



Académie d'Éducation et d'Études Sociales

Le libre choix de l'école : pourquoi ? Comment ?

Guillaume Drago

Présentation¹

Paris II est une petite université en termes d'effectifs et de disciplines académiques représentées, dont le Droit qui particulièrement bien représenté ce soir par Guillaume Drago. Il remplace pour cette communication un professeur de Sciences de Gestion, en la personne de Patrick Hetzel, et est présenté par un professeur de Sciences Économiques. A Paris II, nous sommes solidaires et complémentaires ! Collègues donc, amis plus précisément, vous me permettrez dans la suite de la conversation de tutoyer Guillaume.

Fils d'un très grand universitaire, Roland Drago, il a su se faire un prénom dans son domaine de compétences sur lequel je vais revenir. C'est également un expert engagé. Je savais que parmi nous ce soir plusieurs amis le connaissaient du fait de ses engagements nombreux et anciens, et j'ai constaté en attendant 18h qu'il y en avait encore plus que ce que je pouvais penser. Ils pourront témoigner des qualités humaines de Guillaume Drago.

Je me contenterai de vous donner quelques illustrations au fil de l'eau, en lien avec notre sujet de ce soir, de son expertise et des engagements qu'il a assurés au cours de sa carrière : Professeur de droit public, c'est un spécialiste du droit constitutionnel. Je passe sur les différentes responsabilités administratives et académiques qu'il a évidemment exercées, et avec dévouement, puisque nous sommes non seulement enseignants et chercheurs, mais aussi administrateurs : c'est un chercheur reconnu comme l'atteste ses nombreuses publications, il a donné sa part à l'administration comme directeur de différentes formations ou groupes de travail, c'est un enseignant reconnu et apprécié au-delà de l'université.

Ses participations à des sociétés savantes méritent d'être mentionnées, au moins quelques-unes : membre de l'Association Française de Droit Constitutionnel, membre de la Société de Législation comparée, membre du Cercle des Constitutionnalistes et, autre point commun mon cher Guillaume, membre de l'Académie catholique de France.

¹ Par Jean-Didier Lecaillon, membre de l'AES

Ses publications sont très nombreuses comme je viens de le mentionner. Pour ne pas abuser de votre temps et surtout ne pas trop retarder le moment de donner la parole à celui dont nous attendons l'expertise, je ne citerai que quelques références suffisamment significatives et faisant échos à notre sujet de ce soir : outre la cinquième édition dans la collection Thémis, c'est une référence en matière juridique, de son ouvrage *Contentieux constitutionnel français*, je relèverai plus particulièrement des contributions récentes, l'une à propos de la pandémie (Pandémie, Droit et Cultes), l'autre sur *Justice administrative et Constitution de 1958*. Il a également publié au Cerf, en collaboration, un ouvrage dont le titre m'a paru très stimulant, *France & Saint Siège. Accords diplomatiques en vigueur*. Si les articles et contributions académiques sont nombreux, il publie également régulièrement dans la presse, *Le Figaro*, *le Journal du Dimanche*, ..., des tribunes sur des sujets qui nous tiennent à cœur – démontrant par là même qu'il ne reste pas enfermé dans son bureau de chercheur. C'est ainsi par exemple qu'il a écrit une intervention sur *Loi Immigration : le Conseil constitutionnel a-t-il raisonné en droit ou en politique ?* ou fait une contribution sur *Liberté individuelle et Constitution. Quels principes pour quels juges ?*

Je citerai encore deux thèmes sur lesquels Guillaume Drago est intervenu avec beaucoup de pertinence. D'une part à propos de la constitutionnalisation de l'avortement, il a publié une tribune au titre explicite, *L'avortement dans la Constitution ou la constitutionnalisation de la « culture de mort »*, et une autre *Quand l'idéologie vient contaminer notre norme suprême*. Certes, comme Guillaume me l'a dit récemment, illustration de son humilité, « écoute, à ce sujet je n'ai pas bien réussi » ; ce à quoi je lui réponds que « si on n'entreprend rien, on ne réussira jamais : entreprendre n'assure pas le succès, mais je pense que l'argumentation reste, et je te remercie de nous y avoir aidé ». D'autre part, en lien direct avec notre thème de ce soir, c'est un sujet sur lequel il travaille depuis longtemps. J'ai sous les yeux deux publications un peu plus anciennes de 2016 (comme quoi vous voyez, il préparait déjà sa venue à l'Académie en 2016) : *Pour la liberté d'enseignement* et *Contrôle des écoles hors contrat : mesure liberticide*.

Communication

Introduction

Les propos qui sont ici tenus sont ceux d'un juriste, professeur d'université, professeur de droit public, spécialisé en droit constitutionnel. C'est donc le regard du juriste de droit public sur la liberté de l'école, au sens général de ce dernier terme.

On souhaite d'abord rappeler en introduction quelques éléments de texte, faisant en quelque sorte une comparaison entre deux conceptions de ce que sont les enjeux éducatifs, dans deux « mondes » évidemment très différents : les principes définis par l'Église catholique d'une part, les principes inscrits dans le Code de l'éducation d'autre part.

- Dans le Catéchisme de l'Église catholique.

Citons trois passages notamment sur la formation de la conscience et le devoir des parents².

« **La conscience doit être informée et le jugement moral éclairé**³. Une conscience bien formée est droite et véridique. Elle formule ses jugements suivant la raison, conformément au bien véritable voulu par la sagesse du Créateur. **L'éducation de la conscience est indispensable à des êtres humains** soumis à des influences négatives et tentés par le péché de préférer leur jugement propre et de récuser les enseignements autorisés. »

« **Les parents sont les premiers responsables de l'éducation de leurs enfants.** Ils témoignent de cette responsabilité d'abord par la *création d'un foyer*, où la tendresse, le pardon, le respect, la fidélité et le service désintéressé sont de règle. Le foyer est un lieu approprié à l'*éducation des vertus*. Celle-ci requiert l'apprentissage de l'abnégation, d'un sain jugement, de la maîtrise de soi, conditions de toute liberté véritable. »

« **Premiers responsables de l'éducation de leurs enfants, les parents ont le droit de choisir pour eux une école qui correspond à leurs propres convictions. Ce droit est fondamental.** Les parents ont, autant que possible, le devoir de choisir les écoles qui les assisteront au mieux dans leur tâche d'éducateurs chrétiens. **Les pouvoirs publics ont le devoir de garantir ce droit des parents et d'assurer les conditions réelles de son exercice.** »

- Dans le code de l'éducation :

Art. L. 111-1⁴ : « L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances et à lutter contre les inégalités sociales et territoriales en matière de réussite scolaire et éducative. Il reconnaît que tous les enfants partagent la capacité d'apprendre et de progresser. Il veille à la scolarisation inclusive de tous les enfants, sans aucune distinction. Il veille également à la mixité sociale des publics scolarisés au sein des établissements d'enseignement. **Pour garantir la réussite**

² Respectivement CEC 1783, CEC 2223 et CEC 2229

³ Les textes en gras sont soulignés par nous.

⁴ Rédaction de la Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 « Confortant le respect des principes de la République » - art. 58

de tous, l'école se construit avec la participation des parents, quelle que soit leur origine sociale. Elle s'enrichit et se conforte par le dialogue et la coopération entre tous les acteurs de la communauté éducative ».

- Importance de la loi Debré du 31 décembre 1959.

Parmi les textes majeurs qui traitent de l'éducation et de la liberté scolaire, il faut nécessairement mettre en avant cette loi de 1959 « sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés ».

Ce texte est fondamental pour la liberté scolaire, car il forme le cadre législatif majeur des relations entre l'État français et les établissements d'enseignement « libre », expression qu'il faut préférer à mon sens à « privés », en ce qu'il existe une grande diversité d'établissements « libres », ne serait-ce que ceux entrant dans la distinction majeure, introduite par la loi de 1959, entre établissements « sous contrat d'association » avec l'État et ceux « sous contrat simple » avec l'État, auxquels il faut évidemment ajouter les établissements libres dits « hors contrat » en ce qu'ils ne souhaitent pas entrer dans le système de la loi de 1959.

Ce qui frappe, à la relecture de la loi de 1959, c'est l'intelligence de ce texte, dans une période qui est celle de la reconstruction du pays et d'un développement démographique sans précédent, déjà dans un contexte d'opposition idéologique dont l'enseignement était un enjeu majeur. Pourtant, ce texte contient, on le sait, des ambiguïtés majeures, ou plutôt des notions ambiguës, volontairement ambiguës et pourtant porteuses d'une liberté qui est la liberté d'enseignement.

Quand on cite la loi de 1959, deux notions reviennent particulièrement : le *caractère propre* des établissements d'enseignement privé, la notion de *besoin scolaire reconnu*. Ces notions sont devenues des concepts fondamentaux de l'identification de l'enseignement *libre*. Mais on oublie souvent un élément essentiel de la rédaction de la loi, qui apparaît à son article 1^{er} (aujourd'hui art. L. 141-2 Code de l'éducation) qui concerne certes l'enseignement public mais qu'il faut rappeler :

« *Suivant les principes définis dans la Constitution*, l'État assure aux enfants et adolescents dans les *établissements publics* d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances. L'État prend toutes les dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse ».

C'est placer ainsi l'enseignement public sous la protection de la Constitution et on comprend aussi qu'il ne peut en être autrement pour l'enseignement privé, au sens de la loi de 1959.

La liberté de l'enseignement est, on le sait, le résultat d'une histoire complexe et tourmentée. L'enseignement est intrinsèquement lié à la liberté, liberté d'expression, d'opinion et de conscience. Ces libertés concernent autant le personnel enseignant et les chercheurs que les élèves et les étudiants. L'histoire n'explique pas tout mais, pour la France elle pèse d'un poids très lourd, tant l'enseignement a été l'objet de luttes politiques, philosophiques et religieuses intenses.

On traitera d'abord des sources de la liberté d'enseignement (I), ensuite plus spécifiquement de l'enseignement libre (II), enfin, en guise de conclusion, on évoquera quelques perspectives pour la liberté de l'école (III).

I. Les sources de la liberté d'enseignement

Il faut distinguer entre les sources constitutionnelles et les sources législatives de la liberté d'enseignement.

1. Sources constitutionnelles

La liberté d'enseignement ne bénéficie pas d'un fondement constitutionnel explicite. Ce silence de la Constitution a, encore une fois, une explication historique.

Les textes constitutionnels français actuels – c'est-à-dire la Constitution du 4 octobre 1958 qui intègre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 – ne contiennent pas l'énoncé d'un principe de liberté d'enseignement. Ces textes font bien référence à la **liberté comme principe fondamental d'organisation sociale** (Déclaration de 1789, articles 1^{er}, 2 et 4), mais ils n'envisagent la question de l'enseignement que sous l'angle de l'égal accès à l'instruction, en particulier le Préambule de 1946 (alinéa 13) :

La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État.

Il faut se reporter à des principes plus généraux qui sous-tendent l'exercice de la fonction d'enseignement, spécialement ceux **de liberté d'opinion et de liberté d'information**. La liberté d'opinion est garantie par la Déclaration de 1789 (art. 10) qui énonce que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* » et par le Préambule de 1946 (alinéa 5) rappelant que « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Tandis que la liberté d'information découle de l'article 11 selon lequel « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

Enfin, le principe de laïcité pèse d'un grand poids dans le domaine de l'enseignement, comme l'histoire le montre aisément. L'article 1^{er} de la Constitution de 1958 selon lequel « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* » fait du principe de laïcité un principe majeur de la République dont les effets sont fondamentaux dans l'enseignement.

Sa combinaison avec l'existence constitutionnellement garantie d'un enseignement public dessine les traits principaux des problématiques relatives à la liberté d'enseignement.

En l'absence d'un principe explicitement inscrit dans la Constitution, c'est en faisant référence à la continuité de la législation républicaine que le Conseil constitutionnel a tiré un « principe fondamental reconnu par les lois de la République », type de principe à valeur constitutionnelle, qu'il a nommé **liberté d'enseignement**.

Dans sa décision du 23 novembre 1977⁵, le Conseil constitutionnel fait référence à une loi de 1931 et en tire la conclusion que le principe de la liberté d'enseignement « *qui a notamment été rappelée à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle* ». (C'est ainsi marquer que ces Constitutions ont repris à leur compte, en tant que règle constitutionnelle, ce que les Républiques précédentes avaient énoncé).

Le Conseil constitutionnel a précisé ensuite que ce principe constitutionnel de la liberté d'enseignement s'appliquait aux formations de l'enseignement supérieur⁶.

Le Conseil constitutionnel ne s'est d'ailleurs pas limité à l'énoncé de ce seul principe constitutionnel. Dans la même décision de 1977, il précise que « *l'affirmation par le même Préambule de la Constitution de 1946 que 'l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État' ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé, **non plus que l'octroi d'une aide de l'État à cet enseignement dans des conditions définies par la loi*** ».

C'était rappeler ainsi l'existence et la légitimité d'un enseignement privé comme d'un enseignement public ainsi que la possibilité d'une aide publique destinée à cet enseignement privé.

La jurisprudence constitutionnelle est venue ensuite préciser certains éléments de la liberté d'enseignement, sur trois points particulièrement.

⁵ n° 77-87 DC, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec. 42 ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 25.

⁶ décision n° 99-414 DC, 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, Rec. 92

i. Le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé la **nécessité d'une conciliation entre l'aide apportée par l'État à l'enseignement privé et les nécessités de l'équilibre économique et financier fixé par la loi de finances**, considérant que cette conciliation « *ne porte pas atteinte à la liberté de l'enseignement* »⁷.

ii. Le juge constitutionnel a ensuite énoncé que le « **caractère propre** » des établissements d'enseignement privé était nécessaire à la préservation de la liberté d'enseignement⁸.

iii. Enfin, le Conseil constitutionnel a **fixé certaines limites d'intervention du législateur dans le domaine de l'exercice de la liberté d'enseignement**, en précisant que « *les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté d'enseignement dépendent de décisions des collectivités territoriales, et ainsi puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire* »⁹.

Liberté du personnel enseignant.

La liberté d'enseignement suppose évidemment la liberté du personnel enseignant. Au-delà des normes constitutionnelles générales relatives à la liberté d'opinion, déjà citées, le Conseil constitutionnel a apporté des précisions importantes concernant la liberté des professeurs.

Ainsi, dans la décision du 18 janvier 1985 (précitée), le Conseil a insisté sur le fait que si l'obligation de respecter le caractère propre de l'établissement privé « *ne peut être interprétée comme permettant qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des maîtres, qui a valeur constitutionnelle, [elle] impose à ces derniers d'observer dans leur enseignement un devoir de réserve* ».

Ces principes, applicables aux professeurs de l'enseignement secondaire particulièrement, ne s'adressent pas aux professeurs de l'enseignement supérieur. Selon le Conseil constitutionnel, les professeurs et les chercheurs de l'enseignement supérieur bénéficient de garanties spécifiques, tenant à la nature de leurs fonctions et au public adulte auxquels ils s'adressent.

Le Conseil insiste en 1984 sur le fait que « *par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* »¹⁰. Il ajoute

⁷ décision n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec. 94

⁸ décision n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Loi portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales (dite « loi Chevènement »)*, Rec. 36

⁹ décision n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales (dite « révision de la loi Falloux »)*, Rec. 9 ; reprise de n° 84-185 DC, précitée

¹⁰ décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Libertés universitaires* (Rec. 30),

spécialement que pour le corps des professeurs « *auxquels la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques* »¹¹.

Certes, les professeurs de l'enseignement supérieurs, comme l'ensemble des universitaires, ne sont pas entièrement libres de leur enseignement et de leur propos. La législation leur impose de respecter un équilibre entre leur liberté d'expression et, « conformément aux traditions universitaires, les principes de tolérance et d'objectivité »¹².

2. Sources législatives

On est en présence d'un ensemble législatif complexe, codifié aujourd'hui dans un « *Code de l'éducation* » qui rassemble, depuis 1999, en un même document près de 120 lois différentes¹³. Cet ensemble de lois n'est pas seulement d'origine républicaine comme on le laisse penser fréquemment. Qu'on pense d'abord à la loi Guizot de 1833 instituant le principe d'un enseignement primaire, qui est la première loi par laquelle on se préoccupe de l'enseignement élémentaire en-dehors de la tutelle de l'Église catholique. Qu'on pense ensuite à la célèbre loi Falloux du 15 mars 1850 sur la liberté de l'enseignement secondaire qui a permis le développement de l'enseignement des collèges et de Lycées, et dont la pérennité est remarquable, en ce qu'elle est l'un des fondements de l'enseignement libre. Qu'on pense enfin à la loi Dupanloup du 12 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur, qui a permis de diversifier les établissements d'enseignement libre par la création de « Facultés libres », créées aux côtés de l'Université impériale de Napoléon Bonaparte.

Du point de vue législatif et réglementaire, le droit de l'éducation forme aujourd'hui un corpus considérable, dont la précision n'a rien à envier à d'autres domaines du droit, comme le droit du travail ou de la protection sociale. Cette législation est tout à fait disproportionnée en ce qu'elle cherche à tout réglementer, à créer de très nombreux droits (et moins souvent des devoirs...) pour les professeurs, les élèves, les personnels administratifs et techniques, à multiplier les organes de direction, d'orientation et de contrôle, ce qui explique une administration pléthorique et très fortement centralisée là où il faudrait déconcentrer et décentraliser en faisant confiance en particulier aux collectivités territoriales et à l'échelon des directeurs d'établissement. Mais cette

¹¹ même décision, § 20 ; principes repris dans la décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Établissements universitaires dérogatoires*, Rec. 204

¹² Art. L. 952-2 du Code de l'éducation : « Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité. »

¹³ On renvoie en particulier au commentaire général de ce Code de l'éducation publié aux éditions Dalloz.

centralisation va de pair avec la forte syndicalisation du milieu éducatif, les syndicats participant de façon majeure au pilotage de l'institution. Il y a là un élément bridant la liberté éducative et donc, de façon plus générale, la liberté de l'école.

Si ce droit de l'éducation est fondé sur la législation ancienne qu'on vient de citer, ce sont les grandes lois républicaines de la III^e République qui ont fixé l'armature de ce droit. Ainsi, la loi du 16 juin 1881 instaure la gratuité de l'enseignement primaire public (art. L. 132-1 du Code de l'éducation), la loi Ferry du 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire et l'enseignement primaire (art. L. 131-1)¹⁴, la loi Goblet du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire et laïcisant le personnel enseignant (art. L. 141-5), ou encore la loi Astier du 25 juillet 1919 sur l'enseignement technique.

Enfin, c'est évidemment la loi Debré de 1959 sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés qui forme encore l'essentiel de l'armature juridique de l'enseignement libre et qui est intégrée au Code de l'éducation.

Bien entendu il faudrait ajouter, depuis, de très nombreuses lois qui sont venues modifier et surtout ajouter des dispositions législatives précisant ce régime législatif.

II. L'enseignement libre

Historiquement, l'enseignement privé précède l'enseignement public, puisqu'il est organisé sous l'autorité de l'Église catholique dès le Moyen Âge, mais la distinction public/privé n'a pas réellement de sens, dans la mesure où l'idée même de service public n'a pas de réalité.

Il faut donc parler d'un enseignement confessionnel, qui n'est pas dégagé, à l'origine, de l'autorité ecclésiastique. Du point de vue historique encore, il faut aussi distinguer selon les régions françaises, certaines régions du sud de la France ayant, très tôt, fondé des écoles municipales non confessionnelles, alors que le nord de la France possédait des écoles paroissiales catholiques et l'est de la France des écoles réformées.

¹⁴ Il faut y ajouter l'article L. 131-2, al. 1^{er} du Code de l'éducation dont l'origine est dans la Loi Ferry de 1882 et qui énonçait : « 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 ». Cette précision illustre que l'instruction en famille, tant réduite par la législation actuelle, est l'un des piliers de l'enseignement inscrit par Jules Ferry dans les principes de l'enseignement républicain.

La rédaction actuelle, depuis la loi de 2021 dite « loi séparatisme » est largement modifiée : « Art. L. 131-2 (*L. n° 2021-1109 du 24 août 2021, art. 49*) « L'instruction obligatoire est donnée dans les établissements ou écoles publics ou privés. Elle peut également, par dérogation, être dispensée dans la famille par les parents, par l'un d'entre eux ou par toute personne de leur choix, sur autorisation délivrée dans les conditions fixées à l'article L. 131-5. » (C'est nous qui soulignons). Je remercie mon collègue Jean-Didier Lecaillon pour cette précision apportée lors du débat suivant la conférence.

Au XIX^{ème} siècle, la suppression du monopole de l'Université par la **loi Guizot du 28 juin 1833** va permettre l'ouverture d'écoles primaires libres.

Et surtout la **loi Falloux du 15 mars 1850** permet la création d'établissements d'enseignement secondaire, mais maintient un contrôle des autorités ecclésiastiques sur l'ensemble de l'enseignement. Ainsi, les collectivités publiques, locales particulièrement, peuvent attribuer aux établissements libres un local et leur donner une subvention qui ne peut dépasser un dixième des dépenses annuelles de l'établissement. Cette règle va connaître une pérennité étonnante, y compris sous le régime républicain.

Avec l'avènement définitif de la République, la « guerre scolaire » va opposer les deux types d'enseignement, public et privé.

Le **décret de Jules Ferry du 29 mars 1880** interdit aux membres des congrégations religieuses « non autorisées » d'enseigner, ce qui porte un coup d'arrêt aux écoles tenues par des religieux.

Dans le même temps, l'enseignement primaire public est organisé et le principe de l'obligation scolaire posé (1882). La loi de 1901 et celle de 1904 sur les congrégations religieuses vont conduire soit à l'arrêt de l'enseignement primaire et secondaire, soit à une forme de « laïcisation » de certaines congrégations religieuses, obligées par exemple de quitter leur habit religieux pour pouvoir continuer à enseigner. Plus généralement, la loi du 9 décembre 1905 sépare les Églises de l'État, ce qui produit des effets sur la place des ecclésiastiques dans l'enseignement.

L'enseignement privé va exister alors sans véritable soutien des autorités publiques, même si les dispositions de la loi Falloux lui assurent un minimum de subventions publiques.

Certaines lois particulières vont cependant permettre son maintien et même son développement : loi Astier de 1919 sur l'enseignement technique, loi Marie-Barangé de 1951 sur les subventions et bourses. Mais c'est **surtout la loi Debré du 31 décembre 1959** qui va stabiliser, pacifier et organiser les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés : elle fixe les règles principales en cette matière, encore valables aujourd'hui.

Le principe général est celui posé à l'article premier de la loi : *« l'État proclame et respecte la liberté de l'enseignement et en garantit l'exercice aux établissements privés régulièrement ouverts »*.

Ces règles seront renforcées par la loi dite Guerneur du 25 novembre 1977, puis modifiées par la loi dite Chevènement du 25 janvier 1985. Un accord de 1992 entre le ministre de l'Éducation nationale, J. Lang, et le responsable de l'enseignement catholique, le chanoine Cloupet, (d'où le

nom d'*Accord Lang-Cloupet*) a permis de mettre fin à des conflits latents entre l'État et l'enseignement catholique.

Enfin, une tentative de révision de la loi Falloux de 1850, destinée à faciliter les subventions des collectivités territoriales aux établissements privés, sera largement censurée en 1994 par le Conseil constitutionnel¹⁵.

Chacune de ces lois, ou presque, donnera lieu à de vifs débats publics et à des tensions politiques majeures, ce qui montre que le débat sur l'existence d'un enseignement libre en France est toujours une plaie ouverte dans notre pays. Plusieurs points doivent être soulignés :

- La liberté d'enseigner.
- La liberté de création des établissements.
- Les subventions publiques aux établissements privés.
- Le contrôle de l'État.

1. La liberté d'enseigner

On a vu ci-dessus que le principe de la liberté d'enseignement n'est pas explicitement inscrit dans les textes constitutionnels et législatifs français. C'est le Conseil constitutionnel qui a reconnu la « liberté d'enseignement » comme un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » et qui lui a donné valeur constitutionnelle en 1977¹⁶.

Mais le Conseil va plus loin dans cette même décision en précisant : « l'affirmation par le Préambule de la Constitution de 1946 que '*l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État*' ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé, non plus que l'octroi d'une aide de l'État à cet enseignement dans des conditions définies par la loi ».

Cette consécration constitutionnelle est essentielle, en ce sens que, pour le juge constitutionnel, la liberté de l'enseignement suppose la coexistence d'un enseignement public et d'un enseignement privé.

Le Conseil constitutionnel a ensuite apporté des précisions importantes concernant la liberté d'enseigner pour les professeurs. Dans une décision concernant la *Loi portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales (dite « loi Chevènement »)*¹⁷, le Conseil

¹⁵ Décision n° 93-329 DC, 13/1/1994, *Révision de la loi Falloux*, Rec. 9, et loi du 21/1/1994, J.O., 22/1/1994

¹⁶ Décision n° 77-87, 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, précitée

¹⁷ Décision n° 84-185 DC du 18/1/1985

énonce que le « *caractère propre* » des établissements d'enseignement privé, particulièrement leur caractère confessionnel, est nécessaire à la préservation de la liberté d'enseignement.

Mais, dans la même décision, le Conseil précise que si l'obligation de respecter le caractère propre de l'établissement privé « *ne peut être interprétée comme permettant qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des maîtres, qui a valeur constitutionnelle, [elle] impose à ces derniers d'observer dans leur enseignement un devoir de réserve* ».

Ainsi, il doit exister un équilibre, dans la liberté d'enseigner, entre le respect du caractère propre de l'établissement par les professeurs qui leur impose un devoir de réserve, et les exigences du respect de leur liberté de conscience, qui résulte tant de la Déclaration de 1789 (article 10) que du Préambule de 1946 (alinéa 5), sous le contrôle du juge constitutionnel, du juge administratif et du juge judiciaire, selon les actes en cause, lois, actes administratifs, contrats de travail.

Ainsi encore, le juge administratif, en l'espèce le Conseil d'État, admet qu'un établissement d'enseignement privé puisse rappeler dans son règlement intérieur applicable au personnel enseignant les exigences liées au caractère propre de l'établissement dès lors que « *celui-ci précise, d'une part, que le respect du caractère propre de l'établissement ne saurait permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des intéressés, et d'autre part, que les obligations qui en résultent doivent s'apprécier en égard à la nature des fonctions exercées par les personnels qui y sont soumis*¹⁸ ».

La Cour de cassation a eu une attitude plus restrictive quant à la liberté personnelle des enseignants, lorsqu'elle décide que la rupture du contrat de travail d'un professeur, motivée par son remariage après divorce, n'est pas fautive de la part de l'établissement d'enseignement, parce que le contrat de travail comportait une clause expresse et déterminante sur l'importance attachée par l'établissement au principe catholique de l'indissolubilité du mariage pour ses personnels¹⁹.

2. La liberté de création des établissements

En application du principe de la liberté d'enseignement, l'ouverture d'un établissement privé d'enseignement est soumise à un régime de déclaration et non d'autorisation.

Pour les établissements d'enseignement primaire, le maire de la commune délivre une reconnaissance de déclaration, pour l'enseignement secondaire, c'est l'inspecteur d'académie, pour les établissements d'enseignement supérieur, c'est le recteur d'académie. Le récépissé de la déclaration d'ouverture doit être communiqué, selon les cas, au procureur de la République, au

¹⁸ C.E., 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph c/ Vivien et autres*, Rec. 223.

¹⁹ Cass., Assemblée plénière, 10/1/1978, *Dame Roy c/ Association Ste Marthe*, *Bulletin civil*, ass. plén., n° 1, D, 1978, J., p. 341, concl. Schmelck, note Ph. Ardant.

préfet, au ministre de l'Éducation nationale. Ceux-ci peuvent faire opposition, pour des raisons tenant à l'absence de capacité (civile ou de diplômes), ou de moralité du créateur de l'établissement, ou encore pour non-conformité des locaux aux conditions d'hygiène ou de sécurité. Cette opposition peut faire l'objet d'un recours devant le conseil académique de l'Éducation nationale et éventuellement devant le juge administratif. En toute hypothèse, les locaux sont soumis à une inspection administrative et le corps enseignant à une inspection académique, d'autant plus s'il s'agit d'établissements sous contrat avec l'État.

La loi du 13 avril 2018 et la loi du 24 août 2021, dite de lutte contre le « séparatisme » sont venues renforcer les contrôles préalables à la création des nouvelles écoles. Ainsi « *l'autorité compétente de l'État en matière d'éducation, le maire, le représentant de l'État dans le département [comprendre le préfet] et le procureur de la République peuvent former opposition à l'ouverture de l'établissement*²⁰ ».

Quant aux relations avec l'État, trois régimes existent. Les établissements peuvent ne passer aucun contrat avec l'État. Ils restent cependant soumis à certains contrôles : titres et diplômes exigés pour le directeur et les professeurs, respect de l'obligation scolaire, respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, prévention sanitaire et sociale.

La loi Debré de 1959 organise deux types de contrats : les contrats simples et les contrats d'association. Le contrat simple y est défini : « *Les établissements privés du premier degré peuvent passer avec l'État un contrat simple suivant lequel les maîtres agréés reçoivent de l'État leur rémunération, qui est déterminée compte tenu notamment de leurs diplômes et des rémunérations en vigueur dans l'enseignement public*²¹ ». Il peut porter sur certaines classes seulement de l'établissement. Il concerne, en pratique, l'enseignement primaire. L'établissement doit répondre à des exigences de qualification des maîtres, de durée de fonctionnement, de nombre d'élèves, de conditions de sécurité et de salubrité des locaux. Ce contrat comporte un droit de contrôle pédagogique et financier par l'État (les communes pouvant participer aux dépenses de l'établissement), il peut être résilié si les conditions exigées ne sont plus réunies.

Le contrat d'association est le plus pratiqué ; il concerne environ un million d'élèves. Outre les conditions exigées pour le contrat simple, l'établissement doit correspondre à un « besoin scolaire reconnu » notion assez floue, qui intègre les schémas prévisionnels, les plans régionaux en matière d'éducation.

²⁰ art. L. 441-1 Code éducation

²¹ article 5 de la loi (art. L. 442-12 du code de l'éducation)

Dans les établissements ayant signé un contrat d'association avec l'État, l'enseignement est dispensé selon les programmes du secteur public et les maîtres sont payés par l'État. Le préfet est compétent pour la signature de ce type de contrat.

Un décret du 28 juillet 1960 fixe les règles de participation financière de l'État à ces établissements, qu'on appelle « forfait d'externat ». Il s'agit d'une subvention de fonctionnement (hors salaire du corps enseignant) destinée à couvrir des dépenses de fonctionnement, forfait qui peut donner lieu à une inscription d'office par le préfet sur le budget communal, en cas de résistance de la commune. Ce « forfait d'externat » a donné lieu, pendant de longues années, à un conflit entre le ministère de l'Éducation nationale et l'Enseignement catholique, portant sur l'appréciation des besoins couverts et le coût de chaque élève. L'*Accord Lang-Cloupet* du 13 juin 1992 a mis fin à ce conflit en accordant 1,8 milliard de Francs à l'enseignement catholique, étalé sur plusieurs années.

Le décret du 18 mai 1977 fixe les règles concernant la scolarité des élèves et le régime organisant le passage de ceux-ci de l'enseignement public à l'enseignement privé et vice-versa. Le décret du 22 avril 1960 organise l'enseignement religieux, soit aux heures laissées libres dans l'emploi du temps, soit en début ou en fin de demi-journée.

Le corps enseignant est lié à l'État par un contrat qui conduit à l'assimilation du régime de ces enseignants avec ceux de l'enseignement public, y compris sur le plan de leur rémunération et de leur régime disciplinaire. Leur liberté de conscience est affirmée, mais on a vu (*supra*) que cette liberté doit être conciliée, sous le contrôle du juge, avec le respect du « caractère propre » de l'établissement.

3. Les subventions publiques aux établissements privés

Le montant des rémunérations des maîtres de l'enseignement privé sous contrat est fixé dans la loi de finances annuelle de l'État. Il s'agit donc d'une véritable prise en charge par l'État des rémunérations du corps enseignant. Les critères sont le nombre d'élèves, et les différentes formations dispensées au sein de l'établissement. Les dépenses de fonctionnement donnent lieu à des versements forfaitaires.

Mais, en ce qui concerne les subventions d'équipement, l'enseignement privé est régi par des règles fort différentes selon les ordres d'enseignement, qui conduisent à de très grandes disparités, fruit de l'histoire et des « guerres scolaires » successives.

Pour l'enseignement primaire, toute subvention d'investissement est prohibée, depuis la loi Goblet du 30 octobre 1886. Les collectivités locales sont souvent tentées de passer outre cette restriction légale, mais la sanction du juge administratif est certaine (C.E., 28 avril 1995, *Diard*).

Pour l'enseignement secondaire, l'article 69 de la loi Falloux de 1850 fixe au dixième des dépenses annuelles de l'établissement le montant maximum des subventions d'investissement susceptibles d'être accordées aux établissements d'enseignement secondaire privé, après avis du conseil académique, mais ne concerne pas les garanties d'emprunt accordées par les collectivités territoriales à ces établissements²². La loi Falloux de 1850 n'ayant pas pu prendre en considération les régions (collectivités territoriales créées en 1982), le Conseil d'État a accepté d'étendre le champ d'application de cette loi aux régions²³. Cette extension aux régions limite leurs possibilités d'intervention aux conditions de la loi Falloux, qui sans cette assimilation, auraient pu être étendues. Plus généralement, la tentative législative de faire disparaître la limitation inscrite dans la loi Falloux a échoué, le Conseil constitutionnel sanctionnant l'absence de limitation au nom du principe d'égalité, certaines collectivités pouvant décider de subventions importantes et d'autres de ne pas subventionner²⁴.

Pour ce qui concerne les établissements d'enseignement technique, la loi Astier de 1919 n'impose aucune restriction aux collectivités territoriales, qui sont libres de subventionner ces établissements. Cette liberté vaut pour toutes les collectivités territoriales²⁵.

Pour l'enseignement supérieur privé, l'attribution de subventions par les collectivités territoriales est autorisée par la législation en vigueur et acceptée par le juge administratif²⁶.

4. Le contrôle de l'État

Le contrôle par l'État des établissements d'enseignement privé est plus ou moins étendu selon que l'on se situe dans le cadre d'un contrat simple ou d'un contrat d'association. Limité au minimum pour le contrat simple, il est évidemment plus étendu pour les établissements sous contrat d'association. Il touche les maîtres et le respect des programmes déterminés par l'État. Ce contrôle est fortement renforcé depuis les lois de 2018 et 2021.

Mais, on l'a vu, c'est le respect des conditions financières d'aides par des collectivités publiques qui constitue le moyen le plus strict et le plus efficace de contrôle par l'État.

Pour conclure, le caractère de l'enseignement catholique est marqué aujourd'hui par une revendication que l'on peut qualifier « d'identitaire » par une partie des parents qui font appel à

²² C.E., Ass., 6 avril 1990, *Département d'Ille-et-Vilaine* et C.E., Ass., 6 avril 1990, *Ville de Paris et École alsacienne*, *AJDA*, 1990, p. 562, chronique E. Honorat et E. Baptiste, p. 519

²³ C.E., 10 novembre 1993, *Préfet de la Région Ile-de-France*, *Rev.* 318 ; *RDP*, 1994, p. 552, concl. S. Fratacci

²⁴ décision n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, précitée

²⁵ C.E., 18 novembre 1998, *Région Ile-de-France*, *AJDA*, 1999, p. 371, concl. L. Touvet

²⁶ CAA Lyon, 17 juin 1999, *Fédération des œuvres laïques du Rhône et autres* et *Communauté urbaine de Lyon*, *LPA*, n° 65, 31 mars 2000, p. 12, note J. Trémeau et C. Cammarata

l'Enseignement catholique. Il faut souligner une forte tendance à la revendication et à la création d'établissements « hors-contrat », demande des familles pour pouvoir retrouver une identité catholique. C'est une revendication d'une jeune génération catholique, consciente qu'elle est minoritaire, mais à laquelle il faut apporter une réponse.

L'esprit de la loi Debré de 1959 n'était certainement pas celui-ci. Au contraire, il a permis un développement largement pacifié, même s'il n'a pas été exempt de crises. Mais un renouveau identitaire de l'enseignement catholique est possible et, à mes yeux du moins, souhaitable. Il peut trouver dans la Constitution des éléments solides pour son développement, comme il les a trouvés en 1959 et depuis 1959 jusqu'à aujourd'hui.

III. Quelles perspectives pour la liberté de l'école ?

En guise de conclusion, quelques réflexions :

i. La liberté de l'école est toujours à défendre. La loi du 24 août 2021, après la loi de 2018 sur le contrôle des établissements libres le montre de façon éclatante.

ii. Certains événements l'illustrent aisément : affaire du directeur d'établissement catholique de Pau²⁷, attaques contre le Collège Stanislas à Paris ... Ajoutons les pressions et menaces exercées par des islamistes radicaux : affaire du proviseur menacé du Lycée Maurice-Ravel à Paris.

iii. Des rapports divers illustrent combien les grands équilibres de la loi Debré de 1959 sont susceptibles d'être remis en question : rapport de la Cour des comptes sur le financement de l'enseignement privé, juin 2023 ; rapport parlementaire d'information du 2 avril 2024 à l'Assemblée nationale en conclusion des travaux de la mission d'information relative au financement public de l'enseignement privé sous contrat.

iv. On assiste à des modifications majeures des grands équilibres entre les différents secteurs de l'enseignement : enseignement public, enseignement sous contrat (d'association et simple), enseignement hors contrat :

- La diminution constante des effectifs d'élèves, du fait de la démographie. 12,6 millions d'élèves (1^{er} et 2nd degrés). Mais 3000 fermetures de classes dans l'enseignement public et privé sous contrat à la rentrée 2024 !

- L'augmentation constante des établissements hors contrat et donc du nombre d'élèves scolarisés dans ces établissements : 99 nouvelles écoles et donc création de 300 classes ! 10 fermetures d'écoles seulement. La crise démographique ne touche pas les écoles hors contrat (Hors

²⁷ Le directeur de l'établissement ayant été suspendu de ses fonctions en juin 2024 par Madame le Recteur de l'académie de Bordeaux

contrat : 4,4 % des écoles de France - et 7% dans l'enseignement secondaire -, soit 130.000 élèves pour 2574 écoles). Un équilibre modifié entre les établissements confessionnels et non confessionnels, du fait de la déchristianisation (73% d'écoles aconfessionnelles ; 16,4% catholiques ; 3,7% musulmanes ; 3,6% juives ; 3,3% protestantes).

- Le renforcement des établissements hors contrat catholique par des communautés traditionnelles.

v. Quel positionnement des institutions catholiques en présence de ces évolutions ?

La structure de l'Enseignement catholique (secrétariat général, directeurs diocésains, ...), avec ses 2 millions d'élèves, 7220 établissements, 138. 000 personnels enseignants, est-elle toujours adaptée à une grande variété des établissements et des publics concernés ?

L'Église est-elle attentive, autant qu'elle le devrait, aux établissements catholiques hors contrat ? aux parents, aux élèves, aux professeurs, aux personnels de direction et d'encadrement ? Est-ce qu'il n'y a pas ici une « zone grise » d'ignorance réciproque, d'incompréhension, de manque d'intérêt des responsables de l'Église catholique de France ? On peut poser, je crois, la question.

vi. Nécessité, enfin, d'une grande vigilance sur la question de la liberté d'enseignement, pour tous les ordres d'enseignement : du primaire au supérieur.

Echange de vues

Marie-Joëlle Guillaume

Une chose m'a frappée : la récurrence dans votre exposé du verbe « garantir ». L'État « garantit », et il garantit une liberté. Or ce n'est pas tout à fait le sentiment que nous avons aujourd'hui de la manière dont il agit. Tout cela était très intéressant à rappeler, ainsi que la notion d'équilibre, qui est un élément très important dans ce domaine de la liberté d'enseignement et de l'éducation.

Vous avez commencé en citant des articles du *Catéchisme de l'Église catholique* sur les devoirs des parents et sur leurs droits. Compte tenu de ce rappel, nous sommes précisément en droit de nous demander : « Où en sommes-nous aujourd'hui ? ». Car les parents semblent de plus en plus mis de côté.

Jean-Didier Lecaillon

Il y a une situation supplémentaire qui me semble ne pas avoir été évoquée bien que tu aies terminé sur les écoles hors contrat. Je pense au développement, mais aussi aux menaces qui

pourraient être effectives envers la pratique de « l'école à la maison » ; je voudrais savoir si cette formule entre également dans le cadre législatif que tu as dépeint très précisément et très complètement, ce dont je te remercie ; est-ce hors-sujet et si ce n'est pas le cas, qu'en est-il des possibilités de respecter cette liberté ? Il me semble que c'est un point d'une grande actualité.

Guillaume Drago

Jean-Didier Lecaillon a raison de rappeler l'importance de « l'école à la maison », je reconnais là un oubli coupable ! J'avais travaillé cette question, lorsqu'elle a été traitée par le législateur de la plus mauvaise façon qui soit, c'est-à-dire en restreignant au strict minimum les possibilités de l'école à la maison, et je m'étais reporté alors à la loi Jules Ferry de 1882 qui dit : « *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* »²⁸. Cela énonçait de façon très claire, comme étant un élément fondamental de l'exercice des modalités d'enseignement, l'exercice de l'école à la maison, « *dans les familles* ». On l'a tout à fait oublié, or c'est inscrit dans une loi proprement républicaine ! L'école à la maison, ce n'est pas le refus de l'enseignement, c'est, selon la loi Ferry, une véritable forme de l'enseignement, et donc de la liberté d'enseignement.

Aujourd'hui on a beaucoup réduit cette liberté d'enseignement à la maison en restreignant considérablement les cas aux enfants déscolarisés, aux enfants malades, aux enfants des familles qui sont destinées à voyager du fait de leur métier, etc. Autrefois, en considération de la loi Ferry, c'était un mode d'enseignement qu'on pouvait choisir de façon beaucoup plus libre. Il y a eu un certain nombre de contentieux portés devant la juridiction administrative, et malheureusement la juridiction administrative a confirmé la légalité des décisions qui avaient été prises, ce qu'à mon sens il faut regretter considérablement. De fait, c'est un vrai sujet.

Nicolas Aumonier

J'aime bien rappeler, parce que cela marque tout de même le débat, qu'en juin 1960, quatre cent mille militants laïcs (et ils représentaient près de 11 millions de pétitionnaires) se sont rassemblés sur la pelouse du Bois de Vincennes et ont prêté le « Serment de Vincennes » : « *Nous faisons le serment solennel, premièrement, de manifester en toutes circonstances et en tout lieu notre irréductible opposition à cette loi contraire à l'évolution historique de la nation, deuxièmement de lutter sans trêve et sans défaillance jusqu'à son abrogation, troisièmement d'obtenir que l'effort scolaire de la République soit uniquement réservé à l'école de la nation, espoir de notre jeunesse* ».

²⁸ aujourd'hui article L. 131-2 du code de l'éducation

Soixante-quatre ans plus tard, je pense qu'il est utile de ne pas faire comme si ces forces dont nous ne partageons pas ici les convictions historiques, politiques et non inclusives pourrions-nous dire, n'existaient pas. C'est mon premier point.

Mon deuxième point consiste à partager avec vous une information. Vous avez dit au cours de votre intervention que la liberté de l'enseignement était totale dans l'enseignement supérieur. J'enseigne en philosophie, en histoire des sciences, en philosophie des sciences et en bioéthique à l'université de Grenoble, et je dois dire que nous passons notre temps à nous autocensurer. Car si, en tant qu'enseignants, nous ne présentons pas les choses de manière strictement équilibrée, sous la forme « il y a ceux qui pensent que ..., et puis il y a de l'autre côté ceux qui pensent que ... », on se fait hacher ! On ne peut pas dire n'importe quoi, il y a un devoir de vérité. Mais dans le supérieur, au moindre écart on est aussitôt sanctionné. Donc je ne vois pas très bien comment, d'un point de vue juridique, on peut dire que la liberté totale de l'enseignement s'applique concrètement.

Ensuite dans votre conclusion, vous avez dit que les conditions actuelles de l'encadrement administratif de l'enseignement libre pouvaient être amenées à être modifiées, quelles seraient vos propositions de réforme ?

Guillaume Drago

Il est évident, je l'ai dit en quelque sorte dans ma conclusion, que tout un ensemble de forces dans ce pays n'ont absolument pas abdiqué l'idée de mettre fin à l'existence même d'un enseignement libre. D'ailleurs, vous vous souvenez de cet article de la loi Peillon de 2013 qui disait qu'il fallait délivrer l'enfant « de tous ses déterminismes familiaux ». S'il faut le délivrer, c'est pour le faire aller quelque part, donc cela tient à des courants de pensée dont on n'a pas besoin de préciser la nature, qui sont bien connus et n'ont certainement pas désarmé. C'est pour cela que je soulignais l'importance de défendre la liberté d'enseignement dans toutes ses composantes ; c'est le premier point.

Je n'ai pas voulu m'étendre sur l'enseignement supérieur, car mon sujet était la liberté de l'école. Mais il est évident que la loi - ou du moins, les lois anciennes universitaires et la loi de 1968 puis la loi de 1984 - a fixé et fixe clairement dans un article la nécessité de présenter un enseignement objectif. Le mot même « objectivité » est employé par la loi et explique que le professeur, le personnel d'enseignement du supérieur, doit conserver une forme de réserve dans son enseignement²⁹. Cela veut dire : ne pas faire preuve d'un enseignement de type idéologique orienté.

²⁹ Art. L. 952-2 du code de l'éducation : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement* »

La conclusion, vous l'avez très bien exprimée, consiste à dire que cet enseignement doit rester équilibré ; il doit présenter différents points de vue sur telle ou telle question, qu'elle appartienne au domaine des sciences, au domaine du droit, au domaine des sciences humaines, de l'histoire, etc. C'est évidemment une obligation.

Mais justement le Conseil constitutionnel, lorsqu'il a fixé en 1984 à l'occasion de la loi Savary un principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des professeurs d'université, a dit que par leur responsabilité particulière, du fait de leurs fonctions, les enseignants-chercheurs, les universitaires, bénéficient d'une liberté très supérieure à la liberté des autres ordres d'enseignements primaire et secondaire, et très supérieure aux autres fonctionnaires. C'est un élément constitutif de la liberté constitutionnelle des personnels de l'enseignement supérieur. D'ailleurs la France est un des rares pays à ne pas avoir fixé dans sa constitution cette liberté particulière des personnels d'enseignement supérieur. Elle est inscrite dans la constitution en Espagne, en Italie, en Allemagne. Pour les Anglais ce n'est même pas la peine, ils n'ont pas besoin de constitution pour que leurs universitaires parlent librement.

Il s'agit ainsi davantage d'une question de déontologie personnelle. Evidemment, dans un cours de droit, on peut avoir des positions très fortement idéologiques et ne présenter le droit de la famille ou le droit du mariage comme n'étant par essence que l'union d'un homme et d'une femme. Mais à ce moment-là, on ne respecterait pas la présentation de la loi telle qu'elle est depuis 2013, alors qu'il faudrait le faire. Je crois qu'on peut le faire mais en disant : voilà, je vous explique mon point de vue. Quand, dans mon enseignement, je ressens la nécessité de présenter un point de vue personnel, je le dis de façon de façon très nette. Je crois que les personnels universitaires bénéficient d'une protection constitutionnelle qui relève d'un principe fondamental reconnu par la République, bien que le Conseil constitutionnel ait, au fil de ses décisions, réduit un peu l'importance de ce principe - ce que personnellement je regrette. Il reste que ce principe existe.

Quant au sujet des perspectives d'une meilleure relation entre l'Église et les écoles libres au sens le plus général du terme, je crois qu'il y a deux points de vue à considérer.

Il y a d'abord une question d'organisation. La question que je pose est la suivante : est-ce que le secrétariat général de l'enseignement catholique, l'organisation de l'enseignement catholique, qui est quand même très fortement calquée sur l'Éducation nationale pour une part, ne devrait pas s'interroger sur son fonctionnement ? N'est-on pas en présence d'une espèce de seconde bureaucratie qui vient doubler celle de l'Éducation nationale ? Quant au respect du caractère propre des établissements catholiques, je ne dis pas qu'il n'est pas défendu par l'enseignement catholique,

et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité. »

car celui-ci a un propos très clair - il a par exemple un document tout à fait net sur la notion de caractère propre qui est très utile. Mais est-ce que ce dernier est réellement défendu dans la pratique, défendu à l'égard de l'Éducation nationale ? Je pense qu'il faudrait en tout cas que ces responsables s'interrogent un peu plus là-dessus.

Le deuxième point qui me paraît beaucoup plus fondamental, parce que c'est en réalité la question de fond, est celui-ci : que font les évêques de France dans leur relation avec l'ensemble des chrétiens qui mettent leurs enfants à l'école ? Car nous avons parlé de l'enseignement catholique principalement sous contrat. Nous avons parlé aussi de l'enseignement hors contrat, dont j'ai dit quelle importance il prenait. Mais il y a aussi des catholiques dans l'enseignement public, dans le domaine de l'enseignement supérieur. J'en donnerai simplement une illustration très rapide. Chaque année depuis que je suis professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas, j'ai pris contact avec l'aumônier d'Assas qui est un homme tout à fait charmant. A chaque fois je lui ai dit : « Vous vous occupez des étudiants, c'est formidable, évidemment c'est le cœur de votre apostolat. Mais n'oubliez pas qu'il y a les professeurs, et que ces professeurs enseignent le droit, l'économie et la gestion... Sur ces questions-là, avoir un contact avec les professeurs est un élément majeur ». Quand j'étais doyen de la Faculté de droit de Rennes, j'avais pris contact avec l'aumônier. On s'était d'ailleurs assez bien entendu puisqu'il avait été formé à la Faculté de droit, donc il comprenait à peu près ce que je souhaitais lui dire. Je pense qu'il y a là un enjeu tout à fait essentiel. L'Église doit reconnaître une forme de légitimité et de diversité de l'enseignement catholique tel qu'il se présente. Et il me semble qu'il serait très important que l'Église pratique un principe de réalité par rapport à ce qui se passe réellement dans les familles et dans les écoles.

Dominique de Legge

Vous avez employé des formules, « caractère propre », « liberté de conscience », « liberté d'enseigner », mais est-ce que vous n'avez pas le sentiment que dans la réalité c'est un peu différent ? N'est-ce pas assez théorique ? Il y a des programmes, vous avez évoqué Chevènement, qui a figé maintenant il y a plus de 20 ans, le rapport entre des effectifs du public et du privé à 20/80. Simplement au travers de cet exemple, on voit bien que la liberté théorique de s'installer et d'enseigner est tout de même battue en brèche sur le plan financier et administratif. Et l'on pourrait ajouter, après le programme, les contenus...

Je voudrais tout de même, à côté de cette alerte, partager avec vous une bonne nouvelle : nous avons hier au Sénat questionné le ministre délégué sur la menace des nouveaux programmes en matière d'éducation sexuelle. Il a commencé sa réponse en disant que les premiers éducateurs étaient les parents. On n'avait pas entendu ça depuis très longtemps dans un hémicycle ... Il a

poursuivi en disant que le projet tel qu'il figurait aujourd'hui était totalement inacceptable, et qu'il n'y avait pas de place pour l'idéologie *woke* à l'école. Espérons qu'il aura le temps d'agir.

Guillaume Drago

Merci Monsieur le sénateur. Notons tout de même que quelques heures plus tard la ministre, sans déjuger explicitement son ministre délégué, a quand même rappelé que le programme devrait entrer en vigueur à la rentrée 2025. Elle n'est pas allée complètement dans son sens, malheureusement, mais c'est le propre des majorités composites du point de vue politique, ou de l'absence de majorité.

Sur le fond, il est évident qu'entre les principes et la réalité, il y a une très grande distance, c'est justement là où l'Église de France, et d'ailleurs pas seulement l'Église de France, je dirais les églises chrétiennes, les associations, les mouvements, les fédérations de parents, les fédérations d'écoles, doivent tenir avec une extraordinaire fermeté sur les éléments fondamentaux de cette liberté d'enseignement. Or malheureusement, il faut bien constater, nonobstant les textes officiels du Secrétariat général de l'enseignement catholique, que la question du caractère propre n'a pas été tenue très solidement dans les quarante dernières années, et que si ces éléments avaient été tenus de façon extraordinairement ferme - disons entre 1984, où l'enseignement catholique, enfin les évêques, se sont très fortement engagés pour la défense de l'enseignement libre, et aujourd'hui - il me semble que nous n'en serions pas là. Tout simplement parce qu'à partir du moment où ces principes sont inscrits dans la loi, et qu'ils ont été très précisément interprétés par les juges, il suffit de les faire respecter, au besoin en saisissant le juge, quitte à un certain moment à tendre les relations entre ces établissements libres (qu'ils soient confessionnels ou non) et les autorités académiques, voire le ministre. Je crois qu'il y a aujourd'hui une assez forte prise de conscience de la différence entre les principes et leur application pratique, et qu'il faut que les établissements et les fédérations se saisissent vraiment fortement de ces questions. C'est pour cela que je voulais insister sur ces principes, afin de mettre en avant, comme vous l'avez rappelé, la différence qui existe entre les principes et la réalité.

Général Ract Madoux

Je suis membre du Conseil de tutelle de l'enseignement catholique de la Drôme. [...] Les contrôles ici ne se passent pas trop mal, parce que nous sommes dans une zone où l'esprit n'est pas trop mauvais. En revanche dans certains établissements, ce n'est pas le Serment de Vincennes, mais il y a des professeurs qui sont assez durs et qui freinent les directeurs, ça c'est sûr. A l'évidence ce que vous avez décrit montre qu'il y a du travail sur le terrain : les évêques et les gens de la tutelle

s'investissent, en dépit du fait qu'au niveau national on trouve l'occasion de critiquer tant les évêques que la direction de l'enseignement catholique. Globalement, les choses ne se passent pas trop mal, même s'il y a une réalité d'opposition et de difficulté.

J'ajouterai aussi un mot sur une problématique qui reste très compliquée à gérer pour les acteurs qui sont au contact des élèves et des familles. Car il y a une dynamique que vous ne voyez peut-être pas, mais le fait que *l'islamisme rampant* pousse tout le monde à une laïcité qui est un laïcisme aboutit à ce que dans le collège de ma propre ville dans la Drôme, la directrice m'a expliqué qu'il n'y avait pas d'aumônerie catholique. Et elle n'en veut pas, parce qu'elle ne veut pas que par comparaison les musulmans nous demandent la même chose.

Guillaume Drago

Vous avez raison d'illustrer vraiment à la fois cette difficulté et cette nécessité de relation entre l'évêque du lieu, l'ordinaire du lieu et les établissements catholiques. Ce que je sais de ce point de vue concernant les écoles hors contrat, c'est que dans certains diocèses les évêques ont rédigé et proposé une forme de convention écrite. Je le sais pour le diocèse de Nanterre, je n'ai pas lu cette convention mais je sais qu'elle existe et qu'elle est mise en œuvre. Le diocèse de Nanterre pour les écoles hors contrat passe une forme de convention qui, il me semble, doit avoir principalement deux objets : le respect du caractère propre tel qu'il est défendu par le secrétariat général de l'enseignement catholique, puisque c'est lui qui en a développé les principes ; et puis, évidemment, la question toujours sensible de l'aumônier de ces établissements, car la question qui se pose dans un certain nombre d'établissements hors contrat est de savoir quel est l'aumônier. Est-il sous l'autorité de l'ordinaire du lieu, est-il sous l'autorité d'une congrégation religieuse ou d'une communauté traditionnelle plus ou moins dans le giron de l'Église catholique ? C'est souvent comme cela que se pose le problème.

Le fait d'avoir une convention permet de régler un certain nombre de questions, en particulier les problèmes de reconnaissance par l'évêque d'un aumônier - serait-il extérieur au diocèse, ce qui est souvent le cas. Il faut aussi avoir en tête cette question de la gestion des aumôneries.

Marie-Joëlle Guillaume

Je souhaiterais ici faire le lien avec une autre question épineuse concernant l'entrisme idéologique. Vous nous avez beaucoup parlé au fil de votre exposé de la liberté de conscience des personnels enseignants, et d'une manière générale du respect de la liberté à l'intérieur des établissements. Or à travers les questions d'éducation sexuelle, on voit le rôle de plus en plus fort joué par des ONG qui sont extérieures aux établissements, et il semblerait que dans les trois séances

annuelles qui devraient être consacrées à l'éducation sexuelle on fasse appel à d'autres intervenants qu'aux enseignants eux-mêmes. D'où ce paradoxe : nous voyons que toute une législation très sérieuse a été élaborée au fil du temps pour garantir et protéger les libertés. Et puis, tout à coup, il suffit qu'il y ait une action de force et qu'on ne réplique pas en face pour que tout soit bouleversé. Je trouve cette situation très inquiétante et je voudrais connaître votre réponse en tant que juriste.

Guillaume Drago

Merci de cette question tout à fait tout à fait essentielle, qui est de savoir dans quelles conditions des intervenants extérieurs, que ce soit sur les questions d'éducation sexuelle ou sur d'autres questions (sur des questions historiques, sur des questions d'histoire locale, ou sur des questions d'écologie...) peuvent intervenir.

Tout cela est quand même assez largement organisé par le Code de l'éducation dans ses parties législative et réglementaire. Mais, comme toujours, entre la loi et son application il y a une marge tout à fait importante.

Je crois qu'en ce qui concerne les établissements privés, les établissements catholiques, il y a une possibilité de contrôle supérieur qui correspond justement à l'expression du caractère propre.

Cela consiste à dire : si nous faisons de l'éducation sexuelle, parce que c'est dans les programmes de l'Éducation nationale et qu'un établissement sous contrat doit respecter les programmes de l'Éducation nationale, il faut adapter ces programmes au caractère propre de l'établissement. C'est là d'ailleurs où se créent les tensions aujourd'hui, parce qu'une conception en quelque sorte très formaliste de l'application des programmes conduit les inspections au niveau local, voire même les inspections générales, à considérer que le programme doit être respecté absolument à la lettre... en évacuant absolument le caractère propre.

Donc je crois qu'il faut être très vigilant sur ces questions. Ne pas douter que les associations ou les organisations non gouvernementales qui viennent parler dans les écoles le font à raison d'une idéologie. Il faut absolument ne pas être naïf sur ces questions-là, et avant de les faire intervenir, il faut vérifier exactement ce qu'elles sont susceptibles de dire. La liberté du directeur, la liberté de l'établissement en fonction des caractéristiques de son caractère propre, doit l'emporter sur le propos qui est tenu par ces organisations.

Il me semble que c'est un devoir de vigilance de la part des directeurs et de la part des familles, parce qu'évidemment ce sont les familles et les enfants de ces familles qui sont concernés au premier chef. Je crois que c'est une question de bonne tenue par le directeur, de conception très claire de ce qu'est le caractère propre de l'école dont il a la direction. A mon avis, c'est vraiment ainsi que cela doit fonctionner.

Marie-Joëlle Guillaume

Merci pour ce propos très clair sur le caractère propre. Il reste le cas de l'enseignement public. Car pour tous les enfants qui y sont scolarisés, les parents se trouvent démunis face à un entrisme qui n'a rien à voir, me semble-t-il, avec tout ce que vous nous avez dit à juste titre sur la liberté.

Guillaume Drago

Hors nécessité du caractère propre, il faut vérifier si le discours, les propos, les plaquettes qui vont être distribuées entrent dans les programmes de l'enseignement public ; dans quelle mesure le directeur d'établissement, proviseur, censeur, que sais-je, peut exercer un contrôle, doit exercer un contrôle. Or il doit le faire, parce qu'au sein des établissements d'enseignement, il y a des conseils dans lesquels les parents sont présents ainsi que les représentants qui ont été élus par les parents au sein de l'école. Ainsi, il faut veiller et de façon préalable au respect des principes qui sont quand même extraordinairement développés dans le Code de l'éducation.

Père Jean-Christophe Chauvin

Je voudrais rappeler des choses concrètes. Vous nous avez parlé du droit, et c'est bien beau, mais dans les faits, c'est souvent l'idéologie qui gagne... Et en face de l'idéologie, l'argumentation raisonnable a peu de prise, et le droit aussi.

Par exemple, quand un établissement catholique, pour traiter les questions de sexualité, veut faire venir une association comme Alliance Vita, on a tout de suite des condamnations qui tombent de la part du rectorat. Personnellement, c'est ce qui m'inquiète : nous avons vu la grande opposition qui s'est manifestée contre la loi Debré à l'époque - aujourd'hui, sans doute la loi Debré ne serait pas votée. Mais la loi Debré étant là, les attaques visent l'application, et souvent selon des logiques idéologiques.

Que peut faire le pauvre directeur de l'établissement de Pau en face de son recteur qui le limoge ? On essaie de défaire cette décision aujourd'hui, je crois qu'il y a des recours, mais enfin à la date d'aujourd'hui il n'est plus directeur. On a eu les affaires du lycée Stanislas aussi, où le caractère propre était attaqué. Parfois même, les accusations sont fausses. Pour les directeurs c'est difficile, parce qu'ils doivent défendre le caractère propre même parfois vis-à-vis de certains de leurs enseignants. Comme cela a été évoqué tout à l'heure, les problèmes rencontrés à Stanislas, à Saint-Jean de Passy, à Pau, sont venus des enseignants des établissements eux-mêmes, qui d'une certaine façon ne respectent pas leur devoir de réserve vis-à-vis du caractère propre. Ils se plaignent parce qu'il y a des choses qui ne vont pas dans le sens de leur idéologie.

Donc bien sûr il faut se battre. De toute façon c'est la seule solution. Mais en face de l'idéologie et du pouvoir des juges, ce n'est pas facile.

Guillaume Drago

Je comprends très bien ce point de vue, mais je ne fais pas la même analyse. Mais peut-être avez-vous eu une responsabilité dans le domaine des établissements d'enseignement libre. En prolongement de ce que je disais, mon point de vue est le suivant : il y a évidemment une faille dans le contrat d'association, cette faille c'est que les personnels étant nommés et gérés par l'État, ils dépendent beaucoup plus de l'Éducation nationale qu'ils ne dépendent du directeur. C'est un fait objectif, et c'est sans doute l'ambiguïté que je soulignais dans la loi Debré de 1959. Ils ont ce que j'appelais aussi une forte liberté de conscience, c'est-à-dire une liberté qui est une liberté personnelle.

Chacun sait que la liberté de conscience est une liberté personnelle. Mais il faut aussi que, parce qu'ils sont sous la responsabilité d'un directeur, entouré d'une équipe (car il ne faut jamais être seul dans ce dispositif), le directeur puisse faire valoir les éléments puissants du caractère propre. Je crois néanmoins que ceux-ci - et j'imagine que le métier de directeur d'école n'est pas un métier facile, mais celui de père de famille ne l'est pas non plus - doivent avec le soutien du Secrétariat général de l'enseignement catholique et de l'évêque du lieu rappeler très précisément quelles sont ces règles, et toujours revenir aux principes. C'est ce que je dis toujours à mes étudiants, il s'agit de « revenir aux principes », car évidemment ces principes s'effacent au fur et à mesure de l'empilement des normes, et au fur à mesure de leur éloignement dans le temps...

Mais il n'y a pas que cela, il y a aussi les parents. Au sein d'un collège ou d'un lycée catholique il y a « plusieurs demeures dans la maison du Bon Dieu », cela s'est vu dans un certain nombre de cas d'établissements parisiens : en réalité il s'agissait de parents qui, en interne, n'étaient pas parfaitement en accord avec le caractère propre de tel ou tel établissement, et qui avaient mis en difficulté des directeurs, des préfets. Donc il n'y a pas que les professeurs, il y a aussi les parents. Je ne veux pas du tout dire par là que les établissements d'enseignement catholique, qu'ils soient sous contrat, hors contrat ou sous contrat simple, doivent en quelque sorte choisir une sorte de profil parfait d'élèves ou de familles qui les conduirait à rejeter une partie des élèves dont ils ont la responsabilité. D'autant plus qu'une large partie de ces élèves, soit ne sont pas pratiquants, soit ne sont pas baptisés, soit même évidemment ne sont pas chrétiens. On sait qu'il y a beaucoup d'élèves musulmans dans les établissements d'enseignement sous contrat.

Mais justement, c'est là où, de ce point de vue, les choses doivent être énoncées de façon particulièrement claire et particulièrement nette. Or il faut bien reconnaître que dans le débat qui a

donné lieu au rapport parlementaire, au rapport de la Cour des comptes, les écoles catholiques, prises en quelque sorte dans le flot d'une forme de tradition des emplois du temps, d'organisation des enseignements, n'ont pas été suffisamment attentives à ces questions-là. Elles n'ont pas veillé à la nécessité de revenir aux principes et de revenir aussi à l'expression de ces principes dans le respect de la liberté de conscience, non seulement celle des maîtres mais également celle des élèves, auxquels on ne doit pas pouvoir imposer - c'est la loi qui l'organise ainsi - un enseignement religieux ; mais dans lesquels aussi, si on lit bien la loi de 1959, l'enseignement religieux au contraire doit être organisé. Qui n'a pas été parent d'enfants dans un établissement catholique dans lequel la présentation de l'enseignement religieux n'était peut-être pas exactement conforme à ce qu'il aurait souhaité ? Poser la question ainsi, c'est déjà donner la réponse.

Monseigneur Brizard

Pour répondre à mon éminent confrère, il y a toujours de l'idéologie. L'idéologie c'est la philosophie de l'action, et donc il y a des idéologies qui ne nous plaisent pas, mais si on n'a pas d'idéologie on ne fait rien, c'est ce que je reproche aux évêques.

Deuxièmement, la laïcité, on en parle partout. Il y a une laïcité à la française qui fait dresser les cheveux sur la tête à n'importe qui sur la planète sauf en France, et donc il faudrait peut-être revenir sur les fondamentaux de la loi de 1905. Cela a failli se faire d'ailleurs avec le Conseil d'État à l'occasion du centenaire de cette loi, j'étais impliqué dans la démarche. Il serait bon de parvenir à parler sereinement de ce qu'est la laïcité de l'État et sortir de ces querelles interminables.

Guillaume Drago

[...] Vous avez raison de vouloir expliquer ce que pouvait être la Séparation des Églises et de l'État en 1905 : c'était une sorte de divorce « à l'italienne », si j'ose dire. Il ne s'agissait pas d'un rejet complet par l'État des religions et en particulier de la religion catholique. C'était la nécessité de fixer la limite à chacune des institutions.

Question suivante : celle des biens. Nous avons parlé de la reconstruction de Notre-Dame. C'est une question qui mérite d'être interrogée après la première spoliation de 1790, à savoir celle des questions domaniales. Comme on le sait, l'Esprit-saint a eu de l'humour, puisqu'en définitive ce sont les communes et l'État qui ont l'obligation d'entretenir les édifices religieux, sorte de retour par la grâce de l'Esprit-saint en passant par l'esprit d'Aristide Briand : voilà un cheminement que nous ne maîtrisons pas !

Pour revenir à la question de la Séparation, la Séparation est tout sauf une ignorance réciproque. D'abord parce que d'une certaine façon, elle fixe des principes à l'existence

d'aumôneries : l'aumônerie de Janson-de-Sailly évoquée à l'instant en est une belle illustration, les aumôneries dans les établissements d'enseignement, dans les hôpitaux, dans les prisons, dans les armées bien entendu... Tout ceci a gardé beaucoup d'importance et n'était pas du tout gagné dans le vote de la loi de 1905. D'autre part, l'État ne se désintéresse pas des cultes, par la loi de Séparation. On voit d'ailleurs que cela a toujours été la tendance de l'État républicain de chercher à contrôler les cultes. La loi de 2021, dont j'ai beaucoup travaillé à canaliser certains éléments avec la Conférence des évêques de France, montre que l'État républicain a toujours souhaité exercer une forme de contrôle des cultes, tout en souhaitant une Séparation.

Donc c'est aussi une position de l'État qui est un peu paradoxale de ce point de vue, et qui se traduit aussi dans le domaine de l'enseignement, pour revenir à notre sujet d'aujourd'hui.

Antoine Renard

Ma question est un peu plus générale que les problèmes d'éducation. J'ai été un peu surpris dans tes propos de voir que la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble plus importante que la Constitution elle-même. Si l'on prend l'exemple de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, elle s'est elle-même proclamée publiquement, à l'occasion de son quarantième anniversaire, comme « interprétratrice dans une perspective évolutive de la Déclaration des droits de l'homme ». Alors, si le Conseil constitutionnel considère aussi qu'il a une mission interprétative de la Constitution, où allons-nous ?

Guillaume Drago

C'est une question tout à fait intéressante, pour laquelle il y a plusieurs niveaux de réponse.

Le premier niveau de réponse est de rappeler la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme des Cours européennes, car il faut parler aussi de la Cour de justice de l'Union européenne, qui est extraordinairement constructive. La réponse du juriste théoricien sera ainsi de dire : l'interprétation de la Constitution ou de la loi ou des traités, de la Convention européenne des droits de l'homme, fait partie intrinsèquement de la fonction du juge.

Une fois qu'on a dit cela, se pose la question des limites : jusqu'où ? En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, elle a dit cela parce qu'elle a des complexes à l'égard de l'autre Cour, la Cour de justice de l'Union européenne, dont la fonction d'interprétation est explicitement inscrite dans les traités communautaires, ce qui n'est pas le cas pour la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de justice de l'Union européenne assure l'interprétation des traités : il s'agit d'un article des traités communautaires explicitement inscrit

depuis que les Communautés européennes existent³⁰. Donc la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ne voulait pas être en reste dans cette affaire, mais en réalité elle n'a pas eu besoin de le dire, au bout de quarante ans d'existence. Elle l'a fait de façon extraordinairement constructive, tout simplement parce qu'elle a élaboré une jurisprudence sur l'autonomie personnelle qui nous mène où nous sommes, d'une certaine façon. Et elle est certainement allée très au-delà de ce qu'elle devait faire, en termes de compétences contentieuses. En disant cela, je dis simplement que les États, lorsqu'ils proposent la nomination d'un juge à la Cour européenne des droits de l'homme, doivent être extraordinairement vigilants. En tout cas pour la France, ils ne le sont pas suffisamment - je ne dis pas que les personnes qui y sont ne sont pas des personnes de qualité, ce sont au contraire d'excellents magistrats - mais leurs engagements, employons le mot « idéologiques » sont parfaitement connus et clairs. Il vaut mieux les vérifier avant de nommer, plutôt que de le vérifier dans une jurisprudence qui va condamner la France. C'est le premier point que je voulais souligner.

Pour ce qui est du Conseil constitutionnel, c'est la même chose. Cela relève d'ailleurs de l'évidence : il y a une forme de loi de la science administrative qui veut que toute institution, une fois créée, tend à développer son personnel, son budget, ses compétences - et pour les juges sa jurisprudence. Je vous renverrai aisément au livre qu'a publié Jean-Éric Schoettl il y a deux ou trois ans dans la collection « Le Débat » chez Gallimard. Ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, conseiller d'État, Jean-Eric Schoettl revient très largement sur ces questions pour les critiquer, pour montrer les dérives de ces différentes juridictions. Il n'y a pas de solution, ou plus exactement je vais me limiter au Conseil constitutionnel puisque c'est lui dont j'ai parlé : la seule solution c'est le bris de jurisprudence, c'est-à-dire qu'au bout d'un certain moment, en présence d'une jurisprudence trop constructive, le constituant se met sur son lit de justice constitutionnelle, et dit : « Maintenant ça suffit, nous allons vous cadrer ». C'est ce qu'avait fait par exemple Édouard Balladur en 1993, en expliquant que la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit d'asile était devenue excessive. Et l'on avait révisé la Constitution par une disposition d'ailleurs très fortement inutile (art. 53-1), parce qu'elle n'était à mon avis pas rédigée comme elle aurait dû l'être.

Et donc, c'est le lit de justice constitutionnelle : le Conseil constitutionnel rend une décision qui ne correspond pas à ce que le constituant souhaite au moment où il peut « être sur son lit de justice » ; le constituant brise alors la jurisprudence du Conseil constitutionnel par une révision constitutionnelle. Ça n'arrive pas tous les jours, la dernière révision constitutionnelle malheureusement est venue plus que confirmer une forme de jurisprudence du Conseil

³⁰ Aujourd'hui art. 267 TFUE.

constitutionnel, et il faut bien dire que ce constituant doit être vraiment très puissant face à une Cour constitutionnelle. Sur le sujet de la liberté d'enseignement, qui est un très vaste sujet, je crois quand même qu'on peut constater que cette jurisprudence du Conseil constitutionnel a été bien faite, comme je l'expliqué au début de mon propos, car en fait elle s'appuie sur une législation républicaine. Si elle a eu une forme de pérennité, c'est parce qu'elle s'appuie en réalité sur des principes de fond, qu'on a appelé des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Mais ce n'est pas une jurisprudence en décalage avec la législation proprement républicaine, celle de la Troisième République. Elle se situe dans son prolongement. C'est là où la loi Debré a eu énormément d'intelligence en inscrivant, suivant les principes définis dans la Constitution : « l'État assure aux enfants, etc. la possibilité de, etc., etc. ». L'intelligence des débuts de la Cinquième République a consisté précisément à s'inscrire dans une continuité républicaine à laquelle le Conseil constitutionnel n'a pu d'une certaine façon qu'adhérer, en faisant monter cette liberté d'enseignement au niveau constitutionnel.

De ce point de vue-là, on peut se réjouir ici de cette jurisprudence, sans pour autant laisser de côté le fait que, par exemple en 2021, le Conseil constitutionnel a accepté très largement des restrictions à la liberté de culte, dans la loi dite « Séparatisme ». Si le constituant veut entrer en majesté pour dire « nous allons fixer les limites d'une jurisprudence constitutionnelle », il lui appartient de le faire. Il faudrait avoir une majorité des trois cinquièmes au Congrès, ou faire un référendum, par exemple.

Séance novembre 2024