

## **Points-clés de la contribution extérieure rédigée par Me Bernard Fau à l'attention du Conseil constitutionnel**

### **Aff. : 2021-823 DC – Observations au titre d'une « porte étroite »**

Inter-asso IEF représentée par les associations Libres d'Apprendre et d'Instruire Autrement & Choisir d'Instruire son Enfant

c/ **Article 49 de la loi confortant le respect des principes de la République**

Les présentes observations visent à exposer les motifs de nature juridique qui s'opposent à l'adoption de l'article 49 de la loi confortant le respect des principes de la République.

### **I. Il apparaît inconstitutionnel de soumettre l'exercice d'une liberté à une autorisation administrative préalable**

Le gouvernement a, au cours des débats parlementaires, et pour **tenter de contourner l'impossibilité constitutionnelle de soumettre la liberté de l'enseignement au sein de la famille à une autorisation préalable**, modifié le dispositif projeté.

L'article 49 n'impose désormais plus l'obtention d'une autorisation expresse mais impose une **demande préalable** à laquelle il pourra être répondu favorablement de manière tacite : le silence gardé pendant deux mois par l'administration constituera une décision d'acceptation.

En revanche une décision expresse de refus pourra intervenir : **le gouvernement n'a donc pas renoncé au principe d'autorisation préalable.**

#### **a) Sur la liberté de l'enseignement :**

- Le Conseil constitutionnel a, dans la hiérarchie des normes, placé la **liberté de l'enseignement** au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Dans son avis rendu le 6 décembre 2020, l'Assemblée générale du Conseil d'État souligne la contradiction du projet de loi avec les normes constitutionnelles en vigueur<sup>1</sup>.
- Malgré l'introduction au cours des débats parlementaires du dispositif d'autorisation tacite de l'instruction au sein de la famille (...), **il ne ressort pas du projet de loi amendé que la substitution d'une interdiction de principe à l'instruction au sein de la famille**, par la mise en place d'un système d'autorisation administrative préalable expresse ou tacite aux conditions particulièrement restrictives, respecterait pour autant les conditions de proportionnalité et de conciliation non déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles et conventionnelles en présence.

---

<sup>1</sup>- Le Conseil d'État a déjà, dans un arrêt du 19 juillet 2017, jugé : « 3. *Le principe de la liberté de l'enseignement (...) 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 même famille* »

- Autrement dit, **la mise en place d'un système d'autorisation administrative préalable de l'instruction en famille ne permet pas de considérer que le projet de loi respecterait le principe de liberté de l'enseignement.**
  - En effet, (...) le nouveau texte imposerait nécessairement dans la demande d'autorisation préalable que les familles justifient expressément de remplir les conditions prévues par les textes faute de quoi, un rejet stéréotypé fondé sur le seul motif d'un défaut de réunion des critères suffirait à justifier un rejet.
  - Or, les conditions restrictives et limitées prévues par le projet de loi ne laissent aucune liberté de choix aux parents puisqu'elles ne visent que des situations extrinsèques à l'instruction elle-même (...).

### **b) Sur l'inconstitutionnalité d'une autorisation préalable à l'exercice d'une liberté**

- L'exercice d'une **liberté fondamentale** ne peut être soumis à autorisation préalable.
- Les critères à remplir pour solliciter l'autorisation demeurent ceux prévus dans le projet de loi initial et aucune demande d'autorisation ne pourra intervenir avec quelque chance de succès si les **conditions restrictives** posées par la loi ne sont pas remplies a priori, voire même ne sont pas **justifiées préalablement par des éléments de preuve.**
- **Le dispositif de l'autorisation implicite s'avère plus sévère encore que le dispositif de l'autorisation expresse initialement prévue puisqu'il mettra** selon toute vraisemblance et dans un souci de traitement facilité voire automatisé des demandes, **à la charge des familles l'obligation d'apporter elles-mêmes les preuves de la situation dont elles se prévaudront.** Par le système de l'autorisation expresse, c'est à l'administration qu'aurait incombé le plus vraisemblablement l'instruction de la demande.

### **II. Le mécanisme d'autorisation administrative préalable heurte le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs**

- Le principe de la séparation des pouvoirs a été reconnu de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. En vertu de ce principe, **seule l'autorité judiciaire est compétente en matière de libertés individuelles**, ce qui exclut l'administration.
- Le choix de la scolarisation ou de l'instruction au sein de la famille relève directement de la **compétence des parents**, cette liberté s'exerçant sous le contrôle du juge judiciaire.
- Le dispositif du projet de loi entrerait en conflit direct avec la compétence d'attribution exclusive donnée au **juge aux affaires familiales** qui seul peut **arbitrer ce qui serait de l'intérêt de l'enfant**, en vertu de l'article L.213-3 du Code de l'organisation judiciaire qui ne fait qu'introduire dans la loi un principe de valeur supérieure.
- En effet, un système d'autorisation administrative préalable entraînerait une immixtion du pouvoir exécutif dans l'exercice d'une liberté individuelle, dont le juge judiciaire est constitutionnellement seul garant, portant ainsi une atteinte manifeste au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. **Il ne saurait être question de faire remplir le**

rôle du juge judiciaire par l'administration, fut-ce par le biais d'une autorisation implicite par le silence gardé pendant plus de deux mois.

### **III. Le projet d'interdiction du libre choix de l'instruction en famille porte une atteinte disproportionnée et injustifiée aux droits fondamentaux, notamment aux droits de l'enfant**

#### **a) Atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant**

- La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et principalement son article 3.1 sont d'applicabilité directe en droit interne<sup>2</sup>.
- Par une décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a en outre puisé dans les ressources du Préambule de 1946 pour dégager un principe dynamique de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dont il entend désormais contrôler le respect. Cette exigence doit guider le législateur et être mise en œuvre par le juge judiciaire qui est compétent pour connaître de l'intérêt de l'enfant.
- Or le projet de loi dans sa formulation issue des débats parlementaires, s'il introduit en effet la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, ne procède ainsi que pour limiter à ce seul prisme les cas d'ouverture à autorisation. L'autorité administrative chargée de délivrer l'autorisation de l'instruction en famille s'érige dès lors en juge de l'intérêt de l'enfant alors que **le principe dynamique de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant nécessiterait d'apprécier *in concreto*, pour chaque demande d'autorisation, où se situe l'intérêt supérieur de l'enfant**, sans être enserré par uniquement quatre cas de dérogations possibles<sup>3</sup>.
- Cette contrariété est d'autant plus flagrante que le dispositif prévu par le législateur n'inclut à aucun moment le recueil de la volonté de l'enfant. Il faut également rappeler qu'aux termes de l'article 371-1 du Code civil (autorité parentale), l'enfant doit être associé par les parents aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.
- **Le système d'autorisation administrative préalable prévu par le projet actuel ne permet pas d'assurer la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et il ne paraît pas admissible constitutionnellement que l'administration, voire le juge administratif ensuite, puissent se faire juges de cet intérêt.**

#### **b) Atteinte au droit des parents à l'instruction de leurs enfants conformément à leurs convictions**

- Le système d'autorisation administrative préalable prévu par l'article 49 du projet de loi peut être regardé comme une **atteinte au droit des parents à instruire leurs enfants**

---

<sup>2</sup>- **Article 3.1** : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, **l'intérêt supérieur de l'enfant** doit être une considération primordiale. »

<sup>3</sup>- Toute décision doit être fondée sur l'évaluation des circonstances spécifiques et doit être fortement individualisée, en prenant en considération non seulement le niveau de développement des enfants concernés, mais aussi leurs histoires, expériences, souffrances, défis culturels, souhaits et projets d'avenir, ce qui n'est pas le cas dans le dispositif prévu par l'article 49 du projet de loi.

**conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques**<sup>4</sup>, dès lors que dans le dispositif envisagé ce droit est subordonné à une autorisation préalable de l'administration dont les conditions d'obtention ne peuvent être « *les convictions politiques, philosophiques ou religieuses des personnes qui sont responsables de l'enfant* ».

- De plus, le système d'autorisation préalable prévu par l'article 49 du projet de loi induit une **discrimination** entre les parents qui souhaitent instruire leurs enfants au sein de la famille au nom de leurs convictions religieuses ou philosophiques et ceux qui, selon un dispositif déjà existant et auquel l'accès n'est pas limité, souhaitent confier leurs enfants à des établissements privés au nom de leurs convictions religieuses ou philosophiques<sup>5</sup>.

#### **IV. Le projet de loi se fonde sur une étude d'impact insatisfaisante et lacunaire, ainsi que l'a souligné le Conseil d'Etat**

- L'**étude d'impact** effectuée dans la perspective du projet de loi confortant le respect des principes de la République est **insatisfaisante et lacunaire**, ce qui a conduit à des dispositions dont le bien-fondé et la réalisation ont été manifestement mal appréciés.
- Ainsi que le relève le Conseil d'Etat dans son avis, l'étude d'impact ne permet pas d'identifier « *les carences reprochées* » à l'instruction en famille, ni « *la clarification et la hiérarchisation des objectifs du Gouvernement* ».
- En outre, la mise en œuvre de la procédure accélérée d'examen du texte par le Parlement, particulièrement inadaptée à un projet visant à subordonner l'exercice d'une telle liberté à des décisions administratives, n'a pas permis de combler les lacunes d'une étude d'impact insuffisante compte tenu des multiples implications juridiques et sociales que l'adoption de ce texte impliquerait.

**Pour l'ensemble de ces raisons, le texte de l'article 49 du projet de loi voté par l'Assemblée Nationale devra être déclaré non conforme à la Constitution.**

---

<sup>4</sup>- Or, « (...) L'État, 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. » (article 2 du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'Homme)

<sup>5</sup>- L'article 14 de la Convention prohibe la discrimination. Pour qu'une différence de traitement ne soit pas considérée comme discriminatoire, elle doit poursuivre un but légitime et cette différence de traitement doit également être proportionnée à celui-ci.