « dans l'esprit du national-socialisme ». Ces dispositions n'ont pas été abrogées et demeurent en vigueur aujourd'hui.

Cette perspective illibérale devrait suffire à susciter de très vives inquiétudes, et impose de renoncer aux dispositions législatives de ce projet qui restreint l'instruction en famille de manière inédite dans notre histoire.

---

<sup>5</sup> Son contenu est insaisissable, ambivalent, et son invocation fait figure de « formule magique », disait Jean Carbonnier (*Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, 21<sup>e</sup> éd., Tome 2, p. 85).