

N° 3923B⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

PROJET DE REVISION

de l'article 11 de la Constitution

* * *

DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(25.2.2003)

Par dépêche en date du 21 février 2000, le Président de la Chambre des députés a, sur base de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, saisi le Conseil d'Etat de différents amendements se rapportant aux paragraphes 1er et 2 de l'article 11 de la Constitution dans sa teneur selon le projet de révision sous rubrique.

Au texte des amendements, proposés par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre, était joint un commentaire.

S'agissant du paragraphe 1er de l'article 11, la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose d'abandonner le terme de „droits naturels“ et d'y substituer celui de „droits fondamentaux“.

La Commission compétente de la Chambre s'empare de ce que le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 avril 1999, avait estimé que le concept de „droits naturels“ est un concept aux contours des plus flous. Elle estime en conséquence préférable d'y substituer le terme de „droits fondamentaux“, ce d'autant plus que ce terme figure, depuis la révision constitutionnelle du 2 juin 1999, dans l'intitulé du chapitre II „Des libertés publiques et des droits fondamentaux“. Par ailleurs la Commission relève que le même terme est employé dans toute une série de textes consacrés à la protection des droits fondamentaux au niveau international (Nations Unies, Conseil de l'Europe, Union européenne).

Ce souci d'harmonisation de la terminologie permet d'affirmer que les auteurs des amendements entendent circonscrire davantage la notion de „droits fondamentaux“, la garantie des droits fondamentaux de la personne humaine étant à mettre en relation avec la protection des droits fondamentaux notamment au niveau européen, que ce soit dans le cadre du Conseil de l'Europe ou dans le cadre de l'Union européenne.

La notion de „droits fondamentaux“ pourrait, dans cette optique, être tenue pour équivalente à celle des droits de l'homme (voir „*Les droits fondamentaux en droit communautaire*“, par M. Philippe LEGER, *Bulletin des droits de l'homme*, numéro 10, page 15), et qu'ainsi le terme „droits fondamentaux“ ne servirait qu'à désigner des droits dont nous jouissons en fait depuis longtemps (*L'émergence des droits fondamentaux en France*, par Etienne Picard, dans *Actualité juridique – Droit administratif*, No spécial, 20 juillet/20 août 1998).

Le Conseil d'Etat n'est pas pour autant convaincu que tous les aléas que présente le texte actuel (voir l'avis du Conseil d'Etat du 27 avril 1999) disparaissent de par le changement de l'adjectif qualificatif employé en l'espèce.

Des hésitations demeurent quant au contenu de la catégorie des droits fondamentaux.

On peut certes tenter de circonscrire cette notion, en retenant que les droits fondamentaux forment le „noyau dur de droits essentiels et inaliénables de la personne humaine, valables en toute circonstance, sans possibilité de dérogation“ (cité dans *Bulletin des droits de l'homme*, article précité), ou en disant que des droits sont fondamentaux parce qu'ils sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme (*Véronique Champeil-Desplats, La notion de droit „fondamental“ et le droit constitutionnel français*, Dalloz, 1995, *chronique*, pages 323 à 329). Pour autant ces formules, à l'instar de la définition donnée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 2/98 du 13 mars 1998 des droits visés actuellement par

l'article 11 („le droit naturel est celui découlant de la nature humaine“), ne sont que des tentatives de dégager, par voie d'abstraction, le dénominateur commun de la catégorie de droits en cause.

La notion de droits fondamentaux pose inéluctablement le problème de la définition de la „fondamentalité“, et ce problème n'est pas résolu par le nouveau texte, et c'est précisément à cet égard que celui-ci risque de poser problème.

Dans son avis du 27 avril 1999, le Conseil d'Etat avait renvoyé aux travaux parlementaires qui ont précédé l'introduction en 1948 du concept de „droits naturels“ dans la Constitution luxembourgeoise. Le rapporteur de l'époque avait fait état de ce que ce serait „une proclamation de principe concernant ces droits naturels de la personne humaine et de la famille“. Ces droits n'avaient aucune vocation à se voir constitués positivement (arrêt de la Cour constitutionnelle 2/98: le droit naturel est celui découlant de la nature humaine et existe, même sans texte de loi), puisqu'au contraire ces droits entendaient déterminer la constitution de leurs garanties (*L'émergence des droits fondamentaux en France, par Etienne Picard, dans Actualité juridique – Droit administratif, No spécial, 20 juillet/20 août 1998, page 38*).

L'actuel texte se borne à proclamer les droits de la personne humaine. Si le texte qualifie ces droits de „naturels“, ils ne sont cependant pas naturels parce qu'ils sont proclamés par la Constitution. Par contre, avec le nouveau texte, la nature juridique de ces droits risque de muter: la catégorie des „droits fondamentaux de la personne humaine“ risque de ne plus pouvoir être considérée indépendamment de la source normative formelle, c'est-à-dire du nouveau paragraphe 1er de l'article 11 de la Constitution, dès lors qu'en ne reconnaissant plus à ces droits le caractère „naturel“ qu'ils prétendaient avoir, il leur fait acquérir le caractère de „droits fondamentaux“. Le nouveau texte pourrait en conséquence être interprété comme constituant toute cette catégorie de droits positivement en droits fondamentaux constitutionnels.

Serait-ce à dire que la question de la fundamentalité devrait désormais être appréciée par référence au nouvel article 11, paragraphe 1er, et relèverait dès lors nécessairement du seul juge constitutionnel en tant qu'organe juridictionnel chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois? Qu'advierait-il dans pareil cas de la „fondamentalité surnationale“, c'est-à-dire des „droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales“, pour reprendre les termes de l'article 6.2 du Traité sur l'Union européenne, et à la mise en oeuvre desquels le juge ordinaire est pleinement associé? Le caractère supranational, et par là aussi supraconstitutionnel, des instruments juridiques de droit international s'accommoderait mal avec la réduction du fondamental au constitutionnel (et avec la reconnaissance éventuelle d'un monopole à la Cour constitutionnelle pour déterminer si un droit relève des droits fondamentaux constitutionnels). Faudrait-il alors distinguer suivant qu'un droit est ou non garanti par les instruments juridiques internationaux? Même dans l'ordre juridique interne, il convient de ne pas perdre de vue qu'aucune norme, quelle qu'elle soit, n'épuise ni ne détermine entièrement la catégorie des droits fondamentaux, et que donc la question de la „fondamentalité“ d'un droit ne peut pas être résolue sur base de la seule hiérarchie normative formelle (*L'émergence des droits fondamentaux en France, par Etienne Picard, dans Actualité juridique – Droit administratif, No spécial, 20 juillet/20 août 1998*).

Si, d'un autre côté, il devait être admis que le juge de l'application de la loi peut procéder à la qualification de la fundamentalité, indépendamment de la question de savoir s'il convient de conférer à cette fundamentalité en plus une valeur constitutionnelle, les prérogatives de la Cour constitutionnelle risquent d'être sérieusement entamées.

Le nouveau texte risque dès lors de soulever plus de difficultés qu'il n'en résout, et le Conseil d'Etat maintient dès lors sa préférence pour le texte actuel, malgré tous les aléas qu'il présente, pour reprendre les termes de son avis du 27 avril 1999.

S'agissant du paragraphe 2 de l'article 11, la Commission compétente de la Chambre propose de libeller le deuxième alinéa de ce paragraphe comme suit:

„L'Etat peut adopter des mesures spécifiques en vue d'assurer l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs.“

L'objectif poursuivi par les auteurs des amendements reste le même que celui ayant présidé à la rédaction originale du deuxième alinéa dont s'agit: il s'agit de permettre sur le plan constitutionnel „des actions positives“.

Depuis l'avis du Conseil d'Etat émis le 27 avril 1999, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes quant à la portée de l'article 2, paragraphe 4 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre

hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, a connu une évolution: la jurisprudence de la Cour, initialement restrictive (arrêt du 17 octobre 1995 dans l'affaire *C-450/93, Kalanke*) admet actuellement que les dispositions de la directive 76/207/CEE ne s'opposent pas aux réglementations nationales qui s'inscrivent dans un concept restreint d'égalité des chances (voir notamment l'arrêt du 19 mars 2002, dans l'affaire *C-476/99, Lommers*).

Le cadre légal communautaire a également été adapté:

- aux termes de l'article 3, paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté européenne, dans sa teneur après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, „pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes“. Cette disposition de droit primaire oblige la Communauté à mettre en oeuvre une promotion active de l'égalité entre hommes et femmes (conclusions présentées le 28 novembre 2002 par l'Avocat général Stix-Hackl dans l'affaire *C-186/01* pendante devant la Cour de Justice des Communautés européennes);
- la directive 76/207/CEE précitée vient d'être modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil. L'article 2 de la directive 76/207/CEE a été remplacé par un nouveau texte, qui en son paragraphe 8 dispose que les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4 du Traité (anciennement article 119, cité dans l'avis du Conseil d'Etat du 27 avril 1999). L'article 1er de la directive 76/207/CEE est également complété par un nouveau paragraphe *1bis* de la teneur suivante: „Les Etats membres tiennent activement compte de l'objectif de l'égalité entre hommes et femmes lors de l'élaboration et de la mise en oeuvre des dispositions législatives, réglementaires et administratives, ainsi que des politiques et activités dans les domaines visés au paragraphe 1“, faisant ainsi le lien avec l'article 3, paragraphe 2 précité du Traité.

A signaler enfin l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui affirme en son alinéa premier que l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, l'alinéa 2 de ce même article précisant que le principe d'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

Le nouveau texte proposé ne rencontre qu'en partie les critiques émises par le Conseil d'Etat dans son avis du 27 avril 1999.

Tel que le texte est présentement formulé, il relève toujours d'une déclaration d'intention peu engageante ne conférant aucun droit.

Le texte n'épouse toujours pas en termes exprès l'idée de ses auteurs de couvrir les actions positives.

Le Conseil d'Etat maintient dès lors ses réserves précédemment émises également à l'égard du texte amendé.

Le Conseil d'Etat pourrait, compte tenu de l'évolution au plan communautaire ci-dessus esquissée, marquer son accord à voir compléter le texte par lui proposé comme suit:

„L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 février 2003.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

