

N° 476988

Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse

c. M et Mme B...

N° 487634

M et Mme C...

c. Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 12 janvier 2024

Lecture du 6 février 2024

Conclusions

M. Jean-François de Montgolfier, rapporteur public

La loi du 24 août 2021 renforçant les principes de la République a réformé le régime de l'instruction en famille des enfants en âge scolaire. Son article 49 a notamment donné une nouvelle rédaction des articles L. 131-2 et 5 du code de l'éducation, le premier pour conférer à l'instruction dans la famille un caractère dérogatoire par rapport au principe que constitue l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire, le second pour soumettre l'instruction en famille à un régime d'autorisation (et non plus de déclaration). Le IV de cet article 49 a prévu son entrée en vigueur à la rentrée scolaire 2022 mais il a aussi organisé un régime transitoire au bénéfice des enfants régulièrement instruits dans la famille au cours de l'année scolaire précédente, en leur accordant l'autorisation de plein droit pour les deux années scolaires suivantes (donc jusqu'en juin 2024) à la condition que les résultats du contrôle pédagogique aient été jugés suffisants.

Ces dispositions transitoires n'ont ainsi pas soustrait les familles qui en bénéficient au régime de contrôle des conditions d'instruction en famille organisé par l'article L. 131-10 du code de l'éducation, lequel n'a d'ailleurs pas été substantiellement modifié par la loi du 24 août 2021. Pour avoir à deux reprises examiné ses décrets d'application¹, vous connaissez bien ce dispositif qui organise deux contrôles de nature différente : le premier, généralement qualifié de « contrôle administratif » est confié au maire². Le second a une finalité pédagogique. Il est mis en œuvre au moins une fois par an par les services de l'Etat et tend à contrôler, notamment la qualité pédagogique de l'instruction délivrée dans la famille. Lors que les résultats de ce contrôle sont jugés insuffisants, les personnes responsables de l'enfant sont

¹ 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*, n°435002, C.

² Il tend à vérifier la réalité des motifs avancés pour obtenir l'autorisation d'instruction en famille des enfants et s'il leur est donné une instruction dans la mesure compatible avec leur état de santé et les conditions de vie de la famille.

informées des carences auxquelles il convient de remédier et il leur est annoncé le délai à l'issu duquel un second contrôle sera réalisé.

Si ce second contrôle conclut à nouveau à l'insuffisance pédagogique de l'instruction délivrée, l'autorité de l'Etat compétente met en demeure les personnes responsables de l'enfant de l'inscrire, sous quinzaine, dans un établissement d'enseignement scolaire public ou privé.

Les deux affaires qui viennent d'être appelées vous conduiront à vous prononcer sur plusieurs questions touchant au régime juridique de cette mise en demeure et aux conditions dans lesquelles elle peut être contestée devant la juridiction administrative. Sans revêtir un caractère massif, ce contentieux est relativement abondant. Ainsi, chaque année, les tribunaux administratifs rendent une vingtaine de jugements ou d'ordonnances de référé relatifs à la contestation de ces mises en demeure.

Les affaires appelées concernent deux familles pour lesquelles des autorisations de poursuivre l'instruction en famille ont été accordées sur le fondement des dispositions transitoires de l'article 49 de la loi du 24 août 2021. Les contrôles pédagogiques réalisés au cours de l'année scolaire 2022-2023 ont été négatifs. A l'issue du second contrôle, l'inspecteur académique compétent a mis en demeure les parents d'inscrire les enfants dans un établissement scolaire. Les parents ont demandé au tribunal administratif d'annuler ces décisions et ils ont saisi le juge des référés du tribunal administratif (JRTA) de requêtes en référé suspension.

La requête de M. et Mme C... a été rejetée par une ordonnance « de tri » rendue le 8 août 2023 par le JRTA de Poitiers pour défaut d'urgence. Ils vous saisissent régulièrement en cassation. Au contraire, le JRTA de Grenoble a, par une ordonnance du 13 juillet 2023, ordonné la suspension de l'injonction de scolarisation adressée au époux B... et c'est le ministre de l'éducation nationale qui vous saisit en cassation.

*** Avant de vous prononcer sur le bien-fondé de ces pourvois, il vous faut d'abord examiner s'il y a encore lieu de statuer aujourd'hui.** En effet, les injonctions de scolarisation ont été délivrées au cours de l'année scolaire 2022-2023 et, pour la famille C..., il ressort en outre des pièces du dossier que les enfants ont été inscrits dans un établissement scolaire à la rentrée 2023.

Vous jugez qu'une demande de suspension d'une décision administrative qui a été entièrement exécutée est sans objet³. En cassation, il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi formé contre une ordonnance suspendant l'exécution d'un acte qui a épuisé ses effets à la date à laquelle le Conseil d'Etat statue (12 février 2003, *Commune de Sainte-Maxime*, n°249498, B). Vous avez appliqué ce cadre jurisprudentiel en matière de scolarisation en jugeant que des conclusions tendant à ce que soit suspendue l'exécution d'une décision de **redoublement** d'un élève ont perdu leur objet après la rentrée scolaire lorsque, l'élève ayant repris sa scolarité dans la classe redoublée, la décision a été entièrement exécutée (4 SSJS, 27 janvier 2016, *D...*, n°393478, T).

³ Pour une demande d'autorisation de licenciement (Section, 16 décembre 1977, *E...* et autres, p. 508) ; pour une demande d'autorisation de transfert de contrat de travail (CE, 4/5 SSR, 27 juin 2005, *Association Etablissement régional Léo Lagrange de Rhône-Alpes-Auvergne*, n°277048, B).

La seule circonstance que l'année scolaire s'est achevée ne nous paraît pas pouvoir constituer un motif de non-lieu. En effet, le sixième alinéa de l'article L. 131-10 du code de l'éducation prévoit que les parents mis en demeure « *sont tenus de scolariser l'enfant dans un établissement d'enseignement scolaire [...] au moins jusqu'à la fin de l'année scolaire suivant celle au cours de laquelle la mise en demeure leur a été notifiée* ».

En va-t-il autrement lorsque l'injonction a été exécutée par la scolarisation des enfants ? Des motifs d'opportunité pourraient vous inciter à retenir que tel est le cas. Lorsque des enfants qui suivaient l'inscription en famille ont été scolarisés, la question du retour à un régime d'instruction en famille pourrait être regardée comme une question nouvelle qui mérite d'être examinée en fonction des circonstances applicables lorsque cette nouvelle déscolarisation est envisagée. La meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant ne milite pas pour faire dépendre le retour dans l'instruction en famille de l'application d'une autorisation délivrée plus d'un an auparavant en fonction d'une appréciation dont on a de sérieuses raisons de penser qu'elle ne correspond plus à la situation actuelle.

Toutefois, même si nous reconnaissons qu'il peut y avoir hésitation sur ce point, il nous semble que, même après la scolarisation des enfants, les conditions du non-lieu ne sont pas réunies.

Outre que, comme nous l'avons vu, l'autorisation d'instruction en famille valait en l'espèce jusqu'à la fin de l'année scolaire 2023-2024 et que la loi confère à la mise en demeure des effets qui se prolongent jusqu'à l'expiration de l'année scolaire qui suit sa délivrance, il convient de prendre en compte le régime de sanction institué en cas de méconnaissance de l'injonction. Ainsi, la seule méconnaissance par les responsables légaux de l'enfant, des obligations qui s'imposent à eux en application de l'article L. 131-5 du code de l'éducation constitue une contravention de la 5^{ème} classe prévue par l'article R. 131-8 du code de l'éducation mais le fait de ne pas scolariser un enfant malgré une injonction constitue un délit prévu et réprimé par l'article 227-17-1 du code pénal. Tant que la mise en demeure est en cours, les responsables légaux s'exposent donc à de plus lourdes sanctions pénales.

La situation nous paraît donc assez comparable à celle que vous connaissez en matière de droit des étrangers. Vous jugez que les conclusions à fin de sursis à l'exécution d'une décision de reconduite à la frontière deviennent sans objet dès lors que, postérieurement à l'introduction de la requête, la décision a été entièrement exécutée (Assemblée, 29 juin 1990, *F...*, n°115970, A) mais vous jugez que l'injonction faite à un ressortissant étranger de sortir du territoire français est de nature à produire des effets aussi longtemps qu'elle demeure en vigueur de sorte que la sortie du territoire français ne prive pas d'objet les conclusions tendant à ce qu'il soit sursis à son exécution (Assemblée, 18 juin 1976, *G...*, n°2714, A).

Il n'y a donc pas non-lieu.

*** La seconde question qui a justifié l'inscription de ces affaires au rôle de votre séance de jugement implique de déterminer si, lorsque les conclusions du deuxième contrôle pédagogique de l'instruction en famille ont conclu à l'insuffisance, l'administration est ou non légalement tenue de mettre les parents en demeure de scolariser.**

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.

La lettre de l'article L. 131-10 incite à retenir une obligation de mise en demeure. Cet article distingue en effet, d'une part, l'hypothèse dans laquelle les résultats du second contrôle sont jugés insuffisants, hypothèse pour laquelle l'autorité de l'Etat « *met en demeure* » et, d'autre part, l'hypothèse dans laquelle les responsables de l'enfant ont fait obstacle au contrôle sans motif légitime, hypothèse dans laquelle cette même autorité « *est en droit de [...] mettre en demeure* ». Cette différence terminologique est issue de la loi du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance et les travaux préparatoires confirment la lettre du texte. Dans son avis du 29 novembre 2018 sur le projet de loi (396047), votre Assemblée générale avait estimé que « *dans l'hypothèse où deux contrôles successifs font apparaître une insuffisance de l'instruction il est adéquat et nécessaire que l'administration soit dans l'obligation de prononcer une mise en demeure de scolariser l'enfant dans un établissement* ». Les travaux parlementaires de la loi confirment cette orientation⁴.

Si la question de l'interprétation de ces dispositions se pose aujourd'hui, c'est en raison de l'intervention de la loi du 24 août 2021 qui a réformé le régime de l'instruction en famille. Cela peut sembler de prime abord paradoxal car cette loi a d'abord renforcé l'obligation scolaire en conférant à l'instruction en famille un caractère dérogatoire et elle a soumis l'instruction en famille à autorisation, ce qui incite à confirmer la portée des dispositions issue de la loi du 26 juillet 2019. Toutefois, cette loi a aussi énoncé, à l'article L. 131-5 du code de l'éducation, les quatre motifs pour lesquels l'instruction en famille peut être autorisée et elle a placé ces motifs sous la « raison » unique de l'intérêt supérieur de l'enfant de sorte qu'on doit se demander si, après deux rapports pédagogiques concluant à l'insuffisance de l'instruction en famille, l'administration doit **toujours** délivrer la mise en demeure de scolariser ou si elle est au préalable tenue de procéder à un examen de la situation au regard de l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire (pour reprendre les termes de votre décision du 13 décembre 2022, *M. H... et autres* (n°462274 et a, B), « *de rechercher, au vu de la situation de cet enfant, quels sont les avantages et les inconvénients pour lui de son instruction, d'une part dans un établissement ou école d'enseignement, d'autre part, dans la famille [...] et, à l'issue de cet examen, de retenir la forme d'instruction la plus conforme à son intérêt* ».

La réponse à cette question nous paraît résider non pas dans les dispositions du sixième alinéa de l'article L. 131-10 du code de l'éducation, dont la formulation paraît imposer à l'administration de délivrer la mise en demeure, mais dans son troisième alinéa qui définit l'objet du contrôle pédagogique. Celui-ci vise en effet à s'assurer de ce que « *l'enseignement assuré est conforme au droit de l'enfant à l'instruction* ». Ce même alinéa précise enfin que le contrôle s'assure de ce que l'enseignement « *est adapté à l'âge de l'enfant et, lorsqu'il présente un handicap ou un trouble de santé invalidant, à ses besoins particuliers* ». Le contrôle pédagogique ne se résume donc pas à un simple test de connaissances et d'aptitudes entraînant automatiquement la mise en demeure de scolariser si l'enfant n'a pas le niveau. Dans le cadre de ce contrôle, l'administration doit apprécier globalement si, compte tenu de ses capacités et de ses difficultés, l'enfant bénéficie effectivement, dans sa famille, de l'accès à l'instruction auquel il a droit et que la Nation lui garantit selon le 13^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

⁴ Rapport de M. Patrick Leroy, fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale (n°1250 du 8 décembre 1998)

Dans ces conditions, il nous semble qu'à l'issue d'un second contrôle pédagogique d'une instruction en famille, le pouvoir d'appréciation de l'administration doit porter sur le caractère suffisant de l'instruction mais non sur les conséquences qu'il convient de tirer d'un constat d'insuffisance. Ainsi, dans le cadre d'une demande tendant à l'annulation ou à la suspension d'une mise en demeure, le requérant peut utilement contester l'appréciation que l'administration a portée sur la suffisance de l'instruction délivrée en famille mais non les conséquences que l'administration était tenue de tirer du constat d'insuffisance.

Nous sommes conscients que vous pourriez être tentés de ne pas nous suivre dans cette voie pour deux raisons. Vous pourriez d'abord estimer que l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990, qui impose d'accorder une importance primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants* », ne permet jamais de regarder comme inopérante l'invocation de la méconnaissance de cette exigence. Toutefois, nous ne vous proposons pas d'écarter la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant mais seulement de juger que cette question doit être prise en compte lors du contrôle de la suffisance pédagogique de l'instruction.

Vous pourriez ensuite opposer les difficultés de scolarisation des enfants atteints de handicap. Nous ne sous-estimons aucunement ces difficultés et le combat – administratif certes mais épuisant – que des parents doivent mener pour que les moyens nécessaires soient mis en œuvre afin que le droit à la scolarisation de leurs enfants atteints de handicap soit effectif. Nous comprenons aussi que les parents qui, comme M. et Mme C..., s'étaient résolus à l'instruction en famille faute de trouver dans la scolarisation une prise en charge adaptée aux handicaps de leurs enfants, acceptent mal que le constat de l'insuffisance de l'instruction qu'ils délivrent eux-mêmes tant bien que mal puisse obliger le retour de leurs enfants en milieu scolaire.

Vous jugez toutefois que les difficultés particulières que rencontrent les enfants en situation de handicap ne sauraient avoir pour effet ni de les priver du droit à l'éducation ni de faire obstacle au respect de l'obligation scolaire (8 avril 2009, *M. et Mme I...* n°311434, A) et vous avez développé une jurisprudence exigeante tant sur la responsabilité de l'administration pour rendre effectif le droit à la scolarisation des enfants atteints de handicap (19 juillet 2022, *Mme J... et M. K...*, n°428311, A) que sur les droits que les parents peuvent invoquer afin d'en obtenir le respect, y compris en référé (Section, 20 novembre 2020, *M. L...*, n° 422248, A). Une instruction à domicile dont l'insuffisance a été constatée ne saurait constituer une quelconque réponse aux difficultés que rencontre l'administration pour mettre en place les aides nécessaires à la scolarisation adaptée aux enfants atteints de handicap.

* Ces développements généraux étant fait, il est temps de passer à l'examen de chacune des requêtes.

1°) Le jeune A... B..., né en 2011, était instruit en famille depuis plusieurs années. Les contrôles pédagogiques réalisés au cours de l'année 2022-2023 ont révélé non seulement des retards d'apprentissage de l'enfant graves et manifestes, mais aussi d'incontestables insuffisances de la pédagogie mise en œuvre. Pour demander la suspension de l'exécution de la mise en demeure que l'inspecteur académique de Charente Maritime leur a fait le 26 avril 2023, les parents de A... ne contestaient pas l'insuffisance de l'instruction délivrée en famille

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.

mais ils soulignaient l'intérêt de ne pas bouleverser ses habitudes de vie en lui imposant une scolarisation génératrice de stress. En jugeant, dans ces conditions, que la décision était susceptible d'être contraire à l'intérêt de l'enfant, le JRTA de Poitiers a entaché sa décision d'erreur de droit. Vous pourrez ainsi pour ce motif annuler l'ordonnance sans qu'il soit besoin d'examiner le second moyen invoqué par le ministre – certes tout aussi fondé –, tiré de la dénaturation des faits à avoir jugé sérieux le moyen tiré de ce que la scolarisation de Théodore pourrait être contraire à son intérêt.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous pourrez rejeter la requête dont les autres moyens n'étaient pas sérieux. Les parents se bornaient en effet à soutenir que, dès lors que le second rapport de contrôle pédagogique présentait des conclusions identiques en substance au premier, il devait s'en déduire que l'administration n'avait pas suffisamment évaluée la progression de l'enfant.

2°) La situation de la famille C... est plus délicate en raison du handicap dont sont atteints les deux enfants concernés par la mise en demeure de scolarisation.

M..., l'aînée née en 2013, a été reconnue par la MDPH pour un trouble du déficit de l'attention avec hyperactivité, et plusieurs troubles dans les apprentissages fondamentaux⁵. Le troisième enfant de la fratrie, N..., est atteinte d'une surdité bilatérale de 80 %, ainsi que de différents troubles de la vision et de l'élocution.

Pour rejeter, pour défaut d'urgence, la demande suspension en référé des deux mises en demeure délivrées le 1 r juin 2023 par l'inspecteur académique l'Isère après le second contrôle pédagogique, le juge des référés a jugé que les parents n'alléguaient pas avoir procédé à une quelconque inscription scolaire.

Vous jugez que la question de savoir si l'urgence justifie ou non, dans les circonstances de l'espèce, la suspension demand e, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sous réserve du contrôle de l'erreur de droit et de la dénaturation (Section, 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan (A.H.L.M.)*, n 230025, A). En l'espèce, la circonstance que les parents n'avaient pas encore, début août 2023, procédé à l'inscription de leurs enfants dans un établissement scolaire n'avait d'incidence ni sur l'atteinte invoquée à la situation des requérants (tenus de scolariser leurs enfants en vertu de la mise en demeure), ni sur l'éventuel intérêt public à ne pas suspendre au sens de votre jurisprudence de Section « *Préfet des Alpes Maritimes* » du 28 février 2001⁶. Le moyen d'erreur de droit paraît donc fondé car le juge s'est fondé sur une circonstance inopérante.

Dans le cadre du règlement de l'affaire en référé, vous pourrez juger que les moyens invoqués à l'appui de la requête ne sont pas de nature à faire sérieusement douter de la légalité des décisions de mise en demeure.

⁵ Dyslexie, dyscalculie et dysorthographe.

⁶ CE, Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes - Société Sud-Est Assainissement*, n 229562, 229563, 229721, A.

Ces décisions sont suffisamment motivées pour des décisions administratives et la circonstance que le rapport de deuxième contrôle soit signé par l'inspecteur d'académie qui n'a pas participé à l'enquête pédagogique est sans incidence.

S'agissant de la légalité interne, l'insuffisance pédagogique de l'instruction qui était délivrée en famille n'est pas contestée et, contrairement à ce qui est soutenu, le rapport de contrôle a pris en compte la situation de handicap et les difficultés d'apprentissage des enfants.

PCMNC :

- Dans chacune de ces deux affaires :
 - Annulation de l'ordonnance de référé ;
 - Rejet de la requête en référé suspension.

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.