

L'obligation du juge *a quo* de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle

par Jörg Gerkrath, Professeur à l'Université du Luxembourg

I. L'EXISTENCE (INDENIABLE) DE L'OBLIGATION

- A. LE FONDEMENT LEGAL
- B. LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL
- C. LE FONDEMENT CONVENTIONNEL

II. L'ETENDUE (MESURABLE) DE L'OBLIGATION

- A. L'ETENDUE DU DEVOIR DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE
 - 1. *Le principe*
 - 2. *Les exceptions légales*
 - 3. *Une obligation susceptible de faire l'objet d'un recours*
- B. LES ARGUMENTS SUSCEPTIBLES D'ETRE AVANCES POUR ECHAPPER A L'OBLIGATION DE RENVOI
- C. LA PORTEE DU DEVOIR DE SE CONFORMER A L'ARRET RENDU
 - 1. *La juridiction qui a posé la question préjudicielle (...) [est tenue], (...), de se conformer à l'arrêt rendu*
 - 2. *L'obligation vaut « pour la solution du litige » dont le juge a quo est saisie*
 - 3. *Cette obligation connaît-elle des exceptions ?*
 - a) *Une divergence d'interprétation ?*
 - b) *Une difficulté pour rétablir l'égalité devant la loi ?*
 - c) *Un risque de dénaturer le recours en cassation ?*

III. L'EFFICACITE (TOUTE RELATIVE) DE L'OBLIGATION

- A. SANCTIONS ENVISAGEABLES
 - 1. Au plan disciplinaire
 - 2. Au plan pénal
- B. RECOURS DISPONIBLES
 - 1. Recours en responsabilité de l'Etat
 - 2. Recours devant la Cour européenne des droits de l'homme
- C. REMEDES POTENTIELS
 - 1. Intervention du législateur
 - 2. Réforme du système juridictionnel par le Constituant

CONCLUSION

Arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2011
Arrêt de la Cour constitutionnelle du 20 mai 2011
Arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2012

La « guerre des juges », qui a été fustigée par la doctrine tant en France¹ qu'en Belgique², va-t-elle déferler maintenant sur le Grand-Duché de Luxembourg ? Un arrêt de la Cour de cassation luxembourgeoise en date du 12 janvier 2012 témoigne en tout cas d'une rupture entre cette dernière et la Cour Constitutionnelle.³ Rendu à propos d'un moyen d'irrecevabilité soulevé dans un recours en cassation en matière pénale, l'arrêt en question révèle pour le moins l'existence d'un sérieux conflit entre les deux juridictions et constitue de surcroît un ébranlement imprudent du principe de l'Etat de droit.

Cependant, à la lecture de cet arrêt « cela ne saute pas aux yeux », si l'on ose dire. L'arrêt de la Cour de cassation, siégeant en matière pénale, se borne en effet à déclarer irrecevable le recours en cassation d'un certain Monsieur T. au motif que son recours, introduit en tant que partie civile, « se heurte à l'article 412 du Code d'instruction criminelle ». Cet article interdit précisément à la partie civile « de poursuivre en cassation l'annulation d'une décision d'acquittement ». La décision d'acquittement dont il s'agit fut prononcée le 12 janvier 2010 par la Cour d'appel siégeant en matière correctionnelle à l'encontre de trois personnes que ce Monsieur avait poursuivies pour dénonciation calomnieuse à son égard. Pour le reste la Cour d'appel « se déclara incompétente pour connaître de la demande en dommages et intérêts du demandeur au civil Monsieur T. et, pour autant que de besoin, déchargea les cités directs de la condamnation au paiement des dommages et intérêts prononcés en première instance ».⁴

Jusque-là, cela n'a sans doute rien de très étonnant et l'affaire dont fut saisie la Cour de cassation est loin d'être extraordinaire. Portant sur la seule question préliminaire de la recevabilité d'un pourvoi en cassation introduit par la partie civile, l'arrêt du 12 janvier est passé d'ailleurs largement inaperçu. Il dissimule néanmoins une violation flagrante du droit en vigueur.

L'arrêt constitue en effet l'aboutissement retentissant d'un renvoi préjudiciel dont la Cour de cassation avait saisi la Cour Constitutionnelle pour que cette dernière statue sur la conformité à la Constitution dudit article 412 du Code d'instruction criminelle.⁵ La Cour Constitutionnelle a décidé, par son arrêt n° 67/11 du 20 mai 2011, que cette disposition « est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'elle fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance ». Il incombait donc à la Cour de cassation de se conformer à cet arrêt comme le prévoit l'article 15 de la loi organique de la Cour Constitutionnelle de 1997.

Ce dernier ne laisse aucune place au doute : « La juridiction qui a posé la question préjudicielle (...) [est tenue], pour la solution du litige dont [elle est saisie], de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour ». L'arrêt de la Cour Constitutionnelle a en conséquence pour effet de lier la juridiction de renvoi.

Malgré cela, la Cour de cassation a délibérément décidé d'ignorer l'effet contraignant de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle. Ainsi, comme on le démontrera ci-dessous, elle a commis une violation indéniable tant de la loi et de la Constitution luxembourgeoise que de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sans avancer le moindre motif pour tenter de justifier sa désobéissance.

¹ Entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel à propos de la question prioritaire de constitutionnalité. Cf. Philippe Blacher et Florence Chaltiel, *La guerre des juges aura bien lieu*, Le Monde du 22 juin 2010.

² Entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Cf. Jacques van Compernelle et Marc Verdussen, *La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage*, Journal des Tribunaux 2000, p. 297 ss. Voir aussi Marc VERDUSSEN et Matthieu LYS, *La guerre des juges a assez duré*, « Libre Opinion » de la Libre Belgique, le 08 février 2007.

³ Arrêt n° 3 / 2012 pénal, numéro 2798 du registre. Voir aussi Jörg Gerkrath, *La belligérance des juges est-elle contagieuse ?*, forum « Justice » publié dans le Letzeburger Land du 24 février, pp. 18-19.

⁴ Cf. l'arrêt n° 67/11 de la Cour Constitutionnelle du 20 mai 2011, Mémorial A-114 du 1^{er} juin 2011, p. 1762, considérant 1.

⁵ L'article 412 CIC dispose : « Dans aucun cas la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une décision d'acquittement ; mais si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, cette disposition de la décision peut être annulée sur la demande de la partie civile ».

Dans l'esprit du renvoi préjudiciel, tel qu'il s'applique notamment devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et devant de nombreuses juridictions constitutionnelles, il s'agit avant tout d'une procédure de coopération entre juges. Elle permet au juge « ordinaire », saisi au fond d'un litige donné, de surseoir à statuer pour adresser une question dite « préjudicielle » à une juridiction spécialisée afin que cette dernière l'éclaire sur l'interprétation et/ou la validité d'une norme invoquée devant lui. C'est une « procédure de juge à juge », qui n'est pas à la disposition des parties au recours au principal.

C'est encore une procédure en trois étapes, qui implique un partage des fonctions entre les deux juridictions. La première étape se déroule devant le juge du fond, auteur du renvoi (appelé « juge *a quo* »), la deuxième devant la Cour Constitutionnelle, chargée du traitement de la question (appelé « juge *ad quem* »), et la troisième à nouveau devant le juge ordinaire, chargé de tirer les conséquences sur le litige au principal de l'arrêt du juge constitutionnel. Dans le cadre de cette dernière étape la juridiction de renvoi est appelée à tirer les conséquences de la décision préjudicielle qui a pour elle force obligatoire.⁶ Cela vaut notamment pour un arrêt déclarant invalide l'acte qui a été déféré devant la Cour.⁷

Le partage des tâches, relevant d'un côté du jugement du litige principal et, de l'autre côté, de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi implique un devoir de non ingérence mutuelle : la Cour Constitutionnelle ne doit pas interférer dans la solution du litige et la Cour de cassation n'a aucune compétence pour juger de la constitutionnalité d'une loi. Comme l'avait en effet souligné le Conseil d'Etat dans son avis du 28 mars 1997, « il revient à la Cour Constitutionnelle et à elle seule de statuer sur la conformité des lois à la Constitution ».⁸

Les questions préjudicielles ont « une double raison d'être : éviter les contradictions de jugements et réserver la décision de certains points de droit à des institutions spécialisées, dans l'intérêt de la rectitude des décisions ».⁹ Dans ce système, et à la différence du contrôle diffus de la constitutionnalité, tel qu'il est appliqué notamment aux Etats-Unis (*judicial review*), le juge ordinaire ne peut donc jamais constater lui-même l'inconstitutionnalité de la norme législative invoquée devant lui.

L'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2012 méconnaît non seulement les dispositions claires de l'article 15 de la loi organique de la Cour Constitutionnelle mais encore l'esprit même de la procédure du renvoi préjudiciel. Il démontre qu'il existe apparemment une certaine ignorance sur le point de savoir quelle est précisément l'obligation du juge *a quo* en présence d'un arrêt de la Cour Constitutionnelle qui tranche la question préjudicielle qu'il lui avait renvoyée.

On tentera de démontrer dans les développements qui suivent que non seulement cette obligation existe indéniablement (I) mais qu'elle a par ailleurs une étendue bien réelle à laquelle le juge *a quo* ne peut échapper en principe (II). Dans la mesure où c'est cependant précisément en cela que la Cour de cassation s'est mise « hors la loi », il conviendra de s'interroger sur l'efficacité de ladite obligation (III).

I. L'existence (indéniable) de l'obligation

S'agissant, dans le présent cas d'espèce, d'un problème de recevabilité d'un pourvoi en cassation introduite par la partie civile, l'obligation du juge *a quo* de se conformer à l'arrêt de la Cour Constitutionnelle repose sur un triple fondement : légal, constitutionnel et conventionnel. Le fondement légal résulte bien évidemment de l'article 15 de la loi portant

⁶ Cf. CJCE, ordonnance du 5 mars 1986, Wünsche, aff. 69/85, point 13, Rec p. 947.

⁷ En vertu de l'article 65 du Règlement de procédure de la Cour de justice. Cf. Melchior Wathelet, *Contentieux européen*, Larcier, Bruxelles 2010, § 362-363 et 379. Voir aussi Jacques Pertek, *Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité*, Jurisclasseur Europe, fasc 360, § 81. Sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne on consultera en outre avec profit Denys Simon (dir.), Christophe Soulard, Anne Rigaux et Rudolphe Muñoz, *Contentieux de l'Union européenne /3, Renvoi préjudiciel, Recours en manquement*, Lamy, Paris 2011, 385 p.

⁸ Avis du Conseil d'Etat du 28 mars 1997 sur la proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle, doc. parl. n° 4218.

⁹ Voir, Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Bruylant, Bruxelles 2009, p. 368.

organisation de la Cour Constitutionnelle lequel, de manière générale, règle l'effet obligatoire d'un arrêt de la Cour à l'égard du juge *a quo* et de toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire (A). S'agissant en outre d'une affaire qui concerne au fond le droit des justiciables à bénéficier d'un égal accès au juge, l'obligation de la Cour de cassation de respecter ce droit, que l'arrêt de la Cour constitutionnelle a précisément pour résultat de renforcer, repose également sur un fondement constitutionnel (B) sans parler de son fondement conventionnel résultant clairement des articles 6 et 14 de la CEDH et de l'article 1^{er} du protocole additionnel numéro 12 (C).

A. Le fondement légal

L'existence d'un fondement légal de l'obligation du juge *a quo* de se conformer à l'arrêt de la Cour Constitutionnelle ne peut faire aucun doute. L'article 15 de la loi du 27 juillet 1997 l'indique en effet clairement :

« L'expédition de l'arrêt est envoyée par le greffe de la Cour à la juridiction dont émanait la saisine et une copie certifiée conforme est envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour. »

Les travaux préparatoires de la loi organique de la Cour Constitutionnelle rappellent à cet égard que puisque le Constituant a retenu le système des questions préjudicielles, le législateur s'est laissé inspirer des textes de droit européen régissant ces recours devant la CJUE, de même que des lois organiques d'autres juridictions d'Etats membres de l'Union Européenne ayant adopté un système de contrôle similaire ». ¹⁰ Par conséquent l'article 26 de la proposition de loi, qui deviendra par la suite l'article 15 de la loi, déterminait dès le départ que l'arrêt sans avoir une valeur *erga omnes* « lie la juridiction qui a saisi la Cour Constitutionnelle ; il lie encore les juridictions qui, en appel ou cassation par exemple, peuvent avoir à traiter de la même affaire ». ¹¹

L'analogie avec la procédure préjudicielle devant la CJUE imposait en effet cette solution. En cas de doute relatif au déroulement, aux conditions et aux effets d'un renvoi préjudiciel, il paraît légitime et utile de se reporter au modèle suivi afin, le cas échéant, d'en déduire des conséquences pour les modalités du contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg. ¹²

Les solutions retenues en matière de renvoi préjudiciel devant les juges constitutionnels d'autres Etats européens confirment, sans exception, l'existence d'une obligation pour le juge *a quo* de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la juridiction constitutionnelle. ¹³ Cela vaut notamment pour la Belgique où l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (rebaptisée entretemps en Cour constitutionnelle) exprime la même règle. ¹⁴

Certes, au Luxembourg la Cour Constitutionnelle ne peut être saisie que par cette seule voie du renvoi préjudiciel. Comparée aux autres Cours constitutionnelles en Europe, elle se singularise par le fait qu'elle est la seule juridiction spécialisée dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui ne peut être saisie que par l'unique voie de questions préjudicielles. ¹⁵ Cela ne change cependant rien au fait que ses arrêts ont une force obligatoire

¹⁰ Proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle, doc. parl. n° 4218, Exposé des motifs.

¹¹ Proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle, doc. parl. N° 4218, Commentaire de l'article 26. Voir aussi le Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. No 4218³, p. 14 (article 15).

¹² Pour confirmation de cette démarche, cf. - sur la question de la rétroactivité des arrêts préjudiciels - l'arrêt de la Cour administrative du 30 janvier 2007, 20688C.

¹³ Voir les rapports nationaux du XV^{ème} congrès de la Conférence des cours constitutionnelles européennes, disponibles sur <http://www.confcoconsteu.org/>.

¹⁴ Cf. notamment Marc Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 600 et Yves Lejeune, *Droit constitutionnel belge*, Larcier, Bruxelles 2010, p. 143.

¹⁵ Cf. Commission de Venise, « Les décisions des cours constitutionnelles et des instances équivalentes et leur exécution », CDL-INF (2001) p. 9. Voir aussi A. ALEN et M. MELCHIOR, *Les relations entre Cours*

pour les juges de renvoi. Au contraire, cette force obligatoire est d'autant plus indispensable que la Cour ne peut de sa propre autorité invalider des actes législatifs.

Le constat est donc sans appel : il ne peut y avoir l'ombre d'un doute que l'arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle lie le juge de renvoi.¹⁶ Cela résulte du libellé clair de l'article 15 ainsi que des travaux préparatoires de la loi du 27 juillet 1997. Cela est encore confirmé par l'étude des règles relatives aux effets des arrêts préjudiciels en droit de l'Union européenne et en droit constitutionnel comparé. L'arrêt du 12 janvier 2012 est donc entaché d'un vice d'illégalité. Il méconnaît par ailleurs plusieurs dispositions constitutionnelles.

B. Le fondement constitutionnel

En ne respectant pas la déclaration d'inconstitutionnalité émanant de la Cour Constitutionnelle, la Cour de cassation a également méconnu plusieurs règles de valeur constitutionnelle à savoir les articles 10*bis*, 13 et 95*ter* de la Constitution ainsi que le principe de l'Etat de droit.

L'article 95*ter*, introduit dans la Constitution de 1868 par la loi de révision du 12 juillet 1996, précise que la « Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution ». Puisque la Cour Constitutionnelle statue en vertu de l'article 95*ter* « par voie d'arrêt », ses arrêts sont naturellement dotés de l'autorité de la chose jugée, la *res iudicata*, et bénéficient du caractère exécutoire.¹⁷ Leur exécution est faite comme celle de tous les autres arrêts et jugements « au nom du Grand-Duc ». ¹⁸ Comme ceux de la Cour constitutionnelle belge, les arrêts de la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise sont exécutoires de plein droit et ne sont susceptibles d'aucun recours.¹⁹ Le fait qu'elle ne puisse être saisie que par la seule voie du renvoi préjudiciel à l'occasion d'un litige concret n'enlève rien à ce principe. Il en découle simplement, comme on l'a déjà démontré à l'égard de l'article 15 de la loi du 27 juillet 1997, que ses arrêts ont un effet relatif.

L'article 10*bis*, quant à lui, consacre le principe de l'égalité devant la loi.²⁰ La Cour Constitutionnelle ayant constaté, avec l'autorité de la chose jugée, que l'article 412 du code d'instruction criminelle est contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il « fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance », la décision de la Cour de cassation, qui dit irrecevable le pourvoi de Monsieur T. sur la fondement de ce même article 412, est, elle aussi, entachée d'un vice d'inconstitutionnalité.

Non seulement par ce qu'elle rompt l'égalité des parties devant la loi mais aussi par ce qu'elle prive Monsieur T. de son droit au juge légal. L'article 13 de la Constitution dispose en effet que « nul ne peut être distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne ». Cette disposition, dont la teneur remonte à l'article 14 de la Constitution de 1848, exprime un principe que l'on désigne désormais, en termes plus modernes, sous le nom du « droit au juge » de « l'accès égal au juge » ou encore de principe de la « protection juridictionnelle effective ». C'est notamment dans cette dernière acception que ce principe figure désormais en bonne place dans le Traité sur l'Union européenne (article 19, paragraphe 1^{er}) et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 47, « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ») dont s'inspire explicitement la proposition de refonte de la Constitution, actuellement en cours.²¹

constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes, RUDH 2002, pp. 333-360.

¹⁶ Voir pour une application correcte l'arrêt du tribunal administratif du 23 septembre 2007, n° 23836a du rôle, p. 7.

¹⁷ Voir sur ce point Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, précité, §266, p. 384-385.

¹⁸ Article 49, al. 2 de la Constitution.

¹⁹ Cp. Jacques van Compernelle et Marc Verdussen, *La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage*, Journal des Tribunaux 2000, p. 297 ss., spéc. p. 298.

²⁰ Article 10*bis* (1) : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ». Cf. Patrick Kirsch, *L'égalité devant la loi*, in J. Gerkrath (éd), *La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg, 1997 – 2007*, Pasicrisie luxembourgeoise 2008, p. 95 ss.

Il paraît en effet flagrant que l'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2012 prive Monsieur T. d'un recours effectif, et ceci en quelque sorte doublement : un, en ignorant la réponse de la Cour Constitutionnelle à la question préjudicielle, qu'elle prive ainsi de tout effet utile, et, deux, en déclarant le pourvoi irrecevable, en violation flagrante tant de la loi que de la Constitution.

Ce comportement, inadmissible, constitue une violation du principe de l'Etat de droit qui fait partie, à l'heure actuelle, du droit constitutionnel en tant que principe non écrit. Son inscription à l'article premier de la Constitution est à l'ordre du jour du projet de révision constitutionnelle en cours. L'article 1^{er} indiquera en effet à l'avenir que « le Grand-Duché de Luxembourg est un Etat de droit, libre, indépendant et indivisible ». Le commentaire des articles, qui est joint à la proposition de révision, se borne à indiquer, à propos de cet ajout, que « l'Etat lui-même et les instances participant au pouvoir doivent en effet agir selon les règles de droit (*Rechtsstaat*), par opposition à l'Etat où règne le bon vouloir ou l'arbitraire ». Ce commentaire, pour succinct qu'il soit, montre que la soumission au droit de tous les organes agissant au nom de l'Etat a été considérée comme plus importante que la référence au caractère démocratique de l'Etat, laquelle est en quelque sorte « reléguée » à l'article suivant. D'ailleurs, ainsi qu'il a été remarqué, « une société n'est pleinement démocratique que si le système respecte les préceptes de l'Etat de droit ».²²

La notion de l'Etat de droit est cependant redoutable par sa complexité, son manque de précision et la multitude de composantes essentielles qui s'en déduisent. Selon le modèle de référence choisi, la *rule of law* anglaise, le *Rechtsstaatsprinzip* allemand ou la conception française de l'Etat de droit, les implications constitutionnelles ne sont pas les mêmes.²³ Prise au sérieux, l'idée centrale de la prééminence du droit implique au moins deux choses : le caractère normatif de la constitution et le contrôle de la constitutionnalité des lois. L'Etat de droit est en effet d'abord et en premier lieu un Etat de droit constitutionnel. Confié aux cours constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois doit ainsi être considéré comme une « composante essentielle » de l'Etat de droit.²⁴ Il est inconcevable que cela n'ait pas été présent à l'esprit des juges de la Cour de cassation lorsqu'ils ont adopté l'arrêt contesté. Il est tout aussi impensable qu'ils n'aient pas été conscients que leur verdict risque d'aller à l'encontre de la CEDH qui jouit, en droit luxembourgeois, d'une valeur au moins équivalente à la Constitution.

C. Le fondement conventionnel

La CEDH, nom usuel pour la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est un traité international signé le 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe. Ce traité est devenu obligatoire pour le Grand-Duché le 3 septembre 1953²⁵. On peut certainement affirmer sans exagérer que, en raison de l'ancienneté et du caractère lacunaire du catalogue constitutionnel des libertés publiques et des droits fondamentaux figurant dans le Chapitre 2 de la Constitution de 1868, la CEDH constitue au Luxembourg la première source de droits fondamentaux.

Elle consacre notamment dans son article 6 le droit à un procès équitable. La Cour supérieure de justice, dont fait partie la Cour de cassation, rappelait d'ailleurs récemment et à juste titre, que « directement applicable et de valeur supérieure au droit national » cet article constitue « le texte de référence en matière de garantie des droits des justiciables ».²⁶ L'article 6 garantit le droit de toute personne « à ce que sa cause soit entendue

²¹ Voir la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, du 21 avril 2009, doc. parl. n° 6030.

²² Voir Rusen ERGEC, *Deux concepts constitutionnels nouveaux : l'Etat de droit et la dignité humaine*, Journal des tribunaux – Luxembourg, 2009, p.181, se référant à Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF 2004, p.37.

²³ Sur les origines du concept voir Luc HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002 et Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF 1995, p. 21 ss.

²⁴ Francis DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 95.

²⁵ Par l'effet de sa ratification par la loi du 29 août 1953.

²⁶ Voir l'avis commun de la Cour supérieure de Justice (...) relatif à la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, doc. parl. n° 6030⁴, p. 7.

équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

On sait que la Cour européenne des droits de l'homme accorde une place éminente à cette disposition qui « consacre le principe fondamental de la prééminence du droit dans une société démocratique ».²⁷ Elle en a considérablement élargi la portée et enrichi le contenu au point d'en faire une garantie essentielle du procès équitable dans le droit interne des Etats parties. Pour autant, l'article 6 CEDH ne s'applique pas forcément à tous les degrés de la procédure. Il « concerne d'abord les juridictions de première instance » et « ne requiert pas l'existence de juridictions supérieures ».²⁸

La Cour européenne a néanmoins procédé à une extension du droit au procès équitable au juge de cassation. Elle a enrichi le texte de l'article 6 par le droit matériel d'accès à un tribunal qui s'étend à celui d'exercer les voies de recours. L'affirmation du droit au pourvoi en cassation en est un des principaux aspects. La Cour observe alors que son application en matière de cassation « dépend toutefois à l'évidence des particularités de cette procédure » tout en soulignant par ailleurs le rôle « crucial » de l'instance en cassation.²⁹

En matière pénale, l'article 2 du Protocole 7 garantit de surcroît le droit à un double degré de juridiction dont la Cour de Strasbourg a déduit qu'il s'oppose à l'interdiction faite au contumax par l'article 636 du Code de procédure pénale française de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de condamnation rendu par la Cour d'assises.³⁰

Certes, la Cour européenne « s'est montrée sensible à la place accessoire dévolue à l'action civile dans le procès pénal ». Elle a ainsi jugé que l'article 575 du Code de procédure pénale française, qui, « en dehors de sept cas limitativement énumérés, subordonne le droit pour la partie civile de former un pourvoi en cassation contre un arrêt de la Chambre d'accusation à l'exercice de cette voie de recours par le ministère public, ne porte pas atteinte à la substance même du droit du justiciable à accéder à un tribunal ».³¹

Cela ne signifie pas pour autant que l'article 412 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois, qui interdit, quant à lui, de manière générale à la partie civile de poursuivre en cassation l'annulation d'une décision d'acquiescement ne puisse être considéré comme portant atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal. Et de cette sorte l'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier porterait atteinte, lui aussi, au droit à un procès équitable.

Ceci est d'autant plus vrai que la Cour Constitutionnelle a justement dit pour droit que la disposition litigieuse établit une différence de traitement entre les différentes parties au procès ; différence, qui se heurte à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'elle n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Au regard de la CEDH cela signifie qu'elle enfreint (très vraisemblablement) en outre les articles 6 et 14 combinés. Le dernier interdit en effet toute discrimination « dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ». Priver la seule partie civile de la voie de recours extraordinaire de la cassation constitue en effet une discrimination flagrante dans le « droit d'accès au juge de la cassation ».

Par ailleurs la situation créée par l'arrêt du 12 janvier 2012 pourrait encore s'avérer contraire à la garantie du procès équitable sous plusieurs autres angles. Comme le souligne en effet Rusen Ergec, « la jurisprudence de la Cour de Strasbourg censure comme une violation du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 "les refus arbitraires de poser une question préjudicielle". En raisonnant *mutatis mutandis*, l'auteur soutient que « le fait,

²⁷ Arrêt Golder c/ Royaume-Uni du 21 février 1975, § 34. Voir aussi Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7ème édition, PUF, Paris 2005, p. 318 ss.

²⁸ Arrêt De Cubber c/ Belgique du 26 octobre 1984, § 32, cf. Frédéric Sudre, préc. p. 335.

²⁹ Arrêt Khalfaoui c/ France du 14 décembre 1999, § 38.

³⁰ Arrêt Krombach c/ France du 13 février 2001, § 38, cf. Frédéric Sudre, préc. p. 336.

³¹ Frédéric Sudre, préc. p. 342, Arrêt Berger c/ France du 3 décembre 2002, §§ 30-39.

sans aucun motif, de ne pas déférer à un arrêt préjudiciel rendu clairement obligatoire par le droit interne, porte atteinte arbitrairement à la substance du droit d'accès du justiciable au juge constitutionnel ».³² Ou, formulé autrement : en ignorant le verdict du juge constitutionnel, l'arrêt de la Cour de cassation vide de sa substance le droit du justiciable d'accéder, certes indirectement et à titre préjudiciel, mais tout de même, au juge constitutionnel.

Le refus, manifestement illégal, de se conformer à l'arrêt du juge constitutionnel méconnaît en outre gravement « le droit à l'exécution des décisions de justice définitives »³³, en l'espèce celle de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle. Enfin, comme le démontre Rusen Ergec dans sa récente étude, « une divergence insurmontable de jurisprudence résultant d'une application manifestement arbitraire du droit interne affecte à elle seule l'équité du procès. (...) Il y va en effet du respect de l'Etat de droit et donc de la jouissance concrète et effective des droits de l'homme : les Etats se doivent d'aménager des mécanismes efficaces d'arbitrage des conflits de jurisprudence »³⁴.

Au-delà de l'atteinte portée à l'article 6, combiné au besoin avec l'article 14, l'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2012 semble également enfreindre l'interdiction générale de la discrimination posée par l'article 1 du protocole 12.³⁵ Selon cette disposition, la jouissance de tout droit prévu par la loi doit en effet être assurée, « sans discrimination aucune ». Cela vaut bien évidemment aussi pour le droit d'introduire un recours en cassation et l'existence d'une discrimination a d'ores et déjà été constatée par la Cour Constitutionnelle.

En résumant ce qui a été développé ci-dessus, on retiendra que l'existence de l'obligation en question est absolument incontestable. Elle repose de manière générale sur l'article 15 de la loi du 27 juillet 1997 et résulte en outre, dans le cas présent, de l'interdiction constitutionnelle et conventionnelle de toute discrimination en matière de droit à un procès équitable. Seulement, constater l'existence d'une obligation est une chose, toiser sa portée exacte en est une autre.

II. L'étendue (mesurable) de l'obligation

Pour bien mesurer la portée de l'obligation du juge *a quo* de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle, il faut distinguer trois aspects qui, bien que liés, doivent être soigneusement séparés. Le juge *a quo*, confronté à une question de constitutionnalité d'une disposition légale invoquée devant lui, est - en principe - tenu de surseoir à statuer pour renvoyer cette question à la Cour Constitutionnelle (A). Il peut néanmoins éprouver la tentation d'échapper à cette obligation en avançant des arguments plus ou moins ingénieux (B). Mais, s'il a décidé de poser la question, il n'est plus libre de décider de suivre ou de ne pas suivre la réponse qui lui est transmise (C).

A. L'étendue du devoir de poser une question préjudicielle

L'obligation de renvoi, telle qu'instaurée par la loi du 27 juillet 1997, n'est pas absolue, quant à elle. Le principe est en effet assorti de trois cas de dispense. Le respect du principe et l'interprétation des cas de dispense peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure.³⁶

1. Le principe

D'après l'article 6 de la loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle, une juridiction devant laquelle une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution est en principe tenue de saisir la Cour Constitutionnelle. Si elle estime qu'une

³² Cf. Rusen Ergec, *Les divergences de jurisprudence et le procès équitable*, in Luc Weitzel (éd.), *Mélanges en l'honneur de Albert Weitzel*, Luxembourg, à paraître.

³³ Voir l'arrêt *Hornsby c/ Grèce* du 19 mars 1997, Rec. 1997, I, p. 495. Voir aussi Maryse Deguerge, *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, RFAP 2008, pp. 151-167.

³⁴ Précité, note 18.

³⁵ Devenu obligatoire pour le Grand-Duché le 1^{er} juillet 2006.

³⁶ Voir Jörg Gerkrath, *Compétence et recevabilité des questions préjudicielles*, in J. Gerkrath (éd.) *La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007*, Pasicrisie 1-2, 2008, pp. 3-19.

telle question est nécessaire pour rendre son jugement, elle peut également la soulever d'office. Le système luxembourgeois du renvoi préjudiciel s'écarte de ce fait de ses modèles européen et belge dans lesquels seuls les juges de dernière instance sont soumis à une obligation de renvoi alors que celui-ci est facultatif pour les autres juridictions.

Dans l'affaire présente, il semblerait que la Cour de cassation s'est résolue seulement à contre cœur à poser la question. A la lecture de son arrêt de renvoi, qui date du 13 janvier 2011,³⁷ on apprend en effet que, quant aux questions à poser à la Cour Constitutionnelle, le ministère public « se rapporte à prudence de justice ». Il n'est pas trop difficile de deviner que cette formule, quelque peu désuète, laisse entendre que l'initiative déterminante venait de celui-ci.

On remarquera par ailleurs, que ce n'est que la seconde fois que la Cour de cassation pose une question préjudicielle.³⁸ Pour autant, ceci ne doit pas nécessairement être pris comme un signe d'une réticence générale de sa part d'avoir recours au renvoi préjudiciel. Au contraire, il peut paraître préférable que les questions relatives à la constitutionnalité d'une disposition légale ne soient pas soulevées seulement au stade du pourvoi en cassation, mais le soient déjà au niveau de la première instance. Comme l'avait en effet fait remarquer le Conseil d'Etat dans son avis du 28 mars 1997 « en raison de la composition de la Cour Constitutionnelle, il est préférable que le renvoi ait lieu avant que l'affaire ne soit pendante devant la Cour de cassation, des difficultés de composition pouvant surgir en raison des trois membres de droit de la Cour Constitutionnelle venant de la Cour de cassation ».³⁹

Il est aussi dans la logique du système que les questions préjudicielles soient de préférence posées par les juridictions inférieures. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice la question de la constitutionnalité doit en effet être soumise, autant que possible, dès la première instance à la Cour Constitutionnelle. Le Conseil d'Etat relève ainsi à juste titre que ceci s'impose « afin de ne pas perdre de temps, le jugement ayant mal interprété les textes visés étant réformé par la suite et, le cas échéant, l'affaire même renvoyée en première instance ».⁴⁰

En l'occurrence, s'agissant de la question procédurale de recevabilité du pourvoi en cassation d'une partie civile en matière pénale, la question n'était cependant pas susceptible de se poser devant les juridictions inférieures.

2. Les exceptions légales

Bien que l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 instaure ainsi une obligation de renvoi, trois cas de dispense énoncés par son deuxième alinéa relativisent très fortement la portée de cette obligation et accordent de ce fait une certaine marge de manœuvre aux juridictions ordinaires. Le juge *a quo* peut en effet se dispenser de poser une question préjudicielle s'il estime qu'une décision sur la question soulevée devant lui n'est pas nécessaire pour rendre son jugement, que la question est dénuée de tout fondement, ou que la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Cela ne fut cependant pas le cas dans l'affaire en cause. Aucun des trois cas de dispense n'était en effet réalisé. La Cour de cassation, elle-même, retient de ce fait le 13 janvier 2011 que « la réponse aux questions de constitutionnalité soulevées par le demandeur en cassation est nécessaire pour rendre une décision, qu'elle n'est pas dénuée de tout fondement et que la Cour constitutionnelle n'a pas encore statué sur des questions ayant le même objet ».

Ainsi elle a agi, le 13 janvier 2011, conformément à ce que prévoit l'article 6 de la loi organique de la Cour Constitutionnelle. Ceci est heureux car dans le cas contraire il n'y aurait

³⁷ Arrêt n° 1/2011 pénal, numéro 2798 du registre.

³⁸ La première question a été renvoyée, en matière civile, par l'arrêt du 21 juin 2007, n° 35/07, numéro 2420 du registre. Dans cette affaire la Cour de cassation, par son arrêt n° 06/09 du 5 février 2009 (numéro 2420 du registre), s'est conformé à l'arrêt n° 44/08 de la Cour Constitutionnelle du 6 juin 2008.

³⁹ Avis n° 42.870, doc. parl. n° 4218², p. 6.

⁴⁰ Ibid.

pas eu de remède possible pour surmonter son refus de renvoyer la question de constitutionnalité. Un tel remède n'existe en effet que lorsque le refus de renvoyer émane d'une juridiction inférieure.

3. Une obligation susceptible de faire l'objet d'un recours

Le refus de renvoi peut seulement être outrepassé lors d'un appel et/ou d'un pourvoi en cassation le cas échéant. En cas de refus d'un juge de poser une question préjudicielle, les parties au procès originaire ne disposent en effet d'aucune voie de recours spécifique leur permettant de contester cette décision procédurale. La loi précise qu'« aucun recours n'est possible » contre la décision de poser une question préjudicielle. Dans le cas inverse, ce n'est que dans le cadre d'un appel ou d'un pourvoi en cassation que la question pourra être soulevée de nouveau.⁴¹ Par un arrêt du 16 février 2006 la Cour de cassation a ainsi été amenée à casser un arrêt de la Cour d'appel qui n'avait pas, au besoin d'office, procédé au renvoi préjudiciel alors que la réponse de la Cour Constitutionnelle « était nécessaire pour la solution du litige ».⁴²

En ce qui concerne l'obligation du juge *a quo* de procéder au renvoi d'une question préjudicielle, il n'y a donc aucun reproche à faire à la Cour de cassation. Il y a, pourtant, et au-delà des trois cas de dispense mentionnés, des arguments juridiques susceptibles d'être invoqués pour échapper au devoir de renvoyer. Cette technique, pour critiquable qu'elle puisse l'être, permet en tout cas d'éviter le conflit frontal avec le juge constitutionnel qui résulte du non-respect de son verdict préjudiciel.

B. Les arguments susceptibles d'être avancés pour échapper à l'obligation de renvoi

Plusieurs arguments peuvent être invoqués pour justifier le refus de renvoyer. Ils vont de la méthode d'interprétation conforme jusqu'à l'invocation du droit international en passant par la « théorie de l'acte clair » pour ne citer que les « techniques » les plus fréquemment utilisées. En Belgique, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se sont montré assez inventifs pour « esquiver le détour préjudiciel » en trahissant par là une « réticence, sinon une méfiance (...) de se voir guider par la Cour d'arbitrage ».⁴³

L'interprétation conforme est certainement la technique la plus élégante et la moins nocive pour faire l'économie d'un renvoi préjudiciel. Dans le doute, il y a lieu, en effet, « d'interpréter la loi conformément à la Constitution, car il ne faut pas présumer que le législateur a voulu violer la loi fondamentale ».⁴⁴ Dans ce cas, une demande de renvoi préjudiciel peut donc être écartée. Cela n'est cependant pas toujours possible.

La théorie de l'acte clair, propagée dans son temps par le Conseil d'Etat français pour ne pas recourir à la procédure préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes, constitue une autre voie. Cela revient à déclarer qu'il ne peut y avoir aucun doute sur la constitutionnalité de la disposition litigieuse et que la question soulevée est de ce fait dénuée de toute pertinence.

Y a-t-il encore d'autres motifs de dispense invocables par une juridiction réticente au renvoi ? La position prise par la Cour de cassation belge dans son arrêt *Vlaams Blok* du 9 novembre 2004 est intéressante à cet égard. Elle a en effet invoqué la primauté de la CEDH sur la Constitution pour fonder un devoir du juge d'interpréter et d'appliquer en premier lieu la CEDH et pour arriver à la conclusion qu'elle n'était pas tenue de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Un tel « refus de renvoi préjudiciel pour cause de primauté de la CEDH »⁴⁵ apparaît tout à fait transposable en droit luxembourgeois.

⁴¹ Cf. à titre d'exemple l'arrêt de la Cour administrative du 8 septembre 2005, n° 18809C.

⁴² Arrêt n° 10/06, numéro 2257 du registre.

⁴³ Marc Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 598-599.

⁴⁴ Trib. Lux., 27 mars 1957, Pasicrisie 16, p. 139.

⁴⁵ Cf. Benoit GORS, *Une cause de refus de renvoi préjudiciel : la primauté de la Convention européenne sur la Constitution*, RBDC 2005, p. 507.

Mettre en avant le motif de la non-conformité conventionnelle pour statuer lui-même - au lieu de procéder à un renvoi préjudiciel, qui allongerait nécessairement la procédure - peut être séduisant pour le juge du fond. En confiant le contrôle de la constitutionnalité des lois à une juridiction spécialisée tout en laissant les juridictions ordinaires en charge du contrôle de la conventionalité de ces mêmes lois, la Constitution luxembourgeoise a opté pour une voie qui pourrait s'avérer source de conflits et de jurisprudences divergentes. Ce risque existe notamment en présence de règles constitutionnelles et conventionnelles de contenu proche voire identique comme cela est le cas en matière de protection des droits fondamentaux.

Etant donné que le juge du fond pourra écarter lui-même l'application d'une loi qu'il juge contraire, par exemple, à la CEDH, alors qu'en cas de doute sur la constitutionnalité de cette même loi, il devra surseoir à statuer et attendre l'arrêt de la Cour Constitutionnelle, ce juge pourra se dispenser d'une question préjudicielle car celle-ci ne sera plus « nécessaire pour rendre son jugement ». ⁴⁶ Un tel comportement, s'il vient à se multiplier, aura pour conséquence de marginaliser le rôle de la Cour Constitutionnelle.

Il demeure que, si cette dernière a été saisie, elle se prononce par voie d'un arrêt qui a pour effet de lier le juge de renvoi. ⁴⁷ La portée de ce devoir de se conformer à l'arrêt préjudiciel, peut-elle donner lieu à des interprétations divergentes ?

C. La portée du devoir de se conformer à l'arrêt rendu

Il est patent que l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle a un caractère déclaratoire. La Cour déclare la disposition légale soumise à son contrôle ou bien conforme ou bien contraire à la Constitution. Étonnamment la Cour emploie cependant un vocabulaire fluctuant à cet égard. Pas moins de huit formules distinctes sont utilisées dans ses arrêts pour exprimer qu'une disposition législative est soit : « contraire », « pas conforme », « non conforme » ou « pas compatible » ; soit : « conforme », « ne viole pas », « pas contraire » ou « pas affectée ». Il n'est pas possible d'approfondir en ce lieu le problème soulevé par ces fluctuations sémantiques, on remarquera cependant qu'elles ne contribuent pas nécessairement à renforcer l'autorité des arrêts de la Cour. Elles pourraient en effet laisser croire qu'il y a des degrés différents dans la conformité ou la non-conformité d'une disposition législative par rapport à la Constitution.

Les arrêts de la Cour Constitutionnelle n'ont en principe qu'un effet relatif de la chose jugée. Les juges du fond étant cependant dispensés de poser une question préjudicielle si elle « a déjà statué sur une question ayant le même objet », un arrêt peut dépasser ainsi l'effet *inter partes* au sens strict. On parlera alors d'un « effet relatif élargi ». ⁴⁸ Ce dernier se trouve par ailleurs renforcé par le fait que les arrêts sont publiés intégralement au Mémorial, ce que l'on peut appeler un « effet dissuasif ».

Cependant, il demeure que « la déclaration de non-conformité d'une loi à la Constitution laisse subsister cette loi dans l'ordonnancement juridique (...) c'est seulement l'application dans le litige de la disposition invalidée qui est paralysée par la déclaration de non-conformité arrêtée par la juridiction compétente à cette fin ». ⁴⁹ La déclaration de non-conformité à la Constitution suite à un contrôle abstraitement effectué ne produit donc dans un premier temps que des effets dans un litige concret.

1. La juridiction qui a posé la question préjudicielle (...) [est tenue], (...), de se conformer à l'arrêt rendu

Il est inutile de répéter longuement ce qui a déjà été dit par rapport à l'existence de cette obligation : l'arrêt de la Cour Constitutionnelle a pour effet de lier la juridiction de renvoi. ⁵⁰

⁴⁶ Il pourra même se fonder à cet égard à son devoir de respecter le délai raisonnable imposé par l'article 6 CEDH comme l'a fait le Conseil d'Etat belge. Cf. Marc Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge*, précité, p. 598.

⁴⁷ Sur les 71 arrêts préjudiciels rendu par la Cour Constitutionnelle jusqu'au mois de mars 2012, seul la Cour de cassation avec son arrêt du 12 janvier 2012 s'est pour l'instant écartée de cette règle.

⁴⁸ Cf. CA, 30 janvier 2007, 20688C, p. 6.

⁴⁹ Ibid.

Il y a évidemment deux cas de figures qui peuvent se présenter : ou bien, la disposition légale a été déclarée conforme à la Constitution, ou bien, elle a été déclarée contraire. Dans le premier cas, le juge *a quo* garde une certaine marge de manœuvre. Il peut en effet encore considérer qu'elle est contraire à une disposition d'une convention internationale liant l'Etat luxembourgeois et l'écartier de ce fait. Dans le second cas le libellé de l'article 15 de la loi du 27 juillet 1997 interdit en bonne logique juridique au juge *a quo* de faire application de la disposition légale que la Cour Constitutionnelle a déclarée non conforme à la constitution. En clair, comme l'a exprimé Francis Delpérée, la juridiction qui a posé la question préjudicielle « applique le texte qui a été jugé conforme à la Constitution et renonce à se fonder sur celui dont l'inconstitutionnalité a été constaté par la Cour ». ⁵¹ L'arrêt qui prononce la non-conformité de la loi à la Constitution ne supprime pas la loi, on en convient, toutefois, « il en paralyse l'application dans le cas d'espèce ». ⁵²

La chose est tellement évidente que la doctrine se borne en règle générale à dire que la réponse qui est donnée par le juge constitutionnel « lie le juge qui l'a interrogé ». ⁵³ De même, après une étude sommaire de droit comparé, il ne semble pas que les textes régissant les juridictions constitutionnelles ailleurs prévoient explicitement une obligation pour le juge *a quo* de laisser inappliquée la norme jugée inconstitutionnelle dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Cela s'explique notamment par le fait que dans de nombreux systèmes juridiques la décision d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre d'un recours incident produit un effet *erga omnes*. ⁵⁴ Toutefois, en Belgique, si la Cour a constaté une violation, un nouveau délai de six mois prend cours pour l'introduction d'un recours en annulation de la norme considérée qui, comme au Luxembourg, continue de subsister jusque-là dans l'ordre juridique. Le maintien en vigueur d'une norme déclarée inconstitutionnelle dans un cas particulier, comme cela est le cas au Luxembourg, paraît « pour le moins insatisfaisant ». ⁵⁵

Reste de savoir si les termes de l'article 15 ne laissent pas subsister une échappatoire pour le juge *a quo*, car selon sa rédaction cette obligation vaut pour la solution du litige dont il est saisi.

2. L'obligation vaut « pour la solution du litige » dont le juge *a quo* est saisi

La formulation retenue dans le libellé de l'article 15 se réfère à la solution du litige. Faut-il y voir une restriction de la portée de l'obligation de se conformer ? En cherchant désespérément une justification, juridiquement fondée, au comportement de la Cour de cassation, il s'agirait alors de soutenir que l'examen de la recevabilité ne relève pas de la solution du litige mais se situe au stade préliminaire. Un tel raisonnement ne peut cependant convaincre.

Certes, la recevabilité d'une demande et son bien-fondé sont deux aspects d'une action en justice qu'il faut soigneusement distinguer. C'est seulement après avoir vérifié sa compétence ainsi que la recevabilité de l'action qu'une juridiction peut entrer dans la discussion du fond d'un litige. Cela ne signifie cependant pas pour autant que l'examen de la recevabilité serait en quelque sorte extérieure à la solution du litige. Les trois questions de la compétence, de la

⁵⁰ Pour confirmation cf. Collectif, *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Commentaire de la Constitution luxembourgeoise article par article ; sous l'article 95ter, Luxembourg 2006, p. 328 et première mise à jour, septembre 2007, p. 52 Dans le même sens voire aussi Paul Schmit, *Précis de droit constitutionnel*, Saint Paul, Luxembourg 2010, p. 80.

⁵¹ Francis Delpérée, *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 115.

⁵² Francis Delpérée et Céline Frémault de Crayencour, *La Cour Constitutionnelle luxembourgeoise*, Ann. Dr. Lux. 1998, p. 105.

⁵³ Cf. par exemple Marc Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge*, préc., p. 600.

⁵⁴ Cf. Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF 1995, p. 84 ss., André ALEN et Michel MELCHIOR, *Les relations entre Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, RUDH 2002, pp. 333-360, Nicole Kuhn et Eric Rousseaux, *La Cour Constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale*, Revue internationale de droit comparé, 2001, p. 453 ss, spéc. p. 467-468 et Commission de Venise, « Les décisions des cours constitutionnelles et des instances équivalentes et leur exécution », CDL-INF (2001), p. 6-7.

⁵⁵ Commission de Venise, « Les décisions des cours constitutionnelles et des instances équivalentes et leur exécution », CDL-INF (2001), p. 8.

recevabilité et du bien-fondé d'une action en justice, dont « l'une est préalable à l'autre », relèvent toutes de la solution du litige.⁵⁶

Une interprétation qui viserait à soutenir que le juge *a quo* n'est tenu de se conformer à l'arrêt préjudiciel du juge *ad quem* que pour autant que cela soit nécessaire pour décider du bien-fondé d'une action doit être rejeté. Elle se méprendrait sur la signification de l'expression « solution du litige » qui englobe nécessairement la décision préalable sur la recevabilité de l'action intentée. Elle enfreindrait tant le libellé de l'article 15 que son esprit.

L'arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle n'équivaut donc pas à un avis ou une opinion recueillie par le juge *a quo*. Il a un effet obligatoire certain pour la juridiction qui a posé la question préjudicielle et cet effet obligatoire vaut pour tous les stades successifs de l'examen du litige ; y compris celui de la recevabilité. Si on veut avancer l'existence d'exceptions à cette règle, il faut les chercher ailleurs.

3. Cette obligation connaît-elle des exceptions ?

Compte tenu de tout ce qui a déjà été dit plus avant, il paraît difficile d'admettre que l'obligation « de se conformer » puisse connaître des exceptions. Il faut néanmoins rechercher si la position prise par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 janvier 2012 ne pourrait pas être justifiée dans l'absolu bien que la Cour elle-même n'ait avancé la moindre trace d'une justification.⁵⁷ Trois arguments justificatifs peuvent être envisagés en l'occurrence : l'existence d'une divergence d'interprétation, la difficulté de rétablir l'égalité et le risque de dénaturer le pourvoi en cassation.

a) Une divergence d'interprétation ?

Dans le cas de figure envisagé ici, les divergences dans l'interprétation d'une norme peuvent théoriquement naître ou bien à propos de la norme de référence, une disposition constitutionnelle, ou bien à propos de la norme contrôlée, une disposition législative. Dans la mesure où l'interprétation de l'article 10*bis* de la Constitution résulte cependant d'une jurisprudence établie de la Cour Constitutionnelle qui n'est pas contestée, il ne peut s'agir que de l'interprétation de l'article 412 du Code d'instruction criminelle. Un tel désaccord sur l'interprétation de la disposition légale soumise au contrôle de sa constitutionnalité constitue en effet une justification possible pour la Cour de cassation. On serait alors en présence de deux lectures concurrentes sans qu'il y ait pour autant opposition directe entre les deux juridictions.

Il appartient en effet au juge judiciaire d'interpréter la loi et l'arrêt n° 67/11 de la Cour Constitutionnelle se penche précisément sur l'article 412 « tel qu'interprété par la jurisprudence » de celui-ci. L'interprétation de l'article 412 semble donc bien avoir joué un rôle dans l'affaire sous revue. Une analyse nuancée s'impose.

Supposons que le juge du renvoi demande à la Cour Constitutionnelle si la loi, tel qu'interprétée par lui, est conforme à la Constitution mais que la Cour retient une autre interprétation de la loi, et conclut que, dans cette autre lecture, la loi est incompatible avec l'article 10*bis* la Constitution. La Cour de cassation pourrait-elle alors maintenir son interprétation initiale de la loi pour parvenir à la conclusion que cette loi ne viole pas la Constitution ? En pareille hypothèse l'attitude de la Cour de cassation n'encourt pas de critique catégorique, car la Cour constitutionnelle est sortie de son rôle en donnant sa propre interprétation de la loi. Mais, en l'occurrence il n'en est rien. La Cour Constitutionnelle s'est en effet explicitement basé sur la disposition « telle qu'interprétée par la jurisprudence », c'est-à-dire par celle de la Cour de cassation.

Dans la mesure où la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise s'est abstenue pour l'instant de rendre des arrêts qui constatent la conformité à la Constitution d'une disposition législative sous certaines conditions ou avec des réserves d'interprétation, comme le font couramment les juges constitutionnels étrangers, cette hypothèse peut également être

⁵⁶ Voir en ce sens Pierre Pescatore, *Introduction*, précité, §253, p. 372.

⁵⁷ Dans des affaires comparables en France, en Belgique, et en Allemagne les juges de renvoi concernés ont toujours pu avancer des arguments juridiques pour justifier leur opposition.

écartée. Le problème est néanmoins bien réel en Belgique. La Cour constitutionnelle belge (l'ancienne Cour d'arbitrage) procède en effet régulièrement à une interprétation dite « conciliante » en rendant des arrêts « interprétatifs ». Ainsi, lorsque la Cour d'arbitrage « ne constate la validité d'une règle que sous réserve d'une interprétation qui la rende conforme à la Constitution, le juge de renvoi peut éprouver de sérieuses difficultés à en évaluer les justes conséquences ».⁵⁸

b) Une difficulté pour rétablir l'égalité devant la loi ?

Une décharge alternative pourrait éventuellement résulter de la spécificité d'un arrêt préjudiciel constatant la contrariété d'une disposition législative au principe d'égalité de l'article 10bis de la Constitution. De manière générale on peut en effet remarquer que « si la Cour Constitutionnelle juge que la loi est contraire à la Constitution, le juge de renvoi pourrait, dans certaines situations de vide juridique créé par le fait de l'inconstitutionnalité de la loi, avoir des difficultés pour trancher le litige porté devant lui ».⁵⁹ S'agissant plus spécifiquement du constat d'une non-conformité avec le principe de l'égalité devant la loi de l'article 10bis, les difficultés viennent du fait que, face au vide juridique résultant de l'inapplicabilité de la norme législative déclarée inconstitutionnelle, il peut y avoir différentes manières pour rétablir l'égalité.

Il faut savoir que la violation de l'article 10bis est de loin le moyen le plus souvent invoqué. Sur un total de 71 décisions rendues par la Cour constitutionnelle entre mars 1998 et mars 2012, une prétendue violation du principe d'égalité fut invoquée dans 45 recours. Par 22 arrêts, les dispositions légales soumises à l'appréciation de la Cour ont été jugées non conformes au principe d'égalité.⁶⁰ La Cour constitutionnelle a ainsi pu dresser les contours de ce droit fondamental. Pour justifier un traitement distinct de deux ou plusieurs catégories de personnes, elle exige que la différence instituée « procède de disparités objectives », qu'elle soit « rationnellement justifiée », « adéquate » et « proportionnée à son but ». D'après la Cour, le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition de respecter ces principes.

En plus, comme l'a judicieusement souligné Patrick Kinsch, confrontée à un arrêt du juge *ad quem* qui déclare une disposition légale contraire au principe d'égalité devant la loi de l'article 10bis, le juge *a quo* est placé dans une situation difficile : car comment restituer l'égalité ; « en étendant le cercle des bénéficiaires du régime juridique le plus favorable, (...) en supprimant ce régime et en étendant à tous le régime moins favorable, ou encore en créant un nouveau régime uniformément applicable » ?⁶¹

Il appartient dès lors aux juridictions ordinaires, notamment à celle « qui a saisi la Cour Constitutionnelle, de tirer les conséquences de la violation constatée ».⁶¹ A cet égard on peut observer qu'un « choix implicite se retrouve tantôt dans la formulation des questions préjudicielles par les juridictions de renvoi, tantôt dans la motivation de certains arrêts de la Cour Constitutionnelle ».⁶² Dans la plupart des cas, l'arrêt de la Cour devrait ainsi permettre au juge de renvoi de trancher en « appliquant le principe constitutionnel sur lequel la Cour Constitutionnelle s'est basée dans son arrêt ».⁶³

C'est certainement le cas en ce qui concerne l'affaire présente. La Cour Constitutionnelle avait clairement indiqué dans son arrêt n° 67/11 « *que la limitation du droit de se pourvoir en cassation contre une condamnation civile au seul condamné au pénal, sans que pour les*

⁵⁸ Jacques VAN COMPERNOLL, Marc VERDUSSEN, *La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 14, 2003, p. 87 ss.

⁵⁹ Cf. Proposition de loi 4218 portant organisation de la Cour constitutionnelle, Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. N° 4218⁹, p. 7.

⁶⁰ Voir Patrick Kinsch, *L'égalité devant la loi*, in J. Gerkrath (éd), *La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg, 1997 – 2007*, Pasicrisie luxembourgeoise 2008, p. 95 ss, spéc. pp. 113-114.

⁶¹ Ibid. p. 114.

⁶² Ibid.

⁶³ Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. N° 4218⁹, p. 7.

intérêts civils, la partie civile dispose d'un droit identique, *n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but* ».⁶⁴ Cette limitation doit de ce fait disparaître. Il s'agissait donc pour la Cour de cassation d'étendre le droit de se pourvoir en cassation à la partie civile en laissant inappliqué l'article 412 du Code d'instruction criminelle. La deuxième voie imaginable pour restituer l'égalité, soit de barrer ce recours aux autres parties ainsi qu'au ministère public serait évidemment absurde !

Reste alors un dernier argument pour éluder l'obligation de se conformer.

c) Un risque de dénaturer le recours en cassation ?

Conformément à l'arrêt de la Cour Constitutionnelle, la Cour de cassation aurait dû déclarer recevable le pourvoi en cassation de la partie civile en la personne de Monsieur T. Ce faisant, et afin de statuer sur les moyens juridiques de ce dernier, tendant à contester, *inter alia*, le rejet de sa demande en dommages et intérêts par la Cour d'appel, elle aurait été amenée, par la force des choses, à se prononcer sur le volet pénal de l'arrêt attaqué.

En relisant attentivement les deux arrêts, apparemment inconciliables, on remarque donc que la Cour Constitutionnelle exige que la partie civile dispose d'un droit identique au pourvoi afin de pouvoir faire valoir devant le juge de la cassation ses « intérêts civils », tandis que la Cour de cassation déclare le pourvoi irrecevable parce que les moyens invoqués « tendent à remettre en cause le volet pénal de l'arrêt attaqué ». Il y a donc un désaccord qui provient en dernière analyse d'une différence d'approche.

Le troisième argument permettant sinon de justifier du moins d'expliquer la teneur de l'arrêt de la Cour de cassation relève donc de cette différence d'approche des deux juridictions dont la première a essentiellement eu égard au but du pourvoi de la partie civile tandis que la seconde tenait à en prévenir les effets « collatéraux », si l'on ose dire.

Pour compréhensible que soit cette motivation sous-jacente de la part de juges de la cassation qui veulent préserver la spécificité du pourvoi en cassation, elle ne leur permet pas pour autant de s'écarter du verdict clair et sans équivoque des juges constitutionnels. La spécificité de la question de recevabilité du pourvoi en cassation, est incontestée. En effet, à la différence de l'appel, qui a été institué dans l'intérêt du plaideur, « la cassation a été institué dans l'intérêt général ».⁶⁵ Ouvrir cette voie de recours extraordinaire aux parties civiles pour rétablir leur égalité de traitement par rapport aux prévenus et au ministère public peut sembler la dénaturer.

C'est cependant oublier que, dans les considérants de son arrêt, la Cour constitutionnelle s'est explicitement limité à ne déclarer contraire à l'article 10*bis* que le fait que la partie civile ne dispose pas d'un droit égal d'accès au pourvoi « pour les intérêts civils ». Il ne s'agit donc nullement d'une exigence d'ouvrir de manière générale le pourvoi en cassation à la partie civile.⁶⁶ En raison de cette précision et du fait que, de toute façon, l'ouverture à cassation reste strictement circonscrite au trois cas de l'incompétence, de la violation des formes procédurales et de la violation de la loi, il ne faut pas craindre que l'inapplicabilité de l'article 412 du Code d'instruction criminelle aux parties civiles qui cherchent à faire valoir un intérêt civil entraîne une dénaturation du pourvoi en cassation.

Ce troisième argument susceptible d'être mis en avant par la Cour de cassation pour justifier sa désobéissance étant donc également inopérant, il faut désormais se tourner vers les conséquences qu'elle peut entraîner. On sera alors contraint de reconnaître que l'obligation du juge *a quo* de se conformer à l'arrêt préjudiciel pèche en quelque sorte par son inefficacité.

III. L'efficacité (toute relative) de l'obligation

⁶⁴ C'est nous qui soulignons.

⁶⁵ Cf. Pierre Pescatore, *Introduction*, précité, p. 386.

⁶⁶ Dans le dispositif de l'arrêt cette précision ne figure cependant pas !

Dans la mesure où, en appliquant l'article 412 du Code d'instruction criminelle, la Cour de cassation a ouvertement ignoré l'arrêt de la Cour Constitutionnelle qui déclare cet article contraire à la Constitution, l'on est en droit de s'interroger sur l'effectivité de l'obligation résultant de l'article 15 de la loi du 1997.

La Cour de cassation ayant de surcroît statué en tant que dernière instance juridictionnelle interne, la partie civile dont le pourvoi en cassation a été déclaré irrecevable ne dispose plus d'aucune voie de recours pour remédier à cela. Le non-respect de l'obligation de se conformer au verdict de la Cour Constitutionnelle n'est en effet assorti d'aucune sanction et il n'y a pas, à l'heure actuelle, d'instance compétente pour trancher un tel conflit au sommet de l'ordre juridictionnel. En cela, le droit luxembourgeois se distingue du droit belge qui connaît la possibilité pour le ministère public d'introduire, sur injonction du Ministre de la Justice, une requête en rétractation d'arrêt adressée à la Cour de cassation.

Une obligation juridique sans sanction souffre à l'évidence d'une certaine imperfection sans que cela entraîne cependant nécessairement son inefficacité totale. Le but des sanctions est d'assurer « l'efficacité du système juridique » pour faire en sorte que le droit soit « non seulement un ordre moralement obligatoire, mais un ordre effectif ».⁶⁷

Des discussions doctrinales existent sur le point de savoir si les deux notions peuvent être utilisées dans des acceptions synonymes ou non. L'effectivité, c'est le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit ».⁶⁸ Tandis que l'efficacité est le « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent ».⁶⁹ On peut néanmoins considérer avec Pierre Pescatore qu'une règle est « efficace » si elle « régit effectivement la vie sociale, s'il le faut, contre la volonté du corps social » c'est-à-dire par l'effet « de la force des sanctions qui s'y trouvent rattachées ».⁷⁰ Dans ce cas le lien étroit entre les deux notions devient apparent.

Dans tout système juridique existent des règles juridiques dépourvues de toute sanction, du moins de toute sanction juridique, à savoir celles « qui concernent les fonctions des organes suprêmes de l'Etat ».⁷¹ Cela se traduit dans l'adage « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* ». La citation de Juvénal⁷² peut en effet se traduire par : « mais qui gardera ces gardiens ? ». La réponse à la question relève de la philosophie du droit plutôt que du droit positif et on ne prétend pas y apporter une réponse dans le cadre de cette modeste contribution.

Pour explorer tout de même quelques pistes afin de dégager un début de réponse dans le cas présent, il faudra dépasser le cadre légal institué par la loi de 1997 et chercher les solutions ailleurs. Potentiellement, et sans prétendre à une quelconque exhaustivité, celles-ci peuvent de prime abord résulter d'éventuelles sanctions encourues par les juges ayant rendu l'arrêt (A). En second lieu il est possible d'envisager des recours contre l'Etat luxembourgeois qui en dernier lieu doit répondre d'un tel dysfonctionnement de sa justice (B). Enfin pourrait-on aussi suivre la voie d'engager des réformes substantielles que ce soit au niveau législatif ou constitutionnel (C).

A. Sanctions envisageables

Le système juridique pourvoit à des procédures disciplinaires, qui à l'encontre d'un juge de la Cour de cassation, sont portées devant la Cour Supérieure de Justice. L'article 237 du Code pénal exige en outre la plus stricte observation de la loi en prévoyant des pénalités à

⁶⁷ Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, précité, § 282, p. 399 ss

⁶⁸ Pierre Lascombes, *Effectivité*, in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ 2^{ème} éd. 1993, p. 217.

⁶⁹ Romano Bettini, *Efficacité*, in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ 2^{ème} éd. 1993, p. 219.

⁷⁰ Pierre Pescatore, *Introduction*, précité, § 302, p. 427.

⁷¹ Ibid., § 283, p. 401.

⁷² Poète satirique latin de la fin du I^{er} siècle et du début du II^e siècle de notre ère.

l'encontre de tout juge qui résisterait à l'exécution de la loi. De telles sanctions doivent cependant être prononcées par des magistrats faisant partie du même corps et de la même institution que ceux qui ont statué le 12 janvier 2012.

L'objet de cette contribution ne peut pas être de se prononcer sur l'opportunité ou le bien-fondé de sanctions quelles qu'elles soient. On se bornera de ce fait de décrire le cadre légal et constitutionnel qui les régit. Ces sanctions que peuvent encourir, le cas échéant, des juges qui n'auraient pas respecté les devoirs qui incombent à leur charge se situent donc tant au plan disciplinaire (1) qu'au plan pénal (2).

1. Au plan disciplinaire

Le régime disciplinaire des magistrats résulte d'un ensemble de règles inscrites dans la Constitution et dans la loi (modifiée) du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

Le principe constitutionnel de l'inamovibilité des magistrats constitue tout d'abord une garantie essentielle de leur indépendance. L'article 91 de la Constitution luxembourgeoise le consacre de ce fait tout en permettant qu'en cas « d'infirmité ou d'inconduite », un juge peut être suspendu, révoqué ou déplacé, suivant les conditions déterminées par la loi.

Avant d'entrer en fonctions, les magistrats prêtent le serment prescrit par l'article 110 de la Constitution.⁷³ Ils jurent en conséquence « fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat » et promettent de remplir leurs fonctions « avec intégrité, exactitude et impartialité ».

En vertu de l'article 40 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, toute éventuelle action disciplinaire contre les magistrats est portée devant la Cour supérieure de justice qui « en connaît d'après le chapitre XII du titre II » de cette loi. Sans entrer dans le détail du régime disciplinaire des magistrats qui résulte des articles 155 à 173 de la loi, on en relèvera les principes directeurs.

D'entrée, l'article 155 qualifie de faute disciplinaire « tout acte commis dans l'exercice ou hors de l'exercice des fonctions », qui peut notamment « compromettre le service de la justice, ainsi que tout manquement aux devoirs de sa charge ». Les peines disciplinaires prévues à l'article suivant vont de l'avertissement à la révocation emportant la perte de l'emploi, du titre et du droit à la pension.⁷⁴ En ce qui concerne les conseillers à la Cour de cassation, les éventuelles mesures disciplinaires doivent être appliquées par l'assemblée générale de la Cour supérieure de justice, sur réquisition du procureur général d'Etat. Seul l'avertissement peut être prononcé directement par le président de la Cour.

Ce régime disciplinaire est susceptible de connaître à l'avenir un certain bouleversement dans la mesure où le gouvernement souhaite profiter de la procédure de révision de la Constitution, actuellement en cours, afin de réaliser son projet de création d'un Conseil national de la Justice qui serait, entre autres, compétent pour intervenir en matière disciplinaire. On peut comprendre que ce projet n'enchant pas la Cour supérieure de Justice qui semble favoriser le point de vue que « le régime disciplinaire devrait rester entre les mains des autorités judiciaires elles-mêmes ».⁷⁵

Il est néanmoins de pratique courante dans les pays voisins du Grand-Duché qu'un organe indépendant exerce la compétence en matière de nomination et de discipline des magistrats. Tel est notamment le cas en France où le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) peut être saisi des poursuites disciplinaires contre un magistrat du siège ou du parquet. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 la possibilité d'une saisine directe du Conseil supérieur de la magistrature par les justiciables a même été introduite et les décisions prises en matière de ces manquements peuvent être consultées dans le Recueil des décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature. La loi organique du 5 mars 2007 sur la

⁷³ Cf. l'article 112 de la Loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, telle que modifiée.

⁷⁴ Au niveau intermédiaire l'article 156 prévoit en outre : la réprimande, l'amende, l'exclusion temporaire des fonctions et la mise à la retraite.

⁷⁵ En ce sens l'Avis commun de la Cour supérieure de justice, doc. parl. n° 6030⁴, précité, p. 3.

responsabilité des magistrats y incite par ailleurs les autorités compétentes à « entamer des poursuites disciplinaires à l'encontre des magistrats en prévoyant la communication à ces autorités ainsi qu'aux magistrats intéressés de toute décision définitive d'une juridiction nationale ou internationale condamnant l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice ».⁷⁶ Elle encourage ainsi un renforcement de la responsabilité disciplinaire des magistrats.

Il est vrai que l'article 173 de la loi luxembourgeoise du 7 mars 1980 incite, quant à lui, chaque membre de la Cour et des tribunaux à relever « les fautes de discipline qui ont été commises ou découvertes à son audience » et de les signaler « au ministère public de son siège ». Cela n'est cependant qu'un succédané peu satisfaisant comparé à ce qui existe en France. Ceci dit l'action disciplinaire n'est pas non plus la panacée et comme le prévoit l'article 167 de la même loi elle est « indépendante de toutes poursuites judiciaires et peut être cumulée avec elles ».

2. Au plan pénal

S'agissant de la responsabilité des magistrats, et en particulier de leur responsabilité pénale, il faut rechercher un juste équilibre entre l'autorité du juge, y compris celle de sa décision, l'indépendance du juge à l'égard des autres pouvoirs, et une responsabilité qui, dans certains cas, peut paraître légitime.⁷⁷ Instituée dans des buts d'intérêt général, la sanction pénale est imposée par la puissance publique. Elle constitue « une sanction particulièrement lourde de conséquences, dont l'application doit rester entourée de garanties et de ménagements ».⁷⁸ Ceci vaut bien évidemment avec une acuité particulière pour les sanctions pénales applicables à l'égard des magistrats. Le droit comparé montre que dans la plupart des systèmes juridiques le principe même d'une responsabilité pénale est acquis.⁷⁹ Ce sont les modalités qui varient.

Au Grand-Duché de Luxembourg cela se traduit en ce que « le Code pénal assure la plus stricte observation de la loi par le fait qu'il menace de pénalités (...) tout juge ou toute autre personne qui résisterait ou qui tenterait de résister à l'exécution de la loi ».⁸⁰ L'article 237 du Code pénal vise plus particulièrement « les juges (...) qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si ces lois seront exécutées ». Les peines encourues sont l'emprisonnement d'un mois à deux ans, une amende de 500 € à 5.000 €, et l'interdiction, pendant cinq à dix ans, des droits de remplir une fonction publique, du droit de vote et d'éligibilité ainsi que du droit de porter décoration.

L'existence d'une sanction pénale ne fait cependant pas encore un régime complet de responsabilité pénale. Ce dernier requiert aussi une procédure pénale qui détermine l'autorité compétente pour enclencher des poursuites pénales à l'encontre d'un magistrat et attribue la compétence d'en juger à une juridiction déterminée. Là aussi la France montre le chemin car en matière de responsabilité pénale, les magistrats n'y jouissent d'aucun privilège particulier : ils ne bénéficient d'aucune immunité et sont poursuivis dans les conditions du droit commun.

A l'instar du droit belge, le droit luxembourgeois connaît cependant une forme d'immunité, qualifiée de privilège de juridiction, qui réserve l'exercice de l'action contre les juges au procureur général.⁸¹ En effet, le magistrat ne peut être poursuivi que par le procureur général

⁷⁶ Cf. Maryse Deguerge, *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, Revue française d'administration publique, 2008, pp. 151-167, spéc. p. 162.

⁷⁷ Sur ces tensions cf. Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, p. 1049.

⁷⁸ En ce sens Pierre Pescatore, *Introduction*, précité, § 277, pp. 396-397.

⁷⁹ Voir Marie Goré, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3 (Décembre 2007), disponible sur <http://www.ejcl.org>.

⁸⁰ Pierre Pescatore, *Introduction*, précité, § 91, p. 145.

⁸¹ Ce « privilège » est institué par l'article 479 du code d'instruction criminelle auquel renvoie pour les membres de la Cour de cassation l'article 10 de la Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

et jugé par la cour d'appel. Ce « privilège » de juridiction n'est en réalité pas un privilège, car il prive le magistrat concerné « du double degré de juridiction et des autres garanties qu'elle emporte tant devant la juridiction d'instruction que devant la juridiction de jugement ». Ainsi il a été jugé par la Cour de cassation, elle-même, que les articles 479 et 480 du Code d'instruction criminelle, du moins en ce qu'ils concernent les juges suppléants poursuivis pour des crimes ou délits commis hors de l'exercice de leurs fonctions, constituent une discrimination et « ne sont pas compatibles avec les articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».⁸² On ne peut donc pas prétendre qu'elle soit insensible au principe de l'égalité de traitement...

C'est au procureur général près la cour d'appel de décider de poursuivre, la victime ne pouvant ni mettre l'action publique en mouvement ni contester le refus de poursuivre du procureur général. Le « privilège de juridiction » s'applique aux infractions commises dans ou en dehors de l'exercice des fonctions. Il a pour but de garantir une administration de la justice impartiale et surtout sereine et a été instauré en vue de « mettre les magistrats à l'abri de poursuites inconsidérées et de leur permettre d'exercer la fonction juridictionnelle en toute quiétude et indépendance ».⁸³

Compte tenu de la teneur du régime luxembourgeois de responsabilité pénale des magistrats, telle que l'on vient de le décrire, il est peu probable de voir un conseiller de la Cour de cassation condamné pour violation de l'article 237 du Code pénal. Sans parler du fait que cela peut en même temps paraître peu souhaitable dans l'intérêt de la sérénité de la fonction juridictionnelle.

Certaines solutions imaginées dans le régime de la responsabilité pénale des magistrats dans d'autres systèmes juridiques ne sont par ailleurs pas toujours plus concluantes. L'affaire *Görgülü qui a défrayé* les chroniques judiciaires en Allemagne de 2000 à 2008 et qui a opposé la Cour constitutionnelle fédérale aux juges du *Oberlandesgericht Naumburg* à propos d'un litige relatif aux droits d'un père vis-à-vis de son enfant naturel, a en effet montré à quel point il est difficile de faire sanctionner un manquement par un juge aux devoirs de sa charge. Les poursuites de ces faits que le § 339 du Code pénal allemand (StGB) qualifie de "*Rechtsbeugung*" (terme que le dictionnaire traduit par « prévarication ») ont en effet été classées en dernière instance en raison de la résistance de la juridiction compétente, celle-là même dont étaient issus les juges accusés.⁸⁴

Il ne faut pas attendre non plus des règles disciplinaires et pénales ce qu'elles ne peuvent accomplir. Le principe de la collégialité et le secret du délibéré, instaurés pour garantir l'indépendance des juges, rendent difficile les poursuites, qu'elles soient disciplinaires ou pénales à l'encontre de juges individuels. C'est plutôt d'une réflexion sur l'indépendance des juges, sur la fonction juridictionnelle et sur l'utilité d'une instance de contrôle de type Conseil national de la justice que l'on peut attendre une meilleure prise de conscience des juges des devoirs qu'emporte leur charge. Mais au lieu d'improbables poursuites contre les magistrats s'offrent encore certaines voies de recours contre l'Etat luxembourgeois.

B. Recours disponibles

Le principe du droit à un recours effectif est affirmé par l'article 13 de la CEDH en des termes très généraux : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Dans la mesure où il a été démontré ci-dessus que l'arrêt de la Cour de cassation méconnaît plusieurs dispositions de la CEDH et du protocole n° 12, un tel recours doit donc être offert et « effectif ». L'article 13 fait ainsi peser sur l'Etat

⁸² Cf. l'arrêt de la Cour de cassation n° 44/2011 pénal, du 9 juin 2011, numéro 2855 du registre, p. 2-3.

⁸³ Ibid. p. 4. Cp. Dans un sens proche, voir les arrêts de la Cour d'arbitrage de Belgique, n° 112/98 du 4 novembre 1998, considérant B.3 et n° 117/98 du 18 novembre 1998, considérant B.4.

⁸⁴ Cf. Jörg Gerkrath, *L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 67, 07.2006, pp. 713-734.

« une obligation positive telle que soit offert en droit interne à l'individu un moyen de redressement d'une situation contraire à la Convention, quel que soit l'auteur de la violation ». ⁸⁵

Bien que la CEDH n'exige pas à vrai dire l'existence d'un recours devant une juridiction, on évoquera ici à titre d'exemples deux recours disponibles respectivement en Allemagne et en Belgique.

La plainte constitutionnelle dirigée contre une décision judiciaire dont on allègue qu'elle méconnaît les droits fondamentaux (*Grundrechte*) de la Constitution allemande, ce que le droit allemand du contentieux constitutionnel appelle la « *Urteilsverfassungsbeschwerde* », constitue certainement la voie royale dans ce domaine. Elle constitue d'ailleurs en pratique, et de loin, le mode de saisine le plus fréquent du *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle) de Karlsruhe. ⁸⁶ Permettant à la Cour constitutionnelle d'infirmer le cas échéant les décisions des juridictions spécialisées (*Fachgerichte*), elle place la Cour constitutionnelle effectivement au sommet de la hiérarchie juridictionnelle. ⁸⁷ Dans un tel système le non respect par un juge *a quo* d'un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle peut donc être effectivement sanctionné par un recours direct du justiciable concerné, du moins lorsqu'un de ses droit fondamentaux est affecté. « *Karlsruhe locuta, causa finita* ». ⁸⁸

Le droit constitutionnel belge n'est pas allé aussi loin. Il connaît cependant, avec le recours en rétractation de jugement, un autre remède intéressant. Celui-ci trouve son fondement dans les articles 10 et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. En vertu de l'article 10 de ladite loi spéciale, les décisions rendues par les juridictions répressives et passées en force de chose jugée peuvent en effet être rétractées en tout ou en partie par la juridiction qui les a prononcées, dans la mesure où elles sont fondées sur une disposition légale qui a ensuite été annulée par la Cour d'arbitrage. ⁸⁹ Sa fonction est donc de faire en sorte que l'annulation d'une norme par la Cour d'arbitrage (Cour constitutionnelle) ne soit pas un simple constat platonique : dans un Etat de droit, l'ordre juridique doit pouvoir être nettoyé de tous les effets produits par une norme dont l'irrégularité a été dûment constatée. Un tel recours ne fait cependant sens que dans un système où la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'annuler une disposition législative inconstitutionnelle, ce qui n'est pas le cas au Luxembourg.

On remarquera par ailleurs que cette procédure de recours extraordinaire, exercée par le procureur général sur injonction du ministre de la Justice, ne permet pas forcément d'atteindre le résultat escompté. L'affaire « Total », qui a donné lieu à une bataille juridique entre la Cour d'arbitrage et la Cour de cassation entre 2005 et 2008 à propos de plaintes déposées à l'encontre de la société Total qui accusaient Total de complicité de crimes contre l'humanité pour des faits ayant eu lieu en Birmanie, en témoigne. Dans cette affaire la Cour de cassation a en effet rejeté à deux reprises les demandes de rétractation alors que « tant dans sa lettre que dans son esprit » les dispositions législatives organisant la rétractation ne laissaient planer aucun doute sérieux sur « le devoir qu'a la Cour de cassation de rétracter son arrêt ». ⁹⁰

⁸⁵ Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 391.

⁸⁶ La doctrine parle de ce fait de la Cour constitutionnelle comme d'un « *Urteilsverfassungsbeschwerdegericht* ». Cf. Matthias JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers et Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin 2011, p. 115.

⁸⁷ Pour une discussion de la question de savoir si le modèle pyramidal allemand serait transposable en Autriche, cf. Matthias JESTAEDT, *Gleichordnung der Grenzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts. Zur Frage einer Übernahme des deutsche « Pyramidenmodells » in Österreich*, *Journal für Rechtspolitik*, 2008, p. 17-22.

⁸⁸ Matthias JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, préc., p. 94.

⁸⁹ Cf. l'arrêt de la Cour de cassation belge du 28 mars 2007, n° P.07.0031.F dans l'affaire « Total ».

⁹⁰ Marc VERDUSSEN et Matthieu LYS, *La guerre des juges a assez duré*, « Libre Opinion » de la Libre Belgique, le 08 février 2007.

De toute façon, le droit du contentieux constitutionnel luxembourgeois ne connaissant ni la plainte constitutionnelle allemande ni le recours en annulation suivie d'une demande de rétractation belge, il ne reste alors guère qu'à envisager un recours en responsabilité de l'Etat ou un recours contre le Luxembourg devant la Cour de Strasbourg pour violation de la CEDH.

1. Recours en responsabilité de l'Etat

La possibilité existe en effet d'introduire un recours en responsabilité de l'Etat luxembourgeois pour un dommage, tout au moins moral, résultant d'un dysfonctionnement de la justice tel que l'on vient de le décrire ci-dessus.

Par analogie avec l'arrêt *Köbler* de la Cour de justice de l'Union européenne on soutiendra ainsi que les particuliers doivent pouvoir « sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit (...) imputable à une décision d'une juridiction (...) statuant en dernier ressort ». En aucun cas, les particuliers ne sauraient en effet « être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits ».⁹¹ Ce qui vaut pour les droits résultant du droit de l'Union européenne doit aussi valoir pour les droits garantis par le droit interne ou la CEDH.

A titre d'exemple on remarquera qu'en droit français existe ainsi un régime spécifique de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la justice. Les conditions d'engagement de cette responsabilité de la puissance publique à l'égard des usagers du service public de la justice sont prévues par la loi du 5 juillet 1972 : « l'Etat est tenu de réparer les dommages causés par le fonctionnement défectueux du service public de la justice », mais « cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice ». Traditionnellement, la faute lourde désignait une erreur grossière révélant l'intention de nuire de son auteur ou le mépris par un magistrat des devoirs élémentaires de sa charge. Par un arrêt du 23 février 2001 la Cour de cassation a néanmoins élargi cette notion pour y inclure « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir [sa] mission ».⁹²

On observe alors une « objectivation de la responsabilité » qui peut se constater « dans le cas du dysfonctionnement du service public de la justice résultant de la non-exécution d'un jugement passé en force de chose jugée ». Et, comme la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'exécution de la chose jugée faisait partie des exigences du procès équitable, c'est que « nécessairement elle participe du rendu de la justice ».⁹³

En droit luxembourgeois, qui, pour des raisons historiques, a opté pour le dualisme français qui distingue ordre judiciaire et ordre administratif, ce contentieux relève de l'ordre judiciaire. Ceci résulte formellement des termes de l'article 84 de la Constitution. Du moment qu'une contestation a « pour objet des droits civils », les tribunaux ordinaires sont compétents, même si l'action est dirigée contre l'Etat.⁹⁴ L'action en dommages et intérêts, « dirigée contre l'Etat luxembourgeois, est de la compétence exclusive des tribunaux luxembourgeois ».⁹⁵ Certes, il est fort à parier que les juges du fond ayant à se prononcer sur une potentielle responsabilité résultant d'un dysfonctionnement imputable à leurs confrères seraient plus que prudents à reconnaître les conditions remplies. Il n'est que normal, voire humain, que le pouvoir juridictionnel « soit plus réticent à procéder à une sorte d'autocritique de ses propres actes ».⁹⁶

⁹¹ CJCE, arrêt du 30 sept. 2003, C- 224/01, *Gerhard Köbler*, Rec.2003, p. I-10239, points 33 et 34.

⁹² Cf. L'arrêt dans l'affaire « Grégory ». Cour de cassation, Assemblée plénière, 23 février 2001, N° 99-16.165, Bulletin 2001 A. P. N° 5 p. 10.

⁹³ Maryse Deguerge, *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, préc., p. 161 citant l'arrêt de la Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Rec., 1997, I, p. 495.

⁹⁴ Cf. Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, 5^{ème} édition, Luxembourg 1990, p. 241.

⁹⁵ Cour, 25 février 1964, Pas. 19, p. 414 et dans le même sens Conseil d'Etat, 22 octobre 1980, Pas. 25, p. 90.

⁹⁶ Georges Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, 2^{ème} édition 2006, § 222, p. 203 et Tony BIEVER, *La responsabilité de l'Etat juge*, in *Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, Livre jubilaire de la Conférence St. Yves, Luxembourg 1986, p. 111.

Lesdites conditions résultent néanmoins de manière claire de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques,⁹⁷ modifiée par la loi du 13 juin 1994.⁹⁸ Aux termes de la loi de 1988, l'Etat et les autres personnes morales de droit public, répondent, « chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires ».⁹⁹ Le système luxembourgeois de la responsabilité civile de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de ses services judiciaires va d'ailleurs plus loin que les systèmes de ses voisins notamment « en ce qu'il ne formule pas de conditions particulières concernant la faute ayant causé un dommage ».¹⁰⁰

2. Recours devant la Cour européenne des droits de l'homme

Un recours contre l'Etat luxembourgeois devant la Cour européenne des droits de l'homme semble offrir les plus grandes chances de succès. Comme il a été démontré plus avant, il est possible de le fonder tant sur la violation des articles 6 (procès équitable) et 14 (non discrimination) combinés, que sur une violation de l'article 1^{er} du protocole 12, qui édicte une interdiction générale de discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi.

Le droit de recours individuel devant la Cour de Strasbourg, prévu à l'article 34 de la CEDH, est ouvert de plein droit à « toute personne physique » qui se prétend victime d'une violation d'un droit garanti dans la Convention. Pour être recevable, le recours doit porter sur des faits qui relèvent de la « juridiction » d'un Etat partie (article 1^{er}, CEDH), ce qui est certainement le cas en l'espèce. La requête doit être présentée dans les six mois à compter de la « décision interne définitive » incriminée et après « épuisement des voies de recours internes » (article 35, par. 1, CEDH). Cela signifie que le requérant doit avoir soulevé devant les juridictions internes, au moins en substance, le moyen qu'il entend développer devant la Cour de Strasbourg.¹⁰¹

Il semblerait qu'une requête de Monsieur T. fondée sur la violation des articles 6 et 14 de la Convention et subsidiairement sur celle de l'article 1^{er} du protocole 12 ait quelques chances de franchir ainsi le stade de l'examen de la recevabilité devant la Cour européenne sans que cela préjuge bien entendu de ses chances d'obtenir gain de cause sur le fond. Si cela devait être le cas le Luxembourg sera tenu de prendre des mesures individuelles corrigeant la violation dans le cas d'espèce. Bien que la Convention dans son article 41 ne fasse pas obligation aux Etats de remettre en question l'autorité de chose jugée d'une décision de justice interne déclarée incompatible avec la Convention par la Cour européenne,¹⁰² plusieurs Etats ont introduit dans leur droit interne des procédures de révision de telles décisions. C'est le cas notamment du Grand-Duché dont l'article 443 du Code d'instruction criminelle, prévoit depuis 1981 un cinquième cas d'ouverture d'une demande en révision, lorsqu'il résulte d'un arrêt de la Cour européenne rendu en application de la CEDH « qu'une condamnation pénale a été prononcée en violation de cette Convention ».¹⁰³

Il est regrettable que cette voie ne soit ouverte qu'en cas de condamnation pénale et ne puisse donc jouer dans l'affaire sous examen. Une telle procédure constitue en effet, selon l'expression de Gérard Cohen-Jonathan, « le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* » et celui qui correspond, en droit international général, à la réparation appropriée, « c'est-à-dire que l'Etat doit prendre à l'égard de la victime toutes les

⁹⁷ Mémorial A 51 du 26.09.1988, page 1000.

⁹⁸ Mémorial A 59 du 07.07.1994, page 1096.

⁹⁹ Cf. Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, préc., p. 109. Pour plus de détails on consultera l'ouvrage de référence de Georges Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, 2^{ème} édition 2006, 996 p.

¹⁰⁰ Cf. l'étude comparative dans l'ouvrage précité de Georges Ravarani, p. 203 ss., spéc. 213.

¹⁰¹ Pour plus de détails sur les conditions de recevabilité d'une requête devant la Cour EDH, cf. Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., pp. 308 ss.

¹⁰² L'article 41 dispose que : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

¹⁰³ Loi du 30 avril 1981 concernant la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires.

mesures individuelles qui s'imposent pour tenter d'effacer au maximum la violation constatée ».¹⁰⁴

Pas plus que le recours en responsabilité de l'Etat le recours devant la Cour européenne n'est donc susceptible de remédier efficacement à la violation du droit à un recours effectif qui résulte du refus de la Cour de cassation de se conformer à l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle. Il faut donc chercher les remèdes potentiels ailleurs.

C. Remèdes potentiels

Il convient en effet de s'en remettre à la sagesse du législateur, ordinaire ou constituant, afin qu'il apporte un remède structurel au problème généré par le non-respect du juge *a quo* de son devoir de se conformer au verdict du juge *ad quem*. L'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2012 montre en effet que le système juridique luxembourgeois ne fournit pas, à l'heure actuelle une sanction adéquate pour rendre efficace l'obligation prévue par l'article 15 de la loi organique de la Cour Constitutionnelle.

1. Intervention du législateur

Le législateur est donc appelé à intervenir pour modifier la loi du 27 juillet 1997. Une telle modification pourrait bien sur prendre des formes variées. On se bornera à évoquer trois propositions concrètes.

La première proposition consistera à préciser la teneur de l'obligation qui pèse sur le juge de renvoi de se conformer à l'arrêt qui répond à sa question préjudicielle. Bien que l'on ne puisse pas dire qu'en l'état cette obligation soit particulièrement floue ou obscure, l'arrêt du 12 janvier 2012 semble montrer que les juges de cassation ont dû éprouver quelques doutes à cet égard. Au lieu d'affirmer simplement que le juge qui a posé la question ainsi que tous les juges qui connaîtront de cette affaire ultérieurement « doivent se conformer » à l'arrêt préjudiciel, on pourrait par exemple préciser qu'ils s'abstiennent d'appliquer, dans l'affaire dont ils sont saisis, une disposition législative préalablement déclarée incompatible avec la Constitution par la Cour Constitutionnelle.

Une deuxième proposition serait de compléter la loi du 27 juillet 1997 pour faire en sorte qu'une disposition légale, déclarée contraire à la Constitution par la Cour Constitutionnelle, perde automatiquement sa validité. La situation actuelle n'est pas satisfaisante. Une disposition législative jugée contraire à la Constitution devrait en bonne logique perdre sa validité, que ce soit immédiatement ou après l'écoulement d'un certain délai permettant au législateur de réagir. La voie la plus radicale consisterait certainement à reconnaître à la Cour Constitutionnelle le pouvoir d'annuler directement les dispositions légales reconnues contraires à la Constitution. Une solution médiane consisterait, à l'instar de la constitution italienne (article 136), à préciser que « la norme perd tout effet dès le lendemain de la publication de la décision ». Une troisième voie consisterait finalement à prévoir la caducité de la norme après l'écoulement d'un certain délai de carence que le législateur peut mettre à profit pour modifier ou abroger la disposition en cause.¹⁰⁵

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle semble avoir pris conscience de l'utilité d'une telle réforme. Le procès-verbal de sa réunion du 9 juin 2010 indique en effet que « la piste suivante mérite plus ample réflexion : une disposition législative déclarée non conforme à la Constitution par la Cour Constitutionnelle deviendrait, eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, par l'effet de la loi, caduque à l'expiration d'un délai légal. Endéans ledit délai légal, dont le point de départ constituerait la publication de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle, il appartiendrait au Parlement d'en discuter et de proposer, le cas échéant, une modification de la disposition législative concernée »¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Gérard Cohen-Jonathan, *Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, éd. Bruylant, 2000, pp. 115 et 138.

¹⁰⁵ Cf. déjà Jörg GERKRATH, *Une refonte en faveur de l'autorité de la Constitution ?*, in J. Gerkrath (éd.), *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat. Actes du colloque des 17 et 18 mai 2010*, Larcier, 2010, pp. 97 ss.

La troisième proposition est de s'inspirer du modèle belge en instituant non seulement un recours en annulation des lois inconstitutionnelles devant la Cour Constitutionnelle mais de prévoir parallèlement un recours en rétractation sur le modèle de l'article 10 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Alternativement, il y a toujours la possibilité d'instituer un nouveau cas d'ouverture à la révision dans le code d'instruction criminelle.

2. Réforme du système juridictionnel par le Constituant

Si l'on devait juger que ces réformes dépassent la compétence de la loi ordinaire, la procédure de refonte de la Constitution, actuellement en cours, fournit alors le cadre approprié pour que le Constituant se saisisse du problème.

Une solution radicale, actuellement envisagée par le Ministre de la Justice, consisterait à faire disparaître la Cour Constitutionnelle et à conférer la compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois aux juges ordinaires, coiffés par une Cour suprême. C'est peut-être sur fond de ce projet que la Cour de cassation s'est crue autorisée à « prendre les devants ». Bien que l'auteur de ses lignes soit un fervent partisan du modèle de contrôle concentré de la constitutionnalité des lois, il doit avouer qu'une telle réforme aurait au moins un avantage : elle rendrait impossible à l'avenir la survenance de conflits à propos de la portée du devoir de se conformer aux arrêts préjudiciels du juge constitutionnel.

Conclusion :

Par son arrêt du 12 janvier 2012 la Cour de cassation a méconnu le droit en vigueur et le principe de l'Etat de droit a été bafoué. S'agit-il pour autant d'un problème insoluble par le droit, qui se situerait à la limite du droit ? Il est clair que les relations entre juridictions appartenant à des ordres différents et qui ne se situent pas dans une relation hiérarchique posent des problèmes juridiques complexes.

Mais qu'en est-il précisément de la hiérarchie des juridictions dans l'ordre juridictionnel luxembourgeois ? Les travaux préparatoires de la loi du 27 juillet 1997 fournissent quelques réponses à cette question. Dans son avis complémentaire sur la loi de 1997 le Conseil d'Etat considérait justement que s'agissant de la question du lieu de travail de la Cour Constitutionnelle : « l'organe judiciaire suprême chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et composé des plus hauts magistrats du pays détermine elle-même son siège ». Et, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle écrivait dans son rapport du 20 juin 1997 : « Sans porter atteinte à la prééminence constitutionnelle de la Cour supérieure de justice sur la Cour administrative, la Cour Constitutionnelle sera désormais la plus haute juridiction du pays » et se situera « au sommet de la hiérarchie des juridictions ».¹⁰⁷ Cette appréciation est encore renforcée par le fait que la Cour Constitutionnelle est l'interprète authentique de la norme suprême.

Des exemples de conflits comparables ne manquent pas dans d'autre pays. Mis à part la France, la Belgique et l'Allemagne, déjà évoqués, l'Espagne a aussi connu sa « guerre des juges ».¹⁰⁸ Mais, dans tous ces cas cités il s'agissait de conflits dans lesquels les juridictions ordinaires pouvaient se fonder sur un motif juridique valable pour motiver leur position.

Sur la fonction du juge, Pierre Pescatore a écrit que « le juge doit résoudre le contentieux et appliquer les sanctions non pas d'après son appréciation discrétionnaire de ce qui est dans chaque cas opportun et équitable, mais il doit décider, à la base, selon les règles du droit ». Pour être en mesure d'assurer la sanction du droit, il doit lui-même « statuer strictement selon le droit ».¹⁰⁹ Eu égard aux sanctions prévues par le droit pénal cela vaut *a fortiori* pour le juge pénal.

¹⁰⁶ Cf. procès-verbal de la réunion du 9 juin 2010 de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, www.chd.lu, P-2009-O-IR-16-01.

¹⁰⁷ Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. No 4218⁹, p. 3.

¹⁰⁸ Cf. Cornelia Hansen, « Guerra de Cortes » - *Der Konflikt zwischen dem Spanischen Verfassungsgericht und dem Spanischen Obersten Gericht. Hintergründe, Streitverlauf und die Rechtfertigung nach der Verwendung dieses Ausdrucks*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2008, 312 p.

Puisque du point de vue de la philosophie du droit «la sanction fait partie des caractéristiques essentielles du droit» et «seule la règle sanctionnée est parfaite»,¹⁰⁹ il conviendra que dans le cas de l'article 15 de la loi du 27 juillet 1997 le législateur y pourvoie. En attendant, une vigoureuse désapprobation doctrinale de l'arrêt du 12 janvier 2012 peut constituer, elle aussi, une sorte de sanction.

¹⁰⁹ Pierre PESCATORE, *Introduction*, précité, § 250, p. 366 et 367.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 298, p. 422.

N° 1 / 2011 pénal

du 13.1.2011

Not. 26267/07/CC

Numéro 2798 du registre.

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, treize janvier deux mille onze,

dans la poursuite pénale dirigée contre :

X.,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Roland Assa, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

c/

1) A.

défendeur en cassation,

comparant par Maître Rosario Grasso,

2) B.

défendeur en cassation,

comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) C.,

défendeur en cassation,

comparant par Maître Rosario Grasso, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence du Ministère public, partie jointe

l'arrêt qui suit :

■ La Cour de cassation :

Sur le rapport de la conseillère Léa Mousel et sur les conclusions du premier avocat général Jeannot Nies ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 12 janvier 2010 sous le n° 4/10 V. par la Cour d'appel, cinquième, chambre siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation au pénal et au civil déclaré le 10 février 2010 par Maître Jonathan Michel, en remplacement de Maître Roland Assa, pour et au nom de X. ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 5 mars 2010 par X. à A., B. et C. et déposé le 9 mars 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 19 mars 2010 par B. à X., A. et C. et déposé le 30 mars 2010 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 25 mars 2010 par A. à X., C. et B. et déposé le 30 mars 2010 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 25 mars 2010 par C. à X., A. et B. et déposé le 30 mars 2010 au greffe de la Cour ;

Vu la note de plaidoiries déposée le 30 septembre 2010 par X. au greffe de la Cour ;

■ *Sur la recevabilité du pourvoi :*

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal correctionnel, statuant sur la citation directe dirigée par X. contre A., B., C., avait condamné chacun des 3 cités directs du chef d'infraction à l'article 445 du Code pénal à une amende et les avait condamnés solidairement à payer à X. du chef de préjudice moral la somme de 40.000 € avec les intérêts à partir de la citation ;

que sur appels de A., B., C. et du procureur d'Etat, la Cour d'appel acquitta les cités directs de la prévention de dénonciation calomnieuse à l'autorité et dit que les préventions libellées en ordre subsidiaire par le citant direct ne s'appliquaient pas aux faits de la cause et qu'en conséquence ces préventions n'étaient pas établies ; que la Cour d'appel se déclara incompétente pour connaître de la demande en dommages et intérêts du demandeur au civil X. et, pour autant que de besoin, déchargea les cités directs de la condamnation au paiement de dommages et intérêts prononcée par le tribunal d'arrondissement ;

Attendu que les défendeurs en cassation et le ministère public concluent à l'irrecevabilité du pourvoi en application de l'article 412 du Code d'instruction criminelle ;

Attendu que le demandeur en cassation soutient que l'article 412 du Code d'instruction criminelle ne s'applique qu'en matière criminelle ;

qu'il fait encore valoir que l'interprétation donnée à l'article 412 du Code d'instruction criminelle par les défendeurs en cassation et le ministère public crée deux discriminations non justifiées et il demande à la Cour de cassation de saisir la Cour constitutionnelle des questions suivantes :

« En ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquittalment sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle :

1. ne crée-t-il pas sans qu'il n'y ait de justification rationnelle, adéquate et proportionnée à son but, une catégorie de personnes soumises à un régime légal discriminatoire au niveau de la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation, en restreignant l'accès de la victime au contrôle supérieure de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ?

2. ne crée-t-il pas sans qu'il n'y ait de justification rationnelle, adéquate et proportionnée à son but, une catégorie de personnes soumises à un régime légal discriminatoire au niveau de la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation lié à la qualité de partie à l'instance, soit de partie civile, prévenu, partie civilement responsable ou ministère public ?

3. ne porte-t-il pas par l'effet de chacun des deux éléments qui précèdent, même pris isolément, préjudice à l'article 10 bis, paragraphe 1er de la Constitution luxembourgeoise, assurant l'égalité des luxembourgeois devant la loi ?

Attendu que l'article 412 du Code d'instruction criminelle, tel que modifié par la loi du 17 juin 1987 portant suppression de la cour d'assises et modifiant la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions, dispose : « Dans aucun cas la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une décision d'acquittalment ; mais si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, cette disposition de la décision peut être annulée sur la demande de la partie civile ».

Que ce texte ne fait aucune distinction entre décisions en matière criminelle et décisions en matière correctionnelle et de police ;

Que le pourvoi en cassation est dirigé contre un arrêt d'acquittalment des cités directs et que la Cour d'appel n'a prononcé aucune condamnation civile à charge du demandeur au

civil ; que l'application de l'article 412 du Code d'instruction criminelle entraînerait donc l'irrecevabilité du pourvoi ;

Attendu que le ministère public se rapporte à prudence de justice quant aux questions que X. demande à poser à la Cour Constitutionnelle ;

Attendu que la réponse aux questions de constitutionnalité soulevées par le demandeur en cassation est nécessaire pour rendre une décision, qu'elle n'est pas dénuée de tout fondement et que la Cour constitutionnelle n'a pas encore statué sur des questions ayant le même objet ;

Qu'il y a dès lors lieu de saisir la Cour constitutionnelle des questions ci-après énoncées au dispositif ;

■ Par ces motifs,

défère les questions préjudicielles suivantes à la Cour constitutionnelle :

En ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquittement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle :

- est-il contraire à l'article 10 bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ?
- est-il contraire à l'article 10 bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de partie à l'instance ?

réserve les dépens.

Arrêt n° 67/11 de la Cour constitutionnelle du 20 mai 2011

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle conformément à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, introduite par la Cour de cassation suivant arrêt du 13 janvier 2011, n° 1/2011 pénal, n° 2798 du registre, parvenue au greffe de la Cour constitutionnelle le lendemain, dans le cadre d'un litige

opposant

Monsieur T., Strassen

à

Monsieur M., Mamer, Madame D., Strassen, et Monsieur S., Luxembourg,

en présence du

ministère public.

La Cour,

composée de

Georges Ravarani, vice-président,

Edmond Gerard, conseiller,

Francis Delaporte, conseiller,

Edmée Conzemius, conseillère, et

Irène Folscheid, conseillère

greffière : Lily Wampach

Sur le rapport du magistrat délégué et les conclusions déposées au greffe de la Cour par Maître Roland Assa, pour Monsieur T., par Maître Gaston VOGEL, pour Madame D. et par le Procureur général adjoint Georges Wivenes,

ayant entendu les mandataires des parties au procès principal en leurs plaidoiries à l'audience du 6 avril 2011,

■ rend le présent arrêt :

Considérant qu'il se dégage d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2011 que par arrêt du 12 janvier 2010, la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière d'appel correctionnel, réformant le jugement rendu en première instance, acquitta Monsieur M., Madame D. et Monsieur S., cités directs par Monsieur T., des différentes préventions libellées à leur charge, se déclara incompétente pour connaître de la demande en dommages et intérêts du demandeur au civil Monsieur T. et, pour autant que de besoin, déchargea les cités directs de la condamnation au paiement des dommages et intérêts prononcés par le tribunal correctionnel ;

Que Monsieur T. s'étant pourvu en cassation contre cet arrêt, tant les défendeurs en cassation que le ministère public conclurent à l'irrecevabilité du pourvoi, en application de l'article 412 du code d'instruction criminelle, qui dispose que « dans aucun cas la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une décision d'acquittement ; mais si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, cette disposition de la décision peut être annulée sur la demande de la partie civile », étant précisé que dans le cas d'espèce, aucune condamnation civile n'avait été prononcée à l'encontre de la partie civile ;

Que le demandeur en cassation ayant fait valoir devant la Cour de cassation, d'une part, que l'article 412 du code d'instruction criminelle ne s'applique qu'en matière criminelle, et, d'autre part, que l'interprétation donnée par les défendeurs en cassation et par le ministère public à ce texte crée deux discriminations non justifiées et en tant que telles prohibées par la disposition de l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution, la première étant constituée par la circonstance que si la victime saisit une juridiction pénale en vue de la réparation de son préjudice, son accès à un contrôle supérieur de la légalité de la décision qui lui fait grief est plus restreint que si elle porte sa demande devant une juridiction civile, et la seconde en ce que la recevabilité de son pourvoi est plus restreinte que celle des prévenus et du ministère public, la Cour de cassation retint que l'article 412 du code d'instruction criminelle ne fait aucune distinction entre les décisions rendues en matière criminelle et celles rendues en matière correctionnelle et de police et saisit la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles suivantes :

«En ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquiescement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle :

- est-il contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ?
- est-il contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de partie à l'instance ?»

■ *Quant à la première question :*

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant qu'une inégalité contraire à la disposition en question ne se conçoit qu'au cas où deux ou plusieurs catégories de personnes sont, par rapport à une situation donnée, chacune soumise à un régime juridique différent ;

Que tel n'est pas le cas lorsqu'une même personne a le choix de se soumettre à deux régimes différents engendrant cependant pour elle des droits et obligations différents ;

Considérant que la victime d'une infraction dispose du libre choix de porter son action en réparation du préjudice qui en est la conséquence, soit devant le juge pénal, de manière accessoire à l'action publique, soit à titre principal devant le juge civil ;

Que les droits et obligations distincts qui découlent pour elle du libre choix de l'une ou l'autre voie procédurale pour obtenir satisfaction ne sont pas de nature à créer une inégalité devant la loi ;

Qu'il s'ensuit qu'il y a lieu de répondre par la négative à la première question relative à la contrariété à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution de l'article 412 du code d'instruction criminelle, tel qu'interprété par la jurisprudence, en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ;

■ *Quant à la seconde question :*

Considérant que la seconde question est à comprendre dans le sens de la conformité de l'article 412 du code d'instruction criminelle à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce que, tel qu'interprété par la jurisprudence, il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité particulière de chacune des parties devant le juge pénal ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée ;

Considérant que par rapport à la question préjudicielle posée, le critère de comparabilité est celui du traitement des différentes parties à un procès pénal dans la mesure où elles font valoir des droits identiques ou similaires ;

Que la situation de la partie civile dans un procès pénal est comparable avec celle du prévenu, au regard de la demande civile, dans la mesure où la première agit en qualité de créancière d'un droit dont le second est le recherché débiteur et que les deux parties sont ainsi unies dans un même lien d'instance concernant la demande civile ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que suivant les textes en vigueur et l'interprétation qu'en donnent les tribunaux, le prévenu qui, accessoirement à une sanction pénale, a été condamné à une réparation civile, peut se pourvoir en cassation non seulement en ce qui concerne la sanction pénale, mais également en ce qui concerne la condamnation civile ;

Qu'ainsi, une des parties au procès, dispose, pour la même contestation, d'une voie de recours dont l'autre ne bénéficie pas ;

Que le caractère accessoire à l'action publique de l'action civile n'est pas de nature à justifier rationnellement cette disparité, étant donné, d'une part, que l'article 412 du code d'instruction criminelle prévoit lui-même la possibilité pour la partie civile, à des conditions exceptionnelles il est vrai, de former un pourvoi en cassation contre une condamnation civile alors même que le prévenu a été acquitté, et, d'autre part, que l'article 202 du code d'instruction criminelle permet à la partie civile de relever appel, quant aux intérêts civils, d'un jugement correctionnel, alors même que le prévenu a été acquitté ;

Qu'il suit des considérations qui précèdent que la limitation du droit de se pourvoir en cassation contre une condamnation civile au seul condamné au pénal, sans que pour les intérêts civils, la partie civile dispose d'un droit identique, n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Qu'ainsi ladite disposition se heurte à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution ;

■ Par ces motifs,

dit qu'en ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquiescement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée,

dit qu'en revanche, cette disposition est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'elle fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation,

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties lors de la publication de l'arrêt au Mémorial,

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour de cassation dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

N° 3 / 2012 pénal

du 12.1.2012

Not. 26267/07/CC

Numéro 2798 du registre

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, douze janvier deux mille douze,

dans la poursuite pénale dirigée contre :

X.,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Roland Assa, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

c/

1) A.,

défendeur en cassation,

comparant par Maître Rosario Grasso, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) B.,

défendeur en cassation,

comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) C.,

défendeur en cassation,

comparant par Maître Rosario Grasso, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence du Ministère public, partie jointe

l'arrêt qui suit :

■ La Cour de cassation :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 12 janvier 2010 sous le n° 4/10 V. par la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu l'arrêt de cassation rendu le 13 janvier 2011 par lequel la Cour constitutionnelle a été saisie de questions préjudicielles ;

Vu l'arrêt de la Cour constitutionnelle rendu le 20 mai 2011 ;

Vu le mémoire signifié les 14 et 15 juillet 2011 par B. à X., A., C. et au Ministère public, déposé le 25 juillet 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire signifié le 18 octobre 2011 par A. à X., déposé le 19 octobre 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire signifié le 18 octobre 2011 par C., déposé le 19 octobre 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Attendu que les deux moyens tirés le premier, *de la violation de l'article 445 alinéa 2 du Code pénal pour violation de la loi en ce que la Cour a décidé d'acquitter les consorts A., B. et C. de la prévention prévue à l'article 445 alinéa 2 en retenant que pour constituer cette*

prévention, la dénonciation calomnieuse ne peut résulter que d'un acte spontané, ayant pour finalité l'exercice de sanction contre le dénoncé et que ce n'est que la spontanéité qui est susceptible de conférer à une déclaration le caractère d'une dénonciation calomnieuse alors que l'article 445 alinéa 2 du Code pénal ne prévoit pas que le caractère spontané de la déclaration à l'autorité est l'un des éléments constitutifs de la prévention de dénonciation calomnieuse à l'autorité et qu'il n'y avait partant pas lieu d'acquitter sur ce fondement les consorts A., B. et C. » ;

le deuxième, de la violation de l'article 89 de la Constitution pour absence de motifs, sinon insuffisance de motifs en ce que la Cour a décidé que les faits reprochés aux consorts A., B. et C. étant à examiner sous l'angle des conditions de fond de la prévention de dénonciation calomnieuse à l'autorité, les préventions libellées en ordre subsidiaire dans la citation directe ne s'appliquaient pas aux faits de la cause et qu'il n'y avait pas lieu d'appréhender l'affaire sous une autre qualification et décidé en conséquence ces préventions non établies alors que la Cour aurait dû vérifier si les faits reprochés aux consorts A, B. et C. étaient susceptibles d'une autre qualification pénale sur les autres bases légales invoquées par le citant direct et appelant au civil dans sa citation directe » ;

tendent à remettre en cause le volet pénal de l'arrêt attaqué ;

D'où il suit que le recours en cassation introduit par X. en tant que partie civile au litige, se heurte à l'article 412 du Code d'instruction criminelle en ce qu'il interdit à la partie civile de poursuivre en cassation l'annulation d'une décision d'acquiescement et qu'il est irrecevable ;

■ Par ces motifs,

dit le pourvoi irrecevable ;

condamne X. aux frais de l'instance en cassation, les frais exposés par le ministère public étant liquidés à 8,75 €.