

À l'attention des membres du Conseil constitutionnel
2 rue de Montpensier 75001 Paris

Contribution extérieure
appuyant le recours au Constitutionnel
contre la loi confortant le respect des principes de la République
spécialement dans ses articles 49 à 55,
relatifs à l'instruction en famille et aux écoles hors contrat

par Pierre Delvolvé, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas Paris II, Membre de l'Institut, Xavier Bioy, Pierre Egéa et Nicolas Sild, professeurs à l'Université de Toulouse 1 Capitole.

Finalité de la loi

Adoptée le 23 juillet 2021 par l'Assemblée nationale dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4 de la Constitution, la loi confortant le respect des principes de la République a pour but de lutter contre un phénomène qualifié de séparatisme. L'exposé des motifs du projet de loi incrimine une forme d'« entrisme communautariste », « pour l'essentiel d'inspiration islamiste », se traduisant par une volonté de « faire prévaloir des normes religieuses sur la loi commune », et enclenchant par voie de conséquence « une dynamique séparatiste qui vise à la division ».

C'est dans ce cadre général que le législateur a adopté des dispositions relatives à l'instruction en famille et aux écoles hors contrat qui sont devenues les articles 49 à 55 de la loi.

Ces dispositions procèdent à plusieurs modifications du droit en vigueur. En premier lieu, elles soumettent la pratique de l'instruction en famille à un régime d'autorisation préalable en lieu et place d'un régime de déclaration. En second lieu, elles instaurent un régime de fermeture administrative des établissements privés d'enseignement hors contrat. Enfin, elles aggravent les peines encourues par les directeurs de ces établissements qui auront agi en méconnaissance des règles du code de l'éducation. Ce texte a suscité de nombreuses réactions d'associations et de familles ayant recours à l'instruction en famille ou scolarisant leurs enfants dans des établissements privés hors contrat. Elles estiment qu'au nom d'une lutte engagée contre une minorité, la loi sanctionne une majorité jouissant paisiblement d'une liberté constitutionnellement protégée.

Objet de la présente contribution extérieure

La présente contribution extérieure tend à démontrer que les dispositions suivantes de la loi adoptée en dernière lecture par l'Assemblée nationale le 23 juillet 2021 confortant le respect des principes de la République sont inconstitutionnelles pour les motifs :

1) L'article 49, qui subordonne la pratique de l'instruction en famille à un régime d'autorisation limité seulement à certains cas, est contraire à la liberté de l'enseignement, qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

2) Les articles 53 à 55, qui en insérant un nouvel article L 442-2 dans le code de l'éducation, instaurent un nouveau régime administratif de fermeture des établissements d'enseignement privés hors contrat et portent ainsi une atteinte disproportionnée à la liberté d'enseignement.

Ces mêmes articles, en ce qu'ils aggravent le régime de sanctions pénales d'amende et d'emprisonnement à l'égard des directeurs d'établissements d'enseignement privés hors contrat, portent atteinte au principe de nécessité des peines attachées aux infractions.

I. SUR LES DISPOSITIONS RELATIVES À L'INSTRUCTION EN FAMILLE

A. Contenu des dispositions contestées

1. Les dispositions relatives à l'instruction en famille de la loi confortant le respect des principes de la République, figurent dans la section I du chapitre V aux articles 49 à 52. Ces dispositions modifient pour l'essentiel des articles du code de l'éducation.

Doivent être relevées ici les dispositions principales, en en soulignant les formules les plus significatives.

2. En particulier au premier alinéa de l'article L 131-2 du code de l'éducation, qui disposait « *L'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix* », est substituée la rédaction suivante :

« *L'instruction obligatoire est donnée dans les établissements ou écoles publics ou privés. Elle peut également, par dérogation, être dispensée dans la famille,*

par les parents, par l'un d'entre eux ou par toute personne de leur choix, sur autorisation délivrée dans les conditions fixées à l'article L. 131-5. »

L'article L 131-5 auquel il est ainsi renvoyé est lui-même modifié.

Son alinéa 1^{er} devient :

Les personnes responsables d'un enfant soumis à l'obligation scolaire définie à l'article L.131-1 doivent le faire inscrire dans un établissement d'enseignement public ou privé, ou bien, à condition d'y avoir été autorisées par l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation, lui donner l'instruction en famille.

Au deuxième alinéa sont supprimés les mots relatifs au « *choix d'instruction* ».

Après le troisième alinéa, sont insérés douze alinéas ainsi rédigés :

« L'autorisation mentionnée au premier alinéa est accordée pour les motifs suivants, sans que puissent être invoquées d'autres raisons que l'intérêt supérieur de l'enfant :

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

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

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

« 4° 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.

« L'autorisation mentionnée au même premier alinéa est accordée pour une durée qui ne peut excéder l'année scolaire. Elle peut être accordée pour une durée supérieure lorsqu'elle est justifiée par l'un des motifs prévus au 1°. Un décret en Conseil d'État précise les modalités de délivrance de cette autorisation.

« L'autorité de l'État compétente en matière d'éducation peut convoquer l'enfant, ses responsables et, le cas échéant, la ou les personnes chargées d'instruire l'enfant à un entretien afin d'apprécier la situation de l'enfant et de sa famille et de vérifier leur capacité à assurer l'instruction en famille.

« En application de l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration, le silence gardé pendant deux mois par l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation sur une demande formulée en application du premier alinéa du présent article vaut décision d'acceptation.

« La décision de refus d'autorisation fait l'objet d'un recours administratif préalable auprès d'une commission présidée par le recteur d'académie, dans des conditions fixées par décret »

Une modification du quatrième alinéa du même article substitue à la déclaration de l'instruction en famille l'autorisation de réaliser cette instruction

3. L'article L. 131-10 modifie en plusieurs points le code de l'éducation et s'achève par des dispositions transitoires ainsi rédigées :

« III. – Le présent article entre en vigueur à la rentrée scolaire 2022.

Par dérogation, l'autorisation prévue à l'article L. 131 5 du code de l'éducation est accordée de plein droit, pour les années scolaires 2022 2023 et 2023 2024, aux enfants régulièrement instruits dans la famille au cours de l'année scolaire 2021 2022 et pour lesquels les résultats du contrôle organisé en application du troisième alinéa de l'article L. 131 10 du même code ont été jugés suffisants ».

4. Ainsi est établi pour l'instruction à domicile un régime d'interdiction de principe, assorti seulement d'une possibilité d'autorisation dans des cas limités.

Ce régime porte atteinte à la liberté d'enseignement, qui est une liberté fondamentale englobant l'instruction en famille, par l'instauration d'un régime d'interdiction, sauf autorisation, pour l'instruction en famille.

B. Sur la liberté constitutionnelle qui est violée : la liberté d'enseignement, liberté fondamentale englobant la liberté d'instruction en famille

5. La liberté d'enseignement fait partie en France du bloc de constitutionnalité. Dans sa décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, le Conseil constitutionnel l'a déclarée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon les termes du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le préambule de celle de 1958 - en se référant « notamment » à l'article 91 de la loi du 31 mars 1931 qui, à propos des rétributions scolaires et des bourses, fait « réserve du maintien de la liberté de l'enseignement qui est un des principes fondamentaux de la République ». Le Conseil constitutionnel aurait pu d'ailleurs, plus simplement, se référer à la formule générale sur la liberté de l'article 4 de la Déclaration de 1789, comme il l'a fait ensuite pour d'autres composantes de la liberté, telle la liberté d'entreprendre¹ et la liberté contractuelle².

Relevant de la liberté en général, la liberté d'enseignement comporte elle-même plusieurs éléments que rappelle le Conseil d'Etat dans son avis du 3 décembre 2020 sur le projet de loi en s'appuyant sur des décisions du Conseil constitutionnel : l'existence même de l'enseignement privé (C.C. 8 juillet 1999, n° 99-414 DC), l'octroi de financements publics aux établissements en relevant (C. C.23 novembre 1977, n° 77-87 DC, précité ; 13 janvier 1994, n° 93-329 DC) ainsi que le respect dû au caractère propre de ces établissements (C.C. 18 janvier 1985, n° 84-185 DC).

Cette décomposition de la liberté d'enseignement en plusieurs éléments est de même type que celle d'autres droits et libertés. Ainsi « *la propriété intellectuelle comprend le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger* » (C.C. 28 février 2013, n° 2013-370 QPC ; 21 novembre 2014, n° 2014-430 QPC) ; « *le droit de disposer* » est un « *attribut essentiel du droit de propriété* » (C.C. 9 avril 1996, n° 96-373 DC) ; plus

¹ Cons const. 16 janvier 1982, n° 81-132 DC

² Cons const. 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC. La Cour de justice de l'Union européenne, reconnaissant la liberté contractuelle comme un des éléments de la liberté d'entreprendre (22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, souligne les liens entre les différents aspects de la liberté).

précisément, vient de dire le Conseil constitutionnel (12 mars 2021, n° 2020-888 QPC), « *le droit de disposer librement de son patrimoine est un attribut du droit de propriété* ».

6. De même, parmi les composantes de la liberté d'enseignement, figure en particulier la liberté pour les parents de choisir le type d'enseignement à donner à leurs enfants.

Cette liberté de choix est assurée de longue date en droit interne. La loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire disposait dans son article 4 : « *L'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de six ans révolus à treize ans révolus ; elle peut être donnée soit dans les établissements d'instruction primaire ou secondaire, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles, par le père de famille lui-même ou par toute personne qu'il aura choisie.* » C'est ce que reprend aujourd'hui l'article L 132-1 du code de l'éducation : « *L'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix* ».

7. Ces dispositions doivent être rapprochées de celles du code civil sur l'autorité parentale, laquelle, depuis la loi du 4 juin 1970, a été heureusement substituée à la puissance paternelle. Le nouvel article 371-2 que la loi introduit dans le code civil, reconnaît aux père et mère « *droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation* » à l'égard de l'enfant. La loi du 4 mars 2002 a remanié ces dispositions pour faire remonter l'essentiel à l'article 371-1 : aux termes de ses deux premiers alinéas, « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. / Elle appartient aux père et mère 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.* » La loi du 10 juillet 2019 n'a pas modifié cette rédaction.

On peut noter un infléchissement de la version de 1970 à celle de 2002, notamment en ce que les « *droit et devoir ... d'éducation* » de l'ancien article 371-2 ont été remplacés dans le nouvel article 371-1 par une formule de son alinéa 2 selon laquelle l'autorité parentale appartient aux père et mère de l'enfant « *pour assurer son éducation* », ce qui est moins fort. Néanmoins ce rôle relève des droits et devoirs dont l'ensemble, selon le premier alinéa, constitue l'autorité parentale : l'éducation fait bien encore partie des droits et devoirs des parents. Il convient à cet égard de relever que l'article 49 de la loi confortant le respect des principes de la République tend à établir une scolarité obligatoire sous un format scolaire, exclusivement en présence dans un établissement scolaire. Ainsi le recours à des cours à distance, certains anciens et renommés, serait également interdit dans le principe, et uniquement permis par dérogation à une obligation scolaire exclusivement en présence dans les murs d'un établissement scolaire et selon les horaires et le calendrier fixés par l'État. Ces nouvelles dispositions restreignent de manière inédite, non seulement la liberté des choix éducatifs des familles, mais encore l'autorité parentale dans ce qu'elle a de plus fondamental.

Or c'est à juste titre que le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 juillet 2017, *Association Les enfants d'abord*, considère que la liberté d'enseignement implique aussi « *la possibilité de créer des établissements d'enseignement, y compris hors de tout contrat conclu avec l'État, tout comme le droit pour les parents de choisir, pour leurs enfants, des méthodes éducatives alternatives à celles proposées par le système scolaire public, y compris l'instruction au sein de la famille* » - ce qui n'est que la reprise de solutions expressément prévues par l'article 16 de la loi du 28 mars 1882 et aujourd'hui par l'article L. 131-2 du code de l'éducation, précités. Ce n'est pas parce que cet arrêt est resté inédit que le Conseil d'Etat n'a pas dit ce qui y est écrit.

Comme le constate le Conseil d'Etat dans son avis du 3 décembre 2020 sur le projet de loi, le « *droit de choisir d'instruire un enfant au sein de la famille* » est « *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* ». Le Conseil d'Etat n'est pas allé jusqu'à dire que c'est un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Mais, outre que ce principe a été reconnu par la loi du 28 mars 1882, à l'époque même où était mis en place un enseignement public laïque, la liberté de l'instruction dans la famille s'inscrit à la fois dans la liberté de l'enseignement, dont elle est une composante, et dans le droit et le devoir d'éducation qui appartient aux parents, dont elle permet la mise en œuvre.

Comme composante de la liberté d'enseignement, la liberté pour les parents de choisir le mode d'enseignement de leurs enfants, y compris en famille, a valeur constitutionnelle.

C. L'institution d'un régime d'interdiction, sauf autorisation, pour l'instruction en famille est contraire à la liberté de l'enseignement.

8. La soumission de l'exercice d'une activité à l'exigence d'une autorisation constitue en soi une interdiction de principe de cette activité : sans l'autorisation, l'activité est interdite.

Cette interdiction est patente dans les dispositions de loi la loi relatives à l'instruction en famille, d'une part, si on les compare aux dispositions antérieures, d'autre part, si on en observe le contenu. Précédemment, était expressément réservé le « *choix de l'instruction* » par les parents ; désormais il est rayé. Précédemment, les parents devaient déposer une déclaration préalable ; désormais il leur faut obtenir une autorisation.

Le régime de déclaration avait lui-même été encadré par des dispositions récentes (loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République ; loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance) renforçant les contrôles sur l'enseignement à domicile.

De ce crescendo, le législateur passe aujourd'hui à un basculement : la nouvelle loi ne réalise plus, comme ces lois antérieures, un renforcement du régime de déclaration ; en exigeant une autorisation, il supprime purement et simplement la

liberté d'assurer un enseignement en famille.

Le régime d'autorisation qu'il établit est limité à quatre cas : 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 de conditions. L'examen de l'autorisation demandée conduit à un contrôle préalable de l'autorité administrative.

On se trouve exactement dans la situation qui a donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (n° 71-44 DC) : la disposition contestée *« avait pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi »*, alors qu'en vertu du principe de la liberté d'association, *« les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable »* ; *« ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire »*.

On peut transposer presque mot pour mot ces considérants au cas présent : alors qu'en vertu du principe de la liberté d'enseignement, l'instruction en famille s'effectue librement sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable, cette activité, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de certaines familles, ne peut être soumise pour sa possibilité, à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire.

9. Plus généralement, des mesures restrictives d'une liberté ne peuvent être prises, selon une formule devenue classique, que si elles sont « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (par ex. Conseil constitutionnel 4 avril 2019, n° 2019-780 DC).

C'est ce que rappelle le Conseil d'Etat dans son avis du 3 décembre 2020 sur le projet de loi : *« 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. »*

L'objectif poursuivi en l'espèce par le législateur a été exposé par le gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi et dans l'« étude d'impact ». Il est essentiellement de lutter contre *« une forme de séparatisme social »*, pour *« que l'enfant reçoive une instruction effective et complète lui permettant d'acquérir les connaissances, la méthode et l'esprit critique requis à chaque niveau d'enseignement »* et pour assurer *« la sociabilisation de l'enfant »*. L'intention du législateur se précise lorsqu'est décrite une situation d'endoctrinement sectaire et de regroupement

d'enfants dans des écoles « de fait », découvertes à l'occasion des contrôles prévus par la loi.

L'objectif général de donner aux enfants une instruction adéquate et de l'insérer dans la société couvre en réalité la volonté de régler des situations très particulières dont on n'ose pas dire le nom.

La découverte d'écoles « de fait », réunissant des enfants ayant fait l'objet d'une déclaration d'instruction en famille, prouve tout simplement que ces enfants ne font pas l'objet d'une éducation en famille. Ces cas marginaux ne peuvent justifier des restrictions généralisées à l'égard d'une pratique relevant d'une liberté déjà très encadrée.

On peut reconnaître sans difficulté le droit et le devoir de l'Etat de s'assurer que les enfants reçoivent une instruction effective et complète et puissent s'insérer dans la société. Les dispositions actuellement en vigueur, récemment renforcées, lui donnent le moyen de le faire : elles établissent des contrôles répétés et rigoureux sur l'instruction en famille. Si ces contrôles sont insuffisants, cela ne tient pas à ces dispositions elles-mêmes mais aux moyens mis en œuvre pour les réaliser. L'inapplication d'une législation par manque de moyens ne justifie pas une modification de la législation : elle commande de renforcer les moyens, non de renforcer la législation.

C'est en cela que les nouvelles dispositions, substituant un régime d'autorisation à un régime de déclaration, manquent à la condition de nécessité.

10. Elles manquent tout autant à la condition d'adaptation. Car l'interdiction de l'école en famille veut en réalité viser certaines familles dont l'idéologie séparatiste constitue un danger, non seulement pour les enfants, mais pour la société avec les risques que cette idéologie peut entraîner dans le comportement de ces enfants devenus adolescents puis adultes.

En visant ces familles, le projet de loi atteint toutes celles dont les conceptions sont parfaitement conformes avec la vie sociale.

Le dispositif est comparable à celui que le Conseil constitutionnel vient de censurer par sa décision du 12 mars 2021, n° 2021-888 QPC. Les dispositions en cause interdisaient aux personnes âgées, ou handicapées, ou ayant besoin d'une aide à leur domicile ou d'une aide à leur mobilité, de consentir des libéralités au profit des personnes leur apportant une assistance. Le Conseil constitutionnel a considéré que l'altération de la capacité d'une personne à consentir ne peut se déduire de la nécessité d'une assistance ; en particulier une assistance à domicile ne suffit pas à caractériser une situation de vulnérabilité. En conséquence l'interdiction générale pour ces personnes de consentir des libéralités n'était pas proportionnée à l'objectif de protection des personnes vulnérables.

De la même manière, l'interdiction, sauf autorisation, de l'instruction à domicile, motivée par l'objectif de lutter contre l'idéologie séparatiste n'est ni adaptée ni proportionnée à cet objectif.

11. Enfin l'exigence de proportionnalité n'est pas non plus remplie si l'on analyse les conditions qui doivent être remplies pour qu'une autorisation puisse être donnée.

On peut certes reconnaître que chacune des trois premières correspond à des hypothèses dans lesquelles l'instruction en famille est, non seulement justifiée, mais nécessaire : 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.

Mais la quatrième hypothèse est à la fois très restreinte dans son objet et très large quant à son appréciation par l'administration : « *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* ». Sont ainsi imposées des conditions de forme qui se combinent avec des conditions de fond.

La condition de forme est celle de la présentation du projet éducatif et des pièces justifiant la capacité à assurer l'instruction en famille.

Cette présentation doit être annuelle et individuelle. L'annualité implique le renouvellement de la démarche et de l'intervention de l'autorité administrative. L'individualité tient à une présentation propre à chaque enfant alors qu'il peut faire partie d'une famille pour laquelle les parents souhaitent l'éducation à domicile pour des motifs valables pour plusieurs enfants. L'exigence d'une présentation annuelle et individuelle alourdit inutilement les formalités à remplir.

L'expression « projet éducatif » est approximative et peut prêter à des interprétations diverses ; cela ramène à une condition de fond. L'autorité administrative examinant la demande d'autorisation a toute latitude d'apprécier le projet éducatif : rien ne précise ce qu'il doit être. Quant aux pièces justifiant la capacité d'instruire, le texte laisse aussi une marge d'appréciation. Faut-il rappeler que certaines personnes sans aucun diplôme peuvent avoir une culture et la capacité de la communiquer égales voire supérieures à celles de purs produits universitaires ?

12. Les conditions de fond tenant à l'existence d'une situation propre à l'enfant et à la considération de son intérêt supérieur sont tout aussi approximatives : ce sont des formules creuses, qui laissent à l'administration toute latitude d'appréciation.

Or, comme l'a dit le Conseil constitutionnel, « *l'octroi d'une autorisation ne peut être subordonnée à la diligence d'une autorité administrative* » (18 janvier 1995 n° 94-352 DC), « *les dispositions contestées laissent à l'autorité administrative une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction* » (4 avril 2019, n° 2019-780 DC), - ou, ici, le refus d'autorisation, qui équivaut à une interdiction.

Bien plus, les conditions de fond excluent la possibilité pour les parents d'invoquer leurs convictions philosophiques et religieuses, ainsi que leurs conceptions pédagogiques. Dans sa version initiale, le projet de loi du gouvernement les excluait expressément. La rédaction issue de l'Assemblée nationale est plus discrète. Elle n'en a pas moins la même portée : dès lors que ne peut être invoquée que « l'existence d'une situation propre à l'enfant », ne peuvent l'être les convictions des parents.

Cette exclusion de toute motivation philosophique ou religieuse dans le projet éducatif des parents porte atteinte à des libertés qui trouvent leur enracinement dans l'ordre constitutionnel : la liberté d'opinion, « même religieuse », exprimée par l'article 10 de la Déclaration de 1789, la liberté de conscience, que le Conseil constitutionnel, dans sa décision déjà citée du 23 novembre 1977, a expressément rappelée en lien avec la liberté d'enseignement.

La loi, écartant le principe même d'une éducation d'un type choisi par les parents pour motifs personnels, alors même que cette liberté existe actuellement, constitue une régression patente de libertés fondamentales (liberté de conscience, liberté d'enseignement et, en son sein, la liberté éducative). Cette restriction ne conduit même pas à revenir à une situation antérieure à la loi actuelle. Le dispositif du nouveau texte de loi n'a jamais été aussi liberticide.

13. Il convient de rappeler quelques principes cardinaux qui gouvernent l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois : d'une part, même si « *l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives* », elle « *résulte de la confrontation de celles-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel* » (en ce sens par ex C.C. 13 août 1993 n° 93-325 DC) ; d'autre part, s'« *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions* », « *il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* » (C.C. 29 janvier 2021, n° 2020-880 QPC).

Or établir une interdiction *a priori* du choix de l'instruction en famille par les parents constitue, non seulement une régression par rapport au système antérieur, mais une mesure générale, de principe, de portée radicale, qui prive de garanties légales les exigences constitutionnelles propres à la liberté d'enseignement ; si est admissible un système de contrôle permettant de constater *in concreto* la réalisation d'effets négatifs d'une instruction en famille sur les enfants, comme c'était le cas précédemment, ne peut être admis un système qui, présupposant comme acquis de tels effets, interdit ce type d'instruction.

14. Ainsi l'article 49 de la loi confortant le respect des principes de la République qui modifie les dispositions du code de l'éducation relatives à l'instruction en famille en établissant un principe d'interdiction, assorti d'un régime d'autorisation limité seulement à certains cas relevant d'une appréciation inconditionnée de l'autorité

administrative, viole la liberté de l'enseignement en l'une de ses composantes.

Ils doivent donc être déclarés par le Conseil constitutionnel contraires à la Constitution. Les soussignés lui demandent de se prononcer en ce sens.

II. SUR LES DISPOSITIONS RELATIVES AUX ÉCOLES HORS CONTRAT

A. Contenu des dispositions discutées

15. Dans l'ensemble des dispositions relatives aux écoles hors contrat, l'article 53 est destiné à renforcer le contrôle de l'Etat. Doivent être particulièrement relevées les modifications qu'il introduit dans le code de l'éducation.

Le nouvel article L 441-3-1 porte sur les écoles hors contrat ouvertes sans déclaration.

L'article L 442-2 porte sur les écoles qui ont été ouvertes avec déclaration ; ses paragraphes IV ET V sont rédigés comme suit :

« IV. – L'une des autorités de l'État mentionnées au I peut adresser au directeur ou au représentant légal d'un établissement une mise en demeure de mettre fin dans un délai qu'elle détermine et en l'informant des sanctions dont il serait l'objet en cas contraire :

« 1° Aux risques pour l'ordre public, la santé et la sécurité physique ou morale des mineurs que présentent les conditions de fonctionnement de l'établissement ;

« 2° Aux insuffisances de l'enseignement, lorsque celui-ci n'est pas conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, tel que celui-ci est défini par l'article L. 131-1-1, et ne permet pas aux élèves concernés l'acquisition progressive du socle commun défini à l'article L. 122-1-1 ;

« 3° Aux manquements aux obligations en matière de contrôle de l'obligation scolaire et d'assiduité des élèves ;

« 4° Aux manquements aux dispositions des articles L. 911-5 et L. 914-3 à L. 914-6 ou à la vacance de la fonction de directeur ;

« 5° Aux manquements aux obligations procédant de l'article L. 441-3 et du II du présent article.

« S'il n'a pas été remédié à ces manquements après l'expiration du délai fixé, le représentant de l'État dans le département peut prononcer, par arrêté motivé, la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ou des classes concernées. Il agit après avis de l'autorité compétente de l'État en matière d'éducation, pour les motifs tirés du 1°, et sur sa proposition, pour les motifs tirés des 2° à 5°. Il en informe le maire de la commune sur le territoire de laquelle est implanté l'établissement.

« V. – En cas de refus de se soumettre au contrôle des autorités compétentes ou d'obstacle au bon déroulement de celui-ci, le représentant de l'État dans le

département peut prononcer, après avis de l'autorité compétente de l'État en matière d'éducation, la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement sans mise en demeure préalable. Il en informe le maire de la commune sur le territoire de laquelle est implanté l'établissement ».

A cela s'ajoute la répression pénale qu'organise le législateur en aggravant les peines déjà existantes :

L'article L. 441-4 du code de l'éducation, tel qu'il est modifié par l'article 53 de la loi, érige en délit le fait d'ouvrir un établissement d'enseignement scolaire privé en dépit d'une opposition formulée par les autorités compétentes et le punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, alors que dans le texte actuellement en vigueur la peine contraventionnelle est de 3.750 euros d'amende.

Dans le même sens, l'article L. 914-5 du code de l'éducation, modifié par l'article 53 de la loi, érige aussi en délit puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende le fait de diriger un établissement privé d'enseignement scolaire en dépit d'une opposition formulée par les autorités compétentes, alors que dans le texte actuellement en vigueur, la peine est de 15.000 euros d'amende et la fermeture de l'établissement décidée par l'autorité judiciaire.

B. Le régime de fermeture administrative des établissements hors contrat porte une atteinte disproportionnée à la liberté constitutionnelle d'enseignement

16. Les dispositions nouvelles substituent au régime antérieur, qui donnait au juge judiciaire le pouvoir de prononcer la fermeture d'un établissement privé hors contrat, un régime de fermeture administrative décidée par le préfet.

Elles portent ainsi une atteinte disproportionnée à la liberté constitutionnelle d'enseignement.

Comme cela a été rappelé dans la première partie de la présente contribution (n° 5), la liberté d'enseignement est une liberté fondamentale ; elle est le fondement de l'existence d'établissements privés : le Conseil constitutionnel considère expressément que la liberté d'enseignement implique le droit de créer librement des établissements d'enseignement privés (Cons. const. 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, n° 99-414 DC, points 5 à 8). C'est donc l'existence même de l'enseignement privé qui est assurée par le principe de la liberté d'enseignement.

Même si l'exercice d'une liberté constitutionnelle comme la liberté d'enseignement et sa composante la liberté de créer un établissement d'enseignement privé peuvent donner lieu à certaines restrictions, c'est à une triple condition : elles doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (4 avril 2019, n° 2019-780 DC ; 29 janvier 2021 n° 879/879 QPC).

17. En lui-même, un régime de fermeture *administrative* n'est pas toujours inconstitutionnel. Le législateur peut apporter une telle restriction à une activité relevant d'une liberté constitutionnellement reconnue.

Cela a été le cas pour certaines associations alors que la liberté d'association résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, C.C 16 juillet 1971 n° 71-44 DC) : la dissolution administrative d'une association peut, dans des circonstances très particulières, être prononcée par décret en conseil des ministres (articles L. 212-1 et L. 212-2 du Code de la sécurité intérieure, et L. 332-18 du Code du sport). Les motifs de dissolution se rapportent à la destruction violente de l'ordre républicain ou de l'ordre social par les associations en cause ; le dispositif fait remonter la décision au plus haut niveau gouvernemental (décision du président de la République en conseil des ministres).

Par ailleurs, alors que la liberté de culte est une liberté fondamentale, comme le Conseil d'Etat l'a rappelé dans son ordonnance du 18 mai 2020 à l'égard des mesures prises dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (ord. n°440361-440511, n°440366 et suivants, n°440512, n°440519), un régime de fermeture administrative des lieux de culte a été institué par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, pour répondre à l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public. Mais ce régime comporte des garanties précises qui ont permis au Conseil constitutionnel d'admettre qu'il n'était pas contraire à la Constitution (29 mars 2018 n° 2017-695 QPC) : la décision de fermeture est temporaire et ne peut être renouvelée qu'en raison de circonstances nouvelles ; elle est suspendue jusqu'à la décision du juge du référé-liberté.

Si ces dispositions instituant un régime de fermeture administrative n'ont pas été déclarées contraires à la Constitution, c'est parce qu'elles sont proportionnées à l'objectif poursuivi.

Tel n'est pas le cas de celles qui portent sur la fermeture des écoles hors contrat dans la loi ici contestée.

18. Le nouvel article L 442-2 du code de l'éducation donne au préfet le pouvoir, après une mise en demeure restée sans effet, de prononcer la fermeture de l'établissement, d'une part, pour « risques pour l'ordre public, la santé et la sécurité physique ou morale des mineurs que présentent les conditions de fonctionnement de l'établissement », et, d'autre part, pour « insuffisances de l'enseignement, lorsque celui-ci n'est pas conforme à l'objet de l'instruction obligatoire ». La fermeture administrative poursuit donc deux objectifs : la protection de l'ordre public, la réalisation de l'instruction obligatoire.

La sauvegarde de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle, comme l'a plusieurs fois reconnu le Conseil constitutionnel (par ex. C.C. 27 juillet 1982 n° 82-141 DC ; en dernier lieu 29 janvier 2021 n° 879/879 QPC).

L'instruction est garantie à l'enfant et à l'adulte en vertu de l'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution de 1958. Cette garantie est précisée par le code de l'éducation. Selon l'article L 131-1, « *L'instruction est obligatoire pour chaque enfant dès l'âge de trois ans et jusqu'à l'âge de seize ans* ». L'article L 132-1 précise : « *L'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les*

familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix » - l'alternative relative aux établissements privés étant conforme à la liberté de créer un établissement d'enseignement privé, rappelée plus haut.

Or, au regard des objectifs poursuivis, le dispositif de fermeture établi par le nouvel article L 442-2 du code de l'éducation, n'est proportionné ni dans les motifs invocables ni dans les modalités applicables.

19. En premier lieu, les risques pour l'ordre public, la santé et la sécurité physique ou morale des mineurs que présentent les conditions de fonctionnement de l'établissement ne font l'objet d'aucune précision. L'hypothèse de risques est par définition aléatoire : il n'y a aucune certitude. La définition de l'ordre public peut s'entendre de différentes manières. La sécurité morale est une notion approximative. L'autorité administrative a tout loisir de piocher dans le motif qui lui convient.

Les motifs tirés des « insuffisances de l'enseignement, lorsque celui-ci n'est pas conforme à l'objet de l'instruction obligatoire » manquent également de précision : le projet de loi confortant le respect des principes de la République renvoie à « l'acquisition progressive du socle commun défini à l'article L. 122-1-1 » et aux obligations en matière de contrôle de l'obligation scolaire et d'assiduité des élèves ». Ces dispositions sont d'une généralité qui confère à l'autorité administrative une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la sanction prononcée. En particulier, le texte ne précise pas le degré d'insuffisance de l'enseignement, et pêche tout autant par imprécision en renvoyant au socle commun des connaissances.

Si, selon l'article L122-1-1 du code de l'éducation, « *la scolarité obligatoire doit garantir à chaque élève les moyens nécessaires à l'acquisition d'un socle commun de connaissances, de compétences et de culture, auquel contribue l'ensemble des enseignements dispensés au cours de la scolarité. Le socle doit permettre la poursuite d'études, la construction d'un avenir personnel et professionnel et préparer à l'exercice de la citoyenneté. Les éléments de ce socle commun et les modalités de son acquisition progressive sont fixés par décret, après avis du Conseil supérieur des programmes* », ce socle est par définition acquis progressivement par les élèves. L'appréciation de sa maîtrise dépend du niveau moyen des élèves, qui est fluctuant, de l'état d'avancement de leur apprentissage, qui est par nature contingent.

Les motifs de fermeture ouvrent donc à l'autorité administrative une faculté qui reste inconditionnée.

22. En second lieu, le dispositif ne comporte aucune garantie, telle par exemple que celles qu'on a relevées plus haut au sujet de la fermeture d'un édifice du culte.

Il n'est pas prévu de procédure contradictoire. Si la fermeture peut être temporaire, elle peut également être définitive. Il n'est pas prévu que la saisine du juge du référé-liberté est suspensive.

Plus particulièrement, la décision de fermeture appartient désormais à une autorité administrative, le préfet, alors qu'elle appartenait précédemment au juge

judiciaire : actuellement c'est au procureur de la République, informé des manquements d'un établissement d'enseignement privé à ses obligations, de saisir l'autorité judiciaire, qui seule peut ordonner la fermeture de l'établissement (v. par ex. art. R 442-1-1 du code de l'éducation). Désormais c'est au préfet qu'appartient la décision.

Ce changement n'est pas anodin : il transforme une procédure judiciaire en une procédure administrative. Certes, comme cela a été rappelé plus haut, il n'est pas interdit au législateur de modifier des dispositions existantes. Mais il doit le faire en assortissant de garanties légales les exigences constitutionnelles. Or, en substituant un régime purement administratif à un régime judiciaire, il prive de garanties légales l'exercice de la liberté d'enseignement par les établissements d'enseignement privés.

C. Les sanctions pénales dirigées contre les directeurs d'établissements privés hors contrat portent atteinte au principe de nécessité des peines attachées aux infractions

23. Le régime de fermeture administrative mis en œuvre par le nouvel article L 442-2 se double ainsi d'un régime répressif amplifié, les contraventions du régime actuel se transformant en délit, dans le but d'étayer par une répression accrue le nouveau dispositif de fermeture des écoles, qui, de plus, est lui-même aggravé.

Ainsi, l'exercice de la liberté fondamentale qu'est la liberté de l'enseignement conduit les titulaires de cette liberté, lorsqu'il n'est pas conforme aux nouvelles exigences législatives, à encourir une peine privative de liberté et à une amende d'un montant élevé et non plus à une simple amende.

L'aggravation des peines encourues se heurte aux exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon lequel « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Or, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, c'est à la condition qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, comme le rappelle constamment le Conseil constitutionnel (par ex. 22 octobre 2009 n° 2009-590 DC ; 26 novembre 2010 n° 2010- 66 QPC ; 7 avril 2017 n° 2017-625 QPC ; 6 septembre 2020 n° 2019-799/800 QPC). C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a plusieurs fois censuré des dispositions établissant des peines manifestement excessives (par exemple 30 décembre 1987, n° 87-237 DC ; (20 juillet 1993 n° 93-321 DC ; 11 juin 2010 n° 2010-6/7 QPC ; 4 décembre 2013 n° 2013-679 DC ; 29 décembre 2013 n° 2013-685 DC ; 22 juillet 2016 n° 2016-554 QPC ; 12 octobre 2018 n° 2018-739 QPC).

Tel est le cas en l'espèce : des peines d'amende de 15 000 euros et d'emprisonnement d'un an sont manifestement excessives pour des infractions qui sont d'ordre purement administratif, et qui se rapportent à des décisions de l'autorité administrative adoptées sans critères objectifs.

De plus, le principe de proportionnalité qui découle de l'article 8 de la

Déclaration de 1789 implique en tout état de cause que le législateur soit en mesure de justifier les motifs le conduisant à modifier l'échelle des peines existantes et à créer de nouveaux délits là où un régime contraventionnel s'appliquait.

24. En conséquence, l'article 53 de la loi confortant le respect des principes de la République doit être déclaré par le Conseil constitutionnel contraire à la Constitution, d'une part, en ce qu'il établit par le nouvel article L 442-2 du code de l'éducation un nouveau régime administratif de fermeture des établissements d'enseignement privés, en méconnaissance de la liberté d'enseignement, d'autre part, en ce qu'il établit, par les nouveaux articles L 441-4 et L 914-5 du même code, un régime de sanctions pénales d'amende et d'emprisonnement comportant une disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue.

Les soussignés demandent au Conseil constitutionnel de se prononcer en ce sens.

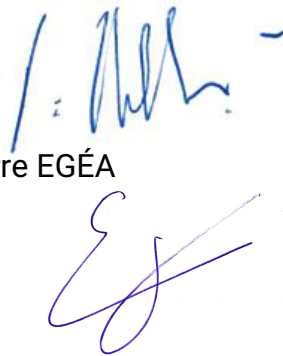
Le 26 juillet 2021

Pierre DELVOLVÉ

Xavier BIOY



Pierre EGÉA



Nicolas SILD

