

FRANÇOIS SUREAU
Avocat à la Cour

Paris, le 26 juillet 2021

M. Jean Maïa
Secrétaire général du Conseil constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 — Paris

Monsieur le Secrétaire général,

Sollicité à cet effet par les associations Juristes Pour l'Enfance (JPE), Les Enfants d'Abord (LED'A), Union Nationale pour l'Instruction et l'Épanouissement (UNIE), et le collectif Fédération pour la liberté du choix de l'instruction et des apprentissages (FELICIA), j'ai l'honneur de porter à votre connaissance les observations que suscitent à mon sens les articles 49, 53, 55 et 56 de la loi confortant le respect des principes de la République.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir partager les réflexions qui suivent avec les membres du Conseil Constitutionnel au titre de la « contribution extérieure ».

Vous remerciant vivement de l'attention que vous prêterez à ce document, je vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, en l'assurance de ma haute considération.



François Sureau

I. – Avec la loi confortant le respect des principes de la République et, en particulier, les dispositions de ses articles 49, 53, 55 et 56, le Parlement donne à la liberté de l’enseignement un sérieux tour de vis que les associations Juristes Pour l’Enfance (JPE), Les Enfants d’Abord (LED’A), Union Nationale pour l’Instruction et l’Épanouissement (UNIE), et le collectif Fédération pour la liberté du choix de l’instruction et des apprentissages (FELICIA), estiment contraires à la Constitution.

Alors que, depuis la loi Ferry du 28 mars 1882 rendant l’enseignement primaire obligatoire et, plus encore, malgré sa consécration constitutionnelle en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, la liberté de l’enseignement est un principe d’essence républicaine, on assiste, à l’image de Saturne dévorant son enfant, à une étrange séparation entre la volonté politique du moment et les principes dont elle devrait s’inspirer.

Une telle divergence n’est certes pas une nouveauté, tant l’époque est à la remise en cause des libertés même les plus sacrées. Il faut dire que les nécessités du moment offrent toujours un concours utile à toute entreprise de cette nature.

Aujourd’hui, c’est la lutte contre les séparatismes de tout genre, dont le caractère d’urgence sera demain oublié, qui donne au législateur un prétexte de circonstance pour attenter à une liberté que l’on pensait, à tort, reposant à l’abri des passions. Il faut toutefois se ranger à l’évidence : même foncièrement républicaine, au moins depuis que le juge constitutionnel la regarde comme telle, la liberté de l’enseignement est (re-)devenue suspecte et doit, semble-t-il, être traitée en conséquence.

II. – Pourtant, les personnes, nombreuses, spécialistes des sciences de l’éducation, à s’être penchées sur la question de l’instruction en famille, remise en cause par l’article 49 de la loi sous examen, sont unanimes à en reconnaître la nécessité et, au-delà, à ce que cette forme d’instruction demeure préservée à égalité avec celle donnée dans des établissements scolaires.

Non pas seulement au nom de la liberté de l’enseignement et de choix des parents désireux d’instruire leurs enfants sans les scolariser, comme

la loi le permet¹ ; mais aussi, et sans doute principalement, au nom de l'intérêt supérieur de ces derniers, que la République s'est par ailleurs engagée à promouvoir par son adhésion à plusieurs conventions internationales.

Rappelons à cet égard, que les États parties à la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 se sont engagés à « [f]avoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités » conformément à son article 29.

C'est reconnaître que chaque enfant a des caractéristiques, des intérêts, des aptitudes et des besoins d'apprentissage qui lui sont propres et dont l'instruction en famille favorise le complet épanouissement.

Le nombre des enfants instruits en famille augmente. On en dénombrait 62 000 en novembre 2020, ce qui est à relativiser en regard du nombre total des enfants en âge d'être scolarisés (0,48 %), et compte tenu de l'abaissement de l'âge d'instruction à 3 ans en 2019² ainsi que de la variable conjoncturelle liée à la crise de la covid-19³.

La statistique doit encore être affinée : environ 17 000 enfants, malades, sportifs, musiciens de haut niveau ou gens du voyage, suivent les cours à distance dispensés par le Centre National d'Éducation à Distance (CNED) ; en sorte que la population visée par le législateur s'élèverait à 45 000 enfants instruits en famille *stricto sensu*, selon les données du ministère de l'Éducation nationale.

¹ C. éduc., art. L. 131-2.

² L'article 14 de la loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance a abaissé de six à trois ans l'âge de la première déclaration (C. éduc., art. L. 131-5, al. 3), ce qui a pour effet d'inclure dans le décompte les enfants non scolarisés de 3 à 5 ans, soit 17 000 enfants qui n'étaient pas pris en compte dans les précédentes statistiques.

³ Le décompte de 62 000 enfants est arrêté au 24 novembre 2020 ; à la rentrée de septembre, les enfants non scolarisés étaient estimés à 50 000.

L’instruction en famille ainsi délimitée, concerne presque à parité les enfants des deux sexes, soit 50,7 % de garçons et 49,3 % de filles⁴.

Les raisons qui motivent le choix d’un tel mode d’instruction sont diverses. Elles procèdent le plus souvent de simples circonstances, parfois douloureuses, comme c’est le cas à la suite de faits de harcèlement⁵ ; elles s’expliquent dans certains cas par le handicap, reconnu ou non reconnu, de l’enfant ; elles résultent parfois aussi de la conviction des parents.

En particulier, le motif religieux – toutes religions confondues – ne vaut que pour 1,4 % des enfants instruits en famille⁶, soit 700 enfants, sans que les motivations des familles de confession musulmane ne se distinguent de celles des autres⁷, ce qu’il importe de souligner. À cet égard, des spécialistes observent que l’influence religieuse susceptible d’être exercée sur les enfants n’est pas liée au mode d’instruction choisi pour ces derniers⁸.

⁴ V. https://www.huffingtonpost.fr/entry/instruction-a-domicile-enfants-malades-ou-pas-dans-le-moule-qui-sont-les-50000-eleves-concernes_fr_5f7ad886c5b64b480ab07491

⁵ Selon les statistiques gouvernementales, on dénombre sur une année 700 000 cas de harcèlement touchant entre 5 et 6 % des enfants scolarisés, soit 450 incidents graves par jour en moyenne.

⁶ Ministère de l’Éducation nationale, *Enquête sur l’instruction dans la famille, année 2014-2015*, 2016, DGESCO B3-3. Selon des chercheurs, « [...] parmi les familles qui déclarent instruire leur enfant, le premier profil (parents à la recherche d’une alternative à la forme scolaire) est minoritaire et le deuxième (parents en proie à une « radicalisation ») exceptionnel » (BONGRAND et GLASMAN, « Instruction(s) en famille. Explorations sociologiques d’un phénomène émergent », *Revue française de pédagogie*, déc. 2018).

⁷ PUZENAT, « L’instruction en famille : les familles musulmanes représentent-elles un cas spécifique ? », 2018 (<https://www.sciencespo.fr/ceri/fr/oir/l-instruction-en-famille-les-familles-musulmanes-representent-elles-un-cas-specifique>).

⁸ « Les craintes d’endoctrinement des enfants de familles très religieuses sont nuancées : ces enfants ne développeraient ni un comportement, ni des engagements religieux différents selon qu’ils sont éduqués à la maison ou dans une école choisie par les parents » (BRABANT et CANEVA, « L’acceptabilité éthique de l’apprentissage en famille au sein des communautés juives haredies au Québec : une étude de cas », *Revue française de pédagogie*, déc. 2018).

De façon générale, l'approche pédagogique, le niveau de diplômes et les résultats aux contrôles ne diffèrent pas selon que la famille est ou non pratiquante. Il ressort ainsi d'un sondage réalisé par un collectif regroupant une trentaine d'associations (sondage « Felicia ») auprès de 6 295 enfants instruits en famille en France, que seulement 12 % des familles ayant reçu un contrôle négatif sont pratiquantes, alors que plus de 50 % de ces mêmes familles ont au moins un enfant atypique⁹.

Le ministère de l'Éducation nationale souligne aussi que la répartition est identique dans toutes les académies et ne serait pas concentrée dans les « quartiers populaires »¹⁰.

Par ailleurs, l'instruction en famille est très contrôlée par la puissance publique, toute défaillance dûment constatée dans l'instruction se traduisant par une mise en demeure d'inscrire l'enfant dans un établissement scolaire¹¹. Or, 93 % des contrôles s'avèrent *de facto* positifs, la scolarisation forcée suite à un second contrôle ne portant, dans une proportion dérisoire, que sur 0,6 % des enfants instruits en famille en 2016-2017¹².

Enfin, les enfants instruits en famille ne sont pas désocialisés, tout au contraire : selon le sondage « Felicia », 94 % d'entre eux ont des activités extra-familiales qui les ouvrent sur les autres et en font des enfants épanouis¹³. Il ressort également de ce sondage que, « *malgré*

⁹ Ce sondage est disponible à l'adresse : [https://instructionenfamille.org/wp-content/uploads/2021/01/Felicia - Rapport Partie 1 - Profil des familles en IEF 2020-21.pdf](https://instructionenfamille.org/wp-content/uploads/2021/01/Felicia_-_Rapport_Partie_1_-_Profil_des_familles_en_IEF_2020-21.pdf)

¹⁰ « Éducation - Instruction à domicile, écoles privées hors contrat : vers un renforcement du contrôle des communes et de l'État » (<https://www.banquedesterritoires.fr/instruction-domicile-ecoles-privées-hors-contrat-vers-un-renforcement-du-contrôle-des-communes-et>).

¹¹ C. éduc., art. L. 131-10.

¹² Sénat, rapport n° 595 du 7 juillet 2020 *sur les réponses apportées par les autorités publiques au développement de la radicalisation islamiste et les moyens de la combattre*, p. 154.

¹³ « Selon les recherches du Professeur Thomas C. Smedley dans les domaines des interactions personnelles et de la communication, les étudiants non sco sont plus

leur jeune âge, les enfants instruits en famille sont rapidement sensibilisés à la nécessité de l'engagement citoyen au service des autres et de la République. 33 % d'entre eux sont bénévoles et 22 % sont membres actifs d'association, avec des engagements variés »¹⁴. Ce constat ressort également d'une étude universitaire qui démontre que les adultes ayant suivi une instruction en famille sont davantage engagés civiquement et dans les actions associatives que ceux ayant été scolarisés¹⁵.

III. – Compte tenu de ces éléments, les nouvelles dispositions du code de l'éducation soumettant l'instruction en famille à un régime d'autorisation préalable¹⁶ méconnaissent de manière frontale le principe constitutionnel de la liberté de l'enseignement.

III-1. – Ce principe fondamental reconnu par les lois de la République garantit en effet la diversité des modes d'enseignement et, par suite, la liberté des parents de scolariser ou non leurs enfants.

La portée de la liberté de l'enseignement est tout entière comprise dans la décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 qui en a admis l'existence constitutionnelle. En considérant que « *la sauvegarde du caractère propre d'un établissement lié par contrat à l'État [...] n'est que la mise en œuvre du principe de la liberté de l'enseignement* », le Conseil constitutionnel a entendu protéger la liberté de choisir, entre plusieurs enseignements, celui que l'enfant est susceptible de recevoir.

C'est ce que le professeur Rivero, dans le commentaire de cette décision, expliquait de façon limpide : par nature, la liberté de l'enseignement est,

matures et mieux socialisés que ne le sont ceux qui ont fréquenté des écoles publiques ou privées » (BASHAM, The Fraser Institute, 2007, p. 15).

¹⁴ Sondage Felicia, préc., p. 51.

¹⁵ RAY, « Home education reason and research », 2009, disponible à l'adresse : <http://www.nheri.org/HERR.pdf>

¹⁶ C. éduc., art. L. 131-1, L. 131-5, L. 131-5-1, L. 131-5-2, L. 131-10 dans leur rédaction issue de la loi confortant les principes de la République.

« [...] non pas la liberté de reproduire le modèle fourni par les établissements d'État dans un cadre de droit privé, mais la possibilité de dispenser le même enseignement qu'eux dans une atmosphère différente, reflet d'une certaine conception de l'homme et du monde. Le caractère propre, expression de ce « droit à la différence » [...] donne seul à la liberté d'enseignement sa place dans le groupe des libertés de l'esprit »¹⁷.

Ce faisant, la liberté de l'enseignement forme un obstacle constitutionnel à l'uniformité des modes d'enseignement et à toute velléité d'endoctrinement. Comme le soulignait encore Jean Rivero, le « conformisme du citoyen futur » en est l'enjeu, en sorte que l'État doit garantir des possibilités d'enseignement suffisamment diverses pour obvier ce risque.

Creusant le sillon d'un tel « droit à la différence » ainsi conçu, le Conseil constitutionnel a, par la suite, protégé l'existence de l'enseignement privé¹⁸ ou encore l'octroi de financements publics aux établissements qui en relèvent¹⁹.

Mais il revient au Conseil d'État d'avoir, semble-t-il le premier, regardé l'instruction en famille comme une composante de la liberté de l'enseignement. Il l'a affirmé dans une formule de principe :

« 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

¹⁷ RIVERO, Jean, « [Note sous décision n° 77-87 DC] », *Actualité juridique. Droit administratif*, 1978, p. 565-569, p. 567.

¹⁸ Cons. const., décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*.

¹⁹ Cons. const., décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*.

alternatives à celles proposées par le système scolaire public, y compris l'instruction au sein de la même famille »²⁰.

Cette affirmation rejoint, au demeurant, le sens que lui confère d'ores et déjà le droit international public moderne, dont l'inspiration est identique à celle du droit national²¹. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 proclame-t-elle à son article 26-3 :

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

De même, le Pacte des Nations-Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 reconnaît le droit à l'éducation hors établissements scolaires. Il énonce ainsi à son article 13-3 :

²⁰ CE, 19 juillet 2017, *Association Les Enfants d'Abord*, n^{os} 406150, 406426, 406446. V. plus récemment *in fine* : CE, 2 avril 2021, n^o 435002, pt. 6 : « si l'association requérante soutient que les dispositions attaquées méconnaissent la liberté de l'enseignement en raison du caractère éventuellement inopiné du contrôle de l'instruction dans les familles, ce caractère ne remet pas en cause la possibilité pour les personnes responsables de l'enfant de procéder elles-mêmes à son instruction ».

²¹ La même préoccupation de garantir un « droit à la différence » inspire le droit international des droits de l'homme. Ainsi de l'article 26-3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : il s'agit de garantir « la nécessité d'exclure la possibilité de situations dans lesquelles les dictateurs ont le pouvoir d'empêcher les parents d'éduquer leurs enfants comme ils le souhaitent. Le contrôle de l'éducation ne peut pas être laissé entièrement à la discrétion de l'État » (William A. Schabas, *The Universal Declaration of Human Rights – The travaux préparatoires*, Volume I, October 1946 to November 1947, Cambridge University Press, 2013, E/CN.4/SR.67, p. 1843). De même, à propos de l'article 2 du protocole n^o 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Pierre-Henri TEITGEN déclara qu'il faut « garantir le droit des parents en matière d'éducation et d'enseignement contre la menace de nationalisation, d'étatisation, d'accaparement, de réquisition de la jeunesse par l'État, et ce, qu'ils aient des convictions religieuses ou simplement les convictions philosophiques de l'humanisme traditionnel » (Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, Document d'information rédigé par le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, CDH (67) 2, p. 195).

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

Ou encore, parmi les conventions internationales ratifiées par la République française, l'article 2 du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales oblige l'État partie à respecter

« [...] le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

Il s'en déduit, selon la Cour européenne des droits de l'homme, que l'article 2 du protocole additionnel n° 1

« vise en somme à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la "société démocratique" telle que la conçoit la Convention. »²²

Au-delà, l'article 14-3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union inclut également les « *convictions pédagogiques* » des parents.

III-2. – Cette exégèse suffit à établir que le parti législatif, consistant à soumettre l'instruction en famille à un principe d'interdiction, sauf autorisation pour des motifs limités, ruine le « *droit à la différence* » protégé au titre de la liberté de l'enseignement.

En effet, obligation est dorénavant faite aux parents de scolariser leurs enfants, puisque l'article L. 131-2 du code de l'éducation pose que

²² CEDH, 7 décembre 1976, *Kjelsen, Busk et Pederson c. Danemark*, n° 5095/71, § 50.

« *l'instruction obligatoire est donnée dans les établissements ou écoles publiques ou privées* ».

Ce faisant, le législateur a « *suppr[imé le] droit de choisir d'instruire un enfant au sein de la famille* », abolissant ainsi la liberté de choix « *de longue date reconnue par la loi aux parents* », selon les termes choisis du Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi²³.

La non-scolarisation n'est plus admise que « *par dérogation* » et « *sur autorisation* » délivrée pour l'un des motifs limitativement énumérés à l'article L. 131-5 du même code, c'est-à-dire dans des cas exceptionnels, laissés à la discrétion de l'administration, et supposant la démonstration par les parents, à qui incombe la charge de la preuve, que la scolarisation de leur enfant s'avèrerait impossible.

Or, il faut prendre garde, tout d'abord, à la portée philosophique d'un tel basculement législatif.

Lorsque l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 définit la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, il ne se borne pas à poser les limites de la liberté : il en consacre le rôle fondateur de toute société civile, dont l'État, notamment sous sa forme républicaine, doit se contenter de garantir l'application effective : « *[l]e but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* », au premier rang desquels figure la liberté, comme l'énonce solennellement l'article 2.

Les auteurs de la Déclaration reconnaissent ainsi que la concorde et le progrès, matériel comme moral, ne sont concevables que s'ils s'appuient sur un tel socle d'exigences. « *Prions l'autorité de rester dans ses limites ; qu'elle se borne à être juste. Nous nous chargerons d'être heureux* », écrivait à ce sujet Benjamin Constant.

Les dispositions sous examen vont manifestement à rebours de cette conception. Elles cristallisent une forme de défiance dans la capacité de tout un chacun à faire un usage rationnel de sa liberté, ce qui est pour le moins paradoxal s'agissant des libertés de l'esprit.

²³ Avis n° 401549 du 3 décembre 2020, p. 30.

Et c'est en s'inspirant d'une telle idéologie que le législateur a supprimé une possibilité jusqu'alors unanimement reconnue, depuis un nombre d'années vénérable, comme un facteur d'émancipation et de progrès.

Il faut aussi réfléchir un instant au fait que le libre choix de ne pas scolariser un enfant est un élément de pluralisme « *essentiel à la préservation de la "société démocratique"* », selon les termes de la Cour européenne des droits de l'homme et, comme tel, allergique à toute règle d'interdiction.

Or, sous l'angle plus strictement juridique, l'histoire législative offre peu d'exemples où une liberté fondamentale de cette importance s'est trouvée dénaturée par son assujettissement brutal à un régime d'autorisation préalable.

On n'en trouve guère d'illustrations hormis la volonté politique de soumettre la liberté d'association à un contrôle préalable de l'autorité publique alors que « *les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable* », selon les termes de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971²⁴.

On songe aussi à la liberté de communication « *d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* », en sorte que « *la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* »²⁵.

Au cas présent, la mise à l'écart de la liberté et son remplacement par un régime d'autorisation drastique ne sauraient être regardés, à tout le moins, comme visant à rendre plus effective la liberté de l'enseignement, ou encore à en assurer une meilleure conciliation avec

²⁴ Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

²⁵ Cons. const., décision n° 54-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

d'autres principes de même rang. Le choix législatif d'évincer la liberté exclut en effet toute idée de conciliation.

III-3. – En outre, l'atteinte ainsi portée à la liberté de l'enseignement n'est justifiée par aucune des raisons mises en avant par le législateur, si bien que les dispositions doivent être déclarées contraires à la Constitution.

Une mesure législative ne peut restreindre une liberté, telle la liberté de l'enseignement, que dans des conditions rigoureuses, c'est-à-dire à la condition qu'elle soit « *nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi* »²⁶.

Le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi, a résumé en ces termes l'objectif poursuivi par la mesure ici entreprise :

« [...] le Gouvernement justifie la réforme proposée, en premier lieu, par la nécessité d'assurer l'instruction complète et effective de l'enfant ainsi que sa sociabilisation, en deuxième lieu, par l'augmentation sensible et en accélération ces dernières années du nombre d'enfants concernés, avec les difficultés qui en résultent pour l'exercice des contrôles auxquels doivent procéder les services académiques, en troisième lieu, par les carences de l'instruction dispensée en famille que relèvent, dans une proportion non négligeable, ces contrôles, et, enfin, par certaines dérives dans l'utilisation par les parents de ce mode d'instruction, soit qu'elle dissimule le recours à des écoles clandestines, soit qu'elle conduise à mettre en danger la santé psychique de l'enfant. »²⁷

Or, aucun de ces motifs ne satisfait aux exigences du contrôle de constitutionnalité, ainsi que les éléments qui suivent permettront de s'en convaincre.

²⁶ Selon une jurisprudence de principe. V. par ex. Cons. const., décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*.

²⁷ Avis préc., p. 30.

- a) En premier lieu, la suppression de l’instruction en famille serait justifiée par la nécessité d’assurer « *l’instruction complète et effective de l’enfant ainsi que sa sociabilisation* », compte tenu des « *carences de l’instruction dispensée en famille* ».

En d’autres termes, la mesure serait justifiée par le constat de moindres performances de l’instruction en famille, sous l’angle de l’apprentissage des connaissances et de la socialisation des enfants, rapporté à la scolarisation dans des établissements publics ou privés.

Il s’agit d’une vue de l’esprit : les enfants instruits en famille obtiennent d’aussi bons résultats que les enfants scolarisés et développent des aptitudes sociales au moins égales à celles de ces derniers.

– *D’une part*, il convient de rappeler que l’article L. 131-10 du code de l’éducation, dans sa rédaction issue de l’article 19 de la loi du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, fixe les modalités des contrôles effectués dans les familles et, en particulier, du contrôle pédagogique portant sur la réalité de l’instruction dispensée et sur les acquisitions de l’enfant et sa progression.

Ce dernier contrôle, qui a « *pour objet légitime de s’assurer qu’il n’est pas porté atteinte au droit à l’instruction de l’enfant* »²⁸, est exercé au moins une fois par an, à partir du troisième mois suivant la déclaration d’instruction en famille.

L’article L. 131-10 du code de l’éducation ajoute que lorsque les résultats de ce contrôle « *sont jugés insuffisants, les personnes responsables de l’enfant sont informées du délai au terme duquel un second contrôle est prévu et des insuffisances de l’enseignement dispensé auxquelles il convient de remédier* ».

Au regard de ce dispositif, dont les modalités ont de surcroît été renforcées par le décret du 2 août 2019 qui prévoit la possibilité d’effectuer des contrôles inopinés, la mesure sous examen n’apparaît en rien nécessaire pour s’assurer de l’effectivité du droit à l’instruction des enfants en famille.

²⁸ CE, 2 avril 2021, n° 435002, préc.

De surcroît, dans son avis précité, l'Assemblée générale du Conseil d'État considère que la suppression de l'instruction en famille « *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* », si bien que la mesure ne peut être regardée comme remplissant la condition d'aptitude requise par la jurisprudence constitutionnelle.

Enfin, dans son avis, le Conseil d'État relève que « *selon les indications mêmes données par le Gouvernement* », les « *carences dans l'instruction dispensée* » ne concernent « *qu'une très faible proportion de situations* »²⁹, en sorte que la suppression de l'instruction en famille est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Rappelons à ce sujet que 93 % des premiers contrôles pédagogiques sont positifs, ce pourcentage étant stable d'une année sur l'autre malgré l'augmentation (relative) du nombre des enfants instruits en famille. Aussi bien, en 2016-2017, les mises en demeure de scolarisation n'ont-elles concerné que 0,6 % des enfants instruits en famille.

Ces statistiques doivent être complétées par des données qualitatives. Une enquête de terrain relève que,

« [c]ertains inspecteurs, dans leurs comptes rendus de contrôle de l'instruction dans la famille que nos recherches en cours nous conduisent à consulter, soulignent l'éventail des connaissances de certains enfants, leur maturité intellectuelle, voire leur grande maîtrise des disciplines »³⁰.

Il apparaît dès lors que l'instruction en famille ne saurait être regardée comme déficiente au regard de l'apprentissage des connaissances, non seulement parce qu'elle est soumise à une obligation bien plus pressante, voire quasiment à une obligation de résultat, qui ne pèse pas sur les établissements scolaires publics ou privés, mais aussi si on

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BONGRAND et GLASMAN, « Instruction(s) en famille. Explorations sociologiques d'un phénomène émergent », préc.

rapporte ses performances à l'échec scolaire dont on sait qu'il concerne un nombre bien plus important d'enfants³¹.

– *D'autre part*, un même constat peut être fait s'agissant de la socialisation des enfants instruits en famille.

Les études internationales et françaises sur l'instruction en famille et la socialisation montrent que les enfants ont des activités extra-familiales qui les ouvrent sur les autres et en font des enfants épanouis. Comme on l'a déjà souligné, il ressort du sondage « Felicia » que 94 % des enfants instruits en famille ont des activités extra-familiales au sein de clubs, ludothèques, médiathèques, associations culturelles et sportives, etc., et qu'un nombre significatif d'entre eux a un engagement citoyen au service des autres et de la République.

De même, selon l'étude de terrain déjà citée,

« Nos entretiens auprès de parents comme de contrôleurs invitent, à ce stade de la recherche, à nous défier de toute généralisation : le constat de la fréquentation des équipements collectifs, des clubs sportifs ou des écoles de musique, en même temps que d'autres jeunes qui sont scolarisés, mais aussi la socialisation entre familles « non-sco », permettent, entre autres, de se défaire de la représentation de jeunes sans liens autres que familiaux. »³²

Ce chercheur cite en particulier le témoignage d'un inspecteur, selon lequel :

« Les enfants sont souvent socialisés, très socialisés par rapport à ce qu'on pourrait penser de l'école socialisante. C'est vraiment la réflexion que j'en tire de ça, parce que les enfants de ces parents dans le monde d'aujourd'hui sont beaucoup dans le milieu associatif donc ils voient d'autres enfants. »

³¹ Selon les chiffres officiels, 1 jeune sur 10 participant à la journée défense et citoyenneté en 2018 rencontrerait des difficultés de lecture.

³² BONGRAND et GLASMAN, « Instruction(s) en famille. Explorations sociologiques d'un phénomène émergent », préc.

De même, les études internationales montrent un bien-être et de très bonnes qualités émotionnelles et sociales, souvent meilleures que celles acquises à l'école :

« Selon les recherches du Professeur Thomas C. Smedley dans les domaines des interactions personnelles et de la communication, les étudiants non sco sont plus matures et mieux socialisés que ne le sont ceux qui ont fréquenté des écoles publiques ou privées. »³³

Par ailleurs, une étude américaine menée sur plus de 1000 enfants d'origines démographiques et ethniques diverses confirme, si besoin est, qu'il n'existe pas de différence de développement majeure entre les enfants éduqués par leurs mères avant 5 ans et ceux qui fréquentent un accueil collectif³⁴.

Ces études établissent ainsi à suffisance que l'instruction en famille assure un développement harmonieux des capacités sociales des enfants, de sorte que sa suppression n'est ni nécessaire, ni apte et moins encore, proportionnée au regard de cet objectif.

Il importe, qui plus est, de rapporter la socialisation des enfants instruits en famille aux risques majeurs auxquels ils seraient susceptibles d'être confrontés en cas de scolarisation, compte tenu du taux inquiétant des violences et du harcèlement scolaires³⁵.

³³ BASHAM, The Fraser Institute, 2007, p. 15.

³⁴ NICHD, *Study of early child development*, 2006, consultable à l'adresse : https://www.nichd.nih.gov/sites/default/files/publications/pubs/documents/seccyd_06.pdf

³⁵ Selon le défenseur des droits, « 22% d'entre eux [des collégiens scolarisés] estimaient qu'il y avait « plutôt beaucoup » ou « beaucoup » de violence dans leur établissement » (rapport *Enfance et violence : la part des institutions publiques*, 2019). Le pédagogue Eric Debardieux observe que « 5 % à 6 % des élèves de l'école élémentaire ou du collège subissent une répétition de victimations que l'on peut qualifier de harcèlement sévère. Pour ces victimes, l'école peut être vécue comme un cauchemar. On rappellera qu'entre 20 % et 25 % des élèves absents chroniques ne vont plus à l'école par peur de ce harcèlement » (Du « climat scolaire » : définitions, effets et politiques publiques, 2015 ;

- b) En deuxième lieu, la mesure serait justifiée « *par l'augmentation sensible et en accélération ces dernières années du nombre d'enfants concernés, avec les difficultés qui en résultent pour l'exercice des contrôles auxquels doivent procéder les services académiques* »

Là encore, ces considérations ne sauraient justifier qu'il soit attenté aussi gravement à la liberté de l'enseignement.

S'il est certain que le nombre des enfants instruits en famille a tendance à augmenter – mais aussi pour des raisons conjoncturelles dans le contexte des mesures de « confinement » décidées par les pouvoirs publics –, la hausse n'est toutefois pas si importante qu'elle placerait l'administration devant des difficultés telles qu'il serait nécessaire de réduire l'instruction en famille à portion congrue.

L'administration dispose au contraire de l'ensemble des moyens nécessaires pour s'assurer de l'effectivité du droit à l'instruction des enfants dans un contexte familial, et cela d'autant plus qu'il est de fait que

« [...] dans un département métropolitain à dominante urbaine, pour plus de 50 % des enfants concernés, l'instruction dans la famille dure une année ou moins »³⁶.

D'ailleurs, l'Assemblée générale du Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi, estimait 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

https://cache.media.eduscol.education.fr/file/revue_88-89/73/2/depp-2015-EF-88-89_510732.pdf

³⁶ BONGRAND et GLASMAN, « Instruction(s) en famille. Explorations sociologiques d'un phénomène émergent », préc.

suppression de la liberté pour les parents de recourir à ce mode d'instruction de leurs enfants »³⁷.

Tout récemment, il a jugé à propos de la légalité des modifications réglementaires du code de l'éducation prises en vertu de la loi du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, que

« [L]es dispositions litigieuses se bornent à fixer les modalités de contrôle de l'instruction dans les familles, laquelle ne concerne qu'un nombre très limité d'enfants en âge d'être scolarisés, et n'entraînent aucune modification significative de l'organisation ou du fonctionnement des services centrés ou déconcentrés de l'éducation nationale »³⁸.

Dans ces conditions, à supposer même que l'efficacité des contrôles académiques soit par elle-même de nature à justifier la suppression d'une liberté fondamentale, ce qui est plus que douteux, aucun élément tangible ne vient étayer la vision d'une administration impuissante à veiller au respect du droit à l'instruction des enfants en dehors des établissements scolaires.

- c) En troisième lieu, la suppression de l'instruction en famille serait rendue nécessaire par l'effet de « *certaines dérives dans l'utilisation par les parents de ce mode d'instruction* », à savoir des cas d'écoles clandestines, de mise en danger de la santé de l'enfant, et certains faits de radicalisation.

Cette dernière raison constitue sans doute la raison déterminante de la mesure ici discutée. Le rapport de la commission spéciale de l'Assemblée nationale mettait ainsi en avant

« [...] surtout, [le fait que] l'instruction en famille peut donner lieu à des dérives sectaires ou communautaires, qui, si

³⁷ Avis préc., p. 30.

³⁸ CE, 2 avril 2021, n° 435002.

elles demeurent minoritaires, ne peuvent être ignorées ni considérées comme marginales »³⁹.

Si l'on comprend bien cette préoccupation, qui fait au demeurant état de situations exceptionnelles dont on ne voit pas que leur nombre, rapportés aux moyens dont dispose l'administration, justifierait la suppression d'une liberté, celle-ci se nourrit d'un amalgame infondé avec l'instruction en famille.

En effet, les familles mettant en avant dans leur discours le « séparatisme » d'avec la société dominante, ne sont pas les familles qui pratiquent l'école à la maison, laquelle est, comme l'a vu, non seulement déclarée mais aussi contrôlée.

C'est ce que souligne aussi le rapport 2009 de la MIVILUDES en ces termes, à savoir que

« [L]e choix de l'instruction à domicile n'est en rien synonyme de dérive sectaire et est garanti par la loi », en sorte qu'il « doit être à cet égard rappelé que la solution retenue pour ces enfants par leurs familles correspond elle-même à l'exercice d'une liberté et ne doit pas être suspectée par principe, et [...] qu'il [...] convient donc d'écarter tout amalgame entre instruction à domicile et risque de dérives sectaires »⁴⁰.

Le législateur est resté sourd à la « réalité du terrain » que les nombreuses associations familiales n'ont eu pourtant de cesse de lui décrire et qu'il convient de synthétiser en quelques chiffres.

– *D'une part*, l'existence d'enfants non déclarés, « fantômes de la République » selon une formule ministérielle, est sans rapport avec l'instruction dans la famille. Ces enfants, qui sont estimés entre 20 000 et 100 000 et qui ne sont pas scolarisés soit du fait de l'administration (migrants) soit en raison d'un décrochage scolaire, se trouvent ainsi dans une situation par nature différente, et sans aucune comparaison

³⁹ Assemblée nationale, rapport n° 3797 du 25 janvier 2021, p. 205.

⁴⁰ http://www.miviludes.gouv.fr/IMG/pdf/rapport2009_mise_en_ligne.pdf, p. 127 et p. 250.

possible, avec celle des enfants instruits à domicile. Ils relèvent d'une problématique distincte, sans qu'il n'existe de lien entre ce phénomène et l'instruction en famille. Il en va de même des écoles de fait, qui constituent un phénomène extrêmement limité⁴¹ et sans aucun rapport avec l'instruction en famille.

– *D'autre part*, l'instruction en famille, dont il faut rappeler qu'elle concerne à parité des filles et des garçons, n'est pas le terreau de la radicalisation. Les enfants instruits en famille pour un motif religieux – toutes religions confondues – représentent une population infinitésimale, soit 700 enfants. Or, ces derniers ne sont pas soumis à un risque de radicalisation, ce dernier phénomène étant lié à la dérégulation sociale (isolement, perte de sens et d'estime de soi) et non à un mode d'enseignement déterminé. Le ministère de l'Éducation nationale relève lui-même que

« [...] *les cas d'enfants exposés à un risque de radicalisation et repérés à l'occasion du contrôle de l'instruction au domicile familial sont exceptionnels* »⁴².

Faire de l'instruction en famille le lieu de dérives sectaires relève ainsi d'un fantasme politique, ce que confirme encore l'analyse sociologique. Ainsi

« [I]es *parcours biographiques des jeunes radicalisés ne semblent pas manifester d'épisodes d'instruction dans la famille* »⁴³.

Tout au contraire : les radicalisés violents se trouveraient dans une relation problématique avec l'institution scolaire, notamment du fait d'une situation d'échec scolaire.

⁴¹ Depuis la rentrée scolaire 2020, seuls deux établissements d'enseignement illégaux ont été découverts en Seine-Saint-Denis. (<https://www.banquedesterritoires.fr/reforme-de-linstruction-en-famille-un-tres-faible-impact-sur-les-collectivites>).

⁴² *Vademecum Instruction dans la famille*, nov. 2020, p. 38.

⁴³ BONGRAND et GLASMAN, « Instruction(s) en famille. Explorations sociologiques d'un phénomène émergent », préc.

Une étude sociologique portant sur 133 mineurs signalés pour radicalisation violente explique ainsi :

« Leurs parents, majoritairement des immigrés de première génération [...] ont tous en commun [...] d'avoir poussé leurs enfants à réussir scolairement [...]. Cela se manifeste par une pression morale et par une bonne volonté culturelle flagrante envers l'école.

Incapables de remplir le rôle que l'on attendait d'eux et portés par cette expérience à remettre en question l'école et la famille simultanément, ils vont trouver dans le djihadisme un vecteur pour porter la critique »⁴⁴.

Cela rappelé, la suppression de l'instruction en famille n'apparaît donc ni nécessaire, ni apte, ni proportionnée pour lutter contre les « dérives » qui lui sont supposément liées.

– *D'abord*, la nécessité de la mesure fait défaut, dès lors que l'administration dispose d'ores et déjà de l'ensemble des moyens lui permettant de détecter d'éventuelles dérives et d'y remédier efficacement.

Rappelons, à ce sujet, qu'en l'état du droit en vigueur, l'absence de déclaration constitue une infraction pénale, sanctionnée aux termes de l'article R. 131-18 du code de l'éducation, par une amende du montant prévu pour les contraventions de cinquième classe, soit 1 500 euros au plus. L'absence de déclaration doit être signalée au procureur de la République par toute autorité municipale ou académique qui en aurait connaissance. Elle peut aussi donner lieu à une information préoccupante pour enfant en danger auprès du président du conseil départemental.

En outre, les directeurs d'écoles non agréées s'exposent, en application de l'article L. 441-4 du code de l'éducation, à 15 000 euros d'amende et à la fermeture de l'établissement ainsi qu'à une peine complémentaire d'interdiction d'ouvrir et de diriger un établissement

⁴⁴ BONELLI et CARRIE, *La Fabrique de la radicalité. Une sociologie des jeunes djihadistes français*, Seuil, 2018.

scolaire et d'y enseigner, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans. Les parents qui inscriraient leurs enfants dans un tel établissement s'exposent, quant à eux, à une peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

L'arsenal tant pénal qu'administratif permet ainsi déjà de lutter contre la constitution d'écoles de fait, d'identifier les enfants en danger ou de contribuer à empêcher la radicalisation et le cycle de violences susceptibles d'en résulter.

À cet égard, la circulaire n° 2017-056 du 14 avril 2017 relative à l'instruction dans la famille, rédigée alors que les contrôles étaient moins exigeants que ceux résultant de la loi du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, précisait :

« La vérification de l'acquisition de l'ensemble des connaissances et des compétences du socle commun est un des moyens qui peut permettre d'apprécier si l'enfant est soumis à une emprise contraire à son intérêt, notamment une emprise sectaire, ou s'il se trouve dans un contexte de risque de radicalisation. »⁴⁵

Ces risques éventuels sont donc très largement pris en compte par les pouvoirs publics qui y apportent des réponses suffisantes. S'agissant des situations de radicalisation, le *Vademecum* publié par l'Éducation nationale atteste que ce risque, qui est exceptionnel, est aussi maîtrisé pour autant qu'il survienne dans le contexte de l'instruction en famille.

Le ministre de l'Éducation nationale lui-même déclarait devant la commission d'enquête sénatoriale « Combattre la radicalisation islamiste » :

« Le vote de la loi du 16 juillet 2019 pour une école de la confiance a permis de renforcer le contrôle de l'instruction à domicile [...]. Les modalités de contrôle ont été facilitées et les

⁴⁵ *Bulletin officiel de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports* n° 16 du 20 avril 2017.

sanctions en cas de non-respect des obligations légales ont été renforcées. »⁴⁶

La suppression de l'instruction en famille ne peut donc, dans ces conditions, apparaître nécessaire au regard de l'objectif poursuivi, sauf à faire peser sur des familles qui respectent le cadre légal en vigueur les insuffisances de l'action administrative.

– *Ensuite*, la suppression de l'instruction en famille n'aura aucune incidence sur la constitution d'écoles de fait, les dérives sectaires ou la mise en danger de certains enfants, de sorte qu'elle ne peut être considérée comme satisfaisant la condition d'aptitude sous cet angle.

La création d'écoles clandestines constitue, en effet, une réalité sans lien avec l'instruction en famille. Il s'agit surtout d'écoles qui proposent des apprentissages (souvent religieux) en dehors des temps scolaires, pour les enfants scolarisés.

L'interdiction de l'instruction en famille ne changera rien à l'existence de ces établissements, car elle n'empêchera pas certaines familles de continuer d'inscrire leurs enfants dans ces établissements non déclarés de manière illégale, ni des jeunes scolarisés de se rendre dans ces établissements en dehors des temps scolaires comme c'est déjà le cas actuellement. Les préfetures disposent au demeurant des moyens nécessaires pour identifier de tels établissements dont le nombre reste exceptionnel.

Rappelons à cet égard qu'il est interdit pour une famille déclarant l'instruction en famille d'instruire des enfants de familles différentes, ainsi que l'énonce l'article L. 131-10 du code de l'éducation. En outre, les sanctions pénales ont été renforcées pour les parents qui inscrivent leurs enfants en école clandestine et pour les directeurs de telles écoles.

Aussi bien appartient-il au législateur de prendre des mesures adéquates afin de lutter contre les écoles clandestines et de s'assurer de l'effectivité du droit à l'instruction dans un cadre juridique protecteur de la liberté de l'enseignement.

⁴⁶ Sénat, rapport n° 595, 7 juillet 2020, p. 366.

A fortiori, la mesure manque son but s'il s'agit de remédier aux situations des enfants « hors radars », dont la déscolarisation est étrangère à l'instruction en famille qui, elle, met en œuvre le droit à l'instruction des enfants dans le cadre d'une déclaration obligatoire.

Il en va de même du risque de radicalisation qui n'est pas lié au mode d'instruction choisi, et donc sans rapport avec l'instruction en famille⁴⁷, si bien que la suppression de celle-ci ne serait *absolument* pas propre à assurer la lutte contre la radicalisation de manière cohérente⁴⁸.

– *Enfin*, la mesure est disproportionnée sous cet angle, ce que relevait déjà l'Assemblée générale du Conseil d'État en relevant que « *le projet du Gouvernement pourrait conduire [...] à scolariser obligatoirement plus des trois-quarts des enfants actuellement instruits en famille* »⁴⁹.

Autrement dit, le législateur interdit à l'ensemble des familles de recourir au droit d'instruire leurs enfants à domicile alors que le droit à l'instruction n'est susceptible d'être malmené que dans des situations particulières et, en définitive, exceptionnelles.

L'absence de proportion est d'autant mieux établie que l'administration dispose de moyens suffisants pour identifier d'éventuelles situations problématiques et y remédier.

La réalité de l'instruction en famille, étayée par les chiffres précités, ainsi que ces possibilités d'action, excluent que le choix législatif puisse

⁴⁷ Selon le sondage « Felicia », 93 % des familles instruisant leurs enfants par choix transmettent les valeurs de la République dans leur quotidien en montrant l'exemple et 67 % à travers des discussions, des débats et l'actualité dans les médias et les journaux. Les valeurs les plus intégrées dans les apprentissages sont : la liberté d'expression et l'égalité entre les sexes (93 %), la fraternité (91 %) et la liberté de conscience (89 %).

⁴⁸ *V. mutatis mutandis* : Cons. const., décision n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général des impôts]*, où le Conseil constitutionnel déclare contraire au principe d'égalité une mesure visant à lutter contre l'alcoolisme en taxant les boissons énergisantes.

⁴⁹ Avis préc., p. 30.

être justifié, éventuellement, par l'idée selon laquelle l'atteinte aux intérêts de l'immense majorité des familles serait justifiée par un risque plus important, mais en l'état inexistant, d'atteinte au droit à l'instruction⁵⁰.

Il s'en déduit que la mesure en cause doit être regardée comme portant une atteinte non justifiée à la liberté de l'enseignement.

Mais ce n'est pas tout.

IV. – Les dispositions entreprises méconnaissent aussi l'exigence constitutionnelle de « *protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » qui découle des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946⁵¹.

La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant a pour corollaire le droit, qui doit lui être garanti par l'État, de pouvoir bénéficier d'un mode d'enseignement qui tienne compte de ses particularités.

À cet égard, l'instruction en famille, par sa nature même, permet véritablement de s'adapter aux besoins particuliers des jeunes de façon plus personnalisée sans pour autant les empêcher d'accéder à une diversité sociale. Elle permet en définitive de garantir que l'offre d'enseignement soit parfaitement adaptée à la diversité des situations dans lesquelles se trouvent les enfants.

Comme le souligne le Conseil d'État dans son avis précité,

« *la réalité [de l'enseignement au sein de la famille] est très diverse* »⁵².

⁵⁰ Comp. avec Cons. const., décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*.

⁵¹ Cons. const., décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]*.

⁵² Avis préc., p. 30.

Dit autrement, l'instruction en famille forme un cadre éducationnel adapté à des situations qui font obstacle à toute possibilité de scolarisation et qui n'entrent pas dans les cas d'autorisation envisagés limitativement au nouvel article L. 131-5 du code de l'éducation.

L'instruction en famille est en effet, à l'heure actuelle, l'unique solution pour de nombreuses familles dont les enfants peuvent être dits atypiques à raison de troubles d'apprentissage récurrents, de précocité, d'une situation d'autisme, de phobies ou suite à un harcèlement.

Selon le sondage « Felicia », ils représenteraient un total de 42 % des enfants instruits en famille.

La scolarisation aurait un impact négatif pour 94,5 % d'entre eux, en particulier sur la santé psychologique de 67 % de ces enfants.

Par ailleurs, 66 % de ces enfants ont exprimé leur souhait de ne pas être scolarisés sans pour autant être atteints d'une maladie ou d'un handicap, ou encore pratiquer de la musique ou un sport à haut niveau.

Ce dernier point est d'une importance particulière : certains enfants souhaitent recevoir une instruction en famille, conformément au choix qu'ils expriment consciemment, de façon éclairée, et qui leur paraît le mieux adapté au regard de leur profil et leurs attentes.

Il s'avère en outre que cette réalité est souvent méconnue des services administratifs, comme le souligne l'étude sociologique déjà citée :

« Des tensions récurrentes entre élève et enseignant, l'incapacité d'un jeune à trouver sa place, l'ennui ou l'inappétence cognitive dans le cadre scolaire [...], la violence physique ou verbale entre élèves, comme l'irrespect envers les adultes [...] peuvent être à l'origine d'un retrait de l'école, que celle-ci ne peut ignorer. L'institution parle de raisons « alléguées » par les parents pour justifier un retrait, soulignant par là qu'elle les entend sans se prononcer sur leur réalité »⁵³.

⁵³ BONGRAND et GLASMAN, « Instruction(s) en famille. Explorations sociologiques d'un phénomène émergent », préc.

Dans ces conditions, il est certain que la suppression de l'instruction en famille, au regard de la situation de ces enfants, est de nature à méconnaître l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

IV-1. – Il en va d'abord ainsi dans la mesure où les motifs d'autorisation retenus aux fins de permettre l'instruction en famille ne tiennent pas compte des situations où l'intérêt supérieur de l'enfant justifie le recours à cette forme d'instruction alors que l'enfant ne présente aucune fragilité ou particularité.

Les dispositions en cause n'envisagent en effet l'instruction en famille que pour les enfants « problématiques » ; pour les autres, la scolarisation obligatoire est présumée être une voie de nature à préserver leur intérêt supérieur.

Tout se passe en définitive comme si l'instruction en famille devait être maintenue pour de tels cas en tout état de cause « marginaux » ; en revanche, pour les familles et les enfants qui en font le choix, celui-ci ne serait pas « défendable ».

Une telle optique heurte les droits fondamentaux, à deux égards au moins.

D'une part, le *choix* de l'instruction en famille est paralysé en ce qui concerne les convictions des parents et leur liberté de conscience, alors même que de telles convictions – pas nécessairement religieuses – ne seraient en rien contraires aux principes républicains et qu'elles vont dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant.

D'autre part, le parti pris législatif méconnaît aussi les convictions de l'enfant quant au mode d'instruction qui lui paraît le mieux adapté et dont il est, à bien des égards, le meilleur juge.

Or, l'État ne saurait détenir un monopole en matière éducative qui aurait pour conséquence de priver les parents d'une telle liberté, mais surtout l'enfant de la faculté d'apprécier lui-même, avec le discernement dont il est capable, les nécessités de son propre développement.

Il est certain, en effet, que l'intérêt supérieur de l'enfant a d'abord pour corollaire le droit à l'expression de l'enfant, ainsi que le prévoit l'article 12-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant en ces termes :

« Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. »

La prise en considération de l'opinion de l'enfant interdit de déléguer entièrement le choix du mode d'instruction au personnel administratif qui ne saurait décider, en son lieu et place, ce qu'exige son propre intérêt supérieur.

À cet égard, le sondage « Felicia » révèle que 91 % des enfants instruits en famille interrogés ne souhaitent pas changer de mode d'instruction.

De surcroît, déterminer à sa place les modalités de son propre développement paraît aller à l'encontre des objectifs poursuivis par le droit de l'enfant à l'instruction, à savoir développer ses dons et aptitudes physiques et mentales, alors que de tels objectifs sont atteints par l'instruction en famille.

Il n'est pas inutile de rappeler que les enfants instruits en famille atteignent la maîtrise du socle commun de connaissances, de compétences et de culture dans 98 % des cas.

L'attachement, réfléchi, de nombreux enfants à l'instruction en famille prouve qu'ils considèrent qu'un tel mode éducatif est conforme à leur intérêt supérieur à pouvoir bénéficier d'une instruction assurant le développement de leurs potentialités. Le sondage « Felicia » révèle, à cet égard, que le choix de l'instruction en famille en tant que choix librement fait par l'enfant est l'une des principales motivations parmi les 11-16 ans.

Cela est d'autant plus le cas que le droit à l'instruction, tel qu'il est aujourd'hui conçu universellement, repose sur la prise en considération primordiale de l'enfant. Ainsi, selon la Rapporteuse spéciale du Conseil économique et social des Nations-Unies,

« La quatrième phase [de la concrétisation du droit à l'éducation] nécessite une adaptation à la diversité. Ce n'est plus l'élève qui doit s'adapter au système éducatif existant, quel qu'il soit, mais le système éducatif qui doit être mis en conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant »⁵⁴.

Des lors, les dispositions de l'article 49 ne peuvent être regardées comme préservant l'intérêt bien compris de l'enfant à pouvoir être instruit en famille, conformément à ses besoins mais aussi aux choix qu'il est en mesure de faire et que l'État ne saurait à ce point méconnaître.

IV-2. – Cette exigence constitutionnelle est méconnue, ensuite, compte tenu de la latitude d'appréciation donnée à l'administration pour accorder ou refuser d'accorder une autorisation.

Il faut rappeler, en effet, que sont disproportionnées

« les dispositions [qui] laissent à l'autorité administrative une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction » ou comme ici, un refus d'autorisation⁵⁵.

Or tel est le cas, en l'occurrence, pour chacun des motifs envisagés par le législateur.

– *D'abord*, le motif tiré de « l'état de santé de l'enfant ou son handicap », alors qu'aucun de ces termes n'est défini, réserve à l'administration une latitude excessive, qui la conduira à traiter différemment, et sans justification, des situations pourtant analogues.

⁵⁴ Conseil économique et social, Rapport de la Rapporteuse spéciale, Mme Katarina TOMASEVSKI, présenté conformément à la résolution 2002/23 de la Commission des droits de l'homme – 21 janvier 2003.

⁵⁵ V. Cons. const., décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*.

L'état de santé de certains enfants sera ainsi reconnu comme excluant toute possibilité de scolarisation, tandis que l'autorisation sera refusée à des enfants en grande difficulté et présentant néanmoins les signes d'un handicap. En effet, tous les enfants ne sont pas diagnostiqués alors qu'ils sont d'ores et déjà confrontés à des troubles de l'apprentissage : troubles dits DYS (dyspraxie, dyslexie, dysgraphie), troubles du spectre autistique (TSA), de la douance ou haut potentiel intellectuel, ainsi que troubles de l'attention.

Ces situations, pourtant bien réelles et qui représenteraient entre 6 et 20 % des enfants scolarisés, ne pourront ainsi entrer dans le champ de l'autorisation, faute de diagnostic à temps, alors même que leur situation devrait les y conduire.

– *De même*, le motif d'autorisation fondé sur « *la pratique d'activités sportives ou artistiques intensives* » donne à l'administration un pouvoir d'appréciation dont on se demande comment il pourrait être mis en œuvre de manière cohérente.

La notion de pratiques « *intensives* » est en soi porteuse d'un flou radical. Certaines familles convaincront du projet de leur enfant, alors que d'autres n'y parviendront pas en l'absence de toute norme définissant le niveau requis pour entrer dans le champ de l'autorisation.

En outre, c'est parce que les jeunes sont instruits en famille qu'ils ont du temps pour se consacrer à leur passion sportive ou artistique, qu'ils peuvent l'entretenir et y consacrer une grande partie de leur temps : alors que certains pourront bénéficier d'une autorisation, d'autres qui n'ont pas encore atteint un stade suffisant d'« intensivité » en seront exclus bien que leur motivation soit tout aussi authentique.

– *Par ailleurs*, rien ne garantit que le motif prévoyant de prendre en considération « *l'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public* » soit appliqué à l'itinérance volontaire, constitutive d'un mode de vie ou résultant, plus simplement, de l'emploi d'un parent, alors que la situation de l'enfant ne sera pas différente de celle dans laquelle l'itinérance ne résulte pas d'un choix.

– *Enfin*, le motif fondé sur « *l'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif* » ne présente guère de garanties,

non seulement par le vague du critère mais aussi des conditions que les familles doivent satisfaire pour en établir le bien-fondé, puisqu'il leur faut justifier « *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* » notamment à partir d'une « *présentation écrite du projet éducatif* ».

En d'autres termes, l'ensemble de ces conditions réservent à l'administration un pouvoir d'appréciation substantiel, et donc « *une latitude excessive dans l'appréciation des motifs* » susceptibles de conduire à un refus.

À cela s'ajoute que la déscolarisation en urgence envisagée par l'article 49, suppose une concertation avec le directeur d'établissement dont on sait qu'il ne sera pas toujours enclin à admettre la souffrance de l'enfant⁵⁶, ce qui réduira d'autant et dans des conditions aléatoires la voie de l'instruction en famille.

D'une façon générale, les mesures prises placent les familles et les enfants dans une situation difficilement supportable face à une administration déjà encline à se méfier de l'instruction en famille.

Ainsi, il est désormais prévu que toute information préoccupante peut suspendre l'instruction en famille, alors même qu'à l'heure actuelle, l'Association nationale des assistants du service social (ANAS) observe que dans certains départements, près de 50 % des informations préoccupantes ne sont pas avérées comme telles. Or, ces erreurs d'appréciation emportent des conséquences pour les enfants et les parents qui ne sont pas évaluées.

⁵⁶ V. BALANANT, *Comprendre et combattre le harcèlement scolaire*, Rapport de mission gouvernementale, déc. 2020, p. 47 : « *Compte-tenu de l'étendue de leurs responsabilités ainsi que de l'accompagnement et des moyens modérés dont ils bénéficient, les chefs d'établissements sont susceptibles d'éprouver une pression dans l'exercice de leur activité, notamment par crainte d'une action contentieuse ou d'un dommage réputationnel de l'établissement. Cette situation débouche parfois sur une minimisation des situations de violences scolaires, en particulier de harcèlement, ou sur des défaillances liées à la communication autour de ces situations au sein de l'ensemble de l'équipe éducative* ».

V. – Par ailleurs, on se demande ce qui reste de la liberté de l'enseignement au regard des dispositions prévues aux articles 53, 55 et 56 de la loi qui renforcent le contrôle de l'État sur les établissements d'enseignement privés hors contrat.

Alors que cette liberté constitue le socle constitutionnel du droit de créer de tels établissements⁵⁷, le législateur aurait dû entourer les nouvelles modalités de contrôle insérées à l'article L. 442-2 du code de l'éducation par l'article 53 de la loi, entièrement à la main des préfets, d'un minimum de garanties susceptibles de les protéger d'immixtions arbitraires.

Il n'en est rien : le préfet est désormais compétent, après une mise en demeure restée sans effet, pour ordonner la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement dans son ensemble, ou des classes concernées, en particulier s'il n'est pas remédié, dans un délai déterminé, aux insuffisances de l'enseignement qui ne permettrait pas aux élèves d'acquérir progressivement le socle commun défini à l'article L. 122-1-1 du code de l'éducation.

Ce pouvoir de police vise, dans une telle hypothèse, à veiller au respect de l'instruction obligatoire.

Or, qu'il s'agisse de son principe ou de ses modalités, une telle prérogative n'apparaît pas proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Il faut d'abord la rapporter à l'état du droit jusque-là en vigueur, qui attribue au juge judiciaire le pouvoir d'ordonner la fermeture d'un établissement privé hors contrat. Cette garantie est supprimée.

Surtout, le principe même d'un régime de fermeture administrative, lorsqu'est en cause une liberté telle que la liberté de l'enseignement, n'est acceptable que pour autant qu'il réponde de façon appropriée à un

⁵⁷ Cons. const., décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*.

trouble grave à l'ordre public ou à un intérêt fondamental de la société et soit entouré des garanties nécessaires⁵⁸.

Ces exigences sont méconnues en l'occurrence.

D'une part, l'objectif poursuivi consiste à permettre au pouvoir administratif de faire échec aux modalités alternatives d'enseignement davantage respectueuses du rythme d'apprentissage de l'enfant, mais qui ne correspondraient pas en tous points à la norme étatique, au demeurant imprécise, visant « *l'acquisition progressive du socle commun* ».

Ce pouvoir administratif procède d'une suspicion de principe vis-à-vis de formes d'instruction qui mettent pourtant en œuvre le droit à la différence garanti par la liberté de l'enseignement et dont la contribution positive à la construction d'une société démocratique et ouverte devrait être hors de doute. La Commission européenne elle-même définit comme enjeu stratégique pour l'éducation, le développement de « *méthodes d'apprentissage personnalisées, participatives et coopératives* »⁵⁹.

Comment comprendre, sinon, que l'article L. 111-1-1 du code de l'éducation soit modifié par l'article 56 de la loi pour permettre à l'État de proposer à ces établissements « *une charte des valeurs et principes républicains* », comme s'ils ne respectaient pas par principe ces derniers ?

⁵⁸ Ainsi, par ex., de la dissolution administrative d'associations qui « *soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence* » (C. sécurité int., art. L. 212-1). *Adde*, s'agissant du régime de fermeture administrative des lieux de culte institué par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : Cons. const., décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

⁵⁹ Commission européenne, *Stratégie en faveur de la jeunesse pour la période 2019-2027*.

D'autre part, aucune garantie de procédure n'entoure l'exercice de ce pouvoir : ni garantie du contradictoire en amont, ni saisine suspensive du juge en aval, alors que dans le même temps, aux termes notamment de l'article 55, les peines déjà existantes sont alourdies.

Dans ces conditions, les articles 53, 55 et 56 privent de garanties légales l'exercice de la liberté de l'enseignement par les établissements hors contrat.

VI. – Pour l'ensemble de ces raisons, les dispositions des articles 49, 53, 55 et 56 de la loi confortant le respect des principes de la République sont contraires à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel est invité à en tirer toutes les conséquences.

A handwritten signature in black ink, reading 'François Sureau'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'F'.

François Sureau