



OBSERVATIONS ECRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

WUNDERLICH C. ALLEMAGNE (N° 18925/15)

9 décembre 2016

Résumé

Le plus important est de réaffirmer le principe libéral et de droit naturel selon lequel « la famille prime l'Etat », en particulier dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement. Si la Cour devait se prononcer sur le fondement du principe inverse, elle prendrait place aux côtés des étatismes et des totalitarismes.

- Les parents ont droit au respect par l'Etat de leur liberté éducative. Le droit des parents ne s'exerce pas à l'égard des enfants mais à l'encontre de l'Etat. À l'égard des enfants, les parents ont un devoir qui prend juridiquement la forme d'une liberté. Quant à l'enfant, il a un droit à l'instruction à l'égard de ses parents puis de la société.

- La Convention protège le droit de fonder une famille, l'intégrité de la vie familiale contre les immixtions de l'Etat (art. 8), et les droits parentaux dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement (art. 2 Prot. 1^{er}). Les rédacteurs de la Convention ont voulu protéger ces droits familiaux de l'emprise de l'Etat.

- L'article 2 du protocole 1^{er} ne reconnaît pas explicitement le droit des parents d'assurer eux-mêmes l'éducation et l'enseignement de leurs enfants, mais cela semble évident – surtout s'agissant de l'éducation – dans la mesure des capacités des parents. Le texte ne reconnaît pas explicitement aux parents le droit d'enseigner leurs enfants par le préceptorat (à domicile), pas plus qu'il ne leur reconnaît explicitement le droit de fonder des écoles privées. Cela tient au fait que le droit en question garantit une liberté des parents et impose à l'Etat l'obligation négative de respecter cette liberté. L'article 2 du protocole 1^{er} ne définit pas les limites maximales à la liberté des parents, mais les limites minimales que l'Etat doit respecter : le respect des convictions des parents. Il serait absurde de se demander si l'article 2 du protocole 1^{er} prescrit une obligation positive pour l'Etat d'autoriser le préceptorat ou les écoles privées, car il contient essentiellement l'obligation négative de ne pas s'y opposer, car la liberté éducative des parents est un droit premier, prioritaire sur celui de l'Etat. Plus encore, ce droit impose à l'Etat de respecter les convictions des parents lorsqu'il assume des fonctions dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement.

- La limite au droit des parents, ainsi qu'à celui de l'Etat, consiste dans le droit de l'enfant à ne pas être privé d'instruction.

- Ainsi, *en l'espèce*, il est possible de conclure à la violation de la Convention sans qu'il soit nécessaire d'affirmer que les Etats ont l'obligation inconditionnée de permettre le préceptorat. Il suffit de considérer que l'Allemagne n'avait pas de motif suffisant en l'espèce, au regard de l'intérêt de l'enfant et en particulier de son droit à l'instruction, pour retirer les enfants de la garde de leurs parents ; cette mesure étant manifestement disproportionnée.

*

La requête introduite par les requérants contient une bonne présentation de la jurisprudence actuelle de la Cour ; dès lors il n'est pas utile de renouveler cette présentation dans ces observations. Afin de demeurer au plan des principes généraux, et dans l'intérêt de la justice, nos observations se proposent de prendre du recul sur la matière en cause, afin de mieux en cerner les enjeux, en particulier à travers les travaux préparatoires de la Convention.

*

*

1. Platon ou Aristote

Cette affaire met en cause une antique opposition entre deux conceptions des relations existant entre la famille et la Cité, conceptions que l'on retrouve déjà exprimées par Platon et par Aristote. Il n'est pas inutile de les rappeler pour montrer à la Cour, s'il en était besoin, la profondeur de l'enjeu auquel elle est confrontée dans la présente affaire.

Pour Platon, l'unité familiale, ou l'*oikos*, par les liens affectifs et matériels qu'elle génère, est une cause de division, d'inégalité et de conflits au sein de la société¹, elle serait antipolitique. Dans sa cité idéale, il faudrait abolir cette unité sociale, familiale et économique afin de renforcer l'unification de la cité. Ainsi, parmi les gardiens de la Cité, il faut que « *les femmes y soient toutes communes à tous les hommes, et qu'aucune ne vive en privé avec aucun ; que les enfants eux aussi soient communs, et qu'un parent ne connaisse pas son propre rejeton, ni un enfant son parent* »². Pour Platon, les gardiens devraient former une famille *unique*, rendant impossible la rivalité entre *oikoi*, l'unité des gouvernants conditionnant celle de toute la cité. Dans sa vision, les enfants sont communs à la société, leur éducation est assurée par la société car elle est une libération des opinions et des familles.

Aristote s'oppose nettement au collectivisme de Platon. Il consacre plusieurs chapitres de sa *Politique* à l'éducation de la jeunesse dont il dit qu'elle doit être « *un des objets principaux des soins du législateur* ». Pour le Stagirite, la famille n'est pas une association d'individualités, mais un ordre où s'organisent des éléments différenciés et complémentaires, elle est constituée non seulement par les liens biologiques et affectifs, mais aussi par un patrimoine commun, elle est aussi une entité économique, un lieu de travail et de partage ; elle est en elle-même une petite société. La famille est ainsi la cellule de base de la société : plusieurs familles forment un village, et plusieurs villages forment un Etat. Aristote est favorable à une éducation publique et collective : « *Comme il n'y a qu'une même fin commune à tout l'Etat, il ne doit y avoir qu'une même institution pour tous les sujets ; et elle doit se faire, non en particulier, comme cela se pratique aujourd'hui, où chacun prend soin de ses enfants qu'il élève à sa fantaisie et en telle science qu'il lui plaît ; elle doit se faire en public. Tout ce qui est commun doit avoir des exercices communs. Il faut, d'ailleurs, que tout citoyen se persuade que personne n'est à soi, mais que tous appartiennent à l'Etat, dont chacun est une partie ; qu'ainsi le gouvernement de chaque partie doit naturellement se modeler sur le gouvernement du tout.* »³

2. La conception idéaliste et potentiellement totalitaire des rapports entre famille et société

Bien que, tant Platon qu'Aristote, fassent prévaloir l'Etat sur la personne, le premier se distingue radicalement du second en ce qu'il souhaite transformer ou abolir la famille pour créer une société idéale : il soumet la réalité familiale à un projet politique uniforme ; c'est une vision potentiellement totalitaire. À l'inverse, Aristote tente d'observer la réalité naturelle de la famille et de la cité et d'en déduire les justes relations.

De façon très schématique, ces deux approches antagonistes, idéaliste pour Platon, et réaliste pour Aristote, ont traversé l'histoire. L'approche idéaliste, qui soumet la famille à un projet de

¹ HELMER, Étienne, « Le remodelage politique de l'*oikos* dans la *République* de la famille au modèle familial, de l'économie domestique à l'économie politique », *Plato 11* (2011), [En ligne], mis en ligne : mars 2012, URL : <http://gramata.univ-paris1.fr/Plato/article98.html>, consulté le 7 décembre 2016.

² *La République*, V, 457c10-d3.

³ *Politique*, 1337a.

société, d'Etat ou de nation, a nourri la philosophie des Lumières, les régimes nationalistes puis totalitaires des XIX^e et XX^e siècles.

L'école a toujours eu un rôle instrumental central dans la mise en œuvre des idéologies et des programmes politiques. Ainsi, dans la France du début du XX^e siècle, après l'interdiction et l'expulsion des congrégations enseignantes catholiques, les manuels d'histoire visaient explicitement à transformer les enfants en de bons républicains. Le culte de la république et de la nation, tant en France qu'en Allemagne, a une lourde part de responsabilité dans les massacres des deux guerres mondiales. L'Allemagne nazie et l'Italie fasciste ont utilisé l'école pour conditionner la jeunesse. Ainsi, l'Allemagne nazie a interdit les établissements catholiques d'enseignement⁴, tandis que Mussolini a voulu les soumettre à son idéologie. Dans les écoles fascistes, « *les élèves sont éduqués dans le sens voulu par le parti, lequel contrôle, en outre, les loisirs de toute la population à travers ses organisations de dopolavoro* »⁵. Il en fut de même dans les régimes soviétiques.

Aujourd'hui encore, en Europe, des personnalités politiques importantes estiment que le rôle de l'école est d'abord de fournir des citoyens à l'Etat. L'ancien ministre français de l'éducation nationale a ainsi écrit en 2008 :

« l'école doit opérer ce miracle de l'engendrement par lequel l'enfant, dépouillé de toutes ses attaches pré-républicaines [c'est-à-dire familiale, culturelle, religieuse, ethnique, etc.], va s'élever jusqu'à devenir le citoyen, sujet autonome. C'est bien une nouvelle naissance, une transsubstantiation qui opère dans l'école et par l'école, cette nouvelle Eglise, avec son nouveau clergé, sa nouvelle liturgie, ses nouvelles tables de la Loi. La société républicaine et laïque n'a pas d'autre choix que de "s'enseigner elle-même" (Quinet) d'être un recommencement perpétuel de la République en chaque républicain, un engendrement continu de chaque citoyen en chaque enfant, une révolution pacifique mais permanente »⁶.

Selon cette approche, la famille est pour l'Etat un obstacle à l'appropriation de l'enfant, obstacle que l'école publique doit permettre de contourner.

3. La compréhension réaliste, organique et subsidiaire de la société

A l'inverse, la tradition réaliste refuse d'appliquer un projet idéologique à la réalité, mais est fondée sur le respect des réalités naturelles et sociales. Selon cette tradition, qui est aussi celle du droit naturel (tandis que les idéalistes sont volontiers positivistes), la société est organisée organiquement. Cette organisation peut être présentée à grands traits comme suit :

Les personnes, les familles, la société civile et l'Etat sont des réalités distinctes. Le respect par l'Etat des composantes de la société civile est une condition du **pluralisme** social, qui contribue au bien commun et à la démocratie.

La société est au **service** des personnes et des sociétés qui la constituent. L'Etat n'est pas l'auteur mais le serviteur de la société civile, c'est-à-dire des personnes et des groupes qui la composent, car l'existence de l'Etat découle de la société civile. Le peuple n'est pas fait pour l'Etat, mais c'est l'Etat qui est fait par la société et pour son service.

L'Etat est donc au service des **familles**, qui sont les premières sociétés naturelles, les cellules fondamentales de la société. La famille existe indépendamment de l'Etat. Au cœur de la vie familiale, il y a la transmission du patrimoine matériel et immatériel : une filiation, une tradition, une culture, des valeurs, une éducation, etc. La famille est une société naturelle, une communauté vivante et dynamique à travers les générations, elle contribue ainsi au bien de la société de façon unique et irremplaçable. Sans elle, point de société. La famille est titulaire de

⁴ Marc-André Charguéraud, *Les Papes, Hitler et la Shoah, 1932-1945*, Labor et fides, 2002, pp. 62-63.

⁵ Encyclopédie Larousse, article « Fascisme », <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/fascisme/51294>

⁶ Vincent Peillon, *La Révolution n'est pas terminée*, Le Seuil en 2008, p. 17.

droits propres et originels, c'est-à-dire non concédés par l'Etat, au même titre que les droits de l'homme, qui sont antérieurs à l'Etat car ils existent de par la nature même de l'homme.

Le respect par l'Etat des familles est réalisé principalement par celui du principe de **subsidiarité**, en vertu duquel la société et l'Etat ne doivent pas soustraire à la famille les tâches qu'elle peut bien remplir seule ou librement associée à d'autres familles. L'Etat ne doit pas absorber ou se substituer aux familles mais au contraire les reconnaître et les soutenir dans l'accomplissement de leurs responsabilités propres. Il doit agir pour le bien des familles qui contribuent elles-mêmes au bien commun. L'Etat sert ainsi le bien commun en servant les familles. La première et principale spécificité des familles est d'engendrer des **enfants** ; cet engendrement n'est pas seulement biologique, mais aussi culturel.

Parce que ce sont les parents qui ont donné la vie à leurs enfants, ils ont le droit et le devoir, c'est-à-dire la responsabilité, originels de les éduquer. Cette responsabilité est naturelle au sens stricte, car issue de la naissance (*natus*), elle n'est pas conférée par l'Etat (mais par l'auteur de la vie) et est inaliénable. L'éducation des enfants -qui comprend notamment l'instruction- est donc la responsabilité de la famille, la société pouvant aider et soutenir la famille dans l'accomplissement de sa responsabilité. Contrepartie de ce devoir, les enfants ont le droit de recevoir protection et éducation de ceux qui ont pris la responsabilité de les engendrer.

Certes, les parents sont les **premiers éducateurs** de leurs enfants, mais ils ne peuvent à eux seuls satisfaire tous leurs besoins éducatifs à mesure qu'ils grandissent. Pour assumer pleinement cette responsabilité, ils doivent donc obtenir la collaboration et l'aide d'autres familles et composantes de la société, notamment des « sociétés » scolaires, religieuses, culturelles, musicales, sportives, etc.

Les parents sont ainsi amenés à devoir **déléguer** une partie de l'éducation de leurs enfants à d'autres éducateurs ; mais il s'agit seulement d'une délégation de l'*exercice*, et non d'un transfert de la *responsabilité* éducative qui est inaliénable. Parce qu'il s'agit d'une délégation, les éducateurs doivent pouvoir être choisis par les parents (ou au moins ne pas leur être imposés absolument) et respecter la volonté des parents quant à l'éducation et l'instruction transmise à leurs enfants.

En vertu de son rôle subsidiaire, la société peut **suppléer** aux carences des parents lorsque celle-ci est constatée, pour le bien des enfants, mais cette faculté de la société est limitée par le respect dû au droit des parents. Ainsi, par exemple, pendant le Moyen-âge occidental, alors même que la société était profondément religieuse, Saint Thomas d'Aquin estimait illégitime de retirer un enfant à ses parents de confession juive, car même l'intérêt de l'enfant à être baptisé et élevé dans la « vraie religion » ne prévalait pas sur le respect des droits naturels de ses parents.

4. Le choix d'après guerre en faveur de la société subsidiaire

a. Par la Déclaration universelle des droits de l'homme

C'est cette compréhension subsidiaire de l'organisation de la société qui a été réaffirmée après la seconde guerre mondiale, en plaçant la **personne** – en tant qu'être naturellement social – comme sujet et finalité de l'ordre politique et juridique. Cela apparaît dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui a inspiré ensuite la Convention européenne.

La Déclaration universelle reconnaît que la personne humaine n'est pas un « individu » abstrait et isolé, mais un être social. La Déclaration souligne ainsi que c'est seulement dans la « *communauté* » que « *le libre et plein développement de [l]a personnalité est possible* » (art. 29). La famille, cellule fondamentale de la société, est la première communauté ; la société ne

doit pas faire obstacle à son épanouissement, à ce qu'elle puisse mener « *une existence conforme à la dignité humaine* » (art. 23.3) et atteindre un « *bien-être* » (Art. 25. 1).

Le droit international et de nombreuses constitutions nationales ont reconnu ce fait en affirmant que la famille est « *la cellule fondamentale de la société* »⁷, ou encore « *l'élément naturel et fondamental de la société* »⁸. Tel que cela a été solennellement énoncé dans divers instruments internationaux, la famille est protégée contre les « *immixtions arbitraires* » de l'Etat (art. 12) et reconnue en tant que « *unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants* »⁹. La protection ne vise pas le couple mais la famille qui « *a droit à la protection de la société et de l'État* »¹⁰ « *aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge* »¹¹.

Cette intégration unitaire entre les couples, les familles et la société résulte du fait que ce sont les couples qui fondent des familles, lesquelles constituent la société et en assurent la pérennité. La reconnaissance accordée au couple par la société au moyen du mariage résulte en fait de sa contribution au bien commun par la fondation d'une famille. Conférer un cadre adéquat à l'engendrement et à l'éducation d'enfants est la première finalité sociale du mariage. Les droits familiaux sont ainsi des droits naturels de nature sociale. Cette compréhension réaliste et subsidiaire de la société, qui diffère d'une conception idéaliste et individualiste, a été régulièrement réaffirmée depuis 1948, notamment par le Conseil des droits de l'homme en 2015¹².

S'agissant des droits des parents en matière d'éducation, la Déclaration universelle reconnaît que « *Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants.* » (Art. 26.3 DUDH, nous soulignons). Cette priorité est l'expression de l'antériorité et de la supériorité du droit des parents sur ceux de la société ; elle s'exerce à l'encontre de l'Etat et de tous les autres groupes sociaux.

Une décennie plus tard, par la Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960), les Etats se sont engagés à « *respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, et d'assurer, selon les modalités d'application propres à la législation de chaque État, l'éducation religieuse et morale des enfants conformément à leurs propres convictions, (...)* » (Art. 5. b et c).

b. Par la Convention européenne et le Premier Protocole additionnel

Sur les ruines de l'Europe occidentale détruite par le nationalisme de 1914 et le totalitarisme de 1939, et face à l'Empire soviétique, il s'agissait en 1948 de restaurer l'ordre naturel pour fonder la démocratie libérale. Les droits de l'homme consistent précisément à replacer la personne humaine comme centre et finalité de la société. La personne protégée par les droits

⁷ Charte sociale européenne de 1961.

⁸ Article 16 § 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; article 23 §§ 1 et 2 du Pacte International sur les droits civils et politiques de 1966, article 10 § 1 du Pacte International sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966, Préambule de la Convention relatives aux droits de l'enfants de 1989 ; article 16 de la Charte sociale européenne (révisée) de 1996 ; article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 1989 ; article 44 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et membres de leur famille de 1990.

⁹ Préambule de la Convention relatives aux droits de l'enfants.

¹⁰ Articles 16§3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et 23§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹¹ Article 10§1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹² ONU, Cons. droits de l'homme, Résolution sur la « Protection de la famille », 1^{er} juil. 2015, A/HRC/29/L.25.

de l'homme n'est pas un individu isolé et abstrait, ce n'est pas le citoyen, c'est-à-dire le sujet politique, mais la personne dans sa réalité humaine et sociale, dans ses relations, sa culture et son environnement. Les droits de l'homme, comme tout le système libéral, se fondent sur la confiance en la personne et la méfiance envers l'Etat ; ils visent donc à protéger les personnes des ingérences de l'Etat.

Or, la première protection des personnes est leur famille, les sociétés dans lesquelles elles sont naturellement insérées. L'expérience historique récente a montré que pour soumettre les personnes à l'Etat, il faut au préalable les transformer en individus, et pour cela détruire la cellule familiale et leurs autres sociétés. Il apparaît alors clairement que la vie familiale mérite protection non seulement par égard à ses vertus propres, mais aussi en ce qu'elle constitue le rempart naturel le plus puissant contre l'emprise de l'Etat sur la société et les personnes. Cela apparaît brillamment dans les travaux préparatoires. Ainsi, lors de la discussion du futur article 2 du 1^{er} protocole additionnel, plusieurs députés s'expriment en ce sens. Par exemple, le député irlandais Sweetman souligne l'importance de la reconnaissance de la personne et de la famille comme défense naturelle contre l'étatisme et le totalitarisme :

« La différence fondamentale entre un régime démocratique et un régime totalitaire - nous somme tout d'accord là-dessus - est la suivante : dans une démocratie, l'État existe pour l'individu ; dans un régime totalitaire, l'individu existe pour l'État. Si vous acceptez ce principe démocratique, vous devez aussi admettre le principe suivant : lorsque pousse la jeune génération, c'est à la cellule sociale qui est la plus proche de l'individu, plutôt qu'à l'État, qu'il incombe de nourrir les enfants, de veiller d'abord sur eux, de subvenir d'abord à leurs besoins et de choisir l'instruction primaire à leur donner. »¹³

Les travaux préparatoires de la Convention et du 1^{er} Protocole additionnel montrent clairement que l'intention première des rédacteurs de la Convention n'était pas de consacrer un « droit à l'instruction », mais de garantir le droit prioritaire des parents face à l'Etat. Ainsi, le *droit des parents* était le 3^e alinéa de l'article 12 du projet initial de Convention. Le droit initialement envisagé était intitulé non pas « droit à l'instruction », mais « *droit des parents de choisir par priorité le genre d'éducation à donner à leurs enfants* ». Tel que cela ressort du rapport de la Commission des Questions juridiques et administratives, ce droit constitue l'un des aspects des « *droits familiaux* » avec « *le droit de se marier et de fonder une famille* » et le droit à « *l'immunité contre toute immixtion arbitraire dans la famille* ». Ainsi, le droit des parents en matière d'éducation de leurs enfants est une composante des droits familiaux et doit être compris en lien avec le droit de se marier et de fonder une famille et le droit au respect de la vie familiale. D'ailleurs, « *fonder une famille* » ne saurait être réduit à la seule procréation d'enfant, mais implique aussi la transmission d'un patrimoine matériel et immatériel, c'est-à-dire l'éducation et l'instruction. S'agissant de l'immunité de la famille, le député irlandais Lavery soulignait que « *Ce n'est certainement pas fonder une famille que de procréer des enfants et, pour que la vie de famille puisse continuer, il faut que la protection soit étendue plus loin* »¹⁴. Dans le même sens, la Commission des Questions juridiques affirmait qu'« *un père de famille n'est pas un citoyen indépendant, s'il ne se sent pas libre dans son pays, s'il est menacé dans son foyer et si, chaque jour, l'État lui vole l'âme ou la conscience de ses enfants* »¹⁵.

Comme les autres droits de l'homme, notamment les droits parentaux, le droit des parents est un droit naturel. Dans les travaux préparatoires, le droit des parents est très souvent qualifié

¹³ Travaux préparatoires, p. 20.

¹⁴ Sous-comité chargé de procéder à une étude préalable, février 1950, Travaux préparatoires. p. 50.

¹⁵ Pierre-Henri Teitgen, Travaux préparatoires, p. 6.

par des auteurs de toutes tendances politiques, de droit « naturel », « élémentaire », « fondamental » « inné », ou encore de « prioritaire » ; il protège la liberté des parents contre l'Etat, mais n'institue pas cette liberté en elle-même ni ne la concède. La liberté/responsabilité des parents existe naturellement. Les droits de l'homme la reconnaissent et la protègent mais ne la créent pas. Le député français Pernot disait ainsi « lorsque nous demandons, au nom de la famille, le droit pour les parents de veiller à l'éducation de leurs enfants suivant leurs opinions ou leurs convictions religieuses, ce n'est pas une faveur que nous réclamons. C'est un droit naturel que nous entendons exercer. Nous voulons que le père et la mère de famille puissent forger l'âme de leurs enfants suivant leurs propres convictions, car les pères de famille n'ont rien de plus cher que l'âme de leurs enfants. »¹⁶

5. Le respect de la vie familiale, y compris des droits des parents, est une condition de la société libérale

Les rédacteurs de la Convention étaient conscients du fait que la reconnaissance des droits et devoirs familiaux est une condition et un moyen efficaces pour faire obstacle au collectivisme ; considérant que ce sont les écoles publiques allemandes, italiennes et soviétiques qui ont « éduqués » des générations d'enfants suivant l'idéologie officielle, et souvent contre les convictions de leurs parents. Le caractère public ou étatique des écoles n'est donc en rien une garantie de neutralité politique et idéologique, au contraire, l'expérience prouve que les familles sont en général moins politisées que l'Etat et constituent un obstacle naturel au totalitarisme.

Pour le Pierre-Henri Teitgen, Rapporteur de la Commission des Questions Juridiques, « il faut, dans notre protocole additionnel, garantir le droit des parents en matière d'éducation et d'enseignement contre la menace de nationalisation, d'étatisation, d'accaparement, de réquisition de la jeunesse par l'État, et ce, qu'ils aient des convictions religieuses ou simplement les convictions philosophiques de l'humanisme traditionnel »¹⁷. Pour le député britannique Maxell Fife, la reconnaissance de ce droit « a pour objet de parer à ce terrible danger du totalitarisme » qui conduit à rendre « impossible aux parents d'élever leurs enfants dans leurs convictions religieuses et philosophiques »¹⁸.

L'avant-projet de Rapport du Comité d'experts au Comité des Ministres souligne que « les régimes totalitaires ont une tendance à (...) exercer une influence néfaste sur la formation des enfants en les soustrayant à l'influence directe des parents »¹⁹. Quant au Comité Directeur des droits de l'homme, dans son Rapport au Comité des Ministres, il souligne que « les régimes totalitaires (...) cherchent à soumettre les enfants à leur propagande idéologique systématique pour les soustraire à l'influence légitime des parents. »²⁰

6. La rédaction finale de l'article 2 du 1^{er} protocole

Il faut souligner qu'à l'origine, l'objet de cette disposition n'était pas de garantir le droit à l'instruction, mais le respect du droit premier des parents concernant l'éducation et l'instruction de leurs enfants. L'insertion d'une référence au droit à l'instruction, en tête de l'article, a été réalisée dans un second temps, comme un complément et un contrepoids au droit des parents, afin d'indiquer implicitement que celui-ci ne peut pas s'exercer au préjudice du droit à l'instruction. Ce droit à l'instruction a été formulé de façon négative pour ne pas

¹⁶ Travaux préparatoires, p. 185.

¹⁷ Travaux préparatoires, p. 195.

¹⁸ Séance de l'Assemblée du 25 août 1950.

¹⁹ Travaux préparatoires, p. 52.

²⁰ Travaux préparatoires, p. 53.

imposer à l'Etat une obligation positive générale en la matière²¹. Les rédacteurs avaient aussi le souci de ne pas s'obliger à accepter que des parents éduquent leurs enfants selon des convictions philosophiques ou politiques contraires aux valeurs du Conseil de l'Europe²².

Dans son rapport du 4 décembre 1951 la Commission des questions juridiques et administratives de l'Assemblée²³, insiste sur le fait « *que les droits qui peuvent et doivent être reconnus aux parents, comme l'a déclaré l'assemblée, le 25 août 1950, par 97 voix contre zéro et 15 abstentions, puis, sur l'ensemble, par 111 voix sur 111 votants - ont pour objet non seulement l'éducation, mais aussi l'enseignement donné à leurs enfants* »²⁴. Le Rapporteur, Monsieur Teitgen, précise : « *il ne nous paraît pas possible de limiter, dans un texte de cette importance, le droit du père de famille à la seule éducation des enfants.* »²⁵ Le texte doit donc garantir « *le droit fondamental qui appartient à tout père de famille de faire élever et instruire ses enfants selon sa conscience, quels que soient les impératifs de sa conscience, et ce n'est pas à l'Etat d'en juger.* »²⁶ C'est aussi ce que souligne le Secrétaire Général dans son courrier du 24 octobre 1951 aux Ministres des Affaires Etrangères des Etats membres²⁷.

Dans l'intention des rédacteurs, ce droit porte distinctement sur *l'éducation* et sur *l'enseignement* des enfants. L'obligation de l'Etat ne se limite donc pas à la proposition d'un cours facultatif d'enseignement religieux, mais est bien plus vaste, car c'est à la fois l'enseignement et l'éducation, lorsqu'ils sont dispensés par l'Etat, qui doivent respecter les convictions des parents. Comme le souligne le député Rolin, rédacteur d'une version de ce qui deviendra l'article 2 du 1^{er} Protocole additionnel : « *le plein respect des convictions religieuses et philosophiques n'est assuré que si, non seulement l'instruction religieuse est garantie, mais si l'instruction est imprégnée d'un caractère religieux, ce qui distingue l'enseignement confessionnel de l'enseignement officiel* »²⁸.

La modalité principale pour l'Etat de respecter ce droit est de respecter la liberté des parents de ne pas scolariser leurs enfants dans les écoles étatiques. Comme le note M. Modinos, au nom du Secrétariat Général du Conseil de l'Europe²⁹, ce n'est pas sur l'Etat que pèse l'obligation d'assurer à chaque enfant une éducation et un enseignement conforme aux convictions religieuses et philosophiques de ses parents, mais il pèse sur lui l'obligation *négative* de respecter le « *droit* » des parents « *d'assurer cette éducation en dehors de l'enseignement de l'Etat* »³⁰.

Il faut souligner que l'article 2 du 1^{er} Protocole contient, essentiellement, une **obligation négative** à la charge de l'Etat : celle de ne pas violer la liberté des parents d'éduquer et d'enseigner leurs enfants selon leurs convictions³¹. Le « droit des parents » consiste en

²¹ Note du Secrétariat Général, *Travaux préparatoires*, pp. 152 et 153.

²² *Idem.*

²³ *Rapport de la Commission des questions juridiques et administratives de l'Assemblée sur la communication du Comité des ministres*, 4 décembre 1951, P. H. Teitgen, Rapporteur. T. P. pp 163 – 167.

²⁴ *Travaux préparatoires*, p. 163.

²⁵ *Travaux préparatoires*, p. 167.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Travaux préparatoires*, p. 157.

²⁸ *Travaux préparatoires*, p. 91.

²⁹ Note du 3 décembre 1951

³⁰ *Travaux préparatoires*, p. 199.

³¹ L'étendue de ce droit est rappelée fermement par l'Assemblée au Comité des Ministres car le représentant britannique y souhaitait à l'inverse réduire au minimum la portée de cette disposition en indiquant que les gouvernements « *tiennent compte* » de la « *liberté* » des parents.

l'obligation négative pour l'Etat de respecter leur liberté d'exercer leur responsabilité naturelle et première à l'égard de leurs enfants.

Il est logique qu'une disposition établissant une obligation négative (pesant sur l'Etat) de respecter une liberté (individuelle) ne définisse pas de limite à cette liberté, mais seulement à la possibilité pour l'Etat de restreindre cette liberté. Plus étonnant est l'absence de motifs justifiant les restrictions pouvant être apportées par l'Etat à la liberté des parents, à la différence des libertés garanties aux articles 8 à 11 de la Convention. On peut en déduire que la liberté éducative des parents est en principe des plus étendues. La seule limite à la liberté/responsabilité des parents que l'on peut déduire de l'énoncé de l'article 2 du 1^{er} Protocole est implicite ; elle résulte du droit de l'enfant de ne pas être privé d'instruction. S'applique en outre la limite générale de l'article 17 de la Convention relatif à l'abus de droits, comme cela fut rappelé lors des travaux. La Cour a également introduit une limite supplémentaire à cette liberté en portant un jugement sur l'existence d'une « conviction » en fonction de sa qualité au regard des valeurs de la Convention.

7. Le préceptorat et la liberté implicite d'assurer l'enseignement de ses enfants en dehors des structures publiques

Lorsque la Convention a été rédigée, la pratique autrefois répandue du préceptorat ou de l'instruction à domicile était encore pratiquée, comme elle l'est encore aujourd'hui dans la plupart des pays européens et aux Etats Unis. De cette pratique, il n'a presque pas été question explicitement durant les travaux préparatoires. Les rédacteurs souhaitent vivement garantir la faculté pour les parents d'échapper à l'enseignement public et, à cette fin, de fonder des écoles privées. À aucun moment il n'est fait allusion aux vertus socialisantes de l'enseignement collectif, sauf pour dénoncer son usage abusif par les régimes totalitaires. La crainte n'était donc pas à la formation de « sociétés parallèles » mais bien plus à celle d'une *société uniformisée* par l'Etat, ne respectant pas les minorités et les familles.

La seule limite matérielle reconnue s'agissant de la liberté des parents d'échapper au système éducatif public porte sur les finances. Il est clair que les gouvernements, en reconnaissant la liberté éducative des parents, se sont gardés de s'engager à financer l'exercice de cette liberté dans le cadre privé.

Ainsi, il n'est pas dans la logique formelle du texte de garantir explicitement le droit des parents d'instruire leurs enfants à domicile. Certains n'ont pas compris la cause et l'ont regretté. Ainsi, le député français Guy Mollet estime que la rédaction est « *loin de nous donner satisfaction* », car elle n'indique pas si elle garantit le droit pour les parents « *d'assurer eux-mêmes, éventuellement à leurs frais, l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques.* »³² De même, le ministre des affaires extérieures de l'Irlande a déclaré, en signant le protocole, que « *de l'avis de son gouvernement, l'article deux du protocole ne garantit pas aux parents de façon suffisamment explicite le droit de pourvoir à l'instruction de leurs enfants dans le foyer familial, ou dans des écoles de leur choix, qu'il s'agisse d'écoles privées ou d'écoles agréées ou créées par l'État.* »³³

³² Travaux préparatoires, p. 91.

³³ Travaux préparatoires, p. 209.

Finalement, ayant à l'esprit que l'article 2 du premier protocole garantit l'exercice d'une liberté, il faut souligner que la question n'est pas de savoir si la Convention et le 1^{er} protocole additionnel font peser sur l'Etat une obligation positive d'autoriser l'enseignement à domicile, mais de savoir si et dans quelle mesure ces textes permettent à l'Etat d'interdire aux parents l'exercice de cette liberté. En effet, permettre l'éducation à la maison n'est pas une action positive, mais une abstention de l'Etat face à la liberté des parents. Dans de nombreux Etats européens, le préceptorat est pratiqué sans être explicitement autorisé, car c'est une liberté, un droit naturel des parents, dont le bon exercice est seulement contrôlé par l'Etat pour le bien de l'enfant.

Ainsi, lorsque des parents décident d'enseigner leurs enfants à domicile, que ce soit par eux-mêmes ou par un précepteur, ils ne devraient pas réclamer une « dispense » de scolarisation, mais simplement informer l'administration de leur choix et accepter des contrôles réguliers. Parler de dispense implique de considérer que le droit premier appartient à l'Etat. Le rôle de l'Etat est d'abord de veiller à ce que les enfants ne soient pas privés d'instruction, en particulier lorsque celle-ci est dispensée dans le cadre privé. Lorsque l'Etat assure lui aussi des enseignements, il le fait par délégation des parents, et doit donc respecter leurs convictions ; il les respecte en dispensant un enseignement objectif et dénué de tout endoctrinement ; mais une difficulté réside dans le fait que l'Etat est lui-même juge de l'objectivité de l'enseignement et de la neutralité des doctrines qu'il choisit souvent d'imposer. Lorsque l'Etat devient idéologue et utilise l'école pour inculquer aux enfants des théories sociales et des doctrines politiques, c'est la conscience des parents responsables qui constitue le dernier obstacle à l'envahissement de la société par l'Etat et qui est le véritable garant du bien supérieur des enfants.

Le libéralisme repose sur la confiance envers les personnes et la méfiance envers l'Etat ; le totalitarisme repose sur le choix inverse.

* * *

Exemples d'interventions parlementaires Assemblée consultative, séance des 7 et 8 décembre 1951

Intervention de Monsieur Schmal, député des Pays-Bas :

« le respect de la personne humaine est à la base de notre conception occidentale de l'État, de la société. C'est pourquoi je demandais s'il n'est pas naturel, élémentaire, que ce soient avant tout les parents qui soient responsables de l'éducation des enfants qu'ils ont mis au monde. S'il en est ainsi, qu'on leur laisse la liberté de s'acquitter de ce devoir sacré qu'ils ne peuvent impunément négliger ! Voilà le minimum que nous exigeons.

Or, du moment que l'État, sous une forme ou sous une autre, s'assure le monopole de l'enseignement primaire, ce droit des parents auxquels je viens de faire allusion est en danger. (...) Du reste, qu'on le sache bien, cette exigence n'implique nullement pour l'État le devoir de subventionner les écoles libres.

Quant au droit fondamental des parents, somme toute, une seule chose importe : c'est d'assurer la possibilité aux parents de se soustraire à un enseignement public et obligatoire auquel leur conscience se heurte. À ce sujet, qu'on ne dise pas qu'en tel pays, où l'école publique est obligatoire, une place plus ou moins modeste a été réservée à l'instruction religieuse. Je le sais, Monsieur le Président, mais ce n'est là que le moindre palliatif qu'un siècle rationaliste ait pu trouver. En effet, pour les croyants, quelle que soit la confession à

laquelle ils appartiennent, il importe d'assurer à leurs enfants un enseignement entièrement pénétré de l'esprit chrétien. À l'école, « le christianisme », comme l'a dit Alexandre Vinet, « éternelle semence de la liberté, doit pénétrer comme le levain dont parle l'Évangile, ce levain qui fait lever toute la pâte. » (p. 172).

Intervention de Madame Weber, députée allemande :

Après avoir rappelé la façon dont le troisième Reich a imposé son idéologie aux enfants et aux familles, Mme Weber reconnaît que certes, « l'État à ses droits à l'école », « [m]ais le premier droit, conformément aux convictions religieuses et philosophiques, est celui des parents. C'est un droit naturel inné, tout comme le droit à la vie. C'est aussi un devoir religieux, un devoir envers Dieu qui a donné les enfants aux parents en chargeant ceux-ci de la responsabilité de leur éducation et de leur instruction, l'État ne peut jamais les dispenser de ce devoir ». (p. 177)

Intervention de Madame Rehling, députée allemande :

« les parents chrétiens prennent solennellement, lorsqu'ils font baptiser leurs enfants, l'engagement de les élever aussi bien que possible dans la foi chrétienne. Par cet engagement, la méthode et le but de l'éducation sont fixés. Ma conviction religieuse de mère chrétienne est que je suis responsable pour ses enfants et qu'aucun Ministre d'État ne pourrait se charger de cette responsabilité à ma place. »

« le droit des parents concernant l'éducation et l'enseignement à donner aux enfants est d'ordre primaire, celui de l'État étant seulement subsidiaire. (...) [S]i nous voulons nous opposer avec énergie à toute espèce de collectivisme, ainsi que nous l'avons affirmé ici plus d'une fois, il nous faut faire avancer et augmenter la responsabilité individuelle. De plus, un des points les plus urgents de cette assemblée est de lutter contre le totalitarisme. Je me permets de dire que ce totalitarisme, s'il existe dans les gouvernements dictatoriaux, peut aussi se développer dans les démocraties. À un tel développement, nous devons nous opposer de la façon la plus absolue. » (p. 184)

Intervention de Monsieur Pernot, député français :

« comme père de famille, je voudrais répéter, (...), que lorsque nous demandons, au nom de la famille, le droit pour les parents de veiller à l'éducation de leurs enfants suivant leurs opinions ou leurs convictions religieuses, ce n'est pas une faveur que nous réclamons. C'est un droit naturel que nous entendons exercer. Nous voulons que le père et la mère de famille puissent forger l'âme de leurs enfants suivant leurs propres convictions, car les pères de famille n'ont rien de plus cher que l'âme de leurs enfants. » (p. 185)

Intervention du professeur Boggiano Pico, député italien :

« le droit à l'éducation, à la formation morale et intellectuelle de l'enfant, comme on l'a dit ici, n'appartient à nul autre qu'à son père. Cela relève du droit naturel. Modeste juriste et professeur de droit, je puis vous affirmer que c'est un droit naturel que personne, sinon un autocrate, n'a le droit de contester. J'ajoute que ni l'État, ni l'Église, qu'elle soit catholique ou autres - je l'affirme étant catholique et croyant - n'ont le droit de s'interposer entre le père de famille et ses enfants pour l'éducation, c'est-à-dire l'orientation morale, l'instruction et la formation de leur conscience. » (p. 189).

Grégor Puppinc
Directeur général