

Que reste-t-il de la compétence de la Cour constitutionnelle après l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle ?

Voici une (autre) question d'application des normes juridiques dans le temps que soulève la révision constitutionnelle de 2023 : l'entrée en vigueur du nouveau texte constitutionnel entraîne-t-elle le transfert aux juridictions ordinaires du contrôle de constitutionnalité des lois existantes ? C'est là un effet potentiel de la caducité des dispositions législatives devenues inconstitutionnelles : leur caducité, qui équivaut à une abrogation tacite, pourrait être constatée par tous les juges. Que reste-t-il, dans ce cas, de la compétence de la Cour constitutionnelle ? Rien, en attendant que de nouvelles lois aient été adoptées sous l'empire des nouvelles dispositions constitutionnelles et que leur constitutionnalité soit contestée ? Ou tout ? Et d'abord : quand un texte constitutionnel peut-il, pour les besoins de cette question, être réputé nouveau ?

Depuis le 1^{er} juillet 2023, sont en vigueur les dispositions de la Constitution révisée. Cette révision entraîne, à côté de questions d'interprétation qui ont trait au fond des nouvelles dispositions constitutionnelles, des questions d'application des normes juridiques dans le temps — dont le problème de l'incompatibilité qui survient, du fait de l'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles révisées, entre la Constitution et des normes infra-constitutionnelles (lois et règlements). Nous avons vu l'un des aspects du problème de la caducité des lois anciennes du fait de leur incompatibilité avec les nouvelles dispositions constitutionnelles dans le numéro précédent du *Journal des tribunaux Luxembourg*¹. En voici un autre, d'ordre institutionnel ou procédural : l'entrée en vigueur du nouveau texte constitutionnel entraîne-t-elle le transfert aux juridictions ordinaires du contrôle de constitutionnalité des lois qui préexistaient à la révision constitutionnelle ?

La perspective d'une disparition de la compétence de la Cour constitutionnelle pour statuer sur la constitutionnalité des lois, sauf celle des lois postérieures au 1^{er} juillet 2023, est une perspective alarmante, ou pour le moins — pour ceux qui ne se laissent pas affoler par une simple question de compétence des juridictions — la perspective d'un changement inopportun. La création de la Cour constitutionnelle, et l'attribution à cette juridiction du contrôle centralisé de la constitutionnalité des lois, ont eu des avantages importants en termes de qualité du contrôle constitutionnel ; sans centralisation auprès de la Cour constitutionnelle, l'introduction de ce contrôle aurait donné lieu de la part des différentes juridictions à une jurisprudence incertaine, parfois contradictoire et, selon toute vraisemblance, moins satisfaisante². S'il faut se féliciter par conséquent de l'échec de l'idée de supprimer, à l'occasion de la réforme constitutionnelle, la Cour constitutionnelle et d'introduire un contrôle décentralisé de la constitutionnalité des lois, on ne peut qu'être préoccupé au regard de la possibilité de voir se réaliser indirectement ce même effet par application de la notion de caducité des dispositions législatives anciennes.

Il faut donc prendre la mesure de ce risque. Disons tout de suite, pour que le suspense ne soit pas insupportablement long, que le résultat de l'examen sera assez rassurant.

¹ « L'effet sur les règlements existants des nouvelles dispositions constitutionnelles réservant des matières à la loi », *J.T.L.*, 2023, p. 77.

² Cf notre « Plaidoyer pour le maintien d'une Cour constitutionnelle (le cas échéant réformée) », in J. GERKRATH (dir.), *Les 20 ans de la Cour constitutionnelle : Trop jeune pour mourir ?, dossiers de la Pasicrisie luxembourgeoise*, vol. 2 (2018), p. 118.

1 Position du problème

Les quatre lois par lesquelles s'est faite la révision constitutionnelle comportent chacune une disposition transitoire — classique et conforme au droit commun, comme nous le verrons — ainsi rédigée : « À compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, toutes dispositions légales ou réglementaires contraires à la Constitution ne sont plus applicables »³. Ce texte, prévoyant la caducité (ou l'abrogation tacite ou implicite) des normes législatives inconciliables avec les dispositions constitutionnelles nouvelles, est une application du principe *lex posterior derogat legi priori* à des normes occupant différents rangs dans la hiérarchie des normes. Sans être évidente au point d'aller de soi (il est également concevable d'y voir, plutôt qu'un effet de la succession des normes dans le temps, un aspect du conflit entre normes qui pose un problème de hiérarchie entre elles⁴), cette manière de traiter la question est néanmoins classique. Ainsi, un avis du Conseil d'État français de l'époque du Consulat énonce, avec l'élegance mais aussi l'emphase caractéristique de l'époque, que « c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de la loi précédente contraire à son texte ; principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'Etat »⁵. Il en déduit l'abrogation de différents textes législatifs antérieurs par la Constitution de l'an VIII.

Cette idée, selon laquelle même en l'absence d'organisation du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, la succession

³ Les quatre lois de révision, toutes datées du 17 janvier 2023, sont (1) la loi portant révision du chapitre VI de la Constitution (2) la loi portant révision des chapitres I^{er}, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI et XII de la Constitution (3) la loi portant révision du chapitre II de la Constitution, et enfin (4) la loi portant révision des chapitres IV et Vbis de la Constitution, publiées aux numéros 26 à 29 du *Mémorial A* pour 2023. La disposition transitoire citée au texte figure comme paragraphe 2 à l'article 4 de la première loi, à l'article 18 de la deuxième, à l'article 2 de la troisième et à l'article 3 de la quatrième loi de révision.

⁴ Voir en ce sens un arrêt de la Cour de cassation française : Crim., 18 novembre 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 359, qui en déduit (dans la logique de l'interdiction du contrôle juridictionnel des lois devant les tribunaux ordinaires) que l'examen d'une éventuelle abrogation de la loi antérieure par la Constitution postérieure est interdit au juge judiciaire : il existerait un « principe selon lequel il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'inconstitutionnalité des lois quelle que soit la date de leur promulgation ». Voir aussi G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 5^e éd. 2020, n° 476.

⁵ CE, avis du 4 nivôse an VIII, republié au *D.*, 1999, p. 705, avec une note signée « P. (de la Gironde) ».

des normes dans le temps permet de ne plus appliquer les lois devenues inconstitutionnelles du fait de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions de la Constitution, a également été appliquée plus récemment en jurisprudence⁶, y compris dans la jurisprudence luxembourgeoise antérieure comme postérieure à l'institution de la Cour constitutionnelle⁷ (avec un écho dans un arrêt de la Cour constitutionnelle même, sur lequel nous reviendrons⁸). Elle a permis parfois de lever le tabou (autrefois existant) du contrôle de la constitutionnalité des lois, en permettant aux juges de ne pas appliquer les lois anciennes devenues inconstitutionnelles ; et, comme il s'agit d'un cas qui relève dans cette présentation d'un simple problème de succession des normes dans le temps⁹, rien ne s'oppose à ce que l'abrogation tacite de la loi ancienne par la Constitution nouvelle soit même constatée, sous leur propre responsabilité, par les éditeurs privés de recueils législatifs¹⁰.

Dès lors que l'on admet, avec la jurisprudence citée, l'existence de ce succédané au contrôle de constitutionnalité décentralisé qu'est la constatation, par les juges ordinaires, de la caducité des lois devenues contraires aux dispositions constitutionnelles nouvelles et donc tacitement abrogées par celles-ci, se pose la question du rôle futur de la Cour constitutionnelle. Elle reste certainement utile pour sanctionner des méconnaissances futures de la Constitution par le législateur, mais qu'en est-il des lois existantes ? Celles-ci relèvent-elles désormais, en cas d'inconstitutionnalité, du contrôle décentralisé, opéré par les juridictions ordinaires, de leur abrogation tacite par l'effet de l'entrée en vigueur de la « nouvelle Constitution » ?

2 Une distinction : maintien en vigueur de dispositions constitutionnelles existantes, entrée en vigueur de dispositions constitutionnelles nouvelles

Première observation : en réalité, la « nouvelle Constitution » n'en est pas une, ni politiquement ni juridiquement¹¹. Sur le plan politique, la sous-division de la proposition de révision originale n° 6030 en quatre propositions, votées séparément avec seulement la présentation du texte renomméroté de la Constitution en annexe à la dernière loi de révision publiée¹², servait à marquer qu'il ne s'agissait pas d'une

⁶ Voir dans la jurisprudence beaucoup plus récente du Conseil d'État français, Ass., 16 décembre 2005, n° 259584, *Syndicat national des huissiers de justice*, Rec., 2005, p. 570, concl. Stahl ; mais voir Cass. crim., 18 novembre 1985, précit. En doctrine, addé J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 6 (1990), pp. 219 et s. ; S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *Rev. fr. dr. constit.*, 2010, pp. 497 et s. ; C. AGUZZI, « Continuité matérielle du droit infraconstitutionnel et changement constitutionnel : Le traitement du passé », in A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Constitution et passé*, Aix-en-Provence, DICE Editions, 2023, pp. 63 et s.

⁷ CE, 29 mai 1965, *Pas. lux.* 19, p. 528, spéc. p. 534 ; Cour adm., 23 juillet 2008, n° 23963C (solution implicite) ; voir également P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, 1960, n° 119 et plus récemment M. TRIENBACH, « L'abrogation implicite en droit luxembourgeois », *Cahiers du droit luxembourgeois* 25 (2015), pp. 9 et s., spéc. p. 19. Addé des décisions qui considèrent comme « inconciliables avec notre droit » ou avec « notre système répressif actuel » les amendes arbitraires prévues par des textes législatifs anciens, qu'elles refusent en conséquence d'appliquer : Cass., 5 novembre 1909, *Pas. lux.* 8, p. 182, spéc. p. 186 ; ou en matière de récusation de juges CE, 20 décembre 1985, n°s 7519 et 7637 ; Cass., 23 mars 1995, n° 7/95 pénal.

⁸ C. const., 20 décembre 2013, n° 107, arrêt discuté *infra* au texte, sous 4 b.

⁹ Voir la discussion par B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e éd., 2020, n° 97.

¹⁰ Ainsi, les éditeurs du Code civil luxembourgeois présentent depuis longtemps comme « abrogés implicitement », par l'article 18 de la Constitution, les articles 22 à 33 du Code civil ayant trait aux conséquences civiles de la mort civile suite à certaines condamnations pénales, articles qui n'ont jamais été formellement abrogés. Une curiosité : le texte ayant tacitement abrogé la réglementation de la mort civile est la version de l'article 18 de la Constitution antérieure à la révision du 29 avril 1999. Entre 1848 (à l'époque il s'agissait de l'article 19) et 1999, le texte disait effectivement : « La peine de mort en matière politique, la mort civile et la flétrissure sont abolies ». Depuis 1999, le texte se borne à ceci : « La peine de mort ne peut être établie ».

¹¹ Nous croyons utile de répéter ici un passage introductif publié dans l'article cité en note 1 *supra*.

¹² La loi portant révision des chapitres IV et *Vbis* de la Constitution (Mém. A, 2023,

nouvelle Constitution devant être soumise au référendum selon une promesse faite au peuple ; d'ailleurs la qualification en simple « Constitution révisée » pouvait aussi se justifier politiquement quant au fond, les vraies innovations constitutionnelles étant rares et ne représentant certainement pas une remise en cause profonde de l'ordre constitutionnel. Le texte et la présentation de la Constitution ont été améliorés du fait de la révision, mais non fondamentalement modifiés. Plus important dans le présent contexte (sans être déterminant, comme on le verra dans la suite) est qu'il n'y a aucune raison juridique de ne pas considérer les lois de révision pour ce qu'elles déclarent être : des lois de révision de la Constitution existante – qu'elle soit originarialement datée de 1868, de 1856 ou de 1848, peu importe pour les besoins de la présente discussion¹³.

Mais même s'il en allait autrement, il serait néanmoins indéniable que de très nombreuses dispositions ont été reprises telles quelles, avec parfois de petites modifications textuelles à visée purement stylistique, du texte de la « Constitution ancienne ». Ainsi, pour ne citer que les textes qui formulent le principe d'égalité (lequel représente à lui seul la moitié des affaires soumises à la Cour constitutionnelle), l'article 15 reprend textuellement et sans modifications l'article 10bis, paragraphe 1^{er} ancien (« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ») : article 15, paragraphe 1^{er}, alinéa 1) ; l'extension aux « étrangers » de ce principe qui figurait à l'article 111 ancien devient l'article 16 nouveau, avec pour seule modification une référence, plus euphonique, aux « non-Luxembourgeois », le texte devenant dès lors « Tout non-Luxembourgeois qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». Les auteurs de la révision constitutionnelle y ont ajouté un alinéa littéralement repris de la jurisprudence constitutionnelle existante, l'article 15, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, dans les termes suivants : « La loi peut¹⁴ prévoir une différence de traitement qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ».

La garantie de l'égalité devant la loi n'est modifiée en rien du fait de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles. La Constitution version 2023 n'est dès lors, à cet égard, qu'une Constitution renommérotée. Il en va de même de la plupart des autres articles garantissant des libertés publiques et peut-être même de la plupart des articles de la Constitution. Nous verrons (ci-après, sous 3) que la conséquence en est que la renommérotation du fait de la révision constitutionnelle ne peut avoir de conséquence en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires.

Le cas des articles simplement renommérotés doit être distingué de celui des articles vraiment nouveaux. Ceux-ci sont, s'agissant du chapitre II de la Constitution, « Des droits et libertés », relativement rares mais ils existent (et ceci même en dehors de la « clause transversale » de l'article 37, qui augmente le nombre des matières réservées à la loi par la Constitution¹⁵). Certes, le seul fait qu'un texte soit nouveau ne signifie pas que la garantie constitutionnelle qu'il consacre le soit également. Il en va ainsi de la disposition-phare de l'article 12 de la Constitution révisée : « La dignité humaine est inviolable ». Ce texte n'innove pas réellement, puisque la jurisprudence antérieure avait déduit le même principe de la protection due à

¹³ 29, qui est celle des lois de révision du 17 janvier 2023 qui a été publiée en dernière, contient un article 4 aux termes duquel « les articles de la Constitution révisée [conformément aux quatre lois de révision] sont renommérotés, et les renvois sont adaptés [...] ». Le texte figurant en annexe à la présente loi constitue le texte de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg.

¹⁴ Selon F. DELAPORTE, « Histoire du droit », in Association Henri Capitant, *Droit du Luxembourg*, 2016, p. 13-14, c'est la Constitution du 9 juillet 1848 « qui régit toujours actuellement le Grand-Duché ; elle n'a jamais été entièrement remplacée ». D'autres préfèrent dater la Constitution actuelle du 17 octobre 1868, mais il est vrai que tel qu'il a été publié au *Mémorial* (1868, p. 213), le texte de 1868 se présente comme une loi « portant révision de la Constitution du 27 novembre 1856 ».

¹⁵ Entre-temps (mais après que le texte cité a été définitivement arrêté), la Cour constitutionnelle a établi le sous-principe du principe d'égalité selon lequel dans certains cas, la différenciation n'est pas seulement une faculté pour le législateur (ou d'ailleurs pour les autres pouvoirs normatifs), mais même une obligation : arrêt du 9 décembre 2022, n° 174, publié ci-après p. 115, obs. M. THEWES. Il n'y a pas de raison de penser que ce sous-principe ne s'appliquerait plus du fait de la révision constitutionnelle ; celle-ci ne se prononce simplement pas sur lui. D'ailleurs le « peut » continue de figurer dans la jurisprudence plus récente de la Cour : voir l'arrêt du 30 juin 2023, n° 184.

¹⁶ Nous renvoyons à l'article publié au dernier numéro du *J.T.L.*, cité *supra* note 1.

la dignité humaine de l'ancien article 11, paragraphe 1^{er}, qui garantissait « les droits naturels de la personne humaine »¹⁶.

Mais il y a des articles qui introduisent de réelles innovations. Il en va ainsi du « droit de fonder une famille », garanti à « toute personne » par l'article 15, paragraphe 4¹⁷, ou encore de l'« objectif à valeur constitutionnelle » de l'article 40, aux termes duquel « l'État veille à ce que toute personne puisse vivre dignement et disposer d'un logement approprié ».

Ces deux catégories d'innovations, ou alors de non-innovations, constitutionnelles relèvent, sous l'angle de la censure de la non-conformité de la loi à leurs dispositions, de deux régimes potentiellement différents¹⁸, comme nous le verrons à présent.

3 Solution en ce qui concerne les dispositions constitutionnelles maintenues en vigueur

La simple renumérotation d'une disposition à l'occasion d'une révision constitutionnelle, avec maintien de la substance de la norme constitutionnelle en question, ne saurait avoir la moindre incidence normative. Il en va de même d'une reformulation à portée stylistique. Dans tous ces cas, la loi ancienne qui est contraire à la norme formulée par un article de la Constitution révisée a en réalité été mise en vigueur sous l'empire de cette même norme constitutionnelle, simplement numérotée (ou formulée sur le plan purement verbal) différemment. La Constitution se trouvait méconnue dès l'entrée en vigueur de la loi.

Il n'existe dans ce cas pas de conflit entre une norme législative plus ancienne et une norme constitutionnelle plus récente. Le contrôle de constitutionnalité porte sur l'existence d'un conflit entre une norme ayant une nature législative et une norme ayant une nature constitutionnelle, peu importe (s'il s'agit d'une norme constitutionnelle *écrite*) sa numérotation dans le texte de la Constitution. Ainsi une violation du principe d'égalité par une loi est toujours de la même nature, peu importe qu'on la rattache à une violation de l'article 10bis (qui n'a d'ailleurs été son siège que de 1999 à 2023¹⁹) ou de l'article 15 (son siège actuel), puisque la norme constitutionnelle est restée inchangée.

Dès lors, la répartition des compétences entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire n'est pas changée : il ne saurait être question de caducité ou d'abrogation tacite de la loi, qui ne serait survenue que le 1^{er} juillet 2023 du fait de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles. Si la loi est déclarée inconstitutionnelle, c'est qu'elle l'était dès le jour de sa promulgation, pour avoir violé une norme constitutionnelle qui existait dès ce moment-là.

La compétence de la Cour constitutionnelle reste dans ce cas une compétence exclusive, et le juge ordinaire est empêché de constater lui-même l'inconstitutionnalité. Il doit saisir la Cour constitutionnelle.

¹⁶ C. const., 28 mai 2004, n° 20 ; Cour admin., 9 janvier 2020, n° 43470C, *J.T.L.*, 2020, p. 154.

¹⁷ Il s'agit d'une réelle innovation, puisque « toute personne » vise aussi, selon le sens littéral des termes de la Constitution, des personnes désireuses de fonder une famille sans vivre selon les règles de l'hétéronormativité (personnes seules, ou personnes engagées dans un couple avec une personne du même sexe). Ces personnes n'étaient vraisemblablement pas visées par la disposition de l'article 11, paragraphe 1^{er} ancien, en tant qu'il garantissait les « droits naturels de la famille » (comp. C. const., 13 novembre 1998, n° 2). Et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou les dispositions analogues d'autres traités internationaux garantissant le droit à la protection de la vie familiale ne protègent pas, de manière autonome, le droit de *fonder* une famille (*cfr* l'avis du Parquet général du 7 juillet 2021, *Doc. parl.* 7755⁶, pp. 3-4 et C.E.D.H., 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 32).

¹⁸ Nous ne discuterons pas, dans le présent contexte, de la nature spécifique des « objectifs à valeur constitutionnelle ». Sur cette notion, voir les développements approfondis de G. WIVENES, « La révision de la Constitution luxembourgeoise : le chapitre sur les droits et libertés », *J.T.L.*, 2023, pp. 97 et s., spéc. pp. 108-110.

¹⁹ Auparavant, le même principe avait son siège à l'article 11 (d'abord deuxième phrase, ensuite, depuis la révision du 21 mai 1948, deuxième paragraphe).

4 Solution en ce qui concerne les dispositions constitutionnelles vraiment nouvelles

C'est, évidemment, la situation la plus intéressante, quoiqu'elle soit relativement rare, à mesure de la rareté des dispositions substantiellement nouvelles entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2023, en particulier dans le domaine des droits fondamentaux et libertés publiques (*supra*, sous 2).

Elle donne lieu à la question qui est au centre du présent examen : en ce qui concerne ces dispositions vraiment nouvelles, il est possible — au regard d'une analyse théorique — pour les différentes juridictions de constater par elles-mêmes l'abrogation d'une loi ancienne (une disposition législative) par la loi nouvelle (une nouvelle disposition de la Constitution) ; mais cela exclut-il toute compétence de la Cour constitutionnelle saisie par renvoi préjudiciable ? Après tout, ce qui est théoriquement possible n'est pas nécessairement aisément, et la Cour constitutionnelle est la juridiction qui, incontestablement, a le plus d'expérience et d'autorité en matière de contrôle de constitutionnalité. Ne vaut-il pas mieux renvoyer devant elle, par exemple, des questions de constitutionnalité ayant trait au sens de la nouvelle garantie du « droit de fonder une famille »²⁰ ? À l'inverse, et à supposer que le renvoi devant la Cour constitutionnelle paraisse opportun à une juridiction déterminée, a-t-elle le droit de procéder à ce renvoi, ou est-elle au contraire tenue de juger elle-même de l'éventuelle abrogation tacite de la loi ?

Les solutions du droit comparé divergent sur ce point (A), et les solutions de la jurisprudence luxembourgeoise, qui ne sont pas uniformes, peuvent être interprétées dans le sens, pour le moins, de la possibilité de la saisine de la Cour constitutionnelle, sinon de l'obligation de la saisir (B).

A. Solutions divergentes en droit comparé

La question s'est vraisemblablement posée dans chaque État qui a introduit le contrôle centralisé de la constitutionnalité des lois. Nous croyons utile de présenter très brièvement les solutions adoptées en Allemagne, en France, en Belgique, en Italie et en Espagne, avant d'aborder la jurisprudence luxembourgeoise dont la réponse peut donner lieu à hésitation. Dans aucun des systèmes juridiques considérés, la question de la compétence de la juridiction constitutionnelle à l'égard de la question de l'abrogation tacite des lois anciennes par de nouvelles dispositions constitutionnelles n'a fait l'objet d'une disposition expresse qui aurait résolu la question.

Les solutions jurisprudentielles divergent :

- le *Bundesverfassungsgericht* allemand a décidé, dès ses premières décisions, que le contrôle de constitutionnalité ne relève de sa propre compétence — et donc de la possibilité et de l'obligation de saisir ce Tribunal constitutionnel par voie de question préjudiciale pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi — que si la loi concernée est postérieure à la Constitution de 1949. Une loi antérieure à la Constitution (*vorkonstitutionnelles Recht*) relève de la compétence des juridictions ordinaires, qui pourront la considérer comme ayant été tacitement abrogée par la loi fondamentale de 1949. Cette solution se justifierait par la fonction politique du *Bundesverfassungsgericht*, qui est « gardien de la Constitution » seulement à l'égard d'un législateur qui est lui-même tenu au respect de celle-ci²¹ ;
- à l'inverse, en France l'introduction de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité) en 2008 a donné lieu à des saisines du Conseil constitutionnel (par la Cour de cassation et par le Conseil d'État, juridictions qui y sont censées filtrer les questions de constitutionnalité que proposent les juridictions du fond) à l'égard de dispositions légis-

²⁰ *Cfr supra*, note 17.

²¹ BVerfG, 20 mars 1952, *BVerfGE* 1, p. 184 ; BVerfG, 24 février 1953, *BVerfGE* 2, p. 124. Cependant, si une juridiction ordinaire *rejette* en dernier ressort un moyen tiré d'une prétenue violation d'un droit fondamental par une loi antérieure à la Constitution, le *Bundesverfassungsgericht* peut être saisi (dans le système allemand, très perfectionné dans la protection des droits fondamentaux qu'il organise) d'un recours contre l'arrêt qui n'a pas fait droit au moyen.

latives anciennes — en remontant à l'époque de la Révolution française —, et le Conseil constitutionnel y a répondu²²; cette procédure a connu un succès tel que la question de la survie de la pratique antérieure du Conseil d'État sur l'abrogation tacite des lois devenues contraires à de nouvelles dispositions constitutionnelles a été posée en doctrine²³;

— de même en Belgique on voit des cas d'arrêts de la Cour constitutionnelle tranchant, à la demande des juridictions ordinaires, la question de la constitutionnalité de textes législatifs anciens par rapport à des dispositions constitutionnelles plus récentes qu'eux²⁴;

— la solution la plus claire et la plus pragmatique est celle de la jurisprudence italienne et espagnole : la saisine de la juridiction constitutionnelle n'est obligatoire qu'à l'égard des lois entrées en vigueur postérieurement aux dispositions constitutionnelles. En revanche, à l'égard des lois antérieures, c'est aux juridictions ordinaires d'apprécier comment elles entendent réagir en cas de ce que la Cour constitutionnelle italienne appelle l'« inconstitutionnalité survenue » (*inconstituzionalità sopravvenuta*) de la loi qui était originairement conforme à la Constitution alors en vigueur. Le juge ordinaire peut constater lui-même l'abrogation de la loi par la Constitution. Mais il peut également, en cas de doute sur la constitutionnalité de la loi, saisir la juridiction constitutionnelle²⁵. Cette saisine est facultative. Le renvoi devant la Cour constitutionnelle semble cependant constituer la tendance prédominante des juridictions ordinaires²⁶.

B. Précédents en droit luxembourgeois

Il semble que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise se différencie de celle du *Bundesverfassungsgericht*: la Cour accepte d'être saisie de la confrontation entre des dispositions de la Constitution et des dispositions législatives antérieures provenant d'un régime antérieur à la Constitution. C'est ce qu'elle a montré en rendant un arrêt de 2010 sur la question de la conformité de l'article 1595 du Code civil (interdiction de la vente entre époux, disposition qui date de 1804) avec le principe d'égalité tel que formulé par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution²⁷. Cet arrêt est sur la même ligne que la jurisprudence française et belge que nous avons citée ci-dessus.

Un arrêt ultérieur, l'arrêt de 2013 dans l'affaire des « princes du sang », est cependant plus complexe à interpréter²⁸. Les prévenus dans l'affaire dite du *Bommeléeër* avaient entendu voir citer comme témoins les deux frères du Grand-Duc actuel ; or l'article 510 du Code d'instruction criminelle²⁹, qui n'avait jamais été formellement abrogé, subordonnait le témoignage en justice des « princes ou princesses du sang impérial » (devenu grand-ducal) à une autorisation de l'Empeur (du Grand-Duc) sur rapport du « grand-juge » (du ministre de la Justice). La question de la conformité de ce texte archaïque aux textes constitutionnels actuels garantissant l'égalité devant la loi et les droits de la défense est soumise à la Cour constitutionnelle par la chambre criminelle du tribunal de Luxembourg. La Cour constitutionnelle retient que « le contrôle de la constitutionnalité des lois comporte celui du maintien en vigueur de la loi visée par la question préjudiciale » et analyse l'histoire constitutionnelle luxembourgeoise pour en venir à la conclusion qu'en réalité, la révision constitutionnelle de 1919 (celle qui allait faire du Luxembourg un État démocratique moderne, où la souveraineté réside dans la Nation) était incompatible avec le maintien d'un privilège au profit des « princes du sang » ne pouvant être levé que sur décision du Grand-Duc. Appliquant la disposition de l'article 117 de la Constitution selon lequel l'entrée en vigueur de celle-

²² Cf la jurisprudence citée par G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 5^e éd. 2020, n° 561.

²³ J. GICQUEL, « Loi », in *Jurisclasseur administratif*, fasc. 30 (2021), n° 96.

²⁴ Ainsi à l'égard de l'article 1382 du Code civil (de 1804) dans certaines interprétations de ce texte législatif : C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014 ; 21 janvier 2021, n° 7/2021.

²⁵ Sur cette jurisprudence italienne et espagnole, voir J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 6 (1990), pp. 219 et s., spé. pp. 230 et s.

²⁶ J. TRÉMEAU, art. cit., p. 234.

²⁷ C. const., 8 janvier 2010, n° 51. L'inconstitutionnalité de l'article 1595 a été retenue au dispositif de cet arrêt.

²⁸ Sur cet arrêt, voir aussi M. TRIENBACH, précit., *supra* note 7, pp. 22 et s.

²⁹ L'arrêt date de la période antérieure au changement de dénomination de ce code en Code de procédure pénale.

ci entraîne que toutes les lois qui y sont contraires sont abrogées, la Cour constitutionnelle constate dans la motivation de son arrêt que l'article 510 du Code d'instruction criminelle se trouve abrogé depuis l'entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle du 15 mai 1919. Le texte législatif se trouvant (tacitement) abrogé, « la question préjudiciale est sans objet »³⁰.

Ce dernier arrêt procède à une application de l'idée d'abrogation tacite de la loi ancienne par une disposition constitutionnelle plus récente. Mais que dit-il au sujet de la compétence de la Cour constitutionnelle à cet égard ? À cet égard, la décision est plus ambiguë. En retenant que « le contrôle de la constitutionnalité des lois comporte celui du maintien en vigueur de la loi visée par la question préjudiciale », a-t-elle entendu dire que le contrôle du maintien en vigueur de la loi (c'est-à-dire de sa non-abrogation) relève du monopole de la Cour constitutionnelle ? Ou au contraire que ce contrôle aurait pu (ou, dans une autre interprétation, même *dû*) être effectué par le juge de renvoi, et que ce n'est que parce que ce contrôle n'a pas eu lieu que la Cour constitutionnelle doit y procéder elle-même ? Le dispositif de l'arrêt est en tout cas très différent de la solution adoptée par l'arrêt de 2010 sur la constitutionnalité de l'article 1595 du Code civil.

Il nous semble en définitive que la jurisprudence luxembourgeoise n'est pas fixée. Ce qui rend d'autant plus intéressante la connaissance des possibilités qui existent en droit comparé, et dont nous avons rendu compte ci-dessus. La solution qui a notre préférence personnelle sera dévoilée en conclusion :

5 Conclusion

La conclusion peut être formulée en trois points.

La distinction entre les dispositions constitutionnelles vraiment nouvelles et celles qui se bornent à renommer ou le cas échéant à formuler différemment des dispositions existantes est essentielle.

Rien n'est changé, du fait de l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle, en ce qui concerne les dispositions simplement renumérotées ou reformulées sans modification de leur substance. La question de la conformité des lois (datant, par hypothèse, d'une époque à laquelle la norme constitutionnelle était déjà en vigueur, sous un autre numéro que celui qui est le sien depuis le 1^{er} juillet 2023) avec ces dispositions relève du monopole de la Cour constitutionnelle³¹.

En revanche, la jurisprudence luxembourgeoise sur la concurrence entre la possibilité de la saisine de la Cour constitutionnelle et celle de l'application, par les juges ordinaires eux-mêmes, de l'idée d'abrogation de la loi ancienne par les dispositions vraiment nouvelles de la Constitution (celles qui introduisent des normes constitutionnelles nouvelles par leur substance) n'est pas définitivement fixée. Par rapport aux modèles étrangers que nous avons présentés, le modèle du recours obligatoire par le juge ordinaire à la technique du constat de l'abrogation, sans possibilité de renvoi devant la Cour constitutionnelle, ne nous semble pas idéal. Comme aucun de ces modèles ne s'impose comme étant le seul conforme au droit, nous indiquerons une préférence personnelle pour le modèle le plus pragmatique, illustré par la jurisprudence italienne et espagnole qui permet une certaine flexibilité aux juges dans l'appréciation du caractère flagrant d'une inconstitutionnalité survenue qui peut, dans ce cas particulier, être constatée par eux-mêmes. Etant pragmatique (dans le bon sens), ce modèle pourrait particulièrement convenir au Luxembourg. En tout cas, il reviendra à la jurisprudence luxembourgeoise de se décider entre ces différents modèles.

Patrick KINSCH

³⁰ C. const., 20 décembre 2013, n° 107.

³¹ Sous réserve, évidemment, des cas dans lesquels les juges ordinaires sont dispensés de saisir la Cour constitutionnelle par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997.