



Strasbourg, le 5 Juillet 2021

CDL-AD(2021)029

Avis n° 1035 / 2021

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

HONGRIE

AVIS

**SUR LES AMENDEMENTS CONSTITUTIONNELS ADOPTÉS PAR LE
PARLEMENT DE LA HONGRIE EN DÉCEMBRE 2020**

**Adopté par la Commission de Venise
lors de sa 127^{ème} Session plénière
(Venise et en ligne, 2 - 3 juillet 2021)**

Sur la base des commentaires de

**Paolo CAROZZA (membre, États-Unis)
Regina KIENER (membre, Suisse)
Ben VERMEULEN (membre, Pays-Bas)**

Contenu

I.	Introduction	3
II.	Contexte.....	3
III.	Analyse	4
A.	Le processus d'adoption des amendements constitutionnels	4
B.	Mariage et famille	5
C.	Enfants, reconnaissance légale du genre	10
D.	Enfants et parents : éducation et formation	12
E.	Fondation de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques et Fonds publics.....	15
F.	Processus législatif et situations exceptionnelles (état de guerre, état d'urgence, état de danger).....	19
IV.	Conclusion	21

I. Introduction

1. Par lettre du 5 février 2021, le Président de la Commission pour le respect des obligations et engagements (Commission de suivi) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), a demandé un avis de la Commission de Venise "sur le paquet législatif et constitutionnel adopté par le Parlement hongrois en décembre 2020". La traduction des textes législatifs pertinents ayant été mise à la disposition de la Commission avec un retard important, le présent avis ne portera que sur les amendements constitutionnels (CDL-REF(2021)045), tandis qu'un avis ultérieur distinct traitera des amendements législatifs.
2. M. Paolo Carozza, Mme Regina Kiener et M. Ben Vermeulen ont fait office de rapporteurs pour cet avis.
3. En raison de la situation sanitaire, il n'a pas été possible de se rendre à Budapest. Les 17, 18, 20 et 28 mai 2021, les rapporteurs ainsi que M. Serguei Kouznetsov et Mme Martina Silvestri du secrétariat ont tenu des réunions en ligne avec : le ministère des Ressources humaines, le ministère de la Justice, le ministère des Affaires familiales, la Cour suprême (Kuria), l'Autorité de protection des données et de la liberté d'information, les représentants des partis politiques de la majorité parlementaire (Fidesz et KDNP) et de l'opposition (Jobbik et MSZP), ainsi qu'avec la société civile. La Commission est reconnaissante aux autorités pour l'excellente organisation de ces réunions.
4. Cet avis a été préparé sur la base de la traduction anglaise du neuvième amendement à la Loi fondamentale de la Hongrie (CDL-REF(2021)045) et de la Loi fondamentale avant les amendements (CDL-REF(2021)046). La traduction peut ne pas reproduire fidèlement la version originale sur tous les points. La traduction anglaise de la Loi "omnibus", adoptée dans le même paquet que le neuvième amendement, ainsi que plusieurs lois mettant en œuvre les amendements constitutionnels, n'ont pas été mises à la disposition de la Commission de Venise au moment de la rédaction du présent avis.
5. Cet avis a été rédigé sur la base des commentaires des rapporteurs et des résultats des réunions virtuelles et des commentaires écrits des parties prenantes. Après un échange de vues avec les représentants des autorités, il a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 127^e session plénière (Venise et en ligne, 2-3 juillet 2021).

II. Contexte

6. Le neuvième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie est un amendement soutenu par le gouvernement.
7. Le 10 novembre 2020, en raison de la pandémie COVID-19 en cours, la Hongrie est placée en confinement, ordonné sur la base de la deuxième loi d'autorisation adoptée le même jour. Dans la nuit du 10 novembre 2020, le neuvième amendement à la Loi fondamentale, ainsi qu'une Loi "omnibus" (Loi CLXV de 2020 modifiant 22 actes législatifs dans le domaine de la justice, ci-après "la Loi omnibus") et des amendements à la législation électorale (Loi CLXVII de 2020) ont été soumis au Parlement.
8. Le neuvième amendement à la Loi fondamentale a été adopté par le Parlement le 15 décembre 2020 avec 134 voix pour, 45 contre et 5 abstentions, et il est entré en vigueur le 23 décembre 2020, à quelques exceptions près décrites ci-dessous.
9. L'amendement constitutionnel couvre une variété de domaines différents qui, aux fins du présent avis, ont été regroupés de la manière suivante :
 - (1) les questions relatives au *mariage et à la famille*, y compris *l'orientation sexuelle*, *l'identité de genre* et *l'éducation des enfants* (articles 1 et 3) ;

- (2) les questions liées au *processus législatif* (article 2) ;
- (3) les questions liées à la *création de "fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques" et la définition des fonds publics* (articles 7 et 8) ;
- (4) les questions liées à des *situations exceptionnelles* telles que la *guerre ou l'état d'urgence* (articles 4 - 6, 9, 10, 11). L'article 12 contient des dispositions transitoires.

10. Les questions liées au point (2), le *processus législatif*, et les parties pertinentes du point (4), les *situations exceptionnelles* telles que la *guerre ou l'état d'urgence* (mais pas l'article 10 sur la décision de participation à des opérations militaires), entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2023 et seront traitées ensemble dans la section F du présent avis.

11. La Commission de Venise souligne d'emblée que l'impact de plusieurs dispositions est difficile à évaluer sans connaître les modifications législatives qui pourraient être adoptées pour mettre en œuvre ces dispositions. La Commission reste à la disposition des autorités pour des consultations supplémentaires lors de la préparation des actes législatifs nationaux basés sur les nouvelles dispositions constitutionnelles.

III. Analyse

A. Le processus d'adoption des amendements constitutionnels

12. La Commission de Venise note que le neuvième amendement à la loi fondamentale a été soumis au Parlement dans le cadre d'un paquet introduisant plusieurs amendements législatifs, pendant un état d'urgence déclaré plus tôt le même jour. L'ensemble du paquet a été adopté par le Parlement quelques semaines plus tard, sans aucune consultation publique, et est entré en vigueur après une semaine seulement, à quelques exceptions près mentionnées ci-dessus (paragraphe 10). En outre, les informations de base relatives au neuvième amendement à la loi fondamentale (ci-après : exposé des motifs) sont très limitées et ne comportent que trois pages.

13. La Commission de Venise rappelle que, selon la loi hongroise, lorsqu'un projet de loi ou d'amendement constitutionnel est préparé par les ministres, la consultation publique est obligatoire et nécessite la publication du projet en ligne pour que le public puisse le commenter¹. La procédure rapide qui a été suivie, sans aucune consultation, n'est pas non plus conforme aux recommandations de la Commission de Venise dans la Liste des critères de l'Etat de droit², ni compatible avec le rapport de la Commission sur le Respect de la démocratie, des droits de l'Homme et de l'Etat de droit pendant l'état d'urgence : Réflexions³ et le rapport sur le Rôle de l'opposition au sein d'un parlement démocratique⁴. Aucune raison n'a été avancée pour expliquer pourquoi cet amendement aurait dû être adopté selon une procédure aussi rapide. Il n'y a pas non plus de raisons fondées sur le contenu de l'amendement ou la situation actuelle pour lesquelles il devrait être adopté pendant l'état d'urgence, alors qu'il existe un risque réel qu'aucune discussion démocratique significative des projets de loi du gouvernement ne puisse avoir lieu, en particulier lorsqu'il existe des restrictions sévères aux droits fondamentaux de se réunir, de discuter, de protester et de manifester⁵. Ces considérations s'appliquent *a fortiori* aux amendements constitutionnels⁶. La

¹ Loi CXXXI de 2010 sur la participation sociale à l'élaboration des lois, articles 1 et 8 (1)-(2).

² Commission de Venise, *Liste des critères de l'Etat de droit*, CDL-AD(2016)007, point 5.

³ Commission de Venise, *Rapport sur le respect de la démocratie, des droits de l'Homme et de l'Etat de droit pendant les états d'urgence : Réflexions*, CDL-AD(2020)014, para. 84.

⁴ Commission de Venise, *Rapport sur le rôle de l'opposition au sein d'un parlement démocratique*, CDL-AD(2010)025, paras. 106 - 115.

⁵ Le 11 novembre 2020, le gouvernement a introduit une interdiction générale des manifestations (décret gouvernemental 484/2020 (XI. 10.), articles 4(1) et 5(1)-(2)).

⁶ Commission de Venise, *Rapport sur l'amendement constitutionnel*, CDL-AD(2010)001.

Commission de Venise a notamment mis en garde contre une "volonté d'instrumentaliser la Constitution" de la majorité au pouvoir en Hongrie à l'égard de la loi fondamentale du pays :

"La constitution d'un pays doit imprégner la société d'un certain constitutionnalisme, de l'idée qu'il s'agit là d'un document fondamental et non simplement d'une déclaration politique secondaire. C'est pourquoi la façon de l'adopter et de la mettre en œuvre doit créer au sein de la société la conviction que par sa nature même, la constitution est un acte stable, qui ne peut être révisé facilement selon les caprices de la majorité du moment. La permanence d'une constitution ne peut se fonder uniquement sur des rapports arithmétiques liés au nombre de membres des partis de la majorité et de l'opposition au Parlement. Il faut clairement séparer l'action d'ordre constituante et la politique ordinaire, car la Constitution ne fait pas partie du « jeu politique », mais elle en fixe les règles. C'est pourquoi, une constitution doit déterminer des règles neutres et généralement acceptées du processus politique. Il convient de rechercher le consensus politique le plus large possible pour l'adopter et pour la réviser"⁷.

14. La Commission de Venise réitère l'importance, dans une société démocratique, de garantir un débat public ouvert et une participation significative de l'opposition aux discussions parlementaires, notamment lorsque des changements constitutionnels sont en jeu⁸.

B. Mariage et famille

15. La première partie de la Loi fondamentale de la Hongrie (la Constitution) énonce les "fondements" (articles A - U).

L'article L paragraphe (1) a été modifié comme suit (les modifications sont marquées) :

(1) La Hongrie protège l'institution du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme [utilisation du nombre cardinal à la place de l'article indéterminé utilisé précédemment] établie par une décision volontaire, et la famille en tant que base de la survie de la nation. Les liens familiaux sont fondés sur le mariage ou sur la relation entre les parents et les enfants. La mère est une femme, le père est un homme.

(2) La Hongrie soutient l'engagement d'avoir des enfants.

(3) La protection des familles est régie par une loi cardinale.

16. L'exposé des motifs du neuvième amendement de la Loi fondamentale précise que la proposition "suit les preuves biologiques et non les tendances ou idéologies internationales en matière de procréation" et entend établir un concept "fondé sur la nature immuable de la naissance, selon laquelle la mère est une femme et le père un homme". Dans le même temps, l'exposé des motifs souligne que "[l]e gouvernement hongrois n'a pas l'intention d'attaquer ou de restreindre les droits d'un groupe particulier. Il convient de souligner - contrairement à certaines critiques - que la proposition n'introduit aucune nouvelle règle pour les partenariats entre personnes de même sexe, ni ne contient aucune restriction, elle ne fait que clarifier le concept de mariage et poser un principe biologique. La proposition ne modifie pas l'institution juridique des partenariats enregistrés concernant les couples de même sexe. Les partenariats enregistrés continueront à bénéficier de la même protection conformément aux normes internationales, car tous les groupes sociaux sont importants pour la Hongrie, et chaque Hongrois est un membre précieux de la communauté, que nous appelons la nation hongroise".

⁷ Commission de Venise, *Avis sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale de la Hongrie*, CDL-AD(2013)012, para. 137.

⁸ Voir également la Résolution 1601(2008) de l'APCE, *Lignes directrices procédurales sur les droits et devoirs de l'opposition dans un parlement démocratique*.

17. L'amendement clarifie la disposition initiale, établissant que le mariage est "*l'union d'un homme et d'une femme*", excluant ainsi les mariages de couples de même sexe. En soi, cette disposition est conforme aux normes européennes en matière de droits de l'homme, notamment à l'article 12 de la CEDH. D'une manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé "que les États jouissent d'une large marge d'appréciation dans ce domaine mais aussi que les restrictions apportées par le droit national aux droits garantis par l'article 12 de la Convention doivent être imposées dans un but légitime et ne doivent pas aller au-delà d'une limite raisonnable pour atteindre ce but (*O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, 2010, § 84). En d'autres termes, elles ne doivent pas restreindre ou réduire le droit d'une manière ou à un point tels que l'essence même du droit soit atteinte (*F. c. Suisse*, 1987, § 32 ; *Schalk et Kopf c. Autriche*, 2010, § 49)⁹. Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*¹⁰, la Cour a examiné pour la première fois si deux personnes de même sexe pouvaient revendiquer le droit de se marier. La Cour a reconnu que l'institution du mariage avait subi d'importants changements sociaux depuis l'adoption de la Convention mais a constaté qu'il n'existait toujours pas de consensus européen concernant le mariage entre personnes de même sexe. Bien que la Cour n'ait plus considéré que le droit au mariage consacré par l'article 12 devait en toutes circonstances être limité au mariage entre deux personnes de sexe opposé, elle a estimé que l'article 12 de la CEDH n'imposait pas aux États l'obligation d'accorder à un couple de même sexe l'accès au mariage¹¹. Ces conclusions ont été largement confirmées dans l'affaire *Chapin et Charpentier contre France*¹².

18. Comme elle l'a déjà noté dans son avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie¹³, la Commission conclut que la définition du mariage appartient à l'État hongrois et à son législateur constitutif. Outre la Hongrie, le mariage est défini comme une union uniquement entre un homme et une femme dans les constitutions de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, notamment en Arménie, en Bulgarie, en Croatie, en Géorgie, en Lettonie, en Lituanie, en Moldova, au Monténégro, en Pologne, en Russie, en Serbie, en Slovaquie et en Ukraine, ainsi qu'au Belarus.

19. Lors des réunions en ligne, les autorités hongroises ont souligné que l'amendement n'a aucun effet sur le droit des couples de même sexe d'enregistrer leur partenariat, ce qui est possible en Hongrie depuis 2009. Selon les autorités et comme le souligne l'exposé des motifs, ce droit n'est pas contesté et il n'y aura aucun changement dans la loi à ce sujet. Ce droit des couples de même sexe est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Par exemple, dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce*¹⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'exclusion des couples de même sexe de l'enregistrement d'une union civile, une forme légale de partenariat disponible pour les couples de sexe opposé, violait la Convention (la Grèce avait promulgué une loi en 2008 qui établissait des unions civiles pour les couples de sexe opposé uniquement). Dans l'affaire *Oliari et autres c. Italie*¹⁵, la Cour a établi une obligation positive pour les États membres de fournir une reconnaissance juridique aux couples de même sexe.

20. Selon l'amendement 2020, dans une relation parent-enfant, "*la mère est une femme, le père est un homme*". Lue conjointement avec la phrase précédente ("*les liens familiaux sont fondés sur le mariage ou la relation entre les parents et les enfants*"), cette disposition implique que seuls les couples hétérosexuels mariés peuvent adopter des enfants, tandis que les adoptions individuelles et les adoptions par des couples de même sexe sont interdites. Sur la

⁹ CEDH, Guide sur l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme : Droit au mariage, para. 3, disponible en anglais sur https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf.

¹⁰ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010.

¹¹ Ibid., paras. 61-63.

¹² CEDH, *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016.

¹³ Commission de Venise, *Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie*, CLD-AD(2011)016, para. 50.

¹⁴ CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013.

¹⁵ CEDH, *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015.

base des informations fournies par les interlocuteurs hongrois lors des réunions en ligne, il apparaît que la Loi omnibus, adoptée dans le même paquet de décembre 2020, stipule effectivement que seuls les couples mariés devraient être autorisés à adopter des enfants et, par exception, les personnes célibataires ne peuvent adopter que sur autorisation spéciale du ministre des affaires familiales. Toutefois, dans leurs observations écrites reçues le 25 juin, les autorités hongroises ont modifié cette interprétation, indiquant que les couples mariés sont autorisés à adopter en premier (voir également le paragraphe 24 ci-dessous).

21. La jurisprudence de la CEDH considère "l'orientation sexuelle" comme un trait distinctif protégé au titre de l'article 14 de la CEDH (interdiction de la discrimination), bien que le libellé de l'article 14 de la CEDH n'inclue pas explicitement ce motif de discrimination. La Cour européenne des droits de l'homme *"a souligné que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aussi grave que celle fondée sur « la race, l'origine ou la couleur » (Vejdeland et autres c. Suède, 2012, § 55). En matière de différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des États est étroite (Kozak c. Pologne, 2010, § 92; Karner Autriche, 2003, § 41). En outre, les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention (E.B. c. France [GC], 2008, §§ 93 et 96; Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 1999, § 36; X et autres c. Autriche [GC], 2013, § 99)"*¹⁶.

22. En ce qui concerne la Constitution hongroise, l'article XV de la Loi fondamentale stipule que *"la Hongrie garantit les droits fondamentaux de chacun sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, le handicap, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre circonstance quelle qu'elle soit"*. Dans son avis sur la nouvelle Constitution, la Commission de Venise a fait remarquer que *"l'article XV ne dit rien de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle"*¹⁷ et qu'il *"pourrait donner l'impression que la discrimination fondée sur ce critère ne serait pas répréhensible"*¹⁸. Toutefois, la Commission s'est fondée sur le *"principe que la Cour constitutionnelle hongroise interprétera les critères de discrimination de l'article XV comme interdisant aussi la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle"*¹⁹ et elle a noté que *"loi hongroise no CXXV de 2003 sur l'égalité de traitement et la promotion de l'égalité des chances interdit la discrimination fondée, entre autres, sur l'orientation et l'identité sexuelles dans le domaine de l'emploi, de l'éducation, du logement, de la santé et de l'accès aux biens et aux services"*²⁰.

23. La compatibilité de la nouvelle disposition avec l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) et l'article 14 (interdiction de la discrimination) pris en combinaison avec l'article 8 de la CEDH dépend principalement de la question de savoir si la loi hongroise autorise (1) les adoptions par des couples *non mariés* de sexe opposé ou (2) les adoptions par des parents hétérosexuels *célibataires*. Si tel n'est pas le cas - en d'autres termes : si la Hongrie limite dès le départ les adoptions aux couples mariés composés d'un homme et d'une femme - aucune violation de la CEDH ne peut être constatée, du moins au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, des problèmes concernant l'interdiction de la discrimination en vertu de la CEDH se poseraient si la Hongrie autorisait, dans son droit de la famille, les adoptions par des parents célibataires, mais uniquement hétérosexuels, ou les adoptions par des couples non mariés, mais uniquement hétérosexuels.

¹⁶ CEDH, Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention : Interdiction de la discrimination, para. 151, disponible sur :

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_FRA.pdf.

¹⁷ CLD-AD(2011)016, op. cit, para. 76.

¹⁸ CLD-AD(2011)016, op. cit, para. 79.

¹⁹ CLD-AD(2011)016, op. cit, para. 79.

²⁰ CLD-AD(2011)016, op. cit. para. 80.

24. Il est pertinent de noter que jusqu'à l'amendement adopté en décembre 2020, les personnes célibataires pouvaient adopter sans autorisation spéciale, et cela incluait les personnes en partenariat civil (couples de sexe opposé ou de même sexe vivant ensemble, une situation *de facto* reconnue par le code civil sans fournir de droits ou de protections spécifiques) ou les personnes en partenariat enregistré (une institution réservée aux couples de même sexe fournissant des droits similaires à un mariage à l'exception de l'adoption), tant qu'elles adoptaient en tant qu'individus et non en tant que couple. Lors de la réunion en ligne, le ministère des affaires familiales a précisé qu'une personne enregistrée dans un partenariat de même sexe ne pouvait plus être considérée comme éligible à l'adoption car elle ne peut être considérée comme une "personne seule". Par conséquent, il semble que le nouvel amendement, en conjonction avec les changements juridiques apportés par la Loi omnibus, ait un impact sur les partenariats enregistrés de même sexe, en excluant cette catégorie spécifique du droit d'adopter en tant que parent unique sur consentement exceptionnel du ministre des affaires familiales. D'autre part, dans les observations écrites du 25 juin 2021, le gouvernement hongrois a précisé que les couples mariés ont la priorité, tandis que les autres couples - de même sexe ou de sexe opposé - ne sont pas autorisés à adopter, mais que les personnes seules sont autorisées à le faire, comme c'était le cas avant les amendements constitutionnels. Au vu des informations contradictoires, même de la part du gouvernement, il est nécessaire de clarifier la situation juridique et les critères que le ministre utilise pour autoriser l'adoption par des personnes seules, pour des raisons de sécurité juridique et de transparence, afin de réduire tout risque d'arbitraire (voir également le paragraphe 31 ci-dessous).

25. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*²¹, concernant deux femmes vivant en concubinage, dont l'une s'était vu refuser un jugement d'adoption individuelle de l'enfant de l'autre, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH. La Cour n'a notamment vu aucune preuve d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes, puisque les couples hétérosexuels vivant en partenariat civil ne pouvaient pas non plus obtenir une ordonnance d'adoption individuelle.

26. Dans l'affaire *X et autres c. Autriche*²², la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le refus des tribunaux autrichiens d'accorder à l'un des partenaires d'une relation stable entre personnes de même sexe le droit d'adopter le fils de l'autre partenaire sans rompre les liens juridiques de la mère avec l'enfant (adoption par le second parent) constituait une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH, en raison de la différence de traitement des requérants par rapport aux couples non mariés de sexe opposé dans lesquels l'un des partenaires souhaitait adopter l'enfant de l'autre partenaire. La Cour a également estimé qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 14 combiné à l'article 8 lorsque la situation des requérants était comparée à celle d'un couple marié dans lequel l'un des conjoints souhaitait adopter l'enfant de l'autre. La Cour souligne que la Convention n'oblige pas les Etats à étendre le droit à l'adoption par le second parent aux couples non mariés. En outre, l'affaire doit être distinguée de l'affaire *Gas et Dubois c. France* (voir ci-dessus), dans laquelle la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre un couple non marié de sexe opposé et un couple de même sexe car, en droit français, l'adoption par un second parent n'est ouverte à aucun couple non marié, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel.

27. Dans l'affaire *E.B. c. France*²³, la requérante alléguait avoir subi, à tous les stades de sa demande d'agrément en vue d'adopter, un traitement discriminatoire fondé sur son orientation sexuelle et ayant porté atteinte à son droit au respect de sa vie privée. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH. Les autorités internes ont fondé leur

²¹ CEDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012.

²² CEDH, GC, *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013.

²³ CEDH, GC, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008.

décision en grande partie sur l'absence de référent paternel dans le foyer de la requérante, ce qui ne constitue pas un motif légitime. De plus, l'influence de l'homosexualité de la requérante sur l'évaluation de sa demande avait non seulement été établie mais avait également constitué un facteur décisif.

28. En résumé, une évaluation approfondie et définitive de ces amendements à la Constitution hongroise ne pourra être effectuée que lorsque les textes juridiques correspondants les mettant en œuvre seront disponibles. Même si la Hongrie dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable dans le domaine en question, une attention particulière serait requise si les amendements constitutionnels devaient être utilisés comme une opportunité pour retirer les lois existantes sur la protection des individus qui ne sont pas hétérosexuels, ou pour modifier ces lois à leur désavantage.

29. Selon les informations reçues par la Commission de Venise de la part de membres et d'organisations de la société civile et des médias, cela s'inscrit dans une tendance générale d'exclusion et de dégradation des personnes non hétérosexuelles en Hongrie. En mai 2020, le Parlement hongrois a interdit la reconnaissance légale du genre²⁴. En octobre 2020, un décret ministériel²⁵ a rendu extrêmement difficile l'adoption d'enfants par des personnes célibataires ou des couples non mariés de même sexe ou de sexe opposé. En outre, lorsqu'en septembre 2020, "Wonderland Belongs to Everyone", un livre pour enfants contenant des contes de fées mettant en scène des membres de divers groupes vulnérables (LGBTQI, Roms, personnes handicapées) a été publié, l'éditeur a été attaqué verbalement par divers décideurs et personnalités publiques d'extrême droite, et un député d'extrême droite a déchiqueté un exemplaire du livre lors d'une conférence de presse. Le 4 octobre, le Premier ministre est intervenu sur la question de l'homosexualité dans une interview radiophonique²⁶, et a déclaré : "Les Hongrois sont très tolérants par rapport à ce phénomène. En fait, les Hongrois sont si patients que nous acceptons même les provocations de ce genre avec patience - mais pas sans commentaire. Nous pouvons donc dire sans nous tromper qu'en matière d'homosexualité, la Hongrie est un pays patient et tolérant. Mais il y a une ligne rouge à ne pas franchir, et c'est ainsi que je résumerais mon opinion : 'Laissez nos enfants tranquilles'"²⁷.

30. Dans la mesure où l'on peut considérer que ces exemples de contexte sont révélateurs de tendances sociétales plus vastes, il existe un danger réel et immédiat que les amendements renforcent encore une attitude selon laquelle les modes de vie non-hétérosexuels sont considérés comme inférieurs, et qu'ils alimentent davantage une atmosphère hostile et stigmatisante à l'encontre des personnes LGBTQI.

31. De plus, la nouvelle prérogative du ministre des affaires familiales de donner exceptionnellement son consentement à l'adoption par une personne seule semble conférer un pouvoir arbitraire au ministre, en l'absence de critères spécifiques pour ce consentement. Lors de la réunion en ligne, le ministère de la famille a souligné que le principe de non-discrimination doit être suivi dans toutes les décisions administratives, qui doivent être motivées et peuvent être contestées en justice. Cependant, le risque demeure que les décisions ministérielles soient prises à la lumière de "l'esprit des amendements", notamment en interprétant la notion de famille comme incluant nécessairement une mère (femme) et un père (homme), ainsi qu'en se référant à la nouvelle disposition de l'article XVI(1) de la Loi fondamentale qui protège le droit des enfants à une éducation conforme aux valeurs fondées

²⁴ Loi XXX de 2020 sur la modification de certaines lois relatives à l'administration publique et sur la donation de biens.

²⁵ Décret 35/2020. (X. 5.) EMMI du ministre des Capacités humaines, article 4(5).

²⁶ Pour l'intégralité de l'interview en anglais, voir : <http://www.miniszterelnok.hu/prime-minister-viktor-orban-on-the-kossuth-radio-programme-sunday-news/>.

²⁷ Matériel explicatif fourni par le Comité d'Helsinki.

sur l'identité constitutionnelle et la culture chrétienne (voir section D ci-dessous). Cela peut potentiellement se traduire par une discrimination *de facto* fondée sur l'orientation sexuelle.

32. La Commission de Venise recommande donc aux autorités hongroises d'être extrêmement prudentes dans l'interprétation et l'application des amendements constitutionnels de manière à ce que le principe de non-discrimination pour tous les motifs, y compris l'orientation sexuelle, soit pleinement mis en œuvre conformément aux normes internationales et aux garanties constitutionnelles et législatives hongroises, notamment l'article XV, paragraphe 2, de la Loi fondamentale (la Hongrie garantit les droits fondamentaux à tous sans discrimination) et l'article 1 de la loi sur l'égalité de traitement (toutes les personnes se trouvant sur le territoire de la Hongrie doivent être traitées avec le même respect), par exemple en établissant des critères non discriminatoires clairs dans la loi statutaire à appliquer pour décider de l'adoption par des personnes célibataires.

C. Enfants, reconnaissance légale du genre

33. La deuxième partie de la Constitution traite de la "liberté et de la responsabilité" (articles I à XXXI).

Le paragraphe 1 de l'article XVI a été modifié comme suit (les modifications sont marquées) :

(1) Tout enfant a droit à la protection et aux soins nécessaires à son bon développement physique, mental et moral. La *Hongrie protège le droit des enfants à une identité propre correspondant à leur sexe à la naissance et leur assure une éducation conforme aux valeurs fondées sur l'identité constitutionnelle et la culture chrétienne de notre pays.*

(2) Les parents ont le droit de choisir l'éducation à donner à leurs enfants.

(3) Les parents sont tenus de prendre soin de leurs enfants mineurs. Cette obligation comprend la scolarisation de leurs enfants.

(4) Les enfants adultes sont tenus de prendre soin de leurs parents si ceux-ci sont dans le besoin.

34. La première modification substantielle des droits et devoirs énoncés à l'article XVI de la Constitution est le droit des enfants à "l'auto-identité selon leur sexe à la naissance". Selon l'exposé des motifs, "le sexe à la naissance est un don ou un facteur qui ne peut être modifié : c'est un principe biologique. La dignité humaine comprend donc le droit de chaque enfant à l'auto-identité selon son sexe de naissance, dont une partie est d'être protégé contre les interférences mentales ou biologiques qui affectent son intégrité physique et mentale".

35. En conséquence, l'amendement restreint l'identité de genre des enfants à leur sexe tel qu'il est enregistré à la naissance. Dès lors, comme les autorités hongroises l'ont précisé lors de la réunion en ligne, il en résulte que la reconnaissance légale du genre des personnes trans et intersexuées est inconstitutionnelle et donc impossible. La question de savoir si le changement de sexe médical reste possible n'est pas tranchée ; toutefois, même dans ce cas, le sexe acquis ne sera pas reconnu s'il diffère du sexe de naissance.

36. De l'avis de la Commission de Venise, ces conséquences de l'amendement constitutionnel ne sont pas compatibles avec les normes internationales en matière de droits de l'homme. Divers organes internationaux des droits de l'homme ont affirmé que tous les individus ont un "droit à l'identité personnelle" fondé non seulement sur leur "sexe à la naissance" (comme le suggère l'amendement), mais aussi sur leur "genre", c'est-à-dire les caractéristiques et les

rôles socialement construits pour les femmes et les hommes²⁸. En vertu de la CEDH, l'identité de genre est reconnue comme une composante de l'identité personnelle, relevant du droit au respect de la vie privée²⁹.

37. En 2002 déjà, dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*³⁰, la Cour avait conclu à la violation de l'article 8, notamment sur la base de l'existence d'un consensus européen et international en faveur de la reconnaissance juridique du sexe acquis d'une personne transgenre. L'affaire Goodwin soulevait la question de savoir si l'État défendeur avait ou non manqué à une obligation positive de garantir le droit de la requérante, transsexuelle post-opératoire d'homme à femme, au respect de sa vie privée, notamment par l'absence de reconnaissance légale de son changement de sexe. La Cour a estimé qu'il y a eu un manquement au respect du droit à la vie privée de la requérante car il n'y avait pas de facteurs significatifs d'intérêt public à mettre en balance avec l'intérêt de la requérante à obtenir la reconnaissance légale de son changement de sexe³¹.

38. Depuis lors, la Cour s'est régulièrement saisie de cette question. Selon la jurisprudence actuelle, l'article 8 de la CEDH est applicable à la question de la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes transgenres qui ont subi une opération de réassignation sexuelle³², aux conditions d'accès à cette opération³³, et à la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes transgenres qui n'ont pas subi, ou ne souhaitent pas subir, de traitement de réassignation sexuelle³⁴.

39. Outre l'article 8 de la CEDH, la clause de non-discrimination de l'article 14 de la CEDH interdit toute discrimination fondée sur l'identité de genre dans la catégorie "sexe" ou "autre situation". À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence constante, qui permet aux requérants victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle et/ou leur identité de genre de revendiquer une violation de l'article 14 de la CEDH en conjonction avec un autre droit substantiel de la CEDH³⁵. De plus, le Protocole 12 garantit aujourd'hui la non-discrimination quel que soit le motif de la discrimination.

40. Au cours de la réunion en ligne, les autorités hongroises ont déclaré que tout document juridique indiquant le sexe d'un individu, tel que la carte d'identité ou le passeport, est basé

²⁸ Sur la base de l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a souligné que les États parties doivent lutter contre la discrimination à l'égard des groupes d'enfants vulnérables ou marginalisés, y compris les enfants lesbiennes, gays, transgenres ou transsexuels (CRC, Observation générale n° 13, Le droit de l'enfant à ne pas subir de violence sous toutes ses formes, paras. 60 et 72(g)). Sur la base de l'article 5 et de l'article 2 (f) de la CEDEF, le Comité CEDEF a reconnu que la discrimination subie par les femmes est "inextricablement liée" à d'autres facteurs qui affectent les femmes, y compris l'identité de genre (Recommandation générale n° 27, Femmes âgées et protection de leurs droits fondamentaux, para. 13 ; Recommandation générale n° 28, Les obligations fondamentales des États parties en vertu de l'article 2 de la CEDAW, par. 18). Sur la base de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a explicitement reconnu que l'identité de genre d'une personne fait partie des motifs de discrimination interdits par l'article 2 (2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Observation générale n° 20, Article 2 (2), Non-discrimination dans les droits économiques, sociaux et culturels, para. 32). Pour plus de détails, voir *Born free and equal, Sexual Orientation and Gender identity in International Human Rights Law*, Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, New York et Genève, 2012, disponible en anglais sur : <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf> (dernier accès le 16 juin 2021).

²⁹ Au niveau européen, CEDH, *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003 ; A.P., *Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, paras. 95-96. Cour européenne de justice (CEJ), *P c. S et Cornwall County Council*, 30 avril 1996.

³⁰ CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

³¹ Ibid., para. 93.

³² Entre autres, CEDH, GC, *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, para. 68.

³³ Entre autres, CEDH, *Van Kück c. Allemagne*, op. cit. paras. 59 et suivants ; CEDH, *L. c. Lituanie*, 11 septembre 2007, paras. 56-57 ; CEDH, *Schlumpf c. Suisse*, 5 juin 2009, para. 107.

³⁴ CEDH, A.P., *Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, paras. 95-96.

³⁵ CEDH, GC, *X et autres c. Autriche*, op. cit. ; CEDH, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016 ; CEDH, *Sousa Goucha c. Portugal*, 22 mars 2016.

sur le sexe identifié dans le certificat de naissance, qui doit être établi peu après la naissance de l'enfant et ne peut jamais être modifié par la suite, pas même en cas de changement de sexe par traitement chirurgical. En outre, la Commission note que dans le cas des enfants intersexués, les effets d'une assignation immédiate et irrévocable du sexe à la naissance restent flous.

41. La Commission de Venise note avec inquiétude que cette situation peut entraîner une discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, en violation des normes internationales applicables en matière de droits de l'homme. La Commission recommande donc d'abroger l'amendement "*La Hongrie protège le droit des enfants à une identité propre correspondant à leur sexe à la naissance*" ou, au moins, de veiller à ce que l'amendement n'ait pas pour effet de nier les droits des personnes transgenres à la reconnaissance légale de leur identité de genre acquise. Elle recommande également que le système d'enregistrement des naissances et la reconnaissance légale ultérieure de l'identité de genre soient conformes aux exigences de non-discrimination du droit international des droits de l'homme et des normes hongroises applicables en matière de non-discrimination, qui doivent être appliquées de manière stricte.

D. Enfants et parents : éducation et formation

42. La deuxième modification de l'article XVI, paragraphe 1, de la Loi fondamentale prévoit une éducation "conforme aux valeurs fondées sur l'identité constitutionnelle et la culture chrétienne" de la Hongrie (modifications marquées).

(1) Tout enfant a droit à la protection et aux soins nécessaires à son bon développement physique, mental et moral. La *Hongrie protège le droit des enfants à une identité propre correspondant à leur sexe à la naissance et leur assure une éducation conforme aux valeurs fondées sur l'identité constitutionnelle et la culture chrétienne de notre pays.*

43. Selon l'exposé des motifs, "la proposition fournit une base claire pour que tous les membres de la jeune génération puissent apprendre, préserver et transmettre l'identité nationale de la Hongrie, sa souveraineté et le rôle du christianisme dans la préservation de la nation. Il convient de souligner que ces derniers éléments ne sont pas nouveaux dans la Loi fondamentale, et que ces valeurs fondées sur la culture chrétienne de la Hongrie ne signifient pas un engagement envers une religion, mais envers le système de traditions historiques et culturelles qui s'est développé en Hongrie au cours des 1000 dernières années. La fourniture d'une telle éducation signifie également que l'État doit maintenir un système institutionnel capable de la fournir, mais n'exclut pas en même temps le fonctionnement d'autres institutions éducatives fondées sur des valeurs, conformément à la Loi fondamentale. Ce principe n'affecte en rien l'exercice du droit à la liberté de conscience et de religion, qui comprend la liberté de choisir et de changer de religion ou de conviction".

44. La disposition relative au droit des parents de choisir l'éducation à donner à leurs enfants (article XVI, paragraphe 2) reste en effet inchangée. Il en va de même pour la disposition relative à la liberté de pensée, de conscience et de religion, énoncée à l'article VII, paragraphe 1, de la Constitution (ce droit comprend la liberté de choisir ou de changer de religion ou d'autres convictions, ainsi que la liberté de chacun de manifester, de s'abstenir de manifester, de pratiquer ou d'enseigner sa religion ou ses autres convictions par des actes religieux, des rites ou autres, individuellement ou conjointement avec d'autres, dans la vie publique ou privée). En outre, l'article XV, paragraphe 2, de la Constitution garantit les droits fondamentaux à toute personne sans discrimination pour des motifs correspondant à l'article 14 de la CEDH.

45. L'importance de l'identité constitutionnelle et de la culture chrétienne était déjà soulignée dans le préambule (le vœu national) de la nouvelle Constitution (2011), qui déclare "qu'il y a mille ans, notre premier roi, saint Étienne, a posé l'État hongrois sur des bases solides et a fait de notre pays une partie de l'Europe chrétienne". Le préambule reconnaît en outre "le rôle du christianisme dans la préservation de notre nation" mais souligne également le respect de "toutes les traditions religieuses qui peuvent exister dans notre pays". Dans son avis de 2011 sur la nouvelle Constitution, la Commission de Venise, se référant à ces phrases, n'a pas perçu de problèmes particuliers. La Commission a observé qu'on "ne saurait négliger l'importance de ces facteurs pour la Hongrie, ni leur rôle dans la formation et l'existence de la nation et de l'État hongrois. En ce qui concerne l'aspect religieux, on notera que tout en insistant sur le rôle majeur de la religion chrétienne dans l'histoire de la Hongrie, le préambule indique aussi que « nous respectons les différentes traditions religieuses de notre pays ». C'est une affirmation d'une importance capitale, qui devra être dûment prise en compte à l'avenir dans l'application et l'interprétation de la Constitution, et étendue à la protection de toutes les religions, traditions religieuses et autres convictions"³⁶.

46. Cependant, en 2018, par le septième amendement à la Loi fondamentale, l'article R paragraphe 4 a été introduit, stipulant que "la protection de l'identité constitutionnelle et de la culture chrétienne de la Hongrie est une obligation de chaque organe de l'État", transformant ainsi la formule du préambule en une règle contraignante. Le nouvel article XVI, paragraphe 1, peut être considéré comme une spécification de cette obligation dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement.

47. La conformité aux normes internationales en matière de droits de l'homme dépendra de l'interprétation et de l'application de ces dispositions par le législateur. Il existe un risque que ces dispositions soient considérées comme autorisant, voire obligeant, l'État à porter atteinte aux droits des parents en matière d'éducation afin d'imposer une éducation conforme aux valeurs de l'identité constitutionnelle et de la culture chrétienne. Lors de la mise en œuvre de l'article R, paragraphe 4, et de l'article XVI, paragraphe 1, de la Loi fondamentale, le droit à l'éducation, tel qu'il est garanti par l'article 2 du Protocole n° 1 à la CEDH, ainsi que la liberté de religion et de croyance (article 9 de la CEDH) et le principe de non-discrimination (article 14) pourraient être en jeu lorsqu'il s'agit du libre choix de l'éducation, du respect des convictions parentales et des principes d'égalité et de non-discrimination. En Hongrie, l'enseignement est essentiellement public. Il pourrait être tentant pour l'État d'utiliser l'enseignement public à des fins idéologiques, de favoriser la "philosophie de vie" la plus influente, par exemple en promouvant dans l'enseignement les valeurs spécifiques de l'identité constitutionnelle hongroise et de la culture chrétienne.

48. En somme, l'État doit garantir un programme scolaire objectif et pluraliste et éviter l'endoctrinement dans l'enseignement public³⁷. Par exemple, dans l'affaire *Folgerø et autres c. Norvège*³⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur une modification du programme de l'école primaire norvégienne, puisque deux matières distinctes - le christianisme et la philosophie de vie - avaient été remplacées par une matière unique couvrant le christianisme, la religion et la philosophie, connue sous le nom de KRL. Les requérants (membres de l'Association humaniste norvégienne) avaient tenté en vain d'obtenir que leurs enfants soient entièrement dispensés de suivre le KRL. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 2 (droit à l'éducation) du Protocole n° 1 à la Convention. Elle a notamment constaté que le programme du KRL accordait un poids prépondérant au christianisme en déclarant que l'objectif de l'enseignement primaire et secondaire inférieur était de donner aux élèves une éducation chrétienne et morale. La possibilité de dispenser les enfants de certaines parties du

³⁶ CDL-AD(2011)016, op. cit. para. 32.

³⁷ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976.

³⁸ CEDH, *Folgerø et autres c. Norvège*, 29 juin 2007.

programme était susceptible de soumettre les parents concernés à une lourde charge avec un risque d'exposition indue de leur vie privée, et le risque de conflit était susceptible de les dissuader de formuler de telles demandes. En même temps, la Cour a souligné que l'intention sous-jacente à l'introduction de la nouvelle matière, à savoir qu'en enseignant ensemble le christianisme, les autres religions et les philosophies, il serait possible d'assurer un environnement scolaire ouvert et inclusif, était en principe conforme aux principes de pluralisme et d'objectivité consacrés par l'article 2 du Protocole n° 1.

49. Une autre question qui pourrait se poser à l'avenir pourrait concerner l'éducation sexuelle dans les écoles publiques. Selon les principes découlant de la jurisprudence de la Cour sur l'article 2 du Protocole n° 1, les cours d'éducation sexuelle ne peuvent être considérés comme portant atteinte au droit parental à l'éducation que s'ils poursuivent un but d'endoctrinement qui peut être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Dans l'affaire *A.R. et L.R. c. Suisse*³⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment relevé que l'un des objectifs de l'éducation sexuelle était la prévention de la violence et de l'exploitation sexuelles, qui constituent une menace réelle pour la santé physique et mentale des enfants et contre lesquelles il convient de les protéger à tout âge. Elle a également souligné que l'un des objectifs de l'éducation publique était de préparer les enfants aux réalités sociales, ce qui tendait à justifier l'éducation sexuelle des très jeunes enfants fréquentant l'école maternelle ou primaire. La Cour a donc estimé que l'éducation sexuelle scolaire, telle que pratiquée dans un canton suisse déterminé, poursuivait des buts légitimes.

50. En outre, la Commission de Venise souligne que, si aucune obligation pour les États de dispenser une éducation sexuelle dans les écoles ne peut être déduite de la CEDH, lorsque cette éducation est dispensée, elle doit être non-discriminatoire vis à vis des personnes et la promotion des valeurs constitutionnelles ne doit pas conduire à méconnaître et à respecter la diversité des opinions religieuses et des identités sexuelles.

51. Étant donné que la liberté constitutionnelle correspondante d'éducation, la liberté de religion et de croyance et les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits dans la loi fondamentale restent inchangés, il n'est pas facile d'estimer la portée réelle du nouvel article XVI, paragraphe 1, et de l'article R, paragraphe 4, de la Loi fondamentale. Les autorités ont souligné que ces dispositions ne sont pas discriminatoires et ne portent pas atteinte aux libertés fondamentales et à l'égalité. La principale règle du système éducatif public est l'école publique, qui, selon la législation hongroise, est neutre en matière de religion et de moralité⁴⁰ - bien qu'elle ne soit pas dépourvue de valeurs, qui sont façonnées par la culture chrétienne de la Hongrie⁴¹. L'éducation religieuse ne fait pas partie du programme de l'école publique, mais est laissée aux églises. Il n'est pas non plus obligatoire, mais prévu à la demande des parents : l'école publique doit seulement prévoir du temps pour l'instruction religieuse et des équipements pédagogiques⁴². Selon la Cour constitutionnelle, l'État est uniquement tenu de créer et de maintenir des écoles non idéologiques⁴³. Toutefois, les écoles religieuses ne sont pas exclues du système scolaire ni du financement de l'État, même si elles restent l'exception.

³⁹ CEDH, *A.R. et L.R. c. Suisse*, 19 décembre 2017.

⁴⁰ Loi CXC/2011 sur le système de l'éducation publique nationale, § 74(3).

⁴¹ Comme l'explique l'exposé des motifs, le fait que ces valeurs soient "fondées sur la culture chrétienne de la Hongrie ne signifie pas un engagement envers une religion, mais envers le système de traditions historiques et culturelles qui s'est développé en Hongrie au cours des mille dernières années".

⁴² Balázs Gerencsér, " State and Church - Education in Hungary ", in Jan de Groof et al. (eds.), *Religion, Law and Education : Tensions et perspectives*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk 2017. 102-103.

⁴³ Décision de la Cour constitutionnelle n° 22/1997. Voir l'exposé des motifs : "l'État doit maintenir un système institutionnel capable de fournir ces services, sans exclure pour autant le fonctionnement d'autres institutions éducatives fondées sur des valeurs, conformément à la loi fondamentale".

52. La Commission de Venise conclut que cette partie du nouvel article XVI paragraphe 1 de la Constitution peut être considérée comme conforme aux normes européennes si les principes constitutionnels et les lois sur l'éducation sont ainsi effectivement mis en œuvre. Pour ce faire, le système scolaire public doit proposer un programme objectif et pluraliste, en évitant tout endoctrinement et la discrimination entre les personnes pour tous les motifs, y compris l'orientation sexuelle, en respectant les convictions des parents et leur liberté de choisir entre des cours religieux et non religieux.

E. Fondation de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques et fonds publics

53. Les articles 38 (établissement des fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques) et 39 (gestion des fonds publics) de la Constitution ont été modifiés respectivement par les articles 7 et 8 du neuvième amendement à la Loi fondamentale. La Commission de Venise a choisi de les traiter ensemble dans cette section car ils ont des implications mutuellement liées.

54. L'article 38 de la Constitution traite des biens de l'État et des collectivités locales. L'article 7 du neuvième amendement le modifie comme suit (changements marqués) :

- (1) Les biens de l'État hongrois et des administrations municipales sont considérés comme des biens nationaux. Les biens nationaux sont gérés et protégés dans le but de servir l'intérêt public, de satisfaire les besoins communs et de préserver les ressources naturelles, en tenant également compte des besoins des générations futures. Les exigences relatives à la sauvegarde et à la protection des biens nationaux, ainsi qu'à leur gestion prudente, sont définies dans un acte d'exécution.
- (2) L'étendue de la propriété exclusive et de l'activité économique considérée comme le domaine exclusif de l'État, ainsi que les limites et les conditions d'aliénation des biens nationaux revêtant une importance particulière pour les considérations d'économie nationale sont définies par un acte d'exécution au regard des objectifs visés au paragraphe (1).
- (3) Les biens nationaux ne peuvent être transférés qu'à des fins spécifiées par la loi, avec les exceptions définies par la loi, en tenant compte des coûts et des avantages.
- (4) Les contrats de transfert ou d'utilisation de biens nationaux ne peuvent être conclus qu'avec une organisation qui est en mesure de satisfaire à l'exigence de transparence en termes de structure de propriété, d'organisation et d'activités liées à la gestion des biens nationaux aliénés ou utilisés.
- (5) Les opérateurs économiques appartenant à l'État ou aux administrations municipales mènent leurs activités de manière prudente et indépendante, conformément à la législation pertinente, dans le respect des exigences de légalité, d'efficacité et d'efficacité.
- (6) La création, le fonctionnement, la cessation d'activité et l'exercice d'une mission de service public par une fondation de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques sont réglementés par une loi cardinale.

55. L'exposé des motifs indique que : "Par cet ajout, le gouvernement exprime la séparation des relations publiques et privées dans l'intérêt de la stabilité des processus sociaux à long terme et de la sécurité juridique ; La nouvelle disposition constitutionnelle renforcerait

l'indépendance de ces fondations vis-à-vis de l'exécutif en garantissant la sécurité juridique, la stabilité juridique à long terme et l'indépendance institutionnelle avec un accord politique".

56. Le champ d'application de ces dispositions reste flou, et l'exposé des motifs ne précise pas davantage la nature de cette nouvelle institution, la "fondation de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques", qu'elle soit publique ou privée, ni les règles de fonctionnement qui doivent être établies dans une loi cardinale.

57. La Commission de Venise se demande pourquoi une institution de droit privé aussi complexe, bien que gérant des fonds publics, doit être inscrite dans la loi fondamentale et pourquoi ses spécifications doivent être réglementées par une loi cardinale, qui nécessite une majorité des deux tiers pour être adoptée ou modifiée, ce qui rend difficile pour tout législateur futur d'annuler les effets des modifications, c'est-à-dire de récupérer les biens transférés et de revenir sur la réorganisation de la gestion des fondations concernées.

58. L'exposé des motifs déclare que "(en) l'incluant dans la loi fondamentale, la proposition du gouvernement reconnaît le rôle exceptionnel de création de valeur sociale et l'indépendance des fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques ; l'objectif de la réglementation est de protéger ces organisations, les universités et autres institutions, et de garantir leur fonctionnement car elles sont les pierres angulaires de l'enseignement supérieur et de la gestion des talents".

59. La Commission rappelle ses considérations précédentes dans l'avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie :

"La Commission de Venise souligne qu'un processus constitutionnel pleinement légitime et abouti doit absolument s'appuyer sur une culture politique distinguant nettement les questions constitutionnelles de la vie politique courante, et faisant de la Constitution le cadre communément accepté des processus démocratiques ordinaires – avec les désaccords politiques tout à fait compréhensibles et même bénéfiques qu'ils génèrent"⁴⁴.

et

"la Commission de Venise estime qu'un recours excessif aux lois organiques est problématique aussi bien du point de vue de la Constitution que de celui des lois ordinaires. Elle juge que la Constitution pourrait être plus spécifique sur certains points, comme le pouvoir judiciaire. D'autres, en revanche, auraient pu ou dû être traités dans la législation ordinaire, dans le cadre du fonctionnement politique majoritaire, tels le régime de la famille ou les questions de politique sociale et fiscale. La Commission de Venise trouve qu'un parlement doit posséder la marge de manœuvre nécessaire pour accompagner les grandes mutations et relever les défis nouveaux que rencontre une société. Le bon fonctionnement d'un système démocratique repose sur sa capacité d'évolution permanente. La multiplication des choix politiques placés hors d'atteinte de la majorité simple réduit la signification des élections futures et accroît les possibilités dont dispose une majorité des deux tiers pour verrouiller ses préférences politiques et l'ordre juridique national"⁴⁵.

La Commission de Venise reconnaît, comme le déclare l'exposé des motifs, que le rôle des universités en tant que "pierres angulaires de l'enseignement supérieur et de la gestion des talents" a une "valeur sociale" exceptionnelle qui peut être reconnue par la Constitution. Cependant, il ne semble pas justifié de définir leur format organisationnel dans la loi

⁴⁴ CDL-AD(2011)016, op.cit., para. 12.

⁴⁵ Ibid., para. 24.

fondamentale, surtout lorsqu'elle prend les traits d'une institution de droit civil, ni approprié de brider leur fonctionnement opérationnel par des lois organiques qui requièrent une majorité renforcée pour toute simple modification.

60. En outre, le paragraphe (6) nouvellement ajouté semble entrer en conflit avec le paragraphe (5) précédent, ce qui implique que ces fondations ne sont pas des "opérateurs économiques appartenant à l'État" et que, par conséquent, elles ne seraient pas liées par la disposition exigeant qu'elles "mènent leurs activités de manière prudente et indépendante, conformément à la législation pertinente, dans le respect des exigences de légalité, d'efficacité et d'efficacités". Ces fondations restent néanmoins soumises à d'autres obligations de transparence et de responsabilité (voir paragraphe 70 ci-dessous).

61. Lors des réunions en ligne, les autorités hongroises ont qualifié les nouvelles fondations d'entités privées mais ont affirmé qu'elles auraient toujours les mêmes obligations que les entités publiques en termes de transparence et de responsabilité. Ces obligations découleraient de l'article 39, paragraphe 2, de la Constitution, dans la mesure où ces fondations reçoivent et gèrent des fonds publics ; elles ont donc le devoir de respecter les principes de transparence et d'une vie publique sans corruption, elles sont publiquement responsables de la gestion de ces fonds et les données relatives à ces fonds sont reconnues comme des données d'intérêt public. En outre, ces fondations sont des entités "d'intérêt public" et elles "exercent des fonctions publiques", par conséquent, tous les fonds gérés par les nouvelles fondations, même ceux d'origine privée, doivent être déclarés dès lors que ces fonds sont utilisés pour l'exercice de fonctions publiques, conformément aux chapitres II et IV de la loi CXII de 2011 sur l'autodétermination informationnelle et la liberté d'information de la Hongrie.

62. Malgré ces explications, le statut juridique des "fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques" et les droits et devoirs correspondants de ces entités restent flous pour la Commission de Venise. La Commission note que la ligne de démarcation entre l'exercice d'un devoir public et d'autres devoirs n'est pas bien définie et il n'est pas clair qui/quoi la précisera davantage. S'agira-t-il de la loi cardinale qui régit chaque fondation ? Ou plutôt le conseil d'administration qui gère chaque fondation ? Et quelles sont les garanties de transparence et de responsabilité qui s'appliquent au conseil d'administration ?

63. Lors des réunions en ligne, les autorités nationales ont décrit le conseil d'administration comme un organe initialement composé de personnes nommées par le gouvernement. Dès lors, le conseil d'administration désigne ses successeurs par cooptation. La question se pose de savoir pourquoi l'indépendance de ces organes (principalement des universités) doit être renforcée à ce moment précis, d'autant plus que l'amendement vise à garantir une "indépendance institutionnelle avec un accord politique". Plusieurs interlocuteurs ont exprimé des inquiétudes quant à la dépendance politique des conseils d'administration installés par le gouvernement et au risque d'ingérence dans la gestion des établissements d'enseignement supérieur, notamment au vu du nombre élevé d'universités qui ont subi un tel changement de modèle en 2021 (plus de 30) et de l'absence de critères et de garanties pour la nomination des administrateurs (pas de règles sur les conflits d'intérêts, pas d'incompatibilité avec les fonctions publiques ou l'affiliation politique, etc.) En outre, ils ont souligné que les conseils d'administration nouvellement installés seraient en dehors du champ de contrôle démocratique. Ce serait même le cas sous un nouveau gouvernement, car la gouvernance des fondations est régie par des lois cardinales, qui ne peuvent être modifiées qu'à la majorité des deux tiers.

64. Dans ce contexte, la Commission de Venise souligne le rôle significatif des universités dans une société démocratique en tant que lieux privilégiés pour l'éducation de chaque nouvelle génération, la découverte de nouvelles connaissances et l'innovation, le développement de la pensée rationnelle et critique, la liberté de recherche et d'argumentation.

La Commission souligne donc l'importance de garantir leur indépendance politique, culturelle et intellectuelle ainsi que leur autonomie institutionnelle. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu à plusieurs reprises l'importance des libertés académiques protégées par l'article 10 de la CEDH⁴⁶. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies a souligné, dans l'observation générale sur l'article 13 (droit à l'éducation), que : *"[l]'exercice des libertés académiques nécessite l'autonomie des établissements d'enseignement supérieur. Être autonome, c'est pour un établissement d'enseignement supérieur jouir du degré d'indépendance dont il a besoin pour prendre des décisions efficaces, qu'il s'agisse de ses travaux, de ses normes, de sa gestion ou de ses activités connexes. Il reste que cette autonomie doit être compatible avec les systèmes de contrôle public, en ce qui concerne en particulier les fonds octroyés par l'État. Vu les importants investissements publics réalisés dans l'enseignement supérieur, il importe d'établir un équilibre satisfaisant entre l'autonomie de l'établissement et l'obligation qu'il a de rendre des comptes"*⁴⁷.

65. En outre, dans son avis sur l'enseignement supérieur national en Hongrie, la Commission de Venise a souligné que *"l'État a non seulement le devoir de s'abstenir de toute ingérence indue dans le droit à l'instruction (expression, association) et dans le droit à l'enseignement universitaire et à la recherche scientifique mais aussi l'obligation d'agir de façon à garantir activement le libre exercice de ces droits, non seulement les droits énoncés dans les dispositions pertinentes de la CEDH et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels mais aussi ceux consacrés par les dispositions constitutionnelles, comme l'article X – sur la liberté de la recherche scientifique et l'autonomie des universités – et l'article XI – sur le droit à l'instruction"*⁴⁸. La soumission des universités publiques à la gestion d'un conseil d'administration, initialement nommé par le gouvernement et ensuite libéré du contrôle démocratique, risque de menacer leur liberté académique et d'affaiblir leur autonomie. Cette évolution représente une tendance dangereuse car elle fait écho au récent retrait regrettable d'une université prestigieuse de Budapest⁴⁹.

66. Compte tenu de ce qui précède, la Commission de Venise invite les autorités hongroises à prendre en considération le rôle des universités en tant que lieux de libre pensée et d'argumentation, en garantissant de manière adéquate leur liberté académique et leur autonomie, et met en garde contre le risque de soustraire les fonds publics et les tâches publiques au contrôle démocratique, compte tenu également de la nouvelle définition des fonds publics.

67. L'article 39, tel que modifié par l'article 8 du neuvième amendement, se lit comme suit (les modifications sont marquées) :

- (1) Le soutien ou les paiements contractuels provenant du budget central ne peuvent être accordés qu'à des organisations dont la structure de propriété, l'organisation et l'activité visant à utiliser le soutien sont transparentes.
- (2) Tout organisme gérant des fonds publics est tenu de rendre compte publiquement de sa gestion des fonds publics. Les fonds publics et les biens nationaux sont gérés selon les principes de transparence et de pureté de la vie publique. Les

⁴⁶ CEDH, *Hertel c. Suisse*, requête no 25181/94, 25 août 1998 ; *Wille c. Liechtenstein*, requête no 28396/95, 28 octobre 1999 ; *Stambuk c. Allemagne*, requête no 37928/97, 17 octobre 2002 ; *Lombardi Vallauri c. Italie*, requête no. 39128/05, 20 octobre 2009 ; *Sorguç c. Turquie*, requête n° 17089/03, 23 juin 2009 ; *Sapan c. Turquie*, requête n° 44102/04, 6 juillet 2010 ; *Mustafa Erdoğan c. Turquie* (requêtes n° 346/04 et 39779/04), 27 mai 2014.

⁴⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (CESCR), Observation générale n° 13, E/C.12/1999/10, para. 39.

⁴⁸ Commission de Venise, Avis sur la loi XXV du 4 avril 2017 relative à la modification de la loi CCIV de 2011 sur l'éducation tertiaire nationale, CDL-AD(2017)022, para. 67.

⁴⁹ L'Université d'Europe centrale a déménagé de Budapest à Vienne en 2018 après le refus du gouvernement de signer un accord permettant à l'université de poursuivre ses activités en Hongrie.

données relatives aux fonds publics et aux biens nationaux sont des données d'intérêt public.

(3) Les fonds publics sont les recettes, les dépenses et les créances de l'État.

68. Dans son exposé des motifs, le gouvernement explique que la proposition définit le concept de fonds publics, "étant donné que différentes interprétations sont apparues dans la pratique des organes constitutionnels et autres, et qu'il sera donc défini de manière claire, univoque et globale pour l'ensemble de la structure de l'État ; la définition couvrirait tous les organes et institutions constitutionnels, étatiques et locaux ; l'objectif du législateur est de conclure les litiges concernant les fonds publics et de fournir des garanties des règles de transparence établies dans la loi fondamentale".

69. Pourtant, plusieurs interlocuteurs ont affirmé lors des réunions en ligne et par le biais de contributions écrites que la jurisprudence avait été suffisamment cohérente dans l'interprétation du terme "fonds publics" et ont exprimé leur crainte que la nouvelle définition soit plus étroite que celle régulièrement appliquée par les tribunaux, ce qui aurait pour effet que différentes entités utilisant des fonds provenant du budget de l'État pourraient refuser les demandes de liberté d'information concernant la façon dont les fonds ont été dépensés, en prétendant que ces fonds avaient perdu leur caractère public.

70. La Commission de Venise note que la nouvelle définition ne dispense pas les entités privées gérant des fonds publics de leurs obligations de responsabilité, qui sont clairement énoncées à l'article 39 (2) de la Loi fondamentale. Néanmoins, la publicité de ces fonds, et les garanties de transparence correspondantes, peuvent devenir plus incertaines après un deuxième transfert de cet "argent public" à une autre entité. L'un des effets de l'amendement pourrait être que le fonctionnement interne des fondations nouvellement créées, ainsi que leurs recettes et leurs dépenses, pourraient être considérés comme "privés" et donc protégés de l'examen de la société civile et des médias, puisqu'ils ne sont pas soumis aux demandes de liberté d'information des citoyens et des médias, ce qui porterait atteinte à la transparence et à la liberté d'information de l'État.

71. La Commission de Venise suggère de reconsidérer l'inclusion des fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques dans la Loi fondamentale et de les réglementer par une loi statutaire, en établissant clairement toutes les obligations pertinentes de transparence et de responsabilité pour la gestion de leurs fonds (publics et privés), ainsi que des garanties d'indépendance appropriées pour la composition et le fonctionnement du conseil d'administration.

F. Processus législatif et situations exceptionnelles (état de guerre, état d'urgence, état de danger)

72. Les articles 2, 4 à 6, 9 et 11 du neuvième amendement apportent diverses modifications à la Loi fondamentale de la Hongrie concernant les déclarations de guerre, le contrôle des forces de défense hongroises et l'"ordre juridique spécial" relatif à l'état de guerre, l'état d'urgence et l'état de danger. Toutes ces dispositions n'entreront pas en vigueur avant le 1^{er} juillet 2023, afin (selon l'exposé des motifs) d'accorder un "temps de préparation adéquat" pour leur mise en œuvre.

73. Les articles 6 et 9 du neuvième amendement semblent n'apporter que des modifications visant à conformer le libellé des articles modifiés aux nouvelles dispositions sur l'ordre juridique spécial des articles 48 à 54, sans apporter de modifications de fond à la Loi fondamentale. L'article 5 du neuvième amendement fait la même chose mais introduit également une disposition selon laquelle "Pour que la situation de guerre soit déclarée et que la paix soit faite, les votes des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale sont requis".

74. Les changements les plus substantiels proviennent tous de l'article 11 du neuvième amendement, qui modifie les articles 48 à 56 de la Loi fondamentale. Dans une large mesure, les amendements répètent, simplifient et réorganisent un grand nombre des dispositions antérieures sur les états d'exception. Mais à plusieurs égards, ils introduisent également des changements importants.

75. Dans la Loi fondamentale actuelle, différentes variantes d'un "ordre juridique spécial" peuvent s'appliquer dans six circonstances différentes : crise nationale, état d'urgence, état de défense préventive, état de menace terroriste, attaque inattendue et état de danger. Le neuvième amendement réduit ces catégories à trois seulement, spécifiées à l'article 48 : état de guerre, état d'urgence et état de danger. La Commission de Venise se félicite de ce changement, dans la mesure où il simplifie et clarifie les cas d'application des états exceptionnels, rendant la loi plus accessible et compréhensible.

76. Les articles suivants définissent ensuite les règles applicables à l'état de guerre (article 49), à l'état d'urgence (article 50) et à l'état de danger (article 51). Là encore, les décisions qui requièrent une majorité simple de l'Assemblée nationale en vertu de la Loi fondamentale actuelle, comme la décision d'autoriser le gouvernement à prolonger l'état de danger, nécessiteront une majorité des deux tiers après le neuvième amendement (article 50, paragraphe 3). La Commission de Venise reconnaît la cohérence de ces dispositions avec sa recommandation sur le respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit pendant l'état d'urgence :

"84. Il convient d'assurer la participation de l'opposition à l'approbation de la déclaration d'état d'urgence, et/ou à l'examen *a posteriori* des décrets d'urgence ou de toute prolongation de l'état d'urgence. La majorité qualifiée pourrait être requise pour prolonger l'état d'urgence au-delà de la période initiale. Si le report d'élections est envisagé [...], il convient d'associer tous les partis politiques au débat avant de prendre une décision"⁵⁰.

77. Les articles 52 et 53 établissent des règles communes pour ce que l'on appelle "l'ordre juridique spécial", tandis que les articles 54 et 55 énoncent des règles communes pour l'état de guerre et l'état d'urgence, et l'article 56 prévoit des règles spécifiques pour l'ordre juridique spécial applicable à l'Assemblée nationale et au Président de la République. Cependant, la plupart de ces dispositions laissent aux lois cardinales le soin de préciser la plupart des détails, ce qui pourrait éventuellement soulever de sérieuses questions quant à l'étendue des pouvoirs de l'État pendant les états d'exception. Par exemple, l'article 52, paragraphe 5, stipule ce qui suit :

- (5) Les modalités d'application pendant la période d'ordre juridique spécial sont fixées par une loi cardinale.

De même, l'article 53, paragraphe 1, est libellé comme suit :

- (1) Pendant la période d'ordre juridique spécial, le Gouvernement peut adopter des décrets par lesquels il peut, comme le prévoit une loi cardinale, suspendre l'application de certaines lois, déroger aux dispositions des lois et prendre d'autres mesures extraordinaires.

⁵⁰ CDL-AD(2020)014, op. cit. para. 84.

De même, l'article 54, paragraphe 8, prévoit :

- (8) Les modalités d'application après l'initiative du Gouvernement de déclarer l'état de guerre ou l'état d'urgence sont fixées par une loi cardinale.

Par conséquent, la Commission de Venise n'est pas en mesure d'évaluer définitivement la portée de ces dispositions et leur impact sur le système des freins et contrepoids de l'État sans connaître le contenu des textes juridiques correspondants. Elle invite les autorités hongroises à mener un processus inclusif et consultatif avec toutes les parties prenantes concernées pour l'adoption des lois cardinales susmentionnées et elle est prête à fournir une assistance en la matière.

78. Un dernier changement substantiel est que la constitution actuelle exige la création d'un Conseil de défense nationale pour exercer des pouvoirs substantiels en cas de crise nationale, mais le neuvième amendement supprime le Conseil de défense nationale en toutes circonstances et confie ses pouvoirs au gouvernement. L'exposé des motifs précise que la raison de ce changement "est qu'après la promulgation de l'ordre juridique spécial, il est nécessaire d'assurer une prise de décision rapide, opérationnelle et responsable, tant au sens politique que juridique, ce pour quoi le gouvernement semble être adapté dans le système constitutionnel hongrois". La Commission de Venise note que le Conseil de défense nationale devait être un organe plus largement représentatif (composé du Président de la République, du Président de l'Assemblée nationale, des chefs des groupes parlementaires, du Premier ministre, des ministres et du chef d'état-major des armées) que le gouvernement. Bien que ces amendements ne semblent pas, en tant que tels, incompatibles avec l'État de droit ou les principes et normes de base des démocraties constitutionnelles, la concentration des pouvoirs d'urgence entre les mains de l'exécutif ne peut être considérée comme un signe encourageant, notamment en l'absence de toute clarification dans l'exposé des motifs du *ratio* ou de la nécessité d'une telle modification.

IV. Conclusion

79. La Commission de suivi de l'APCE a demandé à la Commission de Venise de préparer un avis sur les amendements constitutionnels et législatifs adoptés par le Parlement hongrois en décembre 2020. Le présent avis se concentre sur les amendements constitutionnels.

80. Le neuvième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie couvre une variété de domaines différents :

- (1) les questions relatives au *mariage et à la famille*, y compris les questions d'*orientation sexuelle, d'identité de genre et d'éducation des enfants* (articles 1 et 3) ;
- (2) les questions liées au *processus législatif* (article 2) ;
- (3) les questions liées à la *création de "fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques" et la définition des fonds publics* (articles 7 et 8) ;
- (4) les questions liées aux *situations exceptionnelles* telles que la *guerre ou l'état d'urgence* (articles 4-6, 9, 10, 11). L'article 12 concerne le droit transitoire.

81. Ces modifications sont entrées en vigueur le 23 décembre 2020, à l'exception des questions liées au point (2), le *processus législatif*, et à la majeure partie du point (4), les *situations exceptionnelles* telles que la *guerre ou l'état d'urgence* (mais pas l'article 10 sur la décision relative à la participation aux opérations militaires), qui entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2023.

82. La Commission de Venise souligne que l'impact de plusieurs dispositions est difficile à évaluer sans connaître les changements législatifs qui pourraient être adoptés à la suite de ces dispositions. La portée de la plupart des amendements n'est pas claire et leur conformité

avec les droits de l'homme, l'état de droit et les normes démocratiques dépendra largement des lois, règlements et politiques mettant en œuvre les dispositions constitutionnelles. La Commission est prête à assister les autorités hongroises dans la préparation des actes législatifs nationaux basés sur les nouvelles dispositions constitutionnelles, si elles le souhaitent.

83. La Commission de Venise note avec inquiétude que les amendements ont été adoptés pendant l'état d'urgence, sans aucune consultation publique, et que l'exposé des motifs ne comporte que trois pages. La Commission de Venise considère que cette procédure rapide n'est pas conforme à ses recommandations dans la Liste des critères de l'Etat de droit, ni compatible avec le rapport de la Commission sur le Respect de la démocratie, des droits de l'Homme et de l'Etat de droit pendant l'état d'urgence : Réflexions et le rapport sur le Rôle de l'opposition au sein d'un parlement démocratique.

84. La Commission de Venise souligne que cette rapidité et l'absence de consultations publiques sérieuses sont particulièrement inquiétantes lorsqu'il s'agit d'amendements constitutionnels et elle rappelle sa précédente mise en garde contre une "volonté d'instrumentaliser la Constitution" de la majorité au pouvoir en Hongrie à l'égard de la Loi fondamentale, qui ne doit pas être considérée comme un instrument politique.

85. La Commission de Venise souhaite formuler les principales recommandations suivantes :

- a. En ce qui concerne l'amendement à l'article L paragraphe (1) de la Loi fondamentale (concernant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, et l'ajout de "*La mère est une femme, le père est un homme*"), sa compatibilité avec l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) et l'article 14 (interdiction de la discrimination) pris conjointement avec l'article 8 de la CEDH dépend principalement du fait que la loi hongroise autorise (1) les adoptions par des couples *non mariés* de sexe opposé ou (2) les adoptions par des parents hétérosexuels *célibataires*. Si tel n'est pas le cas, aucune violation de la CEDH ne peut être constatée, du moins pas au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, des problèmes concernant l'interdiction de la discrimination en vertu de la CEDH se poseraient si la Hongrie autorisait, dans son droit de la famille, les adoptions par des parents célibataires, mais uniquement hétérosexuels, ou les adoptions par des couples non mariés, mais uniquement hétérosexuels. Cet amendement constitutionnel ne devrait pas être utilisé comme une opportunité pour retirer les lois existantes sur la protection des individus qui ne sont pas hétérosexuels, ou pour modifier ces lois à leur désavantage.
- b. En ce qui concerne la prérogative du ministre des affaires familiales de donner ou de refuser un consentement pour les adoptions de personnes célibataires, la Commission recommande que l'interprétation et l'application des amendements constitutionnels, notamment lors de la rédaction de la législation d'application, soient effectuées de manière à ce que le principe de non-discrimination pour tous les motifs, y compris sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, soit pleinement mis en œuvre. Pour ce faire, des critères clairs doivent être établis, limitant le pouvoir discrétionnaire du ministre.
- c. L'amendement "*La Hongrie protège le droit des enfants à une identité propre correspondant à leur sexe à la naissance*" devrait être abrogé ou modifié afin de garantir qu'il n'ait pas pour effet de nier les droits des personnes transgenres à la reconnaissance légale de leur identité de genre

acquise. Elle recommande également que le système d'enregistrement des naissances et de reconnaissance légale de l'identité de genre soit conforme aux exigences de non-discrimination du droit international des droits de l'homme et des normes hongroises applicables en matière de non-discrimination, qui doivent être appliquées de manière stricte en ce qui concerne en particulier le droit des personnes transgenres à la reconnaissance juridique de leur identité de genre acquise et la situation complexe des enfants intersexués.

- d. L'amendement "*La Hongrie [...] assure aux [enfants] une éducation conforme aux valeurs fondées sur l'identité constitutionnelle et la culture chrétienne de notre pays*" ne peut être considéré comme conforme aux normes européennes que si les principes constitutionnels et les lois sur l'éducation sont effectivement mis en œuvre. Pour ce faire, le système scolaire public doit offrir un programme objectif et pluraliste, en évitant l'endoctrinement et la discrimination pour tous les motifs et en respectant les convictions des parents et leur liberté de choisir entre des cours religieux et non religieux.
- e. L'article 7 du neuvième amendement relatif à l'article 38 de la Constitution et introduisant dans la loi fondamentale les "fondations de gestion d'actifs d'intérêt public exerçant des fonctions publiques" devrait être reconsidéré ; ces fondations devraient plutôt être régies par une loi statutaire, énonçant clairement toutes les obligations pertinentes de transparence et de responsabilité pour la gestion de leurs fonds (publics et privés), ainsi que des garanties d'indépendance appropriées pour la composition et le fonctionnement du conseil d'administration. Ces lois devraient tenir compte du rôle important des universités en tant que lieux de libre pensée et d'argumentation, en prévoyant toutes les mesures nécessaires pour garantir la sauvegarde appropriée de l'indépendance académique et de l'autonomie institutionnelle.
- f. Les articles 6 et 9, et 11 du neuvième amendement modifiant la Loi fondamentale de la Hongrie, relatifs aux déclarations de guerre, au contrôle des forces de défense hongroises et à l'"ordre juridique spécial" qui se rapporte à l'état de guerre, à l'état d'urgence et à l'état de danger, laissent principalement la spécification de la plupart des détails aux lois cardinales, ce qui pourrait éventuellement soulever de sérieuses questions concernant l'étendue des pouvoirs de l'État pendant les états d'exception.
- g. En ce qui concerne la suppression du Conseil de défense nationale et le transfert de ses pouvoirs au gouvernement - qui est moins largement représentatif - si elle n'est pas contraire en tant que telle aux normes européennes, elle conduit à une concentration des pouvoirs d'urgence entre les mains de l'exécutif qui ne peut être considérée comme un signe encourageant, notamment en l'absence de toute clarification dans l'exposé des motifs du *ratio* ou de la nécessité d'une telle modification.

86. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités hongroises et de l'Assemblée parlementaire pour toute assistance supplémentaire dans ce domaine.