

N°s

466623 - Ministre de l'éducation nationale c/ Mme H...

467550 - Ministre de l'éducation nationale c M. et Mme G...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 23 novembre 2022

Lecture du 13 décembre 2022

Conclusions

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

Par chacun des deux pourvois en cassation qui viennent d'être appelés, le ministre de l'éducation nationale vous demande d'annuler une ordonnance de référé qui a suspendu la décision rejetant une demande d'instruction en famille. Ces deux affaires, parfaitement distinctes, vous permettront de poser des premiers jalons pour l'interprétation du régime d'autorisation administrative de l'instruction en famille institué par l'article 49 de la loi du 24 août 2021 confortant les principes de la République.¹

Cette réforme est entrée en vigueur à compter de la rentrée 2022. Les décisions rejetant les demandes d'instruction en familles prises en vue de cette rentrée ont donné lieu à un abondant contentieux en référé-suspension puisque près de 250 ordonnances de référé ont été rendues pendant l'été.

Le premier dossier (466623) concerne une demande formée au titre de l'état de santé de l'enfant. M et Mme H... ont demandé l'autorisation d'instruire en famille leur fils, âgé de 11 ans, qui poursuivait une scolarité rendue difficile en raison de troubles neuro développementaux. Suivant l'avis défavorable du médecin de l'éducation nationale, l'inspecteur académique de Côte d'Or a rejeté la demande. Le 20 juillet, la commission de recours a confirmé le refus par une décision motivée qui, sans contester l'état de santé de l'enfant, estime que sa prise en charge est possible « *moyennant des aménagements* ».

Par une ordonnance du 28 juillet 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a suspendu cette décision au motif que les troubles du développement dont souffre l'enfant entravent sa scolarité et ce, malgré les aménagements déjà mis en place depuis plusieurs années. Le juge des référés ajoute que : « *Si le recteur fait valoir en défense qu'il n'est pas établi que l'état de santé [de l'enfant] ferait obstacle à sa scolarisation, les dispositions législatives et réglementaires précitées qui encadrent la délivrance d'autorisations d'instruction en famille ne prévoient nullement une telle condition* ».

C'est ce dernier motif que le ministre estime entaché d'erreur de droit.

¹ Voir nos conclusions présentées le même jour sous la décision du 13 décembre 2022, *M. D... et autres*, n° 462274, 463175, 463177, 463210, 463212, 463320, 466467, 468228, B.

Ainsi que nous l'avons exposé dans nos précédentes conclusions², pour la définition des trois premiers motifs de l'autorisation d'instruction en famille, la rédaction de l'article L. 131-5 du code de l'éducation issue de l'article 49 de la loi du 24 août 2021 est inspirée des motifs définis avant la réforme, par voie de circulaire³, pour préciser les cas dans lesquels l'enfant qui ne pouvait être scolarisé en établissement avait accès à la prise en charge en classe réglementée de l'enseignement à distance. Le ministre soutient que la réforme a repris dans ces trois premiers critères, la condition d'impossibilité qui prévalait avant la réforme. Il se prévaut, d'abord, de ce que telle était l'intention du Gouvernement lorsqu'il a présenté le projet de loi (l'étude d'impact en atteste), ensuite, de ce que la mission du CNED, définie par le 3° l'article L. 131-2 du code de l'éducation, est d'assurer l'instruction des enfants « *qui ne peuvent être scolarisés* » et, enfin, que c'est la raison pour laquelle l'article R. 426-2-1 du code de l'éducation précise désormais que l'autorisation d'instruction en famille pour l'un des trois premiers motifs vaut avis favorable du directeur académique pour la prise en charge en classe réglementée.

Certes, le Gouvernement pensait pouvoir conserver, pour les trois premiers motifs de l'instruction en famille, les critères illustrant l'impossibilité de la scolarisation qui ouvraient droit à l'accès aux classes réglementées du CNED. Toutefois, la loi du 24 août 2021 n'a pas été adoptée dans des termes qui confirment exactement cette ambition. D'abord, l'énumération des missions du CNED, à l'article L. 131-2 (d'ailleurs introduite par un « notamment » qui écarte le caractère limitatif de cette énumération), est sans incidence sur la portée de l'article L. 131-5 qui fixe les conditions de l'instruction en famille. Ensuite, et surtout, la condition d'impossibilité ne figure pas dans les motifs mentionnés par le 1° de l'article L. 131-5. Saisie d'une demande fondée sur le motif médical, l'administration doit examiner si ce motif justifie d'y faire droit, dans l'intérêt de l'enfant, ce qui implique de comparer les avantages et les inconvénients, pour l'enfant, de la scolarisation ou de l'instruction en famille. C'est bien sûr toujours le cas lorsque l'état de santé « fait obstacle » à la scolarisation, mais il ne s'agit pas du seul cas dans lequel l'autorisation doit être accordée.

Le cas d'espèce l'illustre bien : l'enfant était déjà scolarisé ; il n'y avait donc pas d'impossibilité de scolarisation. Toutefois, le dossier présenté par les époux H... était nourri d'éléments circonstanciés qui mettaient en lumière les difficultés que l'enfant rencontrait dans le cadre de sa scolarité malgré les aides qui avaient pu être mises en œuvre. L'administration ne pouvait donc se borner à affirmer que la mise en place de certaines mesures d'aide était de nature à rendre possible sa scolarisation.

L'ordonnance du juge des référés, qui juge que l'impossibilité de la scolarisation n'est « nullement » une condition de l'instruction en famille n'est certes pas exempte de critique mais il nous semble que, dans le cadre du contrôle plus distancié que vous exercez en cassation de référé, l'ordonnance n'encourt pas l'annulation (CE, Section, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne*, n°244727, A).

² *Ibid.*, p. 1.

³ Circulaire n° 2017-056 du 14-4-2017, Instruction dans la famille (MENESR - DGESCO B3-3 – INTÉRIEUR)

La seconde affaire 467550, sur la demande d'instruction en famille présentée par M. et Mme G..., a trait au quatrième motif prévu par l'article L. 131-5 : « *la situation propre à l'enfant motivant le projet pédagogique* ». C'est le motif qui nourrit le plus de contestation notamment parce qu'il existe un débat d'interprétation.

Pour ce quatrième motif, la lettre de l'article L. 131-5 mentionne trois conditions :

- 1° l'existence d'une situation propre à l'enfant ;
- 2° la présentation d'un projet pédagogique que cette situation motive et,
- 3° la vérification de la capacité d'instruire de la personne en charge de l'enfant.

Le trouble est venu de certaines interprétations données à la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 2021. Pour répondre au moyen tiré de l'incompétence négative du législateur sur la définition du quatrième motif, le Conseil constitutionnel juge que « *le législateur a entendu que l'autorité administrative s'assure que le projet d'instruction en famille comporte les éléments essentiels de l'enseignement et de la pédagogie adaptés aux capacités et au rythme d'apprentissage de l'enfant* »⁴.

Certains ont cru voir dans cette motivation une façon d'escamoter la condition de « *situation propre à l'enfant* » et, comme le pouvoir réglementaire a repris la formule du Conseil constitutionnel pour fixer la liste des pièces qui doivent être produites à l'appui d'une demande formée sur ce motif (1° de l'article R. 131-11-5), il a pu être soutenu que l'autorisation n'était plus soumise qu'à deux conditions : l'existence d'un projet pédagogique et la justification de la capacité à instruire. Les juges des référés des tribunaux administratifs qui ont statué au cours du mois d'août dernier se sont divisés sur cette question et les premières décisions qui viennent d'être rendues en excès de pouvoir par les tribunaux administratifs confirment ces divergences d'interprétation auxquelles il vous appartient de mettre fin.

Nous n'avons aucun doute qu'en précisant, dans sa décision, le contenu du projet pédagogique que l'administration doit contrôler, le Conseil constitutionnel n'a nullement supprimé l'autre condition touchant à la situation propre à l'enfant. Le texte est clair et son interprétation est confirmée par les travaux parlementaires. A l'Assemblée nationale, un amendement avait en effet été déposé pour distinguer, d'une part, un motif tiré de la situation propre à l'enfant et, d'autre part, un motif fondé sur l'existence d'un projet pédagogique. L'amendement a été rejeté après que la rapporteure du projet de loi a expliqué que : « *le projet éducatif n'est pas le motif : le motif, c'est l'enfant et ses besoins, pour lesquels les parents élaborent un projet éducatif* »⁵.

⁴ Décision n° 2021-823 du 13 août 2021, paragraphe 76.

⁵ JOAN, Vendredi 12 février 2021, p.1364.

Ni la décision du Conseil constitutionnel ni le décret n'ont par conséquent supprimé l'exigence d'une situation propre à l'enfant. Il appartient aux parents de présenter un projet pédagogique construit à partir de la situation propre de l'enfant, ses besoins, ses faiblesses, ses talents, son environnement social et familial... et qui justifie, car il est "le plus" dans l'intérêt de l'enfant, le choix d'une instruction à en famille.

S'agissant du contrôle que l'administration doit exercer lors de l'examen de la demande, la situation est quelque peu différente. Parfois, l'administration ne connaît pas l'enfant ; on peut espérer qu'en principe, elle le connaît moins bien que les parents et nous ne croyons pas que le législateur ait entendu conférer à l'administration de manière générale le pouvoir de substituer son appréciation à celle des parents sur l'existence d'une situation propre à l'enfant. Il est donc légitime que l'administration "entre dans le dossier" par la porte du projet pédagogique. Si vous nous avez suivi sur la portée méthodologique de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, vous pourrez juger que pour les autorisations fondées sur le motif de « *situation propre à l'enfant motivant le projet pédagogique* », l'administration exerce un contrôle de ce que le projet présenté est élaboré conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est-à-dire en fonction de ses besoins propres et dans son seul intérêt. Cela suppose, par conséquent, que le projet présente la situation particulière de l'enfant et démontre en quoi le projet éducatif y répond.

La présente affaire en constitue, là encore, une bonne illustration : M. et Mme G... ont demandé à l'inspecteur académique du Tarn l'autorisation d'instruire en famille leur fils âgé de 3 ans.

L'inspecteur d'académie a rejeté la demande au motif que le projet ne présentait pas la situation propre de l'enfant et que la circonstance que l'aînée de la fratrie bénéficie de l'instruction en famille de plein droit (en application des dispositions transitoires de l'article 49 de la loi du 14 août 2021) ne peut constituer un motif d'autorisation. La commission chargée d'examiner le recours a confirmé ce refus.

Pour estimer qu'il existe un doute sérieux sur la légalité de cette décision, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a constaté que les parents présentaient un projet pédagogique et que leur capacité d'instruire n'était pas en causes. Il en a déduit que « *les deux "seuls critères" sur lesquels les autorités administratives compétentes doivent fonder leur décision apparaissent donc satisfaits* ».

L'erreur de droit est ici double. La plus flagrante, celle que vous saisissez en cassation de référé pour annuler l'ordonnance, consiste à juger que le 4^{ème} motif d'autorisation est satisfait dès lors que seuls deux critères sont réunis. Mais, en amont, le juge commet une autre erreur qui lui est liée, en ce qu'il juge le projet pédagogique suffisant dès lors qu'il comprend les éléments essentiels de l'enseignement et de la pédagogie attendus « *pour un enfant de 3 ans* ». Il n'est en effet pas suffisant que le projet pédagogique soit abstraitement adapté à un enfant de la classe d'âge correspondante ; il incombe aux parents de démontrer que le projet pédagogique répond à la situation propre de leur enfant, telle qu'ils en justifient pour motiver le projet pédagogique.

En l'espèce, le projet pédagogique présenté à l'appui de la demande de M. et Mme G... est un projet standard qui n'expose nullement en quoi il répond à la situation particulière de l'enfant. Il ne comprend en particulier aucune référence à l'instabilité émotionnelle et psychique qui était invoquée à l'appui de la demande. Par conséquent, le moyen tiré de ce que la décision de la commission serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation n'est pas de nature à créer un doute sérieux quant à sa légalité. Les autres moyens de la requête en référé-suspension ne paraissent pas davantage de nature à faire douter de sa légalité.

PCMNC

Dans la première affaire, au rejet du pourvoi tendant à l'annulation de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Dijon du 28 juillet 2022 statuant à la demande de Mme H....

Dans la seconde, à l'annulation de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Toulouse du 26 août 2022 et au rejet des demandes formées par M. et Mme G. devant le tribunal administratif de Toulouse.