

N° 7755¹⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2021-2022

PROPOSITION DE REVISION

du chapitre II de la Constitution

* * *

AVIS DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME

(17.1.2022)

TABLE DES MATIERES

- I. Introduction
- II. Considérations structurelles générales
 - A. Les silences de la proposition
 - 1. Le silence concernant la place du droit international des droits humains
 - 2. Le silence quant à la valeur particulière des normes constitutionnelles relatives aux droits humains
 - B. Une catégorisation des droits fort problématique
 - 1. Caractère problématique de la catégorisation retenue par le texte
 - 2. Un risque inacceptable de faire stagner l'évolution des droits
- III. Les droits humains protégés par la Constitution
 - A. Le principe d'égalité encore loin du but
 - 1. L'égalité devant la loi : une prérogative nationale ?
 - 2. Le timide principe de non-discrimination
 - 3. La protection particulière de certaines catégories de personnes
 - 4. Les droits de l'enfant et le droit à la vie familiale : émanations du principe d'égalité ?
 - B. La désorganisation des droits procéduraux et garanties du justiciable
 - 1. La dislocation problématique des droits procéduraux
 - 2. Un contenu équivoque malgré une avancée partielle
 - 3. Une avancée toujours insuffisante
 - C. La liberté de religion et la liberté d'expression : pierres angulaires d'une société démocratique
 - 1. La liberté de pensée, de conscience et de religion : un droit intangible ?
 - 2. La liberté d'expression : un droit oublié ?

- D. Le droit d’asile constitutionnel face au droit d’asile conventionnel
- E. L’Etat social à l’épreuve des droits sociaux constitutionnels
- F. La consécration du droit à l’intégrité physique et mentale accompagnée de l’absence du droit à la vie

IV. Conclusion

V. Recommandations

*

Il convient de noter que lorsque le présent document fait référence à certains termes ou personnes, il vise à être inclusif et cible tous les sexes, genres et identités de genre.

*

I. INTRODUCTION

Conformément à l’article 2 (1) de la loi du 21 novembre 2008 portant création d’une Commission consultative des Droits de l’Homme (CCDH), la CCDH a été saisie en date du 6 mai 2021 de la proposition de révision n°7755 du chapitre II de la Constitution. Le 18 août 2021, elle a été saisie d’amendements parlementaires, adoptés par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle en date du 21 juillet 2021.

En parallèle, le 12 juillet 2021, la CCDH a également été saisie d’amendements à la proposition de révision n°7700 relative à l’organisation de l’État. Les amendements au chapitre II de cette dernière proposition visent principalement à « *pallier des problèmes (doubles emplois ou vides juridiques) liés notamment aux mises en vigueur successives des différentes propositions de révision* »¹, de sorte que la CCDH se limitera à l’étude de la proposition de révision n°7755. Les amendements nécessaires au maintien de l’homogénéité de la Constitution luxembourgeoise reflètent le manque de lisibilité de la révision constitutionnelle en quatre étapes et par conséquent le manque d’accessibilité pour les justiciables. Cela est d’ailleurs également dû aux différents revirements politiques dans le cadre de la révision de la Constitution, à savoir l’abandon de la proposition de révision constitutionnelle n°6030 de 2009 et le remplacement par une révision en quatre étapes. Par ce remplacement, certains travaux préparatoires reflétant l’intention du constituant, n’ont d’ailleurs pas été repris dans la proposition de révision sous avis. Au-delà de toute opportunité politique, il aurait été, aux yeux de la CCDH, plus judicieux de se focaliser prioritairement sur les bénéficiaires de la révision constitutionnelle, c’est-à-dire les justiciables.

Le processus de révision de la Constitution luxembourgeoise est un travail complexe et de grande envergure – il dure désormais depuis presque deux décennies. L’atmosphère reproduite dans le débat politique est celle d’un besoin de finaliser un projet qui dure depuis bien longtemps et de mettre un point final à un chantier politique important pour le Grand-Duché.

Concernant le chapitre relatif aux droits et libertés plus particulièrement, la CCDH **salue l’initiative d’actualiser les garanties de protection des droits des personnes**, pièce maîtresse de tout ordre juridique national. Il s’agit d’une **occasion exceptionnelle** pour faire de la Constitution du Grand-Duché un texte qui scelle haut et fort l’importance des droits humains, composante basique du pacte du vivre ensemble luxembourgeois. C’est dans cet esprit que la CCDH adresse ses différentes recommandations, en vue de permettre au constituant de saisir pleinement cette occasion unique pour faire avancer les droits fondamentaux.

Ainsi, la CCDH va se concentrer sur ces questions hautement complexes et fruits de nécessaires compromis et discussions. Néanmoins, elle appelle à une double prise de conscience.

Premièrement, énumérer un catalogue de droits sans procéder à une refonte cohérente et harmonieuse des institutions politiques au sein du texte constitutionnel risque mettre à mal des droits poétiquement

¹ Proposition de révision n°7700 des Chapitres Ier, II, III, V, VII, IX, X, XI, XII de la Constitution, Amendements du 26 juin 2021, Doc.parl. 7700/06, p. 1, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path

énoncés dans le catalogue. Les constitutionnalistes ont pu montrer que si l'on ne réforme pas les institutions démocratiques dans un même esprit de protection accrue des droits, l'énonciation de droits devient un exercice cosmétique et concrètement inexploitable².

Deuxièmement, le processus de révision constitutionnelle touche au document qui est politiquement ressenti comme la Charte où l'on s'accorde sur les principes fondamentaux du vivre ensemble. Ainsi, cette révision doit bénéficier d'une tentative d'écoute de la plus grande diversité des opinions, pour que le document qui en résulte puisse être ressenti comme le plus fédérateur et syncrétique possible, qui répond aux besoins et donne de la voix aux revendications d'un peuple qui parle par le biais de ses représentants.

La CCDH constate que, dans l'objectif de parvenir à ce résultat, le constituant a opté pour une **approche minimaliste**, opérant quelques modifications du texte des droits constitutionnellement garantis actuellement existant, sans en bouleverser profondément la logique. Or, ce choix encourt forcément le **risque de ne pas saisir toutes les opportunités de renouvellement et d'évolution qu'une refonte constitutionnelle permet d'opérer**. C'est d'ailleurs en raison de sa démarche minimaliste que ce processus de modification avait été lourdement critiqué, notamment dans le contexte d'une proposition alternative, qui mettait en exergue que « *le projet de révision présenté par la majorité de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle n'est pas à la hauteur des enjeux sociétaux actuels. Il se contente d'une opération cosmétique sur la Constitution en vigueur, alors qu'on aurait pu s'attendre à un véritable nouveau constitutionnel* »³.

La méthode de révision a été largement guidée par un exercice de comparaison avec les choix opérés par les pays voisins, en sélectionnant certaines options qui semblent intéressantes à transposer dans le texte constitutionnel luxembourgeois. Si la CCDH salue l'importance de l'exercice de droit comparé dans toute démarche de révision constitutionnelle, elle craint que le résultat final n'en pâtisse en termes d'homogénéité de la réflexion et de capacité à prendre en compte la tradition, les besoins et l'histoire juridique et culturelle du Grand-Duché du Luxembourg. La CCDH invite donc le constituant à prendre en considération les **modifications et ajustements proposés pour que le texte ne devienne pas un condensé d'expériences constitutionnelles dissonantes, mais développe sa propre voix**, forgée dans l'expérience d'une conscience comparative large.

De manière générale, la CCDH constate que le constituant opère des choix majeurs qui donnent vie à un texte qui risque de se révéler **en-dessous des attentes des justiciables par rapport aux offres de protection insérées dans les traités internationaux** ratifiés par le Grand-Duché, **d'enfermer les droits dans une catégorisation fictive** et autrement peu maniable et d'opérer de nombreux **choix minimalistes concernant l'étendue des droits protégés**.

Si le constituant ne souhaite pas détériorer l'envergure de son texte, mais lui donner le souffle que nécessite la Charte constitutionnelle d'un État prospère, de lui donner l'élan dont est capable une démocratie européenne fortement internationale et multiculturelle, des modifications substantielles restent souhaitables. Ces modifications seront analysées d'abord en ce qui concerne les exigences de modifications structurelles du texte constitutionnel, notamment dans son interaction avec le droit international (II) et ensuite en ce qui concerne le catalogue des droits protégés (III).

*

2 R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz editores, 2015.

Voir aussi V. Bruck, 'Une constitution made in Luxembourg ? Trois propositions pour l'amélioration de la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux', *Forum*, n. 349, p. 29 ss., qui constate que « *afin qu'une telle adhésion populaire se concrétise, il ne suffit pas d'un texte venant enregistrer une longue tradition ou traduisant le plus petit dénominateur commun. Le constituant ne saurait pas non plus se contenter d'un texte qui reflète de façon neutre l'état actuel du droit, mais devrait élaborer, à travers la Constitution, un projet d'avenir pour la communauté politique* ». Elle propose par ailleurs : « *Tout d'abord, le constituant pourrait préciser les caractéristiques constitutives de l'État, lesquelles sont déterminées dès les premiers articles de la Constitution* », « *Ensuite, on ne peut que regretter que le constituant néglige la consécration constitutionnelle des dernières avancées législatives tout à fait majeures en matière sociétale* », « *Enfin, l'on sait les ravages qu'a provoqué l'affaire autour des mesures de surveillance illégales du service de renseignement, ainsi que les promesses sub-séquentes du gouvernement en ce qui concerne la transparence. Seulement, si le terme est en vogue, il n'a pour l'instant donné lieu qu'à d'assez minces codes de déontologie pour les députés et ministres* ».

3 Proposition de révision n°6956 portant instauration d'une nouvelle Constitution, 8 mars 2016, Exposé des motifs, p. 4, disponible sur <https://data.legilux.public.lu/file2/2019-10-14/194>

II. CONSIDERATIONS STRUCTURELLES GENERALES

D'un point de vue structurel, la CCDH constate et met en garde à l'égard de deux problèmes majeurs. D'une part, la proposition entretient des silences assourdissants, ne réglant pas des questions fondamentales pour une protection accrue des droits (A). D'autre part, la CCDH met en garde quant au choix de structurer le texte du chapitre II autour d'une catégorisation en quatre parties (droits politiques, droits fondamentaux, libertés publiques et objectifs à valeur constitutionnelle) tout à fait inédite du point de vue du droit comparé et présentant des risques majeurs de stagnation des standards constitutionnels (B).

A. Les silences de la proposition

1. *Le silence concernant la place du droit international des droits humains*

La CCDH s'inquiète tout d'abord par rapport au silence du texte constitutionnel en ce qui concerne la place du droit international des droits humains. Cela résulte fort problématique au moins à deux points de vue.

a. *La tendance problématique à renvoyer la protection de certains droits au droit international*

Dans les débats parlementaires et dans les commentaires de la proposition, on voit souvent revenir l'idée selon laquelle il serait **inutile d'étoffer le catalogue des droits protégés dans la Constitution puisque certains d'entre eux seraient déjà protégés** en droit international ou européen.⁴ Ce type de raisonnement semble problématique. En effet, il implique une **démision** de la pensée constitutionnelle au profit de l'existence de normes internationales⁵.

La CCDH rappelle que l'esprit de la Constitution ne peut pas être celui d'un texte parmi d'autres qui comble certaines lacunes et en oublie d'autres. **Le texte constitutionnel doit être le garant suprême des droits humains garantis dans l'ordre juridique luxembourgeois**. Il peut et **devrait aller plus loin que le droit international des droits humains**, pour donner tout son souffle à la tradition humaniste luxembourgeoise, tel que cela a été suggéré par plusieurs organes.⁶ Cette vision est **confirmée par les articles 53 de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après « CEDH »).⁷

Aussi, la Constitution permet toute une série d'opérations juridiques de protection des droits humains que le droit international risque de ne pas toujours pouvoir assurer (on pense à l'effet direct horizontal de certaines dispositions, c'est-à-dire leur invocabilité dans un litige entre personnes privées et non pas opposant un individu à l'État, ou à la possibilité d'invocation d'un droit constitutionnel par la Cour constitutionnelle luxembourgeoise comme standard de validité des normes législatives internes).

Il est encore plus regrettable que parfois, le constituant décide de ne pas étoffer certains droits constitutionnels, car ceux-ci seraient présents dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union euro-

4 J. Gerkrath, « La proposition de révision dans le contexte international: la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux serait-elle devenue superflue? Quelques remarques à propos de la notion des droits fondamentaux, de leur formulation et de leur protection », *Actes de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal*, Luxembourg, vol. 14, 2011, p. 197-219 qui se pose donc la question de savoir si « la garantie des droits et libertés à travers la constitution serait-elle devenue superflue? ».

5 Voir notamment table ronde du 19 octobre 2021 sur la révision de la Constitution, minutes 54:09 à 55:47, disponible sur <https://www.chd.lu/ArchivePlayer/video/3410/sequence/183711.html>.

6 Avis intérimaire de la Commission de Venise sur la proposition de révision n°6030 de la Constitution, 14 décembre 2009, para. 34, sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=9AAFE2CF8C775 ; voir aussi CCDH, Avis 3/2012 sur la proposition de révision constitutionnelle n°6030, pp. 2-3, disponible sur <https://ccd.h/public.lu/content/dam/ccdh/avis/2012/Avis-CCDH-6030-final.pdf>.

7 L. Burgorgue-Larsen, P.-V. Astresses, V. Bruck, « The Constitution of France in the Context of EU and Transnational Law: An Ongoing Adjustment and Dialogue to Be Improved », *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2019. 1181-1223.

péenne (par exemple le droit à une protection juridictionnelle effective).⁸ La CCDH rappelle que cette position revient à tout bonnement consacrer l'inexistence de ces droits dans les domaines qui ne relèvent pas de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne (ci-après « UE »). Comme l'explique l'article 51 de la Charte et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») à ce sujet⁹, celle-ci a un champ d'application limité, et ses droits ne s'étendent pas à l'ensemble des domaines couverts par le droit national. Le constituant devrait être conscient de ce débat, puisqu'il a été proposé d'étendre dans le texte constitutionnel le champ d'application de la Charte à l'ensemble du droit interne.¹⁰ Le simple renvoi à la Charte constitue, encore une fois, la consécration de vides de protection constitutionnelle.

Enfin, cette attitude est d'autant plus problématique que la société civile et la doctrine juridique ont souvent pu s'inquiéter du refus du juge luxembourgeois de donner une application concrète à la protection issue du droit international des droits humains. Il suffit de penser à la posture des juges internes relativement au droit international des droits de l'enfant (notamment demandeur de protection internationale)¹¹, dénoncée par plusieurs associations et par le Comité onusien compétent. Dans ce contexte, où **le juge national n'est souvent pas « völkerrechtsfreundlich »** comme on le prétend, cacher le texte constitutionnel derrière le droit international des droits humains risque de devenir un prétexte des plus périlleux à ne pas développer la protection constitutionnelle.

b. *La nécessité d'affirmer la supra-constitutionnalité
des traités de protection des droits humains
dans le texte constitutionnel*

Une grande particularité de l'ordre juridique luxembourgeois consiste en la valeur **supra-constitutionnelle** des traités (et/ou du droit international de manière plus générale). Or, bien que cette supra-constitutionnalité ait été affirmée de longue date par les juges¹², elle n'a pas de support textuel dans la Constitution et ne semble pas faire l'objet d'une application cohérente dans la jurisprudence contemporaine. Il serait **important de fixer cette théorie de la supra-constitutionnalité dans le texte constitutionnel, notamment en ce qui concerne la place des traités de protection des droits humains**, et ainsi suivre les recommandations répétées de la Commission de Venise¹³. Cela permettrait de consolider une théorie jurisprudentielle, clarifier ses contours, et faire en sorte qu'elle ne puisse pas être affaiblie dans ses fondements à l'avenir.

Le besoin de clarifier le statut de la supra-constitutionnalité résulte à l'évidence de l'histoire de la révision constitutionnelle. La CCDH constate que, lors des amendements de 2019 sur la proposition de révision n°6030, le constituant avait voulu intégrer la primauté du droit international pour suivre les recommandations de la Commission de Venise. Dans ce contexte, il avait été proposé de régler le problème comme suit :

« *La Chambre des Députés n'approuve les traités que pour autant qu'ils soient conformes à la Constitution. Les traités ratifiés font partie de l'ordre juridique interne et ont une valeur supérieure à celle des lois.* » (amendement 4)¹⁴.

La CCDH constate qu'un tel amendement proposait bel et bien de renverser le principe de supra-constitutionnalité et d'aller vers un modèle typiquement inspiré de l'article 54 de la Constitution française, qui affirme la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne puisqu'un engagement international ne pourra pénétrer le droit national s'il est contraire à la Constitution, à moins que cette

⁸ Proposition de révision n°7755, Exposé des motifs, p. 2, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=368B524D.

⁹ Cour de Justice de l'Union européenne, Grande chambre, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, 26 février 2013.

¹⁰ P.-H. Meyers, « Les droits fondamentaux dans la Constitution luxembourgeoise », in J. Gerkrath, *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 66.

¹¹ Tribunal administratif, jugement n° 43965, 21 septembre 2020.

¹² P. Kinsch, « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pasicrisie Luxembourgeoise: Recueil Trimestriel de la Jurisprudence Luxembourgeoise*, vol. 34, 2010, p. 399.

¹³ Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, paras. 34-35; Avis de la Commission de Venise sur la proposition de révision n°6030, 18 mars 2019, para. 18, disponible sur <https://chd.lu>.

¹⁴ Proposition de révision n°6030 portant instauration d'une nouvelle Constitution, Amendements du 10 juillet 2019, doc. parl. 6030/30, Amendement 4, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path

dernière ne soit préalablement modifiée. Or, comme le démontrent les recherches des spécialistes d'histoire constitutionnelle luxembourgeoise, le principe de supra-constitutionnalité des traités fait partie du patrimoine génétique ancien du Grand-Duché qui doit au droit international son existence et ainsi le récompense par une place de primauté en son sein.¹⁵ Or, si même les parlementaires ont pu entretenir une certaine confusion quant à ce principe, il est regrettable qu'une clarification textuelle n'ait pas été entreprise pour sceller les contours de ce principe historiquement fondamental.

La CCDH rappelle que ces questions structurelles d'articulation du droit constitutionnel avec le droit international des droits humains ne relèvent pas de la pure spéculation théorique, mais constituent des **outils fondamentaux pour garantir une protection accrue des droits humains**. En effet, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a pu développer dans sa jurisprudence récente une théorie fondamentale dite du « socle commun » : en partant du constat d'une communauté importante entre différentes dispositions de la Constitution, de la Charte des droits fondamentaux et de la CEDH, la Cour constitutionnelle identifie un socle commun de dispositions fondamentales qui lui permettent d'élargir le champ des règles qu'elle utilise pour vérifier la validité des dispositions législatives.

La CCDH considère que l'apport fondamental de cette jurisprudence protectrice n'est pas pris au sérieux dans la proposition de révision sous avis, qui manque nettement d'une disposition générale portant sur l'interprétation des droits constitutionnels en harmonie avec ce socle commun. La Commission de Venise en 2009 avait déjà mis en garde concernant ce besoin et proposé différentes clauses transversales poursuivant cette fonction.¹⁶ La CCDH **considère qu'il serait donc nécessaire de rajouter un article initial qui codifierait l'apport de la théorie du socle commun**.

Pour cela, différentes options s'offrent au constituant. Une première option, particulièrement protectrice, serait celle de suivre une proposition qui avait été faite depuis un certain nombre d'années d'insérer dans le texte constitutionnel une *clause pro homine*.¹⁷ L'idée de cette clause est d'ancrer dans le texte constitutionnel un principe selon lequel les autorités publiques doivent toujours interpréter le droit luxembourgeois dans le sens le plus favorable à l'individu. Cette thèse est la pierre angulaire du fonctionnement du système interaméricain des droits humains, où elle a permis des avancées spectaculaires dans la protection des droits des individus.¹⁸ Le principe *pro persona* inciterait notamment les juges internes au relevé d'office des questions de protection des droits humains, ce qui mettrait un terme à l'idée dangereuse selon laquelle lorsque les parties ne plaident pas une problématique liée aux droits humains dans le cadre d'une affaire, le juge luxembourgeois n'aurait tout simplement pas à s'intéresser à celle-ci. Cette idée avait été insérée dans une proposition alternative de révision constitutionnelle comme suit :

« Les traités et accords internationaux en matière de droits humains signés et ratifiés par le Luxembourg ont valeur supra-constitutionnelle dans la mesure où leurs dispositions sont plus favorables à leur titulaire que les garanties constitutionnel/es ou législatives. Le/la juge relève les dispositions pertinentes d'office et les interprète conformément aux décisions des organes juridictionnels supranationaux, de façon à leur conférer un effet utile. »¹⁹

Cette idée serait particulièrement adaptée au contexte luxembourgeois, en raison de sa tradition de supra-constitutionnalité des traités. En effet, en Amérique latine, cette théorie de l'interprétation *pro persona* est notamment issue de la tradition de certaines constitutions récentes de hisser les traités de protection des droits fondamentaux au-dessus des normes constitutionnelles. La Cour constitutionnelle colombienne, par exemple, a pu déduire du texte constitutionnel de 1991 l'idée selon laquelle les traités

15 L. Heuschling, « Les origines au XIXe siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois: l'enjeu de la monarchie », *Liber amicorum Rusen Ergec*, 2017, pp. 157-213.

16 Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, para. 47.

17 V. Bruck, « Mieux proclamer pour moins protéger ? Critique de la dévalorisation des droits de l'homme par le projet de Constitution », *Forum*, Avril 2014, pp. 7 – 9 : 'La clause tient son nom du fait qu'elle garantit à chaque individu *la protection la plus étendue*. Si la démarche paraît abstraite, elle assure, concrètement, que les formalités procédurales soient mises au service de l'individu. Le raisonnement suivrait trois mouvements. Tout d'abord, le juge devra relever d'office les droits fondamentaux, donc vérifier l'existence d'une violation même si l'avocat du justiciable omet de l'invoquer. Parmi les dispositions nationales, européennes ou internationales pertinentes, il sera obligé de choisir celle qui est la plus favorable à l'individu. Enfin, l'application devra prendre en compte non seulement le texte (assez abstrait, voire dépassé), mais également les décisions des juridictions. Dès lors, même si le catalogue constitutionnel est incomplet, l'obligation de recourir systématiquement aux garanties internationales permet aux justiciables de se voir appliquer le droit le plus protecteur qui soit'.

18 M. Pinto, « El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos », 2014, accessible sur <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/594>.

19 Voir notamment Proposition de révision n°6956, art. 84.

de protection des droits de l'Homme ont prévalence dans l'ordre interne²⁰, ce qui lui a permis de tisser la théorie de l'obligation d'opter toujours pour l'interprétation des normes juridiques la plus favorable à l'Homme et à ses droits²¹. Les nouveaux textes constitutionnels de Bolivie et d'Équateur, par exemple, reconnaissent le statut supra-constitutionnel des traités de protection des droits de l'homme dans l'hypothèse où la protection internationale s'avérerait plus favorable. Cela participe d'une prise de conscience de la « *nécessité de prendre au sérieux de façon effective le droit international des droits de l'Homme afin qu'il forme un tout homogène avec le droit interne ; c'est valoriser la convergence des valeurs humanistes, plutôt que de s'arc-bouter sur le soi-disant cloisonnement des ordres juridiques qui entraîne des lectures desséchantes et appauvrissantes en termes de hiérarchie formelle* »²². Le droit luxembourgeois offrait déjà une base propice pour aller dans cette direction ; la CCDH regrette que le constituant ébauche une tendance régressive bien plus que progressiste.

Une alternative à la clause *pro homine* serait à tout le moins de **prévoir un article général sur l'interprétation des droits constitutionnels**, en transposant et clarifiant la théorie du socle commun.

La CCDH estime que le constituant se doit de prendre ce type de propositions au sérieux. Elle rappelle que le respect accru des droits humains doit forcément passer par la prise en compte par l'ordre juridique luxembourgeois tout entier de sa responsabilité à assurer leur respect et que l'autorité judiciaire, premier garant de celui-ci, devrait avoir systématiquement recours à cette méthode d'interprétation du droit interne.

La CCDH rappelle que certains textes constitutionnels considérés comme étant particulièrement protecteurs ont mis ces points au premier plan, en posant le recours au droit international et au droit comparé comme méthode fondamentale d'interprétation de la Constitution.²³ Dans un ordre juridique comme celui du Grand-Duché, dont la richesse est également l'ouverture sur l'international et sur la comparaison des expériences juridiques qui en ont alimenté la formation, ce type de disposition devrait être prise en considération.

2. Le silence quant à la valeur particulière des normes constitutionnelles relatives aux droits humains

La CCDH s'inquiète également que le constituant n'ait pas clarifié la valeur particulière des normes relatives aux droits humains au sein du texte constitutionnel.

D'une part, la CCDH rappelle qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et des expériences constitutionnelles de ces années difficiles, de nombreuses constitutions européennes ont consacré une valeur particulière aux droits fondamentaux constitutionnels, en les érigeant en **limite à la révision constitutionnelle**. L'idée est de placer les droits à un niveau de protection plus important que les autres règles d'organisation des pouvoirs : cela sert à protéger un noyau fondamental de règles constitutionnelles, comme les droits humains, y compris de la modification constitutionnelle.

Cette restriction du pouvoir de révision constitutionnelle peut opérer à des degrés d'intensité différents. Certaines constitutions prévoient des règles constitutionnelles soumises à une procédure de révision lourde en raison de leur importance : c'est le cas de la constitution espagnole dont l'article 168 prévoit une procédure plus lourde pour la modification du chapitre sur les droits humains, ou de la constitution autrichienne qui prévoit que les modifications des principes essentiels (*Baugesetze*) sont à considérer comme des « *Gesamtänderungen* ». La Constitution allemande présente une particularité importante puisqu'elle considère certaines règles constitutionnelles comme intangibles : l'article 79 interdit en principe toute modification au catalogue des droits fondamentaux (et cet exemple est suivi dans les constitutions de la Grèce, du Portugal, de la République tchèque et de la Roumanie)²⁴. L'article 115 de la Constitution ne semble pas prévoir ce type d'adaptation pour la révision constitu-

20 Cour constitutionnelle colombienne, affaires C-4988/93 et C-089/94.

21 Cour constitutionnelle colombienne, Sentencia T-171-2009 : « *L'interprétation pro homine, impose l'interprétation des normes juridiques la plus favorable à l'homme et à ses droits, c'est-à-dire la prévalence de l'interprétation qui favorise le repos de la dignité humaine et par conséquent la protection, la garantie et la promotion des droits de l'homme et des droits fondamentaux consacrés par la constitution* » (traduction libre).

22 L. Burgorgue-Larsen, *Les trois cours régionales des droits de l'homme in context*, Paris, Pedone, 2020, p. 381.

23 Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996, article 39, disponible sur <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#39> ; voir aussi Constitution espagnole, art. 10(2) ; Constitution portugaise, art. 16 ; Constitution colombienne, art. 93(2).

24 M. Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 254-259.

tionnelle. Ainsi, la CCDH s'inquiète du manque de protection particulière accordé au catalogue des droits humains constitutionnellement protégés.

D'autre part, la CCDH s'inquiète que le texte constitutionnel ne précise pas davantage la position des droits humains dans le **contexte d'états d'exceptions**, tels que l'état d'urgence ou l'état de crise. Alors que le Luxembourg a fait le choix particulier de constitutionnaliser ce dernier, outil constitutionnel au potentiel redoutable pour la mise en péril des droits humains²⁵, le constituant devrait saisir l'opportunité de renforcer la position des droits dans ce contexte. Au vu du caractère problématique pour les droits fondamentaux constitué par l'état d'urgence, comme l'a récemment démontré l'expérience dans le cadre de la crise sanitaire, la CCDH considère que cette question ne devrait pas être négligée. Des débats importants avaient été initiés à ce sujet, proposant une saisine automatique de la Cour constitutionnelle ou une compétence directe de la Cour administrative pour juger en premier et dernier ressort de la constitutionnalité et du respect des droits humains par les règlements pris en exécution de l'état de crise. **La CCDH regrette que le constituant n'ait pas poursuivi cette réflexion somme toute fondamentale.**

Dans la continuité de cette dernière réflexion, la CCDH regrette encore que le constituant n'ait pas davantage réfléchi à l'opportunité d'ouvrir un mécanisme de saisine directe de la Cour constitutionnelle. Alors que la Cour constitutionnelle luxembourgeoise se révèle être un instrument fondamental pour une protection accrue des droits humains, elle n'a fait l'objet que de très peu de saisines (169 depuis sa création). La révision constitutionnelle aurait pu constituer l'occasion de réfléchir à un mécanisme de « *Bundesverfassungsbeschwerde* » ou d'« *amparo* »,²⁶ comme l'avait déjà préconisé Pierre Pescatore lors des débats concernant la création de la Cour constitutionnelle.

B. Une catégorisation des droits fort problématique

1. Caractère problématique de la catégorisation retenue par le texte

L'une des inquiétudes fondamentales de la CCDH concerne la catégorisation retenue par la proposition de révision constitutionnelle, qui veut classer les droits en quatre catégories distinctes : droits politiques, droits fondamentaux, libertés publiques et objectifs à valeur constitutionnelle.

Cette approche, qui est rarement remise en question, provient d'une proposition du Conseil d'État qui, dans son avis sous la proposition de révision n°6030, indiquait l'existence de différents types de droits.²⁷ Or, de manière générale, **ces catégories sont des classifications doctrinales qui sont utiles pour penser les droits, mais qui sont extrêmement difficiles à manier dans un texte constitutionnel.** Distinguer un droit en le rangeant dans une catégorie plutôt que dans une autre est un exercice extrêmement difficile et périlleux. Il est important de mettre en doute le maniement même de certaines de ces catégories dans un texte constitutionnel luxembourgeois contemporain. À titre d'exemple, la Constitution espagnole emploie dans l'intitulé général de la partie sur les droits humains la distinction « Droits fondamentaux et libertés publiques », mais se garde pour le reste de procéder à cataloguer les différents droits en deux listes distinctes.

a. La notion débattue de « droits fondamentaux »

Tout d'abord, la notion de « droits fondamentaux » semble être considérée comme classique et bien assise dans la tradition juridique. Il s'agirait de droits intangibles, c'est-à-dire des droits qui ne supportent aucune dérogation²⁸, que le législateur ne peut agencer et manier de la même manière qu'il a la responsabilité de le faire pour les 'libertés publiques'. La CCDH rappelle que **la notion est à ce point débattue en son contenu et en ce qu'elle implique juridiquement, qu'en faire une section du texte constitutionnel revient à prendre à la légère sa complexité**²⁹.

25 F. Wies, « L'état d'urgence au Luxembourg », *Forum*, Avril 2016, p. 56 ; V. Bruck, « L'état d'urgence contre l'Etat de droit démocratique », *Forum*, n. 376, 2017, p. 9.

26 La possibilité pour un particulier de saisir directement la Cour constitutionnelle en vue de lui demander d'opérer un contrôle de constitutionnalité d'une disposition législative.

27 Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 6 juin 2012, pp. 19-21.

28 Lexique des termes juridiques, éd. Dalloz, 24e édition, 2016-2017, p. 428.

29 V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques? », *Jus politicum. Revue de droit politique* 7 (2012).

Cette idée vient historiquement de la jurisprudence constitutionnelle, notamment allemande et espagnole, qui définit les droits constitutionnels comme des droits fondamentaux qui sont tels en raison de la place fondamentale qu'ils assument dans l'ordre juridique. Il s'agit de « *Grundrechte* », car ils sont insérés dans la « *Grundnorm* » encadrant la structure même de l'ordre juridique, ils se situent à son fondement.³⁰ À partir de là, la doctrine juridique, notamment en France, a mené un débat intense quant à la signification de la *fondamentalité* des droits.³¹ Étienne Picard a soutenu de manière célèbre : « *il y a une contradiction essentielle dans le fait d'admettre que les droits fondamentaux forment une catégorie juridique déterminée, en définissant celle-ci par rapport à la structure normative classique pour en faire en définitive un équivalent aux droits constitutionnellement garantis, tout en reconnaissant qu'ils peuvent aussi trouver leur source dans des conventions internationales, lesquelles ne se situent précisément pas au même rang au sein de la hiérarchie normative formelle : ou bien les droits fondamentaux se définissent essentiellement par leur rang normatif et alors ils ne peuvent se trouver à deux niveaux normatifs différents; ou bien ils peuvent se trouver à deux niveaux normatifs différents, mais alors ils ne peuvent se caractériser, quant à leur nature, par le rang auquel ils se situent dans la hiérarchie formelle* »³².

Un autre débat fondamental consiste dans la notion de « **droits fondamentaux constitutionnels** », qui avait été employée par le Conseil constitutionnel français entre 1982 et 1983. Cette idée accordait à certains droits (propriété, liberté de communication des pensées, droits de la défense, asile, sûreté, mariage, vie familiale normale) un statut particulier bénéficiant d'un « **effet cliquet** » : par rapport à ces droits, le législateur ne pourrait intervenir que pour les rendre plus effectifs. Cette notion, particulièrement protectrice, a été depuis abandonnée en France. Or, si l'intention du constituant luxembourgeois était d'aller dans ce sens, ce qui pourrait constituer une évolution importante pour la protection des droits, alors fallait-il l'explicitier davantage.

b. *Le concept étranger et désuet de libertés publiques*

Concernant la catégorie des *libertés publiques*, cette notion est issue de la tradition constitutionnelle française. Elle remonte à une époque ancienne (essentiellement révolutionnaire et de la IIIe République) où la principale inquiétude des droits humains était de limiter l'action de l'Administration et du pouvoir exécutif. Ainsi, on demandait au législateur d'assurer la tâche de protéger les libertés.³³

Tout d'abord, ce concept n'est pas propre à la tradition juridique luxembourgeoise. Il risque même de s'inscrire dans un conflit intellectuel avec celle-ci, qui jusque-là avait reposé sur l'emprunt des outils de base de la Constitution belge de 1831, qui utilisait en revanche la notion de « **droits naturels** » pour couronner la protection des droits humains. Il convient de souligner que la jurisprudence luxembourgeoise, notamment celle de la Cour administrative, a pu utiliser cette notion de droits naturels insérée dans la Constitution luxembourgeoise pour trouver un fondement juridique pour la protection accrue des droits des administrés. Or, le constituant efface toute référence aux droits naturels, qu'il remplace par des catégories étrangères à la tradition juridique luxembourgeoise et qui sont débattues dans leur pertinence actuelle en France.

La justification avancée dans l'exposé des motifs demeure insatisfaisante : dans la Constitution luxembourgeoise, « *le libellé des droits et libertés, à côté de leur énoncé, détermine également l'étendue du domaine réservé à la loi* ». Si telle est l'intention du constituant, il suffirait d'adopter un article sur le domaine d'intervention de la loi et du règlement (sur le modèle des articles 34 et 37 de la Constitution française), ce qui impliquerait un encadrement de la compétence du pouvoir réglementaire de s'immiscer dans les problèmes relevant de la protection des droits.

Face au débat nourri qui existe en France sur le point de savoir si, au siècle du constitutionnalisme, il serait désormais préférable de parler de droits humains, car la catégorisation des droits employée fait référence à des logiques désormais dépassées, la CCDH s'inquiète quant au choix de procéder tout de même à cette catégorisation. La CCDH comprend que le constituant utilise cette catégorie pour viser

30 D. Capitain, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 1998.

31 J. Jean-Baptiste, « L'engendrement des droits fondamentaux en France », *Revue des droits et libertés fondamentaux* (2020).

32 E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA, numéro spécial : Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique?*, 1998, juillet/août, p. 6.

33 A. Gaillet, *L'individu contre l'Etat: essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXème siècle*, Paris, Dalloz, 2012.

les droits qui ne seraient pas intangibles, mais soumis à l'action du législateur. Il est cependant extrêmement fictif de procéder à une classification à part de ce type, comme expliqué par la suite.

*c. Le concept étranger et rigide d'objectifs
à valeur constitutionnelle*

La catégorie des *objectifs à valeur constitutionnelle* est une invention de la jurisprudence constitutionnelle française, que le droit luxembourgeois n'a que marginalement réceptionnée. L'idée de l'existence d'objectifs politiques dans le système constitutionnel qui sont à mettre en balance avec les autres droits et permettent d'orienter l'interprétation de la Constitution est classique et n'est pas contestée. Ce qui inquiète la CCDH est la manière dont le constituant manie cette catégorie. Le constituant semble vouloir voir dans cette catégorie un ensemble de volontés politiques que l'État souhaiterait pouvoir mettre en œuvre. Ainsi, l'essentiel de la portée juridique de cette catégorie est donc l'idée que ces objectifs ne sont pas directement invocables en justice devant un juge.

Le constituant indique que « *cette manière de procéder n'implique en aucun cas une dévalorisation de ces dispositions* »³⁴, alors que cela est difficilement compatible avec le fait que ces droits ne peuvent que difficilement être invoqués en justice (du moins de manière autonome, au fondement d'un argument autonome).

La plupart des objectifs à valeur constitutionnelle actuellement prévus par le projet de révision sous avis proviennent majoritairement de l'initiative « År Virschléi ». De manière générale, cette manière de procéder du constituant semble problématique dans la mesure où le constituant donne l'impression d'avoir prévu une réelle consultation citoyenne et cantonne les résultats de celle-ci à une catégorie marginalisée. Si la démarche initiale était louable de renforcer l'image d'un réel processus démocratique adopté pour la révision constitutionnelle, il est au moins étonnant que l'essentiel des propositions issues de celle-ci ait finalement été considéré comme des droits « non invocables ».

La CCDH s'inquiète de cette posture. D'une part, cataloguer des droits de simples objectifs à valeur constitutionnelle revient à figer leur statut juridique. Ils seront classés comme tels jusqu'à ce qu'une révision constitutionnelle intervienne, alors que l'idée même des objectifs à valeur constitutionnelle est de constituer une soupape de sécurité qui permet au texte constitutionnel d'évoluer. Les juges constitutionnels consacrent des objectifs qui émergent de la pratique constitutionnelle pour permettre à ces principes généraux d'évoluer progressivement et d'atteindre éventuellement le statut de droits constitutionnels. Au contraire, la catégorisation fige ces objectifs à leur état initial et obtient le résultat inverse d'anéantir ce potentiel d'expansion.

D'autre part, l'idée que les objectifs ne sont pas invocables devant le juge doit être fortement nuancée. S'il est vrai que les objectifs à valeur constitutionnelle ne peuvent pas être invoqués comme seul moyen au soutien d'une action en justice, leur intérêt est justement celui d'orienter l'action du juge constitutionnel. Comme ils interviennent dans l'interprétation constitutionnelle, **ils devraient être pensés comme des outils pour accroître la protection des droits et non pas la limiter.**

Enfin, il est intéressant de constater que le constituant range dans cette catégorie des droits traditionnellement considérés de « deuxième génération », les droits économiques, sociaux et culturels classiques. Or, dans la tradition européenne classique, ces droits sont considérés comme non justiciables et comme étant des simples objectifs politiques. La CCDH regrette que le Luxembourg, en 2021, souhaite cristalliser cette position ancienne et ne veuille pas aller plus loin, comme l'y invite l'évolution du droit international et du droit constitutionnel comparé. On peut penser au Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies (ONU) qui, depuis des observations générales récentes et la décision *Caceres c. Paraguay*, affirme clairement que les droits de première génération et de deuxième génération doivent être compris comme **indivisibles**. Les droits constitutionnels indien, colombien et d'Afrique du Sud, par exemple, ont démontré l'importance de la philosophie d'indivisibilité des droits (qui remonte déjà à la Déclaration universelle des droits de l'Homme) en vue de la protection du plus vulnérable.

³⁴ Proposition de révision n°7755, Exposé des motifs, p. 3.

2. Un risque inacceptable de faire stagner l'évolution des droits

Comme il a été déjà accentué, la CCDH s'inquiète que le résultat principal de cette classification soit avant tout celui de **faire stagner la protection des droits humains en les figeant à la vision classique exposée dans ce texte constitutionnel**. Alors que la Constitution devrait être un texte fondamental et vivant qui évolue avec une société et réceptionne ses volontés d'accroître la protection de droits ignorés à une époque donnée, la catégorisation poursuit le but inverse.

Par exemple, au lieu d'inciter le législateur à prendre le droit au logement au sérieux et à prendre des mesures législatives pour mettre en place un droit opposable (sur le modèle du droit au logement opposable « DALO » français par exemple³⁵), le texte constitutionnel se borne à annoncer un objectif politique vide de toute possibilité sérieuse d'invocabilité. Il est fort regrettable que le texte constitutionnel soit vu comme une manière d'énoncer des objectifs vagues, au lieu de saisir l'opportunité de prendre les droits au sérieux et de les mettre au service de l'amélioration d'une crise sociale de taille comme la crise du logement luxembourgeoise contemporaine.

De plus, la catégorisation est un exercice doctrinal qui s'accommode mal avec la fonction du catalogue des droits constitutionnels. Cela résulte à l'évidence du fait que le constituant est contraint de procéder à des **recoupements inutiles** participant à un **manque de lisibilité et de clarté du texte constitutionnel**. Surtout, la CCDH s'inquiète du fait que la catégorisation risque d'aboutir à une **classification dangereuse**, qui pourrait être utilisée dans un futur proche par des acteurs constitutionnels souhaitant minimiser la portée du catalogue des droits plutôt que de la maximiser. La **catégorisation risque de rendre impossible ou du moins de limiter fortement toute possibilité d'interprétation évolutive de ces droits**, les catégories prévues risquent de corseter le potentiel évolutif de différents droits humains, confinés à une catégorie juridique de laquelle ils ne peuvent plus échapper. Cela risquera d'ailleurs de mettre le Luxembourg en porte à faux avec les évolutions du droit international et de ralentir son intégration juridique des avancées de celui-ci. C'est à l'évidence l'idée opposée à celle de **clause pro homine** que cristallise cette catégorisation. La CCDH met en garde quant aux risques assumés par le constituant en procédant de la sorte, comme cela résultera encore plus clairement de l'étude des droits consacrés qui suit.

Face à ces débats, la CCDH doute que le choix du constituant soit judicieux. La CCDH **demande au constituant de repenser la structure actuelle du chapitre II**, en saisissant l'occasion de la révision constitutionnelle pour **dresser une Constitution moderne**. En l'état, **le constituant crée une catégorisation qui pourrait justement faire stagner l'évolution** ou tout au moins ne pas contribuer à la défense et la promotion des droits humains.

*

III. LES DROITS HUMAINS PROTEGES PAR LA CONSTITUTION

À toutes ces considérations liées à la structure de la proposition de révision s'ajoutent des problèmes substantiels, liés entre autres à la formulation même des différents droits humains que la Constitution entend protéger. Étant donné qu'une analyse détaillée de tous les articles dépasserait le cadre du présent avis, la CCDH limitera son étude à certains droits humains dont la mise en œuvre pourrait s'avérer fort problématique si le texte était adopté sous sa forme actuelle. La CCDH a donc décidé d'analyser prioritairement les questions liées au principe d'égalité (A), aux garanties du justiciable (B), à la liberté de religion et la liberté d'expression (C), au droit d'asile (D), aux droits sociaux (E) et au droit à l'intégrité physique et mentale (F).

A. Le principe d'égalité encore loin du but

Avant d'entrer dans les détails, il est à noter que la genèse de la création de l'article 11 de la proposition de révision montre que l'intention du constituant a été de créer un article portant sur le principe d'égalité et regroupant toutes les dispositions y relatives, tel que cela avait été suggéré par le Conseil

³⁵ Direction de l'information légale et administrative française, *Droit au logement opposable (Dalo) : faire valoir son droit à un logement*, 29 juin 2020, disponible sur <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18005>.

d'État.³⁶ Bien que cette intention initiale soit louable, le résultat final des articles 11 et 11*bis* est loin d'être satisfaisant et ce à plusieurs égards.

1. L'égalité devant la loi : une prérogative nationale ?

La proposition de révision sous avis prévoit l'**égalité des Luxembourgeois devant la loi** à son article 11, en reprenant simplement la formulation prévue par la Constitution actuelle, alors que la « *protection accordée aux personnes et aux biens* » des non-Luxembourgeois se trouve à l'article 11*bis*. Il est regrettable que ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles n'indiquent la raison pour le maintien de ces formulations qui soulèvent plusieurs questionnements³⁷.

Tout d'abord, réitérer la teneur de ces dispositions revient à **minimiser l'apport de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise**, dont la principale conquête a été de restructurer la portée des deux dispositions, en proposant une relecture importante du principe d'égalité³⁸. Ainsi, la CCDH est étonnée du fait que le constituant perpétue une **distinction entre nationaux et étrangers**, alors que selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle, l'égalité devant la loi est applicable tant aux Luxembourgeois qu'aux non-Luxembourgeois, sauf exceptions établies par la loi.³⁹ Cette jurisprudence est d'une importance cruciale et toute décision y contrevenant devrait être mûrement réfléchie et justifiée, puisqu'elle a fortement structuré l'identité constitutionnelle luxembourgeoise.

De plus, en continuant à opérer une distinction, le constituant luxembourgeois crée de nouvelles **dispositions constitutionnelles plus restrictives que les traités internationaux** qui prévoient l'égalité de toutes les personnes *relevant de la juridiction d'un État*, incluant ainsi notamment tous les justiciables ayant un lien de territorialité avec l'État, ainsi que dans certains cas d'extra-territorialité.⁴⁰ Créer un tel écart avec le principe d'égalité tel que consacré dans les traités internationaux semble d'autant plus discutable que les traités internationaux ont statut supra-constitutionnel en droit luxembourgeois. La proposition de révision constitutionnelle sous avis ne serait ainsi **pas en accord avec le droit international et européen**.

Qui plus est, cette distinction avait été **lourdement critiquée par la Commission de Venise** qui avait proposé dès 2009 l'insertion du principe d'égalité de tous devant la loi,⁴¹ et avait réitéré ses craintes d'incompatibilité avec le droit international en 2019, en incitant fortement les députés à changer de formulation, tout en proposant d'insérer une mention sur les droits spécifiques des ressortissants de l'UE.⁴² Cette proposition, ainsi que celle d'autres instances internationales⁴³, est malheureusement restée infructueuse.

La CCDH exhorte donc le constituant à se mettre en conformité avec le droit international en prévoyant explicitement **l'égalité de toute personne devant la loi**, à l'instar de nombreuses Constitutions

36 Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 24.

37 Voir notamment F. Wies, « La Constitution luxembourgeoise et les droits et libertés fondamentales de l'être humain », *Forum*, 2009, p. 40 : « *En faisant une application littérale de ces textes, on pourrait dès lors arriver à la conclusion que la nationalité de l'être humain détermine l'envergure de la protection dont il peut bénéficier au regard de la Constitution. Il y aurait ainsi un traitement différencié entre les nationaux et les étrangers, avec le résultat que les premiers bénéficieraient de plus de droits fondamentaux que les seconds. Ceci serait cependant en contradiction flagrante avec le principe de l'universalité des droits de l'homme tel qu'il est notamment énoncé par la Déclaration universelle des droits de l'homme (...)* Dans un pays dont environ la moitié des habitants n'a pas la nationalité, la réponse à la question de savoir si les libertés individuel/es inscrites dans la Constitution luxembourgeoise s'appliquent indépendamment de la nationalité est d'autant plus primordiale pour connaître le degré de protection conféré aux droits et libertés fondamentales ».

38 P. Kinsch, « L'égalité devant la loi, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Luxembourg 1997-2007 », *Pasicrisis luxembourgeoise 2008*, pp. 85-103.

39 Cour Constitutionnelle, arrêts du 7 avril 2006, nos 29/06, 30/06, 31/06, 32/06 et 33/06 (Mém. A n° 69 du 21 avril 2006, p. 1333).

40 CEDH, *Guide sur l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, disponible sur https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_FRA.pdf

41 Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, para. 30.

42 Avis de la Commission de Venise, 2019, paras. 33-34.

43 Rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance sur le Luxembourg, Recommandation 7, p. 12, disponible sur <https://rm.coe.int/cinquieme-rapport-sur-le-luxembourg/16808b589c>.

étrangères.⁴⁴ Il est à ajouter que la consécration constitutionnelle de ce principe incontestable ne saura donner lieu à une interprétation excessivement large, puisque d'une part le deuxième alinéa prévoit la possibilité pour la loi de prévoir une différence de traitement⁴⁵ et le principe d'égalité tombe sous la clause transversale de limitation et que d'autre part, les droits politiques des nationaux sont déjà présents dans la section relative aux droits politiques⁴⁶.

Si le constituant décidait de maintenir une séparation entre les nationaux et les étrangers, et de vider par ce fait le principe d'égalité de son sens, une attention devra être apportée à la formulation utilisée. En effet, bien que les formulations soient différentes et semblent ainsi ne pas correspondre aux mêmes droits, il est à noter que la formulation « *protection accordée aux personnes et aux biens* » est un terme historique qui signifie égalité.⁴⁷ Cette formulation ancienne renvoie à une époque où le contentieux des étrangers concevait ces derniers comme des entités presque équivalentes aux sujets de droit.⁴⁸ La CCDH exhorte donc le constituant à revoir la formulation utilisée pour évoquer le principe d'égalité des personnes non luxembourgeoises devant la loi et à adopter un langage permettant d'ancrer le principe selon lequel les non-Luxembourgeois sont des personnes ayant des droits individuels. Enfin, il faudrait également faire attention à la structuration des deux droits, l'égalité des Luxembourgeois et l'égalité des non-Luxembourgeois, en deux articles séparés. Cette séparation en deux articles distincts semble provenir du fait que la proposition de révision sous avis a été le fruit d'une reconstitution et d'une réorganisation de la Constitution actuelle, avec peu de modifications ou de réflexions de fond. Toutefois, une attention particulière devra être accordée au fait que la séparation des deux principes en deux articles différents pourrait mener à une interprétation non désirée. En effet, un article devant regrouper des dispositions ayant un lien logique entre elles, l'ajout d'un nouvel article pour traiter de la question des étrangers pourrait vouloir signifier le contraire.⁴⁹ Ainsi, le but du constituant ayant été de regrouper toutes les dispositions relatives au principe d'égalité, il serait indispensable de prévoir l'égalité des non-Luxembourgeois en tant que paragraphe de l'article 11 et non en tant qu'article séparé, aucune justification ne pouvant être valablement avancée pour traiter les étrangers d'une manière différente que les autres catégories protégées.

2. Le timide principe de non-discrimination

Le principe d'égalité va de pair avec le principe de non-discrimination prévu au paragraphe suivant de l'article 11. Traditionnellement, le principe de non-discrimination est suivi d'une liste de motifs de discrimination prohibés qui peuvent varier quelque peu d'un traité international à un autre. Le constituant luxembourgeois quant à lui, ne cite comme motifs de discrimination que la « situation » ou les « circonstances personnelles », en indiquant dans l'exposé des motifs que cela couvre la race, l'origine ethnique, le sexe, l'orientation sexuelle, la religion, les convictions, le handicap et l'âge, faisant ainsi référence à une liste exhaustive.

Or, il serait davantage judicieux d'inclure les motifs de discrimination directement dans le texte. Cela permettrait de mettre en avant les discriminations existantes en ne négligeant pas leur existence, la non-inclusion des motifs de discrimination pouvant laisser entendre que la société a déjà atteint un degré suffisant d'égalité. La Commission de Venise, soutenue récemment par le gouvernement, est également partisane de cette inclusion textuelle.⁵⁰

Cela est confirmé par la comparaison avec le droit américain et le droit japonais qui s'inspire fortement du modèle américain. L'article 14 de la Constitution japonaise, à l'image du 14^e amendement

44 Constitution Afrique du Sud, art. 9 : “everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law”; Constitution de Colombie, art. 13: “All individuals are born free and equal before the law, shall receive equal protection and treatment from the authorities”; Grundgesetz allemand, art. 3 : „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“; Grondwet hollandais, art. 1 : “all persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances”.

45 Proposition de révision n°7755, art. 11, para. 1, al. 2: « La loi peut prévoir une différence de traitement qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ».

46 Prise de position du Gouvernement relatif à la proposition de révision n°7755, 4 juin 2021, p. 2

47 Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 24

48 James AR Nafziger, „The general admission of aliens under international law“, American Journal of International Law 77.4 (1983): 804-847.

49 M. Besch, *Normes et légistique en droit public luxembourgeois*, éd. 2019, p. 423

50 Avis de la Commission de Venise, 2019, para. 36 ; Prise de position du gouvernement relatif à la proposition de révision n°7755, p.2.

américain, liste certains motifs de discrimination explicitement : race, croyance, sexe, statut social, origines familiales. Ces catégories deviennent des « **classifications suspectes** » : dès lors qu'elles sont employées, les juges doivent adopter un contrôle d'intensité accrue dans leur analyse de l'existence d'une discrimination. Pour les autres types de discriminations, basées sur d'autres catégorisations, les juridictions japonaises ont fait preuve d'un degré d'analyse bien moins sévère, ce qui a donné lieu à une jurisprudence très peu protectrice des droits des personnes en situation de handicap, par exemple.⁵¹

La CCDH exhorte donc le constituant à inclure une liste de motifs de discrimination, qui se devra d'être non exhaustive. En effet, il est à noter que par l'insertion du terme « et » dans l'exposé des motifs, le constituant installe un doute quant à l'exhaustivité de la liste des motifs. En outre, afin de lever tout doute par rapport à son intention de combattre les situations discriminantes et d'être le plus inclusif possible, le constituant se doit d'adopter une définition large. À ce titre, la CCDH attire l'attention du constituant sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui semble adaptée⁵² et l'invite à le compléter par d'autres motifs de discrimination, ainsi que par la phrase « ou toute autre situation », afin d'indiquer sans ambiguïté qu'il s'agit d'une liste non exhaustive. Une proposition de clause de non-discrimination évolutive et respectueuse des droits humains pourrait se lire comme suit :

« Nul ne peut être discriminé en raison de son sexe, son genre, son identité du genre, sa couleur, sa prétendue race, ses origines ethniques ou sociales, sa nationalité, ses caractéristiques physiques et génétiques, sa langue, sa religion ou ses convictions, ses opinions politiques ou toute autre opinion, son appartenance à une minorité nationale, sa fortune, sa naissance, un handicap physique ou mental, son état de santé, son âge, son orientation sexuelle, son état civil, ou toute autre situation ».

De plus, la CCDH attire l'attention du constituant sur les **controverses autour du terme de race** en tant que motif de discrimination. Le terme de race laisse sous-entendre l'existence de différentes races humaines tel que cela a été soutenu pendant des siècles, souvent dans un but d'extermination des peuples. Ainsi, certains pays de l'UE ont pris les devants en omettant ce terme de la clause de non-discrimination⁵³, alors que d'autres institutions internationales⁵⁴ ou nationales⁵⁵ ont attiré l'attention sur les controverses sans opter pour la suppression. La question se doit donc d'être posée afin d'éviter à tout prix que le maintien de ce terme puisse induire une forme d'acceptation d'une classification des êtres humains et soit incompatible avec l'universalité des droits humains. Ainsi, la CCDH invite le constituant à faire référence à la prohibition de discrimination basée sur une « prétendue race », ou tout au moins d'opter pour la suppression de ce terme.

Si le constituant ne procède pas à une telle reformulation, la CCDH encourage les acteurs publics et les juges en particulier à retenir une interprétation large de cette clause, qui risque autrement d'avoir une force juridique limitée.

Enfin, la CCDH regrette le fait que seul le principe d'égalité entre les femmes et les hommes comporte une **clause de discrimination positive**, et invite le constituant à se poser la question de l'oppo-

51 S. Matsui, *The Constitution of Japan*, Oxford, Hart, 2011, 176 et 184.

52 Charte des droits fondamentaux, art. 21 : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

53 Constitution de Suède, article 12, disponible sur <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>; Constitution de Finlande, section 6, para. 2, disponible sur <https://www.refworld.org/pdfid/4e5cf5f12.pdf>; Constitution de l'Autriche, Bundes-Verfassungsgesetz, art. 7, disponible sur <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>.

54 Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, considérant 6 : « L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines différentes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories », disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

55 Centre pour l'égalité de traitement, Rapport d'activités 2020, p. 33, disponible sur <https://cet.lu/wp-content/uploads/2021/04/Rapport-annuel-2020.pdf>

tunité d'insérer une clause de discrimination positive générale à la suite du principe de non-discrimination, en s'inspirant de Constitutions étrangères.⁵⁶

3. La protection particulière de certaines catégories de personnes

L'article 11 prévoit, en plus de la disposition relative au principe d'égalité et de non-discrimination, des catégories de personnes spécifiquement protégées, en ajoutant un paragraphe sur l'égalité entre les femmes et les hommes, un sur les droits de l'enfant et un sur les personnes en situation de handicap. Le réagencement de ces dispositions partiellement recopiées de la Constitution actuelle, sans réflexion approfondie, pose toutefois problème à plusieurs égards.

Premièrement, toute catégorisation comporte un risque d'exclusion ou de hiérarchisation. Qu'en est-il du principe d'égalité en ce qui concerne les personnes âgées, les personnes LGBTQIA+ ou les enfants (les droits de l'enfant introduits dans l'article 11 ne consacrant pas le principe d'égalité en tant que tel) ? D'ailleurs, cela montre l'importance accrue de prévoir une clause de non-discrimination aussi large que possible, afin d'éviter que l'article sur le principe d'égalité puisse mener en lui-même à des situations discriminantes.

Deuxièmement, le contenu même des deux catégories bénéficiant d'une protection particulière ne semble pas très audacieux. Concernant **l'égalité entre les femmes et les hommes, la CCDH regrette la classification binaire de la société** par le constituant et le manque de considération pour les personnes non-binaires, alors que le commentaire des articles mentionne le terme d'égalité des genres, reconnaît sa place dans la sphère internationale, mais opte tout de même pour la terminologie moins inclusive sans justifier ce choix. La CCDH invite le constituant à veiller à n'exclure aucune personne, quelle que soit son identité de genre.

Comme évoqué ci-dessus, la proposition de révision prévoit une sorte de clause de discrimination positive en faisant peser sur l'État une obligation de promotion d'élimination des entraves pour atteindre l'égalité entre les femmes et les hommes. Malgré une intention louable, cette clause pourrait davantage déployer ses ailes, en adoptant une formulation plus évolutive. À l'époque de la révision constitutionnelle sur cet article, cette formulation avait été choisie, notamment parce que « *l'objectif de la disposition proposée consiste à devenir le plus rapidement possible superflue* ». ⁵⁷ Plus de vingt ans plus tard, l'égalité des genres laisse encore grandement à désirer. La CCDH invite donc le constituant à adapter la terminologie en s'inspirant des textes internationaux en vue d'inscrire l'adoption de mesures avantageuses pour le sexe ou le genre sous-représenté ou tout au moins la promotion active de l'égalité entre les personnes de tout genre et tout sexe. ⁵⁸ Cette proposition recevrait l'approbation de la Commission de Venise qui avait suggéré dès 2009 de prévoir la possibilité pour la loi d'adopter des mesures nécessaires pour atteindre l'égalité entre les sexes et d'ajouter le terme « égalité des chances ». ⁵⁹

Enfin, la CCDH **salue l'introduction du principe d'égalité des personnes en situation de handicap, mais critique fermement la suppression de ce que la Constitution actuelle appelle l'« intégration sociale »**. ⁶⁰ Elle regrette également le manque de volonté du constituant de s'adapter aux évolutions du droit international des droits humains, notamment en incluant le droit des personnes en

56 Constitution italienne, art. 3: « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays.* »; Constitution d'Afrique du Sud, art. 9 : « (2) (...) *To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.* » ; voir aussi Constitution canadienne, art. 15, para. 2; voir aussi Constitution de Colombie, art. 13, para. 2 : « *The State shall promote the conditions so that equality may be real and effective and shall adopt measures in favor of groups that are discriminated against or marginalized* ».

57 Proposition de révision n°39238 de l'article 11 paragraphe (2) de la Constitution, Rapport de la Commission des institutions et de la Révision constitutionnelle, p. 3, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=43D28A71BAA

58 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 23(2) ; Traité sur l'Union européenne, art. 3(3), al. 2.

59 Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, paras. 50-51.

60 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg du 17 octobre 1868, art. 11(5) : « *La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap* ».

situation de handicap à l'autonomie, à l'inclusion sociale et professionnelle, à la participation à la vie de la communauté⁶¹, ou encore le droit à des aménagements raisonnables⁶². Ces droits individuels des personnes en situation de handicap devraient d'ailleurs figurer dans un article à part, en dehors de l'article sur le principe d'égalité et devrait adopter la terminologie de « personnes en situation de handicap ».

4. Les droits de l'enfant et le droit à la vie familiale : émanations du principe d'égalité?

Depuis les amendements parlementaires du 21 juillet 2021, le droit de fonder une famille et au respect de la vie familiale, ainsi que les droits de l'enfant font partie de la section sur les libertés publiques, et plus spécifiquement de l'article 11.

La CCDH salue le transfert de ces droits qui sont désormais considérés comme des droits individuels invocables et non seulement des objectifs à valeur constitutionnelle. Néanmoins, étant dorénavant considérés comme des droits individuels invocables, leur **formulation se doit d'être articulée de manière à refléter leur substance de droits individuels relevant de la titularité de la personne individuelle bénéficiaire du droit** (« toute personne a droit » ou « tout enfant a droit ») et non pas se borner à la formulation indirecte « l'État veille à », à l'instar des autres droits de cette section.⁶³ Dans ce contexte, la CCDH salue la décision récente de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de modifier les dispositions pertinentes dans ce sens.⁶⁴

Toutefois, la CCDH rappelle à quel point cela ne fait qu'attester du caractère fort problématique de la catégorisation, qui risque de mener à des débats creux et à des résultats régressifs. Est-il nécessaire de se réjouir, en 2021, du fait que le constituant ait décidé d'élever les droits de l'enfant au niveau de libertés publiques, alors que le Luxembourg a ratifié la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et que celle-ci a valeur supra-constitutionnelle ? Le texte constitutionnel risque encore une fois de limiter l'ampleur des droits constitutionnellement garantis, ce qui est d'autant plus inquiétant lorsqu'il s'agit de droits aussi importants de ceux des enfants. Le choix de procéder par catégorisations se révèle encore une fois douteux : les droits des enfants pourraient tout simplement figurer dans un catalogue unitaire de droits humains constitutionnellement protégés, et ainsi être interprétés de manière évolutive et conforme au droit international des droits humains.

a. Des droits débordant du champ d'application du principe d'égalité

Il échet tout d'abord de constater que **ces droits ne sont pas adaptés dans un article portant sur le principe d'égalité**. Les insérer dans une disposition générale portant sur l'égalité limite leur étendue et ampleur, de sorte que ces droits risquent d'être dénués de leur portée profonde telle que consacrée au niveau international.

En retraçant l'historique de l'article 11, il est manifeste que l'intention du constituant, faisant écho à la proposition du Conseil d'État, était de regrouper les dispositions sur le principe d'égalité, à savoir l'égalité devant la loi, suivie de son corollaire de non-discrimination et d'une référence à certaines catégories spécifiquement protégées.⁶⁵ Les droits de l'enfant et le droit de fonder une famille et au respect de sa vie familiale, droits individuels à part entière et allant bien au-delà du principe d'égalité, n'ont donc pas leur place dans cet article dédié au principe d'égalité et doivent être consacrés en tant que droits constitutionnels de manière autonome. Il est toutefois à souligner qu'au-delà des droits de l'enfant qui doivent être garantis à part entière, il serait louable de prévoir également le principe d'égalité pour les enfants.⁶⁶

61 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 26; Charte sociale européenne révisée, art. 15.

62 Constitution belge, art. 22ter, disponible sur https://www.senate.be/doc/const_fr.html.

63 Conseil d'État, Avis complémentaire relatif à la proposition de révision n°7755, 29 octobre 2021, p. 2

64 Procès-verbal de la réunion de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, 23 novembre 2021, pp. 2-3, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=C3743A.

65 Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 24.

66 Constitution de Finlande, Section 6, al. 3 : « *Children shall be treated equally and as individuals* ».

b. La protection (trop traditionaliste) des droits de la famille

Le paragraphe 4 de l'article 11 prévoit désormais le droit de fonder une famille et le droit au respect de la vie familiale. La CCDH note qu'en déplaçant ces droits sous la section des libertés publiques, les termes « de toute personne » avaient initialement été supprimés par le constituant qui avait justifié cette suppression par analogie à la Charte des droits fondamentaux. Elle accueille favorablement la réintégration récente de ces termes dans la disposition en question. En effet, la priorité est de se focaliser, avant toute chose, sur l'homogénéité du texte de la Constitution qui prévoit une grande majorité de droits à l'encontre de « toute personne ». ⁶⁷ Tout juriste est bien conscient de l'importance que représentent les travaux préparatoires lorsqu'il s'agira de déterminer la fameuse « intention du législateur », ou intention du constituant dans le présent cas, pour les besoins de diverses méthodes d'interprétation. Le risque que cette omission aurait pu être interprétée comme une volonté de ne pas accorder des prérogatives trop étendues à toute personne, quel que soit son orientation sexuelle, son identité de genre ou encore son état civil, aurait été donc bien existant. Le complément d'information présent dans le commentaire de l'amendement, selon lequel cela couvrirait « toutes les définitions du terme 'famille' », ⁶⁸ n'aurait pas à lui seul suffi pour témoigner de la volonté du constituant de manière univoque et ainsi mettre un frein au risque d'interprétation restrictive. La CCDH note donc favorablement l'intention du constituant de couvrir tout type de famille par le maintien de la référence explicite au droit de toute personne de fonder une famille et au respect de sa vie familiale.

Cette mention expresse est d'autant plus importante dans le contexte européen dans lequel le terme de « vie familiale » est interprété de manière à prendre en compte la « réalité concrète de la relation entre les intéressés » ⁶⁹ et ne se base pas uniquement sur les liens biologiques. À ce sujet, il convient d'ailleurs de rappeler que le droit au respect de la vie familiale, ne peut en effet pas être limité au principe d'égalité au vu de l'interprétation vaste de sa portée dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CourEDH »), et devrait ainsi être placé dans le même article que son corollaire – le droit au respect de sa vie privée.

Enfin, en ce qui concerne **le droit de toute personne de fonder une famille** plus particulièrement, la CCDH salue l'intention du constituant de donner tout son sens à ce droit. La question a tout de même fait l'objet de nombreuses critiques, notamment à cause de l'absence de consécration de ce droit au niveau de la CJUE, de la CourEDH, ou de Constitutions étrangères. ⁷⁰ Il est vrai que ce droit n'a pas encore fait l'objet d'une jurisprudence abondante en la matière et ne saurait donc être interprété de manière univoque. Toutefois, il est à noter que ce droit est prévu par de nombreux instruments internationaux, ainsi que plusieurs Constitutions étrangères ⁷¹, avec une portée qui peut varier notamment en fonction de la législation nationale.

Ainsi, le constituant a procédé à une avancée notoire, en ce qu'il est clair que ni le droit national, ni le droit international ne consacrent de « droit à un enfant » en tant que tel ⁷², mais que l'invocabilité de ce droit permettra de l'interpréter notamment en tant que droit de décider d'avoir ou non des enfants ⁷³, de ne pas être discriminé en raison de ses choix familiaux, ou encore de prémunir les justiciables des ingérences arbitraires de l'État ⁷⁴. Par conséquent, la CCDH tient à saluer la décision récente de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de consacrer et de maintenir le droit de toute personne de fonder une famille. ⁷⁵

67 Proposition de révision n°7755, arts. 10bis, 10ter, 11(6), 12(3), 13, 15, 19bis, 22, 23, 24, 26, 31ter.

68 Proposition de révision n°7755, Amendements du 21 juillet 2021, p. 2.

69 CourEDH, *Affaire Labbassee c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014, para. 37, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145180>.

70 Conseil d'État, Avis complémentaire relatif à la proposition de révision n°7755 ; Avis du Parquet général relatif à la proposition de révision n°7755, 7 juillet 2021, disponible sur https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=DF005B833.

71 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 9 ; ConventionEDH, art 12 ; Convention relative aux droits des personnes handicapées, art. 23 ; Constitution portugaise, art. 36: « toute personne a le droit de fonder une famille » ; Constitution colombienne, art 42(5) : « The couple has the right to decide freely and responsibly the number of their children and shall support them and educate them while they are minors or non-self-supporting ».

72 Saclier, Children and adoption, pp. 12-13; et Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*

73 Conseil d'État, Avis complémentaire relatif à la proposition de révision n°7755, p. 3.

74 CourEDH, Grande chambre, *Affaire Dickson c. Royaume-Uni*, n°44362/04, 4 décembre 2007, para. 70, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-83788>.

75 Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, Procès-verbal de la réunion du 23 novembre 2021, pp. 2-3.

c. La spécificité des droits de l'enfant

Le paragraphe 5 de l'article 11 prévoit dorénavant différents droits de l'enfant, ainsi que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Concernant ce dernier, la différence entre « l'intérêt de l'enfant » de la proposition de révision sous avis et « l'intérêt supérieur de l'enfant » prévu tant par les instruments internationaux et européens,⁷⁶ que par la jurisprudence internationale,⁷⁷ saute aux yeux. Ce choix n'est pas non plus en accord avec les développements au niveau national, la législation nationale prévoyant cette expression⁷⁸ dont l'utilisation est soutenue par de nombreuses instances n'ayant malheureusement pas réussi à emporter la conviction du constituant.⁷⁹ La CCDH exhorte donc le constituant à se mettre en harmonie avec ce principe qui est d'une importance cruciale, et à la lumière duquel les droits de l'enfant doivent être interprétés.

Afin de montrer son engagement envers les droits de l'enfant, la CCDH encourage le constituant à faire une mention expresse de la protection et la promotion des droits de l'enfant,⁸⁰ tout en élargissant les droits actuellement prévus, notamment en s'inspirant de Constitutions étrangères.⁸¹ Ainsi, pour refléter une image forte de l'engagement du constituant luxembourgeois, il conviendrait de réfléchir à l'inclusion notamment du droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses parents,⁸² de la protection contre la violence, notamment sexuelle, de la privation de liberté comme mesure de dernier ressort,⁸³ du principe de « *child-friendly justice* », ou encore du principe du maintien de l'enfant dans son milieu familial sauf lorsque cela est contraire à son intérêt. En l'absence d'inscription dans le texte constitutionnel, la CCDH rappelle l'importance d'une interprétation de cette disposition allant dans le sens de l'inclusion de tous ces droits dérivés.

B. La désorganisation des droits procéduraux et garanties du justiciable

1. La dislocation problématique des droits procéduraux

Le chapitre II de la proposition de révision ne s'intéresse guère aux garanties du justiciable dans son acception large, à part la mention relative au « droit au juge » insérée à l'article 13. Tout d'abord, il faut souligner que la formulation choisie est celle du droit à ne pas être distrait du juge que la loi assigne, qui est particulièrement connotée historiquement. Des formulations davantage en ligne avec les évolutions récentes du droit international des droits humains auraient pu être choisies, comme en attestent certaines Constitutions étrangères⁸⁴.

Pour le reste, afin de se pencher sur ces garanties, il faut s'intéresser au chapitre VI relatif à la Justice et plus particulièrement les articles 91 à 93. Or, au premier coup d'œil, l'éternel problème de la formulation adoptée pour parler de garanties du justiciable est perceptible. Hormis le titre, **ces garanties**

76 Convention relative aux droits de l'enfant, art. 3 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art 24.

77 CourEDH, Grande chambre, *Affaire Strand Lobben et autres c. Norvège*, 37283/13, 10 septembre 2019, para. 204, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-195909> : « *En ce qui concerne la vie familiale d'un enfant, la Cour rappelle qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* ».

78 Loi modifiée du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille, art. 2, al. 2.

79 Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 36 ; Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher, Avis relatif à la proposition de révision n°7755, 23 juillet 2021.

80 Constitution de Suède, art. 2, al 5.; Constitution d'Espagne, art. 39 ; Constitution du Portugal, art 69 ; voir aussi avis Ombuds Comité fir d'Rechter vum Kand, 2013, disponible sur <http://okaju.lu/index.php/fr/den-ork-get-sain-avis/161-2013-avis-de-l-ork-sur-les-droits-de-l-enfant-dans-la-constitution>.

81 Constitution d'Afrique du Sud, art. 29.

82 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 24(3) : « *Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt* » ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 9(3).

83 Convention relative aux droits de l'enfant, art 37(b) ; CCDH, Avis sur le projet de loi n°7276 instituant un régime de protection de la jeunesse, 26 février 2019, p. 4, disponible sur <https://ccdh.public.lu/dam-assets/avis/2019/avis-pl-7276-protection-de-la-jeunesse.pdf> ; CCDH, Avis sur la proposition de loi n°7633 relative à l'interdiction du placement en rétention des personnes mineures, 4 mai 2021, disponible sur https://ccdh.public.lu/dam-assets/dossiers_th%C3%A9matiques/asile_et_immigration/avis/AI-Retention-MNA-Avis-PL7633-20210517-v10.pdf

84 Constitution d'Afrique du Sud, art. 34: “*Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum*”; voir aussi Constitution colombienne, art. 29.

sont formulées de manière « indirecte », en laissant la responsabilité à la loi de les garantir, au lieu de les formuler en termes davantage directs **en tant que droits individuels**, en faveur de « toute personne ». Tel qu'évoqué ci-dessus, ce choix risque de réduire le champ et la portée des garanties du justiciable et du droit à un procès équitable.

Le choix de scinder les différentes garanties du justiciable en deux chapitres différents ne devrait toutefois pas être pris à la légère, en ce qu'il **risque de minimiser l'importance du droit à un procès équitable ou encore des droits de la défense et de les faire stagner**. Le constituant manque ainsi l'occasion de consacrer ces garanties en tant que droits humains au cœur du texte constitutionnel et marque un éloignement avec les différents instruments internationaux portant sur les droits humains, notamment l'article 6 de la CEDH. Cela est principalement le cas pour l'article 93 portant sur le procès équitable, le délai raisonnable, le principe du contradictoire ou encore les droits de la défense, principes qui ne sauraient légitimement être ôtés du chapitre consacré aux droits humains. La CCDH souhaite se rallier à la position de la Commission de Venise sur la proposition de révision n°6030 toujours d'actualité sur ce point, qui avait indiqué qu'il était « *souhaitable que toutes les règles constitutionnelles nationales sur le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH (...) soient réunies dans un même chapitre.* ». Elle avait d'ailleurs ajouté que « *dans ce cas cependant, elles ne devront pas être soumises à la clause générale de limitation* ». ⁸⁵

De plus, la justification de cette scission ne ressort pas clairement des travaux parlementaires qui indiquent d'une part que cela améliorerait la lisibilité du texte constitutionnel, ⁸⁶ alors que le résultat semble être l'opposé. D'autre part, la supra-constitutionnalité des traités internationaux justifierait l'absence d'inclusion de détails dans la Constitution. Dans ce contexte, la CCDH souhaite renvoyer à ses développements *supra* (partie II.A.1.a.), et insister sur le fait que la présence de certains droits dans des textes internationaux ne dédouane en aucun cas le constituant national de son devoir d'inclure des droits dans sa Constitution, encore plus lorsqu'il s'agit de droits tels que le droit à un procès équitable ou les garanties du justiciable. Alors que l'on sait très bien que la Charte des droits fondamentaux n'est pas applicable en dehors du champ d'application du droit de l'Union (l'exposé des motifs entretient une confusion fâcheuse en envoyant à l'article 47 de la CEDH, alors qu'il veut renvoyer à l'article 47 de la Charte), l'article 6 de la CEDH ne déploie pas ses effets de manière totalement transversale à l'égard de toute sorte de procédure interne. Ainsi, ce raisonnement montre encore une fois à quel point le texte constitutionnel devait être analysé comme l'occasion d'aller plus loin de ce que prévoit déjà le droit international des droits humains, de constituer un terrain fertile pour une protection accrue des droits et non pas se transformer en un exercice minimaliste ponctué de renvois et de silences.

Cette séparation en deux chapitres accentue ainsi le **manque de lisibilité des différents droits du justiciable et empêche par conséquent l'accessibilité** de la Constitution pour tout un chacun. À titre d'exemple, dans le commentaire de l'article du chapitre II portant sur la liberté individuelle, le constituant a estimé nécessaire de préciser que cette liberté avait été interprétée comme incluant « *implicitement la protection des droits de la défense* », alors que ces derniers sont explicitement prévus par le chapitre VI. ⁸⁷ Cela illustre d'ailleurs, une nouvelle fois, l'importance qu'aurait eue une révision complète de la Constitution.

Au titre de ces choix de réduction à la part congrue des droits protégés, il convient de souligner que le constituant luxembourgeois **fait le choix de ne pas faire figurer certaines composantes essentielles du droit au procès équitable parmi les droits et libertés** et prévoit l'indépendance des juges et leur impartialité dans deux articles différents, dont un ne faisant pas partie du paragraphe sur les garanties du justiciable : l'indépendance des juges est prévue à l'article 87, dans la partie relative au statut des magistrats, alors que l'impartialité est incluse dans l'article 93 de la partie relative aux garanties du justiciable. Ce choix est regrettable, à la fois à cause du manque de lisibilité et de maniabilité du texte, de la minimisation latente de la logique de droits individuels par rapport à ces garanties ainsi que pour le hiatus créé avec la vision du droit international : dans les instruments internationaux les prévoyant,

⁸⁵ Avis de la Commission de Venise, 2019, para. 41.

⁸⁶ Proposition de révision n°7575 du chapitre VI de la Constitution, Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, 21 septembre 2021, p. 13, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServlet?path=3C07CB2DEAEF5.

⁸⁷ Proposition de révision n°7755, Commentaire des articles, art. 12.

l'indépendance va de pair avec l'impartialité des juges et est formulée en termes de droit fondamental individuel à un procès équitable⁸⁸.

Ce manque de lisibilité entraîne également un **manque de clarté concernant les types de procédures auxquelles s'appliquent les différents principes**. L'inclusion de ces droits dans un chapitre relatif à la Justice, semble les cantonner à des procédures contentieuses, alors qu'ils sont également applicables à des procédures non contentieuses⁸⁹, notamment par l'application du droit à un procès équitable à certaines procédures disciplinaires⁹⁰ ou encore des droits de la défense et du principe de motivation des décisions à la procédure administrative non contentieuse⁹¹, pour n'en citer que quelques-unes.

Une fois de plus, le choix du constituant semble **être en désaccord avec les évolutions permises par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise** qui a façonné, *via* les principes généraux du droit, l'accès au juge et les principes de sécurité juridique et de confiance légitime comme des droits directs du justiciable. La CCDH exhorte le constituant à revenir dans le chapitre II sur la teneur du droit au juge, en la modifiant de manière à perpétuer une protection accrue des droits individuels du justiciable.

2. Un contenu équivoque malgré une avancée partielle

La CCDH tient à saluer l'introduction dans la proposition de révision sous avis de principes essentiels tels que la présomption d'innocence⁹², la non-rétroactivité de la loi pénale⁹³, ainsi que différentes garanties du justiciable dans le chapitre VI⁹⁴. Malgré ces quelques avancées, le texte de la Constitution reste problématique à plusieurs égards.

Tout d'abord, il se pose la question de l'insertion de l'article 14 dans la section relative aux libertés publiques. En effet, alors que la CEDH considère le **principe de légalité et le principe de non-rétroactivité en matière pénale** comme étant un principe pour lequel aucune dérogation n'est permise, le constituant luxembourgeois soumet ces principes à la clause transversale permettant une limitation par le législateur. Il semble ainsi oublier l'importance de ce principe tellement essentiel qu'il est même applicable en temps de conflit armé.⁹⁵ La CCDH exhorte donc le constituant à régulariser cette situation afin d'être en accord avec les normes supra constitutionnelles.

De même, **le droit à un procès équitable**, bien que présent dans le chapitre VI, **ne donne pas entière satisfaction**, notamment en raison de sa formulation ne garantissant pas un droit individuel aux justiciables et s'éloignant de la formulation invariable dans les textes internationaux et européens. En effet, les instruments internationaux prévoient un droit de toute personne à ce que « *sa cause soit entendue équitablement* »⁹⁶, alors que le constituant opte pour « *le caractère équitable (...) des procédures* » que « *la loi garantit* ». Ainsi, la CCDH se demande si la mention expresse du terme bien ancré dans le langage international des droits humains n'aurait pas été plus adaptée pour affirmer la signification à donner à ce droit. Il suffit de penser notamment à toutes les avancées protectrices que la

88 Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques, art. 14 ; ConventionEDH, art. 6 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47 ; voir aussi Convention relative aux droits de l'enfant, art. 40 ; Déclaration universelle des droits de l'Homme, art. 10.

89 CourEDH, *Affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n°6878/75 et 7238/75 du 23 juin 1981, paras. 44-50, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-62079>.

90 CourEDH, *Affaire Marušić c. Croatie*, décision n°79821/12 du 23 mai 2017, paras. 71-73, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/enq?i=001-174775> ; CourEDH, Grande chambre, *Affaire Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, arrêt-n°55391/13, 57728/13 et 74041/13 du 6 novembre 2018, paras. 112 et 120, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-187706>.

91 Loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse, art. 1, disponible sur <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1978/12/01/n1/jo>.

92 Proposition de révision n°7755, art. 12(3), al. 2.

93 Proposition de révision n°7755, art. 14, al. 2 et 3.

94 Proposition de révision n°7575 du chapitre VI de la Constitution, art. 93: « *La loi garantit l'impartialité du magistrat du siège, le caractère équitable et loyal ainsi que le délai raisonnable des procédures, le respect du contradictoire et des droits de la défense* ».

95 Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 99 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 67

96 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47 ; ConventionEDH, art. 6 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 40 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14 ; Déclaration universelle des droits de l'Homme, art. 10.

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a pu tirer d'une interprétation évolutive des articles 6 et 13, pour souhaiter que le texte constitutionnel dispose d'un tel fondement juridique laissant une place à des possibilités d'interprétation évolutive dans ce domaine.

Enfin, la proposition de révision sous avis prévoit la liberté individuelle en son article 12, mais de manière limitée. En effet, l'article 12 semble porter principalement sur le volet strictement lié à l'idée du **droit à la sûreté**, en évoquant les droits relatifs à une poursuite, une arrestation, ou une privation de liberté, ainsi que la présomption d'innocence. Cela risque ainsi de réduire le champ de possibilités en limitant les droits à la notion de sûreté : encore une fois, la CCDH rappelle qu'une disposition générale sur la liberté individuelle laisserait davantage de possibilités d'interprétation évolutive. Dans ce sens doit également être lue la position du Conseil d'État, selon lequel la notion de liberté individuelle inclurait également les principes de liberté de circulation, d'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, ainsi que d'autres droits.⁹⁷ À défaut de structurer un article plus étoffé sur la notion de liberté, il faut considérer que ces droits sont tout de même suffisamment importants pour figurer de manière autonome dans la Constitution luxembourgeoise, ce que la CCDH invite le constituant à faire.

3. Une avancée toujours insuffisante

À défaut d'une Constitution moderne, inclusive et engagée envers la protection et la promotion soutenue des droits humains, la CCDH souhaiterait rappeler des principes essentiels écartés de la proposition de révision sous avis et qui devront être considérés comme faisant partie des droits actuellement prévus. Il conviendra en effet en tout temps d'interpréter les dispositions d'une manière évolutive.

Ainsi, les droits de la défense présents dans le chapitre VI doivent être interprétés comme incluant l'égalité des armes, le droit à une participation effective à la procédure, le droit d'être entendu, le droit à l'assistance juridique et juridictionnelle, l'accès à l'interprétariat (particulièrement important dans le contexte luxembourgeois), le droit d'accès au dossier, le droit de disposer du temps et des conditions pour préparer sa défense, ou encore le droit d'interroger des témoins et de faire appel à des témoins pour sa défense.

De plus, la CCDH se pose la question de savoir si le constituant a réfléchi à l'opportunité d'inclure des droits supplémentaires afin de consacrer leur importance en tant que droit à rang constitutionnel, comme l'ont fait d'autres Constitutions européennes.⁹⁸ Cela concerne notamment l'ajout du principe de *habeas corpus* pour le contrôle judiciaire régulier de la légitimité de la détention⁹⁹, le droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire¹⁰⁰, le principe *non bis in idem* protégeant les individus d'être jugé ou puni deux fois pour une même infraction¹⁰¹, le principe d'égalité des armes, le droit à un recours juridictionnel effectif¹⁰² ou même le droit de se faire assister immédiatement par un avocat¹⁰³.

C. La liberté de religion et la liberté d'expression : pierres angulaires d'une société démocratique

1. La liberté de pensée, de conscience et de religion : un droit intangible ?

La catégorisation des différents droits humains dévoile de manière apparente toutes ses contradictions dans la manière dont le constituant a pensé consacrer la liberté de pensée, de conscience et de religion. Le cas de la liberté de pensée et de ses corollaires en constitue un exemple clair : son morcellement dans le texte constitutionnel donne lieu à un manque de clarté et de lisibilité du régime de cette liberté et à une confusion quant à la manière dont le constituant entend la protéger. En effet, alors que l'article 10 prévoit la liberté de pensée, de conscience et de religion en tant que droit fondamental,

⁹⁷ Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 25.

⁹⁸ Constitution italienne, art. 111.

⁹⁹ Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, para. 54.

¹⁰⁰ ConvEDH, Protocole 7, art. 3.

¹⁰¹ ConvEDH, Protocole 7, art. 4.

¹⁰² Proposition de révision n°6956, art. 46.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 42.

l'article 19 consacre la liberté de manifester ses convictions philosophiques ou religieuses et la liberté d'adhérer ou non à une religion en tant que liberté publique.

Bien qu'il soit louable que le constituant ait voulu consacrer la liberté de pensée, de conscience et de religion en tant que droit fondamental, c'est-à-dire un droit tellement important qu'il ne peut connaître aucune dérogation ou limitation par le législateur, le résultat laisse à désirer. De plus, les travaux préparatoires ou les commentaires des articles ne permettent pas d'éclaircir l'intention réelle du constituant.¹⁰⁴ Malgré la jurisprudence en la matière¹⁰⁵ et les avis d'instances nationales¹⁰⁶ et européennes¹⁰⁷, expliquant la différence entre le *forum internum* (le for intérieur ou la pensée intérieure) d'une part, et l'expression ou la manifestation de cette pensée, conscience ou religion d'autre part, dont la première est intangible, mais non la seconde, la proposition de révision sous avis n'opère pas cette distinction, ni dans le texte lui-même ni dans le commentaire des articles.¹⁰⁸ Ce dernier explique simplement se baser sur l'article 9 de la CEDH relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Toutefois, cet article inclut tant la liberté de changer de religion, qui est intangible, que la manifestation de sa religion ou conviction, seule partie de l'article concernée par la restriction prévue au paragraphe 2.¹⁰⁹ Au vu de ce qui précède, et afin de clarifier son intention, la CCDH invite le constituant à opérer une distinction claire entre le for intérieur et la manifestation de cette pensée.

Par conséquent, il ne ressort pas clairement de la proposition de révision sous avis quelles ramifications de cette liberté sont couvertes par l'article 10, droit fondamental intangible, par opposition à celles qui rentrent dans le champ de l'article 19, liberté publique pouvant être encadrée par le législateur. À titre d'exemple, la liberté d'adhérer ou non à une religion actuellement prévue sous la section des libertés publiques, se doit de figurer parmi les droits intangibles, comme l'a fait remarquer la CourEDH dans sa jurisprudence.¹¹⁰ A ce propos, la CCDH tient à souligner que le droit de ne pas adhérer à une religion se devra d'être interprété comme incluant la liberté de ne pas pratiquer une religion¹¹¹, ainsi que celle de ne pas révéler ses convictions ou l'absence de ses convictions – toute personne a le droit de croire en ce qu'elle veut ou de ne pas croire. Elle tient d'ailleurs à noter qu'au-delà de l'inclusion dans le commentaire d'article, il serait judicieux d'ajouter explicitement la liberté de changer de conviction ou de religion¹¹², qui devra également être considérée comme un droit intangible.

Enfin, la CCDH fait sienne la proposition de la Commission de Venise de préciser, à l'instar d'autres instruments internationaux¹¹³, la liberté de manifestation de sa religion ou conviction « *individuellement ou collectivement, en public ou en privé* »¹¹⁴, qui pourrait ainsi être plus inclusive.

2. La liberté d'expression : un droit oublié ?

L'article 18 de la proposition de révision prévoit la liberté de manifester ses opinions, la liberté de la presse, ainsi que l'interdiction de la censure. Toutefois, à l'instar de la liberté de pensée, de conscience et de religion, la catégorisation entre droits fondamentaux et libertés publiques donne lieu

104 Ceci est notamment dû au fait que lors de la mise en place de la catégorisation dans le cadre de la proposition de révision n°6030, la liberté de pensée, de conscience et de religion a été classée dans la section sur les droits fondamentaux, suivant l'avis du Conseil d'État, sans pour autant faire l'objet d'un commentaire puisque le déplacement n'avait pas été considéré comme un amendement.

105 CourEDH, *Affaire Ivanova c. Bulgarie*, n°52435/99, 12 avril 2007, paras. 78-79, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80156>.

106 Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 23

107 Avis de la Commission de Venise, 2019, para. 26

108 Il est à noter que dans sa prise de position du 4 juin 2021 relative à la proposition de révision n°7755, le Gouvernement a estimé que « *la liberté de conscience et de religion (...) constitue en réalité un droit relatif qui devrait pouvoir subir des ingérences* », ce qui démontre le manque de clarté de la distinction.

109 ConventionEDH, art. 9 : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction (...). 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions (...)* ».

110 CourEDH, *Affaire Kokkinakis c. Grèce*, n°14307/88, 25 mai 1993, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62384> ; CourEDH, *Affaire Ivanova c. Bulgarie*, n°52435/99, 12 avril 2007, para. 79, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/enq?i=001-80156>.

111 CourEDH, *Affaire Alexandridis c. Grèce*, 19516/06, 21 février 2008, para. 32.

112 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 10.

113 ConventionEDH, art. 9 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 10.

114 Avis de la Commission de Venise, 2019, para. 43.

à des contradictions. En principe, **la liberté d'opinion en tant que telle est un droit intangible, alors que la manifestation de cette opinion peut être encadrée** par le législateur ou connaître des limitations. Il est à noter que la proposition de révision sous avis ne prévoit que la seconde. Cette position constante au niveau international¹¹⁵ avait d'ailleurs déjà été soulignée par la Commission de Venise sur l'ancienne proposition de révision toujours d'actualité sur ce point, qui avait proposé l'ajout d'un droit autonome portant sur la liberté d'opinion : « *la liberté d'opinion devrait être garantie séparément et expressément, car elle ne peut faire l'objet d'aucune restriction* »¹¹⁶.

En outre, **la liberté d'expression**, que la CourEDH n'a cessé de considérer comme « *l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »¹¹⁷, **n'est que partiellement prévue** par le constituant luxembourgeois. En effet, le choix de la terminologie soulève de nombreuses questions. Le constituant avait-il l'intention, par la « *liberté de manifester ses opinions* », de consacrer la liberté d'expression ? Le cas échéant, qu'est-ce qui justifierait l'emploi d'une terminologie différente du terme de « liberté d'expression » qui a une acception uniforme au niveau international et européen ? Il semblerait qu'il s'agirait ici encore d'un réajustement des différents droits avec reprise de la terminologie de la Constitution actuelle, non accompagnée d'une réflexion approfondie.

Ce choix n'est pourtant pas anodin, en ce qu'il entraîne de nombreuses conséquences. D'une part, la liberté d'expression englobe en effet la liberté d'opinion, mais n'y est pas limitée. La liberté d'expression englobe aussi la liberté de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées, comme cela avait d'ailleurs été souligné par la Commission de Venise¹¹⁸. De plus, l'idée ou l'opinion peut être transmise sans considérations de frontières, par tout moyen et sur tout sujet, sauf certaines restrictions telles que l'incitation à la haine.¹¹⁹ D'autre part, comme le rappelle de longue date le Conseil constitutionnel français, la liberté d'expression est une « *liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est une garantie essentielle des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* »¹²⁰ : il suffit de penser à la liberté de communication¹²¹, au droit à l'expression collective d'idées et opinions¹²² ou encore au droit à l'information. Ainsi, en limitant le droit à la liberté de manifestation d'opinions, le constituant adopte un langage plus restrictif que les normes internationales supra-constitutionnelles, qui risque de restreindre à son tour les droits des justiciables.

L'article 18 porte également sur la **liberté de la presse**. À ce propos, la CCDH tient à souligner que cette liberté **se devra d'être interprétée à l'aune des développements constants en la matière**. Le Comité des droits de l'Homme considère que « *l'existence d'une presse et d'autres moyens d'information libres, sans censure et sans entraves est essentielle dans toute société pour garantir la liberté d'opinion et d'expression* »¹²³. Cela inclurait notamment le pluralisme de la presse¹²⁴, le respect du secret des sources des journalistes¹²⁵, la protection des lanceurs d'alerte, le financement des médias « *d'une manière qui ne risque pas de compromettre leur indépendance* »¹²⁶ ou encore le droit d'accès « *aisé, rapide, effectif et pratique* » des journalistes aux informations d'intérêt général¹²⁷. À ce propos, le droit d'accès aux documents d'intérêt général est d'autant plus important dans le contexte luxem-

115 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°34, para. 5 : « *il y a des éléments qui, de l'avis du Comité, ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation licite en vertu de l'article 4. La liberté d'opinion est l'un de ces éléments attendu qu'il s'agit d'un droit dont la dérogation ne peut jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception.* », disponible sur <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7>.

116 Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, para. 58

117 CourEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, n°5493/72, 7 décembre 1976, para. 49, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62057>.

118 Avis de la Commission de Venise, 2019, para. 42

119 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°34, paras. 11-12.

120 Conseil constitutionnel français, 1984, Entreprises de presse

121 Conseil constitutionnel français, 27 juillet 1982

122 Conseil constitutionnel français, 18 janvier 1985

123 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°34, para. 13.

124 Proposition de révision n°6956, art 28 ; voir aussi Comité des droits de l'homme, Observation générale n°34, para. 14.

125 CourEDH, *Affaire Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n°51772/99, 25 février 2003, para. 46, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65515> ; voir aussi CourEDH, *Affaire Weber et Saravia c. Allemagne*, n°54934/00, para. 143, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91699> ; Proposition de révision n°6956, art. 29.

126 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°34, para. 16.

127 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°34, para. 19.

bourgeois¹²⁸ et devrait d'ailleurs, au-delà des journalistes, être garanti à toute personne¹²⁹. La CCDH encourage dans ce contexte l'État luxembourgeois à affirmer son engagement envers la protection du « *right to know* », en ratifiant la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics.

D. Le droit d'asile constitutionnel face au droit d'asile conventionnel

Dans la proposition de révision sous avis, le constituant a fait sienne une proposition du Conseil d'État en introduisant un droit d'asile à l'article 25 qui dispose que « *le droit d'asile est garanti dans les conditions déterminées par la loi* ». Toutefois, les conséquences de la consécration d'un droit d'asile au sein de la Constitution ne sont aucunement claires. Le commentaire des articles, se basant sur l'avis du Conseil d'État, indique que « *le constituant luxembourgeois introduit un droit d'asile constitutionnel, distinct du droit d'asile tel que garanti par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés. Ce droit constitutionnel est mis en œuvre dans le cadre de la législation transposant les directives européennes* ». ¹³⁰ Ce commentaire ne contribue en rien à la compréhension de l'intention du constituant. D'une part, il s'agit d'introduire un droit d'asile distinct de la Convention de Genève, faisant croire à un **droit d'asile constitutionnel** autonome, indépendant et parallèle au système conventionnel. D'autre part, ce droit devra être mis en œuvre dans le cadre des directives européennes relatives au droit d'asile, ce qui ferait alors référence à un **droit d'asile conventionnel** et à une simple consécration du droit d'asile existant à un rang constitutionnel. Dans ce contexte, il est à noter que les directives de l'UE ont été adoptées en vue d'avoir une politique d'asile commune, tout en étant fondées « *sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève* ». ¹³¹ Il est alors contradictoire d'introduire un droit d'asile qui serait basé sur les directives européennes transposées en droit luxembourgeois, tout en étant distinct de la Convention de Genève.

Avant de se focaliser sur la situation du droit d'asile luxembourgeois, il convient de présenter le système du droit d'asile français qui pourrait permettre d'expliquer la signification du « *droit d'asile constitutionnel, distinct du droit d'asile tel que garanti par la Convention de Genève* ». En France, le statut de réfugié peut être octroyé soit à une personne « *en raison de son action en faveur de la liberté* » selon la Constitution française¹³², soit si elle « *répond aux définitions de l'article 1^{er} de la convention de Genève* »¹³³. Dans le premier cas, il est alors question de droit d'asile constitutionnel, alors que le second évoque le droit d'asile conventionnel, tous deux représentant des systèmes parallèles. Afin de pouvoir bénéficier de l'octroi du statut de réfugié sur base du droit d'asile constitutionnel, rarement invoqué en pratique, les conditions diffèrent du droit d'asile conventionnel : une action concrète en faveur de la liberté est nécessaire, de même que des persécutions qui sont liées à l'action précitée.¹³⁴ Ces conditions sont différentes et bien plus strictes que le droit d'asile conventionnel qui base l'octroi également sur la situation vraie ou supposée dans laquelle se trouve une personne sans action particulière de sa part, sur les craintes de persécutions qu'elle pourrait subir et non seulement celles effectivement subies, et sur des motifs de persécution différents, à savoir la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou les opinions politiques.

128 Commission européenne, *2021 Rule of Law Report*, pp. 9-10, disponible sur <https://ec.europa.eu/> ; Rapport de la CCDH, *La crise sanitaire et ses conséquences : Quels impacts sur les droits humains ?*, pp. 6-8, disponible sur <https://ccdh.public.lu>.

129 Convention n°205 du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, 18 juin 2009, art. 2 ; CourEDH, Grande chambre, *Affaire Magyar Helsinki Bizottsag c. Hongrie*, n°18030/11, 8 novembre 2016, paras. 149-180, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168716> ; voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Reyes et al. c. Chile*, paras. 77-79.

130 Proposition de révision n°7755, Commentaire des articles, p. 14 ; voir aussi Conseil d'État, Avis relatif à la proposition de révision n°6030, 2012, p. 36.

131 Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, considérant 3.

132 Constitution française, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 4.

133 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L.511-1, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr>.

134 Info droits étrangers, *Les différentes formes de protection*, disponible sur <https://www.info-droits-etrangers.org/sejourner-en-france/lasile/les-differentes-formes-de-protection/>.

<i>Droit d'asile conventionnel</i>	<i>Droit d'asile constitutionnel</i>
Aucune action concrète n'est requise	Le demandeur de protection internationale doit avoir <u>mené une action</u> en faveur de la liberté
Le demandeur de protection internationale doit soit avoir subi, soit <u>craindre de subir</u> des persécutions	Il doit avoir <u>subi</u> une persécution
Motif de persécution : la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou l'opinion politique	Motif de persécution : doit être basé sur l'action en faveur de la liberté

Il ressort clairement de cette comparaison que le droit d'asile constitutionnel distinct de la Convention de Genève est, dans le système français, un moyen supplémentaire pour bénéficier du statut de réfugié, tout en étant strictement encadré dans le texte constitutionnel lui-même. Le constituant luxembourgeois par contre, n'a aucunement encadré ce nouveau droit.

Dans le cas où il s'agirait d'un droit constitutionnel, **la CCDH salue l'introduction de ce nouveau droit**. Toutefois, il conviendra alors d'en définir les contours en adoptant une nouvelle loi (le renvoi aux conditions déterminées par la loi ne peut se traduire en un renvoi à la loi de 2015), en l'élaborant dans le texte constitutionnel lui-même à l'instar de la Constitution française, ou tout au moins en prévoyant les situations auxquelles s'appliquent ce droit dans le commentaire des articles, en vue de permettre aux justiciables d'invoquer ce droit. D'ailleurs, la Commission de Venise avait également plaidé en faveur de l'ajout de détails, afin de limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur.¹³⁵

Si toutefois le constituant luxembourgeois n'avait que pour intention de donner un rang constitutionnel à un droit conventionnel et législatif, **la CCDH l'exhorte à adapter la terminologie afin de consacrer un droit individuel** bénéficiant à toute personne, ou tout au moins de prévoir le droit de toute personne de rechercher l'asile¹³⁶, et **d'ajouter une prise en compte réelle et sérieuse de la vulnérabilité des demandeurs. Cette disposition ne devra pas être vue comme une simple clause de style**: elle permettrait d'instaurer un droit individuel à demander que sa demande de protection internationale soit prise en compte et consoliderait l'obligation d'étude individuelle de la demande, découlant déjà du droit international. Si ces obligations découlent déjà de la Convention de Genève de 1951, ayant statut supra-constitutionnel au Luxembourg, le droit constitutionnel renforcerait les obligations positives de l'État découlant du principe de non-refoulement et des droits des plus vulnérables, dissipant tout doute quant à l'applicabilité de certains droits humains aux demandeurs de protection internationale. La reconnaissance pleine de ces droits est d'autant plus fondamentale dans la phase initiale de la procédure, puisque leur méconnaissance risque de mettre à mal l'existence même d'un droit d'asile au Grand-Duché de Luxembourg.

E. L'Etat social à l'épreuve des droits sociaux constitutionnels

La proposition de révision sous avis prévoit certains droits sociaux qui ont valeur constitutionnelle, notamment les droits des travailleurs, la protection sociale, le droit au travail, le droit à un logement

¹³⁵ Avis de la Commission de Venise, 2019, para. 48.

¹³⁶ Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 22(7) : « Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droits commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque État et aux conventions internationales » ; voir aussi Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, art. 12(3) ; Déclaration universelle des droits de l'Homme, art. 14(1).

ou encore les droits culturels. Or, il est à nouveau à remarquer que le constituant a été très peu audacieux pour la consécration de ces droits¹³⁷, par ailleurs prévus au niveau de l'UE¹³⁸.

L'article 27 de la proposition de révision sous avis dispose que « *la sécurité sociale, la protection de la santé et les droits des travailleurs sont réglés par la loi* ». Outre l'éternel problème de la formulation de ces droits qui ne sont pas présentés comme des droits individuels de tout justiciable, il convient de mettre en avant une autre difficulté. Premièrement, il n'est **pas clair si la sécurité sociale et la protection de la santé sont liées à la qualité de travailleurs ou s'il s'agit de trois droits autonomes**. Cela est d'autant plus regrettable que la formulation de la Constitution actuelle est davantage claire en ce qu'elle semble conférer un droit autonome à la sécurité sociale et à la protection de la santé, nonobstant la situation professionnelle. En tout état de cause, la CCDH attire l'attention du constituant sur le fait que la protection de la santé, notamment à travers la sécurité sociale, se doit d'être garantie à tout un chacun, quelle que soit sa situation professionnelle ou administrative, en accord avec les développements récents concernant la couverture universelle des soins de santé¹³⁹, ainsi que les principes européens en la matière¹⁴⁰. Il serait en effet inenvisageable, dans un domaine aussi essentiel que la protection de la santé, et bien plus encore après avoir dû faire face à une pandémie, de défavoriser les personnes se trouvant en dehors du monde du travail ou étant en situation irrégulière. Leur situation précaire se trouverait alors décuplée et risquerait de mener à un renoncement aux soins.

Deuxièmement, il est fortement regrettable qu'à travers le réagencement des différents droits, le constituant ait omis deux droits importants de la Constitution actuelle. En effet, l'article 11(5) de la Constitution actuelle prévoyait, outre la sécurité sociale, la santé et les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et « l'intégration sociale » des personnes en situation de handicap. Le volet de la **lutte contre la pauvreté**, toujours d'actualité et même exacerbé depuis le début de la pandémie de Covid-19, a complètement été supprimé de la Constitution, qui plus est, sans aucune justification. Pourtant, tant au niveau international¹⁴¹ qu'au niveau de la réalité luxembourgeoise¹⁴², la lutte contre la pauvreté ou la protection du droit de toute personne à la vie digne¹⁴³ sont d'une importance primordiale. Cette lutte est d'ailleurs à entendre de manière large comme incluant notamment le droit à une aide sociale, non limitée à la santé et incluant notamment la perte d'emploi, la vieillesse, les prestations sociales, ou l'aide au logement¹⁴⁴. Quant aux **personnes en situation de handicap**, tel qu'exposé ci-dessus, **le constituant s'est limité à aborder la question de l'égalité**, mais a omis tout un autre volet tenant notamment à leur droit à l'autonomie, l'inclusion sociale et professionnelle, la participation à la vie de la communauté ou le droit à des aménagements raisonnables. Au vu de ce qui précède, la CCDH exhorte donc le constituant à réintégrer ces deux droits dans la proposition de révision sous avis.

Parmi les droits sociaux, le constituant luxembourgeois a également prévu **le droit au travail en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle**¹⁴⁵, alors que ce droit ne fait actuellement l'objet d'aucune

137 F. Wies, « La Constitution luxembourgeoise et les droits et libertés fondamentales de l'être humain », *Forum*, 2009, p. 42 : « *Certaines lacunes peuvent cependant être constatées en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels qui visent, par exemple, le droit à une sécurité sociale. Il en est de même d'un droit à un niveau de vie procurant santé et bien-être et dont fait partie non seulement le droit à un logement, mais également celui à la nourriture, des vêtements, des soins médicaux et des prestations sociales. Le texte constitutionnel se limite à prévoir que la loi règle, quant à ses principes, la protection de la santé ou encore la lutte contre la pauvreté. L'inscription d'un droit constitutionnel à des soins de santé pourrait d'ailleurs avoir une incidence tout à fait concrète sur les réalités luxembourgeoises, étant donné qu'il existe également dans notre pays des personnes qui ne sont pas couvertes par le système de sécurité sociale (...) Un véritable droit aux soins de santé pourrait dès lors amener plus de sécurité juridique à des personnes qui restent des êtres humains dignes de protection, même s'ils sont en situation irrégulière de séjour* ».

138 Il convient de rappeler que la Charte des droits fondamentaux n'est applicable que dans les cas de mise en œuvre du droit de l'UE, d'où l'importance de le prévoir au niveau de la Constitution luxembourgeoise.

139 Gouvernement luxembourgeois, Présentation de la couverture universelle des soins de santé, disponible sur https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes_actualites/communiqués/2021/10-octobre/27-cuss.html.

140 Charte des droits fondamentaux de l'UE, arts. 34-35

141 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 34(3) : « *Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté (...)* » ; Charte sociale européenne révisée, art. 30 : « *Toute personne a droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale* ».

142 Chambre des salariés, *Inégalités et pauvreté*, disponible sur <https://www.csl.lu/fr/pages-economiques/inegalites-et-pauvrete/#quel-niveau-de-risque-de-pauvrete-et-comment-evolue-t-il-augrand-duche>

143 Comité des droits de l'Homme, *Portillo Cáceres c. Paraguay*, communication n°2751/2016, 20 septembre 2019, disponible sur https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR

144 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 34 ; Charte sociale européenne révisée, art. 13.

145 Proposition de révision n°7755, art. 31.

catégorisation. Par conséquent, la CCDH met en garde le constituant sur le fait qu'alors que ce droit aurait pu faire l'objet d'une interprétation évolutive par les juges à travers la Constitution actuelle, le constituant décide de faire stagner le droit et de le cantonner à sa position de simple objectif à valeur constitutionnelle, sans possibilité d'évolution future. De plus, ce droit se doit d'être formulé en tant que droit individuel direct, sans que cela ne doive nécessairement faire peser une obligation de résultat sur l'État.¹⁴⁶ Par une protection effective du droit au travail, le constituant s'engagerait ainsi à inclure au moins les garanties prévues au niveau européen, notamment le droit de tout justiciable à des conditions de travail justes et équitables et à une rémunération équitable¹⁴⁷, l'interdiction du travail des enfants et la protection spéciale des mineurs¹⁴⁸, la protection contre le licenciement injustifié, notamment pour un motif lié à la maternité¹⁴⁹ ou encore le droit à un congé de maternité et un congé parental¹⁵⁰.

L'introduction du droit de toute personne à la vie digne et à un logement approprié ne représente également qu'une avancée partielle. Prévu en tant que simple objectif à valeur constitutionnelle, ce droit devrait tout de même être manié d'une manière à accorder aux justiciables un réel droit à la vie digne et à un logement. En effet, bien que le domaine de l'immobilier relève partiellement du domaine privé, cela n'empêche en rien de prévoir une obligation de moyen à charge de l'État de prendre « toutes les mesures utiles », pour permettre à tout un chacun de pouvoir bénéficier d'un logement. La CCDH invite donc le constituant à maintenir son idée première selon laquelle « *le droit au logement (...) peut trouver sa place dans la Constitution luxembourgeoise sous forme d'une obligation de moyens qui s'impose à l'État* »¹⁵¹, en s'inspirant d'autres Constitutions nationales européennes¹⁵², ainsi que de la Charte sociale européenne révisée¹⁵³ (qu'elle invite d'ailleurs le gouvernement à ratifier afin d'affirmer son engagement en faveur des droits humains). Dans le même ordre d'idées, la CCDH souhaite attirer l'attention sur le système du droit au logement opposable prévu en France et duquel le législateur luxembourgeois pourrait s'inspirer pour permettre au droit au logement de donner tout son potentiel.¹⁵⁴

F. La consécration du droit à l'intégrité physique et mentale accompagnée de l'absence du droit à la vie

L'article 10*bis* de la proposition de révision sous avis consacre le principe du droit à l'intégrité physique et mentale et de **l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants**. Ces droits, indissociables de tout instrument de droits humains, auraient été repris de la CEDH. La CCDH se doit tout de même de faire remarquer une différence non négligeable pour laquelle le constituant semble s'éloigner du texte de référence. En effet, alors que la CEDH couvre les peines et traitements, qu'ils soient inhumains ou dégradants, par le terme « ou », le constituant opte pour le terme « et ». Par ce fait, il rendrait les deux conditions cumulatives, alors qu'il s'agit de termes et de

146 A titre d'exemple, Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 15 : « *Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* » ; voir aussi, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *arrêt Lagos del Campo c. Pérou*, 31 août 2017, disponible sur https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/full_judgment_caso_lagos_del_campo.pdf.

147 Charte sociale européenne révisée, art. 2 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 7 ; CCDH, Avis 3/2012 sur la proposition de révision constitutionnelle n°6030, p. 5.

148 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 32 ; Charte sociale européenne révisée, art. 7.

149 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 30 ; Charte sociale européenne révisée, art. 8.

150 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 33 ; Charte sociale européenne révisée, art. 27 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 10(2).

151 Proposition de révision n°6030 portant instauration d'une nouvelle Constitution, Commentaire des articles, art. 37, disponible sur https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=013973383

152 Constitution espagnole, art. 47 : « *Tous les Espagnols ont le droit de disposer d'une demeure digne et appropriée. Les pouvoirs publics créent les conditions nécessaires et ils établissent les normes pertinentes pour rendre ce droit effectif, en réglementant l'utilisation du sol, conformément à l'intérêt général, pour empêcher la spéculation.* » ; Constitution néerlandaise, art. 22(2) : « *It shall be the concern of the authorities to provide sufficient living accommodation.* » ; Constitution portugaise, art. 65 : énumère des moyens que l'État doit mettre en place pour permettre l'exercice du droit au logement.

153 Charte sociale européenne révisée, art. 31.

154 Droit au logement opposable (DALO), <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18005>.

souffrances différentes¹⁵⁵ et risquerait d'avoir une portée plus limitée que les textes internationaux supra-constitutionnels. La CCDH exhorte donc le constituant à y remédier en optant clairement pour des conditions alternatives. Elle attire l'attention sur les études de certains spécialistes qui ont pu constater que la torture parasitait dans le texte conventionnel l'importance des traitements inhumains ou dégradants qui risqueraient d'être conçus comme les « moindres maux » à côté de l'énormité du premier ; ainsi, ils ont même proposé d'inverser la compréhension de l'énumération des différentes atteintes prohibées, en mettant en premier lieu les traitements dégradants.¹⁵⁶

Il est également regrettable que le constituant n'ait pas profité de la révision constitutionnelle pour étendre le champ des interdictions contraires à la dignité humaine, notamment **l'interdiction de l'esclavage, du travail forcé et de la traite des êtres humains**. Cette inclusion permettrait d'être en accord avec les instruments internationaux¹⁵⁷ et de donner un rang constitutionnel à ces interdictions. Il est d'ailleurs à remarquer que l'exposé des motifs indique que l'interdiction de l'esclavage fait partie des droits inscrits dans le chapitre II, alors que tel n'est pas le cas.

Enfin, il convient de se pencher sur la **question délicate de l'omission du droit à la vie** dans la Constitution luxembourgeoise. Cette omission, soulevée par des instances nationales et européennes¹⁵⁸, n'a jamais fait l'objet d'une justification de la part du constituant. Au contraire, l'exposé des motifs indique que le droit à la vie, qui est un droit élémentaire, exprime une mise en application du principe de dignité humaine et serait inscrit dans le chapitre II, ce qui n'est malheureusement pas le cas.¹⁵⁹ Cela est regrettable, d'autant plus que ce droit « se place (...) parmi les articles primordiaux de la Convention, auquel aucune dérogation ne saurait être autorisée (...). Il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »¹⁶⁰ et qu'il « est la condition indispensable de la jouissance de tous les autres droits de l'homme »¹⁶¹. Quant à la présence du **principe de dignité humaine, ce dernier ne saurait remplacer entièrement la portée du droit à la vie**.¹⁶²

La crainte d'une interprétation détournée du droit à la vie n'est certainement pas nouvelle, surtout en ce qui concerne la volonté de continuer à garantir l'accès à l'euthanasie ou à l'interruption volontaire de grossesse. Le contexte luxembourgeois et les expériences à l'étranger montrent que les acquis ne sont pas établis d'une manière certaine pour le futur. Il conviendra alors au constituant de prendre toutes les mesures pour protéger les principes établis en droit luxembourgeois, notamment en clarifiant son intention dans le commentaire des articles, qui servira de base en cas de doute relatif à l'interprétation de ce droit¹⁶³.

Toutefois, l'omission de ce droit essentiel, consacré par tous les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits humains, n'est pas sans conséquence. En effet, le droit à la vie ne se cantonne pas à l'obligation négative de l'État de ne pas infliger la mort intentionnellement. Il a également été

155 Inhumain représenterait des lésions corporelles ou vives souffrances mentales, alors que dégradant ferait référence à une humiliation qui doit atteindre un certain degré. Voir à ce sujet notamment CourEDH, Grande chambre, *Affaire V. v. United Kingdom*, n°24888/94, 16 décembre 1999, para. 71, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58594>.

156 Elaine Webster, *Dignity, Degrading Treatment and Torture in Human Rights Law: The Ends of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Routledge, 2018

157 ConventionEDH, art. 4 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 5.

158 Avis intérimaire de la Commission de Venise, 2009, para. 48 ; Prise de position du gouvernement relatif à la proposition de révision n°7755, pp. 1-2.

159 Proposition de révision n°7755, Exposé des motifs, p. 3.

160 CourEDH, Grande Chambre, *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, n°18984/91, 27 septembre 1995, para. 147, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62498>.

161 Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°36, para. 2, disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_FR.pdf.

162 Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°36, para. 2.

163 V. Bruck, 'Une constitution made in Luxembourg ? Trois propositions pour l'amélioration de la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux', *Forum*, n. 349, p. 30 : « la lacune majeure du catalogue des droits est l'absence d'un droit à la vie. On reconnaîtra qu'il serait difficile de bénéficier des autres droits si celui-ci pouvait être violé en toute impunité. Alors que le choix n'est pas motivé, il semble être dû à la frilosité des députés, craignant qu'une telle disposition fragiliserait la législation concernant le droit de mourir dans la dignité et l'interruption volontaire de grossesse. Or, voilà précisément un champ dans lequel le Luxembourg aurait pu innover en consacrant à la fois, d'un côté, le droit à la vie et, de l'autre côté, le droit de mourir dans la dignité et l'IVG au niveau constitutionnel. Les jurisprudences constitutionnelles étrangères tout comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne contredisent pas l'idée. Protéger ces droits par une même disposition constitutionnelle serait sans aucun doute un signal fort. Il ne faudrait pas prétendre du caractère politiquement sensible d'une telle consécration afin de justifier un refus: une Constitution substantiellement riche et progressiste semble en effet plus pertinente qu'un document creux adopté sans aucune contestation ni aucun débat ».

interprété de longue date comme incluant une **obligation positive** pour les États de « *prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* »¹⁶⁴, notamment en cas de risque d'atteinte au droit à la vie du fait de désastres écologiques ou industriels¹⁶⁵, en interdisant l'expulsion ou l'extradition en cas de risque d'être soumis à la peine de mort dans le pays de destination¹⁶⁶, ainsi qu'une **obligation procédurale** de mener une enquête effective en cas d'atteintes alléguées au droit à la vie¹⁶⁷. Enfin, la restriction de ce droit par le constituant luxembourgeois empêche ce droit de déployer ses ailes par l'interprétation jurisprudentielle, alors que le droit à la vie a également été la base de la consécration du droit à la vie digne.¹⁶⁸

*

IV. CONCLUSION

La CCDH regrette que le constituant n'ait pas saisi cette occasion unique offerte par la révision constitutionnelle pour proposer un texte novateur, embrassant avec courage et esprit d'ouverture l'un des défis principaux de la modernité juridique : une protection accrue des droits humains.

De manière générale, la CCDH regrette l'**approche minimaliste** suivie par le constituant. D'un point de vue structurel, le constituant ne fait pas éclore les germes offerts par la tradition constitutionnelle luxembourgeoise : il ne se saisit pas de la théorie de la supra-constitutionnalité pour aller vers une clause d'interprétation protectrice des droits. Il plonge, bien au contraire, la question de la place du droit international des droits humains dans un silence étourdissant.

Du point de vue des droits substantiels protégés, la CCDH regrette que souvent le constituant se soit borné à opérer un **exercice d'énonciation et de catégorisation**. Il se limite à énoncer l'existence du droit, bien plus qu'à creuser son contenu particulier, en couronnant les efforts de la tradition constitutionnelle luxembourgeoise. Cela est particulièrement évident si l'on s'intéresse aux **droits oubliés** par le constituant : pour ne prendre qu'un exemple, quid des **droits linguistiques**, si importants dans la dimension multiculturelle luxembourgeoise ?

La CCDH regrette également que le constituant n'ait pas saisi cette occasion pour inscrire dans la Constitution des acteurs fondamentaux pour la protection des droits humains au Grand-Duché de Luxembourg : à côté de l'Ombudsman, ouvrir une place constitutionnelle à la CCDH, à l'*Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher* (OKaJu) et au Centre pour l'égalité de traitement (CET) participerait d'une philosophie de publicisation des droits des personnes et encouragerait l'action de ces acteurs fondamentaux dans le panorama luxembourgeois. L'ancrage constitutionnel, plébiscité au niveau international¹⁶⁹, permettrait ainsi d'asseoir la pérennité et l'indépendance de ces institutions, tout en minimisant le risque d'affaiblissement que comporte tout ancrage législatif¹⁷⁰.

Pour conclure, le catalogue du chapitre II risque d'être un corset rigide, peu lisible et peu fouillé, qui sera rapidement condamné à la fonction d'une coquille vide et la protection réelle des droits et libertés demeurera de la responsabilité des traités internationaux.

*

164 CourEDH, *Affaire L.C.B. c. Royaume-Uni*, n°23413/94, 9 juin 1998, para. 36, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62736>.

165 CourEDH, Grande chambre, *Affaire Öneriyildiz c. Turquie*, n°48939/99, 30 novembre 2004, paras. 89-90, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67616>.

166 CourEDH, *Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n°61498/08, 2 mars 2010, para. 123, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97620>; voir aussi CourEDH, Grande chambre, *Affaire F.G. c. Suède*, n°43611/11, 23 mars 2016, para. 110, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161876>.

167 CourEDH, Grande chambre, *Affaire Öneriyildiz c. Turquie*, n°48939/99, 30 novembre 2004, paras. 91-94, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67616>.

168 Comité des droits de l'Homme, *Portillo Cáceres c. Paraguay*, *op.cit.*

169 European Network of National Human Rights Institutions, *ENNHRI Submission to Commission Consultation : EU binding Standards on national equality bodies*, disponible sur <https://ennhri.org/wp-content/uploads/2021/08/Submission-on-EU-Binding-Standards-on-National-Equality-Bodies.pdf>

170 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Institutions nationales pour les droits de l'Homme: historique, principes, fonctions et attributions*, p. 36, disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PTS-4Rev1-NHRI_fr.pdf.

V. RECOMMANDATIONS

Considérations structurelles générales

1. La CCDH exhorte le constituant à prendre en compte les **risques présentés par la structure du chapitre II**. La catégorisation proposée constitue un découpage fictif des droits en groupes étanches, alors que ces droits ont par nature vocation à évoluer et à se présenter sous des formes juridiques différentes selon le contexte. Elle présente au surplus des risques majeurs de rigidification du texte constitutionnel, ne permettant pas aux juges et aux autres acteurs de la protection de faire évoluer le contenu et la portée de certains droits. La structure de ce chapitre de la constitution devrait permettre une protection accrue des droits, notamment en laissant ouverte la porte à l'interprétation évolutive, et non pas menacer leur épanouissement.
2. Elle invite le constituant à insérer dans le chapitre II, ou dans les dispositions initiales du texte constitutionnel, une **clause *pro homine***, qui invite tous les organes de l'État à prendre en compte, dans toutes leurs actions, une protection accrue et transversale des droits humains et qui demande, notamment aux institutions judiciaires, d'opter toujours pour l'interprétation du droit luxembourgeois qui soit la plus favorable à la protection des droits humains.
 À défaut, insérer dans le chapitre II une clause qui rappelle l'importance et la **place préminente du droit international des droits humains**, en tenant dûment compte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ayant façonné la théorie du « socle commun » entre Constitution, Charte des droits fondamentaux et CEDH.
 Une telle disposition pourra rappeler la place fondamentale des droits humains protégés dans le texte constitutionnel, y compris pour rappeler l'engagement du constituant à aller vers une prise en compte accrue de leurs besoins de protection, avec une disposition de « **cliquet de non-retour** », ne permettant au législateur d'intervenir que pour rendre les droits humains plus effectifs.
3. La CCDH demande au constituant à prendre sérieusement en compte les **risques que l'état constitutionnel de crise comporte** pour la protection des droits humains et, au moins, clarifier l'interaction entre droits constitutionnels et état de crise, en renforçant les garanties de contrôle judiciaire des règlements grand-ducaux adoptés sur le fondement juridique dérogatoire.

Les droits humains prévus par la nouvelle Constitution

4. D'une manière générale, la CCDH invite le constituant à repenser le chapitre II comme des droits individuels en faveur des justiciables, en adaptant la terminologie. Ainsi, il conviendra de prévoir que « toute personne a droit » au respect de ses droits, et non seulement de formuler les droits sous forme d'obligation pour l'État de les garantir.
5. La CCDH exhorte le constituant à se mettre en accord avec la jurisprudence constitutionnelle luxembourgeoise et les traités internationaux ratifiés par le Luxembourg et de prévoir l'égalité de toute personne devant la loi, quelle que soit la nationalité, sauf exceptions prévues par la loi, notamment en ce qui concerne les droits politiques
6. La CCDH invite le constituant à ajouter explicitement les motifs de discrimination prohibés, notamment dans un but de reconnaître les discriminations existantes. Cette énumération textuelle se devra d'être inclusive et non-exhaustive. Elle pourrait également être accompagnée d'une clause générale de discrimination positive, afin de se rapprocher d'une égalité réelle en favorisant des catégories de personnes discriminées.
7. La protection particulière de certaines catégories de personnes sous le principe d'égalité comporte un risque d'exclusion d'autres catégories. Il conviendra alors de veiller à ne pas mener à des situations discriminantes à travers la disposition relative au principe d'égalité.
 Concernant plus particulièrement l'égalité entre les femmes et les hommes, la CCDH met en garde contre une classification binaire de la société. Quant aux personnes en situation de handicap, au-delà du principe d'égalité, il convient de prévoir de manière autonome, leur droit à l'autonomie, à l'inclusion sociale et professionnelle et à des aménagements raisonnables.
8. Les droits de l'enfant et les droits de la famille se doivent d'être consacrés de manière autonome, au-delà du principe d'égalité. Quant aux droits de l'enfant, qui pourraient être élargis, une mention à l'intérêt « supérieur » de l'enfant s'avère nécessaire.

9. La CCDH met en garde contre la séparation des droits procéduraux et garanties du justiciable du chapitre relatif aux droits humains, qui entraîne un manque de lisibilité et un manque de clarté concernant les types de procédures auxquelles s'appliquent les différents principes.
10. Elle invite le constituant à adapter les droits procéduraux aux textes internationaux et européens en la matière, notamment en consacrant le principe de légalité et de non-rétroactivité en matière pénale en tant que droit intangible, en garantissant le droit à un procès équitable d'une manière au moins aussi extensive qu'au niveau international, et en interprétant les droits de la défense de manière à inclure l'égalité des armes, l'accès à l'assistance juridique et juridictionnelle ou encore le droit d'accès au dossier. La liberté individuelle se devra d'être garantie de manière autonome, de sorte à pouvoir être interprétée, au-delà du droit à la sûreté, comme incluant la liberté de circulation l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.
11. Dans le contexte de la liberté de pensée, de conscience et de religion, une distinction plus claire devra être opérée entre le for intérieur qui est intangible et la manifestation de la pensée ou la religion qui peut être encadrée par le législateur. La liberté d'adhérer ou non à une conviction, à laquelle doit être ajoutée la liberté de changer de conviction, ne peut en aucun cas être limité par le législateur.
12. La CCDH exhorte le constituant à prévoir explicitement la liberté d'expression, qui va au-delà de la simple liberté d'opinion. Cette dernière n'est pas prévue en ce qui concerne le for intérieur qui est intangible, alors que la manifestation des opinions couvre une partie seulement de la liberté d'expression.
13. La liberté de la presse devra à son tour être interprétée à l'aune des développements en la matière, notamment en incluant le pluralisme de la presse, le respect des sources des journalistes, ou encore le droit d'accès effectif aux informations d'intérêt général.
14. L'intention du constituant relative à la consécration du droit d'asile constitutionnel se doit d'être précisée et encadrée. Les contours de l'introduction d'un droit d'asile constitutionnel, autonome et distinct du droit d'asile conventionnel et législatif, doivent être définis par le texte constitutionnel ou les travaux préparatoires, à l'instar de la Constitution française.
15. Le constituant devra permettre aux droits sociaux d'être maniables, en prévoyant la protection de la santé et la sécurité sociale de manière autonome, nonobstant la situation professionnelle de la personne, afin de ne pas décupler la situation de précarité dans laquelle les personnes peuvent se trouver. La CCDH regrette par contre fortement la suppression de la lutte contre la pauvreté, prévue par la Constitution actuelle, ainsi que la catégorisation en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle du droit au travail (et les droits qui en découlent) et du droit au logement.
16. La CCDH invite le gouvernement à adapter les termes de « peines et traitements inhumains et dégradants » aux textes internationaux en prévoyant des conditions alternatives ('ou'), et non cumulatives ('et') et d'étendre l'inviolabilité de la dignité humaine en ajoutant l'interdiction de l'esclavage, du travail forcé et de la traite des êtres humains.
17. Concernant la question délicate de l'omission du droit à la vie de la proposition de révision constitutionnelle, la CCDH plaide pour l'inscription de ce droit fondamental dans la Constitution, afin qu'il puisse être déployé sous sa forme d'obligation négative de ne pas donner la mort intentionnellement, mais également d'obligation positive de protéger la vie et d'enquêter de manière effective en cas d'atteinte alléguée au droit à la vie. Les risques d'interprétations restrictives, notamment en ce qui concerne l'accès continu à l'euthanasie ou à l'interruption volontaire de grossesse, doivent être contrés par une démonstration plus claire de l'intention du constituant dans les travaux préparatoires.
18. Enfin, à l'instar de l'introduction de l'Ombudsman dans la Constitution, la CCDH plaide en faveur de la consécration au rang constitutionnel des autres instances nationales de protection des droits humains, à savoir la CCDH, l'OKaJu et le CET.

Adopté lors de l'assemblée plénière du 17 janvier 2022.

