



HAL
open science

La dévolution écossaise et la remise en cause de la vision diceyenne de la souveraineté

Renan Le Mestre

► **To cite this version:**

Renan Le Mestre. La dévolution écossaise et la remise en cause de la vision diceyenne de la souveraineté. E-CRINI - La revue électronique du Centre de Recherche sur les Identités Nationales et l'Interculturalité , 2016, 8, 19 p. hal-03301575

HAL Id: hal-03301575

<https://hal.science/hal-03301575>

Submitted on 9 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La dévolution écossaise et la remise en cause de la vision diceyenne de la souveraineté

Renan LE MESTRE
Université de Nantes
DCS UMR-CNRS 6297
renan.lemestre@univ-nantes.fr

Résumé

Le dogme de la souveraineté parlementaire a été ébranlé, en Écosse, dans le cadre de la dévolution, par la possibilité de former des recours juridictionnels à l'encontre des lois du Parlement écossais. Cette remise en cause va être aggravée par la future réforme du statut régional, Westminster renonçant à toute capacité de légiférer dans un domaine dévolu, tout en admettant qu'il ne remettra jamais en cause le processus d'autonomie. Elle s'accompagne, parallèlement, de la montée en puissance d'une conception alternative de la souveraineté mettant l'accent sur l'expression de la volonté populaire et l'importance du mandat démocratique du Parlement d'Édimbourg. Ces développements conduisent à se demander si l'Écosse ne constitue une sorte de laboratoire où seraient expérimentées des perspectives de renouvellement radical de la constitution du Royaume-Uni.

Abstract

With devolution, the dogma of Parliamentary sovereignty has been shaken in Scotland by the possibility of lodging judicial appeals against the laws passed by the Scottish Parliament. This challenge will be aggravated by the upcoming reform of its regional status since Westminster will renounce any right to legislate in devolved matters, while accepting that it will never challenge the process of political autonomy. At the same time this will be accompanied by the growing acceptance of an alternative conception of sovereignty, emphasising the expression of popular will and the importance of a democratic mandate provided by the Edinburgh Parliament. These developments lead us to wonder if Scotland does not constitute a kind of test bed for the prospects of a radical renewal of the United Kingdom constitution.

Mots-clés : souveraineté du Parlement britannique – dévolution – lois du Parlement écossais – contrôle juridictionnel

Keywords: sovereignty of the British Parliament – devolution – laws passed by the Scottish Parliament – judicial review

Plan

Introduction

L'érosion de la souveraineté parlementaire dans l'Écosse de la dévolution

- Le contrôle juridictionnel des lois votées par le Parlement d'Édimbourg
- Le caractère irréversible des transferts de compétences consentis par le Parlement de Westminster

L'apparition d'une souveraineté populaire alternative dans l'Écosse de la dévolution

- La détention d'un mandat consenti par le peuple, source d'une légitimité nouvelle du Parlement d'Édimbourg
- La prise en compte par les juridictions de l'importance du mandat démocratique lors du contrôle des lois écossaises

Conclusion

Introduction

À la fin du XIX^e siècle, la souveraineté du Parlement a pu être qualifiée par A. V. Dicey, dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, de « clé de voûte de la constitution » du Royaume-Uni (Dicey, 1885, 37). Celle-ci repose sur trois règles complémentaires apparues suite à la Glorieuse révolution de 1688.

D'une part, le Parlement est l'institution normative suprême, ce qui l'autorise à édicter des règles juridiques sur n'importe quel sujet. Il n'existe pas de limite à l'exercice de ce pouvoir.

D'autre part, aucun Parlement n'est lié par ce qu'a décidé un de ses prédécesseurs, ni ne peut limiter le pouvoir d'un de ses successeurs. Il est, de ce fait, impossible, d'un point de vue formel, d'attribuer à certaines législations le label constitutionnel, puisque, faute de protection spécifique, un texte ayant un tel objet peut être modifié par n'importe quelle loi subséquente, approuvée dans les conditions ordinaires de majorité. Cette modification peut être expresse, mais aussi implicite, toute juridiction confrontée à un tel conflit de normes devant, en effet, faire prévaloir la législation la plus récente.

Enfin, aucun individu, ni aucun organe – y compris une juridiction – ne saurait mettre en cause la validité d'une manifestation de volonté du Parlement, ce qui interdit tout contrôle de constitutionnalité. Conséquence de l'ascendance politique du Parlement au tournant du XVIII^e siècle, cette immunité juridictionnelle est clairement affirmée, lors de l'abrogation de l'établissement de l'Église anglicane en Irlande, par le *Queen's Bench* dans *Ex parte Canon Selwyn* [1872] 36 JP 54.

Cette vision de la souveraineté signifie que des dispositions proclamées inaltérables peuvent être ignorées. Dans le cadre du processus de ratification du traité d'Union du 22 juillet 1706 créant la Grande-Bretagne (*Union with Scotland Act 1706* et *Union with England Act 1707*), les Parlements écossais et anglais avaient ainsi adopté, respectivement en janvier et février 1707, des législations garantissant la religion protestante et le gouvernement presbytérien de l'Église en Écosse et protégeant l'Église d'Angleterre telle qu'établie par la loi destinées à préserver leur Église nationale établie. Leurs auteurs y affirmaient qu'elles constituaient « des conditions fondamentales et essentielles du traité ou de l'Union pour l'éternité » et ordonnaient que, ainsi que les Articles d'Union eux-mêmes, elles « forment et continuent de former, pour l'éternité, la base sûre et perpétuelle d'une complète et entière union ». Cela n'empêcha pourtant pas la remise en cause du monopole confessionnel de l'Église presbytérienne (*Scottish Episcopalians Act 1711* et *Church Patronage (Scotland) Act 1711*), pas plus que l'admission dans les universités d'Écosse d'enseignants non-presbytériens (*Universities (Scotland) Act 1853*).

La méconnaissance par le Parlement britannique des dispositions immuables du traité d'union n'a pas été sans susciter des réactions de juges écossais. La plus célèbre est celle de Thomas Cooper (futur Lord Cooper of Culross), président de la *Court of Session*, dans *MacCormick v Lord Advocate* [1953] SC 396. Dans cette affaire, John MacCormick, Recteur de l'Université de Glasgow, membre actif du SNP, et Ian Hamilton, à l'époque, membre de la *Glasgow University Scottish Nationalist Association*, contestaient la proclamation, en février 1952, en Écosse, de la nouvelle reine sous le nom d'Élisabeth II, alors même qu'il n'y avait jamais eu auparavant de reine Élisabeth dans ce royaume. Ils y voyaient une violation de l'article 1^{er} du traité. Leur requête est rejetée devant la *Court of Session* par Lord Guthrie. Il en est de même sur recours devant le tribunal d'appel de cette même Cour où siègent Lord Carmont, Lord Russell et Lord Cooper, du fait d'un défaut d'intérêt à agir des requérants et parce que le traité n'aborde pas la numérotation des monarques, une question continuant, de ce fait, de relever de la seule prérogative royale.

Lord Cooper saisit cependant l'occasion pour déclarer que

le principe de souveraineté illimitée du Parlement est un principe clairement anglais qui n'a aucun équivalent en droit constitutionnel écossais... Considérant que la législation d'union a éteint les Parlements d'Écosse et d'Angleterre et les a remplacés par un Parlement nouveau, j'ai quelque difficulté à voir pourquoi il devrait être présumé que le nouveau Parlement de Grande-Bretagne doit hériter de toutes les caractéristiques spécifiques du Parlement anglais, mais d'aucune du Parlement écossais, comme si tout ce qui s'était produit en 1707 était seulement que des représentants écossais aient été admis à siéger au Parlement d'Angleterre. Ce n'est pas ce qui a été fait », avant de constater que « le traité et la législation qui lui est associée... contiennent certaines clauses qui réservent expressément des pouvoirs de modification ultérieure, et d'autres qui soit ne contiennent pas un tel pouvoir, soit excluent, de façon insistante, toute altération future en déclarant que la disposition sera fondamentale et inaltérable pour l'éternité... Je n'ai jamais été en mesure de comprendre comment il est possible de réconcilier avec les canons élémentaires d'interprétation législative l'adoption par les théoriciens constitutionnels anglais d'une attitude identique en présence de ces différents types de provision si évidemment dissemblables¹.

Ces mises en garde n'ont, pour autant, pas sérieusement ébranlé la conception traditionnelle de la souveraineté du Parlement, d'autant moins que Lord Cooper a pris soin de réaffirmer que n'existait aucun précédent ou autorité de quelque sorte selon lesquels les juridictions d'Écosse ou d'Angleterre auraient le pouvoir d'annuler une législation de droit public pour non-conformité aux dispositions du traité, Lord Keith prévenant, quant à lui, dans l'arrêt *Gibson*, que la question de savoir si une loi poursuivait l'évidente utilité des sujets était politique et non juridique, donc insusceptible d'être débattue judiciairement. Cette prudence explique que lorsque, au début des années 1990, la *Court of Session* a été invitée à se prononcer sur l'incompatibilité d'une législation adoptée par le Parlement de Westminster

¹ Également, *Gibson v Lord Advocate* [1975] SC 136, à propos de la portée de l'article 18 du traité (« aucune altération ne sera apportée aux lois qui concernent le droit privé, sauf évidente utilité des sujets vivant en Écosse »). *Gibson*, un patron-pêcheur, soutenait qu'un règlement CEE autorisant les ressortissants d'États membres à pêcher dans les eaux écossaises et surtout l'ECA 1972 permettant l'application en droit interne des normes européennes dérivées bafouaient ce dernier, dans la mesure où ils concernaient le droit privé et que les changements qu'ils induisaient n'étaient manifestement pas dans l'intérêt du peuple d'Écosse. La requête est écartée par Lord Keith, après qu'il a constaté que les lois relatives à la pêche dans les eaux territoriales relèvent du droit public, lequel peut, en vertu du traité, être l'objet de règles uniformes dans les deux royaumes. Ce rejet est accompagné d'un passage affirmant qu'une législation tendant à abolir la *Court of Session* ou l'Église d'Écosse, contrairement à la garantie figurant à l'article 19 du traité, pourrait être invalide, les juridictions écossaises devant alors décider des conséquences à en tirer.

avec le traité, elle ait refusé de le faire, réaffirmant, au contraire, la stricte orthodoxie diceyenne (*Pringle, Petitioner* [1991] SLT 330)².

La dichotomie entre droit et politique sur laquelle repose la conception diceyenne de la souveraineté³ connaît malgré tout une sérieuse érosion depuis les années 1970.

Le monopole normatif du Parlement, seul jusque-là habilité à s'exprimer au nom du peuple, est, en effet, remis en cause par la multiplication des référendums⁴. La question avait certes été soulevée dans les années 1890, à l'époque du débat sur le *Home Rule* irlandais, mais aucune suite n'y avait été donnée. C'est, de ce fait, seulement en 1973 que s'est tenue la première consultation, à propos du maintien de l'Irlande du Nord au sein du Royaume-Uni. D'autres référendums locaux ont suivi, notamment sur la dévolution en Écosse et au pays de Galles (1979, puis 1997), l'approbation du *Good Friday Agreement*, prélude à la restauration de la dévolution en Irlande du Nord (1998), l'extension des attributions de l'Assemblée nationale galloise (2011), et, plus récemment, sur l'auto-détermination de l'Écosse (2014). S'y ajoutent nationalement ceux sur la renégociation des conditions d'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes (1975) et sur le changement du mode de désignation de la Chambre des communes (2011). Leur caractère consultatif permet certes de préserver la fiction de la suprématie normative du Parlement, libre de ne pas tenir compte de leurs résultats ou, à l'inverse, d'abroger une loi édictée après avoir recueilli l'assentiment populaire. En pratique, il semble cependant impossible qu'il ne se sente pas politiquement lié par une expression directe de la démocratie qu'il a lui-même sollicitée.

La souveraineté parlementaire est, de la même façon, érodée par l'incorporation du droit de l'Union européenne (*European Communities Act (ECA)* 1972) ou de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales (Human Rights Act (HRA)* 1998).

En cas de conflit entre une disposition législative britannique et une règle de droit de l'Union européenne, y compris de droit dérivé, la première doit prévaloir, quand bien même la seconde aurait été édictée postérieurement, l'abrogation implicite ne s'appliquant pas dans ce cas (arrêt de la Chambre des lords *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport (n° 2)* [1991] 1 All ER 70). Toute juridiction britannique saisie se trouve, de ce fait, dans l'obligation de commettre le sacrilège ultime selon l'orthodoxie diceyenne, à savoir annuler tout ou partie de la législation concernée. Le Parlement demeure certes libre d'ignorer cette primauté en recourant à une abrogation expresse⁵ de certains ou de l'ensemble des articles de l'*ECA* et d'affirmer, dans la section 18 de l'*European Union Act* 2011, que celle-ci ne découle pas de la nature supranationale du droit concerné, mais d'une délégation qu'il a consentie aux

² *Obiter dictum* de Lord Hope of Craighead devant la Chambre des Lords dans *Lord Gray's motion* [2002] 2 WLR 664.

³ La souveraineté appartient au peuple (point de vue politique), mais son exercice incombe à ses représentants (point de vue juridique).

⁴ Certains de ces référendums ont été pré législatifs (par exemple, ceux de 1997), d'autres post législatifs (par exemple, ceux de 1979). Le référendum gallois de 2011 est un cas à part, autorisant l'entrée en vigueur de dispositions d'une loi déjà promulguée, mais non encore mises en œuvre (celles du *GOWA* 2006 assouplissant les conditions d'exercice de son pouvoir législatif par l'Assemblée nationale galloise).

⁵ En ce sens, arrêt de la *Court of Appeal Macarthys v Smith* [1979] 3 CMLR 44 et arrêt de la Chambre des lords *Garland v British Rail Engineering Ltd* [1982] 2 CMLR 174.

institutions supranationales. Il n'en demeure pas moins que l'exercice de sa souveraineté se trouve sérieusement limité dans ce cadre.

Le *HRA* impose, quant à lui, dans sa section 3, aux juridictions britanniques d'interpréter les lois, dans la mesure du possible, de telle sorte qu'elles s'avèrent conformes aux droits fondamentaux garantis par la Cour de Strasbourg, les autorisant à ajouter des termes, à en retirer ou à choisir une interprétation compatible là où plus d'une serait envisageable. Lorsqu'une telle reconstruction s'avère impossible, les juridictions supérieures, au premier rang desquelles la Cour suprême, peuvent rendre, en vertu de la section 4, une déclaration d'incompatibilité⁶. Cette dernière ne prive pas d'effet la disposition litigieuse, mais soumet le gouvernement à des pressions de l'opinion publique pour qu'elle soit modifiée ou abrogée, ce qu'il peut faire en introduisant un projet de loi ou en laissant, en vertu de la section 10, le ministre compétent édicter un règlement produisant effet si le Parlement ne s'y oppose pas formellement. Des dispositions déclarées incompatibles peuvent, dans ces conditions, parfaitement subsister, en cas d'inaction gouvernementale, mais risquent alors d'entraîner une condamnation du Royaume-Uni par la Cour européenne des droits de l'homme. La section 3(2)(a) prévoyant que l'obligation d'interprétation concerne les lois passées comme à venir, l'abrogation implicite n'est pas applicable en cas de conflit entre le *HRA* et une disposition législative postérieure. La souveraineté du Parlement est donc, aussi longtemps qu'il n'a pas procédé à la désincorporation de la Convention européenne, limitée, certains comportements lui étant interdits⁷.

Un troisième front de contestation est apparu, au début du XXI^e siècle, avec l'octroi du label constitutionnel à certaines lois. Lord Hoffmann a ainsi affirmé, devant la Chambre des lords, que tel était le cas du *HRA*, car « les droits fondamentaux ne peuvent pas être écartés par des formules générales ou ambiguës » (*R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115). Lord Justice Laws a, quant à lui, reconnu l'existence d'une hiérarchie entre lois ordinaires et lois constitutionnelles, ces dernières conditionnant le rapport juridique entre citoyen et État ou élargissant/limitant le champ des droits fondamentaux, et ne pouvant être abrogées par les précédentes qu'expressément (*Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWCH 195 (Admin).). Parmi celles-ci, il fait figurer notamment la *Magna Carta*, le *Bill of Rights* 1689, les *Acts of Union*, les *Reform Acts*, le *HRA*, les lois de dévolution et l'*ECA*. Plus récemment, enfin, devant la Cour suprême, Lord Hope of Craighead a qualifié de constitutionnel le *Scotland Act* 1998 (*BH v Lord Advocate* (2012) UKSC 24), Lord Neuberger and Lord Mance évoquant, pour leur part, des instruments constitutionnels⁸ et étendant le label constitutionnel à certains principes de la *Common Law* dont le respect garantit la primauté du droit (*R (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v the Secretary of State for transport* [2014] UKSC 3).

⁶ Il en va de même en présence d'une norme de droit dérivé, lorsque l'incompatibilité n'est pas intrinsèque, mais résulte de la loi dont elle fait application.

⁷ La section 19 impose également à tout ministre présentant aux Chambres un projet de loi de déclarer, préalablement à sa seconde lecture, par écrit, qu'il ne contient pas de disposition incompatible avec des droits figurant dans la Convention ou, à l'inverse, confirmant l'intention du gouvernement de demander la poursuite de son examen en dépit d'une telle incompatibilité.

⁸ Parmi lesquels la *Magna Carta*, la *Petition of Rights* 1628, le *Bill of Rights* et *Claim of Rights* 1689, l'*Act of settlement* 1701, l'*Act of Union* 1707, l'*ECA*, le *HRA* et le *Constitutional Reform Act* 2005.

Mais, en définitive, le coup le plus sérieux a été porté, dans la foulée du succès du Parti travailliste aux élections législatives de 1997, par l'établissement de la dévolution en Écosse (*Scotland Act 1998*), en Irlande du Nord (*Northern Ireland Act 1998*)⁹ et au pays de Galles (*Government of Wales Act 1998*) transférant à des assemblées élues une compétence législative¹⁰ dans un nombre de domaines variant selon la région concernée (régionalisme asymétrique). Cette remise en cause de la suprématie normative traditionnelle est particulièrement évidente en Écosse dont le Parlement jouit d'une compétence de principe, celui de Westminster ne disposant que d'une compétence d'attribution dans des domaines réservés. Cette autonomie a, suite au rapport rendu en 2009 par la Commission sur la dévolution écossaise (rapport Calman) mise en place par le Parlement d'Édimbourg¹¹, été accrue par le *Scotland Act 2012*.

L'Écosse offre donc un terrain privilégié pour apprécier concrètement la remise en cause de la vision diceyenne de la souveraineté au Royaume-Uni, après plus de seize années de mise en application de la dévolution. Dans ce but, on montrera comment cette dernière, grâce à un certain nombre de dispositifs juridiques figurant dans le *Scotland Act*, a largement contribué à l'érosion de la souveraineté parlementaire, notamment en permettant que la validité des législations adoptées par le Parlement écossais puisse être juridictionnellement contestée. On exposera alors comment ce processus s'accompagne de l'apparition corollaire d'un nouveau paradigme de la souveraineté, alternatif à celui théorisé par Dicey, reposant non plus sur le Parlement, mais sur le peuple.

L'érosion de la souveraineté parlementaire dans l'Écosse de la dévolution

Le Parlement de Westminster a par le *Scotland Act* renoncé, hormis dans les domaines réservés, à légiférer pour l'Écosse. Ce faisant, il n'a pas conféré au Parlement de cette dernière carte blanche pour adopter les lois de son choix. Il a, au contraire, strictement encadré les conditions de la capacité normative ainsi déléguée. Surtout, et c'est une différence essentielle avec la vision diceyenne, il a introduit la possibilité d'un contrôle juridictionnel des textes ainsi votés. Les juges se voient donc reconnaître, comme aux États-Unis depuis le célèbre arrêt de la Cour suprême fédérale *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 [1803], le droit de déclarer une loi invalide et de refuser d'en faire application. Cette évolution ne peut que rejaillir nationalement, dans la mesure où l'opinion publique peut avoir du mal à comprendre pourquoi les règles de droit primaire adoptées par les assemblées d'Édimbourg, de Belfast et de Cardiff sont susceptibles d'être annulées, alors que celles édictées à Londres continuent de bénéficier d'une immunité juridictionnelle.

Cette dissociation entre une constitution traditionnellement conçue comme un instrument politique et une constitution devenant de plus en plus, depuis 1998, normative ne peut être

⁹ Il s'agit, dans ce cas, d'une restauration, car l'Irlande du Nord avait bénéficié du *Home Rule (Government of Ireland Act 1920)*, jusqu'à ce que l'évolution de la situation politique, au début des années 1970, conduise le Parlement à recourir à l'Administration directe.

¹⁰ L'Assemblée nationale ne bénéficiait initialement que d'un pouvoir réglementaire d'application des lois britanniques, dans les domaines dévolus (*GOWA 1998*). Un pouvoir législatif ne lui a été reconnu qu'après l'adoption d'un nouveau statut de dévolution (*GOWA 2006*).

¹¹ *Serving Scotland Better: Scotland and the United Kingdom in the 21st Century*, consultable sur le site Internet de la Commission <<http://www.commissiononscottishdevolution.org.uk/>>

qu'aggravée par la réforme annoncée, dans la foulée du référendum du 18 septembre 2014, de la dévolution écossaise. Le Parlement de Westminster renoncerait, en effet, à invoquer sa souveraineté pour remettre en cause l'existence de celui d'Édimbourg, rendant, de ce fait, irréversibles les transferts de compétences consentis à son profit.

A) Le contrôle juridictionnel des lois votées par le Parlement d'Édimbourg

Le Parlement écossais peut voter des lois sur n'importe quel sujet, sauf si celui-ci relève d'un domaine réservé. Le *Schedule 5* de la loi de 1998 distingue des réserves générales de réserves spécifiques. Figurent parmi les premières la constitution, les partis politiques, les affaires étrangères, la fonction publique nationale, la défense, le régime juridique de la trahison. Les secondes portent sur les domaines économiques et financiers (y compris le système monétaire), les affaires intérieures (entre autres, l'immigration, la nationalité, le marché intérieur britannique, la protection des données personnelles, les jeux d'argent, l'égalité entre les sexes), le commerce et l'industrie (droits des consommateurs), l'énergie, les transports, la sécurité sociale (régime des prestations), la réglementation des professions, l'emploi, la santé et la médecine, les médias et la culture.

Des *Acts of the Scottish Parliament (ASP)* existent, dans ces conditions, en matière de maintien de l'ordre, de justice, d'administration locale, de services sanitaires et sociaux, d'éducation et de formation continue, de logement, d'environnement, de sports, d'activités culturelles, d'agriculture, de forêts, de pêche, de services de secours, d'urbanisme, de tourisme et de développement économique, de patrimoine, ainsi que concernant certains moyens de transports. Ils ne sont toutefois valides que dans la mesure où ils ont été édictés dans le respect de limites juridiques énoncées par la section 29 (2) du *Scotland Act*. Tel n'est pas le cas si certaines de leurs dispositions ont un effet extraterritorial, abordent des matières réservées ou ignorent les restrictions imposées par le *Schedule 4* (mentionnant une liste de lois, au premier rang desquelles celles établissant l'union de l'Écosse et de l'Angleterre), sont incompatibles avec un article de la Convention européenne des droits de l'homme ou une règle de droit de l'Union européenne, ou priveraient le *Lord Advocate* de sa position de responsable ultime des poursuites pénales et d'enquêtes en matière de morts suspectes en Écosse.

Des mécanismes politiques garantissent que le Parlement écossais ne sortira pas du cadre ainsi défini. D'une part, tout ministre chargé d'un projet d'ASP mais aussi le président du Parlement doit certifier, avant ou à l'occasion de sa présentation en séance, que celui-ci demeure dans les limites de la compétence législative dévolue (SA, sect. 31). D'autre part, tout Ministre britannique peut interdire au président du Parlement de soumettre un projet de loi approuvé par ce dernier à la sanction royale s'il a des raisons sérieuses de penser qu'il pourrait être incompatible avec des obligations internationales, les intérêts de la Défense ou la sécurité nationales. Il peut faire de même en présence d'un tel texte empiétant sur des matières réservées, lorsqu'il a des raisons de croire qu'il pourrait avoir un effet négatif sur la mise en œuvre du cadre juridique applicable à ces matières (SA, sect. 35).

Ce contrôle politique est complété par un contrôle juridictionnel. Le *Schedule 6* auquel renvoie la section 98 précise, à ce sujet, dans sa partie I, §1, que la notion de domaine intéressant la dévolution vise, entre autres, « la question de savoir si un ASP ou une de ses

dispositions se trouvent bien dans les limites de la compétence législative du Parlement », ce qui autorise l'invalidation juridictionnelle d'une loi contraire au texte du *Scotland Act*, mais également aux normes auxquelles il renvoie, à savoir la Convention européenne et l'ensemble des règles de droit de l'Union européenne.

L'incorporation de ces dernières à l'égard du Parlement écossais n'est guère étonnante, dans la mesure où elle existe déjà s'agissant de celui de Westminster, cette primauté, valable pour le droit primaire comme dérivé, jouant y compris à l'égard d'une norme nationale contraire. Elle garantit que le Royaume-Uni ne sera pas condamné sur recours en manquement par la Cour de justice de Luxembourg du fait d'une violation de ce droit par les autorités écossaises.

Celle de la Convention européenne est, en revanche, à signaler, car ses conséquences sont plus radicales que celles envisagées par le *HRA* en cas de non-conformité d'une disposition législative nationale. Si une Cour se trouve dans l'impossibilité d'interpréter tout ou partie d'une législation écossaise de façon conforme aux principes contenus dans la Convention (*HRA*, sect. 3 repris par *SA*, sect. 101 §2), elle ne peut pas se cantonner à une déclaration d'incompatibilité, mais doit l'annuler. Cette solution peut surprendre dans la mesure où, même si le *Scotland Act* ne précise pas la nature juridique des législations adoptées par le Parlement écossais, il semble évident que celles-ci relèvent du droit primaire puisqu'intervenant dans des domaines transférés par le Parlement national, dont les actes ont également cette nature. Elle s'explique cependant par le fait que, en matière de respect des droits garantis par la Convention, le *HRA*, dans sa section 21 §1, assimile les *ASP* à des formes de législation subordonnée susceptibles d'un recours juridictionnel, et qualifie, dans sa section 6, le Parlement écossais, à la différence du Parlement national, d'autorité publique à l'encontre de laquelle ses dispositions sont applicables (qualité rappelée par la section 57, §3 du *Scotland Act*).

Différents types de recours garantissent qu'une *ASP* demeure dans les limites qu'on vient d'exposer (Walters et Craig, 1999, 274). Certains sont à l'initiative des *Law Officers*. L'*Advocate General* (conseiller juridique du gouvernement britannique en matière d'affaires écossaises), le *Lord Advocate* (membre du gouvernement écossais chargé des questions juridiques et responsable du ministère public) ou l'*Attorney-General* d'Angleterre et du pays de Galles (conseiller juridique du gouvernement de Londres pour les questions anglo-galloises, responsable des poursuites pénales) peuvent ainsi, dans les quatre semaines suivant l'approbation d'un projet de loi, en saisir la Cour suprême, ce qui suspend sa promulgation (*SA*, sect. 33 §1). En cas de censure partielle, une nouvelle délibération peut être demandée afin de corriger les dispositions défectueuses (*SA*, sect. 36 §4, a). Le *Lord Advocate*, l'*Attorney-General* anglo-gallois comme l'*Advocate General* nord-irlandais, conseiller juridique du gouvernement pour les affaires intéressant la province (*Sch.* 6 §5-6, 16-17, 26-27), peuvent de même exiger d'une juridiction de leur ressort territorial respectif, saisie d'une procédure soulevant une question intéressant la dévolution, qu'elle la renvoie à cette même Cour (*Sch.* 6 §33). Ils peuvent également, en dehors de toute procédure contentieuse pendante, lui déférer une telle question (*Sch.* 6 §34-35). Ces autorités, auxquelles s'ajoute l'*Advocate General* écossais, peuvent toutefois préférer engager une action contentieuse devant leur ordre juridique respectif (*Sch.* 6 §4, 15 et 25).

D'autres questions touchant la dévolution peuvent, en revanche, être examinées à l'initiative de particuliers. Si celles-ci sont soulevées devant certaines juridictions inférieures (par exemple, une *Magistrates' Court* en Angleterre ou au pays de Galles) ou un *tribunal* (juridiction administrative spécialisée), le procès doit être suspendu et une question préjudicielle posée à une juridiction supérieure (*Sch.* 6 §4, 15 et 25). S'il s'agit d'un recours juridictionnel mettant en cause la compatibilité d'un *ASP* avec le *Scotland Act*, la juridiction saisie peut statuer au fond ou renvoyer le recours à la Cour suprême, cette faculté devenant une obligation en cas de demande du ou des *legal officers* des systèmes juridiques concernés. Un tel examen peut intervenir indirectement lorsque, à l'occasion d'un procès devant une juridiction compétente en matière de contrôle de légalité, la question de la validité d'un *ASP* à appliquer en l'espèce se trouve soulevée par voie d'exception.

Le premier *ASP* dont la validité a été contestée par des particuliers est le *Mental Health (Public Safety and Appeals) (Scotland) Act 1999*. Saisie sur renvoi de la *Sheriff Court* de Lanark à laquelle s'étaient adressés des malades mentaux internés, le tribunal d'appel de la *Court of Session* fut la première juridiction écossaise à se prononcer sur la validité d'une loi écossaise, rejetant, en l'espèce, le recours (*A v Scottish Ministers* [2000] SLT 873), ce que confirma, en appel, le Comité judiciaire du Conseil privé (*Anderson, Reid and Doherty v Scottish Ministers* [2001] UKPC D5). Les premières invalidations par des juges écossais sont arrivées, une décennie plus tard, avec *Cameron v Cottam* [2012] SLT 173 relative à la section 58 du *Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010* et *Salvesen v Riddell* [2012] CSIH 26 portant sur la section 72 de l'*Agricultural Holdings (Scotland) Act 2003*. Jusqu'en 2008, les auteurs de recours à l'encontre des *ASP* ont invoqué le non-respect de la Convention européenne ou de ses protocoles, la Cour suprême leur donnant gain de cause, pour la première fois, dans *Salvesen v Riddell, Lord Advocate intervening (Scotland)* [2013] UKSC 22. C'est plus récemment qu'ont été avancés des arguments soutenant que le Parlement serait sorti de sa sphère de compétence en légiférant dans un domaine réservé. Deux premiers arrêts, *Logan v Spiers* [2008] HCJAC 61 et surtout *Martin v HM Advocate; Miller v HM Advocate* [2010] UKSC 10, ont indirectement abordé la question à propos de l'amendement de dispositions de droit pénal écossais intéressant une telle matière. Le premier arrêt de la Cour suprême interprétant le *Scotland Act* sur ce point, à l'occasion d'un recours contre une *ASP*, est *Imperial Tobacco Ltd v HM Advocate* [2013] UKSC 153¹². Elle y juge l'interdiction d'exposition dans les boutiques de produits du tabac comme la vente de ces derniers par des distributeurs automatiques conformes à la section 29 et à la section C7(a) de la deuxième partie du *Schedule 5* réservant au Parlement britannique la réglementation de la vente et de la fourniture de marchandises aux consommateurs, après avoir estimé que cette dernière vise à préserver un droit uniforme de la consommation à l'échelle nationale, alors que la législation incriminée poursuit essentiellement un but sanitaire (la réduction des maladies provoquées par le tabac).

Cette mise en cause de la validité d'une législation écossaise au regard de normes figurant dans le *Scotland Act* ou auxquelles ce dernier renvoie soulève une difficulté au regard de l'article XIX du traité d'union prévoyant que « aucune cause d'Écosse ne sera examinée par la *Court of Chancery*, le *Queen's Bench*, la *Court of Common Pleas* ou une quelconque autre juridiction de Westminster Hall ». Celui-ci a été interprété comme permettant un ultime appel

¹² Confirmant la position dans cette affaire des juges de première instance [2010] CSOH 134 et d'appel [2012] CSIH 9 de la *Court of Session*.

devant la Chambre des lords (depuis le *CRA* 2005, la Cour suprême) en matière civile (*Greenshields v Magistrates of Edinburgh* [1711] Robertson 12), mais pas pénale (*HM Advocate v Murdison* [1773] MacLaurin 557), les arrêts de la *High Court of Justiciary* étant ainsi insusceptibles de recours, ce qu'a confirmé le Parlement britannique en adoptant le *Criminal Procedure (Scotland) Act* 1887. Or cette limite est susceptible d'être contournée si est soulevée une question touchant la dévolution, notamment une incompatibilité avec l'article 6 de la Convention européenne. C'est ce qu'a admis le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Montgomery and Coulter v HM Advocate and the Advocate General for Scotland* [2001] SLT 37, avant de désavouer, pour la première fois, dans *Stott (Procurator Fiscal, Dunfermline) v Brown* [2000] UKPC D3, la *High Court* qui avait estimé le *Road Traffic Act* 1988 partiellement incompatible avec cet article. La dévolution aboutit ainsi paradoxalement à une centralisation judiciaire portant atteinte à la spécificité écossaise en matière criminelle.

Cette critique a été encore plus accentuée, lorsque, après 2009, en vertu du *CRA*, la Cour suprême s'est vu transférer les compétences de régulateur des contentieux de la dévolution, le soupçon existant qu'elle tente d'utiliser ses prérogatives en la matière pour palier son incompétence en matière d'affaires criminelles écossaises. Un premier désaveu de la *High Court* est intervenu avec *Cadder v HM Advocate* [2010] UKSC 43 jugeant les conditions de détention en Écosse non-conformes à la Convention européenne, alors même que, quelques semaines auparavant, celle-ci s'était prononcée en sens contraire (*HM Advocate v MacLean* [2010] SLT 73). Un second a suivi, un an après, avec *Fraser v Her Majesty's Advocate* [2011] UKSC 24, à propos de la non-communication d'éléments de preuve à la défense par le ministère public. Afin d'atténuer les tensions, le Parlement de Westminster, à l'occasion du *Scotland Act* 2012, a restreint la compétence de la Cour suprême. Dorénavant, lorsqu'elle conclut à l'incompatibilité d'une disposition d'un *ASP* avec une norme de droit de l'Union européenne/Convention européenne en matière criminelle, elle ne peut plus restreindre/priver d'effet rétroactif sa décision (ou en suspendre l'exécution), afin de permettre sa correction par les organes compétents, ce pouvoir de modulation dans le temps étant transféré à la *High Court*.

La dévolution, telle qu'elle s'est développée en Écosse, aboutit à créer, dans ces conditions, sur le territoire même du Royaume-Uni¹³, un modèle alternatif à l'orthodoxie diceyenne. On est, en effet, en présence d'un Parlement qui n'est plus omnicompétent, mais dont les domaines d'intervention sont clairement délimités. Ces limites bénéficient *de facto* d'un statut juridique supérieur, ce qui introduit l'idée d'une hiérarchie normative, et d'une protection renforcée. Les éventuels écarts du législateur par rapport au cadre ainsi établi peuvent être sanctionnés par les tribunaux dans l'exercice d'une sorte de contrôle de constitutionnalité des lois. Cette culture juridique nouvelle est en rupture avec l'ancienne qui n'admettait que des contraintes morales ou politiques.

Ce modèle renouvelé de constitutionnalisme peut-il, à terme, s'étendre au reste du territoire britannique ? Il est permis de s'interroger à ce sujet, avec la résurrection¹⁴ sous la plume

¹³ Scenario déjà expérimenté dans les dominions (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande ou Afrique du Sud) dotés par le Parlement de Westminster d'assemblées élues auxquelles il avait transféré de nombreuses compétences législatives, sous le contrôle des juridictions locales, et, en dernier ressort, du Comité judiciaire du Conseil privé.

¹⁴ Bien avant la consécration de la suprématie parlementaire, on trouve, en effet, des arrêts affirmant que des dispositions de la *Statute Law* bafouant des règles de *Common Law* doivent être tenues pour nulles. La plus

d'auteurs comme T. Allan (Allan, 1994), J. Jowell (Jowell, 2006, 562), Lord Woolf (Woolf, 1995, 57) ou Sir J. Laws (Laws, 1995, 72), du modèle constitutionnel reposant sur la *Common Law*, selon lequel le Parlement ne saurait porter atteinte aux principes de cette dernière (plus largement à la primauté du droit et à la protection des libertés fondamentales), les juges veillant à ce respect, en annulant, si nécessaire, toute disposition législative contraire.

Ce point de vue a été approuvé par la baronne Hale of Richmond, Lord Hope¹⁵ et Lord Steyn dans l'arrêt *R (on the application of Jackson) v Attorney-General* [2005] UKHL 56, à propos de la validité du *Hunting Act 2004* interdisant la chasse à courre en Angleterre et au pays de Galles et de celle du *Parliament Act 1949*, ayant permis son adoption, au regard du *Parliament Act 1911*¹⁶.

La souveraineté parlementaire n'est pour autant pas simplement menacée, à terme, par le contre-exemple que constitue pour le Parlement de Westminster le Parlement écossais. Elle l'est, de façon bien plus immédiate, par la nouvelle réforme de la dévolution annoncée après le référendum de 2014 qui rendra irréversibles les transferts de compétences consentis.

B) Le caractère irréversible des transferts de compétences consentis par le Parlement de Westminster

Le 19 septembre 2014, le lendemain du rejet par les électeurs écossais de l'indépendance (55,3% des suffrages exprimés, 84,6% de participation), D. Cameron a chargé Lord Smith of Kelvin d'animer une commission devant proposer un élargissement des pouvoirs du Parlement écossais. Les cinq partis représentés dans ce dernier, unionistes (parti travailliste, parti libéral-démocrate, parti conservateur) comme indépendantistes (SNP et Les Verts), ont participé à ses travaux à partir du 22 octobre. Ceux-ci ont débouché, le 27 novembre, sur la remise d'un rapport¹⁷ contenant de nombreuses propositions d'évolution qui ont été reprises, en janvier 2015, dans un document gouvernemental *Scotland in the United Kingdom: An*

célèbre affirmation est due à Sir Edward Coke, *Chief Justice* de la *Court of Common Pleas*, dans *Dr. Bonham's Case*, 8 Co. Rep. 114 [1610].

¹⁵ Dont il faut signaler qu'il était l'ancien président de la *Court of Session*.

¹⁶ Pour Lady Hale, « Les tribunaux traiteront avec une suspicion toute particulière (et pourraient même rejeter) toute tentative de subversion de la primauté du droit ». Selon Lord Hope, « Notre constitution est dominée par la souveraineté du Parlement, mais cette dernière n'est plus, si tant est qu'elle ait jamais été, absolue... Peu à peu, par étape, mais inéluctablement, le principe anglais de souveraineté législative absolue du Parlement, que Dicey a dégagé de Coke et Blackstone, est en train d'être qualifié ». Quant à Lord Steyn, il constate que « Le compte-rendu donné par Dicey de la doctrine de la suprématie du Parlement, aussi pure et absolu qu'il ait été, peut désormais être considéré comme dépassé dans le Royaume-Uni contemporain. Cette suprématie est certes encore le principe général de notre constitution. C'est un produit de la *Common Law*. Les juges ont créé ce principe. S'il en est ainsi, il n'est pas inenvisageable que des circonstances puissent surgir dans lesquelles ils aient à qualifier un principe établi au regard d'une hypothèse différente de constitutionnalisme. Dans des circonstances exceptionnelles impliquant une tentative d'abolir le droit de former un recours juridictionnel ou le rôle ordinaire des Cours, le Comité d'appel de la Chambre des lords ou une nouvelle Cour suprême pourraient avoir à se demander s'il n'existerait pas un principe constitutionnel si fondamental que même un Parlement souverain agissant conformément au commandement d'une Chambre des communes complaisante ne pourrait pas supprimer ».

¹⁷ Consultable en ligne à l'adresse <www.smith-commission.scot>

Enduring Settlement (Cm 8990) contenant en annexe des *Draft Scotland Clauses* 2015¹⁸, puis dans le *Scotland Bill*, déposé en mai 2015 devant la Chambre des communes. Deux d'entre elles¹⁹ intéressent la souveraineté parlementaire : le caractère irrévocable de l'existence du Parlement (qui obtient le contrôle de sa procédure législative et de ses règles d'élection) comme du gouvernement écossais ; l'impossibilité juridique, à l'avenir, pour le Parlement britannique de légiférer dans une matière dévolue ou de modifier un ASP, sans le consentement du Parlement écossais, une règle qui n'était jusqu'ici qu'une simple convention constitutionnelle (convention Sewel²⁰).

Le Parlement britannique, alors même qu'il a autorisé la création d'un Parlement écossais et a admis la dévolution d'une partie de ses pouvoirs en sa faveur, ne pourra donc plus revenir en arrière et le supprimer ou se réapproprier ses attributions. Le régionalisme écossais acquiert, de ce fait, la qualité d'élément permanent du système constitutionnel du Royaume-Uni. Cette permanence, rappelant la garantie constitutionnelle d'existence et d'autonomie des entités fédérées, dans le cadre d'un État fédéral²¹, conduit d'ailleurs à se demander si, à terme, le fédéralisme ou le quasi-fédéralisme ne constitueront pas des références plus pertinentes pour aborder la situation de l'Écosse au sein du Royaume-Uni. La législature nationale, de la même façon, ne pourra plus s'ingérer dans les matières dévolues du fait de la codification de la convention Sewel, la section 28 (7) du *Scotland Act*, affirmant que le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni de légiférer pour l'Écosse n'est pas affecté par les compétences législatives reconnues au Parlement d'Holyrood, étant complétée en ce sens. Si le contenu de cette règle est inchangé, sa portée est, en revanche, renforcée. Une convention constitutionnelle n'est, en effet, qu'un usage des acteurs politiques ayant acquis, au fil du temps, la valeur d'un précédent doté d'une force contraignante pour ceux ayant à la mettre en œuvre, mais dont le non-respect ne peut pas être invoqué devant une juridiction, ni *a fortiori* sanctionné par cette dernière²². Sa reprise dans un texte de loi va, en la faisant passer de la sphère politique à la sphère juridique, la transformer en norme codifiée pleinement opposable en droit à toute autorité publique.

¹⁸ Pour une évaluation critique de ces propositions, HOUSE OF LORDS CONSTITUTION COMMITTEE (2015), *Proposals for the Devolution of Further Powers to Scotland*, 10th report, 2014-2015, HL 145, London, TSO, mars 2015.

¹⁹ Les autres réformes étendent les attributions du Parlement écossais en matière fiscale et budgétaire, de prestations sociales, de transports aériens et ferroviaires, d'exploitation des hydrocarbures et des richesses du domaine public, y compris les droits de pêche et d'extraction des richesses minérales du plateau continental.

²⁰ Du nom du ministre d'État au *Scottish Office* ayant pris cet engagement, le 21 juillet 1998, lors des débats devant la Chambre des lords de ce qui allait devenir le *Scotland Act* (HL Deb., vol. 592, col. 791), conformément à une promesse figurant dans le Livre blanc gouvernemental de 1997 *Scotland's Parliament* (Cm 3658). Son contenu est rappelé dans le *Memorandum of Understanding with the Devolved Administrations* de juillet 2000 précisant, de façon informelle, les rapports entre gouvernement central et assemblées régionales (Cm 4806). Une telle convention se rencontrait, s'agissant du Parlement nord-irlandais, entre 1921 et 1973.

²¹ Une évolution vers le fédéralisme semble possible, notamment si est honoré l'engagement pris, en février 2015, par le gouvernement britannique d'étendre à l'Assemblée nationale galloise de nombreuses prérogatives transférées au Parlement écossais (HM GOVERNMENT (2015), *Powers for a Purpose: Towards a Lasting Devolution Settlement for Wales*, Cm 9020, London, TSO, février 2015.)

²² En ce sens, arrêt du *Queen's Bench* de la *High Court*, *Attorney-General v Jonathan Cape* [1976] QB 752, à propos de la publication posthume d'extraits des carnets politiques du ministre R. Crossman par le *Sunday Times* en violation de la convention imposant aux membres du Cabinet de conserver le plus absolu secret sur le déroulement et le contenu de leurs discussions dans le cadre de ses réunions.

Ces deux garanties de l'autonomie écossaise ne sont certes pas absolues. Les règles juridiques qui leur servent de support figurent, en effet, dans une loi qui, si elle est matériellement constitutionnelle, ne l'est pas au sens formel, dans la mesure où la hiérarchie constitution-loi ordinaire n'est toujours pas reconnue par le Parlement britannique. Ce dernier demeure donc parfaitement libre, à tout moment, de prononcer leur abrogation, de liquider les institutions écossaises et de procéder à une recentralisation normative, dès lors qu'il exprime sa volonté de façon expresse²³. Le passage d'un statut conventionnel à un statut normatif ne pourra jamais empêcher une telle éventualité. Un Parlement britannique actuel ne saurait, en effet, valablement restreindre la capacité législative d'un de ses successeurs. Cela ne signifie pas, pour autant, que ces deux réformes relèveraient de la pure cosmétique. Si leur fondement juridique demeure précaire, il en va différemment de leur portée politique. On imaginait déjà mal, après l'adoption du *Scotland Act*, à l'issue d'un référendum positif, que le Parlement puisse céder à une telle tentation, au risque d'être accusé de piétiner la démocratie. On le peut encore moins aujourd'hui, car le coût politique de ce reniement serait tel qu'il entraînerait l'implosion du Royaume-Uni.

Quelle peut-être alors la position du Parlement britannique à l'égard de l'Écosse ? Peut-on continuer à soutenir qu'il demeure pleinement souverain alors qu'il a renoncé à son monopole normatif en faveur d'une assemblée régionale, qu'il est confronté au contrôle que les cours exercent sur les lois adoptées par cette dernière, et qu'il a considérablement restreint sa liberté d'action en promettant de ne jamais remettre en cause son existence, ni contester ses choix législatifs ? La souveraineté au sens où l'entendait Dicey a-t-elle encore un sens en Écosse ? Cette question mérite d'autant plus d'être posée qu'on assiste, depuis la fin des années 1990, dans le cadre de la dévolution, à l'apparition, dans le royaume du roi Duncan cher à Shakespeare, d'une conception alternative de la souveraineté, selon laquelle le titulaire en est, en dernier ressort, le peuple et lui seul.

L'apparition d'une souveraineté populaire alternative dans l'Écosse de la dévolution

Comme l'observait, de façon extrajudiciaire, dès 1999, Lord Hope, « la création du Parlement écossais a donné naissance à une vision populaire selon laquelle la souveraineté est restituée au peuple d'Écosse et demeurera entre ses mains » (Hope, 1999, 188). Cette réappropriation fournit à cette assemblée une source alternative de légitimité. Cette dernière n'existe pas seulement parce que, dans l'exercice de sa souveraineté juridique, le Parlement de Westminster en a ainsi décidé, mais parce qu'elle est investie d'un mandat consenti par le peuple, dans l'exercice de sa souveraineté politique. Ce n'est donc pas tant le *Scotland Act* qui légitime le Parlement d'Édimbourg que le résultat du référendum ayant permis sa création et la tenue régulière d'élections destinées à désigner ceux qui vont y représenter les Écossais. Cette révolution remet naturellement en question le statut de la souveraineté parlementaire comme clé de voûte de la constitution. Ceci est d'autant plus vrai que les juridictions elles-mêmes se réfèrent à cette souveraineté populaire, en insistant, lors du contrôle de validité des *ASP*, sur l'importance du mandat démocratique dont sont investis les députés écossais.

²³ Pour un rappel de cette exigence s'agissant du *SA*, opinion de Lord Hope dans l'arrêt *BH* de la Cour suprême [2012].

A) La détention d'un mandat consenti par le peuple, source d'une légitimité nouvelle du Parlement d'Édimbourg

Comme on l'a vu, Lord Cooper déclare dans *MacCormick* que « le principe de souveraineté illimitée du Parlement est un principe clairement anglais qui n'a aucun équivalent en droit constitutionnel écossais... », accréditant l'idée qu'aurait existé, en Écosse, avant 1707, une souveraineté populaire. Il s'agit là cependant, comme l'a démontré D. Sharp, d'une réécriture de l'histoire, le royaume constituant davantage, à l'époque, « un système politique aristocratique incluant une franchise électorale restreinte, au sein duquel une quelconque conception du peuple comme agent politique collectif aurait sans doute été largement rhétorique » (Sharp, 2010, 139).

Certains auteurs, comme A. Murdison (Murdison, 2010, 448), ont certes essayé de faire remonter cette interprétation de la souveraineté à la *Déclaration d'Arbroath* du 6 avril 1320, une lettre au pape Jean XXII de cinquante-et-un aristocrates écossais, en pleine guerre d'indépendance contre l'Angleterre. Y dénonçant toute subordination de leur pays à cette dernière et affirmant son droit à la légitime défense face à l'agression dont il est l'objet, ils y proclament leur fidélité conditionnelle à Robert Bruce dont ils indiquent qu'ils le déposeront s'il s'avérait incapable de préserver la liberté du royaume. Plus qu'un manifeste en faveur d'une souveraineté populaire, il s'agit plutôt d'une vision de la monarchie reposant sur un pacte entre roi et magnats, autorisant ces derniers, en cas de manquement, à remettre en cause le pouvoir royal. Cette idée de résistance à l'oppression justifie d'ailleurs, en 1567, l'abdication forcée de Mary Stuart. Elle est aussi implicite dans le *Covenant* de 1638 qui dresse l'Écosse presbytérienne contre la réforme épiscopaliennne.

S'il n'y a, dans ces conditions, pas de véritable souveraineté populaire avant 1706, il y a, en revanche émergence, à compter de la Glorieuse révolution, d'une souveraineté du Parlement écossais (Tierney, 2006, 28 et Kidd, 2004, 225). Celle-ci se manifeste notamment lors de la destitution de Jacques VII (Jacques II en Angleterre) et surtout de l'adoption du *Claim of Rights* 1689. Équivalent du *Bill of Rights* anglais, il énonce de strictes limites à la prérogative royale et subordonne l'accession au trône écossais de Guillaume d'Orange et de Mary Stuart à sa reconnaissance par les nouveaux monarques. C'est d'ailleurs dans l'exercice de cette souveraineté que ce même Parlement, en adoptant l'Acte d'union avec l'Angleterre, a procédé à l'incorporation du royaume dans la Grande-Bretagne et, ce faisant, décidé de son remplacement par le nouveau Parlement britannique.

Le développement d'une conception populaire de la souveraineté comme alternative à l'orthodoxie diceyenne est, en réalité, plus récent. Ses origines remontent à la fin des années 1960, lorsque la perspective d'exploitation des hydrocarbures aux larges des côtes d'Écosse y a entraîné un réveil de la revendication nationaliste. Accusant les autorités britanniques d'une insuffisante redistribution locale des revenus ainsi générés, le SNP a commencé à monter en puissance (victoire de W. Ewing lors de l'élection partielle d'Hamilton en 1967), avant de décrocher 7, puis 11 sièges, lors des élections législatives de février et d'octobre 1974. C'est dans ce contexte que la Commission sur la constitution (Commission Kilbrandon), instituée en 1969, remet, en octobre 1973, un rapport recommandant de faire bénéficier l'Écosse d'une

large autonomie dans le cadre de la dévolution (*Royal Commission on the Constitution, 1969-1973*, vol. I, *Report*, vol. II, *Memorandum of Dissent*, Cm 5460, et Cm 5460-1, 1973).

Cette proposition est concrétisée par le *Scotland Act 1978*, à l'initiative du gouvernement travailliste de J. Callaghan qui, ayant perdu, fin 1976, sa majorité absolue à la Chambre des Communes, se concilie ainsi les bonnes grâces du SNP. Cette réforme n'est cependant pas mise en œuvre, car le gouvernement, afin de contenir une fronde dans les rangs travaillistes, a accepté que l'entrée en vigueur de la réforme n'intervienne qu'après approbation référendaire, le vote positif devant représenter au moins 40% des inscrits. Or, si le oui l'emporte le 1^{er} mars 1979 (1 230 937 ; 51,6% des suffrages exprimés), il n'atteint, du fait d'une participation de 63,7%, que 32,9% des inscrits. Une grande partie de l'opinion publique écossaise vit mal cet épisode, estimant qu'une astuce technique a permis d'ignorer la volonté des électeurs.

Cette défiance à l'égard de Westminster ne fait que s'accroître durant les gouvernements de M. Thatcher et de J. Major, le Parti conservateur ne recueillant plus, lors des élections législatives de 1987, que 24% des suffrages exprimés des électeurs écossais (42,2% au plan national) et seulement 10 des 70 sièges écossais de la Chambre des communes. C'est dans ce contexte qu'est lancé, en 1985, un mouvement civique appelé *Campaign for a Scottish Assembly*, à l'origine, en 1989, d'un *Claim of Right for Scotland*, revendiquant la souveraineté du peuple écossais, signé par 58 des 72 députés écossais à Westminster, 7 de ses 8 députés européens, 59 de ses 65 conseils régionaux, de districts ou d'îles, avec le soutien de nombreux mouvements politiques, économiques, sociaux et religieux d'Écosse. Ce texte est à replacer dans le contexte de l'expérimentation en Écosse (*Abolition of Domestic Rates etc. (Scotland) Act 1987*), avant la généralisation d'un nouvel et impopulaire impôt local, la *poll tax*.

Suite à l'édiction du *Claim of Right*, la *Campaign* se transforme en *Scottish Constitutional Convention*, et, forte du soutien de l'opinion publique, joue le rôle, pendant six ans, d'une assemblée informelle d'Écosse. Elle élabore, durant cette période, un projet d'autonomie régionale rendu public, en 1995, dans un manifeste *Scotland's Parliament. Scotland's Right*. Y réaffirmant la primauté de la souveraineté populaire, elle y déclare que le Parlement régional qu'elle appelle de ses vœux « reposera sur la plus robuste de toutes les fondations, la volonté exprimée du peuple écossais lui-même ».

Trois ans plus tard, le gouvernement de T. Blair reprend à son compte l'essentiel de ce document et fait voter le *Scotland Act*. Les institutions qu'il crée et la dévolution qu'il met en place sont le fruit de cette campagne extra-parlementaire. Leur légitimité procède, de la même façon, du référendum du 11 septembre 1997 (74,3% des suffrages exprimés en faveur de l'établissement d'une assemblée législative, 63,5% favorables à ce que cette dernière soit dotée d'un pouvoir de modulation des impôts, 63,7% des électeurs inscrits s'étant rendus aux urnes) par lequel le peuple écossais a manifesté son soutien à l'autonomie beaucoup plus que de l'adoption subséquente par le Parlement de Westminster du cadre juridique de cette dernière. Le référendum de 2014 s'inscrit dans le même sens. En acceptant, suite aux accords d'Édimbourg de 2012 entre les gouvernements britannique et écossais, que le Parlement d'Holyrood l'organise, le Parlement national a, en effet, reconnu implicitement que, en matière constitutionnelle, le dernier mot devait toujours revenir au peuple.

Ce glissement des paradigmes de la souveraineté explique l'accent mis par les juges, lorsqu'ils exercent un contrôle sur une législation dont il est l'auteur, sur l'importance du mandat démocratique dont dispose le Parlement écossais.

B) La prise en compte par les juridictions de l'importance du mandat démocratique lors du contrôle des lois écossaises

Les juges écossais ont initialement été réticents à tirer les conséquences de l'évolution qu'on vient d'exposer. Allan Rodger (futur Lord Rodger of Earlsferry), président de la *Court of Session*, insiste ainsi, dans *Whaley v Lord Watson of Invergowrie* [2000] SC 340²⁴, sur le fait que le Parlement écossais est

un organe qui, aussi important que puisse être son rôle, a été créé par une loi et qui dérive ses compétences de cette dernière. En tant que tel, c'est un organe qui, comme tout organe législativement établi, doit fonctionner dans les limites de ces pouvoirs. S'il n'agit pas ainsi, alors, dans un cas approprié, la Cour peut se voir demander d'intervenir et sera requise de le faire, d'une façon permise par la loi. En principe, le Parlement est, dans ces conditions, comme toute autre institution publique mise en place par la loi, subordonné à cette dernière et aux juridictions qui existent pour garantir cette supériorité.

Cette interprétation se retrouve dans l'arrêt précité du Comité judiciaire du Conseil privé *Anderson, Reid and Doherty v Scottish Ministers*.

Un virage se dessine toutefois avec l'affaire *Adams v Scottish Ministers*. Devant la *Court of Session* [2003] SC 171, William Nimmo Smith, après avoir estimé que les ASP ont « bien plus en commun avec les lois d'intérêt public du Parlement du Royaume-Uni qu'avec la législation subordonnée », souligne que c'est parce que le Parlement régional est démocratiquement élu qu'il est légitime à amender des législations issues de Westminster dans des domaines transférés. En appel [2004] SC 665, le vice-président Brian Gill approuve son raisonnement, avant de reconnaître qu'il s'agit d'une institution *sui generis*, mettant en œuvre une délibération démocratique, et non une simple action administrative, à laquelle les juges doivent reconnaître une certaine liberté dans les conditions d'exercice de ses attributions. Cette analyse est reprise à son compte, quelques années plus tard, par Raymond Doherty dans *Sinclair Collis Ltd, Petitioners* [2011] CSOH 80²⁵, où il observe que « sur le spectre des autorités décisionnaires, le Parlement écossais occupe une place proche de celle de la législature nationale ».

Surtout, à l'occasion de l'arrêt de la Cour suprême *AXA General Insurance Ltd v Lord Advocate* [2011] UKSC 46, concernant la mise en cause par des compagnies d'assurance de la validité du *Damages (Asbestos-related Conditions) (Scotland) Act 2009*, Lord Hope, après avoir constaté que le *Scotland Act* n'est pas une législation ordinaire, mais une norme constitutionnelle, affirme que « le Parlement écossais occupe sa place, dans le cadre de notre agencement constitutionnel, comme une législature indépendante démocratiquement élue. Le mandat qui est le sien de légiférer pour le peuple d'Écosse est incontestable. Les mesures

²⁴ Trois personnes ayant des intérêts financiers et commerciaux en matière de chasse à courre cherchaient à obtenir qu'il soit enjoint à Lord Watson of Invergowrie, un député travailliste du Parlement écossais, de ne pas déposer un projet de loi interdisant cette pratique, en arguant d'un conflit d'intérêts.

²⁵ Les requérants contestaient la section 9 du *Tobacco and Primary Health Services (Scotland) Act 2010*.

qu'il prend dans les limites de sa compétence législative bénéficient, de ce point de vue, de l'autorité juridique la plus élevée ». Ces dernières n'ont donc pas une nature de norme secondaire, mais sont, comme celles adoptées par le Parlement national, des normes primaires. Il n'est, de ce fait, pas possible d'invoquer à leur encontre à l'appui d'un recours juridictionnel des vices de légalité issues de la *Common Law*, notamment l'irrationalité, le détournement de pouvoir, ou la prise en compte de considérations extérieures²⁶. L'invocation de la *Common Law* demeurerait possible exceptionnellement en présence d'un ASP qui violerait la primauté du droit, en abolissant, par exemple, toute possibilité de recours juridictionnel, ou qui restreindrait, de façon excessive, l'accès aux tribunaux. Cette limite tient au fait que cette primauté est l'ultime facteur-clé sur lequel est basée la constitution. Or cet argument avait été avancé par l'honorable Lord dans *Jackson*. Sa reprise ici aboutit, en définitive, à traiter le Parlement écossais, du fait de son mandat démocratique, comme le Parlement britannique. Cette combinaison d'un modèle constitutionnel reposant sur la *Common Law* et de la souveraineté populaire ébranle un peu plus la construction diceyenne de la souveraineté.

Conclusion

La vision diceyenne de la souveraineté est, dans l'Écosse de la dévolution, totalement démonétisée. Le *Scotland Act* peut bien continuer à proclamer dans sa section 28 (7) que la souveraineté du Parlement britannique demeure intangible, cela n'est rien d'autre qu'une « tentative incantatoire d'échapper à une réalité politique à travers l'illusion d'un formalisme juridique » (D. Sharp, 2010, 152). Il faut accepter que la situation actuelle traduise non seulement un pluralisme national, mais aussi, plus largement, constitutionnel, sur fond de recomposition de l'État britannique et de reconceptualisation de l'union sur lequel il repose. La souveraineté à laquelle renvoie la dévolution en Écosse est aujourd'hui, ainsi que l'a d'ailleurs reconnu Lord Steyn, dans *Jackson*, divisée. Elle n'est plus exclusivement dans les mains d'une législature nationale toute puissante, mais a glissé vers le peuple écossais dont la voix ne passe plus nécessairement par le filtre de ses représentants, mais est en mesure de manifester une identité politique propre.

Cette émergence d'une souveraineté populaire alternative ne pourra sans doute pas être cantonnée au strict cadre qu'on vient d'étudier, et il est probable qu'à terme elle fera sentir ses effets à l'échelle du Royaume-Uni. Il est, en effet, difficile de croire que le quasi-contrôle de constitutionnalité des législations des assemblées régionales au regard de leur statut respectif de dévolution et des normes européennes auxquelles il renvoie ne débouchera pas, à un moment donné, sur la contestation du bien-fondé de l'immunité des législations adoptées par le Parlement de Westminster. Alors que la constitution politique, chère à Dicey et à J. Griffith, a cédé le pas à une constitution juridique, il ne semble, en effet, plus possible d'accepter la célèbre affirmation de Lord Reid dans *Madzimbamuto v Lardner-Burke* [1968] 3 All ER 561, selon laquelle il est

souvent affirmé qu'il serait anticonstitutionnel pour le Parlement du Royaume-Uni de faire certaines choses, voulant dire par là que des raisons morales, politiques et autres à leur encontre sont tellement fortes que la plupart des gens considérerait hautement inapproprié qu'il les fasse.

²⁶ Irrecevabilité déjà soulevée par W. Nimmo Smith dans *Adams*.

Cela ne signifie pas cependant que faire de telles choses échappe à son pouvoir. Si le Parlement choisissait de faire certaines d'entre elles, les tribunaux n'invalideraient pas la législation les prescrivant.

L'évolution en ce sens, activée par l'exemple offert par la dévolution écossaise, viendra alors, sans doute, des rangs de la Justice elle-même, lorsque les juridictions supérieures estimeront révolu le temps de l'obéissance aveugle aux commandements parlementaires. Un arrêt comme *Jackson* témoigne que les choses commencent, à cet égard, à bouger. Traditionnellement, en effet, il était admis que la règle de reconnaissance fournissant, selon Hart (Hart, 1961, 104), aux juges un critère permettant d'identifier les règles juridiques valides (au Royaume-Uni, tout ce que décide la reine après délibération des Chambres a force de loi) ne pouvait être altérée que par une révolution, dans la mesure où il s'agissait d'un fait purement politique. Or cette conception ne semble plus la seule envisageable, depuis que Lord Steyn a, dans l'arrêt précité, soutenu qu'une évolution de la définition de cette règle, pour tenir compte d'un changement social et politique, pouvait survenir à l'initiative des juges.

Si ce scénario vient à se concrétiser, l'Écosse de la dévolution aura joué le rôle infiniment utile de laboratoire constitutionnel pour le Royaume-Uni. N. MacCormick l'évoquait lorsqu'il écrivait : « il n'y a aucun doute que nous avons un État unique, mais il est au moins possible que nous ayons deux conceptions, deux interprétations de la constitution de cet État » (MacCormick, 2000, 727) . Elle lui aura permis, en rupture avec le strict positivisme diceyen, d'opérer une réconciliation du droit et de la politique et de passer à « une hypothèse nouvelle de constitutionnalisme » (formule de Lord Steyn dans *Jackson*), celle d'une souveraineté non plus seulement juridique mais véritablement constitutionnelle, telle que l'a, au début du XIX^e siècle, théorisée, dans le cadre des États-Unis, John Marshall.

Bibliographie

- ALLAN, Trevor (1994), *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, OUP.
- DICEY, Albert Venn (1961) [1885] *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* London, Macmillan.
- HART Herbert (1961), *The Concept of Law*, Oxford, OUP.
- HOPE David (1999), « The Human Rights Act 1998: the task of the judges », *SLR* vol. 20, p. 185.
- JOWELL Jeffrey (2006), « Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis », *PL* 2006, p. 562.
- KIDD Colin (2004), « Sovereignty and the Scottish Constitution before 1707 », *Juridical Review*, p. 225.
- LAWS John (1995), « Law and Democracy », *PL* 1995, p. 72.
- LITTLE, Gavin (2004), « Scotland and Parliamentary Sovereignty », *LS* vol. 24, p. 540.
- MURDISON Andrew (2010), « Freedom for Scotland: a Hollywood Tagline, but a Holyrood Prerogative », *Georgia J. Int. & Comp. L.* vol. 38, p. 443.
- MACCORMICK Neil (2000), « Is There a Constitutional Path to Independence? » *Parl. Affairs*, p. 721.
- SHARP Dan (2010), « Parliamentary Sovereignty: a Scottish Perspective », *Cambridge Stud. L. Rev.*, p. 135.
- TIERNEY, Stephen (2006), « Scotland and the Union State », in: McHARG Aileen et MULLEN, Tom (eds), *Public Law in Scotland*, Edinburgh, Avizandum Publishing, p. 28.
- WALTERS, Mark et CRAIG, Paul (1999), « The Courts, Devolution and Judicial Review », *PL* 1999, p. 274.
- WOOLF, Harry (1995), « Droit Public - English Style », *PL* 1995, p. 57.

Notice biographique

Renan Le Mestre est Maître de Conférences à la Faculté de Droit et des Sciences politiques à l'Université de Nantes depuis 2006. Il est spécialiste du droit international et européen, du droit comparé et du droit anglais.

Biographical Information

Renan Le Mestre has been Senior Lecturer at the Law and Political Sciences Faculty at the University of Nantes since 2006. He specialises in International Law, European Law, Comparative Law and English Law.