

Nos

462274 – M. D...

463175 – Association liberté éducation

463177 – Association liberté éducation

463210 – Association les enfants d’abord

463212 – Association les enfants d’abord

463320 – Mme B... et autres

466467 – Association les enfants d’abord

468228 – Fédération nationale de l’enseignement privé

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

I. - Présentation de la réforme

En soumettant l’instruction en famille à un régime d’autorisation administrative, la loi du 24 août 2021 confortant les principes de la République a opéré, par rapport à la législation jusque-là applicable, une « rupture » (pour reprendre l’avis public du Conseil d’Etat sur le projet de loi, §59) ou un « renversement d’approche » (pour reprendre le commentaire officiel de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 2021 sur cette loi, p. 18). Depuis la loi du 28 mars 1882 sur l’organisation de l’enseignement primaire (la loi « Jules Ferry » qui a instauré non pas l’école obligatoire, comme on le dit souvent, mais l’instruction obligatoire des enfants), le choix des parents de faire procéder à cette instruction à domicile ou en famille était soumis à un régime déclaratif auprès de l’autorité administrative. L’article L. 131-2 du code de l’éducation disposait, dans l’esprit de l’article 4 de la loi du 28 mars 1882 que : « *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* » et l’article L. 131-5 prévoyait, pour l’instruction en famille, une double déclaration en mairie et auprès de l’inspection académique.

Le principe de libre choix n’avait jusque-là jamais été remis en cause même si le législateur était intervenu à plusieurs reprises pour renforcer le contrôle exercé sur les conditions de l’instruction en famille, notamment en précisant les modalités de l’enquête administrative,¹ et

¹ Et vous avez eu à connaître de recours contre les décrets pris à cette occasion CE, 19 juillet 2017, *Association les enfants d’abord et autres*, n°406150, 406426

, 406446, C ; CE, 2 avril 2021, *Association les enfants d’abord c\ Premier Ministre*, n°435002, C

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

que la loi 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire avait affirmé le caractère « prioritaire » de l'instruction en établissement.

L'article 49 de la loi du 24 août 2021 a donné une nouvelle rédaction de l'article L. 131-2 du code de l'éducation qui prévoit désormais que « l'*instruction obligatoire est donnée dans les établissements ou écoles publics ou privés. Elle peut également, par dérogation, être dispensée dans la famille [...] sur autorisation délivrée dans les conditions fixées à l'article L. 131-5.* » Cet article L. 131-5 énonce désormais les motifs pour lesquels l'autorisation en famille est accordée.

Les trois premiers motifs s'inspirent de ceux, jusque-là définis par voie de circulaire, pour l'inscription et la prise en charge en classe réglementée par le Centre national d'enseignement à distance (le CNED).² Il s'agit, **1°** de l'état de santé ou du handicap de l'enfant, **2°** de sa pratique d'activités sportives ou artistiques intensives, **3°** de l'itinérance de la famille en France ou de l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public.

Le quatrième motif est d'une nature différente puisqu'il vise : « *L'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif* » sous réserve de la justification de la capacité à instruire l'enfant.

Enfin, un cinquième motif, distinct, a été prévu pour permettre de déscolariser un enfant pour le protéger de faits de violences ou de harcèlement à l'école.

Pour l'application de l'article L. 131-5, deux décrets ont été pris le 15 février 2022. Le premier introduit dans le code de l'éducation des articles en R. pour organiser les modalités de délivrance de l'autorisation (décret n° 2022-182). Le second y introduit des articles en D. pour organiser le recours administratif contre les décisions de refus d'autorisation (décret n° 2022-183).

II. - Présentation des requêtes

Quatre requêtes vous demandent l'annulation du premier décret. Deux sont présentées par des particuliers qui instruisent ou envisagent d'instruire leurs enfants en famille (M. D...³ d'une part et Mme B... et quatre autre requérants⁴ d'autre part). Les deux autres requêtes sont présentées par les associations « Liberté éducation »⁵ et « Les enfants d'abord »⁶ dont l'objet est de promouvoir et d'accompagner l'instruction en famille. Vous êtes également saisis par

² Circulaire n° 2017-056 du 14-4-2017, Instruction dans la famille (MENESR - DGESCO B3-3 – INTÉRIEUR)

³ 462274

⁴ 463320

⁵ 463175

⁶ 463210

la Fédération nationale de l'enseignement privé (FNAP) d'un recours dirigé contre la décision implicite par laquelle la Première ministre a refusé d'abroger ce décret⁷.

Les deux associations⁸ ainsi que Mme B... et autres⁹ vous ont également saisi de recours tendant à l'annulation du second décret sur le recours administratif préalable obligatoire (RAPO).

Le 16 mai dernier, le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de l'article D. 131-11-1 du code de l'éducation (issu de ce second décret) qui fixait à huit jours le délai de recours devant la commission compétente pour examiner les RAPO¹⁰. Il a rejeté le surplus des conclusions tendant à la suspension en référé des deux décrets. À la suite de cette ordonnance de référé, le Gouvernement a pris un nouveau décret, le 2 juin, pour porter le délai de recours administratif de huit à quinze jours. L'association Les enfants d'abord¹¹ vous a également saisi d'un recours direct tendant à l'annulation de ce troisième décret.

Précisons enfin qu'une troisième association « Union nationale pour l'instruction et l'épanouissement » vous avait saisi d'un recours contre le premier décret mais, après l'ordonnance du juge des référés du 16 mai dernier, sa requête a fait l'objet d'un désistement d'office en application de l'article R. 612-5-2 du code de justice administrative. Cette association a toutefois présenté un mémoire en intervention aux soutiens des conclusions de la requête de l'association Liberté éducation dirigée contre le premier décret, ce que vous admettez (CE, 12 avril 2022, *Association vivre l'Île*, n°451778, aux T sur ce point).

Vous pourrez également admettre l'intervention de l'association « Liberté éducation » au soutien des conclusions de la requête de Mme B... et autres.

La recevabilité de ces requêtes ne soulève pas de difficulté à l'exception de celle de la FNEP à laquelle le ministre oppose en défense une fin de non-recevoir tirée de ce que cette fédération entend en réalité agir pour le compte d'un de ses adhérents : la chambre syndicale nationale de l'enseignement à distance (CHANED). La fin de non-recevoir nous paraît fondée¹² mais vous n'aurez pas à le juger si vous rejetez la requête.

Ces conclusions sont étroitement liées et vous pourrez les joindre pour statuer par une même décision.

⁷ 468228

⁸ 463177 et 463212

⁹ 463320

¹⁰ CE, 16 mai 2022, ASSOCIATION UNIE et autres, n°463123, 463224, 463324, C.

¹¹ 466467

¹² CE, Section, 9 juin 1995, *Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment et Syndicat des artisans et des petites entreprises de la Vendée*, n° 106732, 106733, 106734, 106735, 106736, A qui juge qu'une fédération nationale de syndicats ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour attaquer une décision administrative qui n'est susceptible d'intéresser qu'un des syndicats qu'elle regroupe

III. – Questions de fondamentalité

Avant de commencer l'examen des nombreux moyens invoqués par les requérants, il convient de rappeler que les dispositions de l'article 49 de la loi du 24 août 2021 ont été déférées au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Sa décision du 13 août 2021¹³ juge d'abord que l'instruction en famille constitue une modalité de mise en œuvre de l'instruction obligatoire mais non une composante du principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) de la liberté d'enseignement. Le Conseil constitutionnel a, ce faisant, mis fin à un débat sur la portée de ce principe fondamental, débat auquel votre Section du contentieux avait pris part¹⁴. Cette décision écarte également les moyens tirés de l'atteinte à la liberté de conscience ou d'opinion des personnes qui présentent un projet d'instruction en famille ainsi, que, de façon plus cursive, le grief tiré de l'atteinte à la vie privée.

La motivation du Conseil constitutionnel pour écarter le grief d'incompétence négative dirigé contre la formulation du 4^{ème} motif d'autorisation d'instruction en famille (la situation propre à l'enfant motivant le projet pédagogique) comprend des développements plus importants. Le paragraphe 76 de la décision formule deux précisions d'interprétation de l'article L. 131-5 et assortit la déclaration de conformité à la Constitution d'une réserve d'interprétation. Nous vous proposons de les analyser lorsque nous vous présenterons les moyens en lien avec cette question.

La question de la constitutionnalité ayant été jugée le 13 août 2021, les requérants formulent devant vous plusieurs moyens d'inconventionnalité qu'ils dirigent tant contre le principe de la réforme que contre ses modalités d'application. Ils se fondent sur des textes internationaux qui ne sont pas tous invocables de sorte qu'un tri s'impose.

A. – Ainsi, l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne peut utilement être invoqué car cette déclaration ne constitue ni un accord ni un traité international (Assemblée, 23 novembre 1984, *R... et autres*, n°60106, CE, 16 octobre 1992, *B...*, n° 85957, A - p. 371). Le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels constitue bien un traité mais vous jugez que celles de ses stipulations qui fixent des obligations à la charge des seuls Etats n'ont pas d'effet direct (pour l'article 12 : CE, 26 septembre 2005, *Association Collectif contre l'handiphobie*, n° 248357, A ; CE, pour les articles 2, 9 et 10 : Assemblée, 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, n° 194658, 196116, A). Enfin, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne peut utilement être invoquée que si les dispositions contestées mettent en œuvre le droit de l'Union (CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n° 341533, aux T sur ce point).

B. – L'invocation des dispositions de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est en revanche opérante. Cet article garantit le droit à l'instruction et précise que les Etats doivent respecter : « *le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions*

¹³ Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*

¹⁴ CE, 19 juillet 2017, *Association les enfants d'abord et autres*, n° 406150, 406426, 406446, C.

religieuses et philosophiques ». Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas déduit de ces stipulations un droit à l'instruction en famille qui s'opposerait à l'obligation scolaire. Prenant en compte la grande hétérogénéité des législations des États membres du Conseil de l'Europe, la Cour a estimé que cette question relevait de la marge d'appréciation des États (CEDH, 11 septembre 2006, *Konrad c. Allemagne*, 35504/03 et 10 janvier 2019, *Wunderlich C Allemagne*, 18925/19). Quant à l'obligation faite aux États de respecter les choix des parents dans à l'éducation religieuse de leurs enfants, elle n'est pas d'avantage incompatible avec l'obligation scolaire - même si elle impose aux États certaines obligations dans l'organisation de la scolarité afin de ne pas contrarier cette liberté (CEDH, 7 décembre 1976, *Kjelsen, Busk et Pederson c. Danemark*, n° 5095/71).

S'agissant de la Convention EDH, il faut encore écarter l'argumentation, invoquée devant vous, selon laquelle son article 53 imposerait une sorte d'effet cliquet ou de « clause de *stand still* » interdisant aux États membres de revenir sur des libertés déjà consacrées. L'article 53 de la Convention n'a nullement cet effet : il vise seulement à préserver le droit (et non l'obligation) pour les États de conserver un niveau de protection des libertés plus élevé que celui requis par les stipulations de la Convention.

C. – Les requérants invoquent enfin les stipulations du premier paragraphe de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 (la CIDE) qui prévoient que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants... l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Vous jugez que ce principe est directement invocable (CE, 22 septembre 1997, *Mlle C...*, n° 161364, A et T sur ce point). Précisons que la Cour EDH interprète les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne, sur le droit à la vie familiale, à la lumière de l'article 3§1 de la CIDE, qui se trouve ainsi intégré à ses normes de contrôle¹⁵.

IV – La question de l'intérêt supérieur de l'enfant

Le caractère directement invocable de l'intérêt supérieur de l'enfant n'épuise pas le débat sur la portée juridique de ce principe et nous pensons utile de faire ici quelques développements. Vous connaissez les critiques anciennes et récurrentes qui soulignent le caractère imprécis, éminemment subjectif ou encore fuyant de cette notion ; une « formule magique » selon un commentaire célèbre du Doyen Carbonnier¹⁶. Il est vrai que le choix fait il y a longtemps¹⁷ de désigner par la formule « *intérêt supérieur de l'enfant* » une notion qui, en anglais, se dit « *best interest of the child* » a certes permis de rehausser l'importance éminente de ce principe mais a quelque peu contribué à brouiller sa signification juridique précise.

Cette notion déploie ses effets juridiques dans deux dimensions distinctes même si elles sont liées. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue d'abord d'un principe fondamental de droit substantiel ou matériel qui accorde à la personne de l'enfant une valeur particulière en raison

¹⁵ CEDH, arrêt du 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 120

¹⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, 21^{ème} éd., Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, p. 85

¹⁷ En 1959, dès la Déclaration des droits de l'enfant.

notamment de sa fragilité et de sa dépendance. Vous connaissez bien cette dimension matérielle de l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il s'agisse de son application *in concreto*, notamment dans le contrôle des refus de visas (CE, 27 mai 2005, *Mme M...*, n° 280612, B¹⁸) mais aussi dans le contrôle *in abstracto*, notamment des textes réglementaires (CE, 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, n°285576, A¹⁹). La Cour de cassation en fait application également, notamment en matière d'état des personnes (pour la transcription à l'état civil des actes de naissance des enfants nés de conventions de GPA à l'étranger : Cass. Ass. plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053).

Toutefois, ce n'est pas à cette conception « matérielle » de l'intérêt de l'enfant que le législateur a fait référence lorsqu'il a prévu, à l'article L. 131-5, que l'autorisation d'instruction en famille est accordée pour l'un des motifs qu'elle mentionne « *sans que puisse être invoquée d'autre raison que l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Si tel était le cas, vous pourriez d'ailleurs rester dubitatif devant un texte qui soumet l'autorisation de l'instruction en famille à quatre « motifs » et une unique « raison ». Vous pourriez surtout craindre qu'au nom de conceptions inconciliables de l'intérêt de l'enfant, des prises de position générales sur l'intérêt ou les dangers de l'instruction famille qui ont légitimement nourri les débats lors de l'adoption de la loi, ne viennent parasiter, voire paralyser, les conditions de son application.

L'intérêt supérieur de l'enfant n'est en effet pas seulement un principe de droit matériel, c'est aussi une méthode de raisonnement. Pour le comprendre, il faut revenir à l'acception anglo-saxonne de la notion du « *best interest* ». Lorsqu'une décision relative à une personne doit répondre au critère du meilleur intérêt (*best interest test*)²⁰ et que plusieurs options sont ouvertes (en l'espèce, le choix entre la scolarisation ou instruction en famille), il convient, après avoir comparé les avantages et les inconvénients de ces solutions, pour la personne concernée (en l'occurrence l'enfant), de retenir le choix qui est « le plus » dans son intérêt. Le caractère « primordial » de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant impose, quant à lui, que la décision soit prise en considération des seuls éléments intéressant l'enfant ou, à tout le moins, que la prise en compte de l'intérêt des autres parties prenantes à la décision (notamment les parents) n'intervienne qu'à titre secondaire.

C'est cette seconde dimension de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant qu'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle approuve une cour d'appel qui a fait prévaloir l'intérêt de l'enfant sur celui des adultes dans le choix de la résidence habituelle (Civ. 1^{ère}, 24 juin 2020, n° 19-15198, Bull.) où lorsqu'elle rappelle que les dispositions sur le délaissement parental doivent être appliquées selon ce que commande l'intérêt de l'enfant (Cour de cassation, avis, 19 juin 2010, 19-70607, Bull.).

¹⁸ Qui juge, en matière de Kafala, que « *l'intérêt de l'enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui a reçu du juge la délégation de l'autorité parentale* ».

¹⁹ Qui juge que les stipulations de l'article 3-1 « *interdisent que les enfants ainsi définis connaissent des restrictions dans l'accès aux soins nécessaires à leur santé* ».

²⁰ Pour l'application du « *best interest test* » à d'autres situations : voir au Royaume-Uni, l'article 1, 5) du Mental capacity act de 2005 : « *An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests* » ; voir directive n° 2019-1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes ou la notion « *best-interests-of-creditors test* » est traduite en Français par « *critère du meilleur intérêt du créancier* » (§ 50 et 52) et transposée notamment au 4^e de l'article L. 626-31 du code de commerce.

Pour le contrôle de la légalité, cette acception de l'intérêt supérieur de l'enfant vous conduira donc à examiner si les dispositions du décret attaqué sont, par elles-mêmes, de nature à faire obstacle à ce que les décisions individuelles en matière d'instruction en famille soient prises dans l'intérêt de l'enfant. Ce contrôle se rapprochera de celui que vous avez exercé lorsque vous avez examiné si l'absence de règle particulière en matière de discipline des mineurs détenus était conforme à ce principe (CE, 30 juillet 2003, *OIP*, n°253973, B).

En outre, comme deux autres affaires inscrites au rôle de votre séance de ce jour permettront de l'illustrer²¹, cette méthode de raisonnement guidera également l'administration et le juge pour l'interprétation et l'application de ces dispositions, à l'instar de ce que vous avez jugé lorsque vous avez précisé comment le juge doit examiner la légalité d'une décision d'expulsion d'occupants sans droit ni titre d'une dépendance du domaine public susceptible de concerner des enfants (CE, 28 juillet 2017, *Ministre de l'intérieur c/ Mme P-J...*, n° 395911, T).

Enfin, retenir la notion d'intérêt supérieur de l'enfant comme une méthode de raisonnement pour l'examen des demandes d'instruction en famille permettra de contribuer à répondre à la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 2021 selon laquelle il appartient tant au pouvoir réglementaire qu'à l'administration de veiller à ce que l'application des critères définis par la loi permette, sous le contrôle du juge, d'exclure « *toute discrimination de quelque nature que ce soit* » (§76). La première année d'application de la réforme a révélé l'hétérogénéité des pratiques de l'administration sur le territoire national, ce que les requêtes dénoncent non sans raison. En définissant la méthode d'examen par l'administration, des demandes d'autorisation d'instruire en famille, vous contribuerez à apporter de l'harmonisation et de la cohérence²².

V. - Les conclusions tendant à l'annulation du décret 2022-182 et du refus d'abroger ce décret

Nous pouvons passer à l'examen des moyens de légalité dirigés contre les dispositions du décret n° 2022-182 qui organise les modalités de délivrance de l'autorisation d'instruction en famille. Ces moyens sont nombreux et nous allons les regrouper et les analyser par ordre croissant de difficulté.

A.– Vous pourrez écarter aisément les moyens dirigés contre des dispositions qui reprennent des dispositions législatives ou qui veillent à en assurer le respect.

Il en va ainsi des moyens dirigés contre les dispositions du 4° de l'article R. 131-11-5 qui imposent de produire, à l'appui de la demande, une déclaration sur l'honneur que l'instruction sera majoritairement assurée en langue française. Une telle exigence est en effet prévue par le 4° de l'article L. 131-5. De même, on ne peut reprocher à l'article R. 426-2-1 d'inclure

²¹ Voir nos conclusions prononcées le même jour sous les décisions du 13 décembre 2022, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. et Mme H...*, 466623, B et *Ministre de l'éducation nationale c/ M. et Mme G...*, 467550, B.

²² Lors de son audition devant la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale le 2 août 2022, le ministre de l'éducation nationale a reconnu des écarts « très forts entre les académies ».

l'enseignement à distance dans l'instruction en famille alors que c'est ce que prévoit l'article L. 131-10 depuis 2007.

Les moyens dirigés contre les dispositions de l'article R. 131-11-2, relatives à l'examen des demandes fondées sur l'état de santé ou le handicap de l'enfant, ne peuvent également qu'être écartés. On ne peut reprocher au décret de n'avoir pas confié à la maison départementale des personnes handicapées le soin de statuer sur la demande formée au titre du handicap car l'article L. 131-5 du code de l'éducation confie expressément ce pouvoir à l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation.

Enfin, s'agissant de la demande fondée sur l'état de santé de l'enfant, l'article a prévu que le certificat médical est transmis sous pli fermé au médecin de l'éducation nationale qui rend un avis au directeur académique. Ces dispositions permettent de garantir le respect du secret médical dans le cadre de cette procédure administrative.

B.— Pour nombre d'autres dispositions attaquées, le pouvoir réglementaire nous paraît avoir exercé sa compétence sans méconnaître aucune règle ou aucun principe de valeur supérieure.

Il en va ainsi des dispositions de l'article R. 131-11-1 qui fixent la liste des pièces à produire pour toute demande. Les notions de « justificatif d'identité » et de « justificatif de domicile » ne sont ni incompréhensibles, ni insuffisamment précises, ni inapplicables même pour les personnes sans domicile qui peuvent toujours élire domicile selon les modalités prévues aux articles L. 264-1 et D. 264-1 du CASF. L'exigence de tels justificatifs, qui était d'ailleurs prévue pour la déclaration d'instruction en famille avant la réforme²³, n'a rien de disproportionnée.

* L'article R. 131-11-5, qui fixe la liste des pièces à produire lorsque la demande est fondée sur l'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif, concentre les critiques des requêtes.

Les requérants critiquent d'abord l'obligation faite au pétitionnaire, d'une part, de justifier par tout moyen de la disponibilité de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant et, d'autre part, de justifier qu'il est titulaire du baccalauréat ou d'un diplôme équivalent.

Le 4° de l'article L. 131-5 prévoit que la demande fondée sur ce motif doit justifier de la « *capacité à assurer l'instruction en famille* ». En interprétant la notion de « capacité » comme recouvrant à la fois la disponibilité et un minimum de niveau académique, le pouvoir réglementaire ne nous paraît pas avoir excédé la compétence que le législateur lui a confiée pour mettre en œuvre ces dispositions.

Plus sérieux est le moyen tiré de ce que l'exigence uniforme d'un diplôme du baccalauréat ou équivalent serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation. C'est en effet le contrôle que vous exercez sur la détermination du niveau de diplôme pour l'accès à une profession ou une activité (CE, 4 octobre 1968, T..., n° 72570, T).

²³ Circulaire précitée du 14 avril 2017.

S'il s'agissait d'imposer le diplôme du bac pour avoir le droit de s'occuper d'un enfant de 3 à 6 ans, nous n'aurions pas d'hésitation à vous proposer de juger que le moyen d'erreur manifeste d'appréciation est fondé. Toutefois, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision du 13 août 2021, ces dispositions ont pour objet de garantir que la personne chargée d'instruire : « *est en mesure de permettre à l'enfant d'acquérir le socle commun de connaissances, de compétences et de culture défini à l'article L. 122-1-1 du code de l'éducation au regard des objectifs de connaissances et de compétences attendues à la fin de chaque cycle d'enseignement de la scolarité obligatoire* » (§ 76). Même dès les premiers cycles de l'instruction, il ne nous semble pas extravagant d'imposer un tel niveau de diplôme pour des personnes dont il est attendu qu'elles soient en mesure de prendre connaissance et de mettre en application les exigences correspondant à ce socle commun de connaissances.

Les requérants invoquent encore la méconnaissance du principe d'égalité, du fait que l'exigence du bac ne s'applique qu'à la demande présentée sur le fondement du 4° de l'article L. 131-5. Toutefois, les autorisations accordées sur ce motif n'ouvrent pas droit à l'accès aux classes réglementées du CNED (à la différence des autorisations délivrées sur le fondement des trois premiers motifs). La différence de traitement paraît donc fondée sur une différence de situation.

Nous vous proposons donc de juger que les moyens dirigés contre cette exigence ne sont pas fondés.

* Enfin, le 14^{ème} alinéa de l'article L. 131-5 a prévu un dispositif de protection contre le harcèlement scolaire qui permet la déscolarisation de l'enfant et son instruction en famille en cas de menace pour son intégrité physique ou morale. Il précise en particulier que l'enfant peut être retiré « *après concertation avec le directeur de l'établissement d'enseignement* » et donc sans attendre l'autorisation. Le décret attaqué prévoit, à l'article R. 131-11-7, qu'à l'issue de la concertation, le directeur de l'établissement remet aux parents un avis circonstancié sur le projet de scolarisation en famille qui doit être joint à la demande. Ce faisant, le pouvoir réglementaire a complété la procédure définie par la loi, sans la méconnaître. Les requérants nous semblent d'autant moins fondés à critiquer l'instauration d'un tel avis qu'il constitue pour les parents, une garantie de transparence.

C.– Les moyens les plus sérieux sont dirigés contre les contraintes de délai et de calendrier que le décret fait peser sur la présentation de la demande d'autorisation d'instruction en famille.

* L'essentiel des moyens formulés par les requérants est dirigé contre les dispositions de l'article R. 131-11 qui prévoit que la demande doit être adressée à l'inspecteur d'académie-DASEN entre le 1^{er} mars et le 31 mai précédent l'année scolaire au titre de laquelle cette demande est formulée et qui n'autorisent la présentation d'une demande, en dehors de cette période, que pour les demandes fondées sur l'état de santé, le handicap ou l'éloignement géographique. D'autres moyens sont dirigés contre les dispositions de l'article R. 131-11-3, relatives à la présentation d'une demande fondée sur une pratique sportive ou artistique intensive, lesquelles font obligation de joindre à la demande une attestation d'inscription dans

un organisme sportif ou artistique et un calendrier prévisible justifiant de l'incompatibilité avec une fréquentation assidue de l'établissement scolaire.

Ces moyens critiquent l'inadaptation de ces contraintes compte tenu du fait que le début d'une carrière sportive ou artistique, de même que l'itinérance d'une famille, peuvent survenir après le 31 mai précédant la rentrée scolaire.

Il est vrai que le décret n'organise les modalités de délivrance de l'autorisation d'instruction en famille qu'en tant que celle-ci est demandée « au titre de l'année scolaire » (comme le précise l'article R. 131-11) et, par conséquent, en lieu et place d'une inscription à l'école. Aucune disposition du décret ne permet d'obtenir, sur le fondement des quatre motifs principaux, une autorisation aux fins de « descolarisation » d'un enfant déjà inscrit.

Si on peut comprendre que le 4^{ème} motif d'instruction en famille, celui relatif à la situation propre de l'enfant motivant le projet éducatif, soit enfermé dans la temporalité de l'année scolaire, en raison de sa nature pédagogique, il n'en va pas de même des trois premiers. Il nous semble que la demande d'autorisation d'instruction en famille devrait pouvoir être présentée non seulement lorsqu'elle porte sur toute l'année scolaire, en lieu et place d'une inscription dans un établissement scolaire (ce que le décret a fait) mais aussi pour les demandes qui tendent à interrompre une scolarisation et qui sont fondée sur l'un des trois premiers motifs mentionnés à l'article L. 131-5.

Dans la mesure où le décret ne prévoit pas expressément une interdiction sur ce point, il est toujours loisible à l'autorité administrative d'examiner, à titre gracieux, une demande formulée hors délai pour des motifs légitimes et exceptionnels²⁴ et le ministre pourrait, sur ce point, adopter des lignes directrices pour assurer la cohérence de l'action administrative dans la ligne de votre jurisprudence *C O...*²⁵.

On peut certes avoir un doute sur le point de savoir si une telle faculté d'autorisation gracieuse et exceptionnelle est suffisante au regard des dispositions de l'article L. 131-5. Mais si vous estimiez illégale l'absence de dispositions réglementaires permettant expressément que l'instruction en famille soit accordée en cours d'année, une telle illégalité serait sans incidence sur la légalité des dispositions que le ministre a prises pour organiser les modalités de délivrance de l'autorisation au titre de l'année scolaire²⁶.

Prises en ce qu'elles traitent de l'autorisation au titre de l'année scolaire, les dispositions du décret attaqué qui fixent le calendrier des demandes sont cohérentes avec le calendrier d'inscription dans un établissement scolaire et avec l'intérêt de permettre aux parents qui présentent une demande d'instruction en famille d'être fixés sur leur sort avant la rentrée. Elles ne peuvent donc être critiquées pour ce motif.

²⁴ Section de l'intérieur, avis du 22 août 1996 359622, public

²⁵ CE, Section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ C O...*, n°383267, 383268, A - Rec. p. 17

²⁶ CE, 27 octobre 2008, *Fédération départementale des associations agréées de la pêche et des protections du milieu aquatique de l'Orne*, n°307546, A - Rec. p. 364 ; CE, 12 février 1993, *Syndicat CFDT des personnels des ministères chargés de l'Industrie, de la Recherche, de l'Energie, du Commerce et de l'Artisanat*, T

VI. - Les conclusions tendant à l'annulation du décret 2022-183 et du décret 2022-849 du 2 juin 2022

Le second décret attaqué (n° 2022-183) est relatif à la commission chargée d'examiner le RAPO contre les refus d'autorisation d'instruction en famille. Il fixe le délai de recours et la composition de la commission. Il est critiqué sur ces deux points.

* S'agissant du délai de huit jour pour former le RAPO, les requérants reprennent les moyens par lesquels ils ont convaincu le juge des référés du Conseil d'Etat de suspendre les dispositions de l'article D. 131-11-10. Précisons que le remplacement du délai de 8 jours par un délai de 15 jours par le décret du 2 juin 2022 ne conduit pas à un non-lieu dès lors qu'il n'est pas allégué qu'avant sa suspension prononcée le 16 mai, cet article n'avait produit aucun effet.

Nous pensons que le moyen tiré de l'atteinte au droit à recours est fondé. Le RAPO est certes un recours administratif mais son exercice conditionne le droit de saisir la juridiction de sorte que les contraintes qui en résultent doivent respecter les exigences de l'article 6§1 de la Convention EDH (CE, 29 décembre 1999, *L...*, n°210147, A ; CE, 26 février 2003, *D...*, n°237297, B). Il ne s'agit pas de faire ici une théorie générale pour fixer abstraitement une durée minimale de RAPO et le ministre fait valoir en défense qu'il existe d'autres hypothèses dans lesquelles un RAPO est enfermé dans un délai aussi court. L'atteinte au droit à recours qui résulte d'un délai de procédure s'apprécie au cas par cas, au regard de sa durée, du public concerné et de la nécessité d'imposer un tel délai. En l'espèce, c'est essentiellement l'absence de justification d'une telle brièveté qui nous convainc que le délai de huit jours est excessivement bref et de nature à apporter une restriction non justifiée au droit à un recours effectif. Le délai de 15 jours prévu par le décret du 2 juin ne nous paraît pas exposé à la même critique car l'intérêt de voir aboutir les procédures de contestation avant la rentrée scolaire impose, d'abord dans l'intérêt des familles, une certaine diligence.

* Enfin, la critique de la composition de la commission chargée d'examiner le RAPO ne nous paraît pas fondée. La commission est présidée par le recteur d'académie et composée de membres de l'administration. D'une part, les requérants ne peuvent invoquer les dispositions des articles L. 111-3 et L. 111-4 du code de l'éducation, qui intègrent les parents d'élèves dans la communauté éducative des établissements scolaires, pour reprocher au décret de ne pas en désigner dans la commission administrative qui statue sur les RAPO en matière d'instruction à domicile. D'autre part, pour une autorité chargée de statuer sur un recours administratif, vous ne pourrez également suivre le moyen tiré de ce que les membres de l'administration seraient structurellement incapables de se prononcer de manière impartiale.

PCMNC

- Rejet des requêtes tendant à l'annulation du décret n° 2022-182 du 15 février 2022 ;
- Rejet de la requête tendant à l'annulation de la décision de la Première ministre refusant d'abroger ou de modifier ce même décret ;

- Annulation de l'article D. 131-11-10 du code de l'éducation dans sa rédaction résultant du décret n° 2022-183 du 15 février 2022 ;
- Rejet du surplus des conclusions tendant à l'annulation de ce décret ;
- Rejet de la requête tendant à l'annulation du décret n° 2022-849 du 2 juin 2022.