

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR ORDINAIRE À LA FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES
ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
VICE-DIRECTEUR DE L'ÉCOLE DE DROIT
DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

ABSENCE DE SCOLARISATION À GENÈVE D'ENFANTS DOMICILIÉS EN FRANCE VOISINE – AVIS DE DROIT

I.	INTRODUCTION	2
II.	LE DROIT À UN ENSEIGNEMENT DE BASE	4
A.	<i>Les garanties conventionnelles et constitutionnelles</i>	4
B.	<i>Le lieu de vie de l'enfant</i>	5
III.	L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION.....	7
A.	<i>Les discriminations directes et indirectes</i>	7
B.	<i>Le critère de la nationalité</i>	7
C.	<i>Les critères du domicile et de la qualité de contribuable</i>	9
IV.	LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT.....	11
A.	<i>L'établissement en Suisse</i>	11
B.	<i>Le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer</i>	11
V.	LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU.....	12
A.	<i>Les procédures menant à l'adoption de règles de droit</i>	12
B.	<i>L'absence de scolarisation d'enfants domiciliés en France voisine</i>	12
VI.	LES RÈGLES DE LA BONNE FOI.....	13
A.	<i>La garantie constitutionnelle</i>	13
B.	<i>L'absence de scolarisation d'enfants domiciliés en France voisine</i>	14
VII.	CONCLUSION	15
	DOCUMENTS OFFICIELS.....	17
	BIBLIOGRAPHIE.....	17

I. INTRODUCTION

Le Conseil d'État de la République et canton de Genève, agissant par la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'État, a mandaté le soussigné en vue de rédiger un avis de droit portant sur la **constitutionnalité** de quelques nouveaux articles du Règlement de l'enseignement primaire¹ et du Règlement du cycle d'orientation², adoptés le 7 février 2018 et entrés en vigueur le 14 février 2018 :

Art. 23 REP Élèves domiciliés hors canton

¹ Sont admis dans l'enseignement primaire public genevois :

- a) les élèves domiciliés en France voisine et déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois, pour autant que l'un de leurs parents au moins soit assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton ;
- b) les frères et sœurs ainsi que les demi-frères et les demi-sœurs des enfants scolarisés au sein d'établissements scolaires publics genevois.

² Les enfants domiciliés hors canton peuvent être scolarisés très exceptionnellement à Genève, selon les termes fixés par la convention intercantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui de domicile.

³ La demande d'admission au sens de l'alinéa 1 doit être déposée auprès de la direction générale de l'enseignement obligatoire dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

Art. 23A REP Élèves admis à l'enseignement primaire – Années scolaires 2017-2018 et 2018-2019

¹ Peuvent être admis dans l'enseignement primaire public genevois dans la limite des places disponibles et pour autant qu'ils aient déposé leur demande d'admission dans le délai fixé par le département :

- a) les élèves genevois domiciliés hors canton ;
- b) les élèves habitant en France voisine dont l'un des parents au moins est assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton.

² Les enfants non genevois domiciliés hors canton peuvent être scolarisés très exceptionnellement à Genève, selon les termes fixés par la convention intercantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui de domicile.

³ La demande d'admission au sens de l'alinéa 1 doit être déposée auprès de la direction générale de l'enseignement obligatoire dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

¹ Règlement de l'enseignement primaire du 7 juillet 1993 (REP), RS/GE C 1 10.21.

² Règlement du cycle d'orientation du 9 juin 2010 (RCO), RS/GE C 1 10.26.

Art. 25 RCO Élèves admis au cycle d'orientation

¹ Sont admis au cycle d'orientation public genevois :

- a) les élèves domiciliés dans le canton ;
- b) les élèves domiciliés en France voisine et déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois, pour autant que l'un de leurs parents au moins soit assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton ;
- c) les frères et sœurs ainsi que les demi-frères et les demi-sœurs des enfants scolarisés au sein d'établissements scolaires publics genevois.

² L'admission des élèves domiciliés dans le canton mais qui ne sont pas issus d'une école publique genevoise doit être demandée auprès de la direction générale qui statue.

³ Pour les élèves visés à l'alinéa 1, lettres b et c, la demande d'admission doit être déposée auprès de la direction générale dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

⁴ Les inscriptions des élèves sont effectuées par les directions des établissements.

Art. 25A RCO Élèves admis au cycle d'orientation – Année scolaire 2017-2018

¹ Sont admis au cycle d'orientation :

- a) les élèves domiciliés dans le canton ;
- b) les élèves genevois domiciliés hors canton ;
- c) les élèves habitant en France voisine dont l'un des parents au moins est assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton.

² L'admission des élèves qui ne sont pas issus d'une école publique genevoise doit être demandée auprès de la direction générale qui statue.

³ Pour les élèves visés à l'alinéa 1, lettres b et c, la demande d'admission doit être déposée auprès de la direction générale dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

⁴ Les inscriptions des élèves sont effectuées par les directions des établissements.

Art. 25B RCO Élèves admis au cycle d'orientation – Année scolaire 2018-2019

¹ Sont admis au cycle d'orientation les élèves domiciliés dans le canton.

² Peuvent être admis au cycle d'orientation, dans la limite des places disponibles et pour autant qu'ils aient déposé leur demande d'admission dans le délai fixé par le département :

- a) les élèves genevois domiciliés hors canton ;
- b) les élèves habitant en France voisine dont l'un des parents au moins est assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton.

³ La demande d'admission au sens de l'alinéa 2 doit être déposée auprès de la direction générale, dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

⁴ L'admission des élèves domiciliés dans le canton mais qui ne sont pas issus d'une école publique genevoise doit être demandée auprès de la direction générale, qui statue.

⁵ Les inscriptions des élèves sont effectuées par les directions des établissements.

En revanche, le présent avis de droit ne porte pas sur la compatibilité de ces nouveaux articles avec l'Accord de libre circulation des personnes liant la Suisse à l'Union européenne et les États membres de celle-ci³, cette question faisant l'objet d'avis de droit séparés. Il n'examine pas non plus la question de savoir si des normes de rang réglementaire seulement suffisent ou non, laquelle est analysée par les services de l'administration cantonale. Enfin, la rentrée scolaire 2018 ne fait pas l'objet du présent avis de droit. Elle a donné lieu à un contentieux important sur lequel il n'est pas nécessaire de revenir dans les pages qui suivent⁴.

Le présent avis de droit analyse la compatibilité des articles qui précèdent avec le droit à un enseignement de base (II), l'interdiction de la discrimination (III), la liberté d'établissement (IV), le droit d'être entendu (V) et les règles de la bonne foi (VI). Il conclut à l'absence de violation de ces droits fondamentaux (VII).

II. LE DROIT À UN ENSEIGNEMENT DE BASE

A. Les garanties conventionnelles et constitutionnelles

L'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵ garantit le droit à l'éducation. En vertu de son deuxième paragraphe, « l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible à tous » (lettre a) et « l'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité » (lettre b)⁶. Le Tribunal fédéral a jugé, dans un premier temps, que cet article n'était pas directement applicable⁷. Il a laissé cette question ouverte par la suite⁸, estimant que l'article 13 § 2 lit. a du Pacte ONU I ne confère aucun droit ne résultant pas déjà de l'article 19 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999⁹. Une partie de la doctrine soutient néanmoins, de manière convaincante à notre avis, que l'article 13 § 2 lit. a du Pacte ONU I est suffisamment précis pour être jugé directement applicable¹⁰.

³ ALCP ; RS 0.142.112.681.

⁴ Voir notamment un arrêt de principe concernant l'école primaire, rendu le 15 mai 2018 par la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ATA/474/2018).

⁵ Pacte ONU I ; RS 0.103.1.

⁶ Voir notamment CARONI/OTT, *Bildung*, pp. 191-193.

⁷ ATF 120 Ia 1, c. 5c/d.

⁸ ATF 144 I 1, c. 2.1 ; TF, 1^{er} juin 2012, 2C_433/2011, c. 3.2 ; ATF 133 I 156, c. 3.6.4.

⁹ Cst. féd. ; RS 101.

¹⁰ Voir spécialement GEBERT, *Bildung*, p. 373.

L'article 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹¹ garantit le droit de l'enfant à l'éducation. Aux termes de son premier paragraphe, les États parties « rendent l'enseignement obligatoire et gratuit pour tous » (lettre a) et « encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin » (lettre b)¹². Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'applicabilité directe de l'article 28 § 1 lit. a CDE, considérant que, de toute façon, cette norme conventionnelle n'offre aucune garantie supplémentaire par rapport à l'article 19 Cst. féd.¹³.

L'article 19 Cst. féd. garantit le « droit à un enseignement de base suffisant et gratuit ». Il s'agit d'un droit fondamental directement applicable¹⁴, qui laisse cependant une marge de manœuvre importante aux cantons¹⁵, lesquels sont chargés de le mettre en œuvre compte tenu de l'article 62 Cst. féd.

Enfin, l'article 24 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012¹⁶ garantit le « droit à l'éducation, à la formation et à la formation continue ». En vertu du deuxième alinéa de cet article, « [t]oute personne a droit à une formation initiale publique gratuite ». Cet article, dont la portée est plus large que celle de l'article 19 Cst. féd.¹⁷, doit également être considéré comme directement applicable.

B. Le lieu de vie de l'enfant

Les bénéficiaires de l'article 19 Cst. féd. sont les enfants en âge d'être scolarisés¹⁸. Il en va de même de l'article 28 CDE¹⁹. Le lieu de vie de l'enfant constitue, à juste titre, le critère décisif selon la doctrine²⁰. Nous n'avons trouvé aucun auteur soutenant qu'un enfant dont le lieu de vie se trouverait à l'étranger pourrait se fonder sur l'article 19 Cst. féd. pour exiger de recevoir un enseignement de base en Suisse.

Ce critère correspond au domicile dans la plupart des cas, mais il convient de réserver les situations particulières se rapportant, par exemple, aux enfants séjournant illégalement en Suisse²¹ ou sans domicile fixe. Pour ces enfants notamment, il est préférable de parler de lieu

¹¹ CDE ; RS 0.107.

¹² Sur la relation entre l'art. 28 CDE et l'art. 13 du Pacte ONU I, voir VERHEYDE, Education, p. 10, n° 7.

¹³ ATF 144 I 1, c. 2.1 ; TF, 1^{er} juin 2012, 2C_433/2011, c. 3.2 ; ATF 133 I 156, c. 3.6.4.

¹⁴ ATF 144 I 1, c. 2.1 ; Mess. Cst. féd., FF 1997 I 281. En doctrine, voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel II, N 1559 ; SG Komm. BV-KÄGI-DIENER, Art. 19 N 17.

¹⁵ ATF 138 I 162, c. 3.2 ; ATF 133 I 156, c. 3.1 ; voir aussi TF, 1^{er} juin 2012, 2C_433/2011, c. 3.2.

¹⁶ Cst. GE ; RS/GE A 2 00.

¹⁷ Voir HOTTELLIER/TANQUEREL, Constitution, p. 362.

¹⁸ ATF 144 I 1, c. 2.1 ; ATF 140 I 153, c. 2.3.1. En doctrine, voir notamment BS Komm. BV-WYTTEBACH, Art. 8 N 6 ; DUBEY, Droits II, N 4663-4668.

¹⁹ Voir VERHEYDE, Education, pp. 57-59, n° 45.

²⁰ Voir notamment GEBERT, Bildung, p. 382 ; EPINEY/WALDMANN, Soziale Grundrechte und Zielsetzungen, p. 627, N 42 ; SAMBUC BLOISE, Tziganes, p. 535, N 2052 ; SG Komm. BV-KÄGI-DIENER, Art. 19 N 28 ; BS Komm. BV-WYTTEBACH, Art. 8 N 4 et 6 ; MAHON, Droit constitutionnel II, p. 334 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, p. 285, N 922 ; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Verfassungsrecht, N 3466 ; DUBEY, Droits II, N 4663-4664 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Grundrechte, p. 476, N 7.

²¹ Voir notamment Comm. Cst.-MAHON, art. 19 N 4 ; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 786 ; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, p. 350, N 28 ; SG Komm. BV-KÄGI-DIENER, Art. 19 N 28 ; BS Komm. BV-WYTTEBACH, Art. 8 N 6 ; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Verfassungsrecht, N 3466 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 19 N 6 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Grundrechte, p. 476, N 9.

de vie en Suisse²². Des considérations à certains égards similaires concernent les gens du voyage²³ ou certains mineurs non accompagnés. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies retient aussi ce critère. Ainsi, « tous les enfants vivant dans un État, même ceux qui sont en situation irrégulière, ont le droit de recevoir une éducation »²⁴. Les observations générales du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies n'examinent, quant à elles, pas cette question pour l'instant.

Le Tribunal fédéral n'a jamais tranché expressément la question de savoir si l'article 19 Cst. bénéficie également à des enfants dont le lieu de vie se trouve à l'étranger. Néanmoins, sa jurisprudence exige que l'enseignement de base soit en principe offert au lieu où vit l'enfant (*Wohnort*)²⁵. Le principe d'accessibilité, voire de proximité, résulte aussi des garanties conventionnelles²⁶. Dans une perspective plus générale, « les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent être accessibles à tout un chacun, sans discrimination, à l'intérieur de la juridiction de l'État partie »²⁷. En Suisse, la collectivité est tenue de prendre en charge les frais de transport de l'enfant lorsque celui-ci ne peut raisonnablement être tenu de se rendre à pied à son école (distance entre le lieu de vie [*Wohnort*] et le lieu de scolarisation [*Schulort*])²⁸. Il n'a jamais été question d'une prise en charge des frais de transport d'un enfant domicilié à l'étranger.

D'une manière générale, le bénéfice d'un droit fondamental ne saurait être lié à la qualité de contribuable. D'une part, ce critère n'est aucunement pertinent s'agissant de la titularité des droits fondamentaux. D'autre part, le paiement d'un impôt ne donne pas droit à des prestations déterminées de la part de l'État. Au demeurant, sans que cela ne soit décisif, il convient de rappeler que le canton de Genève impose, certes, les revenus des personnes, étrangères ou suisses, travaillant sur son sol et domiciliées en France, mais qu'il rétrocède une partie des montants en cause à France. Ainsi, 281 millions de francs suisses ont, par exemple, été reversés à la France en 2016.

Rien n'indique que l'article 24 Cst. GE doive être interprété différemment de l'article 19 Cst. féd. Du reste, le Tribunal fédéral renonce généralement à conférer aux garanties cantonales dans ce domaine une portée plus large que celle qui résulte de la norme constitutionnelle fédérale²⁹. Certes, l'article 24 Cst. GE vise aussi la formation ainsi que la formation continue, contrairement à l'article 19 Cst. féd. Le présent avis de droit porte toutefois sur l'enseignement de base et, sur ce point, rien ne permet de conclure que la disposition constitutionnelle genevoise garantirait un droit fondamental à des enfants séjournant à l'étranger, notamment en

²² Voir notamment GEBERT, *Bildung*, pp. 382-385 ; BS Komm. BV-WYTTENBACH, Art. 8 N 6.

²³ Sur cette question, voir spécialement SAMBUC BLOISE, *Tziganes*, pp. 535-546, N 2049-2095. L'auteure note en particulier ce qui suit : « Tous les enfants présents sur le territoire suisse, quels que soient leur nationalité, leur origine ou leur statut au regard du droit des étrangers, doivent être acceptés à l'école publique et ont donc le droit de recevoir une instruction primaire. Les autorités scolaires n'ont donc pas la possibilité de refuser de scolariser les enfants tziganes nomades sous prétexte qu'ils ne resteraient sur le territoire communal que pour une courte durée. » (pp. 535 s., N 2052, note de bas de page omise).

²⁴ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (NATIONS UNIES), *Non-discrimination*, § 30.

²⁵ ATF TF, 1^{er} juin 2012, 2C_433/2011, c. 3.2.

²⁶ S'agissant de l'art. 28 CDE, voir VERHEYDE, *Education*, pp. 18 s., n° 13.

²⁷ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (NATIONS UNIES), *Éducation*, § 6b *in initio*.

²⁸ ATF 140 I 153, c. 2.3.3 ; TF, 1^{er} juin 2012, 2C_433/2011, c. 3.2 ; ATF 133 I 156, c. 3.1. En doctrine, voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel II*, N 1563 et 1566 ; SG Komm. BV-KÄGI-DIENER, Art. 19 N 52-63.

²⁹ Pour une illustration relative à la Constitution du canton de Schwyz, voir TF, 1^{er} juin 2012, 2C_433/2011, c. 3.2.

France voisine. Ce point, pourtant très sensible, n'a jamais été abordé lors des délibérations de l'Assemblée constituante genevoise³⁰.

III. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION

A. Les discriminations directes et indirectes

L'article 8 al. 2 Cst. féd. interdit, en premier lieu, les discriminations *directes*, lesquelles se rapportent directement à un critère sensible résultant expressément ou non de cette disposition. Cette garantie est indépendante, si bien que, contrairement à l'article 14 CEDH notamment, elle peut être invoquée seule³¹. Parfois, les règles de droit elles-mêmes contiennent des discriminations ; il est aussi possible que l'application de règles de droit conformes à la Constitution fédérale soit discriminatoire. L'article 8 al. 2 Cst. féd. offre alors, dans les limites qui suivent, une protection lorsque le droit interne ou son application est en cause.

Lorsqu'une différence de traitement fondée sur un critère sensible est ancrée dans une norme constitutionnelle claire et précise, celle-ci est généralement considérée comme spéciale par rapport à l'article 8 Cst. féd. S'agissant de la scolarisation des enfants dans le canton de Genève, le critère de la présence en Suisse résulte seulement de l'interprétation de l'article 19 Cst. féd. Dès lors, cette problématique sera examinée plus avant de manière approfondie en lien avec le critère du domicile³².

L'article 8 al. 2 Cst. féd. interdit, en second lieu, les discriminations *indirectes*, lesquelles se rapportent à l'impact discriminatoire de règles de droit, de mesures ou de décisions en apparence neutres sur les personnes appartenant à des groupes sociaux définis par un critère sensible³³ – les femmes ou les minorités raciales, ethniques ou religieuses essentiellement en droit comparé. Cet aspect de l'interdiction est également garanti de manière indépendante, si bien qu'un justiciable indirectement discriminé est légitimé à fonder son action en justice sur le seul fondement de l'article 8 al. 2 Cst. féd. Aussi s'agit-il de s'assurer que la réglementation genevoise examinée dans le présent avis de droit ne produise aucune discrimination indirecte. Le critère de la nationalité entre avant tout en ligne de compte.

B. Le critère de la nationalité

L'origine au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd. comprend-elle la nationalité ? Le TF semble admettre que les discriminations en raison de l'origine nationale d'une personne relèvent de l'article 8 al. 2 Cst. féd., tout en ajoutant que les différences de traitement entre les ressortissants suisses et les ressortissants étrangers ou entre ceux-ci ne sont pas d'emblée discriminatoires³⁴. La doctrine est cependant partagée sur ce point : certains auteurs admettent l'application de

³⁰ Voir ASSEMBLÉE CONSTITUANTE GENEVOISE, BO, tome IV, pp. 1884 s., tome XIV, p. 7392, tome XXI, pp. 10676 s., et tome XXV, p. 12791.

³¹ ATF 134 I 257, c. 3. En doctrine, voir notamment PETERS, Diskriminierungsverbote, pp. 258 s., N 6

³² Voir *infra* III.C.

³³ ATF 144 II 65, c. 4.1 ; ATF 139 I 169, c. 7.2.1, JdT 2014 I 44 ; ATF 138 I 305, c. 3.3, JdT 2013 I 53 ; ATF 138 I 205, c. 5.5.

³⁴ ATF 129 I 392, c. 3.2.2-3.2.3.

cette disposition³⁵, alors que d'autres estiment que tout ou partie de ces différences doivent être jugées à l'aune de l'article 8 al. 1 Cst. féd.³⁶.

La nationalité représente un critère sensible susceptible de donner lieu à des discriminations et à des atteintes à la dignité humaine. Ces risques s'opposent à une retenue de principe telle qu'elle découle de l'article 8 al. 1 Cst. féd. Certes, la nationalité fonde un grand nombre de distinctions et n'est pas d'emblée suspecte³⁷ ; il est d'ailleurs possible que, sur certains points, le législateur et même le constituant disposent d'une certaine marge de manœuvre. On ne peut cependant plus, à notre avis, soutenir d'une manière générale que les différences de traitement – même anciennes – entre les ressortissants suisses et étrangers sont examinées sur l'unique base de l'article 8 al. 1 Cst. féd. ; cette dernière disposition, avec l'article 51 al. 1 Cst. féd., pourrait, tout au plus, rester seule pertinente en vue d'apprécier la constitutionnalité de l'exigence de la nationalité suisse pour les droits politiques cantonaux et communaux. Sur le plan fédéral, une norme constitutionnelle spéciale règle cette question (article 136 al. 1 Cst. féd.).

La réglementation genevoise examinée dans le présent avis de droit ne se fonde aucunement sur le critère de la nationalité. Aussi ne prévoit-elle aucune discrimination directe fondée sur ce critère, sous réserve des avantages en faveur des « élèves genevois »³⁸. Faut-il en revanche admettre l'existence d'une discrimination indirecte ? Les ressortissants de l'Union européenne habitant en France voisine sont certainement nettement plus nombreux que les ressortissants suisses. Dans cette optique, les premiers pourraient être victimes d'une discrimination indirecte. Néanmoins, les enfants des ressortissants suisses domiciliés en France voisine sont tout particulièrement susceptibles d'être scolarisés à Genève. Dans cette perspective, ce sont eux qui subiraient une discrimination indirecte à rebours – à rebours car ils sont discriminés par leur propre État.

Les considérations qui précèdent montrent combien il est délicat de manier le concept de discrimination indirecte dans ce contexte. L'admettre reviendrait à faire reposer sur une base constitutionnelle peu claire à cet égard – l'article 8 al. 2 Cst. féd. – un droit social fondamental qui ne résulte pas des garanties fondamentales en matière d'éducation. Or l'article 8 al. 2 ne fonde en principe aucun droit à des prestations sociales destinées à réaliser l'égalité dans les faits³⁹.

En fin de compte, la question d'une éventuelle discrimination indirecte des ressortissants de l'Union européenne doit essentiellement être examinée à l'aune de l'ALCP. Si celui-ci est

³⁵ Voir notamment Comm. Cst.-MAHON, art. 8 N 16/a. Comp. en outre RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Verfassungsrecht, N 1913 ; DUBEY, Droits II, N 3278.

³⁶ PETERS, Diskriminierungsverbote, pp. 271 s., N 33-34, qui propose de faire une distinction – peu convaincante selon nous – entre, d'une part, les différences de traitement traditionnelles et, d'autre part, les « nouvelles » différences entre les ressortissants suisses et les ressortissants étrangers ou entre ces derniers ; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, pp. 713-715, qui estiment que les distinctions entre les ressortissants suisses et les ressortissants étrangers ne relèvent pas de l'art. 8 al. 2 Cst., sauf si elles sont « nouvelles » ; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, pp. 445-446, N 19-21, qui estiment – de manière trop restrictive à notre avis – que seules les distinctions entre les ressortissants étrangers en fonction de leur nationalité relèvent de l'art. 8 al. 2 Cst. ; BS Komm. BV-WALDMANN, Art. 8 N 68, qui réserve toutefois les mesures frappant seulement certains groupes de ressortissants étrangers ou reposant sur des motifs xénophobes ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 24/1, qui réserve les circonstances – dégradantes ou xénophobes – spécifiques.

³⁷ SG Komm. BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 65 ; BS Komm. BV-WALDMANN, Art. 8 N 68.

³⁸ Sur ce point, voir *infra* III.C (dernier paragraphe).

³⁹ ATF 136 I 297, c. 7.3 ; ATF 134 II 249, c. 3.1, JdT 2009 I 353. S'agissant des travaux préparatoires, voir notamment BO CN 1998 677 (Arnold KOLLER, conseiller fédéral). En doctrine, voir notamment GRISEL, Égalité, N 143 s. et 209 s. pour l'art. 8 al. 3 Cst. ; comp. PETERS, Diskriminierungsverbote, p. 268, N 27.

respecté, nous peinons à voir quels développements additionnels résulteraient de la Constitution fédérale. S'agissant des ressortissants suisses séjournant en France voisine, on rappellera que le critère du domicile ou, de manière un peu plus large, du lieu de vie est sous-jacent aux articles 13 § 2 lit. a du Pacte ONU I, 28 1 let. a CDE, 19 Cst. féd. et 24 Cst. GE. Ainsi, son emploi peut dès lors être considéré comme justifié, si bien qu'une discrimination au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd. n'est pas établie. Dans le même ordre d'idées, la réglementation genevoise – pour autant que la notion de domicile soit interprétée de manière non formelle de façon à viser, plus largement, le lieu de vie – ne va pas à l'encontre des principes posés par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies :

« Le motif de la nationalité ne doit pas empêcher l'accès aux droits consacrés par le Pacte ; par exemple, tous les enfants vivant dans un État, même ceux qui sont en situation irrégulière, ont le droit de recevoir une éducation et d'avoir accès à une nourriture suffisante et à des soins de santé abordables. Les droits visés par le Pacte s'appliquent à chacun, y compris les non-ressortissants, dont font partie notamment les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides, les travailleurs migrants et les victimes de la traite internationale de personnes, indépendamment de leurs statut juridique et titres d'identité. »⁴⁰

C. Les critères du domicile et de la qualité de contribuable

Les critères du domicile et de la qualité de contribuable ne relèvent pas de l'article 8 al. 2 Cst. féd. Certes, la liste figurant à cet article n'est pas exhaustive, ainsi que l'atteste l'emploi de l'adverbe « notamment ». Elle peut être complétée non seulement par la voie d'une révision constitutionnelle, mais aussi par la voie jurisprudentielle⁴¹. D'autres critères tels que le patrimoine ou les caractéristiques génétiques⁴² et l'aspect physique⁴³ sont, par exemple, susceptibles d'être rattachés à cette disposition. Ils sont liés à l'identité d'une personne⁴⁴. Sans compléter, à proprement parler, la liste de l'article 8 al. 2 Cst. féd., le Tribunal fédéral dispose de la possibilité d'interpréter les critères généraux qui s'y trouvent, en particulier ceux du mode de vie et de la situation sociale. Or les critères du domicile et de la qualité de contribuable ne se rapportent pas à l'identité des personnes concernées, au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd.

La problématique sous cet angle relève dès lors de l'article 8 al. 1 Cst. féd. Au fil des ans, le Tribunal fédéral a ciselé sa formule relative à la garantie générale de l'égalité pour parvenir au résultat suivant :

« Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. [féd.] lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler, ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas

⁴⁰ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (NATIONS UNIES), Non-discrimination, § 30 (notes de bas de page omises).

⁴¹ Message Cst., FF 1997 I 145.

⁴² Art. 21 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 11 al. 2 Cst. ZH ; § 8 al. 2 Cst. BS ; art. 10 al. 2 Cst. VD.

⁴³ Art. 10 al. 2 Cst. VD.

⁴⁴ BS Komm. BV-WALDMANN, Art. 8 N 65 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 23.

de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. »⁴⁵

L'article 8 al. 1 Cst. féd. laisse, en principe, une grande marge de manœuvre au législateur, au sens matériel, pour procéder à des distinctions ou des assimilations⁴⁶. Dans le cadre d'un acte normatif et dans le respect de celui-ci, les autorités d'application de celui-ci jouissent généralement aussi d'une marge d'appréciation pour tenir compte des circonstances propres à chaque cas lorsque cela se justifie. Le contrôle judiciaire fondé sur cet alinéa est, par conséquent, empreint de retenue⁴⁷, que ce soit pour examiner l'existence d'un motif raisonnable ou les conditions de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité.

La réglementation litigieuse sur laquelle porte le présent avis de droit se fonde sur le critère du domicile ou, de manière un peu plus large, du lieu de vie sous-jacent aux articles 13 § 2 lit. a du Pacte ONU I, 28 1 let. a CDE, 19 Cst. féd. et 24 Cst. GE. Aussi la distinction qu'elle opère repose-t-elle sur un motif raisonnable. Une conclusion contraire reviendrait en définitive à considérer ces garanties conventionnelles et constitutionnelles comme déraisonnables.

La qualité de contribuable joue aussi un rôle puisque sont admis dans l'enseignement primaire public genevois ainsi que dans le cycle d'orientation public genevois « les élèves domiciliés en France voisine et déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois, pour autant que l'un de leurs parents au moins soit assujéti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton » (articles 23 al. 1 let. a REP et 25 al. 1 let. b RCO). Le critère lié au statut fiscal de l'un des parents à Genève est discutable. En effet, l'imposition ne donne en principe pas droit à la scolarisation des enfants à Genève. Cette exigence devrait en tout cas être appliquée de manière souple. Ainsi, un élève domicilié en France voisine et scolarisé dans l'enseignement public genevois ne devrait pas être exclu de celui-ci dès que son parent est, par hypothèse, licencié ou abandonne un emploi à Genève sans en reprendre un nouveau immédiatement. Une telle souplesse, le lien avec le canton de Genève résultant de l'exercice d'une activité rémunérée de manière permanente, même s'il est temporairement rompu, ainsi que le fait que les dispositions précitées reprennent un critère préexistant⁴⁸ font que cet aspect du régime peut encore être considéré, selon nous, comme reposant sur un motif raisonnable au sens de la jurisprudence relative à l'article 8 al. 1 Cst. féd.

Enfin, sans que cela fasse l'objet du présent avis de droit, il y a lieu de signaler que les articles 23A al. 1 let. a REP ainsi que 25A al. 1 let. b et 25B al. 2 let. a RCO font bénéficier les « élèves genevois » d'un traitement préférentiel, alors que « [n]ul ne doit être privilégié ou désavantagé en raison de son droit de cité » en vertu de la première phrase de l'article 37 al. 2 Cst. féd. Ce point semble concerner les années scolaires précédentes ou en cours, ce qui réduit sa portée.

⁴⁵ ATF 142 I 195, c. 6.1 (références omises) ; ATF 141 I 235, c. 7.1. La formule utilisée dans plusieurs arrêts rédigés en allemand diffère quelque peu : « *Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden (...)*. » (ATF 143 I 361, c. 5.1 ; ATF 141 I 153, c. 5.1).

⁴⁶ ATF 142 I 195, c. 6.1 et les références jurisprudentielles ; Message Cst., FF 1997 I 144. En doctrine, voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 1054 et les exemples ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 12 ; DUBEY, Droits II, N 3195-3197.

⁴⁷ Voir notamment ATF 143 I 65, c. 5.2, à propos des questions d'organisation et de rémunération ; ATF 143 I 8, c. 3.3.

⁴⁸ Voir art. 23 al. 1 let. b REP dans sa version en vigueur jusqu'au 13 février 2018 ; art. 25 al. 1 let. c RCO dans sa version en vigueur jusqu'au 13 février 2018. Du moment que le canton de Genève n'est pas tenu de scolariser les enfants domiciliés en France voisine et que le Conseil d'État souhaite désormais y renoncer, il est compréhensible que les exceptions soient définies de manière étroite, sans dépasser le régime préexistant.

IV. LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT

A. L'établissement en Suisse

En vertu de l'article 24 al. 1 Cst. féd., « [I]es Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays ». La réglementation genevoise examinée dans le présent avis de droit n'empêche aucunement des ressortissants suisses domiciliés à Genève et parents d'enfants scolarisés dans ce canton de s'établir dans un autre canton.

Un déménagement hors du canton de Genève entraînerait certainement des conséquences sur la scolarisation des enfants, lesquelles pourraient s'avérer dissuasives. Cependant, cette forme d'entrave à la mobilité géographique ne tombe en principe pas sous le coup de la disposition constitutionnelle précitée. Le Tribunal fédéral refuse généralement d'analyser les normes affectant le choix du lieu de domicile comme des atteintes à la liberté d'établissement⁴⁹.

B. Le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer

L'article 24 al. 2 Cst. féd. garantit aux Suissesses et aux Suisses « le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer ». Le droit de quitter la Suisse correspond essentiellement à « la faculté de ne pas faire usage de sa liberté d'établissement en Suisse »⁵⁰. Il signifie en particulier que les autorités doivent fournir les documents nécessaires à un départ temporaire ou durable à l'étranger⁵¹. Cette composante de la liberté d'établissement est en outre susceptible d'influer sur le domaine des assurances sociales⁵².

La réglementation genevoise faisant l'objet du présent avis de droit n'empêche personne de quitter le territoire suisse. Certes, le changement réglementaire intervenu en février 2018 est susceptible de dissuader des parents ou futurs parents de quitter le canton de Genève pour s'établir notamment en France voisine. Cependant, la perte de la possibilité de scolariser ses enfants en Suisse en raison du transfert de domicile à l'étranger n'est en principe pas visée par l'article 24 al. 2 Cst. féd.⁵³.

Enfin, il n'est pas complètement exclu que des normes cantonales très particulières et complexes soient tout de même problématiques au regard de l'article 24 al. 2 Cst. féd. Tel n'est cependant pas le cas de la réglementation genevoise examinée dans le présent avis de droit, puisqu'elle se fonde simplement sur le critère du domicile ou, de manière un peu plus large, du lieu de vie sous-jacent aux articles 13 § 2 lit. a du Pacte ONU I, 28 1 let. a CDE, 19 Cst. féd. et 24 Cst. GE, tout en prévoyant divers assouplissements lorsque la scolarité des enfants ou de leurs frères et sœurs ou demi-frères et demi-sœurs a déjà débuté dans les écoles publiques genevoises.

⁴⁹ Pour une illustration, voir ATF 135 I 233, c. 5.2.

⁵⁰ Mess. Cst. féd., FF 1997 I 172.

⁵¹ Voir notamment SG Komm. BV-EGLI, Art. 24 N 8 ; BS Komm. BV-RUDIN, Art. 24 N 25 ; DUBEY, Droits II, N 1561.

⁵² Voir, pour une affaire toutefois interne à la Suisse, ATF 140 V 563, c. 5.4.1. Pour une synthèse récente, voir BIAGGINI, Komm. BV, Art. 24 N 11.

⁵³ Voir, dans une perspective plus large, DUBEY, Droits II, N 1570. S'agissant des limitations susceptibles de violer l'article 24 Cst. féd., voir notamment SG Komm. BV-EGLI, Art. 24 N 21-29 et les références ; BS Komm. BV-RUDIN, Art. 24 N 28-42.

V. LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU

A. Les procédures menant à l'adoption de règles de droit

Le droit d'être entendu est garanti par l'article 29 al. 2 Cst. féd. En principe, il n'est applicable qu'à des procédures menant à l'adoption de décisions – et non pas à l'adoption de règles de droit⁵⁴ – et concerne avant tout des questions factuelles. Ainsi, les parties dans une procédure ont le droit d'être entendues sur les faits de la cause par l'autorité dotée du pouvoir décisionnel avant que celle-ci ne prenne une décision. La jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent en effet que le droit de s'expliquer découlant du droit d'être entendu porte sur les faits et les preuves s'y rapportant, mais non pas sur les questions juridiques, sauf lorsque l'autorité envisage d'adopter une solution juridique inattendue ou lorsqu'elle rend une décision en application de normes contenant des notions juridiques indéterminées ou conférant à l'autorité un large pouvoir d'appréciation⁵⁵. Le Tribunal fédéral limite de la manière suivante la portée du droit d'être entendu :

« Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait. Les parties doivent éventuellement aussi être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large (...). »⁵⁶

Ces limites doivent sans doute être encore nuancées et relativisées⁵⁷. Ainsi, dans des circonstances particulières, il n'est pas complètement exclu que le droit d'être entendu s'applique à des procédures de nature législative ou réglementaire. Deux situations sont essentiellement concernées par cette éventualité.

En premier lieu, il arrive qu'une disposition adoptée selon une procédure législative ou réglementaire vise en réalité des personnes déterminées. Dans un tel cas, la procédure s'avère en définitive hybride – législative ou réglementaire d'un point de vue formel et décisionnelle d'un point de vue matériel. Ce dernier point soulève la question de l'application du droit d'être entendu.

En second lieu, un changement abrupt de la législation ou de la réglementation pendant la durée d'une procédure menant à l'adoption d'une décision peut tout particulièrement justifier que les parties à celle-ci soient entendues sur des questions de droit. Cette hypothèse est d'ailleurs envisagée par le Tribunal fédéral lui-même dans l'arrêt précité.

B. L'absence de scolarisation d'enfants domiciliés en France voisine

La réglementation genevoise sur laquelle porte le présent avis de droit soulevait des difficultés procédurales en tant qu'elle était censée viser la rentrée scolaire 2018. Le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) a fourni, par le biais de la Chancellerie d'État, les informations suivantes au soussigné :

⁵⁴ Voir notamment ATF 137 I 305, c. 2.4.

⁵⁵ ATF 129 II 497, c. 2.2 ; ATF 115 Ia 94, c. 1b ; ATF 114 Ia 97, c. 2a. En doctrine, voir notamment MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, pp. 863-868 ; SG Komm. BV-STEINMANN, Art. 29 N 46 ; BS Komm. BV-WALDMANN, Art. 29 N 45 ; DUBEY, Droits II, N 4070.

⁵⁶ ATF 129 II 497, c. 2.2.

⁵⁷ Voir notamment SG Komm. BV-STEINMANN, Art. 29 N 46.

« Il faut distinguer entre l'enseignement primaire (l'EP) et l'enseignement secondaire I (cycle d'orientation – CO). Dans le premier cas (EP), il n'y a pas eu de changement dans le texte de la réglementation en vue de la rentrée scolaire 2018, mais simplement une application de la condition des "places disponibles", qui n'était jamais utilisée avant. Les décisions contestées sont ainsi parties au début du mois de février 2018, la motivation étant "il n'y a plus de place pour votre enfant". Pour le CO, la réglementation a été modifiée le 7 février 2018 et est entrée en vigueur le 14 février 2018, pour la rentrée scolaire 2018, par l'adjonction de la notion "dans la limite des places disponibles" qui n'existait pas auparavant. Les décisions contestées ont été notifiées après le 14 février 2018. Ce qu'il y a lieu en outre de relever, c'est que la DGEO [Direction générale de l'enseignement obligatoire] a rendu un certain nombre de décisions positives entre novembre 2017 et environ le 20 janvier 2018, fondées sur la réglementation alors en vigueur. Autour du 20 janvier, il a été demandé à la DGEO de stopper les admissions dans l'attente d'une nouvelle réglementation plus sévère. C'est ainsi qu'en fonction de leur date de dépôt (possible dès le 1^{er} novembre), certaines demandes ont été acceptées et d'autres, simplement parce qu'elles ont été traitées après le 20 janvier 2018, ont été refusées. Le délai de dépôt des demandes est effectivement le 31 janvier, sous l'ancienne réglementation et sous la nouvelle. »⁵⁸

Le changement de régime en janvier-février 2018 est très problématique sur le plan du droit d'être entendu. La rentrée scolaire 2018 ne fait cependant pas l'objet du présent avis de droit, si bien que l'analyse ne sera pas approfondie sur ce point.

S'agissant de la rentrée scolaire 2019 et les rentrées scolaires ultérieures, la situation est différente. Les procédures d'admission se déroulent sur la base de la réglementation en vigueur depuis le 14 février 2018. Les articles 23 et 23A REP ainsi que 25 à 25B RCO n'ont pas été modifiés depuis lors. Aussi aucun changement réglementaire n'est-il intervenu en cours de procédure. De surcroît, cette réglementation s'applique à un nombre indéterminé de personnes.

En conclusion, le Conseil d'État n'était pas tenu d'entendre les parents ou les enfants domiciliés en France voisine affectés négativement par le changement de régime dès l'année scolaire 2019-2020.

VI. LES RÈGLES DE LA BONNE FOI

A. La garantie constitutionnelle

En vertu des articles 5 al. 3 et 9 Cst. féd., tous les organes de l'État sont tenus d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cette garantie constitutionnelle lie les autorités lorsqu'elles donnent des assurances, pour autant que diverses conditions soient réunies⁵⁹. De plus, elle interdit à une autorité d'adopter des comportements contradictoires à l'égard d'un administré

⁵⁸ Email du 8 avril 2019 de la Direction des affaires juridiques du DIP à la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'État, transmis au soussigné.

⁵⁹ Sur ces conditions, voir notamment ATF 143 V 341, c. 5.2.1 ; ATF 143 V 95, c. 3.6.2 ; ATF 141 V 530, c. 6.2 et la jurisprudence citée. En doctrine, voir notamment SG Komm. BV-ROHNER, Art. 9 N 48-49 ; BS Komm. BV-TSCHENTSCHER, Art. 9 N 16.

et, plus généralement, de tromper les administrés⁶⁰. Le Tribunal fédéral résume comme suit sa jurisprudence relative à l'article 9 Cst. féd. :

« Découlant directement de l'art. 9 Cst. [féd.] et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (...). »⁶¹

Les « règles de la bonne foi » n'interdisent pas la modification de règles de droit⁶². Dans certaines situations, la révision d'une loi ou d'un règlement au cours d'une procédure peut s'avérer contraire à de telles règles. Ainsi, « en principe, les administrés doivent compter avec la possibilité d'un changement de la législation, sous réserve des cas où des assurances spéciales auraient été données sur le maintien d'une législation ou ceux où des droits acquis seraient touchés »⁶³. L'adoption de dispositions transitoires se justifie selon les cas, afin de tenir compte de la situation des personnes qui ont pris des dispositions particulières et qui n'ont pas la possibilité de s'adapter au nouveau droit⁶⁴.

B. L'absence de scolarisation d'enfants domiciliés en France voisine

L'entrée en vigueur de la réglementation genevoise sur laquelle porte le présent avis de droit était précipitée en tant qu'elle visait la rentrée scolaire 2018. Le droit d'être entendu et les règles de la bonne foi ont alors été malmenés, voire violés. Ce point ne sera pas examiné de manière plus approfondie ici, car cette rentrée ne fait pas l'objet de l'avis de droit. Il convient simplement de rappeler les conclusions auxquelles est parvenue la Chambre administrative de la Cour de justice :

« [Le DIP] ne pouvait laisser se dérouler le processus d'admission pour la rentrée 2018 comme il le faisait depuis des années, sans mise en garde particulière pour les administrés appelés à prendre des dispositions importantes pour la scolarisation de leurs enfants, alors qu'il savait que sa pratique changerait. Au lieu de cela, il a donné une réponse favorable, selon la pratique en vigueur, aux premières demandes arrivées et a interrompu abruptement le processus pour celles présentées plus tard, mais néanmoins dans le délai qu'il avait imparti, et leur a donné une réponse négative sans autre examen, en invoquant pour la première fois l'absence de places disponibles. Les

⁶⁰ Voir notamment ATF 143 V 341, c. 5.2.1.

⁶¹ ATF 141 V 530, c. 6.2 et la jurisprudence citée.

⁶² Voir notamment MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 938 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, p. 257, N 728.

⁶³ TANQUEREL, Droit administratif, p. 205, N 574. Voir en outre ATF 143 I 65, c. 6.2.

⁶⁴ Voir DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, p. 257, N 728 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, p. 146, N 641.

administrés intéressés n'ont pas pu anticiper une telle situation, d'autant plus difficile à appréhender que la distinction entre place disponible au sens budgétaire et place disponible au sens commun n'est pas notoire. »⁶⁵

En tant que sont concernées les inscriptions pour la rentrée scolaire 2019 et les rentrées ultérieures, la réglementation en vigueur est connue et publiée. Aucun élément de surprise n'est créé par les autorités genevoises. Les parents d'enfants domiciliés en France voisine connaissent ou sont réputés connaître le régime désormais applicable. Une année environ s'est écoulée entre l'adoption de ces règles et la date limite pour l'inscription des enfants. Un régime particulier est prévu pour les enfants déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois ou dont les frères et sœurs ou demi-frères et demi-sœurs le sont déjà. Nous peinons à voir de quelle manière les parents domiciliés en France voisine et souhaitant scolariser un enfant dans l'enseignement public genevois, sans qu'aucune des règles applicables ne le permette, seraient en mesure de se prévaloir de droits acquis⁶⁶. La même conclusion vaut au demeurant pour l'enfant en question.

Compte tenu des éléments qui précèdent et des réserves qui suivent, les règles de la bonne foi, au sens des articles 5 al. 3 et 9 Cst. féd., nous paraissent respectées. La principale réserve pourrait concerner des assurances particulières qu'auraient données les autorités genevoises à des parents déterminés⁶⁷. Nous n'avons cependant connaissance d'aucune situation de ce type. S'il en existait, il conviendrait de procéder à une analyse au cas par cas, tenant compte de l'ensemble des circonstances concrètes.

Une certaine flexibilité pourrait enfin bénéficier à des familles provenant de France voisine et ayant décidé de prendre ou reprendre domicile dans le canton de Genève à la suite de la réforme de février 2018, si elles démontrent avoir entrepris, de manière diligente, toutes les démarches à cette fin, sans être toutefois en mesure de finaliser les transactions immobilières nécessaires avant la rentrée scolaire 2019. Une période d'un an et demi, entre février 2018 et août 2019, pour vendre un bien immobilier en France et en acheter un dans le canton de Genève ou louer un logement adéquat peut vraisemblablement s'avérer courte dans certains cas.

Ces différentes considérations ne remettent pas en cause la validité des articles 23 et 23A REP ainsi que 25 à 25B RCO, mais peuvent impliquer de les appliquer avec une certaine souplesse⁶⁸, spécialement lors de la rentrée scolaire 2019.

VII. CONCLUSION

Au vu de ce qui précède et compte tenu des limites qui suivent, les articles 23 et 23A REP ainsi que 25 à 25B RCO respectent les garanties constitutionnelles et conventionnelles applicables en tant qu'ils limitent la scolarisation d'enfants domiciliés en France voisine. Nous rappelons expressément que le présent avis de droit ne porte en revanche pas sur la compatibilité de ces nouveaux articles avec l'ALCP, cette question faisant l'objet d'avis de droit séparés, et qu'il n'examine pas non plus la question de savoir si des normes de rang réglementaire seulement suffisent ou non, laquelle est analysée par les services de l'administration cantonale.

⁶⁵ Arrêt du 15 mai 2018, ATA/474/2018, c. 4d.

⁶⁶ S'agissant des hypothèses dans lesquelles un acte normatif peut fonder des droits acquis, voir DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif*, p. 470, N 1335-1336.

⁶⁷ Sur ce point, voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, p. 199, N 14.

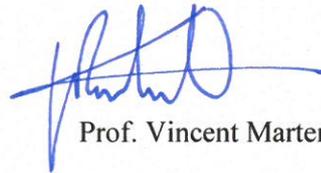
⁶⁸ Sur une telle approche au cas par cas, voir, par analogie, ATF 139 II 243, c. 11.7. En doctrine, voir notamment TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, p. 174, N 9.

Cette conclusion suppose que le critère du domicile dans le canton de Genève soit interprété de manière non formelle de façon à englober tous les enfants dont le *lieu de vie* se trouve dans ce canton. Ce dernier critère représente le critère pertinent au regard des droits fondamentaux applicables. Une certaine souplesse dans l'interprétation des articles 23 al. 1 let. a REP et 25 al. 1 let. b RCO se justifie par ailleurs. Ainsi, un élève domicilié en France voisine et scolarisé dans l'enseignement public genevois ne devrait pas être exclu de celui-ci dès que son parent est, par hypothèse, licencié ou abandonne un emploi dans le canton de Genève sans en reprendre un nouveau immédiatement. Par ailleurs, selon les circonstances, une famille provenant de France voisine sur le point de prendre ou reprendre domicile dans le canton de Genève au moment de la rentrée 2019 pourrait être considérée, par anticipation en quelque sorte, comme étant domiciliée dans ce canton.

Enfin, selon les informations dont dispose le soussigné, les autorités genevoises ne semblent pas avoir donné des assurances à des parents domiciliés en France voisine en vue de la scolarisation de leurs enfants dès la rentrée 2019. Si tel avait néanmoins été le cas, il conviendrait d'examiner, au cas par cas, le respect des critères jurisprudentiels relatifs aux règles de la bonne foi⁶⁹ afin de déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure les assurances données lient les autorités genevoises.

* * *

Lausanne, le 6 mai 2019



Prof. Vincent Martenet

⁶⁹ ATF 143 V 341, c. 5.2.1 ; ATF 143 V 95, c. 3.6.2 ; ATF 141 V 530, c. 6.2 et la jurisprudence citée.

DOCUMENTS OFFICIELS

ASSEMBLÉE CONSTITUANTE GENEVOISE, Bulletin officiel, 28 tomes, Genève 2012 (*BO*)

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (NATIONS UNIES), Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte), Observation générale n° 13, E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999 (*Éducation*)

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (NATIONS UNIES), La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Observation générale n° 20, E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009 (*Non-discrimination*)

CONSEIL FÉDÉRAL (CF), Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, pp. 1-659 (*Mess. Cst. féd.*)

BIBLIOGRAPHIE

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (*Comm. Cst.-AUTEUR*)

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3^e éd., Berne 2013 (*Droit constitutionnel II*)

BELSER Eva Maria/WALDMANN Bernhard, Grundrechte II – Die einzelnen Grundrechte, Zurich 2012 (*Grundrechte II*)

BIAGGINI Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, 2^e éd., Zurich 2017 (*Komm. BV*)

CARONI Martina/OTT Lisa, Das Recht auf Bildung – Ein Menschenrecht!, in Peter G. Kirchschläger et al. (éd.), Menschenrechte und Bildung, Berne 2006, pp. 189-196 (*Bildung*)

DUBEY Jacques, Droits fondamentaux, 2 vol., Bâle 2018 (*Droits I/II*)

DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014 (*Droit administratif*)

EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., St-Gall/Zurich 2014 (*SG Komm. BV-AUTEUR*)

EPINEY Astrid/WALDMANN Bernhard, Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, vol. VII/2 en coordination avec Jörg Paul Müller et Daniel Thürer (Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein), Heidelberg et Zurich/St-Gall 2007, pp. 611-637 (*Soziale Grundrechte und Zielsetzungen*)

GEBERT Pius, Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und seine Auswirkungen auf das schweizerische Bildungswesen, thèse Fribourg, St-Gall 1996 (*Bildung*)

GRISEL Etienne, Égalité – Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 2^e éd., Berne 2009 (*Égalité*)

HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen/THURNHERR Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9^e éd., Zurich 2016 (*Bundesstaatsrecht*)

HÄFELIN Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich/St-Gall 2016 (*Verwaltungsrecht*)

HOTTELIER Michel/TANQUEREL Thierry, La Constitution genevoise du 14 octobre 2012, SJ 2014 II 341-385 (*Constitution*)

KIENER Regina/KÄLIN Walter/WYTTENBACH Judith, Grundrechte, 3^e éd., Berne 2018 (*Grundrechte*)

MAHON Pascal, Droit constitutionnel, vol. II, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (*Droit constitutionnel II*)

MOOR Pierre/FLÜCKIGER Alexandre/MARTENET Vincent, Droit administratif, vol. I, 3^e éd., Berne 2012 (*Droit administratif I*)

PETERS Anne, Diskriminierungsverbote, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, vol. VII/2 en coordination avec Jörg Paul Müller et Daniel Thürer (Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein), Heidelberg et Zurich/St-Gall 2007, pp. 255-299 (*Diskriminierungsverbote*)

RHINOW René/SCHEFER Markus/UEBERSAX Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016 (*Verfassungsrecht*)

SAMBUC BLOISE Joëlle, La situation juridique des Tziganes en Suisse – Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l’homme, thèse Genève, Genève/Zurich 2007 (*Tziganes*)

TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif, 2^e éd., Zurich/Genève 2018 (*Droit administratif*)

TSCHANNEN Pierre/ZIMMERLI Ulrich/MÜLLER Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014 (*Verwaltungsrecht*)

VERHEYDE Mieke, Article 28 – The Right to Education, in André Alen et al. (éd.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden/Boston 2006 (*Education*)

WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (éd.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015 (*BS Komm. BV-AUTEUR*)