

BERNARD FAU

*Avocat à la Cour*

*Membre du Conseil National des Bureaux*

*Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*Ancien Premier Secrétaire de la Conférence*

*des Avocats au Conseil d'Etat*

*et à la Cour de Cassation*

*Ancien Secrétaire de la Conférence*

*des Avocats à la Cour de Paris*

*Chargé de cours à l'Université Paris 2 - Assas*

Paris, le 6 janvier 2022

CONSEIL D'ETAT

SECTION DE L'ADMINISTRATION

Monsieur Remi BOUCHEZ

Président de la Section de  
l'Administration

1 place du Palais Royal

75001 PARIS

**LRAR 1A 188 917 3321 1**

**AFF.** : L'Association UNIE, Union Nationale pour l'Instruction et l'Epanouissement, l'Association Liberté Education, les Collectifs l'Ecole est la Maison et la Fédération pour la Liberté du Choix de l'Instruction et des Apprentissages (FELICIA) c/ **Projets de décrets d'application des dispositions issues de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 sur l'instruction en famille**

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur d'intervenir devant la Section de l'Administration du Conseil d'Etat afin de présenter des observations sur deux projets de décrets d'application des dispositions relatives à l'instruction en famille (art. 49 à 52), issues de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (article 49 à 52), en ma qualité d'Avocat des associations suivantes :

- **L'Association UNIE, Union Nationale pour l'Instruction et l'Epanouissement**
- **L'Association Liberté Education**
- **Les Collectifs l'Ecole Est la Maison**

**- La Fédération pour la Liberté du Choix de l'Instruction et des Apprentissages (FELICIA)**

Dans le cadre de la lutte contre le séparatisme islamiste présenté comme une cause de déscolarisation des enfants, le Président de la République avait annoncé dans son discours des Mureaux du 2 octobre 2020 sa « décision » de rendre obligatoire l'instruction à l'école, limitant strictement l'instruction à domicile aux impératifs de santé. Les résistances de divers milieux comme les réticences exprimées par le Conseil d'État, dans son avis du 9 décembre 2020, ont amené le Gouvernement à maintenir l'instruction en famille en la subordonnant toutefois à une autorisation accordée par l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'éducation.

Après plusieurs lectures devant l'Assemblée Nationale et le Sénat, l'Assemblée nationale a définitivement adopté le 23 juillet 2021 le projet de loi confortant le respect des principes de la République.

En abandonnant la formule traditionnelle de la déclaration, en général considérée comme plus adaptée à un régime de liberté, la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 n'en a pas moins été jugée conforme à la Constitution dans la mesure où l'instruction en famille elle-même ne constitue pas un élément de la liberté de l'enseignement et que la loi fixe les différents motifs permettant à l'autorité académique d'accorder ou de refuser l'autorisation (Cons. const. 13 août 2021, n°2021-823 DC, § 72 s).

La décision du Conseil constitutionnel décidant que l'instruction en famille ne constitue pas un élément constitutif de la liberté d'enseignement mais une modalité de sa mise en œuvre doit être lue au regard de la décision du Conseil d'Etat du 19 juillet 2017 (CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> chambres réunies, 19 juillet 2017, n°406150), comme admettant toutefois que la

liberté de l'enseignement implique la possibilité de l'instruction au sein de la famille comme une déclinaison nécessaire de l'exercice de cette liberté.

Aux termes des dispositions nouvelles de l'article L.131-5 du Code de l'éducation dans sa rédaction issue de la l'article 49 de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021, il revient aux parents non plus d'effectuer un choix entre la scolarisation et l'instruction en famille, mais de solliciter l'autorité académique pour bénéficier d'une autorisation dérogatoire.

Comme le recommandait le Conseil d'État, l'autorisation d'instruire un enfant dans la famille est désormais envisageable pour les motifs limitativement énumérés par la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 qui distingue quatre cas d'autorisation (art. L.131-5, al. 4) auxquels elle ajoute une situation transitoire (art. L.131-5, al. 10), justifiés dans chaque cas par l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'article L.131-5 du Code de l'éducation dans sa rédaction issue de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021, dispose que :

*« 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.*

*Les mêmes formalités doivent être accomplies dans les huit jours qui suivent tout changement de résidence.*

*La présente obligation s'applique à compter de la rentrée scolaire de l'année civile où l'enfant atteint l'âge de trois ans.*

*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 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, 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 d'autorisation 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.

Le président du conseil départemental et le maire de la commune de résidence de l'enfant sont informés de la délivrance de l'autorisation. Lorsqu'un enfant recevant l'instruction dans la famille ou l'un des enfants du même foyer fait l'objet de l'information préoccupante prévue à l'article L.226-3 du code de l'action sociale et des familles, le président du conseil départemental en informe l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation, qui peut alors

*suspendre ou abroger l'autorisation qui a été délivrée aux personnes responsables de l'enfant. Dans cette hypothèse, ces dernières sont mises en demeure de l'inscrire dans un établissement d'enseignement scolaire, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article L.131-5-1 du présent code.*

*Lorsque, après concertation avec le directeur de l'établissement d'enseignement public ou privé dans lequel est inscrit un enfant, il est établi que l'intégrité physique ou morale de cet enfant est menacée, les personnes responsables de l'enfant peuvent lui donner l'instruction dans la famille après avoir sollicité l'autorisation mentionnée au premier alinéa du présent article, dans le délai restant à courir avant que cette autorisation ne leur soit accordée ou refusée.*

*L'enfant instruit dans la famille est rattaché administrativement à une circonscription d'enseignement du premier degré ou à un établissement d'enseignement scolaire public désigné par l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation.»*

*(...).*

Les présentes observations visent à exposer les motifs qui s'opposent à l'adoption des deux projets de décrets d'application de ces dispositions relatives à l'instruction en famille - le premier portant sur les modalités de délivrance de l'autorisation, le second sur les conditions dans lesquelles la décision de refus d'autorisation fait l'objet d'un recours administratif préalable - dans le libellé qui a été relayé par voie de presse auprès des associations que je représente.

\* \*

\*

Six points des projets de décrets appellent de la part des associations que je représente, des observations formulées au titre de la présente contribution extérieure.

A- DECRET PORTANT SUR LES MODALITES DE DELIVRANCE DE L'AUTORISATION :

- I- L'annualisation des demandes d'instruction en famille :
- II- Une autorisation subordonnée à une condition non prévue par la loi et tenant à ce que la personne chargée d'instruire l'enfant justifie d'être détentrice du diplôme du baccalauréat ou de son équivalent ou d'un diplôme étranger comparable à un diplôme de niveau 4 du cadre national des certificats professionnels :
- III- Une autorisation subordonnée à une condition non prévue par la loi et tenant à ce que la personne chargée d'instruire l'enfant fasse la preuve de sa « disponibilité » ;
- IV- Un régime transitoire en cas d'atteinte à l'intégrité de l'enfant au sein d'un établissement scolaire, subordonné à la délivrance d'une attestation / autorisation du directeur de l'établissement d'enseignement public ou privé au sein duquel l'enfant subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique ;
- V- Un projet éducatif dont les exigences sont incompatibles avec la liberté pédagogique qui s'attache à l'instruction au sein de la famille.

B- DECRET PORTANT SUR LES CONDITIONS DANS LESQUELLES LA DECISION DE REFUS D'AUTORISATION FAIT L'OBJET D'UN RECOURS ADMINISTRATIF PREALABLE :

- I- Une commission de recours dont la composition exclut tout représentant des associations dont l'objet est la défense de ce mode éducatif d'instruction en famille et tout représentant de l'intérêt de l'enfant.

\*

A- DECRET PORTANT SUR LES MODALITES DE DELIVRANCE DE L'AUTORISATION :

I- L'ANNUALISATION DES DEMANDES D'INSTRUCTION EN FAMILLE :

L'article L.131-5, alinéa 5 dispose ainsi que :

*« L'autorisation mentionnée au 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'Etat précise les modalités de délivrance de cette autorisation. »*

Le projet de décret tel qu'il est connu des associations exposantes prévoirait que les personnes responsables d'un enfant qui sollicitent la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille doivent adresser leur demande au Directeur académique des services de l'Education nationale du département de résidence de l'enfant entre le 1<sup>er</sup> mars et le 31 mai inclus de l'année scolaire précédent celle au titre de laquelle cette demande est formulée.

Or, les dispositions de l'article L.131-5 alinéa 5 du Code de l'Education précitées, dans sa rédaction issue de la loi n°2021-1109, si elles prévoient une limitation dans la durée de l'autorisation « *qui ne peut excéder l'année scolaire* », ne limitent nullement la faculté pour les personnes responsables d'un enfant de solliciter ladite autorisation à tout moment en cours d'année scolaire, quel qu'en soit le motif.

Le projet de décret n'ouvre la possibilité d'adresser une demande d'autorisation d'instruire en famille « *à tout moment* » que dans l'hypothèse où « *l'intégrité physique ou morale* » de l'enfant pour lequel elle est demandée « *est menacée* ».

En prescrivant que sauf dans les cas où l'intégrité physique ou morale de l'enfant pour lequel elle est demandée est menacée, l'autorisation d'instruire en famille doit être adressée au Directeur académique des services de l'Education nationale du département de résidence de l'enfant « *entre le 1<sup>er</sup> mars et le 31 mai inclus de l'année scolaire précédent celle au titre de laquelle cette demande est formulée* », le décret limite la faculté de solliciter une telle autorisation à tout moment en cours d'année quel qu'en soit le motif, limitation qui n'a nullement été envisagée dans la loi.

Le système envisagé par le projet de décret méconnaît qu'en France, 20 à 50 % des enfants sont instruits en famille seulement durant quelques mois ce qui est incompatible avec le dispositif rigide envisagé. L'annualisation des demandes inadaptée à la réalité sociale constitue par surcroît une atteinte au droit d'instruire non voulue par le législateur et une « *modalité manifestement inappropriée à l'objectif poursuivi par le législateur* » (Cons. Const. du 6 décembre 1990 280 DC).

La disposition du projet de décret qui tendrait à limiter la faculté d'exercice du droit de solliciter l'autorisation d'instruire en famille, qui constitue la déclinaison nécessaire de la liberté d'enseignement, ajouterait à la loi une condition restrictive qu'elle n'a pas prévue est de ce fait illégale.



II- UNE AUTORISATION SUBORDONNÉE A UNE CONDITION NON PREVUE PAR LA LOI ET TENANT A CE QUE LA PERSONNE CHARGÉE D'INSTRUIRE L'ENFANT JUSTIFIE D'ÊTRE DÉTENTRICE DU DIPLOME DU BACCALAUREAT OU DE SON ÉQUIVALENT OU D'UN DIPLOME ÉTRANGER COMPARABLE A UN DIPLOME DE NIVEAU 4 DU CADRE NATIONAL DES CERTIFICATS PROFESSIONNELLES :

L'article L.131-5, alinéa 4 du Code de l'éducation introduit par la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 dispose que :

*« 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. »*

Il doit ici être souligné que lors de l'examen de ce texte, le Conseil constitutionnel a fait une réserve d'interprétation en précisant : *« Enfin, il appartiendra, sous le contrôle du juge, au pouvoir réglementaire de déterminer les modalités de délivrance de l'autorisation d'instruction en famille conformément à ces critères et aux autorités administratives compétentes de fonder leur décision sur ces seuls critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit »,* ces critères étant regardés par le Conseil

Constitutionnel comme visant à « *s'assurer que cette personne est en mesure de permettre à l'enfant d'acquérir le socle commun de connaissances, de compétences et de culture (...)* » et 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* » (Cons. const. 13 août 2021, n° 2021-823 DC § 76).

L'article L.131-5, alinéa 5 in fine dispose ainsi que :

**« *Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités de délivrance de cette autorisation.* »**

Il résulte de ce texte et de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi n°2021-1109, que le domaine d'intervention du pouvoir réglementaire est strictement limité à la seule précision des « ***modalités de délivrance de cette autorisation*** », ce qui exclut qu'il puisse poser des conditions supplémentaires qui n'ont pas été prévues par la loi.

Or, le projet de décret subordonne la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille à la production d'« *une copie du diplôme du baccalauréat ou de son équivalent de la personne chargée d'instruire l'enfant* », ou bien de la copie « *d'un titre ou diplôme étranger* » (...), « *si ce titre ou diplôme étranger est comparable à un diplôme de niveau 4 du cadre national des certifications professionnelles* ».

Cette condition non prévue par la loi et tenant à ce que la personne chargée d'instruire l'enfant justifie d'être détentrice du diplôme du baccalauréat ou de son équivalent ou d'un diplôme étranger comparable à un diplôme de niveau 4 du cadre national des certificats professionnels, excède manifestement le domaine d'intervention du pouvoir réglementaire qui doit se borner à prescrire « *les modalités de délivrance de cette autorisation* », sans pouvoir prescrire de condition supplémentaire non prévue par le législateur pour la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille, qui constitue la déclinaison nécessaire de la liberté d'enseignement.

Pour cette raison déjà, cette disposition du projet qui ajouterait à la loi une condition qu'elle n'avait pas prévue est de ce fait illégale.

Par ailleurs, cette exigence constituerait une **mesure discriminatoire** puisqu'elle conduirait à l'exclusion du dispositif d'autorisation d'instruire en famille, toutes celles et ceux qui ne seraient pas titulaires d'un tel diplôme, qui exclut notamment toute personne autodidacte ainsi que toute personne ayant les qualités pour prendre en charge les petits enfants, ce qui n'implique certainement pas la titularité d'un diplôme tel que le baccalauréat.

Or, de très nombreuses familles ont conduit et conduisent encore l'instruction en famille de leurs enfants et satisfont aux contrôles de l'instruction en famille, sans pour autant être titulaire du diplôme du baccalauréat ou de son équivalent ou d'un diplôme étranger comparable à un diplôme de niveau 4 du cadre national des certificats professionnels.

Au demeurant, un tel critère arbitrairement fixé à la détention du baccalauréat, ne constitue nullement la garantie d'une capacité à enseigner en famille.

En 2020, l'étude menée par Felicia sur un échantillon représentatif de la population instruite en famille (plusieurs milliers d'enfants) montre que, pour les parents instructeurs n'ayant aucun diplôme ou un diplôme inférieur au niveau IV, le taux d'instruction jugée satisfaisante est de 98,4%, équivalents à ceux des autres familles. Selon cette étude, 16% des familles sont concernées, soit 7 200 enfants. Les résultats de cette étude sont confirmés par ceux d'autres études, notamment nord-américaines (NHERI 2009, Brian D. Ray: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED535134.pdf>).

Par surcroît, cette condition qui avait été évoquée lors des débats parlementaires sur le projet de loi avait été écartée. Elle fait l'objet ainsi d'une réintégration par voie réglementaire illégale dès lors qu'elle introduit une restriction non prévue par la loi.

Enfin, cette exigence paraît **contradictoire avec la valorisation des acquis d'expérience** prévue par la loi pour les parents instructeurs.

Au total, la disposition du projet de décret qui tente d'établir une condition de diplôme pour permettre la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille est discriminatoire et illégale dès lors que le domaine d'intervention du pouvoir réglementaire est strictement limité à la détermination des seules modalités de délivrance de l'autorisation d'instruire en famille sans pouvoir la subordonner à de nouvelles conditions, non prévues par la loi, et dès lors que la réserve du Conseil constitutionnel précise que les autorités administratives compétentes devront « *exclure toute discrimination de quelque nature que ce soit* » (Cons. const. 13 août 2021, n°2021-823 DC § 76).

III- UNE AUTORISATION SUBORDONNÉE A UNE CONDITION NON PRÉVUE PAR LA LOI ET TENANT A CE QUE LA PERSONNE CHARGÉE D'INSTRUIRE L'ENFANT FASSE LA PREUVE DE SA « DISPONIBILITÉ » :

Ici encore, il résulte des dispositions de l'article L.131-5 alinéa 4 et 5 du Code de l'éducation et de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi n°2021-1109, que le domaine d'intervention du pouvoir réglementaire est strictement limité à la seule précision des « ***modalités de délivrance de cette autorisation*** » puisque les deux seuls critères qui peuvent être pris en compte sont la capacité d'instruire de la personne en charge de l'enfant et l'existence d'un projet éducatif, ce qui exclut qu'il puisse poser des conditions supplémentaires par rapport à celles qui n'ont pas été prévues par la loi.

Or, le projet de décret subordonne la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille à la production de « *toutes pièces utiles justifiant de la disponibilité de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant* ».

Cette condition non prévue par la loi et tenant à ce que la personne chargée d'instruire l'enfant justifie de sa « *disponibilité* », excède manifestement le domaine d'intervention du pouvoir réglementaire qui doit se borner à prescrire « *les modalités de délivrance de cette autorisation* », sans pouvoir prescrire de condition supplémentaire non prévue par

le législateur pour la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille, qui constitue la déclinaison nécessaire de la liberté d'enseignement.

Ce point avait d'ailleurs été évoqué au cours des débats parlementaires pour être finalement écarté. A cet égard, Madame Anne BRUGNERA, Rapporteur du texte devant l'assemblée nationale, avait fait valoir que :

*« Bien entendu, la vie de famille sera ensuite organisée en conséquence, mais ce n'est pas à nous ni à l'éducation nationale d'en juger. En délivrant son autorisation, l'éducation nationale ne donnera un avis que sur la capacité de la famille à dispenser l'instruction, en fonction de la situation de l'enfant et du projet éducatif présenté.*

*Je comprends tout à fait que vous vouliez évoquer l'importance de l'organisation familiale dans la réussite du projet, mais ce ne peut pas être un motif d'autorisation. Le motif, c'est l'enfant et le projet qui l'accompagne ; l'organisation suivra, mais nous n'aurons pas à la juger en tant que telle. Demande de retrait ou avis défavorable. » (Séance en hémicycle du jeudi 11 février 2021 à 21h)*

Pour cette raison déjà, cette disposition du projet qui ajouterait à la loi une condition qu'elle n'avait pas prévue est de ce fait illégale.

Par ailleurs, il apparaît d'emblée impossible de déterminer objectivement le seuil à partir duquel une telle condition pourrait être remplie sans faire entrer dans le champ de l'appréciation une part de subjectivité, d'arbitraire et de discrimination, tant les situations et l'organisation familiale au sein de chaque foyer sont plurielles.

En effet, ce critère ne manquerait pas de constituer une mesure discriminatoire et arbitraire à l'égard des familles selon qu'elles sont monoparentales ou non et suivant que les deux membres du foyer exercent ou non une activité professionnelle, par exemple.

Par surcroît, un tel critère de disponibilité porterait une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit au respect de la vie privée des personnes chargées d'instruire l'enfant, en leur imposant d'avoir à justifier de leur propre situation personnelle.

De telles conditions ne ressortissent assurément pas aux dispositions de la loi telle qu'adoptée et il n'appartient pas au pouvoir réglementaire dont le domaine d'intervention est strictement limité à la détermination des modalités de délivrance de l'autorisation, de prescrire de telles conditions pour la délivrance de l'autorisation d'instruire en famille, qui constitue la déclinaison nécessaire de la liberté d'enseignement.

IV- UN REGIME TRANSITOIRE EN CAS D'ATTEINTE A L'INTEGRITE DE L'ENFANT, SUBORDONNEE A LA DELIVRANCE D'UNE ATTESTATION / AUTORISATION DU DIRECTEUR DE L'ETABLISSEMENT D'ENSEIGNEMENT PUBLIC OU PRIVE AU SEIN DUQUEL L'ENFANT SUBI UNE ATTEINTE A SON INTEGRITE PHYSIQUE OU PSYCHIQUE :

Ensuite, une situation transitoire a été envisagée par le législateur à l'article L.131-5 alinéa 10, selon lequel :

*« Lorsque, après concertation avec le directeur de l'établissement d'enseignement public ou privé dans lequel est inscrit un enfant, il est établi que l'intégrité physique ou morale de cet enfant est menacée, les personnes responsables de l'enfant peuvent lui donner l'instruction dans la famille après avoir sollicité l'autorisation mentionnée au premier alinéa du présent article, dans le délai restant à courir avant que cette autorisation ne leur soit accordée ou refusée. »*

Le projet de décret subordonne la possibilité de retirer d'urgence d'un établissement scolaire l'enfant dont l'intégrité physique ou morale est menacée, à la production d'une attestation du directeur de l'établissement d'enseignement public ou privé dans lequel est inscrit l'enfant.

Il apparait d'emblée qu'une telle condition n'est pas prévue par la loi.

Tout au contraire, l'article L.131-5 alinéa 10 ne prévoit qu'une simple « concertation », sans subordonner la démarche effectuée en urgence et justifiée par la menace que fait peser sur l'intégrité physique ou morale de l'enfant son maintien au sein de l'établissement dans lequel il est inscrit, à la production d'une attestation du directeur de l'établissement, qui n'est au demeurant absolument pas compétent pour porter une appréciation sur l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de l'enfant qu'il ne lui appartient d'ailleurs nullement d'établir et dont il y a lieu de craindre qu'il sera peu enclin à admettre la situation critiquable pour l'établissement scolaire dont il a la charge.

A cet égard, il paraît assez évident au regard de la cause qui justifie au sens de la loi la démarche de déscolarisation en urgence, que l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de l'enfant ne peut pertinemment être établie que par un élément médical le recueil de la parole de l'enfant, un dépôt de plainte circonstancié ou une attestation parentale.

La constatation d'une telle atteinte ne saurait donc dépendre de l'appréciation subjective que pourrait en faire un directeur d'établissement dont par surcroît l'objectivité pourrait faire défaut compte tenu de ce que la menace à laquelle est exposée l'enfant se produit au sein même de son établissement.

Ici encore, le projet de décret qui subordonne la déscolarisation d'urgence de l'enfant dont l'intégrité physique ou morale est menacée à la production d'une attestation du directeur de l'établissement non prévue par la loi, est illégal.

V- UN PROJET EDUCATIF DONT LES EXIGENCES SONT INCOMPATIBLES AVEC LA LIBERTE PEDAGOGIQUE QUI S'ATTACHE A L'INSTRUCTION AU SEIN DE LA FAMILLE :

Il paraît cohérent que le projet éducatif décrive « *les éléments essentiels de l'enseignement et de la pédagogie adaptés aux capacités et au rythme d'apprentissage de l'enfant* » comme le préconise le Conseil constitutionnel dans sa décision.

Cependant, exiger que les instructeurs décrivent l'organisation et les modalités d'enseignement choisies (emploi du temps, rythme et durée des activités) constitue une atteinte disproportionnée à la liberté pédagogique des familles et à leur vie privée.

En famille, l'individualisation des apprentissages permet précisément la mise en place d'un emploi du temps flexible : lié à l'actualité, au contexte local ou familial, aux opportunités de sorties pédagogiques ou aux questionnements spécifiques de l'enfant. De plus, certaines pédagogies (Freinet, Montessori, apprentissages auto-dirigés) n'ont, par définition, pas d'emploi du temps fixe afin de s'adapter à l'enfant.

La décision du Conseil constitutionnel précise que « *la personne en charge* » de l'instruction doit être « *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* ». L'article R131-13 du code de l'éducation fait aussi référence aux attendus de fin de cycle, ces cycles durant plusieurs années, et non à des programmes annuels.

La liberté pédagogique de l'instructeur ne peut plus être garantie si le décret impose que les activités soient être planifiées et programmées de manière annuelle et non plus en respectant le chemin choisi par les instructeurs pour permettre l'acquisition du socle commun tout au long d'un cycle pluriannuel.



B- DECRET PORTANT SUR LES CONDITIONS DANS LESQUELLES LA DECISION DE REFUS D'AUTORISATION FAIT L'OBJET D'UN RECOURS ADMINISTRATIF PREALABLE :

I- UNE COMMISSION DE RECOURS DONT LA COMPOSITION EXCLUT TOUT REPRESENTANT DE L'INSTRUCTION EN FAMILLE ET DE L'INTERET DE L'ENFANT A ETRE INSTRUIT EN FAMILLE :

Enfin, l'article L.131-5 alinéa 8 dispose que :

*« 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. »*

Le projet de décret prévoit que dans l'hypothèse où leur demande d'autorisation d'instruire en famille est refusée, les responsables de l'enfant peuvent former un recours administratif préalable devant une commission.

Il apparait d'emblée que le libellé du projet de décret n'envisage pas le même dispositif que la loi. Là où le projet de décret ne semble envisager qu'une faculté de recours préalable, le législateur a prévu un recours administratif préalable obligatoire aux recours contentieux, les deux situations induisant des conséquences juridiques distinctes. La discordance entre ces deux types de recours crée une incompatibilité qui doit être corrigée.

Le projet de décret précise que cette commission présidée par le recteur d'académie - ou son représentant - comprend, en outre, quatre membres qu'il nomme pour deux ans :

- Un inspecteur de l'éducation nationale,
- Un inspecteur d'académie, inspecteur pédagogique régional,
- Un médecin scolaire,
- Un conseiller technique de service social.


La composition de cette commission de recours ne laisse aucune place aux instances associatives représentatives des familles faisant le choix d'une instruction en famille, ni à un représentant des intérêts de l'enfant, ce qui place l'éducation nationale en situation d'être à la fois juge et partie.

Enfin, il n'apparaît pas que la procédure qui devra être suivie soit réglée par le projet de décret, notamment il n'apparaît pas que l'audition de l'enfant lorsqu'elle est possible soit prévue alors que les mesures sont prises dans son intérêt supérieur.

\* \*  
\*

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Association UNIE, Union Nationale pour l'Instruction et l'Epanouissement, l'Association Liberté Education, Les Collectifs l'Ecole est la Maison et la Fédération pour la Liberté du Choix de l'Instruction et des Apprentissages (FELICIA), demandent à la Section de l'Administration qu'elle dise pour avis que sur chacun des points précédemment évoqués les projets de décrets ne sont pas conformes aux exigences de la loi 2021-1109 du 24 août 2021.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération la plus distinguée.

  
**Bernard FAU**  
*Avocat de la Cour*  
*Membre du Conseil de l'Ordre*  
*Ancien Premier Secrétaire de la Conférence des Avocats*  
*au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*