

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH  
*Avocat au Barreau de Paris*  
5, rue Daunou - 75002 PARIS  
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09  
<https://afocavocat.eu>

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**CONTRIBUTION EXTÉRIEURE**

**N° 2021-823 DC**

- POUR :**
- 1°) Le collectif « Les Lucioles de la liberté »
  - 2°) Le « Collectif pour la liberté d'instruire en famille » (CLIEF)
  - 3°) L'association « Liberté d'avenir »
  - 4°) Mme Caroline de Schynkel, éditrice du site Web « Les archives de l'IEF »
- CONTRE :**
- L'article 49 de la loi « confortant le respect des principes de la République »

## FAITS

1. Les Lucioles de la liberté, premier exposant, est un collectif d'enfants agissant pour le droit à la liberté d'instruction, initié spontanément par des jeunes instruits en famille, sur les réseaux sociaux, en réaction au discours du 2 octobre 2020 au Mureaux du président de la République. Le Collectif pour la liberté d'instruire en famille, deuxième exposant, est né également à la suite de ce discours. Son objectif est de porter la voix des familles et, en particulier, des enfants, en ayant une démarche indépendante et de maintenir l'instruction en famille (IEF) sous un régime déclaratif. L'association Liberté d'avenir, troisième exposante, a pour objet de défendre la liberté d'instruction et l'innovation en éducation. Pensée comme l'équivalent d'un syndicat lycéen, elle est formée de jeunes majoritairement en instruction en famille, impliqués dans la défense de leur mode d'instruction. Elle œuvre pour une instruction libre, dans l'intérêt propre de chaque enfant, libérée de l'influence politique. Mme Caroline de Schynkel, quatrième exposante, est éditrice du site Web « Les archives de l'IEF »<sup>1</sup>.

2. De telles pratiques éducatives, adoptées par de nombreux parents et réalisées sous le contrôle rigoureux de l'Etat, permettent une individualisation de l'instruction de l'enfant que ne permet pas le système scolaire traditionnel, moins adapté au rythme biologique de l'enfant, voire, dans certains cas, aux difficultés d'apprentissages que peuvent rencontrer certains.

3. Elles mettent en outre les parents en mesure de décider, dans le cadre de leur autorité parentale et en accord avec leurs enfants, du mode d'éducation le plus conforme à leur conscience, sans limitation géographique ou de moyens, sous le contrôle de l'Etat et sous réserve de respecter les principes républicains.

4. Plus généralement, l'instruction en famille peut s'inscrire dans un projet familial conforme au mode de vie librement adopté par les parents, dans le respect des droits de leurs enfants, en particulier de leur droit à l'instruction et à l'émancipation. Le cas échéant, ce choix d'instruction doit pouvoir s'appliquer à l'ensemble d'une fratrie.

5. Ces méthodes éducatives alternatives ouvrent, de surcroît, aux enfants concernés, la possibilité de consacrer davantage de leur temps à des activités extra-scolaire, d'ordre culturel, artistique ou sportive, dont la

---

<sup>1</sup> <https://lesarchivesdelief.wordpress.com/>

pratique est indispensable au développement de l'enfant, à son éveil et à son épanouissement, mais qui demeurent reléguées dans le système scolaire traditionnel à un rang subalterne. En résumé, l'instruction en famille n'est pas le vecteur d'un entre-soi animé par des visées séparatistes exclusives des principes républicains, mais s'inscrit bien dans un projet pédagogique destiné à garantir l'épanouissement de l'enfant, dont les parents doivent demeurer libres de décider, dans l'exercice de leur autorité parentale.

6. Ce mode d'instruction est inégalable, en ce qu'il permet un enseignement sur-mesure offrant une diversité pédagogique en tout lieu. L'instruction en famille constitue ainsi le mode d'instruction qui, non seulement incarne la liberté, mais encore légitime les autres modes d'instruction en faisant du format scolaire un droit mais surtout l'expression d'un véritable choix.

7. Malgré les nombreux avantages de cette méthode d'enseignement alternative et l'augmentation constante du nombre de parents convaincus de ces bienfaits, le 23 juillet 2021, l'Assemblée nationale a définitivement adopté le projet de loi « confortant le respect des principes de la République », altérant profondément le droit positif en la matière et, en particulier, la possibilité des parents d'instruire eux-mêmes leurs enfants<sup>2</sup>.

8. Cette loi a été déférée, sur le fondement du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 61 de la Constitution, au Conseil constitutionnel par au moins 60 députés et par au moins 60 sénateurs. Elle a été enregistrée le 26 juillet 2021 par le Conseil constitutionnel, sous le n° 2021-823 DC.

9. C'est la loi dont la constitutionnalité est contestée par les présentes observations.

---

<sup>2</sup> Cette loi contient un Titre I<sup>er</sup> intitulé « Garantir le respect des principes de la République et des exigences minimales de la vie en société ». Au sein de ce Titre I<sup>er</sup>, est notamment inséré un Chapitre V dénommé « Dispositions relatives à l'éducation et aux sports ». Ce Chapitre contient une Section 1 relative à l'instruction en famille (IEF).

## DISCUSSION

10. **En premier lieu**, l'article 49 de la loi déferée méconnaît **le principe de la liberté de l'enseignement**, qui figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et qui implique notamment 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.

11. Aux termes du 1<sup>er</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 :

*« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »*

12. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République lorsque la réunion de trois conditions cumulatives est caractérisée.

13. D'abord, il faut *« que le principe trouve un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946 »*<sup>3</sup>.

14. Ensuite, pour être reconnu comme un tel principe, ce dernier doit avoir été continûment affirmé par les lois républicaines<sup>4</sup>. Dit autrement, il faut *« qu'il n'ait jamais été dérogé à ce principe par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 »*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> « Commentaire autorisé » de la décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, préc. ; Cons. const., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, décision n° 86-224 DC, pt. 15

<sup>4</sup> Cons. const., 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, décision n° 88-244 DC, pt. 12.

<sup>5</sup> « Commentaire autorisé » de la décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, préc.

15. Enfin, « *le principe doit énoncer une règle suffisamment importante, avoir un degré suffisant de généralité* »<sup>6</sup> et intéresser les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale et l'organisation des pouvoirs publics<sup>7</sup>.

16. Sur le fondement du 1<sup>er</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a dégagé plusieurs principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à savoir :

- la liberté d'association<sup>8</sup> ;
- la liberté d'enseignement<sup>9</sup> ;
- la liberté de conscience<sup>10</sup> ;
- la liberté individuelle<sup>11</sup> ;
- le respect des droits de la défense<sup>12</sup> ;
- l'indépendance de la juridiction administrative<sup>13</sup> ;
- l'indépendance des professeurs d'université<sup>14</sup> ;
- la compétence exclusive de la juridiction administrative en matière de contentieux de l'excès de pouvoir<sup>15</sup> ;

---

<sup>6</sup> « Commentaire autorisé » de la décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, préc.

<sup>7</sup> Cons. const., 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, décision n° 2013-669 DC, pt. 21

<sup>8</sup> Cons. const., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC.

<sup>9</sup> Cons. const. 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 relative à la liberté de l'enseignement*, n° 77-87 DC ; Cons. const., 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, n° 99-414 DC, pt. 6 ; Cons. const. 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, n° 93-329 DC, pt. 26.

<sup>10</sup> Cons. const. 23 novembre 1977, n° 77-87 DC.

<sup>11</sup> Cons. const., 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, n° 76-75.

<sup>12</sup> Cons. const., 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, n° 76-70 DC.

<sup>13</sup> Cons. const., 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC.

<sup>14</sup> Cons. const., 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, n° 83-165 DC.

<sup>15</sup> Cons. const., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC.

- le rôle de gardien de l'autorité judiciaire en matière de propriété privée immobilière<sup>16</sup> ;
- l'existence d'une justice pénale spécifique pour les mineurs<sup>17</sup> ;
- la singularité du droit local en Alsace et en Moselle<sup>18</sup>.

17. On le voit, le principe de liberté de l'enseignement 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<sup>19</sup>.

18. Le Conseil constitutionnel adopte une acception large de ce principe, et déduit par exemple du 13<sup>ème</sup> alinéa du préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* », que ce principe ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé, non plus que l'octroi d'une aide de l'État à cet enseignement dans les conditions définies par la loi<sup>20</sup>. Plus généralement, il a jugé que le caractère propre des établissements d'enseignement privés n'est que la mise en œuvre du principe de la liberté d'enseignement<sup>21</sup>.

19. Dans cette perspective, et dans le prolongement de ces précédents jurisprudentiels, 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, figure au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Lors des débats au Sénat sur le projet de loi déferée, le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports, a d'ailleurs lui-même reconnu le 18 juin 2020 que « *cette liberté d'instruction à domicile à un fondement constitutionnel puissant* ».

---

<sup>16</sup> Cons. const. 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomération nouvelles*, n° 89-256 DC.

<sup>17</sup> Cons. const., 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

<sup>18</sup> Cons. const., 5 août 2011, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*, n° 2011-157 QPC.

<sup>19</sup> Cons. const., 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, n° 99-414 DC, pt. 6 *in limine*.

<sup>20</sup> Cons. const., 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, n° 99-414 DC, pt. 6 *in fine*.

<sup>21</sup> Cons. const., 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, n° 84-185 DC, pt. 10 *in limine*.

20. Sur ce fondement, le législateur ne saurait soumettre l'exercice de ce droit à un régime d'autorisation administrative préalable, le Conseil constitutionnel ayant déjà jugé que l'exercice des droits et libertés garantis par un principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>22</sup> ne pouvait être subordonné à un régime d'autorisation préalable, mais uniquement à un régime déclaratif.

21. **En l'espèce**, non seulement la liberté d'enseignement a déjà été reconnue comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais encore cette liberté implique manifestement 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. L'ensemble des conditions gouvernant l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République sont en effet réunies s'agissant de cette composante.

22. En effet, en premier lieu, la tradition républicaine, matérialisée dans les lois de la République, a continuellement affirmé le principe fondamental du droit des parents de recourir à une instruction de leurs enfants au sein de la famille.

23. A l'instar de l'instruction primaire obligatoire<sup>23</sup>, le droit d'instruire ses enfants en famille s'inscrit ainsi dans une tradition républicaine n'ayant jamais été démentie. Institué par la loi dite « Ferry » du 28 mars 1882 portant sur l'organisation de l'enseignement primaire, il a été « *constamment réaffirmé et appliqué depuis* », ainsi que l'a relevé l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dans son avis du 3 décembre 2020<sup>24</sup>.

24. Des auteurs ont ainsi pu constater, à juste titre, que :

*« Le principe est reconnu de manière continue par les « grandes » lois de la République, et depuis l'article 4 de la loi du 28 mars 1882, ni l'obligation de l'offre scolaire ni les trois options possibles pour dispenser l'instruction à l'enfant (scolarisation dans*

---

<sup>22</sup> Cons. const., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC ; voir également, plus généralement : Cons. const., 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, n° 84-181 DC.

<sup>23</sup> CE, section de l'administration, 29 novembre 2018, *Avis sur un projet de loi pour une école de la confiance*, n° 396047, pt. 6.

<sup>24</sup> CE, Ass. gén. plén., 3 décembre 2020, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, n° 401549.

*l'enseignement public, scolarisation dans l'enseignement privé ou enseignement dans la famille) n'ont jamais été remises en cause. A l'inverse, toutes les lois ont bien confirmé, de manière indissociable, et l'obligation, et ses modalités de mise en œuvre au choix des parents. »<sup>25</sup>*

25. Ces mêmes auteurs n'avaient pas non plus manqué de relever que :

*« Il faut encore dire que le législateur de la Ve République ne s'est jamais écarté du chemin ainsi tracé. Il y a peu de domaines où les lois républicaines auront révélé une tradition d'une telle constance. »<sup>26</sup>*

26. En paraphrasant les professeurs Francis Hamon et Michel Troper, on peut conclure que ce principe est indissociable de la tradition républicaine française, *« cette indissociabilité [étant] attestée par le fait que le législateur de la IIIe République y [est] toujours demeuré fidèle »<sup>27</sup>.*

27. Cette constance démontre, à elle seule, qu'il existe bien un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant 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.

28. Tirant les conséquences juridiques de l'assimilation de l'instruction en famille à un droit reconnu aux parents et, corollairement, aux enfants, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat s'était d'ailleurs interrogée, dans son avis du 3 décembre 2020, sur la question de savoir *« si le droit pour les parents de recourir à une instruction des enfants au sein de la famille (...) ne relève pas d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, autonome ou inclus dans la liberté de l'enseignement ».*

29. Autant d'éléments permettant de démontrer que le droit des parents d'instruire eux-mêmes leurs enfants, sous réserve d'un contrôle de l'Etat, trouve un ancrage textuel dans plusieurs lois intervenues sous un régime

---

<sup>25</sup> Jean-Pierre Camby, Tanneguy Larzul, Jean-Eric Schoettl, « Instruction obligatoire : pour un principe fondamental reconnu par les lois de la République », AJDA 2018, p. 2486.

<sup>26</sup> Jean-Pierre Camby, Tanneguy Larzul, Jean-Eric Schoettl, « Instruction obligatoire : pour un principe fondamental reconnu par les lois de la République », AJDA 2018, p. 2486.

<sup>27</sup> F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 36<sup>ème</sup> éd., 2015, LGDJ, pt. 794.



républicain antérieur à la IV<sup>ème</sup> République, et a été affirmé de manière continue par les lois républicaines.

30. En second lieu, le caractère fondamental de ce principe ne fait aucun doute, dès lors qu'il affirme une règle dont l'importance et la généralité sont indéniables, puisqu'elle intéresse les droits et libertés fondamentaux. En particulier, il assure aux parents la possibilité de garantir l'accès à un enseignement plus adapté aux besoins de leurs enfants, plus compatible à leur personnalité et, plus généralement, leur permettant d'atteindre un niveau de développement personnel et d'épanouissement que ne leur aurait pas nécessairement offert la scolarisation au sein d'un établissement public ou privé.

31. Pour ces raisons, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a reconnu au droit des parents de choisir les méthodes éducatives utilisées pour l'instruction de leurs enfants, la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en jugeant, dans sa décision *Association Les Enfants d'abord e.a.*, du 19 juillet 2017<sup>28</sup>, que :

« 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'Etat, 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. »

32. Par ailleurs, plusieurs plumes ont souligné la place cardinale de la possibilité pour les enfants de recevoir une instruction en famille. D'aucuns ont relevé que la possibilité d'un enseignement à domicile résulte de la liberté de l'enseignement<sup>29</sup> ou en est une composante<sup>30</sup>. Dans un article publié en 2019, Mme Anne Redondo, sous-directrice des affaires juridiques de l'enseignement scolaire au ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse, y voit « *le corollaire de la liberté de l'enseignement* »<sup>31</sup>. La

---

<sup>28</sup> CE, 19 juillet 2017, *Association Les Enfants d'Abord e.a.*, n° 406150, pt. 3, conclusions Emmanuelle Cortot-Boucher.

<sup>29</sup> Jean-Pierre Camby, Tanneguy Larzul, Jean-Eric Schoettl, « Instruction obligatoire : pour un principe fondamental reconnu par les lois de la République », AJDA 2018, p. 2486.

<sup>30</sup> Pierre Delvolvé, « Conclusion » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 271

<sup>31</sup> Anne Redondo, « L'instruction en famille », AJ Famille 2019, p. 571.

circonstance que ce dernier avis émane de la direction du ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse est particulièrement significative.

33. Il s'infère de tout ce qui précède que la liberté d'enseignement, qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, implique manifestement 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.

34. D'aucuns argueraient vainement que les dispositions litigieuses n'ont pas pour effet d'abolir le droit des parents d'instruire eux-mêmes leurs enfants, mais uniquement d'en restreindre les possibilités d'exercice.

35. En effet, la liberté d'enseignement – incluant 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 – ne peut être encadrée et limitée que dans la mesure où cet encadrement et ces limites n'ont ni pour objet ni pour effet de vider cette liberté de sa substance, ce qui implique de ne pas soustraire des enfants à la possibilité d'accéder à un mode d'éducation plus adapté à leurs besoins et à leurs aspirations.

36. Or, au cas présent, le 1° du I de l'article 49 de la loi déferée prévoit que l'instruction est obligatoirement dispensée dans les établissements ou écoles publics ou privés, et ne peut désormais être dispensée dans la famille par les parents, par l'un d'entre eux ou par toute personne de leur choix qu'à titre dérogatoire, sur autorisation. D'un droit jusqu'alors reconnu de manière constante aux parents dans l'intérêt supérieur de leur enfant<sup>32</sup>, en application de la liberté de l'enseignement, « *l'école à la maison* » est donc désormais reléguée au rang des exceptions, comme atteint par les préjugés du législateur à l'égard de ce mode d'enseignement qui, s'il n'est pas le plus répandu, n'en est pour autant pas moins l'expression d'une diversité nécessaire à la qualité et à la complétude du système éducatif français et, plus fondamentalement, à l'intérêt de l'enfant.

37. Le c) du 2° du I de l'article 49 de la loi déferée précise que cette autorisation n'est accordée que pour les motifs suivants, sans que puissent être invoquées d'autres motifs que l'intérêt supérieur de l'enfant :

---

<sup>32</sup> Le Conseil constitutionnel déduit des 10<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « *une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (cf. Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, pt. 6).

- 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, sous réserve que les personnes qui en sont responsables justifient de la capacité de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant à assurer l'instruction en famille dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce cas, la demande d'autorisation comporte une présentation écrite du projet éducatif, l'engagement d'assurer cette instruction majoritairement en langue française ainsi que les pièces justifiant de la capacité à assurer l'instruction en famille.

38. Cette autorisation n'est accordée que pour une durée qui ne peut excéder l'année scolaire.

39. Autrement dit, la loi déferée altère substantiellement l'équilibre atteint en matière de liberté d'enseignement, en passant d'un régime déclaratif assorti de contrôles administratifs rigoureux, à une interdiction de principe assortie d'exceptions rares et particulièrement restreintes, sur autorisation préalable.

40. Or, la substitution d'un régime d'autorisation préalable au régime déclaratif en vigueur jusqu'ici porte une atteinte disproportionnée au droit des 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, qui est inclus dans la liberté de l'enseignement.

41. Plus encore, un tel régime dénature le sens et la portée du principe de la liberté de l'enseignement. En effet, les conditions d'exercice de cette liberté telles qu'elles résultent de la loi déferée, constituent, dans les circonstances particulières de l'espèce, des restrictions à son application telles qu'elles en contredisent le principe même.

42. Jusqu'à présent, le contrôle de l'instruction en famille était concentré sur l'effectivité concrète de l'enseignement et excluait de contrôler les motifs ayant présidé le choix de recourir à une telle modalité d'enseignement<sup>33</sup>. Le professeur Jean-Pierre Camby relève ainsi que « [l]e passage à un système d'autorisation annuelle des demandes, motivées par quatre situations précises, marque un changement de nature dans le contrôle, et emporte une modification de principe de la liberté d'enseigner à domicile. »<sup>34</sup>

43. Avec la loi déferée, la liberté de choix des parents s'efface, pour laisser place à un contrôle *a priori* de l'administration sur les motifs poursuivis par un tel mode d'instruction<sup>35</sup>. S'il a pu être constaté que cette altération du droit positif limitait « *significativement la liberté d'enseignement* » ou que cette liberté se trouvait « *très amoindrie* » pour la loi déferée, ainsi que l'avait pudiquement relevé respectivement la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) dans son premier avis sur le projet de loi déferée<sup>36</sup> et la Défenseure des droits dans son avis n° 21-01 du 12 janvier 2021, on ne peut que constater que cette loi vient anéantir le droit des 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, qui est inclus dans la liberté de l'enseignement.

44. Ainsi que l'a observé l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dans son avis du 3 décembre 2020 sur la loi déferée, « *la suppression du droit de choisir d'instruire un enfant au sein de la famille, qui restreint une liberté de longue date reconnue par la loi aux parents, même si elle n'a jamais été utilisée que par une petite minorité d'entre eux (environ 0,4 % des enfants d'âge scolaire en 2018-2019), doit être appréciée au regard de sa nécessité, de son adéquation et de sa proportionnalité au regard des difficultés rencontrées et de l'objectif poursuivi* »<sup>37</sup>.

45. Or, cette restriction n'est justifiée ni par l'intérêt supérieur de l'enfant, ni par son droit à l'instruction.

---

<sup>33</sup> Sur ce point, voir : Jean-Pierre Camby, « Eduquer à domicile » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 234.

<sup>34</sup> Jean-Pierre Camby, « Eduquer à domicile » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 234.

<sup>35</sup> Sur ce point, voir : Jean-Pierre Camby, « Eduquer à domicile » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 234.

<sup>36</sup> CNCDH, 28 janvier 2021, *Avis sur le projet de loi confortant le respect des principes de la République*, p. 6, pt. 17.

<sup>37</sup> CE, Ass. gén. plén., 3 décembre 2020, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, n° 401549, p. 30, pt. 61.

46. En effet, ainsi que l'a admis le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports, elle est guidée par la volonté du législateur de lutter contre « *l'instruction en famille dévoyée, qui sert le séparatisme* », aux motifs que « *plus de la moitié des élèves des écoles clandestines que nous démantelons sont déclarés en instruction en famille.* »

47. Autrement dit, l'interdiction de l'instruction en famille, sauf dérogation, constituant pourtant l'une des trois modalités de la liberté d'enseignement, n'est pas guidée par des considérations pédagogiques, fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant, mais par des considérations politiques et sécuritaires étrangères à l'exercice de l'autorité parentale.

48. En ce sens, rappelons que l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a considéré que les carences et dérives mises en avant par le Gouvernement « *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* ».

49. En particulier, elle a noté « *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* ».

50. Elle a également souligné 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.* »

51. Il ressort de ces constatations que l'interdiction de l'instruction en famille repose sur des motifs d'ordre politiques et subjectifs, quasiment idéologiques, non étayés par des éléments concrets de nature à établir d'éventuels effets néfastes propres à l'instruction en famille.

52. De manière très pragmatique, la lutte contre la radicalisation, impliquant d'empêcher la déscolarisation de certains enfants et, corollairement, leur « scolarisation » dans des « écoles » prônant le séparatisme, ne doit pas conduire à l'interdiction générale de l'instruction en famille, mais justifie seulement de contrôler les modalités de mise en œuvre de l'instruction en famille, ce qui est le cas à l'heure actuelle. Une telle prohibition, manifestement disproportionnée, reposerait en effet sur des considérations politiques et non pédagogiques, pourtant seules à même de la justifier. Plus encore, elle conduirait à faire peser sur les parents souhaitant se charger eux-mêmes de l'éducation et de l'instruction de leurs enfants les conséquences des carences étatiques dans la lutte contre le communautarisme<sup>38</sup>.

53. Conscients des dérives inhérentes à une telle prohibition générale, disproportionnée et non nécessaire au regard du but poursuivi par le législateur, le Sénat avait d'ailleurs proposé de supprimer les dispositions litigieuses<sup>39</sup>.

54. Il en est d'autant plus ainsi que la tendance est plutôt malheureusement à la dégradation du système scolaire français, dont les insuffisances sont régulièrement dénoncées, de sorte qu'il est paradoxal d'accompagner ce mouvement d'une scolarisation obligatoire<sup>40</sup>.

55. Dans ces conditions et pour ces raisons, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a considéré, à bon droit, que ce projet ne répondait pas à la condition de proportionnalité ou à celle d'une conciliation non déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles et conventionnelles en présence.

56. Elle a néanmoins curieusement estimé que :

*« Pour autant, et alors même que des lois récentes ont déjà nettement renforcé les dispositions relatives au contrôle de l'instruction en famille, le législateur peut faire le choix, sans se heurter aux mêmes obstacles, d'un nouveau resserrement au service des objectifs énoncés ci-dessus, de façon notamment à empêcher que le droit de choisir l'instruction en famille ne soit utilisé pour des raisons propres aux parents,*

---

<sup>38</sup> En ce sens, voir les propos de M. Philippe Bas, Sénateur, lors de la séance du 6 avril 2021.

<sup>39</sup> Amendement n° 641.

<sup>40</sup> En ce sens, voir G. Puppinck, « Liberté éducative et droits de l'homme », ECLJ, décembre 2020.

*notamment de nature politique ou religieuse, qui ne correspondraient pas à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit à l'instruction.*

*Le Conseil d'Etat propose donc, plutôt que de supprimer la possibilité d'instruction dans la famille sauf « impossibilité » avérée de scolarisation, de retenir une rédaction énonçant dans la loi elle-même les cas dans lesquels il sera possible d'y recourir. Dans la version du texte qu'il adopte et qu'il transmet au Gouvernement, il fait le choix d'un encadrement reposant sur des motifs précis, dont l'appréciation pourra être contrôlée par le juge administratif, et offrant des garanties aux familles qui entendent mettre en œuvre un projet éducatif de qualité. Cette modalité d'instruction serait ainsi soumise non plus à une simple déclaration mais à une autorisation annuelle de l'autorité académique accordée seulement pour certains motifs : l'état de santé ou le handicap de l'enfant, la pratique d'activités sportives ou artistiques intensives, l'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique d'un établissement scolaire, ou encore « l'existence d'une situation particulière de l'enfant, sous réserve alors que les personnes qui en sont responsables justifient de leur capacité à assurer l'instruction en famille ». Ce dernier motif préserve une possibilité de choix éducatif des parents, mais tiré de considérations propres à l'enfant. »<sup>41</sup>*

57. Toutefois, ce faisant, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a mésestimé l'ampleur et la portée de l'atteinte ainsi portée au principe de la liberté de l'enseignement, puisque ce dernier exclut, par nature, tout contrôle des motifs conduisant les parents à instruire eux-mêmes leurs enfants, dès lors que l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à l'instruction sont respectés, et que la réalité de l'enseignement ainsi dispensé est contrôlée par l'Etat.

58. Cette conclusion n'exprime d'ailleurs pas la volonté unanime des membres de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dès lors que, circonstance rare, la presse s'est fait l'écho de divergences substantielles au

---

<sup>41</sup> CE, Ass. gén. plén., 3 décembre 2020, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, n° 401549, pp. 30-31, pt. 61.

sein de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. A en croire le journal Le Figaro<sup>42</sup>, le projet initial se bornait en effet à relever 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 et contrôlée à un régime d'interdiction ne paraît pas suffisamment justifié et proportionné.*

*Le Conseil d'Etat, par suite, écarte du projet les dispositions relatives à l'instruction au sein de la famille.* »<sup>43</sup>

59. Ainsi que l'a relevé à juste titre le professeur Jean-Pierre Camby, « *il demeure que la réforme subordonne ce qui constitue aujourd'hui un choix notamment pédagogique des parents au respect de [certains] motifs et les oblige à justifier ce choix* »<sup>44</sup>.

60. Il en conclut :

*« Le gouvernement, comme le rapporteur et la majorité de l'Assemblée nationale, ont donc choisi de prendre un risque juridique et de restreindre une liberté affirmée depuis 1833, que ni l'ampleur du phénomène, ni les dérives ou infractions constatées, ni les failles du contrôle n'expliquent : l'étude d'impact ne les justifie pas. À l'heure où est mis en avant le respect de tout choix de vie, faut-il restreindre le choix des parents quant à l'éducation de leurs enfants, ou même les obliger à le motiver ? »*<sup>45</sup>

61. Dans le même sens, le professeur Pierre Delvolvé considère, s'agissant de la loi déferée, que :

---

<sup>42</sup> Bénédicte Lutaud, « Suppression de l'instruction en famille : comment le Conseil d'Etat a déclaré son inconstitutionnalité...avant de se rétracter », Publié le 1<sup>er</sup> juin 2021 : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/suppression-de-l-instruction-en-famille-comment-le-conseil-d-etat-a-declare-son-inconstitutionnalite-avant-de-se-retracter-20210601>.

<sup>43</sup> Soulignement ajouté.

<sup>44</sup> Jean-Pierre Camby, « Eduquer à domicile » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 234.

<sup>45</sup> Jean-Pierre Camby, « Eduquer à domicile » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 234.



*« (...) à un système de contrôle, [elle] substitue un principe d'interdiction (sauf exceptions) ; au lieu du juge des enfants, [elle] ne fait intervenir que des autorités administratives.*

*En prétendant renforcer les principes de la République, le législateur renverse le principe acquis sous la République selon lequel la liberté est la règle et l'interdiction est exclue.*

*Il viole la liberté de l'enseignement, dont la liberté de l'enseignement à domicile est une composante.*

*Il inverse son propre rôle. L'article 34 de la Constitution le charge de fixer « les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (...) : ici il interdit l'exercice d'une liberté publique. »<sup>46</sup>*

62. De même, dans ses deux avis sur le projet de loi déferée, la CNCDH a recommandé *« d'en rester à la situation actuelle, tout en procédant aux contrôles prévus par les textes en vigueur »<sup>47</sup>.*

63. Cela se comprend aisément. Il suffit de se souvenir que l'autorité parentale, qui est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne, en l'associant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité<sup>48</sup>.

64. Autrement dit, les parents demeurent *« les premiers protecteurs de l'enfant »* et ce n'est que *« lorsqu'ils ne parviennent plus à remplir ce rôle »* que l'Etat doit intervenir *« à leur côté pour les aider dans l'exercice de leurs responsabilités parentales »*. Dans cette hypothèse, *« [s]'il est nécessaire, au nom de la protection de l'enfant, de leur imposer certaines mesures, la*

---

<sup>46</sup> Pierre Delvolvé, « Conclusion » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 271

<sup>47</sup> CNCDH, 25 mars 2021, *Second avis sur le projet de loi confortant les principes de la République*, p. 17, pt. 66

<sup>48</sup> Article 371-1 du code civil.

*question doit être tranchée par le juge des enfants* » et non par l'administration<sup>49</sup>.

65. En d'autres termes, l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi marqué par le principe de subsidiarité : les parents en demeurent les premiers arbitres, l'Etat ne devant intervenir qu'à titre subsidiaire et uniquement pour en pallier la carence éventuelle lorsque celle-ci est dûment constatée. Ce principe de subsidiarité en matière d'éducation est d'ailleurs reconnu et consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 en ces termes :

*« Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants. »*<sup>50</sup>

66. Ce principe de subsidiarité en matière d'éducation irrigue d'ailleurs des textes fondamentaux, tels que, d'une part, l'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et des libertés fondamentales selon lequel « [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 » ; et, d'autre part, l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, selon lequel « le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, [est respecté] selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

67. Par voie de conséquence, en vertu du principe de la liberté de l'enseignement, qui figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et implique 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, le choix d'un tel mode d'enseignement ne peut être subordonné qu'à une déclaration préalable<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> M. François Pillet, Sénateur, « Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Mme Michelle Meunier, Muguette Dini et plusieurs de leurs collègues, relative à la protection de l'enfant », enregistré à la Présidence du Sénat le 2 décembre 2014, p. 13.

<sup>50</sup> Article 26, §. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948.

<sup>51</sup> *Mutatis mutandis*, Cons. const., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC, pt. 2.

68. Ainsi, à l'exception des mesures de contrôles rigoureuses susceptibles d'être diligentées par l'administration à l'égard des familles recourant à l'instruction en leur sein, amplement suffisantes à préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, une telle modalité d'enseignement ne peut être soumise à l'intervention préalable de l'autorité administrative<sup>52</sup>.

69. Cela est d'autant plus vrai qu'en l'occurrence les motifs susceptibles de permettre l'instruction en famille sont manifestement insuffisants et trop restreints pour prendre en compte l'ensemble des situations légitimes pour lesquelles des parents souhaiteraient, en conscience et en accord avec leurs enfants<sup>53</sup>, instruire ces derniers en famille. Le motif tiré de l'itinérance de la famille en France ou de l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public est insusceptible de pallier ces très fortes contraintes. Une famille n'a pas nécessairement à être itinérante ou éloignée géographiquement de tout établissement scolaire public pour aspirer à sa liberté de déplacement et d'organisation de son temps comme elle l'entend, surtout à l'heure du développement du télétravail et de l'objectif de réduction des déplacements non nécessaires.

70. Par suite, les dispositions de l'article 49 de la loi déferée, qui ont pour objet d'interdire l'instruction en famille à l'exception de certaines rares hypothèses particulières, réduisant ainsi de manière substantielle les possibilités de mise en œuvre de ce mode alternatif d'instruction et, en toute hypothèse, de subordonner une telle modalité d'enseignement à un contrôle préalable par l'autorité administrative, sont contraires à la Constitution<sup>54</sup>.

\*

71. **En deuxième lieu**, en adoptant la loi litigieuse, le législateur s'est, au prix d'une méconnaissance du principe de **clarté de la loi** et de l'objectif de valeur constitutionnelle **d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**, doublement mépris sur **l'étendue de sa propre compétence**.

---

<sup>52</sup> *Mutatis mutandis*, Cons. const., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC, pt. 2.

<sup>53</sup> A cet égard, il est pour le moins paradoxal que la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi déferée au Conseil constitutionnel n'ait pas fait droit à une demande d'audition présentée par des représentants des « Lucioles de la liberté », pourtant appuyée par le président du groupe UDI. Ces enfants bénéficiant de l'instruction en famille depuis parfois de nombreuses années ont du mal à croire que le législateur ait réellement cherché l'intérêt supérieur de l'enfant, sans recueillir le témoignage d'enfants bénéficiant d'un tel mode d'instruction, ni même prendre la peine de donner suite à une demande d'audition présentée par ces enfants, pourtant les premiers concernés.

<sup>54</sup> *Mutatis mutandis*, Cons. const., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC, pts. 3-4.

72. Aux termes de l'article 34 de la Constitution :

« (...) *La loi détermine les principes fondamentaux :  
(...) de l'enseignement.* »

73. En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux de l'enseignement. Ainsi, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34<sup>55</sup>. A cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui s'évince des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi<sup>56</sup>.

74. **En l'espèce**, le législateur s'est doublement affranchi de ses exigences.

75. D'une part, il a excédé positivement le champ de sa compétence.

76. Ainsi que le professeur Pierre Delvolvé l'a écrit, avec l'article 49 de la loi déferée, le législateur :

« (...) *inverse son propre rôle. L'article 34 de la Constitution le charge de fixer « les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (...) : ici il interdit l'exercice d'une liberté publique.* »<sup>5758</sup>

---

<sup>55</sup> Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, n° 2013-336 QPC, pt. 17.

<sup>56</sup> Cons. const., 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, n° 2004-503 DC, pt. 29 ; voir également : Cons. const., 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, n° 2011-639 DC.

<sup>57</sup> Pierre Delvolvé, « Conclusion » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 271

<sup>58</sup> Soulignement ajouté.

77. D'autre part, il s'est, au prix d'une méconnaissance du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, mépris négativement sur l'étendue de sa propre compétence.

78. D'abord, l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public, visé au c) du 2° du I de l'article 49 de la loi déferée n'est pas défini, pas plus que ce qu'il faut entendre par une pratique sportive ou artistique « *intensive* ». Or, dès lors qu'elles commandent la légalité d'une dérogation à la scolarité obligatoire, ces notions méritaient d'être définies avec plus de précisions par le législateur directement, le cas échéant en établissant une liste des hypothèses ainsi visées ou, à tout le moins, en confiant au pouvoir réglementaire la tâche de fixer une telle liste, à condition de l'encadrer suffisamment.

79. Il en va de même des notions de « *situation propre à l'enfant* » et de « *capacité* » de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant à assurer l'instruction en famille dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, visées au c) du 2° du I de l'article 49 de la loi déferée ne sont définies, au sujet desquelles le législateur demeure tout autant silencieux. Ces notions sont centrales dans le dispositif et devaient donc être définies avec la plus grande rigueur par le législateur lui-même, afin de prémunir les sujets de droit et, en particulier, les parents, contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

80. Qu'entendre par « *situation propre à l'enfant* » ? Suffirait-il des seules déclarations des parents, affirmant que leur enfant s'insère mal dans le système scolaire tel qu'il est actuellement conçu ? Ou ces derniers devront-ils au contraire fournir des éléments justifiant de ces difficultés d'adaptation ? Dans cette dernière hypothèse, qu'entendre par de telles difficultés, ou par les éléments susceptibles de les établir ?

81. Qu'entendre par « *capacité des parents à assurer l'instruction en famille* » ? La Défenseure des droits a relevé non seulement que cette capacité n'était visée que dans le 4<sup>ème</sup> motif dérogatoire, mais encore et surtout que « *les critères qui seront utilisés par les services académiques pour mesurer [cette capacité] (...) ne sont nullement précisés* »<sup>59</sup>. Elle ajoute que :

---

<sup>59</sup> Défenseure des droits, 12 janvier 2021, n° 21-01, p. 8.

*« Cette formulation trop générale pourrait générer d'éventuelles discriminations, selon l'interprétation qui en sera faite par les services académiques, les situations amenant à déroger à la règle de la scolarisation obligatoire pouvant être diverses. »*

82. En application des dispositions litigieuses, les personnes concernées devront faire face à une casuistique peu compatible avec l'intérêt supérieur de leur enfant, conduisant, selon les secteurs géographiques et les préjugés des acteurs concernés à l'égard de ce mode d'enseignement, à une application à géométrie variable du dispositif examiné. Plus encore, les dispositions litigieuses abandonnent à la subjectivité et à la sensibilité – voire à l'arbitraire – de l'administration, des décisions qui ne devraient être guidées que par l'intérêt supérieur de l'enfant, dont les parents sont les premiers juges, l'Etat ne devant intervenir pour en suppléer la carence éventuelle qu'à titre subsidiaire, lorsque celle-ci est dûment constatée.

83. A tous égards, la censure des dispositions contestées s'impose.

**PAR CES MOTIFS**, les exposants concluent qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

**DÉCLARER** l'article 49 de la loi « confortant le respect des principes de la République » contraire à la Constitution.

**Fait à Paris, le 4 août 2021**

**Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH**  
*Avocat au Barreau de Paris*