

**Proposition de révision
du chapitre II de la Constitution**

Avis complémentaire du Conseil d'État
(29 octobre 2021)

Par dépêche du 23 juillet 2021, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État de deux amendements à la proposition de révision du chapitre II de la Constitution que la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, ci-après « Commission », a adoptés lors de sa réunion du 21 juillet 2021.

Au texte des amendements étaient joints des commentaires ainsi que le texte coordonné de la proposition de révision reprenant les amendements parlementaires proposés et les propositions de texte du Conseil d'État que la Commission a faites siennes.

Par dépêche du 14 octobre 2021, l'avis complémentaire de la Chambre des fonctionnaires et employés publics a été communiqué au Conseil d'État.

Considérations générales

Les deux amendements sous examen visent à apporter des modifications à la proposition de révision du chapitre II de la Constitution, consacré aux droits et libertés.

Les auteurs proposent ainsi de transférer la disposition relative au respect de la vie familiale et du droit de fonder une famille, tout comme celle relative aux droits de l'enfant, de la section 4 portant sur les objectifs à valeur constitutionnelle à la section 3 relative aux libertés publiques.

Par ailleurs, l'article relatif à la liberté de la recherche scientifique est complété par l'ajout que cette recherche doit être « réalisée dans le respect des valeurs d'une société démocratique fondée sur les droits fondamentaux et les libertés publiques ».

Examen des amendements

Amendement 1

À travers l'amendement 1, les auteurs proposent de « transférer la teneur de l'article 31 en l'intégrant dans l'article 11, sous deux nouveaux paragraphes. Ce transfert a pour conséquence de consacrer le droit de fonder une famille et l'intérêt de l'enfant comme des droits subjectifs à part entière, alors qu'ils figuraient initialement dans la section consacrée aux objectifs à valeur constitutionnelle ».

Le Conseil d'État note que les auteurs procèdent au déplacement des dispositions en question, dont le libellé se rapproche sensiblement de celui initialement proposé par le Conseil d'État dans son avis n° 48.433 du 6 juin 2012¹ et qui avait été repris sans observation particulière par les amendements parlementaires du 15 mai 2015², tout en n'apportant aucune modification à la formulation qui avait été retenue à l'époque et qui, sur proposition du Conseil d'État, figuraient à la section relative aux objectifs à valeur constitutionnelle. Cette manière de procéder appelle plusieurs observations.

Le Conseil d'État tient à souligner que le nouveau paragraphe 4 de l'article 11 entend consacrer deux droits différents, à savoir le droit au respect de la vie familiale et le droit de fonder une famille.

En ce qui concerne le droit au respect de la vie familiale, il convient de souligner que ce droit constitue un droit subjectif justiciable³. En donnant suite aux suggestions du Gouvernement, faites dans sa prise de position du 4 juin 2021⁴, et du Parquet général, faites dans son avis du 7 juillet 2021 parvenu au Conseil d'État le 4 octobre 2021, les auteurs de l'amendement sous revue proposent de le faire figurer dans la section traitant des « libertés publiques » et de le protéger conformément à l'article 30 de la Constitution consacrant la clause transversale. Ils s'alignent en ceci sur les prescriptions pertinentes des traités internationaux applicables en la matière. Le Conseil d'État peut y marquer son accord quant au principe.

Toutefois, et ainsi que le Conseil d'État l'a relevé ci-dessus, les auteurs n'apportent aucune modification au libellé de la disposition en question. Ainsi, ils maintiennent la formulation disposant que « [l']État veille au respect du droit [...] ». Or, cette formulation reflète un objectif à atteindre et est inadaptée aux droits subjectifs justiciables que la Constitution entend de garantir.

Tout en pouvant marquer son accord à l'inclusion du droit au respect de la vie familiale parmi les libertés publiques, le Conseil d'État se doit dès lors d'insister à ce que la disposition en question soit reformulée afin de lire, par analogie à celle relative au respect de la vie privée :

« Toute personne a droit au respect de sa vie familiale. »

Pour ce qui est du « droit » de fonder une famille, il y a lieu de relever que ni la Cour européenne des droits de l'homme⁵ ni la Cour de justice de l'Union européenne⁶ n'ont jusqu'à présent reconnu le « droit » de fonder une

¹ Avis du Conseil d'État du 6 juin 2012 sur la proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution (doc. parl. n° 6030⁶).

² Amendements de la Commission, adoptés le 12 mai 2015 (doc. parl. n° 6030¹⁴).

³ Articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La section 2 du chapitre II de la Constitution emploie, dans son intitulé, l'expression de « libertés publiques » pour en entendre des droits subjectifs justiciables. Voir aussi l'avis de la Commission de Venise, du 18 mars 2019, doc. parl. n° 6030²⁸, points 27 et suivants.

⁴ Doc. parl. n° 7755¹, p. 3.

⁵ Voir les arrêts de la CEDH, *A. H. et autres c. Russie*, n° 6033/13 et autres, du 17 janvier 2017, § 377 et suivants ; *S. H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, §§ 94 et suivants ; *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, § 32 ; et les jurisprudences y indiquées.

⁶ Pour l'heure, la Cour de justice de l'Union européenne ne semble pas encore avoir eu l'occasion de se prononcer au sujet de la portée de l'article 9 de la Charte, qui dispose : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. » Voir aussi, W. GEOFFREY, « Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille », dans : F. PICOD, et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, 2^e éd., 2020, Bruxelles, Bruylant, p. 263.

famille, pris à lui seul⁷, comme un droit subjectif justiciable. En effet, ni l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ci-après « la Convention », ni l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ci-après « la Charte », citée par les auteurs, ne consacrent un tel droit, mais renvoient aux lois nationales régissant la matière. Force est de constater qu'aucun traité international n'impose, ni empêche la protection de ce « droit » au titre d'un droit subjectif justiciable.

Les constitutions des États membres de l'Union européenne ainsi que la jurisprudence constitutionnelle correspondante reflètent d'ailleurs une grande variété au regard de la protection des droits de la famille. Il ressort d'un examen des constitutions de ces pays qu'aucun de ces textes fondamentaux ne consacre, dans des termes clairs et sans équivoque, un « droit de fonder une famille » au titre d'un droit subjectif justiciable. Le Conseil d'État note que ces termes y sont certes parfois utilisés⁸; toutefois, ils le sont alors au sens de garantir le libre choix de fonder une famille, sans discrimination⁹, voire de garantir le libre choix d'avoir des enfants. Le droit de fonder une famille ne constitue dans ces cas pas un droit subjectif, mais, par exemple, le refus de l'adoption à seulement certaines personnes, en raison de considérations de sexe, âge ou autre, peut être qualifié de discrimination.

À noter par ailleurs que le Parquet général, dans son avis du 7 juillet 2021, indique que « [le] droit de fonder une famille n'est ainsi pas garanti en tant que tel par la CEDH, respectivement n'est garanti que « selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » par la Charte, de sorte qu'il mérite éventuellement d'être traité à part. Par contre, le droit au respect de la vie familiale est garanti par la CEDH et par la Charte au même titre que le droit au respect de la vie privée. Ce droit devrait partant être garanti par la Constitution comme liberté publique au même titre que le droit au respect de la vie privée ».

Le Conseil d'État appelle dès lors à la prudence pour ce qui est de la consécration d'un droit subjectif justiciable de fonder une famille, un droit actuellement non encore reconnu comme tel au niveau ni du Conseil de l'Europe, ni de l'Union européenne, ni des membres de cette dernière et dont l'étendue n'est pas clairement définie. Tout en reconnaissant qu'il est du libre choix du constituant de consacrer ou non ce droit, il propose de maintenir ce « droit » parmi les objectifs à valeur constitutionnelle et d'écrire à l'article 31 que « [l']État veille au respect du droit de fonder une famille ».

⁷ Il convient de souligner que la CEDH, dans son arrêt précité *A. H. et autres c. Russie*, a décidé qu'un traitement inégal non justifié de personnes souhaitant fonder une famille peut engendrer la violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, de la Convention. Si la Cour a confirmé que le droit de fonder une famille n'est pas nécessairement un droit subjectif, le refus de l'adoption à seulement certaines personnes, en raison de considérations de sexe, âge ou autre, peut ainsi être qualifié de discrimination.

⁸ Voir en ce sens, l'article 36 de la Constitution du Portugal qui prévoit que « [t]oute personne a le droit de fonder une famille et de contracter mariage dans des conditions de pleine égalité » et l'article 41, point 2, de la Constitution de l'Irlande, aux termes duquel « [l']État [...] garantit la formation et l'autorité de la famille ». De même, l'article 55 de la Constitution de la Slovaquie, intitulé « Liberté de décider de la naissance de ses enfants », garantit le libre choix d'avoir des enfants. Son paragraphe 1^{er}, point 2, qui prévoit que « [l']État garantit les possibilités de réalisation de [la décision d'avoir des enfants] et crée les conditions qui permettent aux parents de décider de la naissance de leurs enfants. », est interprété comme imposant à l'État l'obligation d'éliminer les obstacles et difficultés qui pourraient restreindre ce libre choix plutôt que de consacrer un droit subjectif justiciable.

⁹ À titre d'exemple, voir l'arrêt de la Bundesverfassungsgericht allemande du 19 février 2013, BVerfGE 133, 59, points 47, 57 et suivants ainsi que 71 et suivants; l'arrêt de la Verfassungsgerichtshof autrichienne du 3 octobre 2018, G 69/2018-9, points 42 et suivants; et les arrêts de la Cour constitutionnelle belge n° 53/2021 du 1^{er} avril 2021 et n° 19/2019 du 7 février 2019.

Si toutefois les auteurs envisagent une protection des deux droits susvisés en tant que « libertés publiques » et donc en tant que droits subjectifs justiciables, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient joints dans une seule disposition, à condition de s'orienter à la proposition de texte proposée par le Conseil d'État à l'égard du droit au respect de la vie familiale et de remplacer les termes « L'État veille » par ceux de « Toute personne a droit ».

Quant au nouveau paragraphe 5 de l'article 11, ses trois alinéas reprennent les alinéas 2 à 4 de l'article 31 de la proposition de révision sous revue initiale, afin de consacrer les « droits de l'enfant » en tant que libertés publiques. À cet égard, le Parquet général a rappelé dans son avis précité que « [c]es dispositions sont reprises des § 1 et 2 de l'article 24 de la Charte, qui créent des droits positifs individuels en cas de mise en œuvre par le Luxembourg du droit de l'Union européenne ». Il conclut que, « [c]ompte tenu de la primauté du droit de l'Union, une Constitution ne saurait « dégrader » en objectif à valeur constitutionnelle un droit fondamental garanti par la Charte. Ces dispositions doivent dès lors être précisées afin de ne pas se trouver en contradiction avec le droit de l'Union ».

Le Conseil d'État peut s'accommoder de l'inclusion de ces droits parmi les libertés publiques, telle que préconisée par les auteurs. Toutefois, et à l'instar du Parquet général, le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de procéder à une reformulation de la disposition en question. En effet, le déplacement de cette disposition de la section portant sur les objectifs à valeur constitutionnelle à celle relative aux libertés publiques, et la consécration de ces droits en tant que droits subjectifs justiciables qui en résulte, imposent une modification au niveau de la terminologie utilisée afin de refléter ce changement, et ce en particulier pour ce qui est des alinéas 2 et 3. À cet effet, les auteurs pourraient utilement s'inspirer de l'article 24 de la Charte.

Amendement 2

À l'article 31*septies*, désormais 31*sexies*, relatif à la liberté de la recherche scientifique, les auteurs entendent apporter une précision en ce sens que cette liberté doit être « réalisée dans le respect des valeurs d'une société démocratique fondée sur les droits fondamentaux et les libertés publiques » et ce, expliquent-ils, pour rendre ledit article cohérent par rapport à l'article 26, paragraphe 3, qui a trait à la liberté d'enseignement. Ils entendent donner suite à une prise de position du ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, par dépêche du 22 juin 2021, qui avait relevé que, alors que la liberté d'enseignement se voit ainsi circonscrite, la liberté de recherche scientifique ne l'était pas¹⁰.

Le Conseil d'État peut s'accommoder de cette modification.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 29 octobre 2021.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz

¹⁰ Doc. parl. n° 7755³, p. 2.