



RAPPORT ANNUEL

**DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DES
DROITS DE L'HOMME**

2005

Commission Consultative des Droits de l'Homme
16, rue Notre-Dame
L-2240 Luxembourg
Tel. : 00352 26202852
e-mail : ccdhlux@pt.lu
web.: www.ccdh.lu

2005

a été pour la Commission Consultative des Droits de l'Homme une année d'intense activité. Non pas qu'elle n'ait pas trouvé depuis longtemps son rythme de marche, mais parce qu'elle a eu à se concentrer sur des problèmes ardu dans des domaines très divers. Elle a, comme toujours, pu mobiliser dans son sein les compétences pour traiter des matières difficiles, tant juridiques qu'institutionnelles et éducatives. Cela sans avoir à recourir à des experts « externes ». C'est ce qui l'honore.

Nous avons eu à regretter le départ de plusieurs membres dont nous n'oublierons pas l'engagement généreux. À chaque fois des personnalités se sont présentées pour les remplacer en épousant immédiatement l'esprit de collégial dévouement qui règne dans la Commission. Tous ces nouveaux venus font qu'au bout de bientôt six ans d'existence, la Commission va tantôt se présenter comme nouvelle mouture, sans cesser d'être elle-même, cela aussi grâce au système de recrutement, le Gouvernement ratifiant les candidatures proposées par la Commission.

Dans son avis sur le « projet de loi 5437 relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection », la Commission s'est particulièrement préoccupée de la problématique du retour des demandeurs d'asile déboutés se souciant du respect des droits fondamentaux et de la dignité de la personne humaine. Elle déplore que ses recommandations exprimées dans son avis sur « l'expulsion et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière » (2003) n'aient pas été prises en compte.

Quant à son avis sur le « Traité établissant une Constitution pour l'Europe », la Commission s'est « bornée » à traiter de la partie droits de l'Homme, saluant les avancées présentées par le Traité, dans ce domaine. La Commission n'avait pas à se prononcer pour un « oui » ou un « non » au Traité. Elle adresse ses avis au Gouvernement, elle n'a pas à influencer directement sur un vote populaire.

La Commission s'est saisie du problème de « L'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux ». Se référant à la loi de 1994 qui offre à tous les enfants la possibilité de fréquenter une classe de l'enseignement régulier, instaurant ainsi l'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux, la Commission a fait l'état de lieux sur la pratique actuelle de l'intégration, et adresse au Gouvernement un nombre de recommandations tendant à rendre cette intégration réellement effective.

Au cours de l'année 2005, la Commission s'est beaucoup souciee du point de son statut qui l'appelle à « proposer au gouvernement des mesures et des programmes d'action qui lui paraissent de nature à favoriser la protection de la promotion des droits de l'Homme, et ce notamment dans les milieux scolaire, universitaire et professionnel ».

C'est le souci du suivi de ses activités qui fait que des contacts avec le Ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle se poursuivent avec le but de voir s'instituer un enseignement en matière de droits de l'Homme dans nos écoles. En date du 18

novembre 2005 la Commission a organisé le Colloque : « l'Éducation aux droits de l'Homme – un défi pour l'école du 21^e siècle ».

D'autres activités encore, notamment sur le plan international, sont exposées dans le présent rapport. Elles peuvent témoigner de l'engagement soutenu et de notre Commission qui amorce l'année 2006 avec une constante ardeur.

Nic Klecker
Président

Index :

Partie I : Les avis et études de 2005

I.1. Avis : Le Projet de loi 5437 relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection.....	9
I. 2. Avis : Le Traité établissant une constitution pour l'Europe.....	39
I.3. Étude : L'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux.....	65

Partie II : Autres activités de la CCDH en 2005

II. 1. Niveau National.....	99
II.1.1. Éducation aux droits de l'Homme.....	99
II.1.2. Échanges divers.....	99
II. 2. Niveau Régional et International.....	100
II.2.1. La future Agence européenne des droits fondamentaux.....	100
II.2.2. Contacts divers.....	103

Partie III : Annexes

Composition de la CCDH.....	111
Structure de la CCDH.....	113

Partie I :

Les avis de la CCDH

Commission Consultative des Droits de l'Homme

**Le projet de loi 5437 relatif au droit d'asile et à des formes
complémentaires de protection**

Avis

Luxembourg, avril 2005

Considérations préalables

Le droit d'asile est un droit fondamental notamment consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intégrée dans le projet de traité constitutionnel.

L'article 18 de cette Charte dispose que :

« *Le droit d'asile doit être garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne*¹. »

Le projet de loi relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection concerne donc directement la Commission Consultative des Droits de l'Homme (ci-après « la CCDH »). L'avis de la CCDH n'ayant pas été sollicité par le gouvernement, elle a cependant estimé nécessaire de se saisir de cette question.

Le projet de loi abordé a notamment pour objet de réformer de fond en comble la législation luxembourgeoise sur la procédure de reconnaissance du statut de réfugié politique, telle qu'elle est actuellement organisée par le texte coordonné de la loi du 3 avril 1996 portant création 1. d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile ; 2. d'un régime de protection temporaire.

Tout en couvrant le champ d'application du texte actuellement en vigueur, en tentant notamment de transposer deux directives européennes concernant la matière existante, le projet est plus large que l'actuelle législation, alors qu'il intègre et transpose deux autres directives européennes. La première fixe les conditions de fond que doivent remplir les demandeurs en protection internationale pour obtenir un des deux statuts de protection (conditions qui sont actuellement essentiellement dégagées en droit national par la jurisprudence des juridictions administratives sur base de la Convention de Genève), et la deuxième arrête les normes minimales de protection que les Etats-membres doivent offrir aux demandeurs de protection internationale (asile et statut subsidiaire).

Ainsi, les quatre directives transposées sont :

- la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, appelée ci-après « directive procédure »,
- la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relative au contenu de ces statuts, appelée ci-après « directive qualification »,
- la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, appelée ci-après « directive accueil » ;

¹ Le respect de cet instrument international est affirmé à plusieurs reprises dans le futur traité constitutionnel. A l'heure actuelle, l'article 63-1 du traité d'Amsterdam affirme le respect de la Convention de Genève.

- la directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, appelée ci-après « directive protection temporaire »².

La CCDH tentera, avec le présent avis, de mettre en exergue les incompatibilités que certaines dispositions du projet ont ou pourraient avoir avec les droits fondamentaux tels qu'ils sont proclamés et protégés, notamment par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après appelé CEDH) et/ou tels qu'ils le seraient par la Charte des Droits fondamentaux de l'Union qui constitue la partie II de la future Constitution pour l'Europe, si celle-ci venait à être adoptée. La CCDH sera aussi attentive à d'éventuelles incompatibilités avec la Convention de Genève, pierre angulaire de la protection des réfugiés.

Le caractère de droit fondamental de l'asile interdit en premier lieu de confondre les questions d'asile et d'immigration. Il convient de transposer les dispositions des directives dans un véritable esprit de protection.

Par ailleurs, la CCDH est très attentive, entre autres, à la problématique du système de la preuve dont elle estime que la charge devra, en fonction des circonstances et selon une appréciation équitable de ces circonstances, soit reposer sur les épaules du demandeur ou sur celles du Gouvernement, soit faire l'objet d'un partage entre le demandeur et le Gouvernement. La CCDH insiste sur ce point et sur la notion d'équité qu'il conviendrait d'appliquer au cas par cas, alors qu'en fonction des situations, cette preuve, qui intervient à plusieurs niveaux de l'instruction de la demande, sera plus ou moins facile à rapporter dans le chef du demandeur.

Appréciation globale

Dans une large mesure, le projet de loi est le fruit de la transposition des directives précitées, desquelles il tire sa légitimité.

La CCDH tient d'abord à relever un certain nombre de points positifs ou d'innovations susceptibles de présenter une plus-value pour le Luxembourg :

- L'introduction d'un statut de protection subsidiaire, basé notamment sur l'article 3 de la CEDH comble un vide juridique au Luxembourg qui ne connaissait jusqu'à présent que le seul statut de réfugié selon la Convention de Genève.
- Les orientations concernant l'appréciation de la crainte raisonnable de persécution peuvent constituer, dans certaines situations, des garanties supplémentaires pour les demandeurs de protection internationale,
- La précision formelle que pour être éligible à un statut de protection, les acteurs de persécution ou d'atteintes graves ne doivent pas nécessairement être l'Etat mais peuvent être aussi des partis ou organisations qui contrôlent l'Etat ou encore des acteurs non étatiques.

² Il est à noter que les négociations de cette directive sont actuellement closes mais qu'elle n'a, à l'heure du présent avis, pas encore été formellement adoptée. Pour être correct, il s'agit donc plus de la proposition modifiée de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, doc. 8771/04, 30 avril 2004.

- La possibilité d’instaurer, à côté d’un régime de protection temporaire européen, un régime de protection temporaire à l’échelon national
- L’information des demandeurs de protection sur la procédure d’examen de la demande de protection internationale
- L’introduction de garanties procédurales pour les mineurs non accompagnés

Les directives portent sur des normes minimales que les Etats doivent garantir et constituent en ce sens une obligation à charge des Etats-membres. Beaucoup des clauses de ces directives laissent par ailleurs aux Etats membres une grande marge de manoeuvre sur la manière de les mettre en œuvre. La CCDH constate que, pour beaucoup d’articles, le législateur a opté pour un simple copiage des dispositions des directives.

Cette façon de procéder appelle deux remarques de la CCDH:

- D’une part, sous l’angle du respect des droits fondamentaux et du respect de la Convention de Genève, certaines dispositions du projet (qu’elles soient ou non conformes aux directives transposées), constituent une violation objective directe de certains droits fondamentaux et du droit international.

Par ailleurs, d’autres semblent encore pouvoir favoriser la création de situations de fait qui s’avèreraient contraires à certains principes et droits fondamentaux, si le projet était adopté dans son actuel état.

Ces situations de fait qui découleraient d’une application correcte du droit, se révèlent essentiellement avec la pratique. L’objet de cette analyse n’a donc pas vocation à pointer toutes celles que le projet risque de créer, mais s’arrête aux plus évidentes, celles qui se dessinent d’ores et déjà dans son état actuel et qui, de l’avis de la CCDH, ne manqueront pas de survenir.

- D’autre part, rien n’empêche un Etat membre, en l’occurrence le Luxembourg, d’adopter des dispositions plus favorables en la matière. Sur certains plans, le législateur a fait usage de cette possibilité. Sur d’autres plans, en revanche, il a transposé des articles des directives de façon minimale, voire restrictive.

La CCDH déplore cependant que ses suggestions émises dans son avis sur *l’expulsion et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière*, ne soient pas suffisamment prises en compte dans le projet de texte actuel, en particulier ses recommandations en matière de retour des demandeurs d’asile déboutés.

Or, aux yeux de la CCDH, la problématique du retour des demandeurs d’asile déboutés fait partie intégrante d’une politique d’asile cohérente. Elle constitue une réalité importante à l’heure actuelle et peut poser problème au regard du respect scrupuleux des droits fondamentaux et de la dignité de la personne humaine.

D’autre part, la CCDH constate avec regret que l’actuel projet n’aborde pas la problématique, cependant primordiale, relative à l’activité, l’occupation et «l’encadrement» des demandeurs pendant le temps de la procédure d’examen de leur demande d’asile ou de protection subsidiaire.

Si le texte évoque la question de l'accès à la formation des adultes, aux cours de formation professionnelle et aux stages en entreprise, il laisse cependant le soin à un règlement grand-ducal d'en déterminer les conditions alors qu'il serait plus heureux que ces conditions soient dès à présent fixées par la future loi.

Le texte pourrait également aborder l'accès à différents cadres ou structures d'activités où les demandeurs n'auraient pas à supporter l'oisiveté liée à leur statut et où ils pourraient mettre leur potentiel humain à la disposition de l'Etat qui examine leur demande.

Cette inactivité imposée porte en effet non seulement atteinte à la dignité humaine de chaque demandeur d'asile, mais favorise encore le développement d'un terrain propice à une nouvelle criminalité.

Dans ce même contexte, la CCDH salue la transposition du principe du droit du demandeur d'accéder au marché du travail, inscrit à l'article 11 de la directive accueil, mais doit immédiatement constater que ce principe sera vraisemblablement vidé de sa substance : non seulement, le demandeur ne peut pas accéder au marché de l'emploi pendant un an (si sa demande est examinée selon la procédure accélérée, le ministre devra rendre sa décision dans les deux mois), mais encore le ministre peut annihiler cette disposition en appliquant le principe de la priorité d'embauche

- aux citoyens de l'Union européenne,
- à ceux des Etats liés par l'accord sur l'Espace économique européen,
- aux ressortissants de pays tiers en vertu d'accords spécifiques et
- à ceux de pays tiers en séjour régulier qui bénéficient d'allocations de chômage.

Par ailleurs, l'accès au travail serait initialement accordé pour une durée de 6 mois et ne serait valable que pour un employeur et une profession déterminée.

La CCDH recommande de prévoir un accès effectif au travail, dans un délai raisonnable et sans réserve, en relevant que les personnes qui auront tenté d'abuser de la procédure d'asile pour des motifs étrangers à ceux qu'elle protège, verront leur demande définitivement rejetée, voies de recours comprises, au bout de 4 mois et 15 jours au terme de la procédure accélérée.

Enfin, la CCDH déplore que le droit et l'accès à la scolarisation, l'encadrement et l'enseignement des demandeurs mineurs non accompagnés ou des enfants des demandeurs de protection internationale, ne soient pas abordés dans le projet, malgré les dispositions de l'article 10 de la directive *accueil* et renvoie dans ce contexte aux observations finales sur le deuxième rapport périodique du Luxembourg du Comité des Droits de l'Enfant qui recommande au Luxembourg « *d'envisager toutes les mesures susceptibles d'assurer que les enfants étrangers et requérants d'asile se voient accorder un accès égal aux mêmes normes de services que les autres enfants dans le domaine de l'éducation* »

Analyse de certains articles du projet au regard des droits fondamentaux de la personne humaine.

1. L'article 2 k) du projet et ses articles 45 et 68

Article 2 k) : « *On entend par (...) Membre de la famille, dans la mesure où la famille était déjà fondée dans le pays d'origine, les membres ci-après de la famille du bénéficiaire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire qui sont présents au Luxembourg en raison de la demande de protection internationale :*

a) le conjoint du bénéficiaire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire ;

b) les enfants du couple visé au premier tiret ou du bénéficiaire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire, à condition qu'ils soient non mariés et à sa charge sans tenir compte du fait qu'ils sont légitimes, nés hors mariage ou adoptés ».

La CCDH considère cette définition comme étant beaucoup trop restrictive, alors que d'emblée, elle exclut le concubin non marié du bénéficiaire du statut, de la notion de membre de famille.

Cette définition est contraire à l'article 8 de la CEDH,³ alors qu'elle fait totalement abstraction des familles composées constituées de parents non mariés et nie ainsi une réalité pourtant bien contemporaine que la Cour européenne des droits de l'Homme a par ailleurs consacrée.

Ce constat prend tout son sens lorsqu'on sait que le projet réserve l'octroi d'un certain nombre de droits aux membres de la famille d'un bénéficiaire d'un des deux statuts sans que ceux-ci ne se soient personnellement vu reconnaître l'un de ces deux statuts.

Ainsi, par exemple, les droits d'accès au système d'éducation (article 49), au système de santé (article 51), au logement (article 53)... sont garantis, non seulement à la personne qui se sera vu reconnaître l'un des statuts, mais aussi aux membres de sa famille.

Il est de nos jours inconcevable d'accepter qu'une personne accompagnée de sa famille puisse, avec ses enfants, jouir de certains droits, sans que son compagnon ne puisse personnellement profiter de ces mêmes droits pour la seule raison qu'il n'est pas marié.

Par ailleurs, cette situation, coexistant avec celle où le partenaire marié du bénéficiaire de protection internationale bénéficierait de l'avantage de ces droits, serait également contraire à l'article 1^{er} du protocole n°12 à la Convention qui prévoit que:

³ « 1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

« 1 La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2 Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. ».

La CCDH invite donc le Gouvernement à modifier cette disposition en ajoutant à l'article 2 k. du projet, aux termes « le conjoint du bénéficiaire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire», ceux de « ou son ou sa partenaire non marié(e) engagé(e) dans une relation stable », à l'instar de l'article 2 d) i) de *la directive accueil*.

Cette modification permettrait également de supprimer la contradiction existant entre le point a) et le point b) de l'article 2 k. du projet qui risque par ailleurs de lui ôter toute efficacité, alors que les enfants du couple marié indiqué au point a., sont à considérer comme membres de la famille, sans tenir compte du fait qu'ils soient légitimes, nés hors mariage ou adoptés (!). Le maintien de l'actuelle formulation, aurait pour conséquence, malgré la disposition claire en ce sens du point b., de ne pas pouvoir considérer comme membres de la famille les enfants nés hors mariage, dans la mesure où ils ne répondraient pas à la définition du point b. qui exige qu'ils soient les enfants du couple visé au point a., c'est-à-dire d'un couple marié.

La CCDH tient encore à relever que l'article 45 du projet qui invite le Ministre à veiller au maintien de l'unité familiale, ne suit pas l'invitation donnée par l'article 23§5 de la *directive qualification* qui dispose que : *les Etats membres peuvent décider que le présent article s'applique aussi aux autres parents proches qui vivaient au sein de la famille à la date du départ du pays d'origine et qui étaient alors entièrement ou principalement à la charge du bénéficiaire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire.*

*

Enfin dans le cadre du régime de la protection temporaire, et pour être complet, la CCDH note que l'article 68 du projet portant sur le regroupement familial des personnes bénéficiant de la protection temporaire, retient comme membres de famille, le conjoint du regroupant et les enfants mineurs célibataires du regroupant ou de son conjoint et réitère ici les observations qu'elle a faites pour l'article 2 k), d'autant que le point c) du paragraphe 2 précise que peuvent également bénéficier du regroupement familial « *d'autres parents proches qui vivaient au sein de l'unité familiale au moment des événements qui ont entraîné l'afflux massif et qui étaient alors entièrement ou principalement à charge du regroupant.* »

La CCDH note également que selon le paragraphe (6) de l'article 68, le ministre peut accorder le regroupement familial à « *d'autres parents proches qui vivaient au sein de l'unité familiale au moment des événements qui ont entraîné l'afflux massif et qui étaient alors entièrement ou principalement à la charge du regroupant...en tenant compte, au cas par cas, des difficultés extrêmes qu'ils rencontreraient si le regroupement familial ne se réalisait pas.* » et invite le Gouvernement à transformer cette faculté en obligation dans le chef du Ministre à partir de l'instant où il constate que le critère de « *difficultés extrêmes* » est donné.

2. L'article 6 (5) du projet de loi

La plupart des demandeurs d'asile ou de protection subsidiaire qui arrivent dans le pays où ils déposent leur demande, sont en général dépourvus de toute ressource et de tout bien de valeur pour les avoir sacrifiés afin de payer leur voyage.

La procédure d'examen de leur demande s'étalant bien souvent sur plusieurs mois, voire années, et la loi leur interdisant d'exercer une activité lucrative le temps de cette procédure, il était nécessaire que l'Etat instaure une aide sociale minimum, conformément à ses engagements internationaux et en conformité avec le droit fondamental de toute personne de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants.

Le 18 mars 2000, conscient de cet impératif absolu, le législateur a modifié l'article 4 de la loi du 3 avril 1996 en y précisant les effets du document qui était remis au demandeur au moment du dépôt de sa demande et qui n'avait, jusqu'à cette date, que valeur de récépissé .

Ainsi, à partir de cette date, la possession de cette attestation donnait entre autre droit au demandeur « à une aide sociale suivant des modalités à fixer par règlement grand-ducal ».

Deux ans plus tard, le pouvoir réglementaire adopta le règlement grand-ducal du 4 juillet 2002 *fixant les conditions et les modalités d'octroi d'une aide sociale aux demandeurs d'asile* (hébergement, soins médicaux, nourriture...) et décida que l'aide en question devait être délivrée à toute personne « détentrice de l'attestation visée aux article 4,13 et 21 de la loi modifiée du 3 avril 1996 ».

L'article 4 de l'actuelle loi précise qu' « *une pièce attestant l'enregistrement de la demande est remise à chaque demandeur d'asile ayant au moins quatorze ans.* »

Le projet reprend le principe de la délivrance de cette attestation et son article 6 (5) précise : « *Une pièce attestant l'enregistrement de la demande de protection internationale est remise dans les trois jours après le dépôt de la demande au demandeur. Néanmoins, cette pièce n'est pas délivrée au demandeur (...) qui dépose une nouvelle demande de protection internationale conformément à l'article 23 de la présente loi tant que cette nouvelle demande n'a pas été déclarée recevable.* »

Si ce nouveau délai maximum de trois jours dans lequel l'attestation doit être délivrée constitue certainement une garantie pour les demandeurs d'asile de ne pas se voir privés, plus de trois jours après le dépôt de leur demande, d'un document auquel sont rattachés les droits à l'obtention de l'aide sociale et par lequel ils seront en mesure d'établir leur identité et leur statut de demandeur de protection internationale en cas de contrôle, il n'en reste pas moins que le projet de loi laisse la possibilité, en fonction des circonstances, de voir un demandeur sans ressources, être soumis à un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention, alors que pendant ces trois jours, il sera notamment privé de logement, de soins médicaux d'urgence et de nourriture.

En fonction des circonstances, en toute hypothèse, en période hivernale, cette situation sera constitutive d'une soumission à un traitement inhumain et dégradant dans le chef du demandeur qui n'aura d'autre alternative que de rester à la rue jusqu'à ce que l'attestation lui soit délivrée.

Il n'y a par ailleurs pas de raison objective qui empêcherait l'Administration de pouvoir délivrer l'attestation dès l'enregistrement de la demande d'asile pour garantir un accès immédiat à l'aide sociale, alors que la loi actuellement en vigueur ne prévoit pas un tel délai d'attente et donne donc droit à l'attestation dès la présentation de la demande.

En pratique, à l'heure actuelle, cette situation ne pose pas de difficultés, alors que l'attestation est effectivement délivrée au demandeur le même jour que la présentation de la demande, après qu'il ait été enregistré et sommairement entendu sur son voyage.

Par ailleurs, il convient d'insister sur le fait que le demandeur ne pourra ni prouver son identité, ni prouver qu'il est en droit de séjourner sur le territoire en cas de contrôle pendant ces trois jours, alors qu'aux termes de l'article 6 § 4 du projet, le demandeur aura l'obligation de remettre ses documents d'identité ainsi que tout autre document « *utile à l'examen de la demande* ».

Enfin, il convient de relever que ce nouveau délai de trois jours est le fruit de la transposition de la « directive *accueil* » qui ne constitue qu'une norme minimale, garantissant au demandeur le droit de se voir délivrer l'attestation dans un délai maximum de trois jours mais n'empêche bien évidemment pas les Etats membres de la délivrer dès le premier jour.

Par ailleurs, l'absence de délivrance de l'attestation en cas de nouvelle demande (demande ultérieure après examen de la première demande) ne se justifie ni au regard de la directive précitée qui ne prévoit pas cette possibilité de dérogation, ni par rapport à la situation en vigueur sous l'actuelle loi.

Il est également nécessaire de relever que le projet ne prévoit pas de délai maximum dans lequel le Ministre compétent devra déclarer la nouvelle demande recevable ou irrecevable et laisse ainsi planer une inquiétante incertitude sur le sort du demandeur pendant cette période non définie.

Alors que l'actuelle loi ne prévoit pas ce délai de trois jours, qu'aucune obligation supranationale n'oblige le législateur à l'introduire dans la nouvelle loi, que ce délai d'attente est susceptible d'entraîner des violations de l'article 3 de la Convention, la CCDH ne voit aucune justification à son introduction dans la nouvelle législation et demande au Gouvernement de retirer cette disposition de son projet ou de préciser que l'attestation sera délivrée dès le premier jour du dépôt de la demande.⁴

3. L'article 8 du projet de loi

« Le service de police judiciaire procède à toute vérification nécessaire à l'établissement de l'identité et de l'itinéraire de voyage du demandeur. Il procède à une audition du demandeur. Il peut procéder à une fouille corporelle du demandeur et une fouille de ses affaires. Il peut

⁴ Le règlement grand-ducal du 4 juillet 2002 fixant les conditions et les modalités d'octroi d'une aide sociale aux demandeurs d'asile, devra également faire l'objet en temps voulu d'une modification qui devra renvoyer aux dispositions de la nouvelle loi. Pour autant que de besoin, la CCDH tient à relever qu'elle considère l'aide sociale telle qu'actuellement prévue et dispensée par le prédit règlement grand-ducal, comme un acquis pour les demandeurs d'asile, conforme à leur droit à la dignité et à celui de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants.

retenir, contre récépissé, tout objet utile à l'enquête. Il procède à la prise d'empreintes digitales du demandeur ainsi qu'à la prise de photographies et dresse un rapport. »

Si en soi, la fouille des affaires du demandeur d'asile se justifie (voir en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi), le principe d'une fouille corporelle du demandeur est bien plus critiquable, et peut se révéler également contraire à l'article 3 de la Convention en ce qu'il risque de soumettre les demandeurs à des traitements inhumains ou dégradants.

En matière pénale, la notion de fouille corporelle est non seulement définie, mais le recours à son utilisation est en plus strictement réglementé.

Dans le cadre du projet de loi sous examen, la CCDH s'interroge sur ce que le Gouvernement entend par fouille corporelle et constate qu'aucun critère ni conditions ne sont prévus pour y avoir recours.

La CCDH en conclut que la décision de procéder à cette fouille appartiendra donc en pratique aux agents relevant de l'autorité du Ministre compétent, voire même aux agents ou officiers du service de police judiciaire chargés des vérifications prévues à l'article 8.

Un tel vide juridique, tant en ce qui concerne la notion et la définition même de fouille corporelle qu'en ce qui concerne les conditions dans lesquelles elle pourra avoir lieu, laisse la voie ouverte à tous les abus possibles et imaginables.

Afin d'éviter de telles situations qui seraient contraires à l'article 3 de la Convention, la CCDH aimerait pouvoir inviter le Gouvernement à retirer cette disposition de son projet mais reste consciente de l'inefficacité qu'aurait alors la fouille des affaires du demandeur.

La CCDH invite donc le Gouvernement à définir exactement ce qu'il entend par fouille corporelle ainsi que les strictes conditions dans lesquelles cette fouille devra avoir lieu.

La CCDH estime par ailleurs indispensable de préciser que les agents relevant du service de police judiciaire devraient systématiquement être du même sexe que celui des demandeurs de protection internationale dont les affaires seront fouillées et sur lesquels la fouille corporelle sera pratiquée.

4. L'article 10 et l'article 6 (12) du projet de loi

Selon les termes mêmes du Conseil d'Etat, « *le demandeur d'asile constitue en général le maillon le plus faible dans la chaîne des justiciables (...)* »⁵

L'article 10 du projet de loi dispose que

« (1) Le demandeur peut, sur décision du ministre, être placé dans une structure fermée pour une durée maximale de trois mois dans les cas suivants:

⁵ Document parlementaire N°4572³ du 9 décembre 1999. *Avis complémentaire du Conseil d'Etat sur le projet de loi -portant création d'un régime de protection temporaire pour les Albanais du Kosovo – portant modification de la loi modifiée du 3 avril 1996 portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile,* page 4.

a) la demande de protection internationale a été déposée dans le but de prévenir un éloignement de la personne concernée alors que celle-ci se trouve en séjour irrégulier au Luxembourg ;

b) le demandeur refuse de coopérer avec les autorités dans l'établissement de son identité ou de son itinéraire de voyage ;

c) la demande de protection internationale est traitée dans le cadre d'une procédure accélérée conformément à l'article 20 paragraphes (1) d), e), f), i), k), l) ou m) de la présente loi ;

d) le placement s'avère nécessaire afin de ne pas compromettre le transfert du demandeur vers le pays qui, en vertu d'engagements internationaux auxquels le Luxembourg est partie, est considéré comme responsable de l'examen de la demande.

(2) La décision de placement visée au paragraphe (1) qui précède peut être reconduite par le ministre, chaque fois pour la durée d'un mois, si les documents de voyage nécessaires à l'éloignement n'ont pas encore été établis, sans que la durée totale du placement ne puisse excéder six mois.

(3) Lorsque la demande de protection internationale est formulée au cours d'une mesure de placement en vertu de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers, la durée du placement en vertu de la présente loi court à partir du jour du dépôt de la demande de protection internationale.

(4) Les paragraphes (3), (4), (5), (6), (8) et (9) de l'article 15 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1. l'entrée et le séjour des étrangers; 2. le contrôle médical des étrangers; 3. l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère sont applicables. »

L'article 10 légalise pour la première fois le principe du placement du demandeur de protection internationale dans une structure fermée.

L'article 5.1. de la CEDH dispose que :

« 1 Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

a s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;

b s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

d s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;

e s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;

f s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

Pour satisfaire aux exigences de l'article 5.1. précité, le projet de loi devrait se limiter à donner la possibilité au ministre compétent de placer le demandeur dans une structure fermée et donc de porter atteinte à sa liberté individuelle, dans la seule hypothèse où il ferait l'objet d'une procédure d'expulsion ou d'extradition (tout en insistant sur le fait que l'article 5 f aborde le cas des étrangers en général et non des demandeurs de protection internationale en particulier).

L'hypothèse de l'expulsion du demandeur d'asile doit cependant être écartée, alors que par définition, il ne peut faire l'objet d'une telle mesure tant que sa demande n'a pas été examinée et qu'une décision n'est pas intervenue sur celle-ci.

Le principe de l'expulsion du demandeur d'asile dont la demande n'a pas fait l'objet d'une décision définitive, serait en effet contraire au principe même du droit d'asile en tant que droit fondamental. Tant que la demande n'est pas définitivement toisée, le demandeur doit pouvoir rester sur le territoire de l'Etat responsable de l'examen de cette demande.

Le projet prévoit cependant en son article 6(12) la possibilité de livrer ou d'extrader le demandeur vers un autre pays ou une cour ou un tribunal pénal international : *« le demandeur peut être livré à ou extradé, le cas échéant, vers, soit un autre État membre de l'Union européenne en vertu des obligations découlant d'un mandat d'arrêt européen ou pour d'autres raisons, soit un pays tiers, soit une cour ou un tribunal pénal(e) international(e) »*

La CCDH estime que cette disposition du projet est, selon la même analyse que celle concernant l'expulsion du demandeur, en contradiction avec le principe même du droit d'asile.

Par ailleurs, l'extradition comporte en soi le risque réel de violation de l'article 33(1) de la Convention de Genève qui interdit tout refoulement vers un pays où le demandeur d'asile pourrait craindre une persécution. Ce risque de persécution peut émaner soit directement de l'Etat qui demande l'extradition ou, par un phénomène de refoulement en cascade, de l'Etat où la personne concernée serait finalement éloignée.

L'extradition pourrait également constituer une violation de l'article 3 de la CEDH.

Ainsi, la CCDH invite le Gouvernement à retirer le paragraphe 12 de l'article 6.

Le seul éloignement envisageable du demandeur de protection, alors que sa demande n'a pas fait l'objet d'une décision, est l'hypothèse de la « livraison » de ce dernier à un autre Etat qui serait responsable de l'examen de la demande en application des conventions internationales applicables en la matière.

Ainsi, il conviendrait de reformuler l'actuel article 10 en limitant la possibilité de placer le demandeur en structure fermée aux seuls cas où une procédure de « livraison » serait valablement engagée contre lui.

En toutes hypothèses, le placement du demandeur ne se justifie pas dans les cas prévus au point c) de l'article 10 (1), du projet (possibilité laissée au ministre de placer le demandeur lorsqu'il décide d'examiner sa demande sous le régime de la procédure accélérée prévue à l'article 20 du projet), surtout lorsqu'on sait que la décision d'examiner la demande sous le régime de la procédure accélérée du demandeur n'est pas susceptible de recours (la CCDH se prononcera également plus loin sur cette situation) et que, pour certains des cas prévus qui réservent cette possibilité au Ministre, cette décision est uniquement basée sur une appréciation subjective de la situation du demandeur ou sur des intentions qui lui sont prêtées.⁶

5. L'article 12 du projet de loi

La CCDH accueille très favorablement l'introduction de cette disposition qui contient des garanties procédurales au bénéfice du demandeur d'asile mineur non accompagné.

« (1) Un demandeur mineur non accompagné se voit normalement désigner, dès que possible, un tuteur qui l'assiste dans le cadre de l'examen de sa demande.(...) »

Le paragraphe (2) dispose toutefois que *« le mineur non accompagné ne se verra pas obligatoirement désigner un tuteur conformément au paragraphe (19) qui précède lorsqu'il :*

- a) atteindra selon toute vraisemblance sa majorité avant qu'une décision sur sa demande ne soit prise par le ministre*
- b) bénéficie de l'assistance d'un avocat,*
- c) est marié ou l'a été*
- d) est âgé de 16 ans ou plus, à moins qu'il ne soit dans l'incapacité d'introduire sa demande sans le concours d'un tuteur. »*

La CCDH ne peut cependant manifester son accord avec le paragraphe (2), alors que la Convention relative aux droits de l'enfant définit l'enfant mineur comme tout être humain âgé de moins de 18 ans.

En conséquence, la CCDH propose de biffer le 2^{ème} paragraphe de l'article 12 du projet.

⁶ L'article 10 (1) c) du projet donne la possibilité au Ministre de placer le demandeur lorsque « la demande de protection internationale est traitée dans le cadre d'une procédure accélérée conformément à l'article 20 paragraphes (1) d), e), f), i), k), l) ou m) de la présente loi »

Ces différentes possibilités de l'article 20 sont :

- d) le demandeur a induit en erreur les autorités en présentant de fausses indications ou de faux documents ou en dissimulant des informations ou documents concernant son identité ou sa nationalité qui auraient pu influencer la décision dans un sens défavorable ;
- e) le demandeur a introduit une autre demande de protection internationale mentionnant d'autres données personnelles ;
- f) le demandeur n'a produit aucune information permettant d'établir, avec une certitude suffisante, son identité ou sa nationalité, ou s'il est probable que, de mauvaise foi, il a procédé à la destruction ou s'est défait de pièces d'identité ou de documents de voyage qui auraient aidé à établir son identité ou sa nationalité ;
- i) le demandeur ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son éloignement du territoire ;
- k) le demandeur est entré ou a prolongé son séjour illégalement sur le territoire du Grand-Duché et, sans motif valable, ne s'est pas présenté aux autorités et/ou introduit sa demande de protection internationale dans les délais les plus brefs compte tenu des circonstances de son entrée sur le territoire;
- l) le demandeur constitue un danger pour la sécurité nationale ou constitue un danger pour l'ordre public ;
- m) le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales.

6. Les articles 19 (1) et 20 (2) et 22 (1) du projet de loi

Les deux premiers prévoient notamment qu'une *décision négative sur la demande de protection internationale vaut ordre de quitter le territoire en conformité avec les dispositions de la loi modifiée du 28 mars 1972*.

La CCDH considère qu'il ne peut pas y avoir d'automatisme entre rejet d'une demande de protection et ordre de quitter le territoire. Elle réaffirme sa position selon laquelle un ordre de quitter le territoire ne devrait que concerner les personnes qui seraient légalement, dans le respect des droits fondamentaux, et matériellement éloignables⁷.

Elle renvoie à cet égard aux développements sur ce point élaborés dans son avis précité.

Sous ce rapport, il convient de relever que si la création du statut de protection subsidiaire, découlant essentiellement de l'existence de l'article 3 de la CEDH, remplit certes un vide juridique en répondant aux situations visées par l'article 14 alinéa 3 de la loi du 28 mars 1972 qui dispose que « *l'étranger ne peut être expulsé, ni éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont gravement menacés ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ou à des traitements au sens des articles 1er et 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* », il n'épuise cependant pas tous les cas de figure qui, eu égard aux droits fondamentaux ou au principe de protection, commanderaient un droit de séjour.

Outre celui envisagé par l'article 14 alinéa 3, il existe en effet d'autres situations dans lesquels l'éloignement du territoire d'un demandeur d'asile définitivement débouté pourrait s'avérer incompatible avec des engagements internationaux souscrits par le Luxembourg. Le cas de figure le plus fréquemment rencontré (ou du moins invoqué) en pratique est celui où une telle mesure d'éloignement constituerait une ingérence injustifiée dans la vie familiale de la ou des personnes concernée(s) et contreviendrait ainsi à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme⁸.

L'article 22 (1) du projet prévoit que « *Si le statut de réfugié est refusé au titre des articles 19 et 20 qui précèdent, le demandeur d'asile sera éloigné du territoire.* »

La CCDH constate que le texte reste complètement muet quant aux modalités d'éloignement du territoire. Elle avait déjà relevé dans son avis sur les expulsions des étrangers d'avril 2003 que la loi de 1972 ne précise pas non plus ni les modalités des mesures d'éloignement, ni les garanties dont devraient bénéficier, dans ce contexte, les personnes qui en font l'objet.

Parce que toute mesure d'éloignement forcé représente une atteinte portée à la liberté individuelle, il ne peut en être fait recours que dans le respect du principe de proportionnalité qui, à ce niveau, commande la réalisation de deux conditions :

⁷ Commission Consultative des Droits de l'Homme, *L'expulsion et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière, Luxembourg, avril 2003*.

⁸ Cf. pour un cas récent d'application, où le président du tribunal administratif a, en référé, ordonné le maintien provisoire (c'est-à-dire en attendant un jugement sur le fond) de la personne concernée sur le territoire luxembourgeois (Tribunal administratif, 25 septembre 2002, n° 15378 du rôle).

- Le retour forcé ne doit constituer qu'une mesure de tout dernier ressort. Ceci ne signifie pas seulement que, dans chaque cas individuel, il faut, dans un premier temps, tout mettre en œuvre pour amener la personne concernée à se prêter à un retour consenti. Au-delà de cette condition, il devrait être mis en place un cadre général qui favorise les retours consentis, c'est-à-dire qui incite les personnes concernées à se plier aux invitations de quitter le territoire dont elles sont destinataires.
- En cas de recours à une mesure de retour forcé, la contrainte utilisée à l'égard des personnes concernées et la violence, tant physique que psychologique qui leur est ainsi faite, doit être maintenue dans les limites de ce qui est à la fois raisonnablement admissible et strictement nécessaire.

La CCDH relève encore que les personnes, même couvertes, à un moment donné, par un titre de séjour (ou un droit de séjour tel que, en particulier, celui dont bénéficient automatiquement les demandeurs d'asile pendant la durée de la procédure), mais dont le titre ou le droit de séjour est venu à expiration, paraissent, du moins dans la très grande majorité des cas, faire l'objet d'une simple mesure de refoulement du territoire sans autre procédure.

7. L'article 20 (5) du projet de loi

« La décision du ministre de statuer sur le bien-fondé de la demande de protection internationale dans le cadre d'une procédure accélérée n'est susceptible d'aucun recours. »

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme refuse, à ce jour, d'inclure le droit d'asile dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention.

Ainsi, le principe même du droit de pouvoir contester ou de voir ses contestations toisées par un tribunal, n'est pas assuré par la CEDH au demandeur de protection internationale et l'article 20 (5) du projet, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, n'est pas contraire à l'article 6-1 de la Convention.

La CCDH estime cependant que le principe même du droit d'accès à un tribunal est une nécessité constante si fondamentale dans une société démocratique, qu'il a, de nos jours, dépassé les limites de la disposition qui l'a consacré en Europe, pour s'appliquer en toute matière.

Dans une société qui se dit démocratique et qui épouse les valeurs fondamentales consacrées entre autres dans la CEDH, l'omniprésence de la valeur de justice doit pouvoir être perceptible dans tout domaine.

Si le droit fondamental de voir sa cause entendue par un tribunal peut souffrir de quelque aménagement, dans certaines situations et selon des critères établis par la loi et dûment justifiés par des impératifs tout autant fondamentaux dans une société démocratique, la dénégaration même du droit du demandeur de protection internationale de contester la décision d'examiner sa demande dans le cadre d'une procédure accélérée, ne se justifie pas (rappelons que la décision d'examiner la demande dans le cadre de la procédure accélérée peut entraîner un refus définitif de la demande au bout de quatre mois et demi au maximum et que dans le cadre de cette procédure, les décisions du Tribunal administratif ne sont pas susceptibles d'appel)

Il faut encore rappeler que le demandeur peut être placé sur décision du ministre dans une structure fermée pour une durée maximum de 6 mois si le même ministre décide d'examiner sa demande selon la procédure accélérée et comme présenté au point précédent.

Pratiquement, ceci signifie que le demandeur qui verra sa demande examinée selon la procédure accélérée en application de l'article 20 paragraphes (1) d), e), f), i), k), l) ou m), pourrait automatiquement faire l'objet d'un placement sans pouvoir contester cette décision, alors que le Juge administratif, saisi de la demande en réformation qu'il voudrait exercer contre la décision de placement, ne pourrait que constater l'existence préalable nécessaire de la décision d'examiner la demande selon la procédure accélérée en application du même article et ne pourrait pas en examiner la validité, alors que celle-ci est insusceptible de recours.

Cette situation est de l'avis de la CCDH incompatible avec le droit fondamental garantissant à toute personne de voir sa cause entendue par un tribunal, alors que « *Tout ordre juridique prétend assurer ou favoriser la réalisation de la valeur de justice dans la société. Dans une certaine tradition aristotélo-thomiste, cette valeur constitue même la « fin » du droit et le critère de sa validité, sinon de juridicité, des normes qui prétendent à la qualité de règles de droit. Pour d'autres, la justice fournit au moins le principal critère de légitimité de ces normes.* »⁹

La CCDH estime également pouvoir affirmer que la future Constitution européenne, si celle-ci venait à être adoptée, donnerait sa base juridique au droit fondamental pour toute personne de voir sa cause impartialement et équitablement entendue par un tribunal, en toute matière, mais encore dans les limites de la Constitution, lorsque l'Etat membre met en œuvre le droit de l'Union.

En effet, l'article II-107, deuxième paragraphe de la Constitution, dispose que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.* »

Par ailleurs, l'article II-112. 5. de la Constitution prévoit que « *les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes.* »

Le projet de loi sous examen est une mise en œuvre du droit de l'Union, alors qu'il transpose en droit interne quatre directives européennes.

Ainsi, le projet, tout en mettant en œuvre le droit de l'Union, devrait, pour être conforme à la Constitution, si elle était adoptée, également mettre en œuvre les dispositions de la Charte et donc l'article II-112. 5. en prévoyant des dispositions qui, si elles n'ont pas cette vocation directe, doivent tout au moins le respecter.

⁹ Martine LE FRIANT *L'accès à la justice, Droits et libertés fondamentaux DALLOZ 4ème édition 1997.*

La CCDH estime que si l'article 20 (5) du projet de loi, tout en étant contraire au droit fondamental à la Justice, n'est actuellement pas contraire à une disposition supranationale protectrice de ce droit, il le deviendra dès l'entrée en vigueur de la Constitution européenne au Luxembourg, si elle venait à être adoptée.

La CCDH invite le Gouvernement à modifier le point 5 de l'article 20 de son projet et à le remplacer par l'instauration d'une voie de recours ouverte au demandeur de protection internationale devant les juridictions administratives contre la décision du ministre de statuer sur le bien-fondé de sa demande dans le cadre de la procédure accélérée.

La CCDH précise que cette modification n'aurait de sens que dans la mesure où la voie de recours ouverte serait un recours en réformation (en pleine juridiction) devant le Tribunal administratif, alors que la décision d'examiner la demande selon la procédure accélérée relève dans au moins un cas de la seule appréciation subjective du ministre (article 20 1 f)).

La CCDH insiste sur ce point, alors que cette dérogation, qui intervient moins de dix ans après l'instauration des actuelles juridictions administratives luxembourgeoises, est inédite et constitue une exception au principe fondamental de droit administratif que l'article 2 paragraphe (2) de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, a consacré et selon lequel "*Le recours devant le tribunal administratif (...) est admis même contre les décisions qualifiées par les lois et les règlements de définitives ou en dernier ressort.*"

8. L'article 26 §3 c) du projet de loi

Cet article invite le ministre à tenir notamment compte dans l'évaluation individuelle de la demande de protection internationale *du statut individuel et de la situation personnelle du demandeur(...)*.

La CCDH estime qu'il convient également d'intégrer sous ce point la situation familiale du demandeur d'asile. Le fait que des membres de famille (dans une large définition) ont été exposés à des persécutions, peut être considéré comme un indice important d'une crainte raisonnable de persécution. C'est d'ailleurs guidée par cette logique que la jurisprudence luxembourgeoise s'est orientée¹⁰.

9. L'article 26 §3 e) du projet de loi

Aux termes de cet article, le ministre devra tenir compte dans l'évaluation individuelle de la demande de protection internationale « *du fait qu'il est raisonnable de penser que le demandeur pourrait se prévaloir de la protection d'un autre pays dont il pourrait revendiquer la citoyenneté* »

Ce cas de figure n'est pas prévu dans la Convention de Genève.

¹⁰ Le fait de faire partie d'une famille d'opposants peut étayer une crainte raisonnable de persécution (TA 18.7.1. (12388, 12391), TA 28.11.1 (12392) de même que le fait que des proches parents ont subi des persécutions (TA 8.6.98 (10496) ; CA 10.5.1. (12386C).

Dans la problématique qui nous intéresse, seul un cas de figure y est expressément prévu dans l'article 1A.2, alinéa 2 de la Convention, à savoir celui d'un ressortissant qui aurait plusieurs nationalités et qui ne se serait pas réclamé de la protection de l'un de ces pays¹¹.

La CCDH considère donc que cet élément ne devrait pas intervenir dans l'évaluation individuelle d'une demande de protection internationale et propose de supprimer le passage de l'article en question, alors qu'il est en contradiction avec la Convention de Genève en ouvrant des possibilités de refus du statut qui n'y sont pas prévues. Une autre alternative serait de le remplacer par le même texte que celui de l'article 1A.2, alinéa 2 de la Convention de Genève.

10. L'article 26 §4 du projet de loi

Cet article dispose que *« le fait qu'un demandeur a déjà été persécuté ou a déjà subi des atteintes graves ou a déjà fait l'objet de menaces directes d'une telle persécution ou de telles atteintes est un indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté ou du risque réel de subir des atteintes graves, sauf s'il existe de bonnes raisons de penser que cette persécution ou ces atteintes graves ne se reproduiront pas »*

Cette disposition n'appelle aucune critique, bien au contraire. Parmi d'autres dispositions, elle fixe enfin un système cohérent du régime de la preuve en ce qui concerne les craintes fondées de persécution ou d'atteinte grave.

Désormais, les autorités compétentes luxembourgeoises devront tenir compte des menaces directes de persécution ou d'atteinte grave ou des persécutions / atteintes graves qui ont déjà eu lieu et dont les demandeurs ont été l'objet dans leur pays d'origine mais à une époque plus ou moins ancienne qui a précédé leur fuite.

Si les autorités compétentes décident à présent d'écarter ces précédents, elles devront à tout le moins justifier cette décision en établissant (de manière concrète) les bonnes raisons de penser que cette persécution ou ces atteintes graves ne se reproduiront pas.

11. L'article 26§5 du projet de loi

Tout comme la disposition précédente, la CCDH salue l'introduction de cette disposition précisant que *« si certains aspects des déclarations du demandeur ne sont pas étayés par des preuves documentaires ou autres, ces aspects ne nécessitent pas confirmation lorsque les conditions suivantes sont remplies (...) »*. Parmi ces conditions, on relève notamment les suivantes : *« a) le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande », ou encore « e) la crédibilité générale du demandeur a pu être établie. »*

La CCDH relève en effet que dans beaucoup de situations et pour des raisons aisément compréhensibles, le demandeur n'est pas en mesure de prouver les persécutions ou d'apporter

¹¹ La formulation exacte de cet alinéa est le suivant : *Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression « du pays dont elle a la nationalité » vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. Ne sera pas considérée comme privée de la protection du pays dont elle a la nationalité, toute personne qui, sans raison valable fondée sur une crainte justifiée, ne s'est pas réclamée de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité.*

les preuves suffisantes pour fonder une crainte raisonnable de persécution dans son chef et elle salue le fait que le bénéfice du doute puisse être accordé au demandeur en cas de crédibilité générale de celui-ci.

12. L'article 29 §1 du projet de loi

Cet article traite des acteurs de protection. Selon cet article, « *la protection peut être accordée par a) l'Etat, b) des partis ou organisations qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci, c) des acteurs non-étatiques, s'il peut être démontré que les acteurs visés aux points a) et b), y compris des organisations internationales, ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions ou les atteintes graves.* »

La CCDH se montre très inquiète par rapport à l'élargissement de la notion de protection à des acteurs non-étatiques. L'article en question n'est manifestement pas conforme à la Convention de Genève qui limite clairement la protection à la seule protection étatique. L'article 1A2 de cette Convention ne parle en effet que de la personne « *qui ne peut ou, du fait de sa crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays.* »

Dans tous les cas, une protection efficace et durable doit pouvoir être accordée à la personne concernée. De manière générale, la CCDH est d'avis que des organisations autres que l'Etat ne peuvent pas offrir le même niveau de protection que l'Etat.

Le débat n'est malheureusement pas théorique ; des exemples concrets témoignent du risque encouru par des personnes à l'intérieur du pays qui, malgré la présence d'organisations internationales sur place qui, théoriquement, auraient pu offrir une protection aux intéressés, ont été victimes de génocides ou de violations flagrantes des droits de l'Homme.¹²

Tout au plus pourrait-on considérer le cas évoqué par la Convention de Genève à savoir celui où l'intéressé relève pour sa protection d'une institution des Nations Unies (article 1D)) autre que le UNHCR. Encore faudrait-il que des missions internationales qui pourraient être décidées puissent, elles aussi, garantir une protection effective¹³.

La CCDH propose donc de ne pas intégrer la notion d'agent de protection dans le texte de loi.

13. L'article 30 du projet de loi

Selon l'article 30, le projet de loi transposerait en droit national le concept de protection à l'intérieur du pays. Ainsi aux termes du paragraphe 1 *le ministre peut estimer qu'un demandeur n'a pas besoin de protection internationale lorsque, dans une partie du pays d'origine, il n'y a aucune raison de craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu'il est vraisemblable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays.*

¹² Voir pour exemple les événements de mars 2004 qui ont frappé le Kosovo

¹³ La CNCDDH rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Commission des Recours des réfugiés qui n'ont admis la notion d'agent de protection que pour une mission d'administration décidée de jure par le Conseil de sécurité des Nations unies (mission des Nations unies au Kosovo, mission des Nations unies au Timor oriental), en s'assurant de l'effectivité de cette protection. Voir : <http://www.commission-droits-homme.fr>

Selon la CCDH ce concept est contraire à la Convention de Genève qui prévoit expressément à l'article 1A2 que le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne qui, par suite et craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race,..... *se trouve hors du pays dont elle a la nationalité* et qui *ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut* y retourner. Il n'y est fait aucune mention d'un asile alternatif.

L'application d'une zone de fuite interne n'a par ailleurs aucune efficacité au cas où le persécuteur serait un Etat national.

La CCDH exprime aussi ses inquiétudes quant au risque qu'un demandeur d'asile ait à établir des raisons suffisantes pour lesquelles il ne serait pas en mesure de s'installer dans une autre région de son pays d'origine.

Si le Gouvernement conservait cependant le contenu de l'article 30 et consacrait ainsi le principe de « l'exception de fuite interne », la CCDH insiste sur le fait que la charge de la preuve tenant à l'absence alléguée de risque dans une partie d'un pays dans lequel une personne peut se prévaloir d'une crainte fondée de persécutions ou d'atteintes graves, devra reposer sur ses épaules, alors qu'il convient de présumer qu'une telle personne qui quitte son pays pour fuir des persécutions ou des atteintes graves, choisira la possibilité de s'installer dans une autre partie sûre de son pays d'origine, si celle-ci existe, plutôt que d'abandonner toutes ses attaches pour fuir définitivement.

Le paragraphe 3 dispose que le concept de fuite interne « *peut s'appliquer nonobstant l'existence d'obstacles techniques au retour vers le pays d'origine.* »

La CCDH estime que ce paragraphe, pour le moins étonnant, est incompatible avec la Convention de Genève. En effet, comment estimer qu'un demandeur n'ait pas besoin d'une protection internationale parce qu'il y aurait une alternative de fuite interne, alors que l'intéressé ne peut pas accéder à l'alternative de protection ? Cette possibilité laissée au Ministre, remettrait en cause la finalité et l'objet même de la Convention de Genève et la CCDH invite le Gouvernement à supprimer le paragraphe 3 de l'article 30.

14. L'article 31§2e) du projet de loi

Aux termes de cet article, les actes de persécutions ouvrant droit au statut de réfugié, peuvent notamment prendre la forme de « *poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes relevant des clauses d'exclusion visées à l'article 34 paragraphe (2)* »

Aux yeux de la CCDH, le cas de figure de sanction pour désertion ou insoumission pour objection de conscience, devrait être explicitement mentionné dans la loi et rajouté au seul cas envisagé par cet article.

Elle rappelle à cet égard l'article 9(1) précité de la CEDH et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le Comité des droits de l'homme note dans son observation générale numéro 22(48) concernant cet article qu'un droit à une objection de conscience peut être dérivé de l'article

18, pour autant que l'obligation d'utiliser la force mortelle soit en conflit sérieux avec la liberté de conscience et le droit de manifester sa religion ou croyance.

15. L'article 33 du projet de loi

Cet article traite de la cessation du statut.

Si l'article 33§1 reprend quasi textuellement l'article 1C de la Convention de Genève, en revanche, les auteurs omettent de rappeler les deuxièmes paragraphes des articles 1C5 et 1C6 qui précisent une exception à la cessation de statut lorsque le réfugié peut invoquer, pour refuser de retourner dans son pays, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures.

La CCDH propose en conséquence d'intégrer ces paragraphes dans le texte de loi.

De manière générale, la CCDH estime qu'une fois les circonstances à la suite desquelles une personne ayant été reconnue comme réfugié ont cessé d'exister, les autorités devraient considérer les personnes concernées comme des résidents durablement établis au Luxembourg et leur délivrer un titre de séjour en fonction de leur temps de présence sur le territoire et des droits qu'ils y auront acquis.

16. L'article 34 du projet de loi

Le 1^{er} paragraphe

Cet article traite de l'exclusion du statut de réfugié

La CCDH est préoccupée par la transposition de la directive *qualification* à cet endroit du projet qui élargit les clauses d'exclusion du statut de réfugié.

Elle attire l'attention sur le fait que les clauses d'exclusion sont énumérées exhaustivement dans la Convention de Genève et invite le Gouvernement à limiter les clauses d'exclusion nationales aux seules situations prévues par la Convention de Genève.

Ainsi le paragraphe 1b ne reprend pas l'article 1E de la Convention de Genève qui stipule que « *cette convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachées à la possession de la nationalité de ce pays.* »

Le paragraphe (2) b)

Les dispositions de cet article ne sont pas conformes à l'article 1Fb) de la Convention de Genève. En élargissant les cas de figure d'exclusion du statut de réfugié au fait d'avoir commis un crime grave de droit commun en dehors du Luxembourg avant la date d'obtention du titre de séjour, le législateur ne tient pas compte de la reconnaissance du réfugié qui a valeur déclaratoire, et que l'article 1Fb) s'applique à partir du moment où le réfugié demandeur d'asile est présent sur le territoire. A cet égard, la CCDH rend attentif au considérant (14) de la directive *qualification* qui met en évidence ce caractère déclaratoire.

17. L'article 36 du projet de loi

Cet article traite de la révocation du statut de réfugié politique.

Le paragraphe (3) b)

Ce passage a trait aux cas de révocation du statut de réfugié en cas d'altérations ou d'omissions de fait dont le réfugié aurait usé, y compris l'utilisation de faux documents

La CCDH considère qu'il ne peut y avoir de lien mécanique entre ces éléments et la révocation du statut de réfugié. Il est en effet nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, le demandeur d'asile est contraint d'utiliser de faux documents pour pouvoir quitter son pays. A cet égard, la CCDH tient d'ailleurs à rappeler que l'article 31§1 de la Convention de Genève interdit les condamnations pénales à l'égard des demandeurs d'asile qui entrent irrégulièrement au pays, et invite le Gouvernement à préciser ce paragraphe en ce sens.

La CCDH estime qu'il serait par ailleurs nécessaire de préciser à cet endroit du projet que les altérations ou omissions de fait dont le demandeur aurait usé, doivent avoir été le fruit d'une intention délibérée dans son chef pour induire les autorités en erreur dans l'appréciation de sa demande.

Les paragraphes (4) et (5)

« (4) Le ministre peut révoquer le statut octroyé à un réfugié,

a) lorsqu'il existe des motifs raisonnables de le considérer comme une menace pour la sécurité du pays ;

b) que, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société du pays.

(5) Dans les situations décrites au paragraphe (4), le ministre peut décider de ne pas octroyer le statut de réfugié, lorsqu'une telle décision n'a pas encore été prise.

Le paragraphe (5) prévoit que le ministre peut décider de ne pas octroyer le statut de réfugié au demandeur, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de le considérer comme une menace pour la sécurité du pays.

La CCDH estime qu'exclure un demandeur du statut, alors qu'il doit être présumé innocent jusqu'à sa condamnation pénale définitive, se révèle contraire au principe fondamental de présomption d'innocence, inscrit à l'article 6. 2 de la CEDH.

Par ailleurs, ce motif d'exclusion est incompatible avec l'article 1F de la Convention de Genève qui ne le prévoit pas dans sa liste limitative ce cas d'exclusion.

18. L'article 37 du projet de loi

L'article 37 définit la notion d'atteintes graves dont doivent faire l'objet les personnes qui pourraient bénéficier selon l'article, aux termes de l'article 2e) du projet, du statut de protection subsidiaire.

La principale différence entre ce statut et celui de réfugié politique réside dans l'origine des risques qui pèsent sur le demandeur dans son pays d'origine. La reconnaissance du statut de réfugié implique une motivation dans le chef du persécuteur (élément subjectif) qu'elle soit politique ou dictée par des considérations prohibées par la Convention de Genève.

Le statut de protection subsidiaire n'exige pas un tel élément subjectif et pourra être reconnu dans le chef du demandeur à partir de la constatation de l'existence de l'atteinte grave telle que définie à l'article 37.

Tout en saluant l'intégration de cette nouvelle protection dans le dispositif législatif luxembourgeois, qui offre un réel statut aux personnes susceptibles d'invoquer à son encontre des violations de l'article 3 de la CEDH dans son pays d'origine, la CCDH est cependant d'avis que cette protection devrait être, comme son nom l'indique, subsidiaire ou complémentaire à celle de la protection conventionnelle de la Convention de Genève.

L'article 37 définit les atteintes graves comme étant :

- a) *la peine de mort ou l'exécution ; ou*
- b) *la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine ; ou*
- c) *des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international.*

La CCDH met toutefois en garde quant à une application du système de protection subsidiaire à des situations qui pourraient en fait relever de la Convention de Genève. Ce risque existe et paraît d'autant plus préoccupant que la directive qualification et le projet de loi sous rubrique prévoient des droits et devoirs différents selon qu'une personne relèvera l'un ou de l'autre de ces statuts (voir ci-après).

Elle plaide à cet égard pour une application intégrale et correcte de la Convention de Genève¹⁴.

Il convient encore d'imaginer le cas de personnes qui fuiraient une situation de conflit généralisé et ne pourraient pas établir l'existence d'une menace individuelle à leur égard, alors que leur seule présence dans la région du conflit constituerait une menace grave à leur encontre, sans que celle-ci ne soit toutefois individualisée. Sous quelle disposition tomberaient ces personnes alors que le cas visé par l'article 37c) ne vise que les menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international.

La CCDH propose en conséquence de biffer le terme *individuelle* de cet article afin de garantir l'effectivité de cette nouvelle protection à toute personne gravement menacée.

¹⁴ Ainsi, la définition de la protection subsidiaire pourrait s'appliquer notamment si les atteintes graves ne peuvent être établies par rapport à un des cinq motifs de persécution contenus dans la définition de réfugié selon la Convention de Genève.

Enfin, la CCDH ne peut acquiescer à l'idée d'attacher aux deux statuts (conventionnel et subsidiaire) des droits différents. Elle ne trouve d'ailleurs aucune justification objective et raisonnable à cette différence de traitement entre deux catégories de personnes dont l'intégrité physique et / ou mentale, voire la vie, s'avèrent menacées qui ont toutes les deux un besoin reconnu de protection. Cette différence de traitement n'est pas justifiée et s'avère contraire à l'article 1^{er} du protocole n°12 à la Convention.

La CCDH constate d'ailleurs que, pour certains droits fondamentaux tels, par exemple, les soins de santé, les auteurs du projet prévoient l'égalité des droits entre bénéficiaires du statut de réfugié et bénéficiaires du statut de protection subsidiaire.

La CCDH recommande d'adopter systématiquement des normes plus favorables que les standards minimum susceptibles d'être appliqués selon la directive pour les bénéficiaires du statut de protection subsidiaire, en observant une stricte égalité de traitement entre les bénéficiaires des deux statuts. Le même raisonnement vaut par ailleurs pour le statut de protection temporaire.

Par conséquent, elle recommande au législateur de procéder aux modifications nécessaires en ce qui concerne :

- l'application des mêmes clauses de cessation (article 38), d'exclusion (article 39) et de révocation du statut (article 41) ;
- les mêmes droits en matière de titre de séjour (article 46), de titre de voyage (article 47), d'accès au travail (article 48§1 et 3), d'accès à des possibilités de formation liée à l'emploi pour les adultes (article 48°2 et 4).

19. L'article 43 du projet de loi

Cet article aborde le principe de non-refoulement et prévoit les cas dans lesquels le Luxembourg pourra refouler un réfugié, qu'il soit demandeur de statut ou qu'un des deux statuts lui ait été reconnu.

Pour être en conformité avec la Convention de Genève, la CCDH propose d'introduire à cet endroit un renvoi exprès aux articles 32(3) et 33 de la Convention de Genève qui posent des garanties strictes quant à la possibilité d'expulsion ou de refoulement d'un réfugié (reconnu).

20. L'article 49 du projet de loi

Cet article organise l'accès au système d'éducation des réfugiés conventionnels ou subsidiaires reconnus.

Le paragraphe 1^{er} accorde aux réfugiés mineurs le plein accès au système d'enseignement dans les mêmes conditions que les Luxembourgeois.

Le paragraphe (2) précise que les adultes bénéficiaires d'un des deux statuts de réfugié ont accès au système d'éducation dans les mêmes conditions que les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire luxembourgeois.

Le droit à l'éducation est un droit fondamental consacré dans la Constitution luxembourgeoise¹⁵ et divers instruments de droits fondamentaux tels que le protocole additionnel N°1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme (article 2), la Convention relative aux droits de l'enfant (article 28) ou le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après PIDESC)¹⁶.

La droit à l'éducation est également consacré par l'article II-78 de la Charte des droits fondamentaux intégré dans le projet de traité constitutionnel.

L'article 22(2) de la Convention de Genève stipule que *les Etats contractants accorderont aux réfugiés un traitement aussi favorable que possible, et en tout cas non moins favorable que celui accordé aux étrangers en général dans les mêmes circonstances quant aux catégories d'enseignement autre que l'enseignement primaire et notamment en ce qui concerne l'accès aux études...*

La CCDH tient à souligner que, jusqu'à présent, aucune différence de traitement ne prévalait dans l'accès au système éducatif entre réfugiés reconnus et ressortissants luxembourgeois, se trouvant dans une situation de niveau d'études comparable et à diplômes reconnus équivalents. La même remarque vaut en principe pour les ressortissants de pays tiers résidant légalement au pays et les Luxembourgeois si ce n'est que les ressortissants de pays tiers sont soumis à l'obligation de permis de travail pour ce qui concerne l'accès à la formation professionnelle.

La CCDH demande donc que les réfugiés reconnus de type conventionnel ou subsidiaire, aient un accès au système éducatif dans les mêmes conditions que les ressortissants luxembourgeois, ce qui correspond à la pratique actuelle qui ne pourrait, à son sens, souffrir de modification. Elle recommande au Gouvernement de modifier la formulation de l'article dans ce sens.

La CCDH souligne que l'accès à l'éducation est également abordé par l'article 14(9) concernant l'accès des demandeurs de protection internationale à la formation des adultes et l'article 66 portant sur les bénéficiaires du statut de protection temporaire.

La CCDH se préoccupe de voir que le présent texte ne transpose pas l'article 10(1) de la directive *accueil* portant sur la scolarisation et l'éducation des mineurs. Cet article prévoit en effet pour les demandeurs d'asile mineurs l'accès au système éducatif dans des *conditions analogues à celles qui sont prévues pour les ressortissants de l'Etat membre d'accueil*.

La CCDH exprime sa préoccupation quant à la pratique actuelle selon laquelle des jeunes demandeurs d'asile ne peuvent suivre des cours de formation professionnelle à l'enseignement secondaire pour autant qu'il y a encore des places disponibles non occupées par des jeunes résidents au pays. Et si l'intégration dans une classe se réalise finalement, c'est avec un retard de quelques mois.

¹⁵ Article 23 1^{er} alinéa

¹⁶ L'article 13 (1) du PIDESC selon lequel les Etats parties au présent pacte reconnaissent le droit à toute personne à l'éducation. Et l'article 13 (2) précise que pour reconnaître le plein exercice de ce droit, l'accès aux divers types d'enseignement doit être généralisé et rendu accessible à tous.

De même la CCDH désapprouve la pratique selon laquelle des demandeurs d'asile mineurs ne peuvent pas entrer en apprentissage pratique du fait du refus du permis de stage.

La CCDH propose d'intégrer dans le projet de loi l'article 10(1) de la directive *accueil*.

21. l'article 53 du projet de loi

Cet article traite de l'accès au logement.

Il dispose que les bénéficiaires d'un des deux statuts de réfugié ont « *accès à un logement dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les ressortissants d'autres pays tiers résidant légalement sur le territoire luxembourgeois.* »

L'accès au logement fait partie du droit fondamental à un niveau de vie décent consacré par l'article 11(1) du PIDESC.

L'article 21 de la Convention de Genève prévoit pour les réfugiés reconnus « *un traitement aussi favorable que possible et en tout cas pas moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances aux étrangers en général.* »

La CCDH tient à souligner que, jusqu'à présent, aucune distinction législative n'est établie à ce sujet entre les réfugiés reconnus et les ressortissants luxembourgeois.

Elle demande que soient prévues pour les réfugiés reconnus de type conventionnel ou subsidiaire, des conditions équivalentes d'accès au logement que celles prévues pour les ressortissants luxembourgeois.

La protection temporaire

L'article 56 définit l'objet du chapitre portant sur l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine.

L'article 2h définit bien la spécificité de ce régime de caractère exceptionnel assurant une protection immédiate aux personnes qui fuiraient massivement leur pays et dont la demande ne pourrait être évaluée individuellement sans nuire au fonctionnement du système d'asile.

22. l'article 60 du projet de loi

Cette disposition aborde la possibilité de fouille corporelle et la CCDH renvoie aux développements dont elle réitère le caractère fondamental émis par rapport à l'article 8 du projet de loi.

La problématique du retour volontaire et de l'éloignement forcé

Ce n'est que dans **l'article 72** du projet que sont abordées quelques modalités relatives à la problématique du retour volontaire et de l'éloignement forcé du territoire des personnes qui bénéficient encore ou qui ne bénéficient plus du régime de protection temporaire.

L'article 72(5) prévoit que les personnes qui ne sont pas retournées volontairement au pays d'origine après un délai imparti par le ministre seront éloignées du territoire en conformité avec la législation en matière d'entrée et de séjour des étrangers.

La CCDH constate une fois de plus que les modalités concrètes du retour forcé ne sont pas abordées, ni dans le cadre de l'article 72 ni dans la loi sur l'entrée et le séjour des étrangers. Elle réitère ses suggestions exposées ci avant.

La CCDH constate ensuite que le projet de loi ne prévoit pas de dispositions formelles en application des articles 22 et de l'article 23 de la directive *protection temporaire*.

L'article 22 de la directive dispose que :

« 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que le retour forcé des personnes dont la protection temporaire a pris fin et qui ne peuvent prétendre à être admises dans ces Etats, se déroule dans le respect de la dignité humaine.

2. En cas de retour forcé, les Etats membres examinent les raisons humanitaires impérieuses qui pourraient rendre le retour impossible ou déraisonnable dans des cas précis. »

L'article 23 dispose que :

« 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires concernant les conditions de séjour des personnes ayant bénéficié de la protection temporaire dont on ne saurait raisonnablement, en raison de leur état de santé, s'attendre à ce qu'elles voyagent, par exemple si elles devaient pâtir gravement d'une interruption de leur traitement. Tant que cette situation perdure, ces personnes ne sont pas éloignées.

2. Les Etats membres peuvent autoriser les familles dont les enfants mineurs poursuivent une scolarité dans un Etat membre à bénéficier de conditions de séjour permettant aux enfants concernés de terminer la période scolaire en cours. »

Ces dispositions de la directive rencontrent les préoccupations que la CCDH avait exprimées dans son avis *sur les expulsions et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière* et les considérations développées ci-avant.

La CCDH tient à souligner que ces dispositions devraient être valables non seulement dans le cas de figure de la protection temporaire mais aussi dans le cas de figure d'une personne déboutée de sa demande de protection internationale.

La Commission avait notamment relevé dans l'avis précité l'importance d'évaluer avec soin, avant toute décision ou mesure d'éloignement forcé de ressortissants étrangers, et tout spécialement lorsque des enfants mineurs sont touchés par une telle mesure, si l'obligation faite aux personnes concernées de quitter le pays est justifiable au regard du respect dû à leurs droits fondamentaux, y compris sociaux et économiques, ceci en tenant dûment compte du principe de proportionnalité.

Elle avait aussi suggéré de préciser les modalités d'exécution de mesures d'éloignement forcé en se basant notamment sur les recommandations du Conseil de l'Europe.

Elle avait proposé d'introduire dans le droit national des réglementations spécifiques interdisant de manière absolue les pratiques suivantes, surtout dans l'optique de prévenir qu'elles ne puissent s'instaurer à l'avenir: 1. l'obstruction partielle ou totale des voies respiratoires; 2. le bâillonnement avec de la bande autocollante; 3. l'utilisation de gaz asphyxiants ou incapacitants; 4. l'administration de substances tranquillisantes contre le gré de la personne et de médicaments en dehors d'indications médicales; 5. toutes formes d'entraves autres que les menottes aux poignets; 6. l'immobilisation par des menottes durant le voyage; 7. le port de masques ou de cagoules par les membres de l'escorte; 8. le recours arbitraire ou disproportionné à la force.

Elle réitère dès lors ses propositions dans le cadre du présent avis concernant le projet de loi abordé.

Commission Consultative des Droits de l'Homme

**TRAITE ETABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR
L'EUROPE**

Avis

Luxembourg, avril 2005

PLAN :

Introduction

A. POURQUOI CET AVIS ?

1. De quoi s'agit-il ?
2. Les avancées en matière de droits de l'homme et de citoyenneté européenne
3. Deux Cours pour les droits de l'homme ?
4. Un espace de liberté, de sécurité et de justice ?
5. Qui fait quoi et qui est responsable, en matière de droits de l'homme aussi ?

B. ANALYSE JURIDIQUE ET DEVELOPPEMENT DES DROITS DE L'HOMME DANS L'UNION EUROPEENNE

1. **Rappel historique: La « constitutionnalisation » de la Charte comme une étape importante d'un effort continu**

2. **La « constitutionnalisation » de la Charte : une avancée certaine pour la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne**

- (a) Le « champ d'application » du droit de l'Union et des droits fondamentaux
- (b) La distinction entre « droits » et « principes »
- (c) Limitations et interprétation des droits fondamentaux

3. **La relation entre le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme**

- (a) L'interprétation de la Charte selon la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg
- (b) Position du Conseil de l'Europe et du Parlement européen face à la Constitution européenne

4. **Un exemple : la politique d'immigration et d'asile**

- (a) Vers une politique commune en matière d'immigration et d'asile
- (b) L'évolution du cadre institutionnel
- (c) L'importance de veiller à l'articulation du droit communautaire et de sa mise en œuvre avec le texte et l'esprit de la Constitution européenne
- (d) Quelle concrétisation du principe de solidarité en matière de politique migratoire?

5. **Culture des droits fondamentaux et fondement des actions de l'Union européenne**

- (a) Culture commune des droits fondamentaux et citoyenneté européenne
- (b) Incidence sur les droits constitutionnels des pays membres ?
- (c) Perspectives juridiques et politiques
- (d) Une politique européenne basée sur les droits fondamentaux

Introduction

Le traité constitutionnel est complexe. Que cela ne décourage ni le lecteur ni l'électeur. L'explication est simple : la Constitution européenne proposée contient beaucoup de textes anciens et actuellement en vigueur ainsi que la Charte des droits fondamentaux et des textes nouveaux prenant en compte le récent élargissement de l'Union. Ensemble ils doivent permettre aux 25 Etats-membres, librement associés et réunis dans l'Union Européenne, de poursuivre après 2006 et de renforcer la construction commencée il y a cinquante ans d'une Europe pacifique et indépendante, mais aussi plus juste et plus solidaire. L'enjeu de cette ratification dépasse de beaucoup d'autres consultations citoyennes : il est continental et concerne déjà près de 500 millions d'Européens - en ce 21^{ème} siècle il est donc géopolitique et géostratégique. Il participe à l'effort commun d'assurer aux Européens un avenir de liberté, de sécurité et de justice, qu'ensemble seuls l'Union Européenne et ses Etats membres sont capables de garantir.

C'est à cette fin d'intérêt européen et mondial que la Constitution européenne propose des voies et des moyens nécessaires sinon tous suffisants. Grâce notamment aux avancées signalées dans le domaine qui intéresse d'abord la CCDH - les droits de l'homme au sens le plus étendu - l'Union pourrait ainsi être opérationnelle et, le cas échéant, capable de travailler plus humainement, dignement, efficacement dans ses institutions, avec et dans tous ses Etats-membres, avec la Cour Européenne des Droits de l'Homme, avec les pays associés, dans ses relations extérieures et sa coopération au développement, et surtout : avec tous les citoyens européens et habitants en Europe.

Les politiques de l'Union auraient ainsi à répondre à l'esprit et au droit de la Constitution européenne que les Européens se seront donnée. Tout comme les Etats membres et les citoyens de l'Union, les acteurs politiques, administratifs et d'exécution de chaque pays membre, donc aussi les Luxembourgeois, devraient inscrire leur action dans ce nouveau cadre élargi, dans cette culture enrichie y compris du point de vue de la protection et du respect exemplaire des droits de l'homme. Le modèle humain et social européen et l'identité européenne y gagneraient à coup sûr.

Consciente de ces contraintes et limites, mais aussi des enjeux, la CCDH n'entend ni apprécier ni commenter tout le traité constitutionnel. En restant dans son champ de mission et d'attributions, elle souhaite examiner les parties et articles du traité constitutionnel européen qui concernent le plus directement les droits de l'homme, leur protection, leur promotion, leur sanction et leur développement futur. Sans être exhaustive, elle signalera les avancées, soulèvera des questions, et rappellera certaines attentes dans les domaines évoqués.

Comme tout peut toujours être amélioré, retouché, humanisé, les citoyens conscients et organisés auraient vocation à cultiver et à développer le vaste champ d'action ainsi ouvert, selon leurs convictions, leurs priorités et selon les réalités données.

Le présent avis examine longuement et en détail les questions qui intéressent la Commission Consultative des Droits de l'Homme. Il montre que les dispositions de la Constitution pour l'Europe concernant les droits de l'homme au sens large rencontrent nos préoccupations essentielles dans ce domaine. Des voies s'ouvrent à des développements ultérieurs.

Partie A. : POURQUOI CET AVIS ?

1. De quoi s'agit-il ?

D'un avis de la Commission Consultative des Droits de l'Homme du Luxembourg (ci-après, la « CCDH ») sur le Traité européen établissant « une Constitution pour l'Europe », signé en octobre 2004 par les chefs d'Etat et de gouvernement des 25 Etats membres de l'Union européenne. Chaque Etat membre procède à la ratification de ce traité conformément à ses propres règles constitutionnelles nationales, soit par la voie parlementaire, soit par référendum. Au Grand-Duché du Luxembourg le traité sera soumis à un référendum des électeurs luxembourgeois fixé au 10 juillet 2005.

Le « traité constitutionnel » européen est certes complexe. Il réunit en effet dans un seul document et en 448 articles, sans compter les Annexes (Protocoles et Déclarations), des « **strates anciennes** » et des « **strates nouvelles** » de droit communautaire :

- d'abord : l'histoire d'un demi-siècle de construction européenne : le contenu de **tous les traités communautaires établis depuis 1957 et actuellement en vigueur** (traités de Rome, de l'Acte Unique, de Maastricht, Amsterdam, et Nice), leurs révisions et leurs adaptations au moment du plus grand élargissement en 2004 (l'Union Européenne passant de 15 à 25 membres) ;
- ensuite : l'énoncé des voies et moyens nécessaires à **une nouvelle phase** de la construction et de l'approfondissement d'une Union désormais à la dimension du continent Europe et approchant du demi milliard d'habitants (parmi ces instruments figurent entre autres, le sommet social tripartite et une concertation sociale européenne, un gouvernement économique pour l'euro et l'Eurogroupe, une base juridique pour les services d'intérêt général ou services publics, des simplifications juridiques attendues et fort utiles).

Il faudrait être juriste spécialisé en droit européen, connaître tous les traités actuellement en vigueur et avoir assez étudié toutes les innovations proposées pour trouver que ce document volumineux et dense soit de lecture facile. Tous ceux qui, à la Convention en 2003-2004 ont participé publiquement pour les 25 à son élaboration, en reconnaissent l'inconvénient, mais auraient-ils pu faire table rase de l'acquis communautaire et pouvaient-ils aller au-delà de certains nouveaux compromis puisqu'il fallait aboutir à des consensus ? Quoi qu'on en pense : par rapport aux textes en vigueur, le projet signé contient **des améliorations nettes et indéniables**, sans naturellement répondre à toutes les attentes, les unes légitimes, les autres idéalistes.

Cet avis essaiera d'analyser le progrès en matière de droits fondamentaux par rapport aux traités en vigueur et non par rapport à une situation imaginée parfaite. Il convient aussi de reconnaître qu'aucun texte constitutionnel n'a jamais figé la politique appliquée par tel Etat et que la vie politique dépend toujours et largement des évolutions électorales, politiques, économiques et législatives. De plus, nous considérons ici non pas un texte de portée nationale mais un cadre institutionnel - un règlement intérieur - pour 25 Etats décidés à consolider et à développer toute l'Union européenne. Les objectifs de la Constitution européenne n'auront une chance de succès, de durée et d'avenir qu'à partir d'un socle cohérent dans le sens d'un modèle européen réformé et basés sur les droits fondamentaux.

2. Les avancées de la Constitution en matière de droits de l'homme et de citoyenneté européenne.

Parmi les **avancées significatives** il faut signaler de nouveaux « leviers » juridiques et politiques, importants aussi en matière de droits de l'homme et de protection juridique et judiciaire. En effet la Constitution européenne :

- attribue à l'Union la **personnalité juridique**, établissant une entité et une structure juridique unique (article I-7) ;
- attribue à toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre la **citoyenneté de l'Union** (article I-10) avec les droits qui en découlent pour le citoyen européen;
- annonce l'adhésion de l'Union à la **Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales** (ci-après, la « CEDH ») (articles I-9 et III-325);
- incorpore la **Charte des droits fondamentaux** de l'Union Européenne (ci-après, la « Charte » - la Partie II du Traité constitutionnel) en lui donnant force juridique; et
- souligne et consacre la promotion de **l'égalité entre hommes et femmes** - y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération (article II-83) - l'élimination de toute discrimination (article II-81), la lutte contre l'exclusion sociale etc.

Il est évident qu'une règle de droit ne vaut que par l'effet qu'elle produit dans la vie des hommes. Ce sont bien **les droits dont la violation peut être sanctionnée et qui pourront être plaidés en justice** qui intéressent les citoyens et la CCDH. Le texte constitutionnel affirme des principes, des libertés, mais aussi une multitude de droits et d'interdits tels que les discriminations de toute sorte (articles II-81, I-4). Il faut souligner que les droits de la Charte « constitutionnalisée » ne s'adressent qu'aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. Le texte prévoit cependant aussi, le cas échéant, une aide juridictionnelle pour garantir l'accès à un tribunal (article II-107 alinéa 3). Par ailleurs cette extension de la protection et cette justiciabilité du moins partielle des droits et libertés n'enlèvent rien à l'importance des « valeurs communes » (article I-2) et des « objectifs de l'Union » (article I-3) mis en avant dans la Constitution : non seulement ceux-ci fournissent les fondements d'une éthique commune en gestation, mais encore ils constituent déjà les normes et les critères d'appartenance à l'UE pour ses Etats membres actuels et, le cas échéant, pour tout Etat candidat à l'adhésion.

3. Deux Cours pour les droits de l'homme ?

De nombreux citoyens européens connaissent la coexistence de deux « systèmes » d'intégration européens : le Conseil de l'Europe depuis le traité de Londres de 1949 (actuellement 46 Etats membres) et la Communauté européenne depuis le traité de Paris de 1951 aujourd'hui Union européenne (actuellement 25 Etats membres).

Coexistence pacifique ou vies parallèles, évolutions différentes et spécialisations, les deux « Europe » ont développé des jurisprudences distinctes : à Strasbourg par la **Cour Européenne des Droits de l'Homme**, à Luxembourg par la **Cour de Justice de l'Union Européenne**. Plus nombreux encore sont probablement les citoyens européens qui soit ignorent les implications de cette distinction soit sont perplexes lorsqu'ils apprennent sa réalité. Aujourd'hui le texte de la Constitution européenne en attribuant la personnalité juridique à l'Union et en annonçant son **adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme** (CEDH) - l'instrument juridique international de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe - ouvre la voie à un règlement convenable de cette question (article I-9. paragraphes 2 et 3 et Protocole correspondant). Le Parlement européen et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avaient demandé cette adhésion comme meilleure façon d'assurer la cohérence entre la CEDH et la législation de l'Union européenne en matière des droits de l'homme. La CCDH adhère à cette vue.

4. Un espace de liberté, de sécurité et de justice ?

La Constitution définit l'Union comme un espace de liberté, de sécurité et de justice (ci après, l' « ELSJ ») Les articles III-257 à III-277 traitent notamment de la libre circulation des personnes, de l'absence de contrôle aux frontières intérieures à l'Union, des contrôles plus intégrés aux frontières extérieures, de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée, de la prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, de la gestion des flux migratoires, de la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale, de la coopération policière, tous domaines sensibles et tenant ou aboutissant tous aux droits de l'homme. La CCDH ainsi que beaucoup d'organisations non gouvernementales spécialisées sont préoccupées par **la mise en œuvre concrète des politiques énoncées**, notamment d'une politique commune européenne en matière d'asile, du statut uniforme d'asile ou de protection de demandeurs ressortissant de pays tiers, et d'une politique commune de l'immigration. Elles se soucient plus spécialement du respect scrupuleux des droits de l'homme en matière de contrôles aux frontières extérieures, d'asile et d'immigration.

On peut considérer que, dans le domaine de l'immigration et de l'asile, le projet de traité, tout en consolidant les principaux acquis, apporterait aussi des améliorations relatives par rapport aux traités antérieurs, pour le contenu et pour le cadre institutionnel. En particulier, **la définition d'objectifs politiques en matière d'immigration et d'asile** et la communautarisation pleine et entière de la politique d'immigration et d'asile avec un renforcement considérable de la légitimité démocratique (co-décision du Parlement européen) et une extension de la compétence de la Cour de Justice européenne peuvent être salués dans ce sens..

5. Qui fait quoi et qui est responsable, en matière de droits de l'homme ?

La CCDH insiste sur l'utilité de bien distinguer les différentes compétences définies dans le traité constitutionnel : **compétences « exclusives »** de l'Union (par ex. en matière monétaire, particulièrement pour l'euro, pour la politique commerciale commune ou la politique douanière); **compétences « partagées »** avec les Etats membres (par ex. pour le marché intérieur, l'environnement, les transports, l'énergie, la cohésion économique, sociale, territoriale); compétences d'appui ou de coordination pour d'autres domaines. Cette répartition des compétences dicte à la fois

les **futurs devoirs** respectifs de l'Union et de chaque Etat membre et, de manière incidente, les responsabilités pour les droits des citoyens dans les domaines respectifs.

Pour le citoyen il est important de savoir qui - en cas de violation de droits de l'homme, et de sanctions dans ce domaine - sera **politiquement et juridiquement responsable**: l'Union, ses institutions et agents, ou tel Etat membre, ses institutions (gouvernement, parlement, administrations, organes délégués, agents).

La CCDH n'aura de cesse, en fonction de sa mission, d'inviter les uns et les autres, et par définition d'abord au niveau national, à promouvoir la conscience la plus aiguë et la culture la plus solide de la responsabilité et de l'« *accountability* » surtout dans les domaines sensibles en matière de droits fondamentaux. Ce souci permanent rejoint l'attention particulière que la CCDH accorde à **l'éducation** –scolaire et générale- aux valeurs qui sous-tendent les droits de l'homme, leur respect et leur développement.

La CCDH attire naturellement dès à présent l'attention des autorités nationales responsables et compétentes sur la nécessité d'une réflexion politique et d'une action réglementaire relative aux exigences concrètes d'application, de mise à niveau et en conformité que les avancées constitutionnelles peuvent comporter pour certaines procédures et pratiques dans les différents domaines ici évoqués.

PARTIE B. : ANALYSE JURIDIQUE ET DEVELOPPEMENT DES DROITS DE L'HOMME DANS L'UNION EUROPEENNE

1. Rappel historique : La « constitutionnalisation » de la Charte comme une étape importante d'un effort continu.

Depuis des années il y a eu une vive discussion sur la nécessité et l'utilité de doter l'Union européenne d'une constitution.¹⁷ Un élément de cette discussion concernait notamment l'établissement et la force juridique éventuelle d'un catalogue des droits fondamentaux spécifique à l'Union européenne.¹⁸ Ce débat avait été officiellement relancé en 1999 et le Conseil européen réuni à Cologne avait jugé utile de charger une « Convention » de réunir les droits fondamentaux déjà en vigueur au niveau de l'Union dans une charte de manière à leur donner une plus grande visibilité. Le 7 décembre 2000 les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ont signé et solennellement proclamé la « Charte des droits fondamentaux » à Nice au nom des trois institutions. Toutefois, les chefs d'État ou de gouvernement réunis à Nice ont décidé de n'introduire aucune référence à la Charte au sein des traités. Cela signifie que jusqu'à présent, tout en reconnaissant sa valeur politique, la Charte reste actuellement privée de valeur juridique contraignante.¹⁹

Dans sa réunion à Laeken en décembre 2001, le Conseil européen a ensuite pris l'initiative d'adopter une « Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne » qui appelait l'Union européenne à devenir plus démocratique, plus transparente, plus efficace et à ouvrir la voie vers une constitution pour l'Europe. À cette fin, le Conseil européen avait à nouveau convoqué une « Convention » afin de préparer de façon large et transparente une future Conférence intergouvernementale de révision des traités. La Convention a conduit ses travaux du 28 février 2002 au 10 juillet 2003 : elle réunissait les représentants des gouvernements des vingt-huit États membres ou candidats, cinquante-six parlementaires nationaux, seize députés européens, deux membres de la Commission, des représentants des organismes consultatifs de l'Union ainsi que de nombreux observateurs de la société civile ; les réunions étaient ouvertes et l'ensemble des documents produits ou soumis à la Convention étaient mis à la disposition du public. En juin 2003, la Convention a approuvé par consensus un projet de traité constitutionnel. Ouverte à Rome le 4 octobre 2003, la Conférence intergouvernementale a ensuite apporté quelques changements au texte du projet et a achevé ses travaux en constatant l'accord des gouvernements des vingt-cinq États membres lors du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004. Le Traité

¹⁷ Pour une argumentation philosophique voir p. ex. : J. Habermas, Braucht Europa eine Verfassung?, in: Die Einbeziehung des Anderen, 1996, p. 185 ss. et du même auteur, Warum braucht Europa eine Verfassung?, Die ZEIT du 28 juin 2001 ; pour une argumentation juridico-philosophique voir P. Allott, The crisis of european constitutionalism : reflections on the revolution in Europe, CMLRev. 34 (1997), p. 439 ss. ; pour une argumentation institutionnelle voir J.-C. Piris, Does the European Union have a Constitution? Does it need one?, E.L.Rev. 24 (1999), 557 ss.

¹⁸ K. Lenaerts, Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue, 16 E.L.Rev. (1991) p. 367 ss. Voir aussi sur la jurisprudence de la CJCE en matière de droits fondamentaux: J. Coppel/A. O'Neill, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CMLRev. 29 1992, 669 et la réponse de J.H. Weiler/N. Lockhart, "Taking Rights Seriously": The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, CMLRev. 32 (1995), 51; Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, énonce certains éléments destinés à assurer la protection de ces droits (cf. articles 6, 7, 49 et 46 du traité sur l'Union européenne)

¹⁹ Cf. O. de Schutter, Donner un avenir à la Charte des droits fondamentaux de l'Union et J.-P. Kepenne, La protection des droits fondamentaux à l'agenda de la Convention : vers une inflation des procédures devant les juges européens, in : Annales d'études européennes Volume 6, Bruxelles 2002.

établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après, le « Traité constitutionnel » ou la « Constitution européenne »)²⁰ a été signée par les chefs d'État ou de gouvernement le 29 octobre 2004 et a été publié au *Journal Officiel C310* du 16 décembre 2004. Il est prévu que le traité constitutionnel entre en vigueur le 1er novembre 2006, à condition que tous les États membres l'aient ratifié. Il appartient en effet à chaque État de procéder à la ratification du texte, conformément à ses propres règles constitutionnelles nationales, en recourant tantôt à la voie parlementaire, tantôt au référendum.²¹

2. La « constitutionnalisation » de la Charte : une avancée certaine pour la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne

En matière des droits de l'homme l'avancée majeure du texte constitutionnel réside dans le fait que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000 - qui jusqu'à présent, ne faisait pas partie des traités communautaires - est désormais pleinement intégrée au texte de la Constitution européenne dont elle constitue la deuxième partie.²² Il faut souligner que certains des droits de la Charte ne figurent jusqu'ici dans le droit de l'Union qu'en tant que principes généraux du droit, invocables donc uniquement dans le champ d'application du droit de l'Union et non pas de manière indépendante, mais seulement en combinaison avec une norme de droit primaire ou de droit dérivé qui fait figurer

²⁰ Les définitions seront utilisées de manière indistincte et ne devront pas être comprises comme un avis implicite de la CCDH sur la nature juridique du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Voir à ce sujet p. ex. l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2005 sur le Projet de loi portant approbation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, des Protocoles annexés au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, des Annexes I et II et de l'Acte final, signés à Rome, le 29 octobre 2004. No 46.893 - Doc. 5442.

²¹ L'absence de ratification par l'un des États membres aurait pour effet d'interdire l'entrée en vigueur du traité. Dans cette hypothèse, il est seulement prévu que, si deux ans après la signature du traité constitutionnel, les quatre cinquièmes des États membres l'ont ratifié mais que d'autres États membres rencontrent des difficultés pour procéder à la ratification, le Conseil européen « se saisit de la question ». Il pourrait dès lors dégager une solution politique permettant par exemple la mise en œuvre de la Constitution entre les États qui l'auront ratifiée. Voir à ce sujet L. Serena Rossi, *What if the Constitutional Treaty is not ratified?*, juin 2004, http://europa.eu.int/constitution/futurum/analyse/contrib/acad/0048_c13_en.pdf

²² La Partie II n'est cependant pas le seul endroit dans le traité constitutionnel où les droits fondamentaux ou des droits de l'homme au sens large sont mentionnés. Ainsi, le Conseil d'Etat énumère dans son avis les articles additionnels suivants: « Article I-4 Libertés fondamentales et non-discrimination; article I-9 Droits fondamentaux; article I-45 Principe d'égalité démocratique; article I-47 Principe de la démocratie participative; article I-48 Les partenaires sociaux et le dialogue social autonome; article I-49 Le médiateur européen; article I-50 Transparence des travaux des institutions, organes et organismes de l'Union; article I-51 Protection des données à caractère personnel; article I-52 Statut des églises et des organisations non confessionnelles; article III-116 visant à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes; article III-118 invitant à combattre toute forme de discrimination; article III-123 renvoyant à l'article I-4; article III-124 manifestement lié à l'article III-118; article III-126 en rapport avec les élections municipales et européennes, à rapprocher de l'article I-10, paragraphe 2; article III-133 rappelant la libre circulation des travailleurs et le principe de non-discrimination; article III-136 cadrant le domaine de la sécurité sociale dans le contexte de la libre circulation des travailleurs; article III-137 concernant la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre; article III-144 réglant dans le même sens la libre prestation des services; article III-209 détaillant les principes à la base de la politique sociale; article III-292 qui en fait de même à l'égard de « l'action de l'Union sur la scène internationale » (...). » Il est aussi à relever que le Conseil d'Etat conclut ses remarques sur la Partie II du Traité constitutionnel par la phrase significative suivante : « Toutes les critiques que le Conseil d'Etat a cru devoir émettre à l'endroit de la Partie II du Traité ne doivent en aucun cas ternir la perception positive qu'auront aux yeux des citoyens européens la consécration juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union et l'adhésion de cette dernière à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ce sont deux accents à forte connotation symbolique susceptibles de rapprocher l'Union de ses citoyens. »

une telle situation comme relevant, *rationae materiae*, du droit européen.²³ D'autres droits fondamentaux repris dans la Charte sont fondés sur le traité de l'Union européenne ou sur le Traité de Rome.²⁴ Une troisième catégorie correspond à des garanties²⁵ reconnues dans le droit dérivé de l'Union, en particulier par les directives adoptées en matière sociale. Les avantages apparents de la Charte, qui sont la codification et la clarification, l'exhaustivité et l'actualité par son extension à certains droits économiques et sociaux et à des droits nouveaux, seront préservés tout en donnant à ces droits une valeur juridique certaine. L'une des grandes vertus de la « constitutionnalisation » de la Charte réside dans l'émancipation des droits fondamentaux de leur base jusqu'à présent quasi-exclusive en droit communautaire, des principes généraux du droit, qui étaient surtout voués à une simple découverte ou préservation par la jurisprudence des acquis européens en matière de droits fondamentaux²⁶. Comme il a déjà été indiqué, la Charte inclut différentes sortes de droits qui atteindront donc un niveau constitutionnel au plan européen, si la Constitution européenne est adoptée :

- des droits civils et politiques proprement dits, qui reprennent pour l'essentiel les droits inscrits dans la Convention européenne du Conseil de l'Europe des droits de l'homme et s'inspirent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et/ou de la jurisprudence de la CJCE;
- des droits liés à la citoyenneté européenne, reconnus par les traités depuis Maastricht;
- des droits sociaux inspirés de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe et l'égalité entre hommes et femmes; et
- des droits « de nouvelle génération » liés entre autres à la bioéthique, à la protection des données personnelles, à la protection de l'environnement et des consommateurs.

Les avancées de la Charte sont maintenant incluses dans le corps de la Constitution européenne et ont vocation d'acquiescer avec cette dernière **une valeur juridiquement contraignante. Ainsi, lorsque les États membres auront ratifié le texte, les droits qui y sont énumérés pourront-ils être invoqués en justice à l'encontre des actes des institutions communautaires, ainsi qu'à l'encontre des actes adoptés par les États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit communautaire.** Ils seront ainsi interprétés par les juridictions de l'Union et des États membres.

²³ P. ex. le droit à la dignité humaine, le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne et les droits figurant dans le chapitre intitulé « Justice ».

²⁴ P. ex. la liberté du citoyen de l'Union de rechercher un emploi dans un autre État membre, l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins et l'ensemble des droits figurant dans le chapitre intitulé « Citoyenneté ».

²⁵ P. ex. les droits figurant dans le chapitre intitulé « Solidarité » ; droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, protection du travailleur en cas de licenciement, etc.

²⁶ B. Lebaut-Ferrarese/M. Karpenschif, La « constitutionnalisation » de la charte : un acte fondamental pour l'Union européenne, in : C. Philip/P. Soldatos (éd.), La Convention pour l'avenir de l'Europe – Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, Bruxelles 2004, p. 124 (153). Voir aussi F. Moysse, Une avancée modérée pour les droits de l'homme in : Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur Nr. 244 (mars 2005), 35 ss.

Certains problèmes d'application et/ou d'interprétation en relation avec les droits fondamentaux peuvent néanmoins être relevés avec l'espoir que ces derniers seront toujours résolus en donnant le plus de force et d'applicabilité possible aux droits fondamentaux :

(a) *Le « champ d'application » du droit de l'Union et des droits fondamentaux*

L'article II-111 de la Constitution européenne dispose que : « 1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution. 2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution. » L'intégration de la Charte a préservé l'intégrité de ses clauses substantielles (chapitres I à VI), mais a notamment modifié l'article 51 de la Charte (cf. 2^{ème} phrase de l'article II-111 de la Constitution européenne) sur le champ d'application en y ajoutant des précisions supplémentaires, afin que le domaine d'application du droit européen et les compétences de l'Union ne soient pas étendues.

En ce qui concerne les compétences de l'Union, G. de Burca note qu'il est d'une certaine façon inévitable que les droits de la Charte, inclus dans le corps de la Constitution européenne, influencent d'une certaine façon l'interprétation des tâches mais aussi des pouvoirs de l'Union.²⁷ Dans ce contexte, il faut notamment souligner que le domaine des compétences partagées entre l'Union et les États membres est assez vaste et que l'Union dispose de manière générale d'un nombre de possibilités afin d'activer et réaliser les principes et valeurs inscrites dans la Charte. Il est à espérer que l'insertion de la Charte dans la Constitution européenne « l'encouragera naturellement à les utiliser. »²⁸

(b) *La distinction entre « droits » et « principes »*²⁹

²⁷ « It seems simply inevitable (...) that the existence and the incorporation of the Charter will influence the nature and interpretation of EU tasks and powers, although in subtler ways than the bold notion of 'establishing new power' suggests. The explicit articulation for the first time in the basic EU constitutional treaty of any array of fundamental rights seems unlikely not to 'modify' the way other aspects of the EU's powers and tasks are construed, at least by the Court of Justice if not by other actors. » G. de Búrca, *Fundamental rights and citizenship*, in : B. de Witte (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, EUI 2003, p. 21.

²⁸ Cf. O. de Schutter, *Les droits fondamentaux dans le projet européen*, in : O. de Schutter/P. Nihoul (ed.), *Une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles 2004 p. 81 (105 ss.). O. de Schutter mentionne un certain nombre d'exemples : ainsi l'article III-124 1. de la Constitution européenne dispose que « Sans préjudice des autres dispositions de la Constitution et dans les limites des compétences que celle-ci attribue à l'Union, une loi ou loi-cadre européenne du Conseil peut établir les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » et permettra ainsi à l'Union de mettre en pratique l'article relatif à la non discrimination contenu dans la Charte.

²⁹ O. de Schutter, *op. cit.* 2004, p. 110 ss. Voir aussi CNCDH (France), *Décision sur la place des droits fondamentaux dans la future Constitution européenne du 18 septembre 2003*.

Selon l'article II-112 5. de la Constitution européenne : « *Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes.* » Les principes contenus dans la Charte des droits fondamentaux se présentent principalement comme des objectifs généraux et imposent dans ce contexte plutôt des obligations de moyen que de résultat.

Selon la doctrine, deux lectures de cet article sont cependant possibles. Une interprétation littérale limiterait l'invocabilité d'un « principe » au seul cas où une mesure de droit européen a été prise par l'Union ou par un Etat membre afin de le mettre en œuvre. Une deuxième interprétation serait de reconnaître aux « principes » une justiciabilité limitée. Selon cette approche, ces derniers pourraient servir de « boucliers » afin de faire obstacle à l'adoption de certains actes de l'Union ou des Etats membres, mais ne pourraient toujours pas être invoqués devant le juge afin de réclamer l'adoption de certaines mesures déterminées à l'effet de les concrétiser. Cette dernière interprétation, plus généreuse, serait plus en accord avec les intentions des rédacteurs de la Charte. On pourrait donc ainsi relativiser l'idée d'une prétendue « injusticiabilité » absolue des « principes » qui les distinguerait fondamentalement des « droits ». Reste à mentionner que les articles relevant de l'une et de l'autre de ces catégories ne peuvent pas être définitivement déterminés en établissant des listes concrètes et la jurisprudence devra ainsi les identifier au cas par cas. Tant que la frontière entre les deux catégories reste floue, on peut espérer que les prétendus « principes » seront progressivement concrétisés en droits aussi bien par les actions de l'Union que par la jurisprudence des tribunaux.³⁰

(c) *Limitations et interprétation des droits fondamentaux*

Comme on vient de le souligner, la Charte a entre autres pris pour exemple le texte de la CEDH pour les droits qui y sont également énumérés, mais l'a souvent modifié afin de le rendre plus simple, plus actuel, et parfois plus large. Les limitations éventuelles aux droits garantis par la Charte ne sont pas énumérées article par article, comme dans la CEDH, mais sont énoncées dans une disposition générale (l'article 52 de la Charte et l'article II-112 de la Constitution européenne), sans que soient énumérés de manière limitative les fondements de ces limitations. Cela présente en même temps des avantages et

³⁰ O. de Schutter, op. cit. 2004, p. 112 s.. Voir aussi G. de Burca, op. cit. 2003, p. 24: « Further, the polarisation of the notions of justiciability and non-justiciability underlying the proposed amendment reflects a simplistic and legally unsophisticated understanding of the function and operation of a Charter of Rights such as this. (...) the complaint has more usually been that the ECJ does not 'take rights seriously' in the sense that it has only extremely rarely struck down any provision of EU law, other than individual administrative or staff actions, for violation of human rights. Instead, the articulation of legal rights in a text such as the ECHR and now the EU Charter is much more likely to continue to function as a source of values and norms other than those set out in the other Treaties, to influence the interpretation of EU legislative and other measures, and to feed into policy-making and into EU activities more generally. And it is unlikely that the ECJ's role and approach in relation to these values and norms will change very much from the approach it has demonstrated to date with other fundamental rights and norms derived from the ECHR and national constitutional law. »

des inconvénients à la vue de la complexité du système des limitations. Comme les limitations possibles aux droits fondamentaux n'ont pas vraiment changé lors de la « constitutionnalisation » de la Charte, il ne sera pas utile d'expliquer plus en détail ces aspects de l'article II-112 de la Constitution européenne.³¹

Selon l'article II-113 « aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres. » Il est à espérer qu'en vertu de cette disposition, la CJCE continuera à adopter une approche ouverte en matière de protection des droits fondamentaux et à se référer aux principes généraux de droits et de normes internationales, qui tendent à protéger des droits qui ne sont pas explicitement dans la Charte, même si la Charte restera le point de référence primaire et principal en la matière. Selon l'article II-112 7., les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres. Ces commentaires sont reproduits dans une déclaration annexée à la Constitution européenne. Sur le fond, ces explications de nature technique ne devraient pas altérer le contenu de la Charte. Elles n'ont pas en soi de valeur juridique mais constituent un outil d'interprétation destiné à éclairer les dispositions de la Charte. Ces dernières restent en principe juridiquement contraignantes pour l'Union, ses institutions, agences et organes, ainsi que pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.³²

³¹ Cf. G. Braibant, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Témoignage et commentaires de Guy Braibant, Paris 2001 ; sur l'article 52 de la Charte voir notamment p. 253 ss.

³² Dans son avis précité, le Conseil d'Etat relève cependant à juste titre une certaine ambiguïté suscitée par des dispositions relatives aux explications « officielles » des droits fondamentaux : « Selon le Préambule à la Partie II, « la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne ». L'Article II-112, paragraphe 7 renchérit en stipulant que « les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres ». Sont ici visées les explications figurant à la Déclaration n° 12 qui en modère toutefois la portée en disant que « bien que ces explications n'aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte ». Faut-il être de mauvaise foi pour se demander ce que cela signifie? Les juridictions visées sont-elles maintenant ou ne sont-elles pas obligées de prendre en considération ces explications? La réponse ne coule pas de source. (Sur ces ambiguïtés, voir: « L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne », par Fabienne Turpin, RTDE 2003, pages 631-632) ». Il reste à noter que cette ambiguïté représente un problème mineur qui pourra certainement être adéquatement résolu par la jurisprudence des tribunaux.

3. La relation entre le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme³³

La Convention européenne des droits de l'Homme, signée à Rome le 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe, a fondé un système original de protection internationale des droits de l'Homme en offrant aux individus le bénéfice d'un contrôle judiciaire du respect de leurs droits. La CEDH a été ratifiée par tous les Etats membres de l'Union. L'idée d'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH a souvent été évoquée mais dans un avis du 28 mars 1996, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a précisé que la Communauté ne pouvait pas adhérer à la CEDH car le traité CE ne prévoyait aucune compétence pour édicter des règles ou conclure des accords internationaux en matière des droits de l'homme. Pour ce qui est des relations entre les Cours de Luxembourg et de Strasbourg, la pratique développée par la CJCE d'intégrer certains principes de la CEDH dans le droit de l'Union, a permis de préserver la cohérence de leurs travaux ainsi que leur indépendance. En tant que Convention protectrice des droits de l'Homme, la CEDH n'a pas besoin pour être applicable d'être introduite dans l'ordre interne par une disposition spéciale. En pratique, en dehors des États dualistes comme les pays scandinaves, le Royaume-Uni ou l'Irlande - c'est-à-dire où les normes internationales n'ont de valeur qu'au niveau interétatique - la CEDH a été intégrée directement dans l'ordre juridique interne des États, à des rangs différents. Au Luxembourg, les dispositions de la CEDH sont en principe d'effet direct.³⁴ Il est à souligner que par sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg a contribué efficacement à une dynamisation du droit communautaire et des droits nationaux en matière de droits de l'homme.

La Constitution européenne permettrait maintenant à l'Union d'adhérer à la CEDH : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution.* » (article I.9, § 2). En principe, il n'y a rien de contradictoire entre le fait de signer la CEDH et celui d'intégrer la Charte dans le droit européen, même si cela avait certains effets sur les rôles respectifs de la CJCE et de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

(a) *L'interprétation de la Charte selon la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*

Le préambule de la Charte dispose que « *la présente Charte réaffirme, (...) les droits qui résultent notamment (...) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...)* ainsi que de la jurisprudence (...) de la Cour européenne des droits de l'Homme (...) » L'article II-112, § 3 dispose quant à lui que « *3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de*

³³ Voir récemment P. Pescatore, La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux : enquête sur un problème virtuel, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2003 n°466 p. 151 ss. et J.-P. Costa, La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, *EUI Working Paper Law No. 2004/5*, mars 2004.

³⁴ Conseil d'Etat, 21 mars 1990 n°8300 ; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 31 mars 1993, *Bulletin des droits de l'homme*, n° 1, 1993, p. 107 (note L. Weitzel). Voir aussi Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (11^e chambre) du 6 avril 2000 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 851 (note D. Spielmann).

l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

Ainsi, lorsque certains droits proclamés par la Charte ont leurs équivalents dans la CEDH et qu'ils sont sujets à interprétation, celle-ci devra se faire en conformité avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme sur laquelle elle a construit sa jurisprudence.

(b) *Position du Conseil de l'Europe et du Parlement Européen face à la Constitution européenne*

Par lettre du 22 septembre 2003, le Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a demandé à la Commission de Venise, sur la base du paragraphe 5 de la Résolution 1339 (2003) de l'Assemblée parlementaire³⁵, d'élaborer un avis sur les implications d'une incorporation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans une Constitution européenne du point de vue de la CEDH et sur la perspective d'une adhésion de l'Union européenne à cet instrument. La Commission de Venise parvient notamment aux conclusions suivantes : « 82. L'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH semble donc être la clé qui permettra de garantir l'uniformité requise dans l'interprétation et l'application de dispositions similaires de la CEDH et de la Charte et par conséquent d'assurer l'efficacité du système de Strasbourg. 83. L'adhésion semblerait en effet, la conséquence logique du fait que la Communauté et l'Union européennes évoluent en des structures de plus en plus comparables à celles d'un Etat fédéral. A cet égard, la Charte aurait le même rôle que les catalogues de droits fondamentaux contenus dans les Constitutions nationales et la CJCE le même rôle que les juridictions nationales suprêmes. 84. L'adhésion ne mettrait en péril ni le principe de l'autonomie du droit communautaire ni le monopole de son interprétation, qui appartient à la CJCE. (...) 87. Outre que par l'adhésion, la cohérence normative entre Luxembourg et Strasbourg serait améliorée par l'introduction de la possibilité pour la Cour de Luxembourg de demander des décisions préjudicielles à la Cour de Strasbourg concernant l'interprétation de la CEDH. 88. Des contacts réguliers et des échanges de vues entre les deux cours seraient sans doute très utiles. 89. En attendant l'adhésion, il serait utile d'introduire la possibilité pour la Cour de Luxembourg de demander des avis consultatifs à la Cour de Strasbourg. »³⁶

Suite à une adhésion de l'Union Européenne à la Convention, la CJCE pourrait alors, entretenir avec la Cour des Droits de l'Homme des rapports plus ou moins analogues à

³⁵ Résolution 1339 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « Conseil de l'Europe et Convention sur l'avenir de l'Europe » Cf. point 5 : « 5. L'Assemblée reste préoccupée par l'idée que l'incorporation sous une forme juridiquement contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le projet de Constitution conduira à une dualité des normes en matière d'interprétation de la CEDH. Elle décide de soumettre ce motif d'inquiétude à la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) pour analyse et réponse prochaine. » <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/TA03/FRES1339.htm>

³⁶ **CDL-AD(2003)022** Avis sur les implications d'une Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne juridiquement contraignante sur la protection des Droits de l'Homme en Europe adopté par la Commission de Venise lors de sa 57e session plénière (Venise, 12-13 décembre 2003). [http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD\(2003\)022-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD(2003)022-f.asp)

ceux qu'ont avec elle les pouvoirs judiciaires nationaux des Etats membres du Conseil de l'Europe.

De son côté, le Parlement Européen considère que par l'adhésion, la relation de la Cour de Luxembourg avec la Cour européenne des droits de l'homme « serait exactement la même que celle des juridictions nationales suprêmes ou des cours constitutionnelles qui reconnaissent le rôle de [cette] Cour dans le contrôle de la cohérence et de la compatibilité avec les règles paneuropéennes en matière de droits de l'homme » et qu'ainsi « l'Union serait directement représentée devant la Cour ». Le Parlement reconnaissait aussi « la bonne collaboration qui existe déjà entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme »³⁷. Le 12 janvier 2005 le Parlement Européen soulignait encore l'avancée pour les droits de l'homme et pour les citoyens qui résulterait de l'adhésion de l'Union à la CEDH.³⁸

La CCDH, de même que le Parlement Européen, se féliciterait de l'accroissement et du renforcement des droits fondamentaux qui résulteraient de cette adhésion³⁹ et qui représenteraient une avancée pour les droits de l'homme et une sécurité juridique accrue pour les citoyens.

4. Un exemple : la politique d'immigration et d'asile

(a) Vers une politique commune en matière d'immigration et d'asile

On remarque que le texte du traité constitutionnel affiche l'ambition d'une politique commune en matière d'immigration et d'asile⁴⁰, alors que le traité instituant la communauté européenne n'évoque pas ce vocabulaire, préférant le terme de « mesures » à prendre dans les différents domaines. Au même titre, il faut saluer la terminologie de statut uniforme d'asile ou de protection subsidiaire, de système commun ou de procédure commune. Cette terminologie n'est pas neutre et on trouve là une nouvelle ambition différente de celle contenue auparavant dans le traité. Il faut souligner l'importance du chemin parcouru depuis le traité de Rome (traité CE de 1957) qui ne mentionne même pas les ressortissants de pays tiers.

Ensuite, le texte de la future Constitution européenne parle de normes et non plus de normes minimales, comme le traité CE qui a servi de cadre juridique aux directives adoptées jusqu'à présent en la matière. C'est donc sur ce plan que la Constitution européenne élargirait clairement les compétences par rapport au traité d'Amsterdam.

³⁷ Points X, Y, Z et 11 de la résolution sur l'impact de la Charte et son futur statut ; 2002/2139(INI)

³⁸ Point 5 b) de la résolution sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe ; 2004/2129(INI).

³⁹ Voir aussi les documents présentés et établis lors du Symposium des juges - Luxembourg, 16 septembre 2002 - Convention des Droits de l'Homme et Charte de l'Union Européenne des Droits Fondamentaux ; <http://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Evenements/2002-09-Symposium-Juges/>; voir aussi l'avis précité du Conseil d'Etat : « Par contre, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne ne devient pas parfaite avec l'entrée en vigueur du Traité. Cette adhésion est d'abord subordonnée à une ouverture en ce sens de la Convention de Rome. Dans ce but, l'article 17 du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, amendant le système de Contrôle de la Convention et signé à Strasbourg, le 13 mai 2004, tend à compléter l'article 59 de cette Convention par un nouveau paragraphe 2 stipulant que « l'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ». Tous les problèmes ne sont pas pour autant résolus (Voir en ce sens l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2005 sur le projet de loi n° 5423 afférent, de même que le Protocole n° 32 annexé au Traité, C310/378). »

⁴⁰ On se trouve ici d'une terminologie proche des conclusions de la présidence du conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

(b) *L'évolution du cadre institutionnel*

L'impulsion de la Constitution européenne pour les contours des politiques d'immigration et d'asile n'est pas à négliger. Quel impact la Constitution européenne aura-t-elle sur le processus d'harmonisation qui reste possible là où le texte de la Constitution européenne ne l'exclut pas expressément ? Quelle impulsion peut-on attendre pour développer une politique commune ? Cette question est à mettre en rapport avec l'évolution du cadre institutionnel.

Si la Constitution européenne entrait en vigueur, il convient d'ores et déjà de retenir que toutes les propositions en matière d'asile et d'immigration seront adoptées conjointement par le Conseil (par un vote à la majorité qualifiée) et par le Parlement européen - en lieu et place de la situation actuelle d'un vote à l'unanimité au sein du Conseil alors que le Parlement européen n'a qu'un rôle consultatif. Les Etats membres n'auront plus le droit d'opposer leur veto en matière de JAI (Justice et affaires intérieures). Par ailleurs, la Cour de justice européenne aura compétence préjudicielle. Il faudra suivre de près l'évolution de la jurisprudence en matière de politique d'immigration et d'asile à partir du moment où la CJCE aura compétence en ces matières. Si ce processus décisionnel et juridictionnel est déjà applicable à partir du 1^{er} janvier 2005 dans les domaines en question, avec l'adoption de la Constitution européenne, il s'étendra aussi au point clé de l'immigration légale.

(c) *L'importance de veiller à l'articulation du droit communautaire et de sa mise en œuvre avec le texte et l'esprit de la Constitution européenne*

On ne peut qu'être frappé par le décalage qui peut exister, à l'heure actuelle, entre, d'une part, ces lignes d'orientation et objectifs et, d'autre part, le contenu des directives adoptées ou en voie d'adoption en la matière. Tout d'abord, les instruments de droit communautaire en la matière portent sur des normes minimales et s'apparentent à des textes qui semblent éviter le rapprochement des législations ou des pratiques administratives au niveau de l'asile et de l'immigration. Sous ce double angle, on est donc loin d'une politique commune⁴¹. Une des conséquences en est qu'on se trouve devant des textes techniques, dans lesquels on ne trouve plus guère l'ambition politique affichée par les chefs d'Etat et de gouvernement au Conseil européen de Tampere. Il a fallu attendre le texte de la Constitution européenne afin de rappeler ces objectifs politiques. L'établissement de normes communes de standard élevé sur lesquelles devrait se baser une politique commune en matière d'immigration et d'asile demande toute notre vigilance.

⁴¹ Plusieurs techniques d'échappatoires sont en effet utilisées dans les directives : On remet certaines dispositions dans le préambule des directives (il y a souvent plus de considérants que d'articles), les directives sont assorties de déclarations du Conseil ou d'Etats membres relatives à l'interprétation de certains textes, il existe des dérogations taillées sur mesure (p. ex, l'article traitant des conditions d'intégration dans la directive sur le regroupement familial), intégration de concepts ambigus dans le texte des directives (ex. : article 15 C de la directive qualification), renvoi au droit national concernant l'accès à l'emploi des demandeurs d'asile, introduction de dispositions juridiquement non contraignantes (clauses facultatives), possibilité pour les Etats de prévoir des dispositions plus favorables, voir : Réseau Odysseus, 3^{ème} Congrès européen des juristes spécialistes des questions d'immigration et d'asile en Europe, Politique européenne d'immigration et d'asile, Evaluation 1999-2004, Paris, 10-11 juin 2004.

Le texte du traité constitutionnel évoque l'Union européenne comme un espace de liberté, de sécurité et de justice, appelé à fonctionner dans le respect des droits fondamentaux. On peut s'interroger sur le fait de savoir si la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice répond toujours, et de manière suffisante, à cette orientation.⁴² Ainsi peut-on se demander si certaines dispositions des directives européennes en matière d'asile respectent la Convention de Genève. En particulier, il convient de mentionner les dispositions relatives au « pays tiers sûr » ou à la « protection à l'intérieur du pays »⁴³, contenues dans la proposition de « directive procédure »⁴⁴ et la « directive qualification »⁴⁵.

La problématique est aussi particulièrement manifeste si certains droits ne sont pas clairement mentionnés dans la Charte, comme c'est le cas du droit au regroupement familial, même si l'article II-69 relatif au droit de se marier et de fonder une famille est à situer aussi par rapport à l'article 8 de la CEDH. A l'heure actuelle, le texte de la Constitution européenne traite du regroupement familial uniquement en termes de mesures à prendre⁴⁶. La directive sur le regroupement familial a été adoptée le 22 septembre 2003⁴⁷. Le 22 décembre 2003, le Parlement européen a introduit un recours⁴⁸ contre le Conseil de l'Union européenne devant la Cour de Justice des Communautés européennes considérant que plusieurs dispositions sont inacceptables et violent les droits fondamentaux à la vie familiale et à la non-discrimination tels qu'ils sont garantis par la CEDH. Il s'agit entre autres de la possibilité prévue pour les Etats membres de soumettre, sous certaines conditions, le regroupement familial des enfants de plus de 12 ans à des conditions supplémentaires.

⁴² La même remarque est valable pour les directives dans ce domaine en ce qui concerne l'articulation entre les considérants, d'une part, et les articles, d'autre part. Si le rappel d'une clause constitutionnelle avait pu donner le cadre de l'action législative, il n'est pas sûr, en revanche, qu'un tel rappel, à lui seul, aurait suffi pour garantir la cohérence des articles des directives avec le texte de la Constitution. Il aurait sans doute fallu avoir, en plus et au moment des négociations des directives, des lignes d'orientation concernant tel ou tel concept ou la formulation de telle ou telle règle.

⁴³ Voir l'avis de la CCDH sur le projet de loi 5437 relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection d'avril 2005, chiffre 13, p.18-19.

⁴⁴ Proposition de directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres.

⁴⁵ Directive 2004/83/CE du conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

⁴⁶ L'article III-267, paragraphe 2a ne fait que reprendre un paragraphe du traité CE.

⁴⁷ Directive 2003/86/CE du conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

⁴⁸ JO C 47 du 21.2.2004, p.22. Ce recours vise l'annulation, en application de l'article 230 CE des § 1 (dernier alinéa) et 6 de l'article 4 et de l'article 8. Cf. Article 4§1 (dernier alinéa) : Par dérogation, lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'Etat membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive ; Article 4§6 : Par dérogation, les Etats membres peuvent demander que les demandes concernant le regroupement familial d'enfants mineurs soient introduites avant que ceux-ci n'aient atteint l'âge de 15 ans, conformément aux dispositions de leur législation en vigueur à la date de la mise en œuvre de la présente directive. Si elles sont introduites ultérieurement, les Etats membres qui décident de faire usage de la présente dérogation autorisent l'entrée et le séjour de ces enfants pour d'autres motifs que le regroupement familial ; Article 8 : Les Etats membres peuvent exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant une période qui ne peut dépasser deux ans, avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. Par dérogation, lorsqu'en matière de regroupement familial, la législation existant dans un Etat membre à la date d'adoption de la présente directive tient compte de sa capacité d'accueil, cet Etat membre peut prévoir d'introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille.

(d) *Quelle concrétisation du principe de solidarité en matière de politique migratoire?*

Malgré l'affirmation de la solidarité comme principe de base (article III-268), on ne trouve plus dans la Constitution européenne de trace sur les mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées et supporter les conséquences de cet accueil (actuel article 63§2b du traité CE).

Dans ce contexte, il faudra aussi être vigilant par rapport à la concrétisation de la définition des ressources financières de l'Union. Finalement, d'après le texte, les législations en matière d'intégration continuent à relever du droit national, ce qui n'empêche pas que des futures lois européennes puissent établir des mesures pour appuyer l'action des Etats membres qui favorisent l'intégration des ressortissants de pays tiers. On rappelle dans ce contexte le récent accord intervenu par le Conseil JAI du 19 novembre 2004 sur des principes communs en matière d'intégration.

Le texte laisse apparaître un important point de crispation autour de l'immigration de travail,⁴⁹ en réservant aux Etats nationaux de fixer les volumes d'entrée des travailleurs migrants. Il faudra sans doute mettre ce point en relation avec le fait qu'avec l'approbation de la Constitution européenne, le mécanisme de décision passerait de l'unanimité à la majorité qualifiée.

5. Culture des droits fondamentaux et fondement des actions de l'Union européenne

(a) *Culture commune des droits fondamentaux et citoyenneté européenne*

La Constitution européenne fonde et consacre aussi et surtout une communauté de valeurs. La construction politique européenne repose en effet sur le partage de valeurs communes, qui sont désormais clairement énoncées dans le texte de la Constitution européenne. Le respect de ces valeurs conditionne l'adhésion et l'appartenance à l'Union. Dans ce contexte, la valorisation évidente de la protection des droits fondamentaux dans la Constitution européenne devrait maintenant constituer la pierre angulaire d'un véritable *ius commune europaeum*.⁵⁰

En outre, comme il a déjà été souligné, la Constitution européenne rassemble des droits spécifiques qui s'attachent à la « **citoyenneté européenne** » : (i) le droit de libre circulation et de libre séjour; (ii) le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales; (iii) le droit de bénéficier de la protection diplomatique et consulaire; (iv) le droit de pétition devant le Parlement européen et de s'adresser au médiateur européen; et (v) le droit d'écrire aux institutions et aux organes consultatifs dans une des langues de la Constitution européenne et de recevoir une réponse dans la même langue. Par ailleurs, la Constitution européenne définit un **droit d'initiative citoyenne** qui permettra à un million de citoyens de l'Union, issus d'un nombre significatif d'Etats membres, d'inviter la Commission à soumettre une

⁴⁹ On rappelle que, sur ce point très précis, la proposition de directive réglant les conditions de l'immigration économique a échoué.

⁵⁰ Cf. p. ex. P. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in : *EuGRZ* 1991, p. 261 ss. réimprimé dans P. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden 1997.

proposition législative. Il est important de comprendre que la citoyenneté de l'Union s'ajoute ainsi à la citoyenneté nationale mais ne la remplace pas.

Dans ce même contexte, on relèvera encore que le préambule de la Charte affirme que les **valeurs**, sur le partage desquelles se fonde un avenir pacifique entre les peuples de l'Europe, leur sont communes. Elles sont :

- La dignité humaine,
- La liberté,
- L'égalité,
- La solidarité,
- La démocratie,
- Le principe de l'Etat de droit⁵¹

Le préambule retient ensuite que l'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes, ne laissant ainsi nul doute sur la responsabilité de chacun des Etats-membres, de lui aussi, contribuer, dans sa sphère de compétences et dans le cadre de son identité nationale, à la préservation et au développement de ces valeurs communes. Il est encore à noter qu'à plusieurs reprises, la Charte proclame la reconnaissance et le respect de l'Union de certains droits, invitant ainsi les Etats membres à continuer de les promouvoir et les protéger ou, pour ceux qui n'auraient pas encore introduit ces droits dans leur ordre juridique, à les consacrer. On citera pour exemples la liberté et le pluralisme des médias (article II-71, § 2), la diversité culturelle, religieuse et linguistique (article II-82), le droit à la dignité et à la participation à la vie sociale et culturelle des personnes âgées (article II-85), le droit pour les handicapés de bénéficier de mesures assurant leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté (article II-86).

Mais une culture commune des droits fondamentaux ne se développe pas seulement par l'adoption d'un traité constitutionnel. Ainsi, la CCDH souligne-t-elle qu'une **éducation** en matière de « droits de l'homme » - notamment dans les écoles - devra accompagner des avancées législatives et jurisprudentielles dans ce domaine. Une éducation fondée sur les droits fondamentaux et une « instruction civique européenne » s'occupera notamment à transmettre les acquis en matière de droits fondamentaux aux jeunes citoyens européens.

(b) *Incidence sur les droits constitutionnels des pays membres ?*

Quand la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ceux-ci « doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions » (article II-112-4). « Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte » (article II-112-6). Les alinéas précités de cet article semblent constituer une exception au principe de la primauté de la Constitution européenne et du droit de l'Union sur le droit des Etats membres

⁵¹ Article I-2 « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

(article I-6).⁵² Mais les relations entre un « droit constitutionnel européen » et les droits constitutionnels nationaux se sont avérées et s'avèreront plus complexes.⁵³

Comme il a été relevé plus haut, en vertu de l'article II-111 1. de la Constitution européenne, les dispositions de la Charte ne s'adressent qu'aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. Comme le remarquent Ingolf Pernice et Ralf Kanitz, il sera cependant surprenant que les citoyens des États membres - dont les catalogues constitutionnels de droits fondamentaux sont du moins partiellement moins protecteurs - comprennent qu'un standard plus élevé de protection des droits de l'homme s'applique seulement dans le cas où leur droit national met en oeuvre le droit européen : « *The question is whether the “double standard” in the area of fundamental rights finds acceptance with the citizens of the European Union in the long run. They will hardly accept that a given action of a Member State is subject to two distinct standards of fundamental rights depending on whether or not the Member State implements European Union law. How to explain to a citizen that only because his case falls outside the scope of European Union law, his rights would be secured - or vice versa.* »⁵⁴

Par le passé, l'influence positive de la jurisprudence de la CJCE en matière des droits de l'homme ou de droits fondamentaux par le biais des « principes généraux du droit communautaires » a été soulignée par la doctrine luxembourgeoise. Ainsi, il a été retenu que les principes généraux développés dans le cadre de l'ordre juridique communautaire, et dont ces principes sont considérés comme formant partie intégrante, ont certainement influencé le droit luxembourgeois.⁵⁵ On ne peut qu'espérer, comme le font les auteurs précités, que les « *national courts will tend to construe national fundamental rights in accordance with the Charter and the standards developed by the ECJ.* » En effet les articles I-58 et I-2 devraient inciter les tribunaux nationaux à s'inspirer de niveau de protection des droits de l'homme tel que préconisé par la Constitution européenne.

(c) *Perspectives juridiques et politiques*

Comme il a été expliqué plus haut, les droits fondamentaux ne devraient pas seulement être compris comme des limites imposées aux mesures et aux actions des institutions européennes et des États membres appliquant le droit européen – c'est-à-dire dans leur fonction négative évitant des « Grundrechtseingriffe », comme dit la doctrine constitutionnelle allemande - mais aussi dans leur valeur positive. Ainsi, les droits fondamentaux peuvent orienter le droit positif, notamment dans le domaine où l'Union est compétente pour prendre des initiatives législatives. De cette façon, l'Union pourrait et devrait prendre des mesures positives notamment dans des

⁵² F. Mayer, La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne, RTDE 39 (2003), p. 175 et WHI-Paper 11/03, juin 2003.

⁵³ Cf. p.ex. les jugements du Bundesverfassungsgericht BverfGE, 73, 339 Solange II et BverfGE, 102, 147, Bananenmarktordnung. Voir aussi, C. Grewe, Le « traité de paix » avec la Cour de Luxembourg, l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relative au règlement de la banane, RTD eur. (2001) 1.

⁵⁴ I. Pernice/R. Kanitz, Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe, WHI-Paper 7/04, mars 2004.

⁵⁵ F. Schockweiler, Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois, in : Mélanges dédiés à Michel Delvaux, Luxembourg 1990, p. 211 ss.

domaines où les disparités entre les protections nationales des droits fondamentaux seraient flagrantes.

Dans son rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2000) (2000/2231(INI)), le Parlement européen avait recommandé la mise en réseau d'experts faisant autorité en matière de droits fondamentaux afin que ceux-ci puissent évaluer la mise en œuvre de chacun des droits énoncés dans la Charte. Ce « Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux » a été créé en septembre 2002 et le 31 mars 2003 il a présenté son premier « Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres en 2002 ». Ce rapport représente une synthèse des rapports nationaux établis par chacun des experts et contient des recommandations à l'intention des institutions et des États membres.⁵⁶ Ainsi, les rapports du réseau de l'Union des experts indépendants sont susceptibles de donner des indications importantes sur les domaines où l'Union pourrait agir, sous condition que ces domaines entrent dans ses compétences. Sachant que les experts s'appuient partiellement sur des informations reçues entre autres par les instances nationales, les Commissions nationales consultatives des droits de l'homme et la société civile, la Charte acquiert ainsi une valeur pratique et aurait vocation à développer une dynamique communautaire indéniable dans la matière des droits fondamentaux.

On pourrait encore citer l'article III-260 de la Constitution européenne qui préconise que « *le Conseil des ministres, sur proposition de la Commission, peut adopter des règlements ou décisions européens établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent chapitre [Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice], en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen, ainsi que les parlements nationaux des États membres, sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation.* » Comme le précise O. de Schutter, de telles dispositions pourraient faire en sorte que la Charte et les valeurs y consacrées pourraient être utilisés comme base d'une « *surveillance que chaque Etat membre exerce sur tous les autres avec lesquels il partage un espace commun de liberté, de sécurité et de justice.* »⁵⁷ Ce sera aussi le cadre dans lequel les États membres doivent pouvoir être en mesure de faire régner la confiance entre eux par un standard de protection des droits fondamentaux digne d'une Union politique.

⁵⁶ Pour le « Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003 » Réf. : CFR-CDF.rapUE.2003, voir http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/report_eu_2003_fr.pdf Pour le « Rapport sur la situation des droits fondamentaux au Luxembourg en 2004 », présenté par François Moysse, voir réf. CRF-CDF/LU/2004. Le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Le Réseau présente des rapports sur la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union.

⁵⁷ O. de Schutter, op. cit. 2004, p. 116. Voir aussi, O. de Schutter, The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination, Jean Monnet Working Paper 07/04.

(d) *Une politique européenne basée sur les droits fondamentaux*

Après ce rapide survol des avancées confirmées et possibles en matière des droits fondamentaux par l'adoption de la Constitution européenne, on peut encore souligner que le processus de construction de l'Union est évolutif, ce qui peut donner une utilité non encore concevable aux droits fondamentaux de la Constitution européenne. De plus, on peut voir dans l'incorporation de la Charte dans la Constitution européenne un nouveau fondement d'une société européenne fondée non seulement sur des politiques économiques communes, mais aussi sur la citoyenneté et les droits fondamentaux. Espérons et exigeons que les politiques européennes prendront ces droits comme valeurs et comme guide même des actions et de la politique de l'Union européenne et comme devant orienter la construction de l'Union dans son ensemble.

La CCDH sera particulièrement attentive à ce que notamment la mise en œuvre du droit communautaire par l'Etat luxembourgeois respecte le standard établi par la Charte. De toute façon, la « constitutionnalisation » des droits fondamentaux devrait être vue non seulement comme une avancée juridique dans les limites du droit européen, mais aussi comme une promesse politique pour l'avenir de l'Union européenne, des Etats membres et des citoyens européens.

* * *

La Commission consultative des Droits de l'Homme du Luxembourg (la « CCDH ») a délibéré sur cet avis de manière générale lors de ses réunions plénières des 10 juillet, 12 juillet, 20 septembre et du 6 décembre 2004 et de manière plus spécifique lors de ses réunions plénières des 24 janvier et 7 mars 2005.

Le projet d'avis fut préparé par un groupe de travail *ad hoc* de la CCDH au cours de plusieurs réunions et adopté lors de la réunion plénière de la CCDH le 26 avril 2005.

Commission Consultative des Droits de l'Homme

L'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux

Étude

Luxembourg, décembre 2005

Table des matières :

1. Intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux.....	69
1.1. Une question de droit.....	69
1.2. La notion d'intégration.....	69
2. Le droit international.....	71
2.1. L'obligation pour l'Etat d'assurer une éducation pour tous.....	71
2.2. L'obligation pour l'Etat de faire bénéficier l'enfant handicapé d'une éducation et d'une formation appropriées.....	71
2.3. L'obligation pour l'Etat de respecter le droit des parents.....	72
2.4. L'obligation pour l'Etat de prendre en considération l'opinion de l'enfant.....	72
3. Le contexte législatif national.....	73
3.1. La loi scolaire de 1912.....	73
3.2. La loi de 1973 sur l'Éducation Différenciée.....	73
3.3. La loi de 1994 modifiant celles de 1912 et de 1973.....	74
4. Etat des lieux.....	78
4.1. Les sources.....	78
4.2. La pratique de l'intégration au Luxembourg.....	79
4.2.1. Efforts entrepris par la société civile et le Gouvernement.....	79
4.2.2. Critiques.....	80
5. Recommandations.....	91

1. L'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux

1.1. Une question de droit

La Commission Consultative des Droits de l'Homme (CCDH) s'est saisie elle-même du dossier de l'intégration des enfants à besoins spéciaux, parce que l'enjeu dont il s'agit touche aux droits fondamentaux de la personne humaine et met en cause les fondements mêmes d'une société qui se veut démocratique.

L'intégration ou la non intégration des enfants à besoins spéciaux est liée à un concept de société. Comme l'a formulé, avec à-propos, la Grande-Duchesse Maria Teresa dans son allocution de Noël 2003 : « D'Integratioun vun onse behënnerte Matbirger an ons Gesellschaft ass a bleift nämlech en Uleies, un deem e Land kann a muss gemooss ginn ».

En démocratie, tous les membres de la société, sans distinction aucune, ont même dignité et jouissent des mêmes droits. Le principe de non-discrimination ne permet pas qu'une certaine catégorie de citoyens, du fait de leurs déficiences par exemple, soit privée de l'exercice de ses droits fondamentaux. En effet, ces droits ne sont pas des privilèges que l'État pourrait accorder ou retirer à ses ressortissants selon son bon plaisir. Bien plus, l'État a l'obligation de créer les conditions indispensables pour garantir l'exercice effectif de ces droits, en l'occurrence, du droit à l'éducation, qui est un droit fondamental de la personne humaine. À ce titre, l'intégration d'enfants à besoins spéciaux dans l'enseignement ordinaire n'est pas une affaire de charité, mais une question de droit effectif.

C'est à l'école que doit se faire la socialisation d'enfants d'origines ethniques, de nationalités, de langues, de cultures, de religions ou d'aptitudes différentes. Que dire d'une école qui considère comme trublions des élèves qui ne correspondent pas à la norme, qu'ils soient par exemple hyperactifs, dyslexiques ou... surdoués, et les rejette hors de son enceinte ? L'école, à ce titre, n'est-elle pas l'image de la société ? Or l'école se doit d'être le lieu privilégié où s'apprennent des compétences sociales comme la tolérance, le respect de l'autre, la compassion aussi et la solidarité.

Dans sa préface à la *Déclaration de Salamanque* (juin 1994), Federico Mayor, Secrétaire général de l'UNESCO, appelle à des changements de politique fondamentaux afin de faire avancer l'objectif de *l'éducation pour tous* en promouvant une approche intégratrice des écoles qui doit leur permettre « d'être au service de tous les enfants, et en particulier de ceux qui ont des besoins éducatifs spéciaux ». Conscients du fait que les bons principes ne valent rien s'ils ne sont pas suivis d'actions concrètes, les participants de la *Conférence mondiale sur l'éducation et les besoins spéciaux* réunis à Salamanque du 7-10 juin 1994 ont adopté outre ladite *Déclaration de Salamanque* un *Cadre d'action pour l'éducation et les besoins éducatifs spéciaux*. Le défi à relever est de taille : il s'agira de développer « une stratégie éducative globale », de mettre en œuvre « de nouvelles politiques économiques et sociales », de réformer l'école ordinaire pour qu'elle devienne véritablement *UNE ÉCOLE POUR TOUS*.

1.2. La notion d'intégration

Remarquons d'abord que l'usage fait communément de la notion même d'intégration pose problème. « Intégrer » signifie selon *Le Petit Robert* « faire entrer dans un ensemble en tant que partie intégrante ». On ne saurait donc parler d'intégration qu'à propos de ce qui d'abord n'a pas été partie intégrante d'un ensemble. Or, s'agissant d'enfants à besoins spéciaux, qui oserait affirmer que ces enfants ne sont pas partie de l'ensemble de la société ? Le principe d'intégration est donc un principe discutable : si, au sein d'une même communauté, on parle d'intégration, ne

faut-il pas dire alors qu'elle obéit au principe de ségrégation ? Cependant, quand on aborde le problème d'un point de vue historique, il faut se rendre à l'évidence que la personne handicapée a été longtemps stigmatisée, écartée, voire rejetée hors de la société des gens dits « normaux ». La loi scolaire de 1912 qui bannit de l'école « les enfants atteints d'infirmités intellectuelles » porte un éloquent témoignage sur les mentalités de l'époque.

Quand on parle aujourd'hui d'intégration, de quoi parle-t-on au juste ? Parle-t-on de la seule intégration scolaire ou parle-t-on, plus généralement, de l'intégration sociale ? Nous pensons que l'on ne saurait parler de l'une sans parler de l'autre, qu'il n'y a d'intégration sociale sans intégration scolaire et vice-versa. Toutefois, quand dans la suite, il sera question d'intégration, c'est à l'intégration scolaire que nous penserons essentiellement. De plus, notre avis se limitera à l'intégration d' « enfants à besoins éducatifs spéciaux », c'est-à-dire d' « enfants et adolescents dont les besoins découlent de handicaps ou de difficultés d'apprentissage » (Déclaration de Salamanque, p.6.) tout en incluant les enfants présentant des troubles du comportement.

Quand, au Luxembourg, on utilise le terme d'intégration, on se réfère au fait qu'un enfant handicapé suit l'enseignement régulier dispensé dans une école publique, tout en bénéficiant d'un appui de la part du Service rééducatif ambulatoire (SREA), quelle que soit par ailleurs la façon dont il participe à l'enseignement. Selon les communes, les classes dites d'intégration sont confiées soit à deux enseignants soit à un enseignant assisté par un intervenant du SREA. À côté, il y a des centres de l'Éducation différenciée qui comprennent des classes dites de cohabitation.

Enfin, nous estimons que ce serait arrogance de notre part de vouloir nous prononcer de façon définitive sur le modèle d'intégration le plus approprié aux intérêts de l'enfant. Il existe, en effet, une pluralité de formes de besoins spéciaux qui peuvent demander des réponses différentes. Notre seul souci, ici, est de nous faire les porte-parole à l'égard du Gouvernement des critiques relatives à la politique d'intégration dont nous avons été saisis et d'en tirer quelques conclusions sur ce qui pourrait être amélioré.

La complexité et l'importance du dossier expliquent, pour une part sans doute, le temps exagérément long mis par les auteurs pour élaborer le présent avis. Conscients des limites qu'il comporte, ils n'en expriment pas moins le ferme espoir qu'il sera dûment pris en considération par les instances politiques concernées et qu'il contribuera à améliorer tant soit peu la condition aussi bien scolaire que sociale des enfants à besoins éducatifs spéciaux et, par voie de conséquence, de tous les enfants.

Afin de mieux cerner le problème de l'intégration des enfants à besoins spéciaux, nous avons jugé indispensable de poser dans la suite quelques jalons du droit international qui nous semblent les plus importants en la matière.

2. Le droit international

2.1. L'obligation pour l'État d'assurer une éducation pour tous

L'obligation pour l'État d'assurer une éducation pour tous les enfants, quels que soient leurs aptitudes et besoins, est inscrite depuis longtemps dans les grands textes du droit international.

Ainsi la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948 affirme que « toute personne a droit à l'éducation... » et que celle-ci « doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine... » (article 26). L'engagement pris par la communauté internationale d'assurer l'application universelle de ce droit, indépendamment des différences individuelles, a été renouvelé lors de la *Conférence Mondiale sur l'Éducation pour Tous* de 1990.

La *Convention relative aux droits de l'enfant* reconnaît « le droit de l'enfant à l'éducation » et demande à l'État partie de prendre des mesures « en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur base de l'égalité des chances » (article 28).

Le protocole additionnel à la *Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* – protocole adopté en 1952 – stipule à son tour que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'éducation ».

La *Charte des droits fondamentaux de l'Union* incluse dans le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* affirme que « toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue » (article II-74). Elle interdit « toute discrimination fondée notamment sur ... un handicap... » (article II, 81).

2.2. L'obligation pour l'État de faire bénéficier l'enfant handicapé d'une éducation et d'une formation appropriées

Aux termes de l'article 23 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, les enfants mentalement ou physiquement handicapés ont le droit de bénéficier de soins spéciaux ainsi que d'une éducation et d'une formation appropriées pour leur permettre de mener une vie pleine et décente, dans la dignité, et pour parvenir au degré d'autonomie et d'intégration sociale le plus élevé possible. Le paragraphe 3 précise que l'aide dont ils bénéficieront doit être gratuite dans la mesure du possible et qu'elle doit être conçue de telle sorte qu'ils « aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, ... à la préparation à l'emploi ... » dans le but d'« assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel... ». Les États parties s'engagent dans l'article 2 « à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment ... de leur incapacité ».

La *Charte des droits fondamentaux de l'Union* énonce en son article II-86 que « l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté. »

2.3. L'obligation pour l'État de respecter le droit des parents d'assurer l'éducation de l'enfant selon leurs convictions personnelles

Il est remarquable que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* déjà reconnaît aux parents, « par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants » (article 26, paragraphe 3).

L'article 2 du *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* dispose que « l'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

De même, la *Convention relative aux droits de l'enfant* affirme que « les États parties respecteront ... le droit qu'ont les parents ou, le cas échéant, ... les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention » (article 5).

Enfin, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union* énonce que « le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques » est respecté « selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » (article II,74, paragraphe 3). Il semble donc que la *Charte*, tout en élargissant le champ d'application de ce droit des parents par rapport à la *Convention européenne*, en limite en même temps la portée en faisant état de particularités nationales.

2.4. L'obligation pour l'État de prendre en considération l'opinion de l'enfant

L'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* demande aux États parties de garantir « à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant » et affirme que « les opinions de l'enfant sont dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité. »

La *Charte des droits fondamentaux de l'Union* reprend à son compte ce droit en reconnaissant que les enfants « peuvent exprimer leur opinion librement » et que « celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité » (article II,84, paragraphe 1).

3. Le contexte législatif national

3.1. La loi scolaire de 1912

La loi du 19 août 1912 introduit le principe de l'obligation scolaire pour tous les enfants âgés de six ans révolus. Le législateur de l'époque dispose toutefois qu'il peut y avoir des dérogations à ce principe en cas d'infirmité physique, alors que « les enfants atteints d'infirmités intellectuelles ne sont pas admissibles à l'école ».

Les communes étant chargées de l'organisation de l'enseignement primaire, c'est au pouvoir communal de décider de l'admission à l'école d'un enfant atteint d'infirmité physique ou intellectuelle.

3.2. La loi de 1973 sur l'Éducation différenciée

La loi du 14 mars 1973 « portant création d'instituts et de services d'éducation différenciée » demande à l'État de veiller « à ce que tout enfant qui en raison de ses particularités mentales, caractérielles ou sensorielles, ne peut suivre l'enseignement ordinaire ou spécial, reçoive dans le cadre de l'Éducation différenciée, l'instruction que requièrent son état ou sa situation » (article 1^{er}). La même loi déclare, en effet, que tous les enfants, quelle que soit la nature de leur infirmité, physique ou intellectuelle, « sont soumis à l'obligation scolaire » (article 3).

De nouveaux services sont créés afin de permettre une prise en charge différenciée d'enfants à besoins spéciaux. L'organisation et la gestion de ces services ne relèvent plus des communes, mais sont placées sous l'autorité de l'État. Trois ministères différents sont conjointement chargés de l'exécution de la nouvelle loi : l'Éducation nationale pour l'aspect éducatif, la Santé publique pour l'aspect médical, la Famille pour l'aspect familial et social. Mais comme le département de l'Éducation différenciée est du ressort de l'Éducation nationale, c'est cette dernière qui veille pratiquement seule à l'application du texte.

La loi de 1973 marque un progrès décisif par rapport à la loi de 1912. Elle reconnaît, en effet, que certains enfants ont des besoins spéciaux et exigent une prise en charge spécifique, à la fois en termes d'infrastructures et en termes d'encadrement pédagogique. L'Éducation différenciée est supposée répondre à cette exigence.

En ouvrant aux enfants à besoins spéciaux et à leurs parents la voie de l'éducation différenciée, le législateur, certes, n'exclut pas la possibilité pour un enfant à besoins spéciaux d'être admis dans l'enseignement ordinaire. Mais en parlant à ce propos de « transfert » (article 12), il valorise la voie de l'éducation différenciée au détriment de la voie normale qu'eût été l'admission de l'enfant à besoins spéciaux dans l'enseignement ordinaire. Il préconise ainsi pour l'enfant handicapé une voie à part des autres enfants, celle de l'éducation différenciée. Les parents qui voudraient que leur enfant soit scolarisé avec tous les autres enfants se voient contraints d'adresser à cet effet une demande à la Commission médico-psycho-pédagogique (CMPP) nationale créée aux termes de la loi de 1973, la décision finale revenant au ministre de l'Éducation nationale.

En résumé, la loi de 1973 a l'immense mérite d'introduire la scolarité obligatoire pour tous les enfants, quels que soient leurs capacités et besoins, mais en préconisant pour les enfants à besoins spéciaux la voie de l'éducation différenciée de préférence à celle de l'intégration, elle reste en deçà des attentes liées au modèle intégratif d'*UNE ÉCOLE POUR TOUS*.

3.3. La loi de 1994 modifiant et complétant celles de 1912 et de 1973

3.3.1. La loi de 1994 : un progrès indéniable

La loi de 1994 marque par rapport à la loi de 1973 un nouveau progrès indéniable sur la voie de l'intégration puisqu'elle offre à tous les enfants, quelles que soient « leurs particularités mentales, caractérielles, sensorielles ou motrices » la possibilité de fréquenter « une classe de l'éducation préscolaire ou d'une classe de l'enseignement primaire » (article 2). Elle est, en ce sens, l'expression de la volonté de ne plus stigmatiser les enfants affectés d'un handicap et de promouvoir leur épanouissement dans le contexte intégratif d'une classe normale.

Par rapport aux lois précédentes, la loi de 1994 introduit un véritable changement de paradigme : elle reconnaît explicitement que certains enfants ont des « besoins éducatifs spéciaux » et que l'instruction de ces enfants demande des approches pédagogiques et didactiques différenciées. Elle affirme, tout à la fois, le droit à l'éducation pour tous et le droit à la différence individuelle.

De plus, l'article 1^{er} de la loi stipule que c'est seulement « sous l'approbation de l'éducation nationale » que « le conseil communal peut... décider l'exclusion de l'école d'un enfant dont l'infirmité est tellement grave qu'il ne peut suivre les cours scolaires ou dont la présence constitue une grave perturbation de la vie scolaire ».

Cependant, la nouvelle loi ne vise pas la suppression des services de l'Éducation différenciée créés par la loi de 1973, mais elle se propose de tirer profit au maximum des compétences construites au cours de plus de vingt ans d'existence de ces services. Elle introduit pour les enfants à besoins spéciaux une alternative et prévoit qu'ils reçoivent « soit l'instruction appropriée dans un centre ou institut de l'éducation différenciée, soit l'aide et l'appui individualisé par un service de l'éducation différenciée dans le cadre d'une classe de l'éducation préscolaire ou d'une classe de l'enseignement primaire » (article 1^{er}). L'Éducation différenciée est redéfinie « comme institution d'aide, d'assistance et d'appui éducatifs et pédagogiques » (cf. l'exposé des motifs du projet de loi).

En fait, aux termes de la nouvelle loi, quatre possibilités sont offertes aux enfants à besoins spéciaux : 1. le maintien, comme par le passé, dans les structures spécialisées de l'Éducation différenciée, 2. la scolarisation dans une institution privée au Grand-Duché ou à l'étranger, 3. la fréquentation d'une classe de l'enseignement ordinaire (préscolaire, primaire ou post-primaire), 4. la scolarisation, à titre principal, dans une institution de l'Éducation différenciée et, complémentirement, dans une classe de l'enseignement ordinaire (solution mixte).

3.3.2. L'intégration : un droit

La loi de 1994 instaure l'intégration comme un droit. Elle marque donc la fin, du moins en principe, de l'époque où « l'intégration (devait) être négociée entre les parents, les enseignants et tous les professionnels qui interviennent auprès (des) enfants » affectés d'un handicap (cf. l'exposé des motifs du projet de loi). Jusque là, l'admission d'un enfant dans une classe de l'enseignement ordinaire se réglait au cas par cas et dépendait de l'énergie et de l'habileté des parents à négocier celle-ci, comme du bon vouloir des professionnels concernés. Or, aux termes de la nouvelle loi, l'intégration cesse d'être une possibilité parmi d'autres, elle est affirmée comme un droit de la personne handicapée.

3.3.3. Le droit des parents de choisir la voie de l'intégration

Le texte de la loi de 1994 est clair : ce sont « les parents ou la personne investie de l'autorité parentale, qui décident parmi les possibilités que leur offre l'article 3 alinéa 2 précité » (article 2, point 5). Il revient certes à la Commission médico-psycho-pédagogique (CMPP) de faire examiner l'enfant par des experts, de faire entendre les parents par des personnes qualifiées et d'émettre une proposition d'orientation au vu d'un rapport établi par ces personnes, mais le pouvoir de la décision finale appartient aux parents.

M. Jean-Louis Chapellier note dans son Rapport⁵⁸ qu'en conséquence de la loi de 1994, le rôle de la CMPP a été considérablement modifié : d'un lieu de décision, elle est devenue, avant tout, un lieu de réflexion, de conseil, de suggestion.

Afin de mettre en lumière les nombreuses difficultés auxquelles se heurte aujourd'hui l'application de la loi de 1994, il nous paraît intéressant de jeter un coup d'œil sur les discussions qui ont précédé le vote définitif de cette loi à la Chambre des Députés.

3.3.4. La controverse relative au principe de l'autorité parentale

C'est le principe de l'autorité parentale qui, à l'époque, avait été à l'origine d'une très vive controverse.

Afin de « valoriser la volonté parentale », le projet de loi avait assurément permis aux parents d'exprimer une préférence, mais avait réservé au ministre le droit de décider en dernière instance de l'orientation d'un enfant « au cas où la personne ayant la garde de l'enfant refuse de se conformer à la proposition d'orientation émise par la commission (article F. du projet de loi). En effet, « la volonté des parents n'est pas nécessairement identique avec le plus grand bien de l'enfant », comme le constatait l'exposé des motifs.

De même, le Collège des inspecteurs avait demandé dans son avis de « ne pas faire des parents « la dernière instance » ». De son côté, le Conseil supérieur des personnes handicapées, sans mettre en cause la procédure de décision retenue par le projet de loi, avait seulement estimé « nécessaire de prévoir un recours contre la solution d'orientation préconisée par la commission médico-psycho-pédagogique ». Quant à elle, la Commission de l'Education nationale instaurée par la Chambre de Députés avait estimé qu'« il ne faut ... pas faire de la volonté parentale un critère décisif en matière d'intégration. Il n'est en effet que trop compréhensible que bon nombre de parents auront tendance à être trop ambitieux sur les objectifs scolaires pouvant être atteints par leur enfant ». La même commission avait certes noté que « toute décision sur la forme de la scolarisation de l'enfant est en fin de compte tributaire d'un arbitrage souvent difficile et délicat où tous les partenaires en cause devront prendre leurs responsabilités ». Mais, dans l'ensemble, aucune voix dissonante au chapitre ne s'était fait entendre jusqu'au jour où le Conseil d'Etat exprima son avis.

Le Conseil d'Etat fit d'abord remarquer qu'en vertu de la loi du 6 février 1975, « les droits relatifs à l'éducation de l'enfant appartiennent non pas à la personne ayant la garde de l'enfant, mais aux

⁵⁸ Jean-Louis Chapellier : Evaluation de la pratique d'intégration scolaire au Grand-Duché de Luxembourg. Points de vue, constats, recommandations. Rapport final, mai 1999. Étude commanditée par Madame M.-J. Jacobs, Ministre aux Handicapés et aux Accidentés de la Vie.

Toutes les fois que nous mentionnerons dans la suite le nom de M. Jean-Louis Chapellier, nous nous référerons à ce rapport.

parents ou à la personne investie de l'autorité parentale. Il observa ensuite que les dispositions de l'article F. du projet de loi « dans la mesure où elles enlèvent aux parents ou à la personne investie de l'autorité parentale le droit de décider eux-mêmes de l'enseignement et de l'éducation à donner à leur enfant, sont contraires aux articles 372 et 387-9 à 387-22 du code civil et risquent de violer des droits des parents tels qu'ils sont inscrits à l'article 2 du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Il soulève enfin la question de principe de savoir « si l'État peut s'arroger à l'égard des parents d'enfants handicapés plus de droits d'intervenir dans l'éducation de ces enfants qu'il n'en a à l'égard d'autres enfants ».

Ce furent ces observations du Conseil d'Etat qui firent en sorte que l'article 10 de la loi de 1994 fut voté par la Chambre des Députés dans sa version définitive.

3.3.5.. Préalables de l'application de la loi de 1994

On peut observer d'une manière générale que, si l'on veut changer un état de choses peu satisfaisant, il ne suffit pas de faire voter une loi, il faut encore réfléchir aux conditions préalables de l'application de la loi et, surtout, s'en donner les moyens. Inscrire un droit dans un texte de loi est une chose, créer les conditions nécessaires pour sa mise en pratique en est une autre.

Dans son avis au projet de loi, le Conseil d'État avait déjà noté qu'« il est dans l'intérêt des enfants handicapés ... que (l') intégration soit bien préparée. Tout échec d'un projet d'intégration sera d'autant plus grave qu'il risque de mettre en cause une intégration ultérieure dans la vie professionnelle ».

Or, il faut reprocher à la Chambre des Députés d'avoir voté une loi en méconnaissance des implications qu'elle comporte et à l'État d'avoir mal préparé la mise en œuvre de cette loi.

Pourtant, les avertissements adressés en ce sens au gouvernement n'avaient pas fait défaut à l'époque.

Ainsi, le Conseil supérieur de l'Éducation nationale avait rendu attentif au « fait que cette intégration et cette assistance ne pourront être réalisées dans des conditions optimales pour toute la classe que si, parallèlement, on crée les structures et les infrastructures adéquates et si on prévoit une formation initiale et continue du personnel, des effectifs pas trop élevés ainsi qu'un cadre pluridisciplinaire élargi ».

Pour sa part, la Commission de l'Éducation nationale avait demandé « de prévoir certaines mesures d'accompagnement indispensables en vue d'améliorer la préparation et la sensibilisation des enseignants de l'enseignement primaire à la problématique de l'encadrement pédagogique des enfants handicapés ».

Le Conseil d'État, quant à lui, avait été clair et net en écrivant : « Le Conseil d'Etat aurait préféré que le ministère de l'Education nationale eût procédé en cette matière d'une manière plus pragmatique en créant ou en multipliant les classes pilotes favorisant l'intégration d'enfants handicapés. Ces classes existent çà et là. Il est regrettable que le projet ne relate pas les conclusions qu'il faille tirer de ces expériences. Il aurait ainsi été plus facile de déterminer le nombre maximum admissible des enfants handicapés par classe, les méthodes de travail à envisager, la préparation indispensable des enseignants, le genre et l'intensité de l'appui à envisager de la part de l'éducation différenciée, la collaboration avec les parents. Il aurait été utile

de savoir s'il est nécessaire d'apporter des aménagements particuliers aux immeubles existants qui sont loin d'être tous adaptés aux besoins notamment des enfants handicapés moteurs. Quel sera finalement l'équipement spécial dont les classes d'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire doivent être dotées ? »

Il regrette enfin que « le projet reste muet sur les dépenses budgétaires éventuelles que comporte ce changement de politique. »

Toutes ces réflexions amènent le Conseil d'État à « adopter à l'égard du ... projet (de loi) une attitude très réservée... »

Consciente des difficultés soulevées par la mise en œuvre de la loi de 1994, Mme M.-J. Jacobs, Ministre aux Handicapés et aux Accidentés de la Vie, fit appel en 1998 à un expert externe, afin de faire une évaluation de la pratique d'intégration scolaire au Luxembourg. M. Jean-Louis Chapellier, l'expert en question, présenta son rapport en mai 1999, formulant à l'adresse du gouvernement luxembourgeois un certain nombre de recommandations, 22 en tout, afin de faciliter l'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux.

4. État des lieux

4.1. Les sources

Afin de préparer son avis, la sous-commission « Éducation » a cherché à réunir le plus d'informations possible, informations puisées à des sources les plus variées possible. Aussi, de février 2003 à septembre 2004, a-t-elle procédé, sous le sceau de la confidentialité, à un certain nombre d'auditions de personnes ayant une connaissance approfondie du dossier de l'intégration d'enfants à besoins spéciaux ; elle s'est penchée sur le Rapport final soumis par l'expert Chapellier et en a examiné les conclusions ; elle a lu attentivement le courrier des lecteurs très abondant publié dans la presse nationale au cours des dernières années – l'intégration des enfants à besoins spéciaux y étant l'objet d'un large débat contradictoire, passionné et passionnant – ; elle a consulté les Rapports 2003 et 2004 soumis par l'« Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand » (ORK) ; elle a pris en considération les réponses du Gouvernement aux questions parlementaires relatives à l'intégration.

De février 2003 à septembre 2004, la sous-commission a interrogé, dans l'ordre, les personnes suivantes :

Mme Jetty Ury-Entringer et M. Paul Dumont, représentants de l'association « Elteren a Pedagoge fir Integratioun »

Mme Marianne Vouel, directrice de l'Éducation différenciée

M. Michel Staff, éducateur au Centre de propédeutique professionnelle de Walferdange

M. Claude Schmit, secrétaire de la Fondation Autisme Luxembourg

M. Jean-Louis Chapellier, auteur du rapport commandité par Mme M.-J. Jacobs sur la pratique de l'intégration scolaire au Luxembourg

Mme Simone Heinen, inspectrice générale de l'Enseignement primaire

Mme Marie-Jeanne Helbach, chargée de direction du Centre d'Éducation différenciée d'Esch-sur-Alzette

M. Christian Wolzfeld, chargé de direction du Centre de l'Éducation différenciée de Luxembourg

M. Lucien Bertrand, chargé de direction du Service rééducatif ambulatoire

M. Philipp Scott, président d'Info-handicap

M. Jacques Schloesser, chargé de direction du Service d'intervention précoce orthopédagogique

Mme Marie Anne Rodesch-Hengesch, présidente de l'« Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand »

Pour composer l'état des lieux qui suit, la sous-commission a recueilli un grand nombre de témoignages émanant de différents acteurs, parents et professionnels. Nous présentons ces témoignages ci-dessous sous forme de constats synthétiques qui décrivent la situation de l'intégration sous l'angle de vue de leurs auteurs et qui ne sauraient en aucun cas être considérés comme reflétant une position de la CCDH.

4.2. La pratique de l'intégration scolaire des enfants à besoins spéciaux au Luxembourg

4.2.1. « La société civile et le gouvernement font d'importants efforts »

- En 2003/2004, 775 élèves ont été pris en charge dans des centres spécialisés de l'Éducation différenciée, 569 élèves ont bénéficié d'un appui en classe de la part du Service rééducatif ambulatoire, 3279 enfants troublés du langage écrit et oral ont été signalés au Centre de Logopédie, 58 enfants présentant des déficiences visuelles ont bénéficié d'un accompagnement de l'Institut pour déficients visuels. (« Chiffres clés de l'Éducation nationale. Statistiques et indicateurs 2003-2004 », mai 2005)
- Au cours de l'année scolaire 2001/2002, 442 enfants entre 3 et 15 ans étaient pris en charge dans des centres de l'Éducation différenciée, ce qui représentait 0,75 % d'un total de 59.120 enfants scolarisés. Il est intéressant de noter à ce propos que les pays de l'Union européenne où le pourcentage est inférieur à 1 % sont classés parmi les pays très intégratifs.
- On peut dire qu'en règle générale, le gouvernement n'est pas avare des moyens qu'il met à disposition pour développer les infrastructures, qui doivent sans doute être comptées parmi les meilleures en Europe.
- Le Ministère de l'Éducation nationale organise de nombreuses formations afin d'améliorer la compétence des enseignants et du personnel éducatif en matière d'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux et de leur permettre, par exemple, de reconnaître plus rapidement différents troubles ou déficiences susceptibles de ralentir les apprentissages de base. Il faut dire aussi qu'au cours des six dernières années de nombreux colloques, conférences et séminaires ont été organisés par les différents ministères à l'intention des enseignants des différents ordres d'enseignement. Même si de nombreux enseignants critiquent le caractère lacunaire de cette formation, ils disposent de nombreuses possibilités pour compléter leurs connaissances dans le cadre de formations continues.
- De fait, quelles que soient les difficultés auxquelles ils doivent faire face, beaucoup d'enseignants font preuve d'un engagement exemplaire, prenant l'initiative de s'informer par eux-mêmes sur les différents handicaps et sur les pédagogies à mettre en œuvre dans chaque cas. Les inspecteurs interrogés par l'expert Chapellier ont constaté un remarquable effort des enseignants en faveur de l'intégration ; les cas de refus signalés à l'inspection seraient pratiquement inexistantes.
- Il convient de relever que le gouvernement et les communes s'engagent parfois dans des échanges transfrontaliers ou des collaborations avec d'autres pays, en particulier, avec des écoles ou des universités. À travers ces échanges on vise un transfert d'informations, l'élaboration de projets communs en matière de pédagogie en faveur d'enfants qui présentent des déficiences, quel qu'en soit le type.

- La création par le Parlement de l' « Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand » (ORK) a apporté un changement important pour la défense des droits des enfants. En effet, par le biais de ses enquêtes et grâce aux prises de position de sa présidente, l'ORK a fait du problème des enfants handicapés un de ses sujets de préoccupation les plus importants. Dans ses Rapports annuels 2003 et 2004, l'ORK consacre des chapitres entiers aux droits fondamentaux des enfants à besoins éducatifs spéciaux et de leurs parents : il a contribué ainsi à stimuler l'intérêt de secteurs plus larges de la société pour le problème.
- Afin d'améliorer la situation des personnes handicapées au sein de la société, de nombreuses lois ont été votées par le Parlement : Depuis juin 2004, les personnes handicapées qui travaillent en atelier protégé ont le statut de salariés, ce qui leur permet une certaine autonomie financière. Tout nouveau bâtiment public doit être conforme à certaines normes d'accessibilité etc.
- Au cours des dernières dix années, de nombreuses associations se sont créées au sein de la société civile afin d'apporter une aide aux enfants et aux adultes handicapés ainsi qu'à leurs parents. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter le *GUIDE DU HANDICAP* édité par l'a.s.b.l. Info-Handicap, qui représente un grand nombre d'organisations actives dans le domaine du handicap. Cette association fait un travail considérable dans le domaine de l'information et de la sensibilisation de l'opinion publique aux problèmes des personnes handicapées, comme elle l'a fait notamment dans le cadre de l'Année européenne des personnes handicapées (2003). Signalons, dans le même ordre d'idées, que l'ONG Fairness a produit un CD ROM destiné aux parents et aux enseignants à des fins d'information sur la dyslexie et la dyscalculie.
- De nombreuses ONG ont élaboré des dispositifs permettant de prendre en charge des enfants handicapés et leurs familles, aussi bien dans le cadre de structures ambulatoires que stationnaires. Il faut souligner que certains projets n'ont vu le jour que grâce au dynamisme de ces associations qui, confrontées à la souffrance des familles, ont mis en place, les uns des lieux de vie, les autres des structures de soutien ou de prise en charge. L'engagement de nombreux professionnels a été exemplaire à cet égard.

4.2.2. Les critiques

4.2.2.1. « Le principe de l'autorité parentale n'est pas respecté »

- Des parents se sont plaints que le principe de l'autorité parentale en matière d'orientation d'un enfant handicapé ne soit pas respecté et que ce soit la Commission médico-psycho-pédagogique (CMPP) nationale – où les parents ne sont pas représentés – qui décide en fin de compte. Sur la question de savoir si les parents ont le droit de prendre connaissance du dossier relatif à leur enfant, les témoignages recueillis étaient contradictoires : parmi les personnes interrogées, les unes affirmaient que les parents ont ce droit, les autres le niaient catégoriquement. Quoi qu'il en soit, il reste que les parents ne sont pas entendus par la Commission nationale et qu'ils sont informés seulement après que la décision a été prise, de sorte que, bien souvent, ils se sentent exclus du processus de prise de décision. Les désaccords entre parents et CMPP ont été nombreux dans le passé et ont parfois conduit à des démarches judiciaires.

- Pour prouver le fait que la Commission nationale n'est pas infaillible, on a cité le cas d'enfants orientés vers l'éducation différenciée alors que, dans la suite, ils ont bien fait leur chemin dans l'enseignement régulier.
- Des parents se sont plaints d'être souvent traités de manière paternaliste, de ne pas être considérés comme des partenaires compétents lorsqu'il s'agit de décider de l'orientation scolaire de leurs enfants.
- Comment interpréter le principe de l'autorité parentale ? En réponse à une question parlementaire (23/09/03), Mme Brasseur, ministre de l'Éducation nationale, précise que « les parents ont certes le droit d'opter pour l'intégration de leur enfant dans une classe de l'éducation préscolaire respectivement de l'enseignement primaire, mais ils n'ont pas le droit de porter leur choix sur une classe précise, cette décision relevant toujours du domaine des autorités communales ». Or, il semble clair, en effet, que le droit des parents de décider de l'orientation scolaire de leurs enfants ne saurait impliquer celui de porter leur choix sur une classe déterminée.
- On a fait valoir que le principe de l'intégration des enfants à besoins éducatifs spéciaux comporte des limites. Qu'en est-il, a-t-on demandé, d'enfants atteints de handicaps graves ou de plusieurs handicaps, ou encore d'enfants qui souffrent de troubles du comportement tels que la voie de l'intégration n'est guère praticable ? Ne doivent-ils pas être pris en charge dans des structures spécialisées ? Peut-on, dans ces cas-là, maintenir le principe selon lequel la volonté des parents doit l'emporter sur l'avis d'experts pour décider de l'orientation d'un enfant handicapé?
- L'expert Jean-Louis Chapellier pose la question de la décision parentale et écrit : « Toutefois, si nous entendons bien qu'elles sont exceptionnelles, nous savons aussi qu'existent des situations dramatiques où, de l'avis de tous, une décision parentale unilatérale a enfermé tant l'enfant intégré que le groupe classe, l'instituteur et les parents eux-mêmes dans une inacceptable souffrance. Il y a donc lieu de s'interroger sur la nécessité – ou non – d'une instance de régulation ou d'arbitrage ».
- Il faudrait tenir compte aussi de l'avis et de l'intérêt supérieur de l'enfant handicapé lorsqu'il s'agit de décider de son orientation scolaire, ainsi que le prévoit la *Convention relative aux droits de l'enfant*.
- Beaucoup de parents d'enfants à besoins éducatifs spéciaux craignent que la nouvelle loi scolaire ne marque une régression par rapport à la loi de 1994 et n'enlève à la personne investie de l'autorité parentale le droit de décider en dernière instance de l'orientation scolaire de l'enfant handicapé.
- Les membres de la CMPP nationale interrogés par l'expert Chapellier ont fait état de cas où une décision parentale unilatérale a eu pour l'enfant des conséquences néfastes.
- La CCDH a eu connaissance du cas d'un enfant souffrant d'un sévère handicap qui a été placé dans une institution à l'étranger contre la volonté de ses parents suite à une mesure de placement prise à son encontre par le tribunal de la jeunesse. Étant donné que cette mesure de placement entraîne *ipso facto* comme conséquence le transfert de l'autorité parentale à la personne ou à l'institution à laquelle l'enfant est confié, les parents se sont vu enlever, avec d'autres droits et devoirs à l'égard de leur enfant, également le droit de décider par eux-mêmes de son orientation scolaire. Dans le cas précité, les parents ont entamé une procédure en justice pour faire valoir leurs droits.

4.2.2.2. « La politique d'intégration a échoué »

- Le fait qu'au cours des dernières années, l'intégration a été un sujet d'après discussions dans la presse, le fait aussi que les conflits avec les parents d'enfants handicapés se sont multipliés, montrent à l'évidence que la loi de 1994 n'a pas été appliquée correctement et que la politique d'intégration n'a pas atteint ses buts.
- Beaucoup de personnes concernées par la question ont mis en cause un manque de volonté politique de la part des autorités communales ou étatiques.
- La « désintégration » d'un enfant à besoins éducatifs spéciaux, sa prise en charge par un centre de l'Éducation différenciée est vécue par certains parents comme un échec : ils craignent, en particulier, que l'abandon des apprentissages scolaires ne vienne aggraver le handicap. Ils se montrent soucieux à la fois de l'adaptation du programme scolaire au niveau réel de leur enfant et d'une valorisation de ses compétences.
- On a fait remarquer qu'au cas où l'intégration se soldait par un échec, l'expérience vécue par l'enfant à besoins éducatifs spéciaux était souvent pire que s'il avait été d'emblée orienté vers un centre de l'Éducation différenciée, parce qu'il la vivait comme s'il avait été exclu de l'école.
- On a fait observer que, face à la politique d'intégration, le nombre d'enfants fréquentant les centres de l'Éducation différenciée n'a pas diminué ; au contraire, de plus en plus d'enfants présentant des troubles du comportement seraient dirigés vers ces centres.
- L'ORK note dans son Rapport 2003 qu'« à l'heure actuelle l'intégration est l'exception et le placement en milieu spécialisé la règle ».
- Il ne faut pas se leurrer, nous a-t-on averti, au sujet de certaines mesures dites d'intégration qui, parfois, ne seraient que faux-semblants. On a cité les cas d'enfants handicapés qui, bien qu'admis dans l'enseignement régulier, ont été placés par l'enseignant à part des autres élèves et invités à se livrer à un passe-temps quelconque.
- La CCDH a eu connaissance du cas d'un enfant trisomique dont les parents, après avoir essayé tous les modèles éducatifs offerts au Luxembourg (centre d'éducation différenciée, enseignement régulier, classe de cohabitation), n'ont pas trouvé d'autre issue que de placer leur enfant dans un institut à l'étranger.
- Même dans le cas des enfants intégrés, il serait difficile de combattre la stigmatisation, puisque la prise en charge par le personnel du SREA est individuelle et que l'apprentissage se fait dans un contexte non social.
- Selon différentes sources, les conclusions du projet pilote mis en œuvre à l'école du Brill à Esch-sur-Alzette n'ont jamais été tirées, si bien que le projet serait resté lettre morte. L'enthousiasme qui animait au départ enseignants et parents résolus à mettre en pratique la loi de 1994 aurait cédé à un sentiment de résignation face à des problèmes pratiques insurmontables (problèmes causés par le grand nombre d'enfants demandant à être intégrés) et devant le désintérêt des responsables politiques. Le rapport final de l'ISERP attestant la faillite du projet n'a jamais été rendu public, à ce qu'il paraît. En conséquence, le nombre d'enfants placés dans des centres de l'Éducation différenciée aurait à nouveau augmenté.

- Les recommandations de l'expert Jean-Louis Chapellier à l'adresse du Gouvernement à la fin de son Rapport sur la pratique de l'intégration au Luxembourg n'auraient pas été suivies. Une des recommandations formulées par M. Chapellier avait pour objet une réorganisation du SREA, dans un souci d'une plus grande efficacité ; d'autres préconisaient une réorganisation des commissions aussi bien régionales que nationale.

4.2.2.3. « *L'organisation scolaire est déficiente* »

- Contrairement à ce que prévoit la loi de 1994, il paraît que les parents d'enfants handicapés se voient toujours réduits à négocier auprès des autorités communales et auprès d'enseignants « bienveillants » l'admission de leur enfant dans une classe de l'enseignement régulier. Les communes sont certes obligées d'offrir l'intégration, mais celle-ci dépendrait essentiellement de la bonne volonté des enseignants.
- On a soulevé la question de savoir si un enseignant peut refuser d'admettre un enfant handicapé dans sa classe, en arguant par exemple du nombre trop élevé d'élèves ou de la présence d'autres élèves à besoins éducatifs spéciaux (élèves de nationalités différentes, élèves présentant des troubles du comportement...), facteurs qui rendraient illusoire toute chance d'intégration véritable.
- En réponse à une question parlementaire (23/09/03), Mme Brasseur, ministre de l'Éducation nationale, explique qu'« il n'appartient pas aux enseignants de sélectionner les élèves qu'ils pensent leur convenir tout comme il n'appartient pas aux parents ou à leurs enfants de choisir l'instituteur. Il existe une procédure d'organisation scolaire bien déterminée ».
- On s'est demandé selon quels critères se fait la répartition des classes dans l'enseignement préscolaire et primaire. Quel rôle joue le principe d'ancienneté ? C'est en vertu de ce principe, semble-t-il, que l'instituteur peut choisir sa classe, sachant, par exemple, qu'il y aura ou qu'il n'y aura pas d'enfant handicapé. Il est arrivé, nous a-t-on appris, qu'une classe où devait figurer un enfant handicapé a été attribuée en fin de compte à du personnel très jeune, inexpérimenté ou insuffisamment formé.
- Dans certaines communes, des classes de l'enseignement primaire présentent, paraît-il, des effectifs trop élevés (jusqu'à 21) et comprennent quelquefois des enfants de 5 ou 6 nationalités différentes ou encore des enfants affectés de troubles du comportement.
- Selon l'ORK, les disparités quant aux effectifs des classes dans l'enseignement primaire varieraient de 12 à 22 élèves selon les communes (cf. Rapport 2004).
- On a fait remarquer que, souvent, les enseignants qui ont admis un enfant handicapé dans leur classe se sentent insuffisamment aidés et soutenus, que ce soit par les membres de l'inspection, par les services existants ou par les autres enseignants.
- Certains ont exprimé le regret que l'enseignement primaire ne soit pas hiérarchisé et qu'il n'y ait pas de directeur. L'absence de contrôle serait un facteur négatif en matière d'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux.
- On nous a informés que, pour les enfants à besoins éducatifs spéciaux, se pose le problème de la continuité scolaire. Que faire après la sixième année de l'école primaire ? Il n'existe point de structure comparable à la Commission nationale qui réglerait le

passage du primaire au secondaire, encore que la loi de 1994 inclut *expressis verbis* l'enseignement post-primaire.

4.2.2.4. « Les enseignants sont insuffisamment formés »

- La formation pédagogique des futurs enseignants en matière de handicap serait quasi inexistante. Les enseignants formés à l'Université du Luxembourg possèdent un certificat d'études pédagogiques et sont habilités à enseigner en éducation différenciée. Or, il paraît qu'une spécialisation n'a jamais été faite.
- Il semble que, le plus souvent, ce n'est pas mauvaise volonté mais crainte de commettre une erreur qui fait que certains enseignants rechignent à admettre un enfant handicapé dans leur classe. Aussi a-t-on insisté sur la nécessité, pour les enseignants de bénéficier d'une solide formation de base en matière de handicap leur permettant, par exemple, de reconnaître rapidement une dyslexie, une dyscalculie ou encore une hyperactivité et de mettre au point une approche pédagogique appropriée. En effet, bien des enfants courent le risque d'une « désintégration » à la suite de difficultés d'apprentissage ou de la découverte d'une dyslexie.
- Souvent, les enfants atteints de troubles du comportement, notamment les enfants hyperactifs qui présentent le syndrome ADS (Attention Deficit Syndrom), seraient l'objet de préjugés divers de la part d'enseignants ignorants ou mal informés, lesquels mettent sur le compte de la paresse, du manque d'intelligence voire de l'impertinence ce qui relève de la maladie. Il serait capital pour le développement normal de ces enfants qu'ils ne soient pas qualifiés de « Zappelphilipp » ou de « Träumlieschen » par certains enseignants, mais que les déficits comportementaux qu'ils présentent soient clairement reconnus pour ce qu'ils sont, à savoir des symptômes pathologiques.
- Des instituteurs interrogés par l'expert Chapellier ont considéré comme prioritaire et complexe le problème du dépistage d'un handicap et ont regretté le manque de connaissances sur la réalité du handicap de l'enfant – ce qui rend difficile l'évaluation de ses potentialités – tout comme le manque de connaissances « spécialisées ».
- On a déploré le fait qu'au Luxembourg, les enseignants ne sont soumis à aucune obligation de suivre une formation continue dans le domaine pédagogique.
- Le nombre d'enseignants disposés à coopérer au sein d'un projet d'intégration serait plutôt faible.
- Des inspecteurs interrogés par l'expert Chapellier se sont inquiétés de la présence d'enseignants non qualifiés : face à des situations complexes, des « chargés de cours » seraient peu outillés pour répondre aux problèmes concrets posés par l'intégration d'enfants à besoins spéciaux.
- On a critiqué le fait que la formation des enseignants relève de deux ministères différents, ce qui entraverait la coordination harmonieuse des activités, étant donné que le Ministère de la Culture, de l'Enseignement supérieur et de la recherche est responsable de la formation initiale alors que le Ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle est responsable de la formation continue. Cette séparation des ministères rendrait difficile une politique cohérente en matière d'éducation.

- Des enseignants du préscolaire se sont plaints d'avoir été placés devant le fait accompli : invités à admettre un enfant handicapé dans leur classe, alors qu'ils n'avaient pas suivi de formation spéciale, alors qu'on leur refusait même de consulter le dossier de l'enfant, ils se seraient dans la suite retrouvés bien seuls face à des problèmes difficiles à gérer, vu le nombre élevé d'enfants à besoins éducatifs spéciaux à prendre en charge.
- L'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux, a-t-on souligné, demande de la part des enseignants une attitude positive et ne saurait se faire contre leur volonté. Dans tous les cas, l'attitude du personnel enseignant semble cruciale. Et la motivation, si elle ne se décréte pas, pourrait être favorisée par une solide formation pédagogique en matière d'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux et un encadrement adéquat.

4.2.2.5. « *Les différents acteurs sont mal informés* »

- On a jugé indispensable que les enfants « normaux » soient correctement informés sur un handicap que peut présenter un camarade de classe pour qu'ils soient prêts à l'accepter comme un des leurs. Les enfants handicapés, a-t-on souligné, ne veulent pas être traités comme des cas médicaux. Or, à l'école, une éducation portant sur le handicap serait ou bien inadéquate ou ferait totalement défaut.
- L'attitude, positive ou négative, des enfants « normaux » à l'égard d'un enfant handicapé et, par ricochet, le sentiment que peut éprouver celui-ci d'être accepté ou rejeté par le groupe sont, paraît-il, des facteurs déterminants dans le processus de l'intégration sociale.
- Les parents d'enfants « normaux » croient parfois que leurs enfants sont désavantagés, s'ils doivent partager la classe avec un enfant handicapé. Il importerait donc que les parents soient à la fois sensibilisés au problème des enfants handicapés et correctement informés sur la législation existante en la matière.
- En dépit des efforts fournis en ce sens dans le passé, la sensibilisation du grand public aux problèmes des personnes handicapées pourrait être améliorée.
- Des parents ont dénoncé le manque de formation des chauffeurs qui sont chargés d'assurer le transport d'enfants handicapés. On a même parlé d'un véritable scandale du transport des enfants handicapés : durées de trajets injustifiables, absence de personnel d'accompagnement, conditions de voyage qualifiées d'insupportables.

4.2.2.6. « *Les différents services présentent des insuffisances* »

- Le personnel du SREA serait recruté pêle-mêle et serait constitué d'un mélange de membres de professions différentes qui, souvent, manqueraient d'une formation adéquate. Les attentes justifiées de l'école seraient souvent déçues par la faible qualification de certains professionnels.⁵⁹
- L'aide du SREA serait souvent accordée de façon disparate, alors qu'elle devrait être fonction des besoins réels des enfants. Dans un cas précis, le nombre d'heures d'appui

⁵⁹ Entre-temps la loi du 10 août 2005 a amélioré considérablement le statut des membres du personnel du SREA en transformant les contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée, ce qui est la garantie d'une plus grande stabilité des équipes et d'une plus grande continuité dans leurs interventions.

initialement accordées au SREA aurait été réduit arbitrairement de 20 à 12 heures par semaine sur décision d'une Commission régionale.

- Plusieurs intervenants interrogés par l'expert Chapellier ont indiqué des insuffisances au niveau de l'organisation du travail (manque d'informations sur l'enfant, manque d'indications sur le projet d'intervention, manque de travail collectif) ; de plus, ils ont déploré le caractère rapide voire sommaire des procédures de recrutement et, plus fondamentalement, le principe d'une organisation strictement centrée sur la distribution quantitative du soutien.
- L'affiliation du SREA à l'Éducation différenciée a été jugée regrettable : c'est l'école qui devrait être responsable de l'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux. Ce statut ambigu du SREA aurait donné lieu, dans le passé, à des tensions et à des conflits entre les directions de l'Éducation différenciée et le SREA d'une part, entre inspectorat et SREA de l'autre.
- Des instituteurs ont déploré des lacunes dans l'organisation d'un appui qui fût concret et efficace.
- Dans les centres de l'Éducation différenciée, il y aurait un manque d'instituteurs, ce qui porterait préjudice à la progression scolaire des enfants pris en charge.
- Selon le Rapport 2003 de l'ORK, les transports par bus scolaire des enfants fréquentant des centres de l'Éducation différenciée sont souvent annulés, dès les premières gelées, pratique qui crée des situations de détresse aux parents empêchés de vaquer à l'exercice de leur activité professionnelle.
- Les parents d'enfants handicapés recevraient très peu d'aide ou d'information de la part des services qui s'occupent d'enfants en bas âge souffrant de difficultés.
- Selon le Rapport 2004 de l'ORK, le problème des enfants hyperactifs prend une dimension inquiétante : 400 enfants sont examinés en moyenne par an par le Service de Consultation et d'Aide Psychomotrice (SCAP) ; 55 figurent sur une liste d'attente ; en 2004, 850 enfants au moins se sont vu prescrire, sur ordonnance médicale, la Ritaline.
- Selon les membres de la CMPP nationale interrogés par l'expert Chapellier, la Commission n'aurait guère de prise sur le suivi effectif des décisions prises au cas par cas.
- Le rôle de la CMPP régionale a été mis en cause : elle déciderait du nombre d'heures d'appui en classe, sans diagnostic préalable ni indication du genre d'appui.
- Le rôle des inspecteurs dans le processus de l'intégration a été jugé négativement. La fonction de contrôle qu'ils assument ou devraient assumer à l'égard des centres de l'éducation différenciée est perçue comme peu claire.

4.2.2.7. « Il n'existe pas de concept global cohérent en matière d'intégration »

- On a déploré l'absence de concept global national cohérent en matière d'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux. L'intégration d'enfants à besoins spéciaux est un problème d'adultes et demande un diagnostic à la fois pédagogique, psychologique et médical. Il faudrait d'abord se mettre d'accord sur une classification commune : Qu'est-ce

qu'un enfant à besoins éducatifs spéciaux ? Comment distinguer les enfants qui ont des difficultés scolaires de ceux qui sont réellement déficients ? Comment évaluer leurs performances ? Comment assurer qu'ils progressent réellement au niveau scolaire ? Comment améliorer la collaboration entre enseignants et spécialistes ou entre ces acteurs et les parents ? Un tel concept global devrait permettre de déterminer les conditions à mettre en place pour que l'intégration ait des chances de réussir.

- M. Chapellier note que la mise en place d'une politique nouvelle, fondée sur le principe d'intégration scolaire, a créé au sein des structures de l'Éducation différenciée un climat de tension, une sorte de malaise. Il y aurait chez les professionnels de l'Éducation différenciée un questionnement légitime quant à la place des structures spécialisées dans le parcours d'intégration. Ils auraient souvent le sentiment que les expériences et les compétences acquises ne sont pas suffisamment reconnues, alors qu'elles pourraient ou devraient être intégrées dans les pratiques d'intégration (compétences en matière de diagnostic, de pédagogie individualisée, d'intégration sociale des jeunes etc.).
- On nous a signalé que l'évaluation du projet pilote mis en œuvre à l'école du Brill à Esch-sur-Alzette dans des classes d'intégration, si elle avait été prise en considération par les autorités politiques, aurait permis de dégager des conclusions importantes quant à la viabilité d'un projet d'intégration et de répondre à un certain nombre de questions essentielles pour la réussite d'un tel projet : Quelle doit être la compétence à la fois professionnelle et pédagogique des différents intervenants ? Quelles difficultés cause, en particulier, l'intégration d'enfants présentant des troubles du comportement ? Les mesures dites d'intégration sont-elles toujours efficaces : même si l'enfant handicapé est socialement intégré dans sa classe, l'est-il également au niveau de l'enseignement suivi ? Comment évaluer les progrès scolaires réalisés par l'enfant à besoins éducatifs spéciaux ? Quelle valeur attribuer au travail en équipe entre professionnels de formation différente ?
- Les membres de la CMPP interrogés par l'expert Chapellier, tout en reconnaissant la nécessité d'un organe national, ont fait état de la difficulté d'une vision d'ensemble, cohérente et réaliste de la politique d'intégration, étant donné le grand nombre d'acteurs concernés : écoles, services et métiers. Il y a, selon eux, un équilibre à construire entre les commissions régionales et la Commission nationale. Il y aurait surtout un modèle à repenser pour sortir d'une approche axée sur une logique strictement quantitative visant à distribuer des heures d'appui et défendre une approche globale, quantitative dont l'objet est d'accompagner des enfants et leurs familles dans un projet.
- Dans le domaine de la recherche, on a regretté l'absence d'études sur le long terme, la mise en œuvre de projets pilotes, les différents modèles d'intégration ayant donné des résultats contradictoires. On a regretté aussi l'absence d'une pédagogie universitaire susceptible de former des multiplicateurs sur le terrain.

4.2.2.8. « Le système éducatif est trop rigide »

- L'école luxembourgeoise est considérée comme très exigeante, étant donné que l'alphabétisation se fait dans une langue que les enfants ne parlent pas. C'est surtout l'apprentissage des langues, et du français, en particulier, qui est considéré comme un obstacle pour l'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux. La didactique reste centrée sur l'écrit, sur l'orthographe et la grammaire. Les enfants en grande difficulté scolaire sont non seulement les enfants affectés d'un handicap avéré mais aussi les enfants issus de l'immigration et les enfants présentant des troubles du comportement.

- En conclusion des recherches menées par l'ORK, près de 4000 enfants fréquenteraient des établissements scolaires en Belgique, en France ou en Allemagne (cf. Rapport 2004). Parmi les raisons évoquées par les parents pour inscrire leur enfant dans une école à l'étranger, l'échec scolaire au Luxembourg est la première raison citée.
- Le système éducatif luxembourgeois est souvent jugé comme trop rigide, trop sélectif et inégalitaire pour permettre l'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux. La prolifération de structures parallèles (classes d'attente et d'accueil, classes orthopédagogiques ou spéciales) illustre, semble-t-il, les difficultés du système éducatif traditionnel à gérer les problèmes d'enfants qui ne répondent pas tout à fait à la norme. La présence, au sein d'une classe, d'un enfant à besoins spéciaux – d'un enfant trisomique par exemple – qui réclame une aide spécifique de 8 heures par semaine peut constituer un élément de tension et une cause de difficultés. L'inflation de demandes d'assistance en classe en serait un indice supplémentaire.
- Plusieurs facteurs semblent faire obstacle à un changement de la pratique scolaire : un climat assez conservateur d'abord, et la mentalité individualiste des enseignants ensuite. On déplore généralement l'absence d'une culture de la collaboration, la mentalité dominante étant toujours celle du « chacun pour soi ».
- Pour expliquer leurs réticences à accepter un enfant handicapé dans leur classe, les enseignants renvoient souvent aux contraintes du programme scolaire imposé par le ministère de l'Éducation nationale, au risque de perturbation de la tenue normale des cours dû à la présence d'un enfant handicapé, au nombre croissant d'enfants dits « normaux » qui ont à leur tour des problèmes de comportement ou des difficultés d'apprentissage, aux effectifs trop élevés présentés par certaines classes.
- Pour garantir l'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux, des changements s'imposeraient au niveau de l'école : il faudrait passer d'une évaluation négative à une évaluation positive, l'enfant apprenant devrait être au centre des préoccupations, l'enseignement devrait être différencié, adapté à l'enfant, la formation des enseignants, axée exclusivement sur les programmes, devrait être révisée.
- Les programmes des matières à traiter en classe au cours d'une année scolaire semblent être trop contraignants pour laisser une marge de manœuvre suffisante à des mesures d'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux (plans d'étude individualisés etc.).
- Le nombre d'enfants présentant des troubles du comportement ou ayant des difficultés d'apprentissage qui sont orientés vers les centres de l'Éducation différenciée semble aller croissant, alors qu'il serait du devoir de l'enseignement régulier de les prendre en charge. Les enfants présentant des troubles du comportement seraient même automatiquement orientés vers l'éducation différenciée.
- Il paraît que la collaboration au sein des équipes pluridisciplinaires laisse souvent à désirer lorsqu'il s'agit, par exemple, de se concerter, d'établir un plan d'études individualisé, de faire le suivi, de corriger le plan établi au commencement de l'année etc.

4.2.2.9. « *Les moyens sont insuffisants ou inadéquats* »

- Toutes les écoles ne semblent pas encore être munies des infrastructures nécessaires pour permettre une prise en charge adéquate d'enfants à besoins éducatifs spéciaux.
- L'accessibilité de beaucoup de bâtiments publics aussi bien que privés pourrait être améliorée.
- Depuis la création du SREA, le statut de son personnel demeurait précaire, à ce qu'il paraît, et provoquait un va-et-vient constant parmi ses membres qui s'engageaient dans le secteur conventionné par l'État dès qu'ils en avaient la possibilité. On nous a signalé le fait qu'au cours d'une même année, un enfant handicapé s'est retrouvé devant trois personnes de référence différentes. En 10 ans, quelque 1000 personnes ayant travaillé pour le SREA, seraient parties au bout d'un certain temps. La conséquence de cet état de choses peu satisfaisant aurait été que beaucoup de membres du personnel étaient des débutants.
- Le SREA manquerait cruellement à la fois de moyens et de personnel : quelque 150 personnes seraient là pour encadrer quelque 1000 enfants (donnée relative à l'année 2004).
- Ailleurs, on a signalé le même manque de ressources en personnel : ainsi, les trois centres propédeutiques luxembourgeois (Walferdange, Warken, Clervaux) fonctionneraient avec 6 enseignants.
- Le mode de distribution des heures d'assistance aux équipes du SREA (5 à 6 personnes) a été mis en cause : 100 heures d'assistance en classe sont attribuées par ressort d'inspection (18 ressorts en tout), ce qui ferait que, sur quelque 2500 enfants au total, beaucoup restent sans aide. Les membres du SREA doivent travailler, semble-t-il, 40 heures par semaine : 26 heures d'assistance en classe, 14 heures à passer dans des ateliers de lecture et d'écriture.
- Les centres de l'Éducation différenciée souffrent d'un manque aigu de personnel, à ce qu'il paraît. Alors qu'au cours de 7 ans, le nombre d'enfants admis dans les centres de l'Éducation différenciée a augmenté d'un quart, aucun nouveau poste n'aurait été créé. En effet, la loi portant création des centres de l'Éducation différenciée ne prévoit pas la possibilité de faire un « splitting » lorsque le nombre maximal d'enfants par classe est atteint.
- La clef de distribution appliquée par l'État (numerus clausus) ferait en sorte que de nouveaux postes ne sont créés qu'au compte-goutte dans les centres de l'Éducation différenciée. C'est la Commission d'économie et de rationalisation qui décide du nombre de recrutements, et ce nombre ne serait jamais fonction des besoins réels.
- La CMPP nationale souffrirait elle aussi d'un manque de moyens et de ressources humaines.
- L'ORK déplore que trop peu d'activités de loisir soient offertes aux enfants à besoins spéciaux pendant les vacances d'été.
- On a fait remarquer que le Luxembourg ne possède pas les structures nécessaires, du moins en nombre suffisant, pour permettre la prise en charge d'enfants psychotiques ou

souffrant de handicaps graves et qu'un grand nombre d'entre eux sont placés dans des structures à l'étranger. Dans son Rapport 2003, l'ORK a signalé le fait qu'à la date du 12 novembre 2003, 107 enfants souffrant de troubles du comportement, de problèmes psychiatriques, d'hyper- ou d'hypoactivité étaient placés à l'étranger dans des institutions spécialisées ; le Rapport 2004 a donné le chiffre de 111 enfants (chiffre officiel).

5. *Recommandations*

Rappelant ici le principe de non-discrimination et les droits inhérents à la personne humaine tels le droit à l'éducation et le droit des parents d'assurer l'éducation de l'enfant selon leurs convictions personnelles ainsi que l'obligation pour l'État de garantir l'application de ces droits, la Commission Consultative des Droits de l'Homme (CCDH) formule à l'intention du Gouvernement un certain nombre de recommandations destinées à l'aider dans sa tâche, les unes liées à l'exercice effectif de ces droits, les autres inspirées par le bon sens dans un souci d'une plus grande efficacité.

1. *Une politique volontariste en matière d'intégration :*

La CCDH recommande au Gouvernement de mener ensemble avec les communes une politique volontariste en matière d'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux et de favoriser leur scolarisation dans l'enseignement régulier, notamment en prenant soin de mettre en place toutes les infrastructures nécessaires et en veillant à maintenir dans de justes limites l'effectif des classes d'intégration.

2. *Le maintien du principe de l'autorité parentale :*

La CCDH recommande au Gouvernement de maintenir le principe selon lequel les parents ou la personne investie de l'autorité parentale décident de l'orientation scolaire de l'enfant à besoins éducatifs spéciaux et de ne pas en faire un sujet de nouvelles controverses dans le cadre du projet de loi portant organisation de l'éducation préscolaire et de l'enseignement primaire. Il est inconcevable, en effet, qu'une mesure d'orientation ait des chances de réussir si elle est prise contre la volonté des parents.

Ses membres sont bien conscients des difficultés que comporte l'application rigoureuse du principe lié à l'autorité parentale. Cependant, ils donnent à penser qu'on ne saurait accorder d'une main ce qu'on retire de l'autre, sans créer chez les tenants d'un droit (aux termes de la loi de 1994) un sentiment de frustration qui risque d'envenimer encore les rapports entre les différentes parties.

Nous proposons donc de faire en sorte que toute décision en matière d'orientation d'un enfant à besoins spéciaux soit le fruit d'un consensus, c'est-à-dire qu'elle soit prise dans le dialogue et la concertation au terme d'un processus d'information, de conseil et d'assistance réciproques entre parents et professionnels, de façon à valoriser aussi bien le droit des premiers que la compétence des seconds. En cas de désaccord profond entre parents et professionnels, il nous paraît indispensable de prévoir une instance de conciliation et d'arbitrage qu'il resterait à définir.

La CCDH recommande au Gouvernement d'analyser dans quelle mesure il serait opportun de changer la loi pour éviter que, dans le cas du placement judiciaire d'un enfant, les parents ne soient automatiquement privés du droit de décider par eux-mêmes de l'orientation scolaire de leur enfant.

Dans le cadre de ce processus de prise de décision, l'avis de l'enfant concerné et son intérêt supérieur devraient être dûment pris en compte.

3. *L'élaboration d'un concept intégratif global :*

Pour garantir que les efforts entrepris en vue de l'intégration des enfants à besoins spécifiques soient couronnés de succès, il faut disposer d'un concept intégratif global qui soit clair et cohérent. La CCDH recommande donc au Gouvernement de donner à l'Université du Luxembourg mission d'élaborer un tel concept qui tienne compte des réalités rencontrées sur le terrain. Ce concept pourrait être élaboré en concertation et en synergie avec des écoles et des universités à l'étranger.

Les conclusions formulées par l'expert Jean-Louis Chapellier à la fin de son Rapport pourraient être d'une grande utilité pour l'élaboration d'un tel concept.

4. *La mise en œuvre de projets pilotes :*

Pour que ce concept soit concluant, il est indispensable d'éprouver différents modèles d'intégration par la mise en œuvre de projets concrets qui devraient faire l'objet d'une évaluation constante. La CCDH recommande donc au Gouvernement d'initier de nouveaux projets pilotes en matière d'intégration d'enfants à besoins spéciaux ; ces projets devraient tenir compte des expériences d'intégration réalisées dans le passé, comme, par exemple, du projet des classes d'intégration mis en œuvre à l'école du Brill à Esch-sur-Alzette.

5. *L'initiation d'un large débat sur le système scolaire :*

Dans le cadre de la réforme de l'enseignement préscolaire et primaire, la CCDH recommande au Gouvernement d'initier un débat très large sur le système scolaire en vigueur au Luxembourg afin de promouvoir une vision participative de l'école et une culture de la collaboration, de combattre le cloisonnement des savoirs et de responsabiliser les différents acteurs au sein de projets à dimension collective.

La CCDH est d'avis, en effet, qu'il ne suffit pas, pour faire avancer les choses, de donner une formation adéquate aux futurs professionnels, mais qu'il faut faire en sorte que l'école en tant qu'institution puisse évoluer grâce à sa propre mise en question.

6. *La formation des enseignants :*

Comme mesure extrêmement importante et urgente, la CCDH recommande au Gouvernement d'améliorer la formation des enseignants – spécialement du préscolaire et du primaire – en matière d'intégration d'enfants à besoins éducatifs spéciaux, et cela à la fois à titre de formation initiale et de formation continue.

Pour que l'intégration de l'enfant dans l'enseignement régulier ait des chances de réussir, il est essentiel que l'enseignant sache mettre au point les méthodes pédagogiques appropriées sur la base d'un diagnostic établi par des professionnels compétents. La formation des futurs enseignants devrait donc inclure à la fois une formation de base en matière de handicap et une formation pédagogique spécialisée en matière d'intégration.

La formation pédagogique devrait comporter aussi une formation en matière de droits de l'enfant, fondée sur la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

En attendant, la CCDH recommande au Gouvernement de continuer à offrir aux enseignants des unités de formation dans le cadre de la formation continue et de réfléchir aux moyens de rendre l'assistance à ces formations à la fois plus attrayante et plus contraignante.

De façon complémentaire, la formation des enseignants devrait également se faire en situation, pour ainsi dire, grâce à la mise à profit des ressources offertes par l'Éducation différenciée et des compétences acquises par son personnel.

7. Une attribution des classes de l'enseignement primaire en vertu des qualifications :

La CCDH recommande au Gouvernement et aux autorités communales de prendre des mesures pour que, dans l'enseignement primaire, les classes où figurent des enfants à besoins spéciaux soient exclusivement et obligatoirement attribuées à des enseignants ayant bénéficié d'une solide formation pédagogique en matière de handicap.

8. Une plus grande hiérarchisation de l'enseignement primaire :

La CCDH recommande au Gouvernement de restructurer l'enseignement primaire et de créer un poste de directeur d'école, afin d'assurer un meilleur contrôle des mesures d'intégration et un meilleur suivi des enfants à besoins éducatifs spéciaux.

9. La création d'un organe de régulation ad hoc :

Il faut que tout projet d'intégration scolaire soit conçu dans la continuité et que sa planification se fasse dans le long terme. Afin de régler le passage du primaire au secondaire des enfants à besoins éducatifs spéciaux, la CCDH préconise la création d'un organe de régulation ad hoc, comparable à la Commission nationale, une redéfinition des responsabilités du Service de psychologie et d'orientation scolaire (SPOS) et un réexamen des procédures d'évaluation et de sélection en 6^e année d'études primaires en faveur des enfants à besoins éducatifs spéciaux.

10. L'intégration des centres de l'Éducation différenciée dans l'enseignement régulier :

Dans le cadre d'une restructuration des services de l'Éducation différenciée, la CCDH recommande au Gouvernement de réfléchir aux moyens de dissoudre les centres actuels et d'intégrer aussi bien le personnel que les classes de ces centres dans les structures de l'enseignement primaire et préscolaire. Des projets d'intégration qui se fondent sur la cohabitation donnent des résultats plutôt positifs puisqu'ils facilitent et normalisent les contacts entre enfants sur un même lieu.

11. L'introduction de référents professionnels :

La CCDH recommande au Gouvernement d'introduire un système de référents professionnels capables d'accompagner les parents dans leurs démarches auprès des institutions et d'assurer l'interface dans les relations avec les différents services, afin de garantir une plus grande cohérence des interventions.

12. La mise en place des moyens nécessaires à l'application de la loi de 1994 :

Pour garantir l'application de la loi de 1994, la CCDH recommande au Gouvernement de mettre en place tous les préalables nécessaires à la fois en matière de structures et d'infrastructures, en matière de personnel et de formation de personnel.

La CCDH s'inquiète que les centres de l'Éducation différenciée manquent de ressources à la fois en personnel enseignant et en personnel encadrant : psychologues, assistants sociaux, médecins et médecins psychiatres dont le rôle est essentiel dans la prise en charge d'enfants à besoins spéciaux.

Le nombre excessivement élevé d'enfants handicapés placés dans des institutions à l'étranger montre, à l'évidence, que des efforts supplémentaires doivent être faits pour créer des structures d'accueil appropriées au Luxembourg et pour doter leur personnel d'une formation adéquate.

13. Une politique d'information et de sensibilisation en matière de handicap :

La CCDH recommande au Gouvernement de poursuivre sa politique de sensibilisation de l'opinion publique ensemble avec les associations de défense des droits des enfants à besoins spéciaux afin de combattre la stigmatisation et la ségrégation des personnes handicapées.

En particulier, la CCDH recommande au Gouvernement de mener ensemble avec les autorités communales des campagnes d'information et de sensibilisation à l'intention de tous les partenaires de l'école et, notamment, à l'intention des parents d'enfants non handicapés, afin de leur faire connaître la législation en matière d'intégration et de combattre les préjugés qu'ils peuvent avoir face à la présence en classe d'un enfant handicapé.

Comme l'attitude des autres enfants en classe est cruciale pour l'intégration d'un enfant handicapé, la CCDH recommande au Gouvernement de réfléchir aux moyens de faire dispenser aux enfants une information et une éducation appropriées en matière de handicap.

Le projet d'avis fut préparé par la sous-commission « Éducation » de la CCDH au cours d'un certain nombre de réunions de travail et adopté lors de la réunion plénière de la CCDH le 19 décembre 2005.

Partie II :

Autres activités de la CCDH

II.1. Niveau National :

II.1.1. : Éducation aux droits de l'Homme :

- En date du **12 avril 2005**, la sous-commission « éducation » de la CCDH a rencontré Mady Delvaux-Stehres, la Ministre de l'Éducation nationale et de la Formation professionnelle afin de discuter les possibilités de l'intégration de l'éducation aux droits de l'Homme dans le système luxembourgeois.
- En date du **18 novembre 2005**, la CCDH a organisé sous le patronage du Ministère de l'Éducation nationale et de la Formation professionnelle un Colloque au sujet « L'Éducation aux droits de l'Homme - un défi pour l'école du 21^e siècle ».

Elle avait invité des experts provenant de nos pays voisins. Amnesty International, l'UNESCO et le Conseil de l'Europe proposaient du matériel didactique au public intéressé.

Les actes du colloque seront publiés en 2006.

- En date du **23 novembre**, une délégation de la CCDH a rencontré Robert Garcia, le coordinateur de « Luxenbourg et Grande Région – Capitale européenne de la culture 2007 » pour réfléchir sur les possibilités de l'intégration thématique des droits de l'Homme dans la programmation culturelle.
- En date du **21 décembre**, une délégation de la CCDH a rencontré Georges Metz, directeur du Service National de la Jeunesse et son équipe pour discuter les synergies éventuelles entre la CCDH et le SNJ dans la mise en place de la campagne « tous égaux, tous différents » du Conseil de l'Europe.
- Réunions régulières avec Joseph Britz, délégué en matière de l'éducation aux droits de l'Homme au sein du Ministère de l'Éducation nationale.

II.1.2. : Échanges divers

- En date du **13 juillet 2005**, la CCDH accueille Jean-Paul Harpes, président de la Commission Nationale d'Éthique, accompagné par une délégation. Les synergies éventuelles entre les deux Commissions ont été le sujet de cette entrevue.
- En date du **15 septembre**, le bureau de la CCDH rencontre une délégation du Ministère d'État pour discuter les futurs travaux et missions de la CCDH.
- Pendant toute l'année 2005, un groupe de travail ad hoc, a rencontré maintes personnes qui sont en relation avec le milieu psychiatrique en vue de l'élaboration d'un avis qui sera publié début 2006.

II.2. Niveau Régional et International :

II. 2.1. : La future agence européenne des droits fondamentaux

La CCDH a participé à la consultation, lancée par la Commission européenne, sur la future agence européenne des droits fondamentaux. Elle a communiqué à la Représentation au Luxembourg de la Commission européenne et au Comité de Coordination des Institutions Nationales de droits de l'Homme le texte suivant :

Mandat de la future AEDH

Propositions de la Commission Consultative des droits de l'Homme du Luxembourg

1. Le champ d'action de l'agence AEDH

Le champ d'action de l'AEDH doit couvrir à la fois

- l'application du droit communautaire et de l'UE
- et les problématiques en relation avec les dispositions de l'art. 7.

Les textes de référence sont actuellement

- les traités,
- les textes légalement contraignants pour les EM auxquels les traités font référence, comme par ex. la CEDH ou la Convention de Genève,
- ainsi que la Charte dans la mesure où elle est d'ores et déjà considérée par la CJCE comme un texte dont les dispositions peuvent influencer sur la jurisprudence de la CJCE.

2. Droits et domaines thématiques à couvrir par les activités de l'agence

Dans un premier temps, les activités de l'actuel EUMC, dont l'acquis doit être préservé et perfectionné, seraient une des principales activités de l'AEDH.

Néanmoins, la Charte des droits fondamentaux, qui devrait devenir, après la ratification du traité pour une Constitution de l'Europe, un texte légalement contraignant, imposera de nouvelles tâches.

Cette Charte est composée de chapitres thématiques (dignité, libertés, égalité, solidarité, citoyeneté et justice) qui pourraient tous solliciter l'intervention d'une AEDH.

Il en est de même des problématiques relatives à l'article 7 qui touchent tant au respect des droits fondamentaux qu'au fonctionnement de l'État de droit dans les États membres.

Le cadre légal du futur mandat ne devrait pas conduire à ce que le mandat de la future AEDH soit trop limité dès le départ.

L'on ne saurait par exemple justifier devant le mouvement syndical et social en Europe que la nouvelle agence, à peine fondée, laisserait de côté les droits de l'homme de la 3^e génération qui sont avant tout de nature sociale, mais qu'elle se limiterait uniquement aux questions liées à la discrimination respectivement à la non-discrimination. L'autorité de la nouvelle AEDH serait dès le début entachée par cette auto-limitation.

Il faut pour la formulation du mandat de l'AEDH une démarche réaliste mais non limitative, ou si l'on veut conditionnellement et pragmatiquement limitative, car également consciente de la problématique du risque de duplication de l'activité d'agences, de comités ou d'organismes qui fonctionnent bien.

La base de sa démarche seraient la Charte, les articles des traités qui font référence aux valeurs de l'Union (y compris les dispositions de type art. 7) et les grands textes de référence qui lient les EM.

En fonction de la réalité de l'Union et dans les EM, l'AEDH définirait ses priorités pour chaque exercice de travail. Partant du socle d'activités de l'EUMC - que la réalité dans l'Union et les EM avait à l'époque imposé non sans une certaine contorsion du droit européen d'avant Amsterdam - l'AEDH ajouterait à l'éventail de ses activités des domaines où il serait urgent d'intervenir.

Comment savoir où intervenir ? Par les rapports des autres organisations internationales comme le Conseil de l'Europe, par l'évidence d'une réalité qui s'imposerait par les faits, par les interventions ou appels crédibles en provenance de la société civile et du monde politique

Une coopération avec d'autres acteurs qui ont autorité en la matière selon une méthodologie adaptée à la nouvelle problématique s'imposerait si le CA devait décider d'ajouter un nouveau champ d'action aux activités de l'AEDH.

Dans une telle vision progressive, incrémentielle de l'AEDH, le CA joue le rôle de décideur stratégique tant pour la définition de nouvelles tâches que pour le choix des coopérations qui font appel à des capacités confirmées extérieures, démarche qui répond également à la question du risque de duplication.

3. Étendue géographique de l'action de l'AEDH

Le territoire et l'action de l'UE

4. Tâches à confier à l'agence

- a. Collecte de données
- b. Analyses
- c. Avis aux institutions de l'UE et aux EM

5. Relations avec la société civile

La société civile pouvant être la source d'informations et le relais d'une action politique, l'AEDH devra entretenir des relations structurelles très poussées avec les ONG et la société civile.

6. Synergies avec d'autres institutions

En fonction des nécessités de coopération en dehors des rapports essentiels qui existent déjà avec l'ECRI.

La création de l'AEDH devrait cependant conduire à une redéfinition des liens avec le CdE dans le sens d'un approfondissement des échanges. Il faudra cependant réfléchir aux changements que cela pourrait induire au CdE.

7. Structure

Un CA composé

- de personnalités indépendantes
- dont les activités sont liées à la défense des droits de l'homme
- et qui peuvent être liées aux institutions nationales de défense des droits de l'homme
- dont la tâche serait de définir les orientations stratégiques de l'AEDH
- et qui de ce chef devraient se réunir assez souvent pour pouvoir accomplir cette tâche

II.2.2. : Contacts divers :

En date du **19 mai 2005**, la CCDH a rencontré Mme Claudia Hartmann du CEPS pour discuter la transposition tardive des directives 2000/43/ CE et 2000/78/CE sur la discrimination en droit luxembourgeois.

En date du **28 septembre 2005**, la CCDH accueille une délégation de l'ECRI, chargé de la rédaction du rapport sur le Luxembourg, qui sera publié dans le premier trimestre de l'année 2006.

Pendant tout l'année, la CCDH collabore étroitement avec le Comité de Coordination des Institutions Nationales de droits de l'Homme.

En date du **17 avril 2005**, la CCDH participe à un séminaire „Keine Rechte ohne Bildung - Keine Bildung ohne Rechte“, organisé par l'Institut allemand des droits de l'Homme. Le rapport de ce séminaire se trouve ci-après :

Keine Rechte ohne Bildung - Keine Bildung ohne Rechte

Das Weltaktionsprogramm für Menschenrechtsbildung der Vereinten Nationen (2005-2007)

Rapport de la conférence du 17 mars 2005 à Berlin

Quelques points forts du discours de Dr. Heiner Bielefeldt : **« *Gleiche Würde-Gleiche Rechte* »**

Les droits de l'Homme sont devenus une *référence générale* dont l'opposition ouverte ne s'exprime guère dans le public. Par contre il faut veiller à ce que cette victoire ne tourne pas en victoire de Pyrrhus. Le conférencier parle d'une mentalité « ja, aber » qui reconnaît les droits de l'Homme, mais qui considère leur respect éternel comme utopie, qui évoque les incompatibilités entre les droits de l'Homme et des traditions culturelles ou encore des droits qui démantèlent d'autres droits (le droit à la sécurité qui relativise la notion de la torture). Il signale encore des frictions entre les droits, comme celui de la liberté religieuse et l'égalité entre les sexes.

Il avertit que le *discours diffus* et vague sur les droits de l'Homme doit être évité. Il souligne le caractère *interdépendant* des droits de l'Homme, qui depuis Vienne (1993) incorpore les droits sociaux, économiques et culturels dans les libertés dites fondamentales. Concernant les institutions en relation avec les droits de l'Homme, il oppose la prétention morale et les dispositions juridiques susceptibles d'instrumentaliser les premiers. Il rappelle la nécessité de comprendre le caractère pluraliste des droits de l'Homme.

Au sujet de l'éducation aux droits de l'Homme il parle du risque du discours flou, qui ne peut être supprimé qu'en enseignant des connaissances concrètes. En gros il constate un manque de savoir sur les droits de l'Homme, même au niveau universitaire. Il s'exprime pour une conscience des droits de l'Homme, susceptible de former nos attitudes et comportements dans la vie de tous les jours. Le rôle de l'éducation est donc de susciter une conscience des droits de l'Homme, de la faire réveiller dans le sens de la maïeutique socratique. Il se prononce aussi pour le respect des droits de l'enfant dans le discours de l'éducation aux droits de l'Homme.

« Menschenrechte sind nicht nur Werte, es handelt sich um einen moralischen Anspruch in rechtlicher Gestaltung, wobei technokratisches Rechtsverständnis genauso gefährlich sein kann wie diffuse Werterhetik »

Les 10 thèses de Prof. Dr. Peter Fritzsche sur l'EDH

- 1 l'EDH a un message double : connais tes droits et lutte pour leur respect *et* respecte les droits d'autrui, le droit à l'auto - définition et à l'égalité étant les deux piliers.
- 2 l'EDH est l'information sur la discrimination (ayant 4 dimensions) :
 - A : la dimension historique : les droits de l'Homme sont une réaction ou une réponse à des sentiments d'injustice et des barbaries
 - B : la dimension conceptionnelle : les droits de l'Homme sont une arme contre les idéologies de l'inégalité
 - C : la dimension politique-juridique : un minimum de savoir concret sur les mécanismes de protection des droits de l'Homme doit être garanti.
 - D : la dimension scientifique sociale : détecter les causes de la discrimination
- 3 l'EDG permet le développement d'une culture de droits de l'Homme qui est susceptible de devenir un mode de vie, elle a la prétention d'englober les attitudes et comportements de tous les aspects de la vie
- 4 L'EDH doit clarifier comment les droits de l'Homme et la tolérance doivent aller de pair en vue de la concrétisation et réalisation des DH. Les DH doivent être « vivables ». Les droits de l'Homme ne peuvent pourtant pas être imposés par l'enseignement.
- 5 Les droits de l'enfant sont LA clé pour le développement de compétences en relation avec les droits de l'Homme. En rendant les droits de l'Homme saisissables aux plus jeunes, la compréhension intellectuelle des textes et concepts sera plus facile. Le grand problème qui se pose : comment intégrer les droits de l'enfant dans le système scolaire existant ? Sont demandés : la participation, la confiance en soi et la responsabilisation.
- 6 L'EDH joue un rôle préventif contre la discrimination.
- 7 L'EDH est un toit sous lequel se rassemble l'éducation politique, à la citoyenneté, à la démocratie, au développement etc., car à un moment primordial de leur argument, ils se réfèrent tous aux droits de l'Homme.
- 8 L'EDH est en difficulté. Pourquoi ?

L'aspect financier, volonté politique, le cliché qui colle sur les « droits – de - l'Hommeistes », phénomène de complexité, (les compétences sont multiples et les connaissances demandées très larges [Organisations Internationales, Institutions politiques, notion juridique, historique, philosophique etc.], les droits de l'Homme sont contraires et discutés, les droits de l'Homme touchent aux limites de la possibilité d'expliquer.

9 « der Trend ist positiv »

Les publications deviennent de plus en plus nombreuses, du matériel didactique est accessible, l'internet y joue un rôle majeur, les acteurs sont de plus en plus sensibilisés et le milieu politique commence à écouter etc.

10 Qu'est-ce qu'il nous faut ?

Surtout pas une unité de cours qui instruit LES DROITS DE L' HOMME comme matière scolaire. On a besoin d'un discours largement étendu.

Remarques et questions du public :

- faut-il opérer avec des cas de violations extrêmes pour renforcer le moment empathique ?
- il ne faut pas trop réduire l'EDH sur les compétences sociales dans le milieu de vie quotidien, il faut aussi créer une solidarité mondiale (« EDH > être gentil avec son voisin »)
- orientation pédagogique de l'action (« Handlungsorientierung ») (problème : guère compatible avec les systèmes scolaires all. + lux.)

Arbeitsgruppe : „Menschenrechtserziehung als ein Auftrag der Schule“ (Leiter: Elizabeth Turek und Maga Aniko Kaposvari, Ludwig Boltzmann Institut Wien)

Dans le cadre d'un socio-drama, quelques participants ont reçu le rôle d'un acteur du débat (l'immeuble de l'école, le ministère, le financement, les matériaux scolaires, les profs, les élèves, l'EDH etc.)

Chaque acteur argumentait de son point de vue et se rapprochait dans l'espace de l'instance qui lui semble la plus susceptible de l'aider à arriver à son but.

En conclusion il fallait dire que l'EDH était au centre, donc entourée et supportée par les profs, par les élèves, par les parents, par les matériaux didactiques etc. Les seuls qui étaient exclus : le ministère, le budget et les résolutions européennes et internationales. 1. La volonté civique est présente, la volonté politique manque. 2. la distance entre les institutions (internationales et européennes) et les acteurs sur le terrain est énorme !

Donc : la volonté et le consensus sur la relevance de l'EDH est donnée (le Luxembourg a à franchir cette étape), mais sont manifestes les problèmes de mise en place. DONC : L'éducation aux droits de l'Homme doit réfléchir sur les possibilités et les limites de son intégration dans les systèmes scolaires. (cf. JM)

Se révélait aussi que l'EDH ne peut pas se faire exclusivement par le biais de l'implicité. On souligne la nécessité d'une transmission directe de savoir sur les droits de l'Homme, qui évite la rhétorique trop vague des valeurs.

Mais il faut différencier entre : l'éducation *sur* les droits de l'homme et l'éducation *pour* les droits de l'Homme, qui se traduit par la possibilité de vivre les droits de l'Homme. Dans cette optique, les droits des enfants ainsi que la relation entre prof et élève est primordiale. Cette relation détermine un aspect de la culture des droits de l'Homme, du climat qui permet l'EDH.

Tammy Muller

Partie III :

Annexes

Composition de la Commission des Droits de l'Homme

Roby Altmann, *professeur, ancien président d'Amnesty International Luxembourg*

Laure Amoyel, *master européen en droits de l'Homme et démocratisation, présidente de l'Union Européenne des Etudiants Juifs*

Sylvain Besch, *chargé d'études au sein du SESOPI-Centre Intercommunautaire*

Marc Elvinger, *avocat à la Cour*

Luc Feller, *représentant du Gouvernement*

Henri Grün, *psychologue diplômé, directeur de la fondation Jugend- an Drogenhëllef*

Anne Heniqui, *journaliste*

Edmond Israël, *président du Consistoire Israélite de Luxembourg, président d'Honneur de la Edmond Israël Foundation*

Rita Jeanty, *professeur de philosophie*

Bernadette Jung, *docteur en droit, présidente de l'ACAT*

Théo Junker, *directeur général honoraire du Parlement Européen, membre fondateur d'Amnesty International Luxembourg*

Nic Klecker, *professeur, président fondateur d'Amnesty International Luxembourg*

Jacques Klein, *directeur de l'école de Police Grand-Ducale*

Azédine Lamamra, *juriste*

Olivier Lang, *avocat à la Cour*

Jean-Paul Lehnens, *professeur, Vice-Recteur, Université du Luxembourg*

Marc Limpach, *juriste*

Marc Modert, *avocat à la Cour*

Mady Moyse-Jacob, *présidente du Comité Auschwitz*

Gilbert Pregno, *psychologue diplômé, directeur de la Fondation Kannerschlass*

Raymond Weber, *directeur de Lux-Development, professeur au Collège d'Europe à Bruges*

Victor Weitzel, *professeur et publiciste*

Edouard Wolter, *professeur honoraire, ancien membre suppléant auprès de l'EUMC (Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes)*

Structure de la Commission des Droits de l'Homme

La sous-commission « éducation »

Roby Altmann, président

Henri Grün
Edmond Israël
Rita Jeanty
Jean-Paul Lehnert
Gilbert Pregno
Edouard Wolter

La sous-commission « discrimination »

Laure Amoyel, présidente

Sylvain Besch
Marc Elvinger
Anne Heniqui
Azédine Lamamra
Mady Moyse-Jacob
Raymond Weber
Marc Modert

La sous-commission « problèmes institutionnels »

Victor Weitzel, président

Anne Heniqui
Bernadette Jung
Théo Junker
Jacques Klein
Olivier Lang
Marc Limpach

