



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master de droit public comparé**  
**Dirigé par Monsieur le professeur Idris FASSASSI et Madame**  
**Charlotte DENIZEAU**  
**2022**

***Le contrôle de constitutionnalité des lois des  
assemblées dévolues au Royaume-Uni***

**Auteur : Charles MARTIN**

**Sous la direction de Madame le professeur Aurélie DUFFY-  
MEUNIER**

## Remerciements

J'adresse mes remerciements à Madame le Professeur Aurélie DUFFY-MEUNIER pour avoir accepté de diriger mon mémoire. Par ses conseils avisés et sa patience, elle a su m'orienter avec justesse dans mes recherches.

Je remercie l'ensemble des enseignants du Master 2 Droit Public Comparé pour les enseignements riches qu'ils nous ont prodigués tout au long de l'année universitaire et en particulier les directeurs du Master Monsieur le Professeur Idris FASSASSI et Madame Charlotte DENIZEAU.

Je remercie également mes camarades de promotion avec qui j'ai eu l'occasion d'avoir des échanges enrichissants et de passer des moments conviviaux.

Je remercie chaleureusement Leonie et Rebecca qui, à leur manière, ont contribué à la réalisation de ce mémoire.

Enfin, je remercie affectueusement mes parents pour leur soutien indéfectible depuis le début de mes études et bien avant.

## Table des abréviations

|              |   |
|--------------|---|
| AC           | <i>Law Reports, Appeal Cases</i>                              |
| Admin LR     | <i>Administrative Law Reports</i>                             |
| Aff.         | Affaire   |
| Aff. jtes    | Affaires jointes  |
| ALL ER       | <i>All England Law Reports</i>                                |
| CCC          | Cahiers du Conseil Constitutionnel                            |
| CEDH         | Convention européenne des droits de l'homme                   |
| CourEDH      | Cour européenne des droits de l'homme                         |
| CJCE         | Cour de Justice des Communautés Européennes                   |
| <i>CJICL</i> | <i>Cambridge Journal of International and Comparative Law</i> |
| CJUE         | Cour de Justice de l'Union européenne                         |
| CMLR         | <i>Common Market Law Reports</i>                              |
| CSIH         | <i>Court of Session, Inner House</i>                          |
| CSOH         | <i>Court of Session, Outer House</i>                          |
| <i>ELR</i>   | <i>Edinburgh Law Review</i>                                   |
| EWCA Civ     | <i>England and Wales Court of Appeal (Civil Division)</i>     |
| EWHC         | <i>England and Wales High Court</i>                           |
| HCJAC        | <i>High Court of Justiciary, Appeal Court</i>                 |
| HL           | <i>House of Lords</i>   |
| <i>IJCL</i>  | <i>International Journal of Constitutional Law</i>            |
| <i>JILI</i>  | <i>Journal of the Indian Law Institute</i>                    |
| <i>JR</i>    | <i>Juridical Review</i>                                       |
| KB           | <i>King's Bench</i>   |
| <i>KLJ</i>   | <i>King's Law Journal</i>                                     |
| <i>LQR</i>   | <i>Law Quaterly Review</i>                                    |
| NCC          | Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel                   |
| <i>PL</i>    | <i>Public Law</i>   |
| <i>PSQ</i>   | <i>Political Science Quaterly</i>                             |
| QB           | <i>Queen's Bench</i>  |
| RCS          | Recueil des décisions de la Cour suprême du Canada            |
| ScotCS       | <i>Scotland, Court of Session</i>                             |

UKHL *United Kingdom House of Lords*  
UKPC *United Kingdom Privy Council*  
UKSC *United Kingdom Supreme Court*  
UPLR *University of Pennsylvania Law Review*  
WLUK *Westlaw United Kingdom*

## Sommaire

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUCTION.....</b>   | <b>5</b>  |
| <br>   |           |
| <b>PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE JURIDIQUE SINGULIER DU CONTRÔLE DE<br/>CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS DÉVOLUES.....</b>                                     | <b>13</b> |
| <br>   |           |
| Chapitre 1 : Le cadre législatif évolutif d'un contrôle de constitutionnalité étendu.....  | 14        |
| <i>Section 1 : La juridicisation des relations entre les pouvoirs central et dévolus.....</i>  | <i>14</i> |
| <i>Section 2 : La mise en place d'une multitude de normes de références du contrôle de<br/>constitutionnalité des lois dévolues.....</i>               | <i>25</i> |
| <br>   |           |
| Chapitre 2 : Le cadre procédural composite d'un système mixte de justice constitutionnelle.....  | 36        |
| <i>Section 1 : Le contrôle de constitutionnalité diffus des lois dévolues à l'initiative des<br/>justiciables.....</i>                                 | <i>36</i> |
| <i>Section 2 : La concentration du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues à l'initiative<br/>des officiers judiciaires et des juges.....</i> | <i>47</i> |
| <br>   |           |
| <b>SECONDE PARTIE : L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ<br/>PROTÉIFORME DES LOIS DÉVOLUES PAR LES JUGES.....</b>                              | <b>57</b> |
| <br>   |           |
| Chapitre 1 : Le contrôle conciliateur de la conventionnalité des lois dévolues.....  | 58        |
| <i>Section 1 : Le contrôle limité de la conformité des lois dévolues au droit de l'UE.....</i>   | <i>58</i> |
| <i>Section 2 : Le contrôle hybride de la conformité des lois dévolues à la CEDH.....</i>   | <i>64</i> |
| <br>   |           |
| Chapitre 2 : Le contrôle conflictuel de la répartition des compétences <i>stricto sensu</i> .....  | 75        |
| <i>Section 1 : Le développement inabouti de l'interprétation des lois de dévolution.....</i>   | <i>75</i> |
| <i>Section 2 : La difficile conjugaison des interprétations téléologique et restrictive des lois<br/>dévolues.....</i>                                 | <i>88</i> |
| <br>   |           |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>  | <b>96</b> |

## Introduction

« La Constitution britannique a toujours été déroutante et le sera toujours »<sup>1</sup>. Cette phrase prononcée à la fin d'un colloque organisé à la *Queen's Mary University of London* par la Reine Elizabeth II peut à première vue laisser penser à un désintérêt du monarque pour le sujet, voire pire, à une certaine ignorance de sa part. Il n'en est rien.

La Constitution britannique est insaisissable. Il n'existe pas, au Royaume-Uni, de constitution formelle codifiée en un seul texte. Cette dernière ne transparaît que d'un point de vue matériel. À cet égard, la Constitution britannique est plurielle en ce qu'elle est disséminée en une grande variété de sources. Il s'agit d'une part de sources juridiques constituées par des éléments issus de lois adoptées par le Parlement britannique (*Acts of Parliament*), de la jurisprudence (*case law*)<sup>2</sup>, de prérogatives royales et de traités internationaux<sup>3</sup>. D'autre part, la Constitution du Royaume-Uni comprend des sources n'emportant aucun effet d'un point de vue juridique. C'est notamment le cas des conventions politiques qui régulent les relations entre les pouvoirs publics et dans une certaine mesure quelques écrits de la doctrine qui font parfois autorité dans l'interprétation des textes (*authoritative writings*)<sup>4</sup>.

L'étude du droit constitutionnel britannique révèle toute sa complexité face à cet agrégat de sources. Le point de départ propice à toute analyse de la Constitution britannique est le principe de la souveraineté du Parlement de Westminster qui permet d'expliquer à peu près tout ce qui se passe au Royaume-Uni, notamment les séparations horizontale et verticale des pouvoirs. Établi de longue date, ce principe a été théorisé par l'éminent juriste anglais Albert Venn DICEY au XIXe siècle. Ce dernier affirme que le Parlement peut « faire et défaire toute loi ; et en outre, aucune personne ou organe ne peut annuler ou écarter la législation du Parlement »<sup>5</sup>. Les britanniques ne sont pas avares en adages et métaphores destinés à décrire la place particulière occupée par le Parlement. Le professeur Vernon BOGDANOR voit Westminster comme « le soleil autour duquel chaque planète tourne »<sup>6</sup>. Selon un adage plus ancien, « le parlement peut tout, excepté faire une femme d'un

---

1 « *The British Constitution has always been puzzling and always will be* ».

2 Au Royaume-Uni, et dans les pays de tradition de *common law* en règle générale, la jurisprudence est sans conteste une véritable source du droit.

3 Les traités internationaux ne constituent pas en tant que tels une source du droit. Le Royaume-Uni est un État dualiste qui incorpore et donne effet aux traités par le biais d'une loi.

4 Cf. notamment les écrits de Albert Venn DICEY et William BLACKSTONE.

5 Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, Londres, 8e éd., 1915, 584 p., p. 36.

6 Vernon BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 331 p., p. 1.

homme, *et vice versa* »<sup>7</sup>. En revanche, le Parlement de Westminster peut enfanter. C'est ce qu'il a fait en créant des petits législateurs, des assemblées dévolues, dans le cadre d'un processus de dévolution dont il convient de dire quelques mots.

Au Royaume-Uni, la dévolution est le processus par lequel le pouvoir central transfère des compétences législatives et exécutives dans un certain nombre de domaines aux entités infra-étatiques constituées par les différentes parties du pays. Afin de mieux appréhender cette notion, il est nécessaire de retracer brièvement l'organisation territoriale du Royaume-Uni. Il est bon de rappeler que le Royaume-Uni n'est pas seulement l'Angleterre. La forme longue de la dénomination du pays est le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. L'île de Grande-Bretagne comprend l'Angleterre, le pays de Galles et l'Écosse. Ainsi, le Royaume-Uni est un État à la forme particulière composé de quatre parties parfois qualifiées de « nations constitutives ». Il « aurait oscillé pendant ses siècles de construction et de formation entre un État d'Union (*Union State*) et un État unitaire »<sup>8</sup>.

En effet, la forme actuelle du Royaume-Uni est le résultat de transformations profondes. Au XII<sup>e</sup> siècle, divers royaumes et seigneuries cohabitent sur les îles de Grande-Bretagne et d'Irlande. Le pays de Galles est conquis par le roi anglais Édouard I<sup>er</sup> en 1282 et annexé par le Royaume d'Angleterre en 1284<sup>9</sup>. Par la suite, les Couronnes anglaise et écossaise sont unifiées en 1603, mais l'Angleterre et l'Écosse restent à cette époque deux États distincts. Il faut attendre les *Acts of Union* de 1706 et 1707 pour que les deux pays forment véritablement et effectivement une union : le Royaume-Uni de Grande-Bretagne. Ce dernier est unifié au Royaume d'Irlande par le *Union with Ireland Act* 1800. L'entité qui en résulte prend le nom de Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande. Enfin, l'Irlande<sup>10</sup> accède à l'indépendance en 1922<sup>11</sup> et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord est connu sous sa dénomination actuelle depuis 1927<sup>12</sup>.

Chaque partie du Royaume-Uni<sup>13</sup> bénéficie aujourd'hui d'un certain degré d'autonomie au terme d'un processus de dévolution des compétences. Le point de départ de la dévolution contemporaine

---

7 Jean-Louis DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Dalloz, Paris, 2007, réimpression de l'édition parue chez Delarue, 1822, 333 p., p. 122.

8 Frédérique ROUX, *La dévolution en Grande-Bretagne. Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Thèse de droit public, Université d'Auvergne – Clermont I, 2007, 840 p., p. 27.

9 *Statute of Rhuddlan*.

10 À l'exclusion des six comtés qui formeront par la suite l'Irlande du Nord.

11 *Articles of Agreement for a Treaty Between Great Britain and Ireland*, signé le 6 décembre 1921, entré en vigueur le 31 mars 1922.

12 *Royal and Parliamentary Titles Act* 1927.

13 À l'exception de l'Angleterre.

est l'année 1998, date à laquelle le gouvernement travailliste de Tony BLAIR introduit un cadre législatif au transfert des compétences. En réalité, la dévolution s'inscrit dans la continuité d'événements antérieurs propres à chaque nation. C'est pour cette raison que la dévolution est asymétrique au Royaume-Uni<sup>14</sup>. Il existe trois modèles de dévolution.

La dévolution nord-irlandaise est la plus ancienne, mais également la plus tumultueuse des trois. À la suite des protestations du mouvement nationaliste irlandais du *Home Rule*, lorsque l'Irlande était encore unifiée, une première loi visant à instituer un Parlement irlandais est adoptée par le pouvoir central à Westminster<sup>15</sup>. Jamais mise en œuvre en raison de l'éclatement de la Première Guerre mondiale, une nouvelle loi est venue remplacer la première en 1920<sup>16</sup>. En raison de la déclaration d'indépendance de l'Irlande du Sud, la loi de 1920 crée naturellement un Parlement pour l'Irlande du Nord uniquement. Ce dernier siège du 7 juin 1921 au 30 mars 1972, date à laquelle il est prorogé dans le contexte des *Troubles* qui agitent le territoire<sup>17</sup>. L'année suivante, le Parlement est tour à tour abrogé<sup>18</sup>, puis restauré sous la forme d'une assemblée nord-irlandaise<sup>19</sup>. En 1974, le Parlement britannique reprend la main sur le territoire et l'administre directement (*direct rule*). Huit ans plus tard, une nouvelle assemblée est créée<sup>20</sup> avant d'être dissoute sur décision du pouvoir central en 1986<sup>21</sup>. Au milieu des années 1990, des négociations multipartites sont conduites afin d'aboutir à un accord de paix<sup>22</sup>. Ce dernier, conclu le 10 avril 1998, est connu sous les noms de *Good Friday Agreement* et *Belfast Agreement*.

Le Parlement de Westminster adopte la même année le *Northern Ireland Act 1998*, la loi qui constitue encore aujourd'hui le cadre fondateur de la dévolution en Irlande du Nord. Ce dernier établit un modèle complexe tripartite de transfert de compétences vers les organes dévolus nord-irlandais avec d'abord les domaines exclus qui ne pourront jamais être dévolus au pouvoir nord-irlandais qui concernent essentiellement les pouvoirs régaliens du Royaume-Uni, ensuite les domaines réservés qui demeurent de la compétence de Westminster mais qui pourront être transférés un jour et enfin les domaines transférés qui représentent toutes les matières non listées dans les deux premières catégories. Les entités dévolues instituées par le *NIA 1998* sont d'une part

---

14 Peter LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom – A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Croydon, 2e éd., 2012, 333 p., p. 247.

15 *Government of Ireland Act 1914*.

16 *Government of Ireland Act 1920*.

17 David TORRANCE, *Introduction to devolution in the United Kingdom*, House of Commons Library, 2022, n° CBP 8599, p. 21.

18 *Northern Ireland Constitution Act 1973*.

19 *Northern Ireland Assembly Act 1973*.

20 *Northern Ireland Act 1982*.

21 *Northern Ireland Assembly (Dissolution) Order 1986*.

22 *Northern Ireland (Entry to Negotiations, etc) Act 1996*.

l'assemblée d'Irlande du Nord<sup>23</sup>, dont les membres sont élus au scrutin à vote unique transférable<sup>24</sup>, et compétente pour édicter de la législation primaire<sup>25</sup>, et son Comité exécutif composé d'un Premier ministre (*First Minister*), un vice Premier ministre (*Deputy First Minister*) et des ministres nord-irlandais<sup>26</sup>.

Ce nouveau cadre de la dévolution contemporaine en Irlande du Nord n'a pas pour autant été synonyme de stabilité au sein de ce territoire. L'assemblée nord-irlandaise a été suspendue de 2002 à 2007, période au cours de laquelle le *Saint Andrews Agreement* a été conclu, puis de 2017 à 2020.

La dévolution écossaise est certainement le modèle le plus abouti en raison de la tradition indépendantiste de ce territoire et de ses spécificités. La première étape de la dévolution écossaise qualifiée de « dévolution administrative »<sup>27</sup> correspond en réalité à une déconcentration du pouvoir central avec la création d'un Bureau écossais (*Scottish Office*) en 1885<sup>28</sup>. En réponse aux revendications indépendantistes, le gouvernement central s'est saisi de la question écossaise dès les années 1970. En 1973, la Commission Royale sur la Constitution préconise la création d'une assemblée législative en Écosse<sup>29</sup>. Un référendum relatif à cette question est organisé le 1er mars 1979. Le déclenchement de ce processus de dévolution devait être approuvé par au moins 40 %, non pas des suffrages exprimés, mais des électeurs écossais pris dans leur ensemble<sup>30</sup>. Malgré une réponse positive à 51,6 %<sup>31</sup>, le seuil des 40 % des électeurs n'a pas été atteint et les réformes ont été avortées.

Un nouveau processus de dévolution est mis en route dès l'arrivée du gouvernement travailliste au pouvoir en 1997. La même année, un référendum est organisé sur la question de la création d'un Parlement écossais<sup>32</sup>, à laquelle les électeurs répondent par l'affirmative à 60,2 %<sup>33</sup>. En 1998, le Parlement britannique adopte le *Scotland Act* qui constitue, à l'instar du *NIA* 1998, le cadre de la dévolution en Écosse. Ce dernier est moins complexe que son pendant nord-irlandais en ce qu'il opte pour un modèle de compétences réservées (*reserved model*). Certains domaines sont réservés au Parlement de Westminster tandis que tous les autres relèvent de la compétence du nouveau

---

23 *NIA* 1998, Partie 4.

24 *Ibid*, section 34.

25 Par opposition à la législation subordonnée qui sont des actes pris par l'exécutif.

26 *NIA* 1998, section 20.

27 David TORRANCE, *Introduction to devolution in the United Kingdom*, House of Commons Library, *op. cit.*, p. 7.

28 *Secretary for Scotland Act* 1885.

29 Royal Commission on the Constitution 1969-1973, *Kilbrandon Report*, Cmnd. 5460, p. 118.

30 *Scotland Act* 1978, section 85(2).

31 BBC, « The 1979 Referendums »,

<https://www.bbc.co.uk/news/special/politics97/devolution/scotland/briefing/79referendums.shtml> (consulté le 6 juin 2022).

32 *Referendums (Scotland and Wales) Act* 1997, section 1.

33 Richard DEWDNEY, *Results of Devolution Referendums*, 1997, House of Commons Library, n° 97/113, p. 9.

pouvoir écossais. D'une part, le Parlement écossais institué à Holyrood est composé de parlementaires élus à la majorité absolue avec une dose de proportionnelle<sup>34</sup> et est compétent pour adopter de la législation primaire à l'instar de l'assemblée nord-irlandaise. D'autre part, l'administration est composée des ministres écossais<sup>35</sup>, qui depuis 2012 forment un gouvernement<sup>36</sup>, à la tête desquels est placé un Premier ministre<sup>37</sup>.

La loi de 1998 a été modifiée et complétée à deux reprises, par les *Scotland Acts* 2012 et 2016. Ces amendements apportent moins des réformes institutionnelles que des modifications dans le champ des domaines réservés au Parlement de Westminster visant à conférer toujours plus de compétences au législateur écossais.

La dévolution galloise est longtemps demeurée le plus lent et le moins approfondi des trois modèles. Cette situation s'explique par les liens anciens et forts que le territoire entretient avec l'Angleterre. Les premières mesures antérieures à la dévolution contemporaines remontent à 1951, et s'apparentent à une simple déconcentration du pouvoir central avec la création d'un Ministère des affaires galloises (*Minister for Welsh Affairs*)<sup>38</sup>. Un référendum sur la question de la création d'une assemblée législative galloise est tenu en 1979 dans les mêmes conditions que la consultation écossaise de la même année<sup>39</sup>. Le peuple gallois ne s'est pas montré enthousiaste à l'idée d'une dévolution du pouvoir législatif dans la mesure où seulement 20,3 % des votants ont répondu par l'affirmative<sup>40</sup>.

En parallèle des deux autres nations, la dévolution galloise a été relancée en 1997 par la tenue d'un nouveau référendum<sup>41</sup>. Les électeurs gallois se sont montrés plus favorables à la dévolution que seize ans auparavant, mais toujours avec une certaine réticence à en croire les résultats. En effet, le « oui » l'a emporté à seulement 50,3 % des voix exprimées<sup>42</sup>. En 1998, le Parlement britannique adopte le *Government of Wales Act*. Cette loi met en place une dévolution bien moins approfondie que les modèles nord-irlandais et écossais. D'une part, l'assemblée nationale du pays de Galles n'est pas à proprement parler un législateur dans le sens où elle exerce des fonctions exécutives<sup>43</sup>. D'autre part, le modèle mis en œuvre n'est pas fondé sur des domaines réservés, mais sur des compétences transférées limitativement énumérées.

---

34 *SA* 1998, section 1(2) et (3).

35 *Ibid*, section 44.

36 *Ibid*, telle que modifiée par *SA* 2012, section 12(2)(a).

37 *Ibid*, section 44(1)(a).

38 David TORRANCE, *Introduction to devolution in the United Kingdom*, House of Commons Library, *op. cit.*, p. 16.

39 *Wales Act* 1978, section 80(2).

40 Richard DEWDNEY, *Results of Devolution Referendums*, *op. cit.*, p. 10.

41 *Referendums (Scotland and Wales) Act* 1997, section 2.

42 Richard DEWDNEY, *Results of Devolution Referendums*, *op. cit.*, p. 10.

43 *GWA* 1998, section 22.

La dévolution galloise a été considérablement approfondie au fil des réformes législatives. Le *GWA* 2006 tel que modifié par des lois ultérieures constitue désormais le cadre fondateur de la dévolution pour le pays de Galles. Depuis 2006, l'assemblée peut édicter de la législation primaire<sup>44</sup> et un gouvernement de l'assemblée galloise est institué<sup>45</sup>. Par la suite, le *Wales Act* 2014 a mis en place un gouvernement gallois distinct de l'assemblée<sup>46</sup>. L'adoption du *Wales Act* 2017 est d'une importance cruciale dans le processus de dévolution gallois. Cette loi rapproche le modèle gallois du modèle écossais en abandonnant les compétences transférées au profit des domaines réservés<sup>47</sup>. Enfin, l'assemblée galloise change de dénomination pour devenir le *Senedd* (littéralement, Sénat)<sup>48</sup>.

Il ressort de ce bref aperçu historique que la dévolution se compose de trois modèles distincts. Toutefois, l'asymétrie de ce processus est dégressive. Au gré des réformes successives, les modèles tendent peu à peu à se rapprocher et il est moins rare d'identifier des points communs qu'aux origines de la dévolution. En définitive, les trois modèles permettent certes aux assemblées dévolues d'adopter des lois, mais le pouvoir législatif qui en résulte n'est pas sans bornes. Seul le Parlement de Westminster détient un pouvoir législatif illimité en vertu du principe de la souveraineté parlementaire. Afin de vérifier que les législateurs dévolus soient cantonnés aux limites qui leur sont imposées par les lois de dévolution, les lois dévolues sont susceptibles d'être contrôlées par les juridictions. Dans la mesure où les lois de dévolution font partie intégrante de la Constitution britannique, l'examen juridictionnel s'apparente à un véritable contrôle de constitutionnalité.

À cet égard, le processus de la dévolution apporte une nouveauté dans le système britannique. En effet, le contrôle de la constitutionnalité des lois est étranger au Royaume-Uni. Pourtant, à l'origine, « l'idée que le juge puisse refuser l'application d'un acte public, et spécialement d'une loi, pour contradiction avec une loi supérieure est une idée anglaise »<sup>49</sup>. Cette thèse a été développée par le juge Edward COKE en 1610 dans l'affaire *Bonham*<sup>50</sup>. Les développements du juge expriment l'idée selon laquelle certains principes issus de la *common law* sont supérieurs à la loi. Les juges seraient alors fondés à vérifier que les lois ne contreviennent pas à ces principes supérieurs. L'arrêt de 1610 constitue en quelque sorte le prélude à la décision *Marbury* de la Cour suprême des États-Unis

---

44 *GWA* 2006, Partie 4.

45 *Ibid*, Partie 2.

46 *WA* 2014, section 4.

47 *WA* 2017, Schedule 1 insérant une Schedule 7A dans le *GWA* 2006.

48 *Senedd and Elections (Wales) Act* 2020.

49 Michel FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, Paris, 2013, 510 p., p. 14.

50 *Thomas Bonham v College of Physicians* 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638.

consacrant le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>51</sup>. À mesure que le principe de la souveraineté parlementaire a pris de l'ampleur, l'idée d'un contrôle juridictionnel des lois a été progressivement abandonnée au Royaume-Uni<sup>52</sup>.

Même les développements depuis la fin des années 1990 en matière de droits fondamentaux n'ont pas permis de ressusciter le contrôle de constitutionnalité des lois au Royaume-Uni. La CEDH a été incorporée en droit britannique par le *Human Rights Act* 1998. Cette loi, qui fait partie de la Constitution britannique, habilite entre autres les juridictions britanniques à examiner la conformité des lois adoptées par le Parlement de Westminster avec les droits garantis par la CEDH transposés en droit interne par le *HRA*<sup>53</sup>. Cependant, la fiction de la souveraineté parlementaire fait obstacle à toute référence à un quelconque contrôle de constitutionnalité. En aucune circonstance un juge ne serait fondé à annuler une loi adoptée par le Parlement du Royaume-Uni. À la place, il peut depuis l'entrée en vigueur du *HRA* transmettre une déclaration d'incompatibilité au législateur. Cette déclaration n'emporte formellement aucune conséquence sur le plan juridique et le Parlement peut en théorie choisir de ne pas suivre les recommandations du juge.

La situation a considérablement changé depuis la mise en œuvre du processus de la dévolution. Depuis 1998, le Parlement de Westminster n'est plus le seul législateur du Royaume-Uni. D'autres lois sont désormais édictées au pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord. Ces lois doivent respecter le cadre posé par le pouvoir central par le biais des lois dévolution précitées. Ces dernières font office de normes de références, de textes supérieurs à caractère constitutionnel auxquels les législateurs dévolus sont tenus de se conformer. À cet égard, les juridictions britanniques se voient attribuer une nouvelle fonction qu'elles s'efforcent de mener à bien.

Cette brève introduction au cadre de l'étude de ce mémoire appelle plusieurs questionnements. Que recouvre précisément l'expression « contrôle de constitutionnalité des lois » dans le contexte de la dévolution ? Comment le juge contrôle-t-il la constitutionnalité des lois des assemblées dévolues ? S'agit-il d'un exercice novateur ou au contraire d'une mobilisation de principes et techniques juridiques antérieurs ?

La présente étude entend fournir des éléments de réponse au terme d'une analyse se plaçant essentiellement du point de vue du droit britannique. L'objectif n'est pas d'effectuer une

---

51 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

52 Michel FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, op. cit., p. 14.

53 *HRA* 1998, section 4.

comparaison au sens strict, mais plutôt de concentrer les recherches autour du pays étudié. Cette visée n'empêche pas d'apporter de temps à autre des éclairages étrangers issus de l'observation d'autres systèmes juridiques afin de mieux comprendre et appréhender l'objet principal de l'étude.

L'analyse du contrôle de constitutionnalité des lois des assemblées dévolues est complexe et transversale. Dans un premier temps, il est primordial d'identifier avec précision le cadre juridique de ce contrôle afin d'en saisir les subtilités et de faire ressortir sa singularité (Première partie). Dans un second temps, il est opportun d'analyser l'exercice par les juges d'un contrôle de constitutionnalité des lois dévolues qui revêt plusieurs formes (Seconde partie).

## Première partie : Le cadre juridique singulier du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues

L'idiosyncrasie de la Constitution britannique irrigue l'ensemble des branches du droit constitutionnel du Royaume-Uni. Les relations entre le pouvoir central représenté à Westminster et les entités dévolues basées à Cardiff, Holyrood et Belfast dans le contexte de la dévolution n'y font à première vue pas exception. En effet, le contrôle de la constitutionnalité des lois des assemblées dévolues est prévu par un ensemble relativement disparate de normes. Est ainsi mis en lumière l'un des traits distinctifs de la Constitution britannique, à savoir son absence de codification formelle et unifiée. En revanche, il existe bel et bien une Constitution au sens matériel dont les principes et règles sont issus de sources d'origine et de portée variables : de la simple convention politique dépourvue d'effets juridiques contraignants aux lois à caractère constitutionnel en passant par les constructions jurisprudentielles fondamentales. Partant, l'accessibilité et l'intelligibilité ne bénéficient pas d'une place de choix dans la liste des attributs de la Constitution du Royaume-Uni.

L'appréhension et la compréhension du cadre dans lequel s'inscrit le contrôle de constitutionnalité des lois dévolues ne constitue pas une tâche aisée pour l'observateur civiliste. L'étude approfondie des sources pertinentes en la matière doit permettre de dessiner les contours et de préciser les caractéristiques d'un cadre juridique pour le moins original, caractérisé par la souplesse et la pluralité des sources constitutionnelles. D'une part, le cadre législatif de la dévolution est certes en perpétuelle évolution, mais il a le mérite de sécuriser et de clarifier au gré des réformes successives les fondements d'un contrôle de la « constitutionnalité » des lois dévolues dans son acception large (Chapitre 1). D'autre part, le cadre procédural se compose de plusieurs règles dont la coexistence permet de révéler la présence d'un système mixte de justice constitutionnelle dans le contexte de la dévolution (Chapitre 2).

## Chapitre 1 : Le cadre législatif évolutif d'un contrôle de constitutionnalité étendu

Dès la fin des années 1990, la dévolution était déjà décrite à juste titre comme « un processus et non un événement »<sup>54</sup>. Les développements ultérieurs au sein des modèles de dévolution donneront raison à cette formule clairvoyante. En effet, les premières lois de dévolution n'ont eu de cesse d'être modifiées, complétées, précisées et approfondies depuis leur adoption initiale en 1998. De cette manière, les bases du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues ont été posées. Ainsi, il est désormais possible d'identifier de manière exhaustive les nombreuses normes de références de ce contrôle (Section 2). Surtout, cette explicitation est à présent bien plus sécurisée en ce qu'elle s'inscrit dans un processus de juridicisation des relations entre le pouvoir central et les entités dévolues (Section 1).

### Section 1 : La juridicisation des relations entre les pouvoirs central et dévolus

Au Royaume-Uni, une distinction est opérée entre la Constitution politique et la Constitution juridique. La première fait référence à « l'engagement de la responsabilité des acteurs politiques essentiellement par le biais de procédures et d'institutions politiques »<sup>55</sup> tandis que la seconde renvoie à la redevabilité de ces mêmes acteurs dans un cadre juridictionnel<sup>56</sup>. D'une manière générale, la doctrine britannique s'accorde à reconnaître le passage d'une Constitution essentiellement politique à une Constitution largement juridique ces dernières décennies<sup>57</sup>. D'une manière spécifique à la dévolution, ce phénomène se vérifie également<sup>58</sup>. Alors que les modèles de dévolution reposaient essentiellement sur des conventions politiques (§1), l'adoption des lois de dévolution a conduit à une codification de la « constitution territoriale »<sup>59</sup> britannique (§2).

#### §1. Le recours traditionnel aux conventions politiques

Traditionnellement, les relations entre le pouvoir central et les entités dévolues sont régies par des accords politiques non-contraignants d'un point de vue juridique (A). De même, ce sont les acteurs

54 Ron DAVIES, « Return of the Welsh nation », *Times Higher Education Supplement*, 12 septembre 1997.

55 Graham GEE et Grégoire WEBBER, « What is a Political Constitution ? », *OJLS*, 2010, Vol. 30, n° 2, pp. 273-299, p. 273.

56 *Ibid.*

57 Cf. notamment Marco GOLDONI et Chris MCORKINDALE, « Three Waves of Political Constitutionalism », *KLJ*, 2019, Vol. 30, n° 1, pp. 74-96 ; Cormac MAC AMHLAIGH, « Putting political constitutionalism in place », *IJCL*, 2016, Vol. 14, n° 1, pp. 175-197 ; Robert Brett TAYLOR, « The Contested Constitution : An Analysis of the Competing Models of British Constitutionalism », *PL*, 2018, pp. 500-522.

58 Mark ELLIOTT et Robert THOMAS, *Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 3e éd., 2017, 934 p., p. 304.

59 *Ibid.*, p. 297.

politiques qui préviennent et résolvent les éventuels conflits de compétence (B).

### A-Les accords politiques non-contraignants

Les accords politiques comprennent à la fois des sources coutumières sous la forme de conventions politiques (1) et écrites par la conclusion de divers accords intergouvernementaux (2).

#### 1) Les conventions non-écrites

Dans le contexte de la dévolution, la source coutumière incontournable est la convention de *Sewel*. Cette dernière a été formulée le 21 juillet 1998 par le Baron SEWEL, alors membre de la Chambre des Lords, lors des débats parlementaires autour du *Scotland Bill* en ces termes : « Nous espérons qu'une convention soit établie pour que Westminster ne légifère normalement pas sur des domaines dévolus en Écosse sans le consentement du parlement écossais »<sup>60</sup>. Pensée dans le cadre de la dévolution écossaise, la convention s'applique également aux modèles gallois et nord-irlandais<sup>61</sup>. Elle est invocable par les acteurs politiques à l'encontre d'une loi de Westminster qui produirait des effets dans un domaine dévolu ou qui restreindrait les pouvoirs législatif et exécutif des entités dévolues<sup>62</sup>. À l'inverse, elle ne saurait être applicable aux actes pris par le gouvernement central<sup>63</sup>.

D'abord, la convention s'est effectivement développée durant les premières années de la dévolution. Concrètement, tout projet de loi introduit par le gouvernement britannique était accompagné d'un *memorandum* explicatif détaillant la position du pouvoir central sur l'applicabilité de la convention. Il était alors loisible aux assemblées dévolues d'exprimer leur consentement par le biais d'une motion de consentement législatif<sup>64</sup>.

Ensuite, la convention de *Sewel* a été insérée dans les lois de dévolution écossaise et galloise respectivement en 2016<sup>65</sup> et 2017<sup>66</sup>. Toutefois, la convention conserve sa nature et ses effets purement politiques. Par conséquent, les dispositions codifiant la convention de *Sewel* ne sont pas

---

60 *Hansard*, HL Deb 21 juillet 1998, vol. 592, part. 191, col. 791.

61 Jim GALLAGHER, « Conventional wisdom : Brexit, devolution and Sewel », *Sceptical Scot*, 19 février 2017, <https://sceptical.scot/2017/02/conventional-wisdom-brexit-devolution-and-sewel/> (consulté le 24 mai 2022).

62 Gordon ANTHONY, *Devolution, Brexit, and the Sewel Convention*, The Constitution Society, Londres, 2018, p. 3.

63 Select Committee on the Constitution, *The 'Great Repeal Bill' and delegated powers*, 7 mars 2017, 9<sup>th</sup> Report of Session 2016-17, HL Paper 123, § 118.

64 Alison YOUNG, « Devolution : How does it work in practice ? » , *Constitutional Law Matters*, Centre for Public Law, University of Cambridge, 3 mai 2022, <https://constitutionallawmatters.org/2022/05/devolution-how-does-it-work-in-practice/> (consulté le 24 mai 2022).

65 Scotland Act 2016, section 2 venant modifier le Scotland Act 1998, section 28.

66 Wales Act 2017, section 2 venant modifier le Government of Wales Act, section 107.

invocables devant les juridictions. C'est ce qui ressort de la décision très contestable et effectivement largement contestée<sup>67</sup> de la Cour suprême du Royaume-Uni *Miller*<sup>68</sup>. Plutôt que de reconnaître la valeur et les effets juridiques de la convention désormais contenue dans une loi à caractère constitutionnel et de juger l'affaire en conséquence, la Cour réaffirme avec vigueur son caractère politique et se refuse à l'appliquer<sup>69</sup>.

## 2) Les accords intergouvernementaux

Par ailleurs, un certain nombre d'accords ont été conclus entre le pouvoir central et les entités dévolues. Il s'agit d'une part d'un document unique posant le cadre général des relations entre les deux échelons du pouvoir (a) et d'autre part d'une multitude d'accords thématiques (b).

### a) Le *Memorandum of Understanding*

Le *Memorandum of Understanding* prend la forme d'une « déclaration d'intention politique et ne saurait être interprété comme un accord contraignant »<sup>70</sup>. Il dresse une liste des principes directeurs des relations entre l'administration centrale et les entités dévolues du pays de Galles, d'Écosse et d'Irlande du Nord. Sont notamment mis en avant les principes de bonne communication, de consultation et de coopération.

En principe, il est prévu que le *Memorandum* soit revu tous les ans et mis à jour si nécessaire<sup>71</sup>. Toutefois, ce souci d'actualisation semble avoir été délaissé au fil des années dans la mesure où la dernière version disponible a été mise à jour en octobre 2013. L'opportunité et la nécessité d'une révision du *Memorandum* ont bien été soulignées lors de débats à la Chambre des Lords en 2017<sup>72</sup>, mais il semble que ces remarques soient restées à ce jour lettre morte.

---

67 Cf. notamment Conor CROMMEY et Eugenio Velasco IBARRA, « Statutory conventions : conceptual confusion or sound constitutional development ? », *PL*, 2018, pp. 613-631 ; Aurélien ANTOINE, « Le jugement Miller, la dévolution et la convention Sewel », *Jus Politicum* Blog, 22 février 2017, <https://blog.juspoliticum.com/2017/02/22/le-jugement-miller-la-devolution-et-la-convention-sewel/> (consulté le 24 mai 2022).

68 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

69 *Ibid.*, § 136 à 151.

70 *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*, Octobre 2013, p. 4.

71 *Ibid.*, p. 11.

72 *Hansard*, HL Deb 20 novembre 2017, Vol. 787.

## b) Les *concordats*

Les *concordats* sont des accords thématiques et bilatéraux visant à prévenir les éventuels enchevêtrements de compétences entre le pouvoir central et l'entité dévolue. L'intérêt de ces arrangements est d'accompagner le processus de la dévolution par la coordination des actions des pouvoirs publics afin d'aboutir à un modèle de gouvernance cohérent<sup>73</sup>. Ces documents présentent de nombreuses similitudes avec le *Memorandum of Understanding*. En effet, ils déroulent une liste de principes applicables aux relations entre les pouvoirs central et dévolu et sont dépourvus d'effets juridiques contraignants<sup>74</sup>. Certains concordats sont mêmes annexés au *Memorandum*<sup>75</sup>. La différence fondamentale entre les deux types d'accords réside dans leur champ d'application. Les concordats couvrent un domaine particulier : l'emploi et la retraite<sup>76</sup>, la santé et la sécurité sociale<sup>77</sup>, les statistiques<sup>78</sup>, etc.

Durant les premières années de la dévolution, la doctrine a nourri un intérêt certain pour ces instruments. Cette attention s'est peu à peu estompée et le désintérêt croissant à l'égard des *concordats* rend plus difficile l'évaluation de leur impact réel sur la conduite des relations entre les différents échelons du pouvoir. En outre, ces accords sont conclus directement par les fonctionnaires des administrations concernées, sans qu'il fassent nécessairement l'objet de débats publics et d'approbation parlementaire<sup>79</sup>.

### B-La résolution politique des conflits de compétence

En règle générale, les politiques et les fonctionnaires mettent tout en œuvre pour éviter les conflits de compétence (1). Dans l'éventualité où ces derniers surviennent, ils sont résolus par une instance politique (2).

---

73 Andrew SCOTT, « The Role of Concordats in the New Governance of Britain : Taking Subsidiarity Seriously », *ELR*, 2001, Vol. 5, n° 1, pp. 21-48, pp. 21-22.

74 Johanne POIRIER, « The Functions of Intergovernmental Agreements : Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective », *PL*, 2001, pp. 134-157, pp. 149-150.

75 *Memorandum of Understanding*, *op. cit.*, p. 22 et s.

76 *Concordat between the Department for Work and Pensions and the Welsh Government*, 6 décembre 1999, mis à jour le 1er novembre 2018.

77 *Devolution concordat on health and social care*, mai 2001.

78 *Concordat on Statistics*, 29 octobre 2021.

79 Johanne POIRIER, « The Functions of Intergovernmental Agreements : Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 28.

## 1) La prévention des conflits de compétence

Il est indéniable que les acteurs publics prennent soin de respecter la répartition des compétences entre le pouvoir central et les entités dévolues. À cet égard, deux exemples viennent soutenir cette assertion.

Premièrement, tout projet de loi est rédigé avec soin afin de ne pas empiéter sur les domaines réservés au Parlement de Westminster. D'abord, le porteur d'un projet de loi doit déclarer que, selon lui, le texte entre bien dans les compétences de l'assemblée dévolue<sup>80</sup>. Ensuite, le Président de chaque assemblée dévolue est tenu de vérifier que le texte sur le point d'être déposé sur le bureau de l'assemblée entre bien dans les compétences de cette dernière et se prononce sur la validité du texte sur cette base<sup>81</sup>. Enfin, un contrôle de mêmes nature et portée est effectué sur la loi assortie d'éventuels amendements avant son vote définitif<sup>82</sup>.

Secondement, dans leur travail quotidien, les administrations s'emploient à éviter autant que possible la survenance des conflits de compétence. Le *Memorandum* précité encourage les fonctionnaires à résoudre les divergences directement dans le cadre des réunions de travail et de manière informelle<sup>83</sup>. Si un consensus n'est pas trouvé à ce stade, le différend doit être porté à la connaissance des supérieurs hiérarchiques afin qu'une solution amiable puisse être trouvée. En dépit de ces précautions, il advient que des différences de points de vue se muent en véritables conflits de compétence.

## 2) La résolution des conflits de compétence

Pour faire face à cette éventualité, le *Memorandum* a institué un Comité ministériel mixte (*Joint Ministerial Committee*), une instance politique composée de ministres des gouvernements central et dévolus<sup>84</sup>. Le Comité est chargé de résoudre les conflits de compétence en application d'un protocole formalisé en 2010<sup>85</sup>. À cette fin, il joue moins le rôle d'instance juridictionnelle ou décisionnelle rendant des actes définitifs que celui de médiateur facilitant les discussions<sup>86</sup>.

---

80 *SA* 1998, section 31(1) ; *NIA* 1998, section 9 ; *GWA* 2006, section 110(2).

81 *Ibid*, section 31(2A) ; *Ibid*, section 10(2) ; *Ibid*, section 110(2).

82 *Ibid*, section 31(2A) ; *Ibid*, section 10(2) ; *Ibid*, section 111A(3).

83 *Memorandum of understanding*, *op. cit.* p. 18.

84 David TORRANCE, *Intergovernmental relations in the United Kingdom*, House of Commons Library, Research Briefing, 21 janvier 2022, n° CBP8371, p. 33.

85 *Protocol for avoidance and resolution of disputes*.

86 *Memorandum of understanding*, *op. cit.* p. 17.

Toute question n'ayant pu être résolue au niveau administratif se transforme en désaccord susceptible d'être transmis au secrétariat du *JMC*<sup>87</sup>. Ce dernier organise un certain nombre d'entrevues avec les fonctionnaires concernés au cours desquelles ces derniers exposent leur point de vue et entament une discussion et des négociations dans une démarche conciliatrice. Le cas échéant, des réunions au niveau ministériel peuvent être organisées. Ce n'est qu'en cas de négociations infructueuses à ce stade que le *JMC* intervient de manière formelle en se réunissant en assemblée plénière.

Le processus de dévolution s'est largement développé autour d'instruments politiques dépourvus d'effets juridiques. En parallèle, le législateur a développé un cadre juridique contraignant au niveau constitutionnel qui n'a cessé de prendre de l'importance depuis plus de vingt ans.

## §2. La codification de la constitution territoriale britannique

Les lois de dévolution de 1998 ont contribué à la constitutionnalisation des relations entre les pouvoirs central et dévolus. Désormais, la séparation verticale des pouvoirs est garantie par des textes à valeur constitutionnelle (A). Ce processus, s'il n'était accompagné d'une application effective, ne présenterait qu'un intérêt dérisoire. Pour assurer la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles, il est indispensable que les juridictions britanniques soient à même d'assurer le rôle de régulateur indépendant des pouvoirs publics (B).

### A-La garantie constitutionnelle de la séparation verticale des pouvoirs

Conformément à une vision orthodoxe, les lois adoptées par le Parlement britannique acquièrent invariablement la même valeur. Dans la lignée des théories légalistes, la loi est l'expression de la volonté générale, du peuple souverain par l'intermédiaire de ses représentants au Parlement. Par conséquent, chaque loi est égale aux autres et peut être modifiée ou abrogée selon le bon vouloir du législateur. Cette vision se heurte à certaines difficultés pratiques ayant conduit les britanniques à admettre l'existence d'une hiérarchie entre les lois du Parlement en fonction de leur contenu et de leur portée (1). Ce sont dans ces nouvelles lois au caractère constitutionnel nouvellement reconnu que les relations entre le pouvoir central et les entités dévolues sont détaillées (2).

---

<sup>87</sup> Pour une description détaillée de la procédure, cf. *ibid*, pp. 18-21.

## 1) La nécessaire hiérarchisation des lois du Parlement de Westminster

La stricte égalité des lois du Parlement de Westminster est une fiction mise à mal par les réalités juridiques contemporaines. L'exemple de l'articulation récente de la doctrine de l'abrogation tacite (*implied repeal*) permet de rendre compte des insuffisances d'un droit constitutionnel centré sur la souveraineté parlementaire. Dans son acception classique, cette doctrine prévoit qu'en cas de conflit entre deux lois, la loi postérieure prévaut sur la loi ancienne<sup>88</sup>. Par conséquent, les dispositions anciennes contredites par une loi plus récente sont implicitement abrogées par le Parlement. Ce que ce dernier a fait, il est disposé à le défaire à souhait<sup>89</sup>. Un certain malaise peut découler d'une application stricte de cette doctrine en toutes circonstances. Il en va ainsi lorsqu'une loi sans importance particulière vient contredire une loi fondamentale du Royaume-Uni qui fait matériellement partie de la Constitution. L'abrogation des dispositions législatives anciennes est d'un côté respectueuse du principe de souveraineté parlementaire, mais de l'autre dangereuse pour la sécurité juridique et l'ordre constitutionnel.

La question a effectivement été soulevée devant la Haute Cour de justice d'Angleterre et du pays de Galles dans l'affaire *Thoburn* de 2002<sup>90</sup>. En l'espèce, une loi de 1985 relative au système métrique<sup>91</sup> entrainait en contradiction avec le *European Communities Act 1972*, la loi mettant en œuvre l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes et incorporant les traités européens. Les requérants soutenaient qu'en application de la doctrine de l'*implied repeal*, la loi postérieure était venue abroger la loi de 1972, pourtant d'une importance capitale. Face à cette contradiction manifeste aux effets potentiellement dévastateurs, le juge LAWS adopte une approche prudente et proactive. S'il rejette les arguments fondés sur la doctrine de l'*implied repeal* en jugeant que la loi postérieure n'est pas contraire à la loi de 1972<sup>92</sup>, il saisit l'opportunité de clarifier les principes applicables en présence d'une situation de contrariété à l'occasion d'un *obiter dictum*<sup>93</sup>. Le juge LAWS relativise la doctrine de l'*implied repeal* qui, selon lui, ne saurait s'appliquer en toutes circonstances et s'inclinerait devant certaines lois. Pour parvenir à cette conclusion, il propose une hiérarchie des lois du Parlement avec d'un côté les lois ordinaires et de l'autre les lois

---

88 Mark ELLIOTT, « United Kingdom : Parliamentary sovereignty under pressure », *IJCL*, 2004, Vol. 2, n° 3, pp. 545-627, p. 550.

89 Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 36.

90 *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151, [2002] 3 WLR 247.

91 *The Weights and Measures Act 1985*.

92 *Ibid*, § 50-52.

93 Un *obiter dictum* est un passage d'un jugement où le juge s'exprime « soit dit en passant », sur des points qui ne résolvent pas l'affaire au principal. Ces développements ne lient pas les juridictions inférieures, mais bénéficient d'un certain pouvoir de persuasion.

constitutionnelles<sup>94</sup>. Il poursuit en indiquant qu'une loi constitutionnelle est un texte qui « (a) régit les relations entre les citoyens et l'État d'une manière générale, ou (b) étoffe ou restreint le champ des droits constitutionnels fondamentaux »<sup>95</sup>. À titre d'illustration, un certain nombre de lois sont qualifiées de constitutionnelles : la *Magna Carta* de 1215, le *Bill of Rights* 1689, les *Acts of Union* de 1706 et 1707, les *Reform Acts*, le *European Communities Act* 1972, le *Human Rights Act* 1998, le *Scotland Act* 1998 et le *Government of Wales Act* 1998. Ainsi, l'application de la doctrine de *l'implied repeal* dépend de la qualification d'une loi : « les lois ordinaires peuvent être abrogées tacitement. Les lois constitutionnelles ne le peuvent pas »<sup>96</sup>.

La hiérarchisation des lois introduite par la décision *Thoburn* a pour mérite de « protéger juridiquement — et non plus par l'existence de conventions de la Constitution ou d'une inclinaison naturelle de la politique britannique pour la modération ou la vertu burkienne — certaines normes d'une intervention parlementaire intempestive »<sup>97</sup>. D'autres arrêts s'inscrivent dans cette tendance à la formalisation de la Constitution britannique<sup>98</sup>.

## 2) La constitutionnalisation de la dévolution

Les modèles de dévolution s'inscrivent pleinement dans le phénomène de hiérarchisation des lois et de formalisation de la Constitution. De par leur contenu et leur portée, les lois de dévolution occupent une place de choix dans la Constitution britannique.

D'une part, la qualification de loi constitutionnelle est particulièrement adaptée aux lois de dévolution en ce qu'elles contiennent des dispositions matériellement constitutionnelles. À cet égard, les propos de Lord HOPE tenus lors de son audition devant une commission parlementaire sont lumineux : « Je pense [que les lois de la dévolution] doivent être considérées comme une sorte de constitution parce qu'elles prévoient tout ce que l'on pourrait trouver dans une constitution. Elles définissent les compétences législatives, elles définissent les compétences exécutives, elles consacrent les droits de l'homme en reconnaissant la convention des droits comme constitutive

---

94 *Thoburn v Sunderland City Council*, *op. cit.*, § 62.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*, §63.

97 Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Thèse de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 499 p., p. 144.

98 Cf. notamment *R (HS2 Action Alliance Limited) v The Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, sur la question des conflits entre lois constitutionnelles et pour des développements sur l'identité constitutionnelle britannique.

d'une limite à ces deux catégories de compétences, et elles confient aux juridictions le pouvoir de contrôler ce système. C'est un ensemble complet, qui contient tout ce que l'on souhaiterait trouver dans une constitution. Il ne se décrit pas ainsi mais ce constat est une réalité pratique »<sup>99</sup>. Ainsi, les relations et la répartition des compétences entre les pouvoirs central et dévolus sont sécurisées dans un texte à valeur constitutionnelle. Récemment, le caractère immuable des Parlements et gouvernements dévolus a été inscrit dans les lois de dévolution<sup>100</sup>.

D'autre part, la qualification de loi constitutionnelle a effectivement été reconnue par les juges. Dans l'arrêt *Robinson* de 2001, Lord BINGHAM écrivait déjà : « La loi de 1998 ne contient pas toutes les dispositions constitutionnelles applicables à l'Irlande du Nord, mais elle est en effet une constitution »<sup>101</sup>. De même, le SA a été qualifié de « pièce monumentale de la législation constitutionnelle » dans une décision de 2010<sup>102</sup>. Le phénomène de constitutionnalisation est encore plus remarquable dans un arrêt de 2018 dans lequel les juges affirment unanimement que « le cadre constitutionnel de la dévolution n'est ni plus ni moins que les dispositions du SA telles qu'interprétées selon des principes désormais bien établis »<sup>103</sup>. D'une constitution essentiellement fondée sur des conventions et accords politiques, le Royaume-Uni est passé à une constitution juridique matérialisée par des lois de dévolution qui tendent à l'exhaustivité dans les dispositions qu'elles contiennent.

Partant, de nombreux débats ont émergé sur le nouveau modèle de la division verticale des pouvoirs. Certains auteurs mettent en évidence les rapprochements entre les arrangements constitutionnels en vigueur au Royaume-Uni et les caractéristiques d'un modèle de type fédéral fondé sur une constitution écrite<sup>104</sup>. D'autres mettent l'accent sur les différences entre la dévolution britannique et le système américain afin d'exclure le Royaume-Uni du modèle de l'État fédéral<sup>105</sup>. La réponse réside certainement dans un entre-deux caractérisé par l'expression confortable de modèle *sui generis*. Cette position mesurée a été résumée par Lord HOPE lorsqu'il

99 Political and Constitutional Reform Committee, *Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution*, House of Commons, Session 2013-14, HC 802, p. 12, cité et traduit en français dans Émilie HATTE, *La Cour suprême du Royaume-Uni et le nouvel équilibre institutionnel*, Thèse de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, 463 p., p. 210.

100 SA 1998, section 63A ajoutée par SA 2016, section 1 ; GWA 2006, section A1 ajoutée par WA 2017, section 1. La loi de dévolution nord-irlandaise ne contient pas de disposition analogue eu égard à l'histoire politique tumultueuse de ce territoire.

101 *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32, § 11.

102 *Martin v HM Advocate (Scotland)* [2010] UKSC 10, § 44, Lord WALKER.

103 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* [2018] UKSC 64, § 35.

104 Frédérique ROUX, *La dévolution en Grande-Bretagne. Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Thèse de droit public, *op. cit.*, p. 676-677.

105 Mark ELLIOTT et Robert THOMAS, *Public Law*, *op. cit.*, p. 323.

parlait d'une « évolution nerveuse et hésitante vers un genre de fédéralisme, avec une cour constitutionnelle naissante »<sup>106</sup>.

En définitive, la constitutionnalisation des sources de la dévolution marque la transition en douceur vers un nouveau modèle de séparation verticale des pouvoirs qui appelle un rôle croissant du juge dans la régulation des relations entre les échelons central et dévolus.

### B-La garantie juridictionnelle de la séparation verticale des pouvoirs

Les juges occupent une place de plus en plus importante dans le cadre de la dévolution et au premier chef la Cour suprême du Royaume-Uni (1) qui, en la matière, fait en quelque sorte office d'une cour constitutionnelle (2).

#### 1) La création de la Cour suprême du Royaume-Uni

Avant 2009, la plus haute juridiction britannique était la Commission d'appel (*Appellate Committee*) de la Chambre des Lords<sup>107</sup>. Cette situation dans laquelle une instance judiciaire majeure réside dans la chambre haute du Parlement ne témoigne pas d'une attitude respectueuse de la séparation des pouvoirs. Une loi d'envergure constitutionnelle de 2005, le *Constitutional Reform Act*, tente de remédier à ce problème en prévoyant, entre autres, le remplacement de la Commission d'appel par une Cour suprême<sup>108</sup>. Cette dernière entame ses activités en 2009.

Il est intéressant de s'attarder sur la nature de cette nouvelle cour. En règle générale, une cour suprême peut être définie comme étant une « juridiction placée au sommet d'une pyramide de juridictions, chargée de maintenir la cohérence dans l'application du droit »<sup>109</sup>. À première vue, la Cour suprême du Royaume-Uni semble s'inscrire dans cette catégorie en ce qu'elle est la juridiction d'appel de dernier ressort du pays. En réalité, cette affirmation n'est pas tout à fait exacte. Cela tient au fait que le Royaume-Uni se décompose en trois systèmes juridictionnels distincts : les systèmes d'Angleterre et du pays de Galles, d'Écosse, et d'Irlande du Nord. La position du *CRA* à ce propos

---

106 Lord HOPE cité par Frédérique ROUX, *La dévolution en Grande-Bretagne. Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 676.

107 *Appellate Jurisdiction Act* 1876, section 3. La loi confère ce pouvoir d'une manière générale à la Chambre des Lords. La Commission d'appel n'est constituée formellement qu'en 1941.

108 *CRA* 2005, Partie 3.

109 Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, Dalloz, Lexiques, Paris, 29e éd., 2021, 1120 p., p. 312.

est sans équivoque en ce qu'il prévoit que les distinctions entre les différents systèmes ne sont en rien affectées par la création de la Cour suprême<sup>110</sup>. Par conséquent, les décisions de cette dernière « ont une autorité de chose jugée géographiquement circonscrite à l'ordre juridictionnel du territoire concerné et une autorité seulement persuasive pour les juridictions des autres territoires »<sup>111</sup>. De plus, la Cour suprême n'est pas compétente pour connaître des appels en matière pénale interjetés en Écosse<sup>112</sup>.

En règle générale, la Cour suprême du Royaume-Uni est tantôt la juridiction suprême de l'Angleterre et du pays de Galles, tantôt celle de l'Irlande du Nord et tantôt celle de l'Écosse pour les matières civiles.

## 2) L'apparition d'un succédané de cour constitutionnelle

En revanche, elle est « à proprement parler, une juridiction suprême pour l'ensemble du Royaume-Uni dans le cadre limité du contentieux de la dévolution »<sup>113</sup>. En effet, toutes les considérations relatives aux différences entre les systèmes juridiques distincts du Royaume-Uni s'inclinent face à la compétence exclusive et illimitée de la Cour en dernier ressort<sup>114</sup> et l'autorité de chose jugée de ses jugements étendue à l'ensemble du pays<sup>115</sup>.

Certains auteurs ont relevé que, s'agissant de la dévolution, la Cour agit « comme une cour constitutionnelle »<sup>116</sup>. Formellement, cette qualification relève de l'abus de langage. Comme le relevait Aurélie DUFFY-MEUNIER : « Compte tenu de ses attributions de juridiction suprême, la Cour au Royaume-Uni ne correspond tout d'abord pas à une Cour constitutionnelle définie, au sens strict, comme une juridiction exclusivement spécialisée dans le contentieux constitutionnel et située

---

110 *CRA* 2005, section 41(1).

111 Aurélie DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », RIDC, 2012, Vol. 64, n° 3, pp. 681-734, p. 709.

112 La Haute Cour de justice (*High Court of Justiciary*) écossaise demeure la juridiction de dernier ressort pour les appels en matière pénale en application de la section 124(2) du *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*.

113 Aurélie DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *op. cit.*, p. 712.

114 Dans le cadre du contentieux de la dévolution, la Cour suprême est compétente pour connaître des appels en matière pénale interjetés en Écosse conformément à l'exception prévue aux sections 124(2) et 228A du *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*.

115 *CRA* 2005, section 41(2).

116 Lord CARNWATH, « After the Constitutional Reform Act 2005 : The birth of the United Kingdom Supreme Court », in *Les juridictions suprêmes en France et au Royaume-Uni : L'apparition de nouveaux modèles*, Colloque organisé par l'Association des Juristes Franco-Britanniques et l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) le 7 décembre 2012, Société de Législation Comparée, Droit comparé et européen, Paris, Vol. 14, 2014, 82 p., pp. 35-42, p. 39 ; Émilie HATTE, *La Cour suprême du Royaume-Uni et le nouvel équilibre institutionnel*, *op. cit.*, p. 216.

hors de l'appareil juridictionnel ordinaire »<sup>117</sup>. Toutefois, sans être par nature une cour constitutionnelle, la Cour suprême du Royaume-Uni s'apparente bien à une juridiction de la sorte dans le cadre de la dévolution<sup>118</sup>. Les développements ultérieurs consacrés aux éléments de procédure ainsi qu'au contrôle des lois dévolues opérés par la Cour permettront de soutenir cette approche.

Le nouveau rôle de la Cour suprême mérite d'être souligné. Il s'inscrit pleinement dans le phénomène de constitutionnalisation des relations entre le pouvoir central et les entités dévolues. La Cour suprême se pose en régulateur de la séparation verticale des pouvoirs en s'appuyant sur les lois constitutionnelles de dévolution qu'elle interprète et applique. En effet, elle « n'hésite pas à rappeler la primauté de la constitution juridique »<sup>119</sup>.

En définitive, le cadre de la dévolution est passé d'un ensemble de règles politiques appliquées par les acteurs politiques à des lois constitutionnelles dont l'effectivité est garantie par le juge. Une analyse de la répartition des compétences législatives définies par les lois de dévolution s'impose afin d'appréhender la nature de ce contrôle juridictionnel.

## Section 2 : La mise en place d'une multitude de normes de références du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues

La répartition des compétences entre le pouvoir central et les entités dévolues résulte d'un agencement complexe centré autour de la compétence législative des assemblées dévolues. Ainsi, une loi dévolue dont les dispositions excèdent les compétences du législateur dévolu n'est pas une loi<sup>120</sup>. Une disposition législative excède les compétences de l'assemblée dès lors qu'elle contrevient à certaines prescriptions des lois de dévolutions qui font alors office de normes de références<sup>121</sup>. Ces limitations de la compétence du législateur dévolu sont de plusieurs sortes. D'une part, les

117 Aurélie DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *op. cit.*, pp. 712-713.

118 Cette affirmation ne vaut pas uniquement et exclusivement pour le cas de la dévolution. La forme de contrôle de conventionnalité originale et limitée des lois de Westminster dans le cadre du *HRA* et du *ECA* permet également de rapprocher la Cour suprême d'une juridiction constitutionnelle. Sur ce point, *cf.* Aurélie DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *op. cit.*, pp. 713-721

119 Émilie HATTE, *La Cour suprême du Royaume-Uni et le nouvel équilibre institutionnel*, *op. cit.*, p. 213.

120 *SA* 1998, section 29(1) ; *NIA* 1998, section 6(1) ; *GWA* 2006, section 108A(1).

121 *Ibid*, section 29(2) ; *Ibid*, section 6(2) ; *Ibid*, section 108A(2).

assemblées dévolues doivent respecter la répartition verticale des compétences dans son acception classique (§1). D'autre part, elles sont tenues de se conformer à des prescriptions renvoyant à des normes de références bien plus larges dans la mesure où elles sont contraintes de respecter le droit de l'UE et les droits garantis par la CEDH (§2).

### §1. L'obligation de respect de la répartition mouvante des compétences *stricto sensu*

Conformément aux lois constitutionnelles, les assemblées dévolues ne peuvent légiférer que dans les domaines qui leur ont été dévolus. La répartition verticale des compétences actuelle (B) n'est pas figée et résulte d'évolutions successives qui vont dans le sens d'un élargissement progressif des compétences (A).

#### A-L'élargissement progressif des compétences des assemblées dévolues

Les évolutions des modèles de dévolution écossais et gallois permettent d'illustrer la tendance à l'élargissement progressif des compétences des législateurs dévolus. Si le résultat est similaire, les manières d'y parvenir diffèrent en raison d'approches initiales radicalement opposées. D'un côté, le Parlement écossais a bénéficié depuis ses débuts d'une compétence de principe assortie d'exceptions, les domaines réservés à Westminster. Ces derniers ont été modifiés au gré des réformes législatives afin d'étendre la compétence de *Holyrood* (1). De l'autre, le modèle gallois a changé de paradigme. Alors qu'initialement, l'assemblée bénéficiait de compétences d'attribution, le *Senedd* s'est récemment vu conférer une compétence de principe en partie calquée sur le modèle écossais (2).

##### 1) L'ajout d'exceptions aux domaines réservés dans le modèle écossais

Afin de transférer toujours plus de compétences au Parlement écossais, le pouvoir central modifie régulièrement la longue liste des domaines réservés établie à l'annexe 5 du *SA* 1998. Plutôt que de supprimer certains domaines pris dans leur ensemble, Westminster ajoute des exceptions à l'interdiction de légiférer au niveau écossais dans certains domaines en particulier. Par ces interventions, le champ des matières réservées au pouvoir central se réduit peu à peu.

D'un côté, l'ajout de certaines exceptions ne représente que des transferts de compétences mineurs tant elles sont circonscrites à des matières très spécifiques. À titre d'exemple, *Holyrood* est

désormais disposé à adopter des lois pour réguler les armes à air comprimé du moment qu'elles ne concernent pas la délivrance des permis pour les armes particulièrement dangereuses ou leur interdiction<sup>122</sup>. De même, depuis 2016, le Parlement écossais est compétent pour légiférer dans le domaine de l'octroi des autorisations d'exploitations des établissements de jeux, excepté ceux proposant des paris sportifs, sur le nombre de machines à sous pour lesquelles la mise maximale est supérieure à £10<sup>123</sup>.

De l'autre, l'introduction de nouvelles exceptions constitue des transferts de compétences majeurs dans des domaines significatifs. Alors que la matière fiscale était pendant longtemps réservée au Parlement de Westminster, le *SA* 2012 est venu créer une exception prévoyant la possibilité pour *Holyrood* de percevoir et d'employer les taxes dévolues de manière autonome<sup>124</sup>. Par ailleurs, de larges pans de la sécurité sociale ont été transférés à l'Écosse en 2016<sup>125</sup>. Plus particulièrement, certaines prestations sociales sont à présent gérées et versées par les pouvoirs publics écossais. Il s'agit à titre principal des allocations aux handicapés, des indemnisations en cas d'incapacité permanente résultant d'un accident de travail, et de l'allocation de maternité.

## 2) Le changement de paradigme du modèle gallois

Avant le *WA* 2017, l'assemblée galloise ne disposait que d'une compétence d'attribution. Jusqu'à cette date, l'élargissement des compétences galloises s'effectuait directement par l'introduction de nouvelles compétences transférées. Ont par exemple été dévolues au fil des réformes des compétences relatives à la gestion des pompiers et des services de secours<sup>126</sup>, au logement<sup>127</sup>, à certaines taxes<sup>128</sup>, etc.

Avec l'entrée en vigueur du *WA* 2017, la dévolution galloise a adopté le *reserved model*. Par conséquent, le Parlement gallois dispose désormais d'une compétence de principe à l'instar de

---

122 *SA* 1998, Schedule 5, section B4 telle que modifiée par *SA* 2012, section 10.

123 *Ibid*, Schedule 5, section B9 telle que modifiée par *SA* 2016, section 52(1).

124 *Ibid*, Schedule 5, section A1 telle que modifiée par *SA* 2012, section 23(5).

125 *Ibid*, Schedule 5, section F1 telle que modifiée par *SA* 2012, sections 22 à 27.

126 *GWA* 2006, Schedule 7, section 7 dans sa version en vigueur jusqu'au 1er avril 2016, telle que modifiée par *The National Assembly for Wales (Legislative Competence) (Amendment of Schedule 7 to the Government of Wales Act 2006) Order* 2010 (S.I. 2010/2968), article 1(2).

127 *Ibid*, Schedule 7, section 11 dans sa version en vigueur jusqu'au 1er avril 2016, telle que modifiée par *The National Assembly for Wales (Legislative Competence) (Amendment of Schedule 7 to the Government of Wales Act 2006) Order* 2007 (S.I. 2007/2143), article 7.

128 *Ibid*, Schedule 7, section 16A dans sa version en vigueur jusqu'au 1er avril 2016, telle que modifiée par *WA* 2014, article 6(9).

*Holyrood*. Cette inversion de modèle induit une plus grande autonomie législative au pays de Galles<sup>129</sup>.

### B-Le modèle actuel de la répartition des compétences *stricto sensu*

À titre principal, la répartition verticale des compétences *stricto sensu* recouvre deux éléments. D'une part, le législateur dévolu ne peut adopter des lois dont le champ d'application excède son territoire (1). D'autre part, il lui est interdit de légiférer dans certains domaines (2).

#### 1) La compétence territoriale du législateur dévolu

Les lois de dévolution prévoient en substance et en des termes similaires que le législateur dévolu n'est pas compétent pour adopter des lois qui « feraient partie de la législation d'un pays ou d'un territoire autre que » le territoire dévolu en question, ou créeraient ou supprimeraient « des fonctions pouvant être exercées autrement qu'au sein ou à l'égard [du territoire] »<sup>130</sup>. Il ressort de la lecture des dispositions pertinentes dans les lois de dévolution que deux restrictions distinctes tendent à circonscrire le champ d'application territorial des lois dévolues.

Premièrement, l'interdiction des lois qui feraient partie de la législation d'un pays ou d'un territoire autre que le territoire dévolu doit être lue à la lumière des définitions et des notes explicatives fournies par les lois de dévolution. D'une part, chaque loi constitutionnelle définit respectivement ce que les termes « Écosse », « Irlande du Nord » et « pays de Galles » recouvrent dans ce contexte. Les trois lois précisent que les termes incluent les eaux intérieures et territoriales adjacentes aux trois territoires<sup>131</sup>. D'autre part, les notes explicatives du *SA* 1998 précisent qu'une loi du Parlement dévolu ne peut légiférer en droit anglais, mais qu'elle pourrait très bien « contenir un élément d'extraterritorialité du moment qu'elle édicte des règles de droit écossais »<sup>132</sup>.

Secondement, le sens de l'interdiction de la création ou de la suppression des fonctions pouvant être exercées autrement qu'au sein ou à l'égard du territoire concerné est quelque peu précisé par les notes explicatives du *SA* 1998. Ces dernières indiquent qu'en substance, les termes « au sein et à l'égard de l'Écosse » renvoient aux compétences dévolues prises dans leur ensemble, c'est-à-dire les

129 Richard RAWLINGS, « The strange reconstitution of Wales », *PL*, 2018, pp. 62-83, p. 81.

130 *SA* 1998, section 29(2)(a) ; *NIA* 1998, section 6(2)(a) ; *GWA* 2006, section 108A(2)(b).

131 *Ibid*, section 126(1) ; *Ibid*, section 98(1) ; *Ibid*, section 154(1).

132 *Explanatory Notes to the Scotland Act 1998*, Commentary, section 29, Details of provisions, Subsection (2), Paragraph (a).

compétences législatives et exécutives transférées aux pouvoirs publics écossais<sup>133</sup>.

## 2) L'interdiction de légiférer dans certains domaines

D'un point de vue matériel, la répartition des compétences entre le Parlement de Westminster et les assemblées dévolues est d'une complexité remarquable. Le rapprochement progressif des modèles de dévolution permet toutefois de proposer une vue d'ensemble un peu plus cohérente. Il découle des lois de dévolution que l'interdiction de légiférer dans certains domaines se décline sous deux formes distinctes. En premier lieu, le législateur dévolu ne peut adopter des lois touchant à des domaines réservés (a). En second lieu, il lui est interdit de modifier certaines règles de droit (b).

### a) L'interdiction d'adopter des lois touchant à des domaines réservés

Les assemblées dévolues ne peuvent pas adopter des lois qui touchent à (*relate to*) des domaines réservés à Westminster<sup>134</sup>.

Les domaines en question sont listés dans des annexes aux lois de la dévolution. Sont d'abord répertoriées des matières générales qui sont sensiblement les mêmes d'un modèle de dévolution à l'autre<sup>135</sup>. Elles correspondent généralement à des fonctions régaliennes et sont intimement liées au Royaume-Uni pris dans son ensemble. Les domaines réservés communs aux trois modèles de dévolution incluent : la Couronne<sup>136</sup>, le Parlement de Westminster<sup>137</sup>, la conduite des relations internationales<sup>138</sup>, la défense nationale<sup>139</sup>, l'enregistrement et le financement des partis politiques<sup>140</sup>, etc. Sont ensuite listées, dans les annexes des lois de dévolution écossaise et galloise, des matières spécifiques regroupées respectivement en douze et quatorze catégories. Ces dernières incluent entre

---

133 *Ibid.*

134 *SA* 1998, section 29(2)(b) ; *NIA* 1998, section 6(2)(b) (les termes « *dealing with* » sont employés ici) ; *GWA* 2006, section 108A(c).

135 *Ibid.*, Schedule 5, Partie 1 ; *Ibid.*, Schedule 3 ; *Ibid.*, Schedule 7A, Partie 1. Pour être exact, le modèle de dévolution nord-irlandais ne connaît pas la distinction entre matières générales et matières spécifiques. Cela tient au fait que le modèle est fondé sur deux types de réserves de compétences. D'une part, les domaines exclus qui ne pourront jamais être dévolus au pouvoir nord-irlandais et qui correspondent peu ou prou aux matières générales des domaines réservés dans les modèles écossais et gallois. D'autre part, les domaines réservés qui pourront être dévolus à l'avenir, et qui correspondent dans une certaine mesure aux domaines réservés spécifiques des deux autres modèles de dévolution.

136 *Ibid.*, Schedule 5, Partie 1, § 1(a) ; *Ibid.*, Schedule 2, § 1 ; *Ibid.*, Schedule 7A, Partie 1, § 1(a).

137 *Ibid.*, § 1(c) ; *Ibid.*, § 2 ; *Ibid.*, § 1(c).

138 *Ibid.*, § 7(1) ; *Ibid.*, § 3 ; *Ibid.*, § 10(1).

139 *Ibid.*, § 9(1) ; *Ibid.*, § 4 ; *Ibid.*, § 11.

140 *Ibid.*, § 6 ; *Ibid.* § 13 ; *Ibid.*, § 6.

autres les domaines économique et financier<sup>141</sup>, les affaires intérieures<sup>142</sup>, le commerce et l'industrie<sup>143</sup>, l'énergie<sup>144</sup>, les transports<sup>145</sup>, une catégorie « divers »<sup>146</sup>, etc. Une matière réservée peut être définie directement par la loi de dévolution ou par référence au champ d'application d'une loi préexistante. La loi de dévolution pour l'Irlande du Nord diffère sur la forme et sur le fond en ce qu'elle répertorie des matières réservées sans les regrouper explicitement par catégories et contient une liste de domaines réservés plus restreinte que dans les lois de dévolution écossaise et galloise.

La question de savoir si une disposition d'une loi dévolue touche à un domaine réservé doit être déterminée en fonction « de l'objectif poursuivi par la disposition, en prenant en considération (entre autres) ses effets en toutes circonstances »<sup>147</sup>. Cette obligation d'interprétation n'est pas limpide et les notes explicatives du SA 1998 ne brillent pas non plus par leur intelligibilité. Ces notes indiquent que « cela peut impliquer qu'une disposition puisse poursuivre plusieurs objectifs, mais la section 29(3) ne dit pas que les cours doivent identifier l'objectif principal. Elle attend des cours qu'elles identifient "le" but poursuivi par la disposition, ce sur quoi elle porte, quelle est son "caractère véritable", sa "substantifique moelle" (*pith and substance*) »<sup>148</sup>. Une analyse de la jurisprudence en seconde partie révélera que cette approche n'a pas été retenue par les juridictions britanniques. Par ailleurs, cette approche doit être lue à la lumière de l'obligation interprétative générale des lois dévolues selon laquelle une disposition qui pourrait être interprétée comme excédant les compétences du législateur dévolu « doit être interprétée dans la mesure du possible de manière aussi restrictive que nécessaire pour entrer dans les compétences législatives et produit ses effets en conséquence »<sup>149</sup>.

#### b) L'interdiction de modifier certaines règles de droit

De même, les assemblées dévolues ne peuvent pas modifier certaines règles de droit préexistantes dans trois cas de figure avec parfois des logiques différentes en fonction des territoires.

141 SA 1998, Schedule 5, Partie 2, Head A ; GWA 2006, Schedule 7, Partie 2, Head A. Cette catégorie recouvre notamment la politique monétaire, les services et marchés financiers.

142 Ibid, Head B ; Ibid, Head B.

143 Ibid, Head C ; Ibid, Head C. Sont par exemple listés la concurrence, la propriété intellectuelle, le droit de la consommation, les télécommunications.

144 Ibid, Head D ; Ibid, Head D. On retrouve dans cette catégorie l'électricité, le pétrole, le gaz, le charbon, le nucléaire.

145 Ibid, Head E ; Ibid, Head E. Y sont inclus certaines composantes des domaines des transports routier, ferroviaire, maritime, aérien.

146 Ibid, Head L ; Ibid, Head N. Cette catégorie regroupe des matières plus insolites telles que les activités liées à l'Antarctique et l'espace.

147 SA 1998, section 29(3) ; GWA 2006, section 108A(6). Le NIA ne contient aucune disposition analogue ou similaire.

148 Explanatory Notes to the Scotland Act 1998, Commentary, section 29, Details of provisions, Subsection (3).

149 SA 1998, section 101(2) ; GWA 2006, section 154(2).

D'abord, les législateurs écossais et gallois ne peuvent adopter une loi qui viendrait modifier le droit dans les domaines réservés. Dans ce contexte, le terme « droit » couvre deux types de règles : d'une part, « toutes les dispositions législatives et réglementaires »<sup>150</sup> et d'autre part, « toute règle de droit qui n'est pas contenue dans un texte normatif »<sup>151</sup>. Cette restriction vient compléter l'interdiction d'adopter des lois touchant à des domaines réservés, laquelle aurait été quelque peu inopérante en son absence. La loi de dévolution pour l'Irlande du Nord retient la logique inverse. En effet, « une loi de l'assemblée [nord-irlandaise] peut modifier toute provision législative ou réglementaire du moment qu'elle fait partie du droit de l'Irlande du Nord »<sup>152</sup>.

Ensuite, il est interdit aux législateurs gallois et écossais de modifier des règles de droit privé et pénal. Cette interdiction n'est pas identique aux deux territoires. D'un côté, le législateur gallois tombe sous le coup d'une interdiction absolue. Ainsi, il ne peut ni modifier le droit privé, c'est-à-dire le droit des contrats, de la représentation, des baux, de la responsabilité délictuelle, de l'enrichissement sans cause, de la propriété, fiduciaire et des successions<sup>153</sup>, ni apporter des modifications à certains principes et catégories du droit pénal limitativement énumérés<sup>154</sup>. Cette restriction s'explique par l'existence d'un seul et même système juridique pour l'Angleterre et le pays de Galles qui comprend un corpus de règles unifié pour l'ensemble des branches du droit. De l'autre, le législateur écossais est soumis à une interdiction relative pour la raison inverse dans la mesure où le territoire dispose d'un système juridique propre avec des règles de droit pénal et privé spécifiques. Par conséquent, Holyrood ne peut pas « modifier le droit privé ou pénal écossais qui s'applique aux domaines réservés, à moins que l'objectif ne soit de faire en sorte que le droit en question s'applique de manière cohérente aux domaines réservés et dévolus »<sup>155</sup>.

Enfin, les assemblées dévolues ne peuvent pas modifier certaines dispositions législatives limitativement énumérées. D'une part, les lois de dévolution énumèrent certaines lois et visent plusieurs dispositions précises d'une importance majeure que les législateurs dévolus ne peuvent amender. Tous les mêmes textes ne sont pas visés dans les trois modèles de dévolution, mais certains sont communs aux trois lois de dévolution : le *Human Rights Act* 1998, le *European Union (Withdrawal) Act* 2018, le *United Kingdom Internal Market Act* 2020<sup>156</sup>, etc. D'autre part, les lois de

---

150 *Ibid*, Schedule 4, Partie 1, § 2(2)(a) ; *Ibid*, Schedule 7B, Partie 1, § 1(2)(a).

151 *Ibid*, Schedule 4, Partie 1, § 2(2)(b) ; *Ibid*, Schedule 7B, Partie 1, § 1(2)(b).

152 *NIA* 1998, section 5(6).

153 *GWA* 2006, Schedule 7B, Partie 1, § 3(1) et (2).

154 *Ibid*, § 4.

155 *SA* 1998, section 29(4).

156 *SA* 1998, Schedule 4, Partie 1, § 1(1)(f), (g) et (h) ; *NIA* 1998, section 7(1)(b), (e) et (f) ; *GWA* 2006, Schedule 7B, Partie 1, § 5(1).

dévolution écossaise et galloise prévoient directement qu'elles ne peuvent pas être modifiées par une loi dévolue. Cette interdiction ne vaut pas pour la loi constitutionnelle prise dans son ensemble, mais pour un grand nombre de sections expressément visées<sup>157</sup>. Il s'agit des parties fondamentales de ces lois à l'égard desquelles Westminster a pris soin de conserver le monopole de leurs éventuelles modifications ou abrogations.

Au gré des réformes successives, des modèles de répartition des compétences ont été élaborés par les lois de dévolution. Ces modèles constituent la base d'un contrôle de constitutionnalité des lois dévolues. Toutefois, ils ne représentent qu'une partie des normes de référence d'un contrôle qui s'étend au-delà de la constitutionnalité au sens strict pour recouvrir également des sources européennes.

## §2. L'obligation de respect du droit européen

Les lois constitutionnelles prévoient qu'une loi dévolue ne respectant pas le droit européen excède les compétences de l'assemblée dévolue. D'une part, l'obligation de conformité au droit de l'UE a été récemment modifiée consécutivement au *Brexit* (A). D'autre part, les législateurs dévolus sont tenus de respecter les droits garantis par la CEDH (B).

### A-La modification récente de l'obligation de respect du droit de l'Union

Lorsque le Royaume-Uni était membre de l'UE, l'obligation de conformité des lois dévolues au droit de l'Union était simple car elle prenait sa source dans une définition établie (1). Suite au *Brexit*, la l'obligation est demeurée complexe un certain temps avant de disparaître récemment (2).

#### 1) L'obligation de respect du droit primaire et dérivé de l'Union avant le *Brexit*

Jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la loi sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne<sup>158</sup>, les trois lois de dévolution prévoyaient invariablement que les législateurs dévolus ne pouvaient adopter une loi contraire au droit de l'Union<sup>159</sup>. La définition des termes « droit de l'UE »,

---

157 SA 1998, Schedule 4, Partie 1, § 4 ; GWA 2006, Schedule 7B, Partie 1, § 7.

158 *European Union (Withdrawal) Act* 2018.

159 SA 1998, section 29(2)(d) ; NIA 1998, section 6(2)(d) ; GWA 2006, section 108A(2)(e) dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020.

directement intégrée dans les lois de dévolution, reposait très largement sur celle établie dans le *ECA 1972*<sup>160</sup>. Sont alors compris dans l'expression « droit de l'UE » d'une part « tous les droits, compétences, responsabilités, obligations et restrictions créés ou découlant au fil du temps des traités européens » et d'autre part, « tous les recours et procédures prévues au fil du temps par ou en application des traités »<sup>161</sup>. La définition fournie est claire : l'expression recouvrait le droit primaire et le droit dérivé de l'UE.

## 2) L'obligation temporaire de respect du droit de l'Union maintenu à l'issue du *Brexit*

Depuis la fin de la période de transition du *Brexit* survenue le 31 décembre 2020, les législateurs dévolus ne sont plus tenus de respecter le droit primaire et dérivé de l'Union. Les lois de dévolution ont été directement modifiées à cette fin par la loi sur le retrait du Royaume-Uni de 2018. Pour autant, toute obligation de respect du droit de l'Union n'est pas éteinte. En réalité, les lois de dévolution suivent les prescriptions de la loi de 2018 qui prévoient que certains pans du droit de l'Union en vigueur avant la fin de la période transitoire sont maintenus en droit britannique même à l'issue de cette période<sup>162</sup>. Le droit de l'Union maintenu (*retained EU law*) est constitué des règles européennes d'application directe en droit interne (règlements et décisions)<sup>163</sup> et des directives ayant été transposées par les autorités britanniques<sup>164</sup>. En revanche, le droit primaire de l'UE ne fait pas partie du droit de l'Union maintenu. En effet, les traités ne sont plus applicables consécutivement à l'abrogation du *ECA 1972*<sup>165</sup> qui jusque là incorporait les traités européens dans l'ordre juridique du Royaume-Uni. De même, la Charte des droits fondamentaux de l'UE ne produit plus aucun effet en droit interne<sup>166</sup>. Par conséquent, le champ de l'expression « droit de l'Union maintenu » est plus restreint que celle de « droit de l'Union » et souffre de l'inintelligibilité générale entourant les implications du *Brexit*.

Conformément à ces évolutions majeures, les lois de dévolution prévoyaient dans un premier temps que les législateurs dévolus n'étaient pas compétents pour édicter une loi contraire au droit de l'Union maintenu en droit interne britannique<sup>167</sup>. En outre, dans un souci de cohérence et

---

160 *ECA 1972*, section 2(1).

161 *SA 1998*, section 126(9) ; *NIA 1998*, section 98(1) ; *GWA 2006*, section 158(1) dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020.

162 *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 2 et s.

163 *Ibid*, section 3(2)(a).

164 *Ibid*, section 2.

165 *Ibid*, section 1.

166 *Ibid*, section 5(4).

167 *SA 1998*, section 29(2)(d) ; *NIA 1998*, section 6(2)(d) ; *GWA 2006*, section 108A(2)(e).

d'uniformité de l'application déjà complexe du droit de l'Union maintenu au Royaume-Uni, les législateurs dévolus ne pouvaient pas modifier les règles de droit contenues dans cette catégorie<sup>168</sup>.

Dans un second temps, un décret du 22 mars 2022 a mis un terme à l'obligation de respect du droit de l'Union en abrogeant toute référence au droit de l'UE maintenu dans les trois lois de dévolution<sup>169</sup>.

### B-L'obligation de respect des droits garantis par la CEDH

La CEDH a été incorporée dans l'ordre juridique britannique de manières « médiate » et « partielle »<sup>170</sup> par le *Human Rights Act* 1998. Tout en conservant sa souveraineté, le Parlement de Westminster se conforme autant que possible au *HRA* afin de respecter ses engagements conventionnels. Pour des raisons analogues évidentes (1), les législateurs dévolus sont tenus de respecter les droits garantis par la CEDH et interprétés par la CourEDH (2).

#### 1) La justification de respect des droits garantis par la CEDH

D'une manière générale, il est présumé que, lorsqu'il légifère, le Royaume-Uni n'a pas voulu violer ses engagements internationaux<sup>171</sup>. Depuis l'entrée en vigueur des lois de dévolution, le Parlement de Westminster n'est plus le seul législateur au Royaume-Uni. Il est alors apparu nécessaire de s'assurer du respect de la CEDH dans l'ensemble du pays, ce qui a conduit à conditionner la compétence des législateurs dévolus à la conformité de leurs lois aux droits garantis par la Convention. En effet, il serait fâcheux que le Royaume-Uni se retrouve partie à une affaire devant la CourEDH, voire condamné par cette dernière, du fait des agissements des législateurs écossais, nord-irlandais et gallois.

---

168 *Ibid*, section 30A(1) ; *Ibid*, section 6A(1) ; *Ibid*, section 109A(1).

169 *The European Union (Withdrawal) Act 2018 (Repeal of EU Restrictions in Devolution Legislation, etc.) Regulations 2022, Statutory Instrument 2022/357*, regulations 2 à 4.

170 Aurélie DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act de 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de droit public, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2006, 652 p., pp. 99-100.

171 *ANS v ML* [2012] UKSC 30, § 15.

## 2) Le respect de la lettre partielle de la CEDH et de la jurisprudence de la CourEDH

Par conséquent, les lois de dévolution prévoient qu'une disposition législative des assemblées dévolues incompatible avec les droits garantis par la CEDH excède leurs compétences législatives<sup>172</sup>. Dans ce contexte, les termes « droits garantis par la CEDH » reçoivent la même signification que dans le *HRA*<sup>173</sup>. Tel qu'indiqué plus haut, l'incorporation de la CEDH dans le droit interne britannique n'est que partielle. Conformément au *HRA*, « les droits de la CEDH » comprennent « les articles 2 à 12 et 14 de la Convention, les articles 1 à 3 du Protocole n°1 à la CEDH, et l'article 1 du Protocole n° 13 à la CEDH »<sup>174</sup>.

Il ressort également du *HRA* que les législateurs dévolus doivent respecter les droits de la Convention tels qu'interprétés par la CourEDH. En effet, les juridictions britanniques saisies d'une question impliquant un droit garanti par la CEDH prennent en considération, entre autres, « tout jugement, décision, déclaration ou avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>175</sup>.

En définitive, les bases du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues sont issues d'un cadre législatif à valeur constitutionnelle, mais largement flexible. Le cadre actuel prévoit un contrôle de constitutionnalité hybride par rapport à des normes de référence larges. Avant d'analyser l'exercice de ce contrôle par les juges, il est primordial d'énumérer et de caractériser les procédures permettant de porter des affaires impliquant un tel contrôle devant les juridictions.

---

172 *SA* 1998, section 2(d) ; *NIA* 1998, section 6(2)(c) ; *GWA* 2006, section 108A(e).

173 *Ibid*, section 126(1) ; *NIA* 1998, section 98(1) ; *GWA* 2006, section 158(1).

174 *HRA* 1998, section 1(1).

175 *Ibid*, section 2(1)(a).

## Chapitre 2 : Le cadre procédural composite d'un système mixte de justice constitutionnelle

Il existe différents modèles de justice constitutionnelle de par le monde. Deux sont traditionnellement retenus : d'une part, le modèle américain caractérisé par un contrôle de constitutionnalité diffus, concret et *a posteriori*, par voie d'exception et avec des décisions bénéficiant de l'autorité relative de la chose jugée<sup>176</sup> et d'autre part, le modèle européen au sein duquel est exercé un contrôle concentré par une juridiction prévue à cet effet, abstrait et par voie d'action et dont les décisions jouissent de l'autorité absolue de chose jugée<sup>177</sup>. Au-delà de cette classification binaire ont émergé des systèmes mixtes de justice constitutionnelle, à l'instar de celui du Portugal qui est « une combinaison du système diffus et concret [...] et du système concentré et abstrait »<sup>178</sup>.

La justice constitutionnelle rendue dans le contexte de la dévolution britannique s'apparente à un système mixte. En effet, le cadre procédural du contentieux de la dévolution, composé de sources variées, intègre des caractéristiques des modèles américain et européen. La distinction entre les attributs des deux classifications repose sur la personne à l'origine de la procédure juridictionnelle. D'une part, un contrôle de constitutionnalité diffus des lois dévolues a lieu lorsqu'un justiciable en est à l'origine (Section 1). D'autre part, le contrôle de constitutionnalité exercé suite à une procédure intentée par les officiers judiciaires et les juges est dans une certaine mesure concentré (Section 2).

### Section 1 : Le contrôle de constitutionnalité diffus des lois dévolues à l'initiative des justiciables

Toute juridiction peut être amenée à contrôler la constitutionnalité d'une loi dévolue. En effet, dans le cadre de procédures juridictionnelles classiques, les justiciables peuvent arguer de l'inconstitutionnalité d'une loi dévolue. Une telle situation peut se présenter par voie d'exception à l'occasion d'un litige entre deux personnes privées (§1) ou par voie d'action par le biais d'une demande de *judicial review* (§2).

---

176 Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 22e éd., 2019, 1200 p., pp. 285-288.

177 *Ibid*, pp. 296-299.

178 Vital MOREIRA, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *CCC*, 2001, n° 10 (Dossier : Portugal), pp. 21-34, p. 21.

## §1. La résolution des conflits de compétence par voie d'exception à l'occasion d'un litige entre deux personnes privées

Les juges du fond sont habilités à connaître des questions de dévolution (*devolution issues*) et ainsi à opérer un contrôle de constitutionnalité des lois dévolues (A) sous l'autorité régulatrice de la Cour suprême qui connaît des affaires en dernier ressort (B).

### A-La résolution des conflits de compétence par les juges du fond

Lors d'un litige opposant deux justiciables, il est possible qu'une question de dévolution survienne de manière incidente au procès<sup>179</sup>. Dans cette hypothèse, le juge saisi du litige peut directement se prononcer sur la question de dévolution et si une loi dévolue est au cœur du conflit de compétence, il peut contrôler la constitutionnalité de cette dernière. En effet, les juges du fond ne sont pas tenus de transmettre la question à des cours supérieures par le biais des mécanismes de renvoi qui seront exposés dans la prochaine section. Si seuls les justiciables soulèvent la question de dévolution, c'est-à-dire si les officiers judiciaires ne demandent pas au juge de la renvoyer aux cours supérieures, alors les juges peuvent opérer un renvoi<sup>180</sup>. Mais ils peuvent également décider de trancher le litige et par conséquent la question de dévolution directement. Cette règle procédurale est toutefois assortie d'une exception. Un tribunal dont les décisions ne sont pas susceptibles d'appel est obligé de renvoyer la question de dévolution vers les cours supérieures<sup>181</sup>.

En tout état de cause, la possibilité offerte aux juges du fond de se prononcer sur la constitutionnalité des lois dévolues s'apparente bien à un contrôle diffus, lequel a généralement lieu dans les systèmes où « tout tribunal, peu importe son rang, peut contrôler la constitutionnalité d'une loi dans une affaire qui lui est soumise »<sup>182</sup>. Une autre caractéristique du contrôle diffus tient à la hiérarchie fonctionnelle des juridictions qui implique que « les affaires posant un problème de principe sont généralement remontées jusqu'à la Cour suprême »<sup>183</sup>.

### B-L'autorité régulatrice de la Cour suprême

Il s'agit précisément de la situation britannique en matière de contrôle de constitutionnalité des lois

179 Paul CRAIG, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 6e éd., 2008, 1170 p., p. 203.

180 Cf. notamment *SA* 1998, Schedule 6, § 7 ; *NIA* 1998, Schedule 10, § 7 ; *GWA* 2006, Schedule 9, § 8.

181 *Ibid.*, § 8 ; *Ibid.*, § 8 ; *Ibid.*

182 Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 41e éd., 2020, 904 p., p. 81.

183 *Ibid.*

dévolues. Comme précisé en première partie, la Cour suprême fait effectivement office d'une juridiction suprême dans le cadre du contentieux de la dévolution. Les jugements rendus par les juges du fond sont presque toujours susceptibles d'appels. C'est le maintien des mécanismes d'appels déclenchés à l'initiative des justiciables qui permet à terme de faire remonter les affaires les plus importantes devant la Cour suprême. Cette dernière se prononce en dernier ressort et ses décisions jouissent d'une autorité de chose jugée étendue à l'ensemble du Royaume-Uni<sup>184</sup>. Dans le contexte du contrôle de la constitutionnalité des lois dévolues, son rôle s'apparente à celui de la Cour suprême des États-Unis, laquelle exerce une « autorité régulatrice »<sup>185</sup> sur les juridictions inférieures.

L'exemple le plus fréquemment cité d'un litige entre deux personnes privées qui soit parvenu jusqu'à la Cour suprême est l'arrêt *Salvesen v Riddell*<sup>186</sup>. À cet égard, il est intéressant de relever que la résolution d'une question de dévolution soulevée à l'occasion d'un litige ne relève pas exclusivement de la volonté des justiciables. À l'origine, l'affaire précitée a bien trait à un différend entre deux personnes privées. En première instance le procès s'est déroulé de manière classique devant le tribunal foncier écossais (*Land Court*), sans qu'une question de dévolution ne soit soulevée par aucune des parties. Le demandeur a fait appel devant la Cour de Session d'Écosse et a argué par voie d'exception devant cette juridiction de l'inconstitutionnalité de la loi écossaise applicable au litige<sup>187</sup>. Plus précisément, il soutenait qu'une disposition de cette loi était incompatible avec l'article 1er du Protocole n° 1 à la CEDH. Après avoir été débouté par la Cour de Session<sup>188</sup>, l'appelant a décidé de faire appel devant la Cour suprême du Royaume-Uni. Entre temps, le litige a été réglé en dehors des tribunaux et l'appelant « a choisi de ne plus jouer aucun rôle dans cette procédure »<sup>189</sup> et de retirer toutes ses prétentions. Le litige étant devenu fictif, la Cour suprême aurait pu décider d'en rester là et de ne pas se prononcer sur les questions soulevées. À l'inverse, la Cour s'est saisie de l'affaire et a décidé de se prononcer sur la compatibilité de la disposition législative autrefois litigieuse avec les droits garantis par la CEDH. Il s'agissait, selon les juges, d'une question d'intérêt général, « d'importance publique générale »<sup>190</sup>, étant encore au cœur de nombreux litiges devant les juridictions inférieures. C'est pour cette raison que la Cour suprême a tout de même décidé, en l'absence d'un litige réel et actuel, de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi dévolue.

---

184 *CRA* 2005, section 41(2).

185 Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 285.

186 [2013] UKSC 22.

187 *Agricultural Holdings (Scotland) Act* 2003.

188 *Salvesen v Riddell* [2012] CSIH 26.

189 *Salvesen v Riddell* [2013] UKSC 22, § 7.

190 *Ibid.*

## §2. La résolution des conflits de compétence par voie d'action par le biais d'une demande de *judicial review*

Le *judicial review* est une procédure établie de longue date tendant à contrôler la légalité des actes administratifs (A). Cette procédure peut être intentée par des requérants à l'encontre des lois dévolues, mais dans des conditions bien spécifiques (B).

### A-Les demandes de *judicial review* traditionnelles dirigées contre les actes administratifs

Le *judicial review* tire son essence de la *common law*. Ce mécanisme de contrôle juridictionnel de l'activité administrative a d'abord été élaboré par les juges britanniques (1) avant d'être quelque peu formalisé dans des textes réglementaires et législatifs (2).

#### 1) L'élaboration prétorienne du *judicial review*

Les racines du *judicial review* moderne remontent à l'utilisation des *writs* dès le XIII<sup>e</sup> siècle<sup>191</sup>. Un *writ* est un document émis par le Chancelier précédant toute action en justice. Au cours d'un historique qu'il serait trop long de détailler ici, un véritable contrôle juridictionnel des actes administratifs s'est développé. La modernisation du *judicial review* est réellement intervenue au XX<sup>e</sup> siècle<sup>192</sup>. Les juridictions ont progressivement dessiné les contours des conditions de recevabilité d'une demande de *judicial review* (a) ainsi que des moyens invocables (b).

#### a) L'organisation des conditions de recevabilité

D'abord, une demande de *judicial review* doit être dirigée contre un acte administratif aux sens organique et matériel du terme. D'une part, l'acte doit avoir été édicté par une personne publique ou par une personne exerçant une mission de nature publique. Les ministères<sup>193</sup> et les autorités locales<sup>194</sup> sont visées au premier chef, mais les décisions de certaines autorités administratives indépendantes peuvent également faire l'objet d'un *judicial review*<sup>195</sup>. D'autre part, l'acte doit avoir

---

191 Yoan SANCHEZ, *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review**, Thèse de droit public, Université d'Orléans, 2017, 1142 p., pp. 6-9.

192 *Ibid*, pp. 19-22.

193 Cf. par exemple *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Venable and Thompson* [1997] 3 All ER 97 pour un *judicial review* dirigé contre le ministre de l'Intérieur.

194 Cf. par exemple *Bromley LBC v Greater London Council* [1983] 1 AC 768 pour un *judicial review* dirigé contre une autorité locale, en l'espèce le Conseil du Grand Londres.

195 Un *judicial review* peut par exemple être dirigé contre le régulateur des fusions et acquisitions comme dans l'affaire

été édicté dans le cadre d'une mission de service public. Plus précisément, « la question de savoir si une décision est susceptible de faire l'objet d'un *judicial review* repose sur la nature du pouvoir et de la mission exercés qui permettront de vérifier que la décision présente un élément, une idée ou un caractère public suffisant pour qu'elle soit régie par le droit public »<sup>196</sup>.

Ensuite, le requérant doit avoir un intérêt à agir. Si le requérant formule une demande de *judicial review* seul, alors il doit prouver l'existence d'un lien suffisant, mais pas nécessairement direct, entre l'acte administratif en cause et sa situation<sup>197</sup>. En revanche, l'intérêt à agir est plus difficile à prouver lorsque le recours est déposé par une association ou un groupe d'intérêts, lesquels devront démontrer que la décision contestée affecte directement les intérêts de tout ou partie de ses membres<sup>198</sup>. Toutefois, une association ayant une expertise particulière dans un domaine peut agir à l'encontre d'une décision administrative qui affecte ce domaine<sup>199</sup>.

Enfin, en parallèle des délais prévus par les textes réglementaires qui seront mentionnés plus loin, les juridictions ont établi certains principes relatifs aux délais dans lesquels une demande de *judicial review* peut être formée. En tout état de cause, toute requête doit être déposée rapidement<sup>200</sup>. Par ailleurs, le délai commence à courir à la date de l'édition de l'acte et non lorsque le requérant en a pris connaissance<sup>201</sup>. Il est loisible aux juridictions d'étendre les délais réglementaires en fonction des circonstances de l'espèce<sup>202</sup>.

#### b) La construction des moyens invocables

Les requérants peuvent soulever une grande variété de moyens lorsqu'ils contestent la validité d'un acte administratif par le biais d'une demande de *judicial review*. Il ressort de l'arrêt *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*<sup>203</sup> que trois catégories de moyens peuvent être invoqués par les requérants. Premièrement, l'illégalité correspond à la question de savoir si l'acte en question a respecté la loi sur laquelle il se base. Deuxièmement, l'irrationalité, une notion dégagée

---

*R (Datafin PLC) v Panel on Take-Overs and Mergers* [1987] QB 815.

196 *Hampshire County Council v Graham Beer* [2003] EWCA Civ 1056, § 16, Lord DYSON.

197 *R (National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd) v Inland Revenue Commissioners* [1981] UKHL TC\_55\_133, p. 171, Lord FRASER.

198 *Ibid.*

199 *R (Greenpeace) v HM Inspector of Pollution (No.2)* [1994] 3 All ER 329 dans laquelle la demande de Greenpeace dirigée contre une autorisation de traitement de déchets nucléaires octroyée à une entreprise a été jugée recevable.

200 *R (Dixon) v Somerset CC* [1997] 4 WLUK 282.

201 *R (Presvac Engineering) v Department of Transport* [1992] 4 Admin LR 121.

202 *R (Greenpeace Ltd) v Secretary of State for Trade and Industry (No.2)* [2000] 2 CMLR 94.

203 [1985] AC 374.

dès 1948 sous la notion de *unreasonableness*<sup>204</sup>, renvoie aux hypothèses dans lesquelles une décision est « tellement choquante de par son manque de logique ou de morale qu'aucune personne sensée ayant réfléchi à la question à trancher en serait arrivée à elle »<sup>205</sup>. Enfin, l'impropriété procédurale est rattachée au respect des règles législatives de procédures et des principes procéduraux issus de la *common law* (*natural justice*)<sup>206</sup>.

## 2) La relative formalisation du *judicial review*

La procédure de *judicial review* a été formalisée à plusieurs égards. D'une part, une loi de 1981 a posé le principe du *judicial review* et un règlement de procédure civile est venu préciser les règles procédurales applicables aux requêtes introduites devant la Haute Cour<sup>207</sup> de justice d'Angleterre et du pays de Galles (a). D'autre part, une loi de 2007 a mis en place une nouvelle procédure de *judicial review* permettant de formuler des demandes devant les *tribunals* anglais (b).

### a) Le *Senior Courts Act* 1981 et le règlement de procédure civile

Dans un premier temps, le *Senior Courts Act* 1981 a posé le principe d'une procédure de *judicial review* tendant à demander à la Haute Cour de prendre diverses mesures : l'annulation de l'acte (*quashing order*), l'interdiction d'agir (*prohibition order*), l'injonction d'agir (*mandatory order*), la déclaration d'illégalité (*declaration*), l'injonction (*injunction*) et le prononcé de dommages et intérêts (*damages*)<sup>208</sup>.

Dans un second temps, le règlement de procédure civile de 1998<sup>209</sup>, assimilable à un véritable code<sup>210</sup>, a été édicté afin de préciser, entre autres, les procédures applicables devant la Haute Cour. Le règlement vient tantôt codifier des constructions jurisprudentielles, tantôt apporter des éléments nouveaux. Parmi ces derniers, le délai pour introduire une demande de *judicial review* a été porté à trois mois<sup>211</sup>. Sont également indiquées des considérations pratiques tenant aux formalités à

---

204 *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

205 *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, *op. cit.*, p. 410, traduit dans Yoan SANCHEZ, *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, *op. cit.*, p. 578.

206 *Ibid.*

207 Plus précisément devant la Chambre administrative (*Administrative Court*) de cette Haute Cour.

208 *Senior Courts Act* 1981, section 31(1) et (4).

209 *Civil Procedure Rules* 1998.

210 Yoan SANCHEZ, *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, *op. cit.*, p. 65.

211 *Civil Procedure Rules*, Partie 54, § 54.5(1)(b).

respecter lors du dépôt d'un formulaire de demande de *judicial review*<sup>212</sup>.

b) Le *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*

Depuis l'entrée en vigueur du *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, les demandes de *judicial review* ne sont plus traitées exclusivement par la Haute Cour. D'une part, la loi de 2007 a inséré une nouvelle disposition dans le *Senior Courts Act* permettant de transférer des demandes de *judicial review* formulées auprès de la Haute Cour vers le Tribunal supérieur (*Upper Tribunal*)<sup>213</sup> afin de désengorger la première<sup>214</sup>. D'autre part, elle confère au Tribunal supérieur la compétence de traiter directement des demandes de *judicial review* dans des conditions analogues aux règles de procédure applicables aux requêtes introduites devant la Haute Cour<sup>215</sup>.

B-Les demandes de *judicial review* spécifiques dirigées contre les lois dévolues

Les demandes de *judicial review* dirigées contre les lois dévolues sont formulées dans les mêmes conditions que celles formulées à l'encontre des actes administratifs. En revanche, les requérants ne peuvent pas invoquer les mêmes moyens dans cette hypothèse. S'ils peuvent se fonder sur le moyen tiré de l'incompétence du législateur dévolu conformément aux lois de dévolution (1), les moyens de *common law* seront la plupart du temps déclarés irrecevables (2).

1) La recevabilité des demandes de *judicial review* fondées sur les moyens tirés de l'incompétence du législateur dévolu

Un certain nombre de questions de dévolution impliquant un contrôle de constitutionnalité des lois dévolues sont posées par le biais d'une demande de *judicial review*<sup>216</sup>. Cette dernière doit s'appuyer sur le cadre législatif de la dévolution et peut soulever tous les moyens tirés de l'incompétence du législateur dévolu. Concrètement, un requérant peut soutenir qu'une loi excède la compétence territoriale de l'assemblée, touche à des domaines réservés, ou qu'elle modifie les règles de droit protégées. Il peut également arguer de l'incompatibilité d'une loi avec les droits garantis par la

---

212 *Ibid*, § 54.6 et 54.7.

213 *Senior Courts Act 1981*, section 31A insérée par *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, section 19.

214 Yoan SANCHEZ, *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, *op. cit.*, p. 22.

215 *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, section 15.

216 Cf. par exemple *Friend v Lord Advocate* [2007] UKHL 53 ; *Sinclair Collis Ltd v Lord Advocate* [2011] CSOH 80 ; *Ashif (Mohammed) v HM Advocate* [2015] HCJAC 100 ; *For Women Scotland Ltd v Lord Advocate* [2022] CSIH 4.

CEDH.

Dans la mesure où les lois de dévolution tendent à l'exhaustivité au terme du processus de constitutionnalisation du cadre de la dévolution, la recevabilité des moyens dégagés par la *common law* ne tombe pas sous le sens.

- 2) La recevabilité exceptionnelle des demandes de *judicial review* fondées sur les moyens de *common law*

Par le passé, certains requérants ont invoqué des moyens de *common law* à l'appui de leur demande de *judicial review*. La réponse des juridictions a été sans équivoque pour les trois catégories de moyens traditionnels qu'elles déclarent irrecevables (a) et plus ouverte dans l'éventualité d'une invocation exceptionnelle des moyens tirés de la violation de la *rule of law* (b).

- a) L'irrecevabilité des trois catégories de moyens traditionnels

Dans un premier temps, les juges écossais de la Chambre externe de la Cour de session se sont prononcés sur la question dès 2002 dans l'arrêt *Adams*<sup>217</sup>. Dans cette affaire, les requérants avaient intenté une demande de *judicial review* contre une loi écossaise tendant à incriminer la chasse au renard à l'aide de chiens ainsi que la mise à disposition de terres ou de chiens à cette fin<sup>218</sup>. D'une part, ils arguaient de l'incompatibilité de la loi dévolue avec diverses dispositions de la CEDH et d'autre part, ils fondaient leur demande sur deux moyens traditionnels de *common law*, à savoir l'impropriété procédurale et l'irrationalité. En invoquant ces deux moyens, ils se fondent sur un argument tenant à la valeur de la législation adoptée par le Parlement écossais. Selon eux, les lois écossaises ne constitueraient que de la législation subordonnée, à la différence du Parlement de Westminster qui édicte de la législation primaire<sup>219</sup>. Pour soutenir cette prétention, les requérants font référence à la section 21(1) du *HRA* qui qualifie en effet les lois du Parlement écossais de législation subordonnée<sup>220</sup>. Par conséquent, les lois dévolues seraient assimilables à des actes administratifs et il serait loisible aux justiciables de les attaquer par le biais d'un *judicial review* sur le fondement des moyens traditionnels de *common law*.

La Cour de session parvient à la solution opposée et déclare irrecevables les moyens d'impropriété

---

217 *Adams v Scottish Ministers* [2002] ScotCS 344.

218 *The Protection of Wild Mammals (Scotland) Act* 2002.

219 *Adams v Scottish Ministers*, *op. cit.*, § 7.

220 *Ibid*, § 58.

procédurale et d'irrationalité. D'une part, la Cour relève que les lois dévolues présentent bien plus de points communs avec les lois de Westminster qu'avec des actes administratifs<sup>221</sup>. Elle rappelle, entre autres, que les lois du Parlement écossais sont promulguées de la même manière que les lois du Parlement de Westminster, en recevant l'assentiment royal. D'autre part, les juges affirment que l'objectif du *SA* 1998 était de fournir un mécanisme complet pour la dévolution et ce à tous les points de vue<sup>222</sup>. Or, selon eux, si les moyens traditionnels de *common law* ne sont pas listés parmi les cas d'incompétence du législateur dans la loi de dévolution, c'est qu'ils ne constituent pas un fondement valide à la contestation d'une loi écossaise. Il ressort de cette décision de la Cour écossaise que les juridictions ne peuvent annuler une loi dévolue que si elle excède les compétences de Holyrood au sens du *SA* 1998 exclusivement.

Dans un second temps, la Cour suprême s'est à son tour prononcée sur la recevabilité des moyens de *common law* dans la décision *AXA*<sup>223</sup>. Dans cette affaire, diverses compagnies d'assurance contestaient par le biais d'une demande de *judicial review* la validité d'une loi écossaise de 2009 prévoyant que les plaques pleurales bénignes et l'asbestose, deux maladies contractables suite à une exposition prolongée à l'amiante, constituent un préjudice opposable aux fins d'une action en dommages et intérêts pour préjudice corporel et ce avec effet rétroactif<sup>224</sup>. Craignant un déchaînement d'indemnisations d'employeurs condamnés à indemniser les employés atteints de ces maladies, parfois des années après les avoir contractées, les compagnies d'assurance arguaient de l'incompatibilité de la loi de 2009 avec plusieurs articles de la CEDH et soulevaient les moyens traditionnels de *common law*. Les juges déclarent ces moyens irrecevables, mais au terme de raisonnements différents.

D'une part, Lord HOPE rappelle à titre liminaire qu'en application du *SA* 1998, « le Parlement écossais a pris place dans l'architecture constitutionnelle britannique en tant que législature autonome et démocratiquement élue » mais que son « pouvoir législatif n'est pas illimité »<sup>225</sup>. Il poursuit en reprenant et en assortissant la distinction entre législations primaire et subordonnée de la Cour de session aux fins de l'identification des moyens invocables. Il distingue les lois dévolues des décisions prises par les ministres, mais également des projets d'ordonnances déposés devant le Parlement puis validés par ce dernier<sup>226</sup>. Par conséquent, Lord HOPE estime que les moyens de *common law* sont irrecevables dans le cadre d'un *judicial review* dirigé contre la législation primaire

---

221 *Ibid*, § 62.

222 *Ibid*, § 63.

223 *AXA General Insurance Limited v The Lord Advocate* [2011] UKSC 46.

224 *Damages (Asbestos-related Conditions) (Scotland) Act* 2009.

225 *AXA General Insurance Limited v The Lord Advocate*, *op. cit.*, § 46, Lord HOPE.

226 *Ibid*, § 48, Lord HOPE.

éditée par le Parlement écossais.

D'autre part, Lord REED rejette l'approche catégorielle de la Cour de session et de son estimé collègue. Selon lui, l'opportunité d'opérer un *judicial review* n'est pas tributaire de la qualification de législation primaire ou subordonnée<sup>227</sup>. Il en veut pour preuve la reconnaissance de la possibilité de contrôler certains actes pris en vertu de la prérogative royale qui constituent de la législation primaire. Selon lui, la véritable question est celle de la nature et de l'étendue du contrôle opéré par le juge, lesquelles varient en fonctions des circonstances : la nature de l'autorité publique, la manière dont le pouvoir est exercé, les limites et finalités des pouvoirs en question<sup>228</sup>. Il rappelle que, d'une manière générale, lorsqu'une autorité publique dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, le juge ne se prononcera ni sur l'opportunité de la décision qui en résulte, ni sur les objectifs qu'elle poursuit<sup>229</sup>. Lord REED applique ces considérations aux lois adoptées par le Parlement écossais<sup>230</sup>. Ce dernier n'est pas une autorité publique classique en ce qu'il détient un large pouvoir discrétionnaire résultant du modèle de répartition des compétences prévu par le SA 1998 et ne poursuit pas un but prédéfini à l'avance par Westminster. Par conséquent, les juges ne sauraient contrôler l'opportunité des lois votées par le Parlement écossais, qui résultent de choix politiques légitimes, de la même manière qu'ils contrôlent les actes administratifs.

L'apport de ces deux décisions est considérable pour le processus de la dévolution britannique. En effet, il en ressort que les assemblées dévolues ne doivent pas être traitées comme des autorités administratives. À l'inverse, les juges ont fait montre d'une certaine déférence à l'égard des assemblées dévolues en les assimilant pleinement à un législateur. Du point de vue des moyens de *common law* invocables dans une demande de *judicial review*, la position des législateurs dévolus est comparable à celle du Parlement de Westminster.

b) L'éventuelle recevabilité des moyens tirés de la violation de la *rule of law*

En réalité, l'irrecevabilité des moyens de *common law* présentée jusqu'alors est partielle en ce qu'elle n'est pas absolue. Il est possible, du moins en théorie, de contester une loi sur des moyens de *common law* tirés de la violation de la *rule of law* à titre exceptionnel. Cette position a été formulée tant à l'égard des lois du Parlement de Westminster que de la législation des assemblées dévolues.

---

227 *Ibid*, § 141, Lord REED.

228 *Ibid*, § 142, Lord REED.

229 *Ibid*, § 143, Lord REED.

230 *Ibid*, §§ 145-148.

La Commission d'appel de la Chambre des Lords a consacré certains développements à la possibilité exceptionnelle de contester une loi de Westminster dans des *obiter dicta* de la décision *Jackson*<sup>231</sup>. Dans cette affaire, une loi de Westminster interdisant la chasse au renard à l'aide de chiens avait été adoptée selon une procédure spéciale permettant de passer outre l'approbation de la Chambre des Lords<sup>232</sup>. Les requérants contestaient le recours à cette procédure particulière et plus précisément les lois qui l'encadraient. Si les prétentions des requérants ont été rejetées, les juges en ont profité pour tenter d'éclairer les hypothèses dans lesquelles une loi de Westminster pourrait effectivement être contestée par le biais d'un *judicial review* fondé sur des moyens de *common law*. À cet égard, Lord HOPE rappelle que « la *rule of law* appliquée par les juridictions est l'élément déterminant (*ultimate controlling factor*) sur lequel notre constitution est fondée »<sup>233</sup>. En conséquence, Lord STEYN estime qu'« en présence de circonstances exceptionnelles dans lesquelles on tenterait d'abolir le *judicial review* ou le rôle ordinaire des cours, la Commission d'appel de la Chambre des Lords ou une nouvelle Cour suprême pourraient être amenées à envisager que ces éléments constituent un principe constitutionnel fondamental que même un Parlement souverain ne pourrait abolir »<sup>234</sup>.

La décision *AXA* précitée mentionne certains passages du jugement *Jackson* et adopte la même position à l'égard des lois adoptées par le Parlement écossais. Lord HOPE rappelle que, le principe cardinal demeurant celui de la *rule of law*, les juges pourront intervenir si le Parlement légifère pour mettre à mal le *judicial review*. Selon lui, la question de l'éventualité de cette hypothèse importe peu, le simple fait qu'elle soit concevable suffit<sup>235</sup>. Lord REED parvient à la même conclusion, mais pour des raisons quelque peu différentes<sup>236</sup>. En poursuivant son analyse fondée sur l'étendue des pouvoirs de l'auteur d'un acte, il rappelle qu'au Royaume-Uni, il existe une forme de présomption selon laquelle le Parlement de Westminster n'a pas pu chercher à violer l'État de droit. Cette présomption s'appliquerait à Holyrood dans la mesure où Westminster n'a pas pu chercher à créer un Parlement dévolu qui serait libre de violer les droits constitutionnels les plus fondamentaux et l'État de droit. En ces circonstances, qui ne peuvent être qu'exceptionnelles, Lord REED estime que les juges pourront procéder à un *judicial review* fondé sur des moyens de *common law*, à savoir ceux tirés de la violation de la *rule of law*.

---

231 *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56.

232 Il s'agit des procédures prévues par les *Parliament Acts* 1911 et 1949.

233 *R (Jackson) v Attorney General*, *op. cit.*, § 107, Lord HOPE, cité et traduit dans Émilie HATTE, *La Cour suprême du Royaume-Uni et le nouvel équilibre institutionnel*, *op. cit.*, p. 26.

234 *Ibid.*, § 102, Lord STEYN.

235 *AXA General Insurance Limited v The Lord Advocate*, *op. cit.*, § 51, Lord HOPE.

236 *Ibid.*, §§ 150-152, Lord REED.

Le contrôle de constitutionnalité diffus des lois dévolues est rendu possible par des textes législatifs, réglementaires et des constructions jurisprudentielles qui donnent la possibilité aux justiciables de soulever par voie d'exception et d'action des questions de dévolution. Il ressort tout particulièrement des considérations relatives à la recevabilité des demandes de *judicial review* dirigées contre des lois dévolues que les assemblées dévolues bénéficient d'une place de choix en étant moins assimilées à des autorités administratives qu'à de véritables législateurs. Le contrôle diffus coexiste avec un contrôle relativement concentré résultant de questions de dévolution soulevées par les officiers judiciaires et les juges.

## Section 2 : La concentration du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues à l'initiative des officiers judiciaires et des juges

Le cadre procédural du contentieux de la dévolution rend compte d'une certaine concentration du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues. Est concentré le contrôle « qui relève de la compétence exclusive d'une juridiction constitutionnelle spécialisée »<sup>237</sup>. Considéré à l'égard du Royaume-Uni, le terme « concentré » n'est pas pleinement adapté. La référence à une concentration du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues paraît plus adéquate. En effet, le contrôle *a priori* déclenché par les officiers judiciaires à l'égard d'un projet de loi dévolue est concentré dans la mesure où il relève de la compétence exclusive de la Cour suprême (§1). En revanche, le contrôle *a posteriori* porté devant les juges par le biais des mécanismes de renvois est exercé par les cours supérieures et non pas exclusivement par la Cour suprême (§2).

### §1. La mise en place d'un contrôle *a priori* relevant de la compétence exclusive de la Cour suprême

L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* et nécessairement abstrait (B) peut à première vue sembler surprenant dans un pays comme le Royaume-Uni, plutôt influencé par le réalisme juridique<sup>238</sup> et préférant une approche casuistique<sup>239</sup>. Pourtant, la pratique d'un contrôle *a priori* n'est pas totalement étrangère aux anglais qui l'exerçaient à l'époque de l'Empire colonial britannique (A).

---

237 Jean-Marc SAUVE, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », Allocution d'ouverture lors du colloque de droit comparé organisé par la Fédération européenne des juges administratifs le 19 mai 2011.

238 Charlotte GIRARD, « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », *CCC*, 2007, n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), pp. 172-177.

239 Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Droit civil et common law : convergences et divergences*, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 2017, p. 4.

## A-Les racines d'un contrôle *a priori* dans l'Empire britannique

Dès la fin du XVIIe siècle, le Conseil privé (*Privy Council*) exerçait un contrôle *a priori* (1) relativement limité (2) des lois adoptées par les assemblées coloniales.

### 1) La mise en place du contrôle *a priori*

Le contrôle *a priori* des lois des assemblées coloniales était exercé par un comité spécialisé du Conseil Privé (a) selon des modalités particulières (b).

#### a) La création et les missions du *Board of Trade*

La Commission du commerce est un comité spécialisé du Conseil privé créé par la Couronne en 1696 dont la mission était de fournir des conseils dans le domaine du commerce et des colonies<sup>240</sup>. Dépourvu de pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire, elle pouvait tout au plus émettre des recommandations sur la base des nombreuses informations qu'elle glanait auprès de ses informateurs répartis dans les nombreuses colonies. Dans la mesure où ses avis étaient généralement suivis par le Conseil Privé, elle cumulait en pratique des fonctions juridictionnelles et administratives<sup>241</sup>.

Les huit commissaires du *Board of Trade* étaient entre autres chargés de contrôler la conformité des lois édictées par les assemblées coloniales avec le droit anglais et de transmettre le résultat de leurs travaux au Conseil privé. Ce contrôle se manifestait sous trois formes distinctes<sup>242</sup>. Premièrement, le désaveu (*disallowance*) permettait au souverain « agissant sur le conseil de son Gouvernement » d'annuler pendant une période limitée « une loi adoptée par le Parlement d'un Dominion ayant reçu la sanction royale »<sup>243</sup>. Deuxièmement, le Comité judiciaire du Conseil privé était la juridiction de dernier ressort pour les appels des tribunaux coloniaux<sup>244</sup>. À cette occasion, les juges pouvaient

---

240 Dudley Odell MCGOVNEY, « The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America : Power to Disallow Statutes : Power to Veto », *UPLR*, 1945, Vol. 94, n° 1, pp. 59-93, p. 65.

241 Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit., p. 333.

242 Dudley Odell MCGOVNEY, « The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America : Power to Disallow Statutes : Power to Veto », op. cit., p. 61.

243 Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit., p. 414.

244 Arthur Meier SCHLESINGER, « Colonial Appeals to the Privy Council », *PSQ*, 1913, Vol. 28, n° 2, pp. 279-297, p. 279.

opérer un contrôle de la législation coloniale (*judicial review of legislation*)<sup>245</sup>. Ces deux formes de contrôle étaient exercées *a posteriori*, une fois les lois coloniales entrées en vigueur, à la différence de la troisième forme de contrôle, le veto royal (*royal disapproval*), qui était prononcé *a priori*, avant la promulgation des lois adoptées par les assemblées coloniales selon des modalités différentes en fonction du territoire concerné.

#### b) Les modalités du contrôle

Les modalités du contrôle *a priori* différaient selon le statut juridique des colonies qui se divisaient en trois catégories<sup>246</sup>. D'abord, les *charter colonies* étaient « établies et gouvernées en vertu d'une charte royale, à l'image du Rhode Island »<sup>247</sup>. Ensuite, les *proprietary colonies* étaient des « colonies dans lesquelles le gouvernement est concédé à un propriétaire le plus souvent par une charte royale »<sup>248</sup>, comme ce fut le cas en Pennsylvanie. Enfin, les *royal colonies* telles que la Virginie étaient « administrées par l'intermédiaire d'un gouverneur représentant le monarque sur le territoire colonial »<sup>249</sup>.

Les modalités de contrôle de la législation dans les deux premières catégories de colonies étaient directement prévues par la charte. Les modalités et les considérations procédurales variaient d'une colonie à l'autre<sup>250</sup>. S'agissant des *royal colonies*, la situation était plus uniforme<sup>251</sup>. Les assemblées transmettaient leurs projets de lois pour approbation au monarque afin que ce dernier donne son assentiment royal. Avant cette sanction, la conformité du projet avec le droit anglais était contrôlée par le Conseil privé sur avis du *Board of Trade*. Une fois que le texte était validé à ce stade, il n'était plus possible de le contester *a posteriori* à l'occasion d'un *judicial review*.

#### 2) Un contrôle limité

En pratique, le contrôle opéré par la Commission du commerce du Conseil privé était limité. Thibault GUILLUY identifie à titre principal deux facteurs de limitation de ce contrôle, l'un

---

245 Dudley Odell MCGOVNEY, « The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America : Power to Disallow Statutes : Power to Veto », *op. cit.*, p. 61.

246 Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, *op. cit.*, p. 334.

247 *Ibid.*

248 *Ibid.*

249 *Ibid.*

250 *Ibid.*, p. 335.

251 *Ibid.*, p. 334.

pratique et l'autre fonctionnel. D'une part, l'éloignement géographique et la méconnaissance des réalités coloniales restreignaient considérablement les perspectives d'un contrôle « systématique et rigide du droit colonial »<sup>252</sup>. Les commissaires du *Board of Trade* n'avaient pour la plupart jamais mis les pieds dans les colonies dont ils étaient pourtant chargés de contrôler la législation. D'autre part, le contrôle des lois coloniales avait pour objectif de préserver les intérêts impériaux et au premier chef les intérêts commerciaux de l'Empire britannique. Ainsi, le contrôle s'effectuait par rapport à des normes de références relativement restreintes. Plus précisément, le *Board of Trade* recherchait de potentielles violations des *Navigation Acts* 1651 et 1660 ainsi que du *Plantation Act* 1696. Ces lois avaient mis en place un système « visant à favoriser et privilégier les échanges commerciaux entre la métropole et les colonies, mais également entre les colonies elles-mêmes »<sup>253</sup>, dont il était nécessaire de garantir l'effectivité.

### B-Le contrôle *a priori* des lois dévolues

Le contrôle *a priori* actuel des lois dévolues est en quelque sorte l'héritier lointain du contrôle effectué sous l'Empire britannique. Avant la création et la mise en place de la Cour suprême, les questions de dévolution relevaient d'ailleurs de la compétence exclusive du Comité judiciaire du Conseil privé, notamment en ce qui concerne le contrôle *a priori*<sup>254</sup>. Désormais, ce contrôle relève de la compétence exclusive de la Cour suprême<sup>255</sup>. Cette dernière est saisie avec parcimonie par les officiers judiciaires des questions de compétence d'un projet de loi dévolue (1). Le contrôle ainsi opéré poursuit des finalités et emporte des conséquences spécifiques (2).

#### 1) La saisine parcimonieuse de la Cour suprême par les officiers judiciaires

Conformément aux lois de dévolution, les officiers judiciaires (*Law Officers*) « peuvent soumettre à la Cour suprême la question de savoir si un projet de loi ou l'une de ses dispositions relèvent de la compétence législative » de l'assemblée dévolue<sup>256</sup>. Les officiers judiciaires peuvent saisir la Cour suprême dans les quatre semaines qui suivent l'adoption d'un projet de loi<sup>257</sup>. En revanche, les officiers judiciaires ne peuvent pas saisir la Cour s'ils ont au préalable notifié le Président de

---

<sup>252</sup> *Ibid*, p. 336.

<sup>253</sup> *Ibid*.

<sup>254</sup> *SA* 1998, section 33 dans sa version en vigueur jusqu'au 1er octobre 2009 ; *NIA* 1998, section 11 dans sa version en vigueur jusqu'au 1er octobre 2009. Le *GWA* ne contenait pas de disposition analogue car l'assemblée galloise n'a été habilitée à adopter des lois qu'à partir de 2011.

<sup>255</sup> *Ibid*, sections 32A et 33 ; *Ibid*, section 11 ; *GWA* 2006, sections 111B et 112.

<sup>256</sup> *Ibid*, section 33(1) ; *Ibid*, section 11(1) ; *Ibid*, section 112(1).

<sup>257</sup> *Ibid*, section 33(2)(a) ; *Ibid*, section 11(2)(a) ; *Ibid*, section 112(2)(a).

l'assemblée dévolue qu'il n'avaient pas l'intention de le faire<sup>258</sup>.

Les officiers judiciaires font preuve d'une attitude avisée lorsqu'ils songent à saisir la Cour quand la contrariété alléguée d'un projet de loi des assemblées dévolues n'est pas claire<sup>259</sup>. Cette retenue dans les saisines de la Cour suprême est encouragée par le *Memorandum of Understanding* relatif à la dévolution qui rappelle que la résolution des conflits de compétence par la Cour suprême ne doit intervenir qu'en dernier recours<sup>260</sup>. Cette approche s'inscrit pleinement dans la volonté de parvenir à des solutions amiables exposée dans le chapitre précédent. C'est d'ailleurs cette modération, couplée avec les divers contrôles politiques effectués sur les projets de lois dévolues<sup>261</sup>, qui explique le faible nombre de décisions impliquant un contrôle *a priori* rendues par la Cour suprême<sup>262</sup>. En effet, au moment où sont écrites ces lignes, cinq décisions de la sorte ont été rendues : trois relatives à des projets de lois galloises<sup>263</sup>, deux concernant des projet écossais<sup>264</sup> et aucune pour l'Irlande du Nord<sup>265</sup>.

## 2) Les finalités et conséquences du contrôle *a priori*

### a) Les finalités du contrôle *a priori*

L'objectif de la saisine pour contrôle *a priori* de la Cour suprême est d'examiner la conformité d'un projet de loi dévolue avec la loi de dévolution correspondante. En cela, elle se rapproche de la saisine pour contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel français qui vise également à soumettre une loi adoptée par le Parlement mais non encore promulguée<sup>266</sup>. En revanche, elle diffère du

---

258 *Ibid*, section 33(3) ; *Ibid*, section 11(3) ; *Ibid*, section 112(3).

259 Paul CRAIG, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 207.

260 *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*, Octobre 2013, p. 10.

261 Cf. Partie 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

262 Lady HALE, « Devolution and the Supreme Court – 20 years on », Discours prononcé à Édimbourg le 14 juin 2018 dans le cadre du Scottish Public Law Group, p. 7.

263 *Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012 – Reference by the Attorney General for England and Wales* [2012] UKSC 53 ; *Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43 ; *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill Reference by the Counsel General for Wales* [2015] UKSC 3.

264 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* [2018] UKSC 64 ; *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42.

265 Une question avait été posée à propos d'un projet de loi nord-irlandais relatif à l'indemnisation des maladies contractées suite à une exposition à l'amiante, mais elle a été retirée par l'officier judiciaire car une loi similaire était déjà contestée devant la Cour suprême. La contestation pendante en question donnera lieu à la décision *AXA General Insurance Limited v The Lord Advocate* précitée.

266 Constitution française du 4 octobre 1958, article 61.

mécanisme des avis consultatifs prévu à l'article 53 de la Constitution du Canada. En vertu de cette disposition, « le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour [suprême] toute question importante de droit ou de fait touchant » à divers domaines. Surtout, il est possible de poser une question purement théorique qui ne s'appuie sur aucun projet de loi concret. Tel fut le cas lorsque la Cour avait été saisie de la question de la possibilité et l'opportunité pour le Québec de « procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada »<sup>267</sup>. À l'évidence, un tel mécanisme n'est pas transposable au Royaume-Uni. En effet, d'une manière générale les juges britanniques sont très réticents à l'idée de juger une affaire purement hypothétique. La situation s'est présentée récemment dans le cadre d'une demande de contrôle *a posteriori* par un justiciable. Le requérant demandait à la Cour de session d'émettre une déclaration affirmant que le Parlement écossais était compétent pour adopter une loi organisant un référendum sur la question de l'indépendance écossaise. Les juges ont rejeté la requête en la qualifiant d' « hypothétique, théorique et prématurée »<sup>268</sup>.

L'intérêt et la finalité du contrôle *a priori* sont de préserver la souveraineté du Parlement de Westminster en purgeant toute incompatibilité des lois dévolues avec les lois de dévolution avant même leur entrée en vigueur. Sera ainsi préservée « la sécurité juridique puisque la norme inconstitutionnelle [...] n'entrera jamais en vigueur. La disposition inconstitutionnelle ne polluera pas l'ordre juridique ; elle est neutralisée *ab initio* sans avoir produit le moindre effet »<sup>269</sup>. Cet objectif est rempli au terme de l'exercice d'un contrôle abstrait qui ne diffère pas fondamentalement du contrôle des lois dévolues *a posteriori*. En effet, le contrôle des lois entrées en vigueur demeure abstrait dans la mesure où ce sont les dispositions législatives telles que rédigées qui sont examinées et non pas leur application dans le cas concret soulevé devant la Cour. La différence tient aux difficultés que peuvent rencontrer les juges dans le contrôle *a priori*. En effet, « il n'est pas rare que l'inconstitutionnalité d'une loi n'apparaisse clairement que lorsqu'on commence à l'appliquer »<sup>270</sup>. Ainsi, « la Cour suprême doit essayer d'envisager tous les scénarios possibles avant de donner son feu vert »<sup>271</sup>.

---

267 Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217.

268 *Keatings v Advocate General* [2021] CSIH 25, § 51.

269 Olivier LE BOT, « Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe », *NCC*, 2013/3, n° 40, pp. 117-135, p. 128.

270 *Ibid*, p. 125.

271 Lady HALE, « Devolution and the Supreme Court – 20 years on », *op. cit.*, p. 6.

## b) Les conséquences du contrôle *a priori*

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois dévolues effectué par la Cour suprême emporte deux conséquences majeures en fonction du sort réservé à la loi dévolue.

D'une part, si la Cour décide que le projet de loi excède les compétences du législateur dévolu, alors le Président de l'assemblée dévolue ne peut transmettre le texte en l'état afin qu'il soit promulgué<sup>272</sup>. Le texte dans son ensemble ou les dispositions inconstitutionnelles devront être modifiés avant de pouvoir recevoir l'assentiment royal.

D'autre part, si une loi dévolue est déclarée conforme, elle ne pourra plus être contestée *a posteriori*<sup>273</sup>. Cette contrainte est similaire à l'autorité de chose jugée des déclarations de conformité du Conseil constitutionnel français. Ce dernier, lorsqu'il se prononce sur une mesure qu'il a déjà déclarée conforme, ne procède pas à un nouvel examen *a posteriori* de la disposition litigieuse<sup>274</sup>. Ce principe est, à la différence du Royaume-Uni, assorti d'une exception en ce que « l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à la recevabilité d'une QPC si l'on peut prouver qu'il y a eu « changement de circonstances »<sup>275</sup>.

### §2. L'instauration de mécanismes complexes de renvois vers les cours supérieures

En sus de l'examen des lois dévolues *a priori*, les juges exercent un contrôle *a posteriori* qui n'est pas totalement concentré dans la mesure où la Cour suprême n'est pas le destinataire exclusif des renvois de questions de dévolution. Ces derniers sont assimilables à une question préjudicielle de constitutionnalité dans la mesure où la juridiction supérieure est saisie d'une question à l'occasion d'un litige concret, mais n'exerce qu'un contrôle abstrait détaché des faits de l'espèce et ne tranche pas l'affaire au fond elle-même. Les annexes aux lois de dévolution<sup>276</sup>, complétées par des règles de pratique pour les points les plus techniques<sup>277</sup>, régissent directement les procédures relatives aux renvois de questions de dévolution. Ces derniers sont tantôt opérés par les officiers judiciaires (A), tantôt par les juges du fond (B).

---

272 Paul CRAIG, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 202.

273 Lady HALE, « Devolution and the Supreme Court – 20 years on », *op. cit.*, p. 7.

274 Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN et Julien BONNET, *Droit du contentieux Constitutionnel*, LGDJ, Précis Domat Droit Public, Paris, 12e éd., 2020, 1040 p., p. 467.

275 Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit Constitutionnel*, p. 827.

276 SA 1998, Schedule 6 ; NIA 1998 Schedule 10 ; GWA 2006, Schedule 9.

277 *Civil Procedure Rules* 1998, Practice Direction – Devolution Issues.

## A-Le renvoi des questions de dévolution à l'initiative des officiers judiciaires vers la Cour suprême

Les officiers judiciaires peuvent demander aux juges d'opérer le renvoi d'une question de dévolution vers la Cour suprême à l'occasion d'un procès (1) ou transférer directement une question à la juridiction suprême en dehors de tout litige (2).

### 1) Le renvoi des questions de dévolution à l'occasion d'un litige

Les officiers judiciaires peuvent, à l'occasion de tout litige en cours en Angleterre et au pays de Galles, en Écosse ou en Irlande du Nord demander à toute juridiction d'opérer un renvoi direct d'une question de dévolution vers la Cour suprême<sup>278</sup>. Les juridictions notifiées d'une telle requête ne bénéficient d'aucune latitude d'action et sont tenues de renvoyer la question à la Cour suprême.

### 2) Le renvoi des questions de dévolution en dehors de tout litige

Les officiers judiciaires peuvent également, en l'absence de tout litige, opérer directement un renvoi vers la Cour suprême afin de lui soumettre une question de dévolution<sup>279</sup>. Si ce renvoi concerne l'éventuel exercice d'une fonction par un membre de l'exécutif dévolu, l'officier judiciaire doit informer ce membre de la transmission de la question de dévolution vers la Cour suprême<sup>280</sup>. Dès l'instant où le membre de l'exécutif a été notifié de la procédure juridictionnelle et jusqu'à la publication de la décision de la Cour suprême, il doit s'abstenir d'exercer la fonction litigieuse<sup>281</sup>.

## B-Le renvoi des questions de dévolution à l'initiative des juges du fond

Selon la juridiction concernée, une question de dévolution peut être renvoyée vers les cours supérieures (1) ou vers la Cour suprême (2).

### 1) Le renvoi des questions de dévolution vers les cours supérieures

Si aucun officier judiciaire n'intervient dans une affaire en cours, alors la juridiction concernée a la possibilité, mais n'est pas tenue, d'opérer un renvoi vers les cours supérieures. Lorsque le litige a

---

278 *SA* 1998, Schedule 6, § 33 ; *NIA* 1998, Schedule 10, § 33 ; *GWA* 2006, Schedule 9, Partie 5, § 29.

279 *Ibid*, § 34 ; *Ibid*, §34 ; *Ibid*.

280 *Ibid*, § 35(1) et (2) ; *Ibid*, § 35(1) et (2) ; *Ibid*, § 30(1) et (2)(a).

281 *Ibid*, § 35(3) ; *Ibid*, § 35(3) ; *Ibid*, § 30(2)(b).

lieu en Écosse, toute juridiction autre que la Cour suprême ou qu'une formation de la Cour de session de trois juges et plus peut renvoyer une question de dévolution vers la Chambre interne de la Cour de session<sup>282</sup>. Lors d'une affaire civile en cours en Angleterre ou au pays de Galles, une Cour des magistrats peut opérer un renvoi vers la Haute Cour<sup>283</sup> tandis que les autres juridictions peuvent renvoyer une question de dévolution vers la Cour d'appel<sup>284</sup>. À l'occasion d'une affaire pénale anglaise ou galloise, toute juridiction peut renvoyer une question de dévolution vers la Haute Cour ou la Cour d'appel en fonction du degré de gravité de l'affaire<sup>285</sup>. S'agissant des affaires en cours en Irlande du Nord, toute juridiction autre que la Cour suprême ou la Cour d'appel d'Irlande du Nord peut opérer un renvoi vers la Cour d'appel d'Irlande du Nord<sup>286</sup>.

Toute juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'appel est obligée de renvoyer la question de dévolution vers la Chambre interne de la Cour de session pour les affaires écossaises<sup>287</sup>, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles pour les litiges anglais et gallois<sup>288</sup>, ou la Cour d'appel d'Irlande du Nord pour les procès nord-irlandais<sup>289</sup>.

## 2) Le renvoi des questions de dévolution vers la Cour suprême

Les juridictions supérieures des différents territoires du Royaume-Uni peuvent opérer un renvoi vers la Cour suprême. En Écosse, les juridictions concernées sont la Cour de session lorsque trois juges ou plus siègent<sup>290</sup>, ainsi que la Haute Cour de justice écossaise<sup>291</sup> ; en Angleterre et au pays de Galles il s'agit de la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles<sup>292</sup> ; et en Irlande du Nord la Cour d'appel d'Irlande du Nord est visée<sup>293</sup>.

---

282 *Ibid*, § 7 ; *Ibid*, § 25 ; *Ibid*, Partie 3, § 15.

283 *Ibid*, § 18 ; *Ibid*, § 15 ; *Ibid*, Partie 2, § 6.

284 *Ibid*, § 19 ; *Ibid*, § 16 ; *Ibid*, Partie 2, § 7.

285 *Ibid*, § 21 ; *Ibid*, § 18 ; *Ibid*, Partie 2, § 9.

286 *Ibid*, § 28 ; *Ibid*, § 7 ; *Ibid*, Partie 4, § 25.

287 *Ibid*, § 8 ; *Ibid*, § 26 ; *Ibid*, Partie 3, § 16.

288 *Ibid*, § 20 ; *Ibid*, § 17 ; *Ibid*, Partie 2, § 8.

289 *Ibid*, § 29 ; *Ibid*, § 8 ; *Ibid*, Partie 4, § 26.

290 *Ibid*, § 10 ; *Ibid*, § 28 ; *Ibid*, Partie 3, § 18.

291 *Ibid*, § 11 ; *Ibid*, § 29 ; *Ibid*, Partie 3, § 19.

292 *Ibid*, § 22 ; *Ibid*, § 19 ; *Ibid*, Partie 2, § 10.

293 *Ibid*, § 30 ; *Ibid*, § 9 ; *Ibid*, Partie 4, § 27.

## Conclusion de la première partie

En définitive, le cadre juridique du contrôle juridictionnel des lois dévolues est original. En premier lieu, les évolutions de son cadre législatif témoignent d'une juridicisation et d'une constitutionnalisation des relations entre le pouvoir central et les entités dévolues. Par conséquent, le contrôle des lois dévolues opéré par les juges est véritablement un contrôle de constitutionnalité dans la mesure où est examinée la conformité des lois des assemblées dévolues par rapport aux lois de dévolution qui revêtent un caractère, une valeur et une portée constitutionnelles. Ces dernières listent un certain nombre de normes de références sur lesquelles se base le contrôle de constitutionnalité. Partant, le contrôle tel que prévu par les lois de dévolution est large en ce qu'il doit être entendu d'une part dans son acception classique lorsqu'est établie la répartition des compétences *stricto sensu* et d'autre part dans un sens plus large dans la mesure où il comprend un contrôle de conventionnalité avec une obligation de respect du droit européen pesant sur les législateurs dévolus.

En second lieu, le cadre procédural du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues se compose de sources législatives, réglementaires et jurisprudentielles qui font coexister d'un côté un contrôle diffus qui peut être opéré par toute juridiction par voie d'exception à l'occasion d'un litige entre personnes privées et par voie d'action par le biais d'une demande de *judicial review* spécifique dirigée contre les lois dévolues et de l'autre un contrôle relativement concentré grâce aux renvois opérés par les officiers judiciaires et les juges du fond donnant lieu à des contrôles *a priori* et *a posteriori*. En résulte alors dans le contexte de la dévolution un système de justice constitutionnelle mixte caractérisé par la combinaison des caractéristiques des modèles américain et européen.

C'est dans ce cadre juridique pour le moins singulier que les juges vont exercer le contrôle de constitutionnalité des lois dévolues.

## Seconde partie : L'exercice du contrôle de constitutionnalité protéiforme des lois dévolues par les juges

Depuis l'entrée en vigueur des lois de dévolution, les juridictions britanniques se sont prononcées un certain nombre de fois sur la répartition des compétences entre le pouvoir central et les entités dévolues. L'exercice du contrôle de constitutionnalité qui en résulte est délicat. Les juges s'efforcent à dégager des solutions qui participent à la construction de modèles de dévolution cohérents et effectifs. La poursuite de cet objectif implique de trouver un équilibre entre deux intérêts antagonistes : d'une part, le respect des choix légitimes effectués par les assemblées dévolues et par conséquent des lois qui en résultent et d'autre part, le maintien de la souveraineté du Parlement de Westminster.

Au gré des jugements, et à titre principal des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni, un ensemble de principes applicables au contrôle de constitutionnalité a émergé. Ce contrôle repose essentiellement sur un travail d'interprétation des textes législatifs<sup>294</sup>. Au Royaume-Uni, le contrôle de constitutionnalité revêt plusieurs formes dont les principes et méthodes d'interprétation diffèrent. Les différences entre les formes de contrôle prévues par les lois de dévolution sont exacerbées par les juges, pour des résultats inégaux. D'un côté, le contrôle de conventionnalité des lois dévolues parvient désormais dans une large mesure à concilier déférence vis-à-vis des assemblées dévolues et respect des textes européens (Chapitre 1). De l'autre, le contrôle de la répartition des compétences *stricto sensu* parvient difficilement à réguler les conflits entre le pouvoir central et les entités dévolues (Chapitre 2).

---

294 Calum DOCHERTY et Matthew KENNEDY, « Jurisdiction and devolution issues », *CJICL*, 2014, Vol. 3, n° 1, pp. 229-240, p. 238.

## Chapitre 1 : Le contrôle conciliateur de la conventionnalité des lois dévolues

Pour entrer dans la compétence législative des assemblées dévolues, une loi est tenue de respecter le droit européen. Les enjeux du contrôle de conventionnalité opéré par les juges britanniques sont cruciaux. D'une part, il est essentiel que les lois dévolues respectent les engagements internationaux du Royaume-Uni afin d'éviter que l'État ne se retrouve en porte-à-faux suite à la violation d'obligations conventionnelles du fait des lois de ses nations. D'autre part, la majorité des affaires à l'origine d'un contrôle de conventionnalité impliquent des droits fondamentaux. Dans ce contexte, le juge doit trouver sa place entre garant des droits de l'homme et protecteur de la légitimité démocratique des assemblées dévolues.

En réalité, les enjeux divergent selon que la conformité des lois dévolues est examinée vis-à-vis du droit de l'Union ou par rapport à la CEDH. Dans la première hypothèse, certes les enjeux sont désormais éteints<sup>295</sup>, mais du temps où le droit de l'UE était encore une norme de référence, le contrôle qui en résultait demeurait limité (Section 1). En revanche, le contentieux relatif aux droits garantis par la CEDH est toujours d'actualité et bien plus abondant. Les juges tentent de concilier les intérêts divergents précités au terme d'un contrôle hybride de la conformité des lois dévolues à la CEDH (Section 2).

### Section 1 : Le contrôle limité de la conformité des lois dévolues au droit de l'UE

Le contrôle de la conformité des lois dévolues au droit de l'Union ne passera pas à la postérité. En effet, il s'agissait d'un contrôle restreint (§2) qui n'a été exercé que dans un faible nombre d'affaires (§1).

#### §1. Un contrôle modeste d'un point de vue quantitatif

La majorité des affaires portées devant les juridictions tendent à examiner la conformité des lois dévolues avec les droits garantis par la CEDH. Par ailleurs, une part substantielle du contrôle de constitutionnalité de ces lois a trait à la répartition des compétences *stricto sensu*. De fait, le contrôle de la conformité des lois dévolues au droit de l'Union ne représente qu'une part résiduelle

---

<sup>295</sup> Cf. Partie 1, Chapitre 1, Section 2, § 1.

dans la jurisprudence relative au contentieux de la dévolution. Par conséquent, les juges n'ont pas réellement eu l'opportunité de développer les modalités et les principes applicables à ce contrôle.

Ce désintérêt des moyens tirés de la violation du droit de l'UE pourrait s'expliquer par deux facteurs : l'un relatif aux implications de l'interprétation du droit de l'Union (A) et l'autre tenant au champ d'application matériel d'une partie du droit primaire de l'UE (B).

#### A-L'obstacle du renvoi préjudiciel

Premièrement, l'invocation du droit de l'Union pourrait s'avérer délicate. En effet, si les juges estiment que l'interprétation du droit de l'UE n'est pas claire, ils doivent procéder à un renvoi préjudiciel vers la CJUE en application de l'article 267 TFUE. Cette obligation de renvoi, lorsqu'elle était encore d'actualité au Royaume-Uni, pouvait être problématique à deux égards.

D'une part, dans le cadre du contrôle *a priori*, un tel renvoi n'aurait tout bonnement pas été envisageable ou aurait été rejeté par la Cour de justice. En effet, la question préjudicielle doit permettre de trancher un litige réel<sup>296</sup> et actuel<sup>297</sup>. Or, le contrôle *a priori* est par nature exercé avant l'entrée en vigueur de la loi dévolue, laquelle n'est encore applicable à aucun litige. La Cour suprême se contente de répondre à une question posée par un officier judiciaire. Il est certain que la CJUE refuserait de se prononcer sur le renvoi préjudiciel d'un renvoi d'une question dévolue en raison de l'absence de litige.

D'autre part, un tel renvoi pourrait être opéré par le juge lors du contrôle *a posteriori* à l'occasion d'un litige ayant soulevé une question de dévolution. Toutefois, il est possible que les justiciables aient été réticents à l'idée de soulever un moyen tiré de la violation du droit de l'Union en raison de l'éventualité d'un renvoi préjudiciel. En effet, ce dernier implique une procédure complexe et longue devant la CJUE. De plus, l'arrêt de la Cour de justice ne constitue pas le point final dans la mesure où la juridiction de renvoi britannique devrait encore se prononcer sur le fond de l'affaire et trancher le litige. Désireux de voir leur cause entendue rapidement, les justiciables ont certainement préféré écarter les moyens tirés de la violation du droit de l'Union.

---

296 CJCE, 11 mars 1980, *Foglia*, aff. 104/79, ECLI:EU:C:1980:73, pt 10.

297 CJCE, 15 juin 1995, *Zabala Erasun et a.*, aff. jtes C-422/93, C-423/93 et C-424/93, ECLI:EU:C:1995:183, pt 28.

## B-Le mécanisme des droits correspondants de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

Secondement, il n'est pas certain qu'une invocation des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en sus des articles de la CEDH présente une réelle plus-value. En effet, le premier texte « contient des droits correspondants à des droits garantis par la [CEDH] »<sup>298</sup>. Le mécanisme des droits correspondants offre un niveau plancher de la protection des droits fondamentaux. Une fois qu'un droit correspondant a été identifié, le même sens et la même portée que celui que lui confère la CEDH lui sont attribués. Certes, la Charte peut offrir un niveau de protection plus élevé que la CEDH telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>299</sup> et parfois plus étendu avec la protection de nouveaux droits<sup>300</sup>, mais dans la majorité des affaires impliquant des droits fondamentaux, seule la CEDH est invoquée.

C'est ce qui ressort de l'une des rares affaires où le droit de l'Union était invoqué. Dans l'arrêt *Christian Institute*<sup>301</sup>, il était question d'une loi écossaise mettant en place un service public spécifique afin de promouvoir, soutenir et garantir le bien-être des enfants et des jeunes par le biais de missions de conseil, d'information, de soutien, d'aide à l'accès de certains services<sup>302</sup>. À cette fin, certains pouvoirs de divulgation d'informations privées ont été institués afin de faciliter le partage d'informations entre les différents services administratifs. Des associations caritatives et des parents avaient intenté un *judicial review* sur des moyens tirés, entre autres, de l'incompatibilité des dispositions législatives dévolues avec divers droits garantis par la CEDH et par la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Dans un premier temps, la Cour suprême a estimé que la partie litigieuse de la loi dévolue était incompatible avec l'article 8 CEDH, qui pose le droit au respect de la vie privée et familiale, en ce qu'elle établissait un seuil de protection trop bas<sup>303</sup>.

Dans un second temps, la Cour a expédié les prétentions des requérants relatives à la Charte dont les articles 7 sur le droit au respect de la vie privée et familiale, 8 posant le principe de la protection des données à caractère personnel, 14, garantissant le droit à l'éducation et 33 protégeant la vie familiale et la vie professionnelle sur le plan juridique, économique et social, étaient invoqués. Les juges n'ont pas procédé à un véritable contrôle de la compatibilité des dispositions législatives litigieuses

---

298 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 52 § 3.

299 Conclusions de l'avocat général présentées le 23 avril 2020 dans l'affaire CJUE, *FMS e.a.*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:294, pt 149.

300 Abdelkhaleq BERRAMDANE, « Vingt ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2020, n° 647, pp. 542-547, p. 546.

301 *The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)* [2016] UKSC 51.

302 *Children and Young People (Scotland) Act* 2014.

303 *The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, §§ 67-101.

avec les droits garantis par la Charte. Cette absence de contrôle s'explique par l'application du mécanisme des droits correspondants. Plus précisément, les juges britanniques ont fait référence à un arrêt de la CJUE qui précisait que le champ de la protection des données à caractère personnel prévue par la Charte correspond à celui de l'article 8 CEDH<sup>304</sup>. Par conséquent, ils étaient « convaincus qu'il n'y a pas d'incompatibilité supplémentaire avec le droit de l'UE en plus de celle avec l'article 8 CEDH »<sup>305</sup>. Le fait que, dans cette situation, les juges britanniques se soient reposés sur le contrôle de la conformité des lois dévolues avec la CEDH a très certainement achevé de dissuader les requérants d'invoquer des moyens tirés de la violation des dispositions de la Charte.

## §2. Un contrôle relativement restreint d'un point de vue matériel

Lors des rares occasions où les juges ont examiné la conformité des lois dévolues au droit de l'Union, le contrôle qui en a résulté était relativement restreint. À cet égard, deux décisions méritent d'être relevées.

En premier lieu, la Chambre externe de la Cour de session écossaise a opéré cette forme de contrôle dans l'arrêt *Sinclair Collis* de 2011<sup>306</sup>. À l'origine de cette affaire, une demande de *judicial review* avait été formulée par une entreprise contre une loi écossaise de 2010 interdisant les distributeurs automatiques de cigarettes<sup>307</sup>. Cette loi s'inscrivait dans le cadre d'une politique de santé publique et visait à réduire l'incitation à la consommation de cigarettes pour les plus jeunes. Selon le requérant, la loi de 2010 constituait une restriction quantitative à l'importation contraire à l'article 34 TFUE. Le requérant invoquait ces dispositions car il importait des distributeurs automatiques depuis l'Espagne et l'Allemagne.

Les juges de la Cour de session ont rejeté ces prétentions au terme d'un raisonnement établi de longue date. En effet, ils ont calqué leur contrôle de proportionnalité sur celui opéré depuis des décennies par la CJUE consistant à vérifier qu'une mesure restrictive est bien justifiée et proportionnée. D'abord, ils ont estimé que le but poursuivi par la loi de 2010, à savoir la protection de la santé publique, constitue un objectif légitime permettant de justifier une restriction quantitative à l'import<sup>308</sup>. Ensuite, ils ont considéré que les distributeurs automatiques constituant une source de consommation de tabac, leur interdiction était adaptée à la réalisation de l'objectif de

---

304 CJUE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 52.

305 *The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 104.

306 *Sinclair Collis Ltd v Lord Advocate* [2011] CSOH 80.

307 *Tobacco and Primary Health Services (Scotland) Act* 2010.

308 *Sinclair Collis Ltd v Lord Advocate*, *op. cit.*, § 39.

protection de la santé publique<sup>309</sup>.

Par la suite, ils ont jugé que la mesure était nécessaire à la réalisation de l'objectif précité. En d'autres termes, l'interdiction des distributeurs automatiques de cigarettes était la mesure la moins restrictive possible pour diminuer l'incitation à la consommation de tabac<sup>310</sup>. Ces premières étapes du contrôle de proportionnalité sont assorties d'un test de cohérence et de systématicité. Il s'agit d'un examen de la mesure restrictive plus poussé que les trois premières étapes développé par la Cour de justice selon lequel « les différentes règles, ainsi que la législation nationale dans son ensemble, ne sont propres à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elles répondent véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique »<sup>311</sup>. Ce test se divise en deux branches de nature différente. D'un côté, « le test de la cohérence est interne à la réglementation et examine si la restriction imposée fait partie d'un ensemble des mesures poursuivant le même objectif ou si elle est imposée de manière isolée et/ou arbitraire (auquel cas la mesure aura un parfum protectionniste) »<sup>312</sup>. De l'autre, le test de la systématicité est « externe à la mesure en cause et examine comment celle-ci s'intègre dans l'ensemble du cadre réglementaire affectant l'activité en question dans l'[État membre] concerné »<sup>313</sup>. En application de ce test, la Cour de session a jugé que le maintien par la législation écossaise de l'autorisation des machines servant au stockage des cigarettes placées derrière les comptoirs des bureaux de tabac ne donne pas lieu à une incohérence<sup>314</sup>. En effet, de telles machines ne sont pas utilisées comme des distributeurs dans la mesure où le caissier se place en intermédiaire en effectuant la transaction.

Enfin, à l'instar de la CJUE, les juges britanniques balayaient d'un revers de la main la dernière étape du contrôle de proportionnalité, à savoir l'examen de la proportionnalité *stricto sensu*. Ils relèvent simplement que la protection de la santé publique est « un objectif très important qui pèse lourd dans la mise en balance à effectuer »<sup>315</sup>. Si la disposition législative peut être critiquée, il « appartenait tout de même au Parlement de juger de son bien-fondé ou non »<sup>316</sup>. En tout état de cause, la Cour de session estime sans plus de développements que la loi de 2010 a « trouvé un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des personnes concernées par la restriction de la libre

---

309 *Ibid*, §§ 41-46.

310 *Ibid*, § 49.

311 CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jtes C-570/07 et C-571/07, ECLI:EU:C:587, pt 94.

312 Vassilis HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in Édouard DUBOUT et Alexandre MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varieta concordia ?*, Bruylant, Droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2013, 457 p., pp. 205-229, p. 217.

313 *Ibid*, p. 218.

314 *Sinclair Collis Ltd v Lord Advocate*, *op. cit.*, § 52.

315 *Ibid*, § 53.

316 *Ibid*, § 56.

circulation des marchandises qu'elle a engendrée »<sup>317</sup>. Par conséquent, la loi a été déclarée conforme au droit de l'Union.

En second lieu, la Cour suprême s'est également prononcée sur la compatibilité d'une disposition législative dévolue avec la libre circulation des marchandises prévue par l'article 34 TFUE dans l'arrêt *Scotch Whisky Association* de 2017<sup>318</sup>. Cette fois-ci, la loi contestée instaurait un régime de prix minimum pour la vente d'alcool dans un objectif de santé publique<sup>319</sup>. Le législateur avait posé le principe du régime et les modalités et les prix exacts devaient être fixés par décret. En réalité, la loi poursuivait un double objectif. Il s'agissait de réduire la consommation d'alcool d'une part des consommateurs à risque et dangereux et d'autre part de la population prise dans son ensemble.

Dans sa décision, la Cour suprême centre à titre principal son analyse sur l'application et l'articulation du principe de nécessité. Les requérants estimaient que la mesure écossaise n'était pas la moins restrictive pour atteindre l'objectif de santé publique. Selon eux, la mise en place de droits d'accises aurait permis d'atteindre le même résultat. La Cour rejette cet argument en se fondant sur des statistiques détaillées et une étude universitaire<sup>320</sup>. Elle conclut que des mesures fiscales n'auraient pas permis de cibler précisément et suffisamment les catégories sociales les plus concernées par l'alcoolisme. En effet, elle relève que des droits d'accise élevés s'appliqueraient à l'alcool en général, de manière indifférenciée, et pas nécessairement sur les alcools les moins chers. Par conséquent, les boissons alcoolisées qui étaient déjà chères l'auraient été encore plus, mais le législateur se serait alors trompé de cible. La Cour considère que les individus les plus sujets à l'alcoolisme à risque et dangereux consomment exclusivement de l'alcool premier prix.

En revanche, la Cour suprême exprime sa réticence à l'idée de procéder à un examen de la proportionnalité *stricto sensu*, qui serait l'apanage du législateur dévolu<sup>321</sup>.

Il ressort de ces deux décisions que le contrôle de la conformité des lois dévolues avec le droit de l'Union est relativement restreint d'un point de vue matériel.

D'une part, le contrôle opéré est sans conteste restreint par son caractère exclusivement objectif. Les juges britanniques, lorsqu'ils se calquent sur le contrôle de proportionnalité tel qu'exercé par la CJUE, laissent largement de côté la dernière étape du contrôle, à savoir la proportionnalité *stricto sensu*. Il s'agit de l'étape la moins structurée et la plus délicate dans la mesure c'est à ce moment que

---

317 *Ibid*, § 57.

318 *Scotch Whisky Association v The Lord Advocate* [2017] UKSC 76.

319 *The Alcohol (Minimum Pricing) (Scotland) Act* 2012.

320 *Scotch Whisky Association v The Lord Advocate*, §§ 29-46.

321 *Ibid*, § 48.

la part de subjectivité du juge se fait le plus ressentir<sup>322</sup>. Du point de vue de la légitimité démocratique, il n'est pas certain que des juges non élus soient à même de se prononcer sur des éléments qui s'apparentent moins à des considérations neutres et juridiques qu'à des choix subjectifs et politiques. L'attitude des juges britanniques témoigne d'une déférence vis-à-vis des choix légitimement opérés par le Parlement dévolu en même temps qu'elle tend à garantir une certaine sécurité juridique.

D'autre part, le caractère restreint du contrôle doit être relativisé dans la mesure où l'exclusion de la part de subjectivité du contrôle de proportionnalité est en quelque sorte rattrapée par un renforcement et un approfondissement de l'examen des premières étapes du contrôles qualifiées de plus objectives. Cette tendance a pu être vérifiée par la lecture des deux décisions précitées. D'abord, le recours au test de cohérence et de systémativité dans l'arrêt *Sinclair Collis* permet de rechercher la véritable intention du législateur dévolu derrière la mesure restrictive et d'évaluer sa validité d'un point de vue objectif. Ensuite, la consolidation du test de nécessité dans la décision *Scotch Whisky Association* tend à envisager toutes les alternatives qui étaient à la disposition du législateur sur la base de données scientifiques neutres afin de mesurer la pertinence de la mesure restrictive retenue.

Si le contrôle de la conformité des lois adoptées par les assemblées dévolues au droit de l'Union a été peu exercé, l'examen de la compatibilité des lois dévolues avec les droits garantis par la CEDH a quant à lui donné lieu à une jurisprudence plus abondante.

## Section 2 : Le contrôle hybride de la conformité des lois dévolues à la CEDH

Le contrôle de la conformité des lois dévolues à la CEDH revêt plusieurs formes en ce qu'il implique l'application et l'articulation de principes, approches et méthodes différents. D'une part, l'interprétation des lois dévolues se fait en deux temps, de manière analogue à ce que les juges effectuent à l'égard des lois de Westminster conformément au *HRA* (§1). D'autre part, la modulation des effets de l'incompatibilité d'une loi dévolue à la CEDH diffère nécessairement de l'approche retenue à l'encontre des lois du législateur central en raison du principe de la souveraineté parlementaire (§2).

---

322 Darren HARVEY, « *Scotch Whisky Association v Lord Advocate* », *JR*, 2018, Vol. 2, pp. 133-139, pp. 137-138.

## §1. L'interprétation graduelle des lois dévolues analogue à l'interprétation des lois de Westminster

Lorsque les juridictions britanniques examinent la conformité des lois du Parlement de Westminster avec les droits garantis par la CEDH, elles procèdent en deux temps<sup>323</sup>. Dans un premier temps, elles interprètent les lois selon les méthodes traditionnelles<sup>324</sup>. Ce n'est que si cette interprétation classique aboutit à une incompatibilité que les juges procèdent à une interprétation conforme des lois dans la mesure du possible dans un second temps. Il s'agit également de l'approche retenue dans le cadre du contrôle des lois dévolues. En effet, les juges procèdent d'abord à une interprétation classique de ces lois (A) avant de s'adonner à une interprétation conforme en cas d'incompatibilité (B).

### A-L'interprétation classique des lois dévolues

En règle générale, les juges suivent le schéma suivant lorsqu'ils interprètent classiquement les lois dévolues. Dans un premier temps, ils rappellent que la sphère discrétionnaire de jugement (*discretionary area of judgment*) des assemblées dévolues doit être respectée (1). Dans un second temps, ils opèrent un contrôle de proportionnalité afin de vérifier la compatibilité de la loi dévolue telle qu'interprétée classiquement avec la CEDH (2).

- 1) La reconnaissance du respect de la sphère discrétionnaire de jugement des assemblées dévolues

Dans le contentieux général des droits fondamentaux, la sphère discrétionnaire de jugement est le concept élaboré par les juges en écho au rejet de la doctrine de la marge nationale d'appréciation<sup>325</sup>. Il « préconise aux Cours de laisser, dans le cadre de la procédure de *judicial review*, une certaine latitude aux autorités dont les décisions sont contestées sur le fondement des droits conventionnels »<sup>326</sup>.

---

323 Aurélie DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act de 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 417-425.

324 Les méthodes traditionnelles comprennent l'interprétation littérale des lois qui consiste pour les juges à s'en tenir strictement aux termes de la loi ; la règle d'or (*golden rule*) qui vise à interpréter les lois de manière littérale pour, en cas de résultat absurde ou incohérent, corriger ces conséquences malencontreuses et ; la règle du mal à corriger (*mischief rule*) qui se rapproche de l'interprétation téléologique en ce qu'elle recherche l'intention du législateur, plus précisément les maux auxquels il a voulu remédier.

325 Aurélie DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act de 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 358.

326 *Ibid*, p. 359.

Dans le contentieux de la dévolution impliquant des droits fondamentaux, ce concept est également appliqué. Il a été reconnu par les juges écossais de la Cour de session dès l'arrêt *Adams* de 2002<sup>327</sup>. D'après la Cour, l'approche adéquate à retenir s'agissant de la relation entre le Parlement écossais et les juridictions repose sur la sphère discrétionnaire de jugement du législateur<sup>328</sup>. Les juges avaient poursuivi en expliquant que le législateur fait nécessairement des choix politiques et moraux lorsqu'il élabore une loi et soulignant que ce choix lui appartient à titre exclusif. Par conséquent, ils affirmaient que les juges ne sauraient en aucun cas se substituer au législateur dans les choix politiques nécessaires à l'édition d'une loi dans le cadre du contrôle de la conformité des lois dévolues à la CEDH. Ces précisions apportées, les juges pouvaient appliquer le principe de proportionnalité.

## 2) L'application du principe de proportionnalité aux lois dévolues interprétées classiquement

Le contrôle de la conformité des lois dévolues avec la CEDH consiste en une application du principe de proportionnalité en quatre étapes quasiment identiques au contrôle de proportionnalité tel qu'appliqué en droit de l'Union. D'un côté, la première étape consistant à identifier un objectif légitime à la loi litigieuse ne pose pas de difficulté dans la mesure où en application de la sphère discrétionnaire de jugement, le juge opère simplement une forme de contrôle manifeste de l'erreur d'appréciation en recherchant si la décision prise par le législateur dévolu est manifestement déraisonnable (*manifestly unreasonable*)<sup>329</sup>. De l'autre, la dernière étape consistant en la mise en balance des intérêts en jeu fait moins preuve de déférence vis-à-vis des assemblées dévolues et examine véritablement la proportionnalité de la loi litigieuse *stricto sensu*<sup>330</sup>. Comme indiqué plus haut, les juges contrôlent la proportionnalité d'une loi dévolue telle qu'interprétée selon les méthodes traditionnelles d'interprétation des lois. Cet exercice peut aboutir à deux résultats opposés : la loi est conforme à la CEDH ou elle ne l'est pas.

La première hypothèse s'est présentée dans l'arrêt *DS* de 2007<sup>331</sup>. Cette affaire concernait une loi écossaise de 2002 qui prévoyait de nouvelles dispositions pour l'admissibilité de la preuve sur le caractère, le comportement ou la condition des victimes présumées d'infractions sexuelles et autorisait divulgation du casier judiciaire du prévenu comme mode de preuve<sup>332</sup>. La section 274 de

---

327 *Adams v Scottish Ministers*, *op. cit.*

328 *Ibid*, § 92.

329 *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill Reference by the Counsel General for Wales*, *op. cit.*

330 *Ibid*.

331 *DS v HM Advocate* [2007] UKPC D1.

332 *Sexual Offences (Procedure and Evidence) (Scotland) Act 2002*.

cette loi disposait entre autres que « le tribunal ne doit pas admettre, ou permettre un interrogatoire destiné à obtenir, des preuves qui montrent ou tendent à montrer que le plaignant [...] a, à un moment donné, adopté un comportement sexuel ne faisant pas partie de l'objet de l'accusation ». Par ailleurs, la section 275 prévoyait une exception lorsque la preuve de l'un des points spécifiques du comportement sexuel permettrait d'illustrer le caractère du plaignant et serait pertinent pour reconnaître sa culpabilité dans l'affaire en question. En l'espèce, le requérant placé dans cette situation arguait de l'incompatibilité de ces dispositions avec son droit à un procès équitable garanti à l'article 6 CEDH.

L'un des éléments litigieux était l'interprétation à donner aux termes « comportement sexuel » utilisés par la loi écossaise de 2002. En substance, Lord RODGER confère une interprétation ordinaire du terme « comportement ». Cette approche se vérifie *a contrario* dans la mesure où le juge écarte « toute interprétation qui produirait des résultats extraordinaires » et confère au mot « comportement » son sens ordinaire, c'est-à-dire ce qui renvoie « aux choses faites plutôt qu'aux choses dites au quotidien »<sup>333</sup>. Grâce à cette interprétation littérale classique, les dispositions législatives dévolues ont été déclarées conformes à la CEDH.

La seconde hypothèse est survenue dans la décision du Comité judiciaire du Conseil privé *Anderson* de 2001<sup>334</sup>. À titre liminaire, il est important de noter que cette affaire est la première dans laquelle une loi écossaise a été contrôlée par les juges. Par ailleurs, ce contrôle a été opéré sur la première loi adoptée par le Parlement écossais en 1999. La loi en question insérait une nouvelle disposition dans une loi plus ancienne relative à la santé mentale<sup>335</sup> afin de prévoir que : « Lorsqu'un appel est interjeté auprès du shérif<sup>336</sup> par un patient faisant l'objet d'une ordonnance restrictive, le shérif doit rejeter l'appel s'il est convaincu que le patient souffre, au moment de l'audition de l'appel, d'un trouble mental dont l'effet est tel qu'il est nécessaire, pour protéger la population de préjudices graves, que le patient continue d'être détenu dans un établissement de santé, que ce soit pour qu'il y reçoive un traitement médical ou non »<sup>337</sup>. Le requérant soutenait que cette disposition était incompatible avec l'article 5 CEDH qui protège le droit à la liberté et à la sûreté. C'est notamment l'emploi du terme « population » qui posait difficulté en ce qu'il conférerait un champ d'application trop large à la disposition législative dévolue.

En effet, Lord HOPE considère qu'une lecture classique et littérale du terme « population » renvoie

---

333 *DS v HM Advocate*, *op. cit.*, § 77, Lord RODGER.

334 *Anderson v Scottish Ministers* [2001] UKPC D5.

335 *Mental Health (Scotland) Act* 1984.

336 En Écosse, le shérif est le juge de première instance siégeant dans les tribunaux de shérifs traitant de certaines affaires civiles et pénales.

337 *Mental Health (Public Safety and Appeals) (Scotland) Act* 1999, section 1.

à la population prise dans son ensemble<sup>338</sup>. En conséquence d'une telle interprétation, l'incompatibilité de la loi dévolue avec la CEDH est manifeste. C'est seulement une fois l'interprétation traditionnelle des lois fournie que les juges pourront passer à l'interprétation conforme, dont l'issue sera développée plus loin.

### B-L'interprétation conforme des lois dévolues

D'abord, les juges ont apporté quelques éclaircissements sur l'interprétation conforme atypique prévue à la section 3 du *HRA* (1). Ensuite, cette dernière a été quelque peu limitée afin de maintenir une certaine cohérence et sécurité juridiques (2).

#### 1) La clarification d'une obligation interprétative atypique

D'abord, il convient de mettre l'emphase sur la nature extraordinaire de l'obligation interprétative résultant de la section 3 du *HRA* (a) qui est employée de manière contingente (b).

##### a) La nature extraordinaire de l'interprétation conforme

La section 3 du *HRA* dispose que « dans la mesure du possible, les législations primaires et subordonnées doivent être lues et mises en œuvre de façon compatible avec les droits conventionnels »<sup>339</sup>. Aux fins de cette obligation d'interprétation conforme, les lois dévolues sont qualifiées de législation subordonnée<sup>340</sup>.

L'obligation interprétative de la section 3 du *HRA* est « d'un caractère inhabituel et d'une grande portée » en ce qu'elle peut consister à s'écarter de « l'intention que l'on peut raisonnablement attribuer au législateur à la lecture des termes employés ».<sup>341</sup> Elle doit être distinguée de celle prévue par les lois de dévolution selon laquelle une disposition qui pourrait être interprétée comme excédant les compétences du législateur dévolu « doit être interprétée dans la mesure du possible de manière aussi restrictive que nécessaire pour entrer dans les compétences législatives et produit ses

---

338 *Anderson v Scottish Ministers*, *op. cit.*, § 37, Lord HOPE.

339 Section traduite dans Aurélie DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act de 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 106.

340 *HRA* 1998, section 21(1).

341 *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, § 30, Lord NICHOLLS.

effets en conséquence »<sup>342</sup>. En effet, cette dernière prévoit des obligations de résultat, à savoir une interprétation conforme à la compétence du législateur dévolu, et de moyen, dans la mesure où une interprétation restrictive est prescrite. À l'inverse, la section 3 du *HRA* prévoit seulement une obligation de résultat constituée par la recherche d'une interprétation conforme. Ainsi, plusieurs méthodes d'interprétation sont à la disposition du juge, du moment qu'il aboutit à une interprétation des lois qui soit conforme à la CEDH<sup>343</sup>. En somme, les lois de dévolution ne vont pas aussi loin que le *HRA* en matière d'interprétation<sup>344</sup>.

Cette clarification et la distinction opérée entre les deux obligations interprétatives est bienvenue. En effet, lors des premières affaires du contentieux de la dévolution, les lois étaient interprétées de manière conforme à la CEDH en application de l'obligation interprétative prévue par les lois de dévolution. À titre d'illustration, dans l'arrêt *Anderson* précité, les juges se fondent explicitement sur cette obligation interprétative afin de déclarer une loi de 1999 conforme à l'article 5 CEDH<sup>345</sup>. En l'espèce, le terme litigieux « population » a été interprété de manière restrictive afin qu'il ne renvoie pas à la population prise dans son ensemble au terme d'une lecture littérale, mais seulement à une partie de la population, à savoir les officiers de prison, les codétenus, les visiteurs de la prison, etc<sup>346</sup>.

#### b) Le recours contingent à l'interprétation conforme

Des précisions relatives à la manière dont doit être employée l'interprétation conforme ont également été apportées par la jurisprudence. Cette interprétation n'intervient qu'à titre supplétif. Ce n'est que si la loi telle qu'interprétée au moyen des méthodes traditionnelles n'est pas compatible avec la CEDH que les juges peuvent rechercher une interprétation conforme en application de la section 3 du *HRA*<sup>347</sup>. Cette approche est opportune compte tenu des implications résultant de la nature extraordinaire de l'interprétation conforme. Il convient d'éviter autant que faire se peut de recourir à « une méthode d'interprétation peu respectueuse des intentions du Parlement »<sup>348</sup>.

---

342 *SA* 1998, section 101(2) ; *GWA* 2006, section 154(2).

343 *DS v HM Advocate*, *op. cit.*, § 22.

344 *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill*, *op. cit.*, § 73.

345 *Anderson v Scottish Ministers*, *op. cit.*, § 8, Lord HOPE.

346 *Ibid*, § 38, Lord HOPE.

347 *ANS v ML* [2012] UKSC 30, § 15, Lord REED.

348 Aurélie DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act de 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 417.

Il advient parfois qu'une loi déclarée conforme à la CEDH au terme d'une interprétation classique soit tout de même soumise à l'interprétation conforme. Dans un arrêt de 2012, une juge écossaise a procédé de la sorte en affirmant que si son interprétation classique était erronée, la loi dévolue litigieuse pourrait être interprétée de manière conforme à la CEDH en application de la section 3 du *HRA*<sup>349</sup>.

## 2) La limitation de l'interprétation conforme à la sauvegarde de la substance des dispositions législatives

Il est apparu nécessaire de limiter dans une certaine mesure l'interprétation conforme des lois dévolues afin de respecter la substantifique moelle des dispositions législatives litigieuses. Une absence totale de bornes pourrait conduire les juges à se substituer au législateur en modifiant de fond en comble certaines lois au gré des jugements. La décision *Cameron*<sup>350</sup> établit un seuil au-delà duquel les juges ne sauraient s'aventurer pour aboutir à une interprétation conforme, au risque de dénaturer entièrement la législation.

Dans cet arrêt<sup>351</sup>, les juges de la Haute Cour de justice écossaise ont fait application de la section 3 du *HRA*. La loi contestée visait à ajouter des dispositions à une loi antérieure relative à la libération sous caution<sup>352</sup> permettant au *Lord Advocate* de contraindre tout accusé à fournir ses empreintes digitales ou se soumettre à une parade d'identification en échange de sa libération sous caution<sup>353</sup>. De fait, la nouvelle disposition supprime le pouvoir d'appréciation du juge, lequel se contente désormais d'appliquer directement la loi et d'autoriser la police à récupérer les empreintes digitales et à procéder à une parade d'identification. Le requérant contestait la loi écossaise sur le moyen tiré de la violation de l'article 5 CEDH.

Dans un premier temps, les juges concluent à l'incompatibilité de la disposition législative dévolue avec la CEDH au terme d'une interprétation classique en raison de la suppression d'une intervention matérielle du juge<sup>354</sup>. Dans un second temps, les juges abordent la question du recours à l'interprétation conforme prévue à la section 3 *HRA* avec un certain « manque d'enthousiasme »<sup>355</sup>.

---

349 *AMI v Procurator Fiscal* [2012] HCJAC 108, § 41, Lady PATON.

350 *Cameron v Procurator Fiscal* [2012] HCJAC 19.

351 *Ibid.*

352 *Criminal Procedure (Scotland) Act* 1995.

353 *Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act* 2010.

354 *Cameron v Procurator Fiscal*, *op. cit.*, § 19.

355 *Ibid.*, § 20.

La Cour relève qu'une interprétation conforme consisterait à interpréter la disposition comme conférant un minimum de pouvoir discrétionnaire au juge pour les décisions de libération sous caution. Or, elle affirme qu'une telle interprétation n'est pas possible en l'espèce car elle « viderait la substance » de la disposition litigieuse<sup>356</sup>.

La recherche de l'équilibre entre la déférence vis-à-vis des assemblées dévolues et le respect des droits conventionnels ne repose pas uniquement sur l'interprétation des textes.

## §2. La modulation des effets de l'incompatibilité d'une loi dévolue à la CEDH distincte des effets de la déclaration d'incompatibilité des lois de Westminster

La conciliation entre les intérêts divergents passe également par les effets des décisions juridictionnelles, que les juges peuvent moduler. À la différence des règles d'interprétation, les méthodes relatives à la modulation des effets d'un jugement sur une loi dévolue diffèrent de celle applicable aux lois du Parlement de Westminster. Dans cette seconde hypothèse, les lois ne peuvent être annulées par le juge en application du principe de la souveraineté parlementaire. Lorsque les juridictions<sup>357</sup> estiment qu'une loi du pouvoir central n'est pas conforme à la CEDH, alors ils rendent une déclaration d'incompatibilité<sup>358</sup>. Cette déclaration n'est pas contraignante d'un point de vue juridique vis-à-vis du Parlement de Westminster. Elle prend simplement la forme d'une « notification au Parlement que la législation est incompatible avec les droits conventionnels »<sup>359</sup>. À l'inverse, les lois dévolues incompatibles avec la CEDH peuvent et doivent être annulées, mais les effets de cette annulation sont susceptibles d'être annulés tant aux niveaux matériel (A) que temporel (B).

### A-La modulation des effets matériels de l'incompatibilité

Plutôt que d'annuler une loi dans son ensemble ou même une disposition législative complète, les juges peuvent décider de réduire les effets de la décision d'incompétence du législateur dévolu. Cette attitude respectueuse à l'égard des assemblées dévolues permet surtout de limiter les conséquences parfois considérables d'une annulation. Elle se manifeste par une lecture et une

---

356 *Ibid.*

357 L'expression « les juridictions » renvoie seulement à certaines d'entre elles, limitativement énumérées et qui rassemblent à titre principal les tribunaux et cours supérieurs.

358 *HRA* 1998, section 4.

359 Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments – Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2018-2019*, 2019, CP 182, p. 5.

interprétation minutieuse des dispositions législatives dévolues.

À titre d'illustration, dans l'arrêt *Salvesen*<sup>360</sup>, les juges n'étant pas parvenus à aboutir à une interprétation conforme de la disposition législative litigieuse, ils ont cherché à limiter les effets de son annulation. À cette fin, ils ont dissocié les différentes sous-sections de la section incompatible avec la CEDH afin d'en faire ressortir des parties conformes et non conformes<sup>361</sup>. En l'espèce, la Cour suprême avait conclu que seule une sous-section était incompatible avec les droits conventionnels<sup>362</sup>. En maintenant la disposition épurée de son incompatibilité en vigueur la Cour a fortement limité les effets de sa décision d'incompétence du législateur dévolu.

### B-La modulation des effets temporels de l'incompatibilité

La modulation des effets d'une décision dans le temps est possible tant pour le passé que pour l'avenir. En effet, les juges peuvent limiter les effets rétroactifs d'une incompatibilité (1) et différer les effets d'une annulation (2).

#### 1) La limitation des effets rétroactifs d'une incompatibilité

Les lois de dévolution disposent qu'en cas de décision d'incompétence du législateur dévolu, « les cours ou tribunaux peuvent prendre une ordonnance supprimant ou limitant tout effet rétroactif de la décision »<sup>363</sup>. Cette disposition témoigne de la place particulière qu'occupe la législation dévolue dans l'ordonnancement juridique britannique. En effet, elle permet d'opérer une distinction entre les lois dévolues et les actes administratifs. En règle générale, au Royaume-Uni, une déclaration d'invalidité d'un acte administratif le rend nul et non avenue *ab initio*<sup>364</sup>.

Dans un certain nombre de cas, les juridictions ont appliqué la disposition précitée afin de limiter ou de supprimer les effets rétroactifs de leur décision. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Cameron*<sup>365</sup>, la Haute Cour de justice écossaise a décidé de limiter les effets rétroactifs de l'annulation de la loi

---

360 Cf. Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §1.

361 *Salvesen v Riddell*, *op. cit.*, § 49.

362 *Ibid*, § 51.

363 *SA* 1998, section 102(2) ; *NIA* 1998, section 81(2) ; *GWA* 2006, section 153(2).

364 Veena Srirangam NADHAMUNI, « Suspending invalidity while keeping faith with nullity : an analysis of the suspension order cases and their impact of our understanding of the doctrine of nullity », *PL*, 2015, pp. 596-613, p. 596.

365 Cf. § précédent.

dévolue afin de promouvoir une certaine clarté et de préserver la sécurité juridique<sup>366</sup>. Plus précisément, les effets de la décision ont été limités à toutes les affaires dans lesquelles une libération sous caution a été décidée mais où le procès n'a pas encore eu lieu, ou si ce dernier est en cours à la date de publication de la décision, ainsi qu'à tous les appels interjetés mais pas encore jugés<sup>367</sup>.

De même, les commentaires de Lord HOPE dans l'arrêt *Martin*<sup>368</sup> témoignent de l'importance qu'attachent les juges à la question des effets rétroactifs d'une manière générale. Dans cette décision, la loi entrerait dans les compétences du législateur dévolu, mais Lord HOPE affirme que s'il était parvenu à la solution inverse, il aurait pris une ordonnance qui aurait supprimé tout effet rétroactif de sa décision<sup>369</sup>.

La publication d'une telle ordonnance n'est toutefois pas systématique. Dans l'arrêt *Salvesen*, la Cour suprême a fait savoir qu'elle ne viendrait pas supprimer ou limiter les effets rétroactifs de sa décision d'incompétence du législateur dévolu<sup>370</sup>. À la place, elle a décidé de laisser au Parlement écossais le choix de moduler ces effets ou non. Selon les juges, cette décision revêt un caractère politique et implique de procéder à des consultations des acteurs du domaine concerné par la disposition législative annulée.

## 2) L'annulation différée d'une loi dévolue

Les lois de dévolution prévoient que les juges peuvent « suspendre les effets d'une décision [d'incompétence] pour n'importe quelle durée et à n'importe quelle condition afin de permettre que ses incompatibilités soient corrigées »<sup>371</sup>.

De la même manière que pour la limitation des effets rétroactifs, les juridictions décident régulièrement de différer l'annulation d'une loi ou d'une disposition législative dévolue. D'une part, elles peuvent directement fixer le délai au cours duquel la loi est maintenue, comme dans l'arrêt *Salvesen* précité où l'annulation a été différée à douze mois maximum<sup>372</sup>. D'autre part, les juges peuvent manifester leur intention de prendre une telle ordonnance et inviter les parties à leur

---

366 *Cameron v Procurator Fiscal* [2012] HCJAC 31, § 6.

367 *Ibid*, § 7.

368 *Martin v HM Advocate (Scotland)*, *op. cit.*

369 *Ibid*, § 43.

370 *Salvesen v Riddell*, *op. cit.*, § 57.

371 *SA* 1998, section 102(2) ; *NIA* 1998, section 81(2) ; *GWA* 2006, section 153(2).

372 *Salvesen v Riddell*, *op. cit.*, § 58.

transmettre des observations écrites pour pouvoir fixer un délai ultérieurement<sup>373</sup>.

En somme, le contrôle de la conventionnalité des lois dévolues est dans une large mesure basé sur des principes, méthodes et approches préexistants. L'examen de la conformité des lois dévolues au droit de l'Union est demeuré limité et se fondait essentiellement sur des constructions de la CJUE. Le contrôle plus abondant de la conformité des lois dévolues à la CEDH reprend d'un côté une partie des composantes du contrôle de proportionnalité tel que développé par la CourEDH et de l'autre l'obligation de l'interprétation conforme applicable aux lois de Westminster. Les juridictions ont tout de même mis en œuvre certains éléments novateurs s'agissant de la modulation des effets de leurs décisions d'incompétence du législateur dévolu.

Alors qu'il était relativement limité aux débuts du contentieux de la dévolution, le contrôle de la répartition des compétences *stricto sensu* a pris de l'ampleur au fil des années.

---

373 *The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, §§ 109-110.

## Chapitre 2 : Le contrôle conflictuel de la répartition des compétences *stricto sensu*

Toute loi adoptée par les assemblées dévolues doit respecter la répartition des compétences au sens strict établie par les lois de dévolution. La nature du contrôle qui en résulte est relativement nouvelle et les juges peuvent difficilement s'appuyer sur des principes, approches et méthodes préexistants. Les expériences des britanniques en matière de résolution des conflits de compétence résident essentiellement dans la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé à l'époque de l'Empire britannique. D'une part, ce dernier était amené à contrôler la répartition des compétences entre le Dominion du Canada et les provinces canadiennes en tant que juridiction de dernier ressort pour les appels des tribunaux coloniaux. D'autre part, il vérifiait que les lois des assemblées coloniales n'étaient pas contraires aux intérêts commerciaux défendus par le droit anglais<sup>374</sup>.

De fait, les juges saisis des conflits de compétence entre les assemblées dévolues et le Parlement de Westminster ont fait face à un défi de taille. Il leur fallait, à partir d'expériences antérieures isolées, bâtir une ligne de jurisprudence autour de principes qui restaient à définir, délimiter et structurer. Au gré des décisions, les juridictions et au premier chef la Cour suprême, ont tenté de développer et d'appliquer un nouvelle forme de contrôle de la constitutionnalité des lois dévolues. Cette édification a été forgée autour de la question de l'interprétation des lois. D'un côté, l'interprétation des lois constitutionnelles de dévolution a été et demeure une problématique complexe (Section 1). De l'autre, la conjugaison entre interprétations téléologique et restrictive des lois dévolues emporte certaines difficultés (Section 2).

### Section 1 : Le développement inabouti de l'interprétation des lois de dévolution

Les lois constitutionnelles et les lois ordinaires ne sont pas de même nature. Les premières sont dogmatiques en ce qu'elles rendent compte de ce à quoi l'État devrait ressembler dans un monde idéal tandis que les secondes sont plus prosaïques et prescriptives dans la mesure où elles contiennent des objectifs plus concrets<sup>375</sup>. Par conséquent, l'application des méthodes d'interprétation des lois ordinaires aux lois constitutionnelles ne tombe pas sous le sens. Ces questionnements ont été au cœur de la jurisprudence de la Cour suprême britannique dans le cadre

---

374 Cf. Partie 1, Chapitre 2, Section 2, § 1.

375 David FELDMAN, « Statutory interpretation and constitutional legislation », *LQR*, 2014, Vol. 130, pp. 473-497, p. 489.

du contentieux de la répartition des compétences *stricto sensu*. Si à l'origine, une interprétation large des lois de dévolution semblait prévaloir (§1), certaines clarifications récentes mettent en lumière une interprétation ordinaire des lois constitutionnelles (§2).

### §1. Une interprétation initiale large des lois de dévolution

D'une part, il était originellement prévu que les termes « touchent à » dans le cadre de l'interdiction des lois dévolues d'adopter des lois touchant à des domaines réservés soient interprétés conformément à la jurisprudence ancienne du Conseil privé (A). D'autre part, une interprétation large des lois de dévolution était préférée aux débuts de la jurisprudence (B).

#### A-La doctrine de la *pith and substance* du Conseil privé

Les commentaires des notes explicatives du *SA* 1998 relatifs à la sous-section 3 de la section 29 du *SA* fournissent des indications quant au sens à donner aux termes « touchent à »<sup>376</sup>. Il est ainsi fait référence à la doctrine du caractère véritable (*pith and substance*), qui devrait servir de guide à l'interprétation à destination des juges.

Cette théorie prend ses racines dans la jurisprudence ancienne du Conseil privé relative à la répartition des compétences entre le Dominion du Canada et les provinces canadiennes<sup>377</sup>. Toujours employée de nos jours au Canada, elle « consiste à déterminer le caractère véritable ou essentiel de la loi » en se demandant « quel est le sens véritable ou la caractéristique dominante de la mesure législative attaquée »<sup>378</sup>. La réponse à cette question réside essentiellement dans « l'objet », à savoir l'intention du législateur, et les « effets juridiques », c'est-à-dire « la façon dont la loi influe sur des droits et obligations »<sup>379</sup>, de la loi litigieuse. En application de cette doctrine, la résolution des conflits repose sur une interprétation souple de la Constitution « de manière à répondre aux nouvelles réalités sociales, politiques et historiques »<sup>380</sup>. Toutefois, les domaines de compétences ne doivent pas être interprétés de manière trop large au risque « d'élargir à n'en plus finir la compétence en cause »<sup>381</sup>. La doctrine de la *pith and substance* est ou a été utilisée dans un certain

---

376 *Explanatory Notes to the Scotland Act 1998*, Commentary, section 29, Details of provisions, Subsection (3).

377 Cf. notamment *Union Colliery Company of British Columbia v Bryden* [1899] AC 580.

378 *Ward v Canada (Attorney General)* [2002] 1 RCS 569, § 17.

379 *Ibid.*

380 *Ibid.*, § 30(1).

381 *Ibid.*, § 30(2).

nombre d'États membres du *Commonwealth* tels que l'Inde et l'Australie<sup>382</sup>, mais également au Royaume-Uni dans la jurisprudence relative au *home rule* nord-irlandais<sup>383</sup>.

La mention de cette théorie dans les notes explicatives du *SA* n'est pas purement fortuite. Elle est intégrée aux notes en considération des débats parlementaires précédant l'adoption du *SA*. En particulier, Lord SEWEL avait défendu le recours à cette approche interprétative et proposé un amendement en ce sens<sup>384</sup>. Si certains parlementaires étaient favorables à cette approche<sup>385</sup>, d'autres la voyaient d'un mauvais œil<sup>386</sup>. Le texte final du *SA*, pas plus que ceux du *NIA* 1998 et du *GWA* 2006 ne font explicitement référence à la doctrine de la *pith and substance*.

La reconnaissance et l'application de cette théorie dans le contentieux de la dévolution ne tombait pas sous le sens. En effet, fallait-il recourir à une interprétation large des lois de dévolution incluant une méthode d'interprétation qui est issue d'une jurisprudence ancienne, non directement liée au contexte de la dévolution, qui n'a pas fait l'unanimité lors des débats parlementaires et surtout qui n'a pas été intégrée dans le texte de loi final ? Il y a effectivement eu des débats autour de cette problématique<sup>387</sup>. En somme, la question était celle de savoir s'il était opportun de s'inscrire dans la continuité des expériences peu nombreuses en matière d'interprétation des textes constitutionnels ou s'il convenait de marquer une rupture et de développer de nouveaux principes.

#### B-L'interprétation large de la norme constitutionnelle aux débuts du contentieux de la dévolution

La question de la répartition des compétences *stricto sensu* entre une loi dévolue et les domaines réservés à Westminster ne s'est pas présentée devant le juge durant les premières années de la dévolution. En revanche, d'autres affaires s'inscrivant dans le cadre plus général du contentieux de la dévolution ont été confrontées à la question de l'interprétation adéquate à conférer aux lois constitutionnelles de dévolution.

À cet égard, l'arrêt *Robinson* de 2002<sup>388</sup> offre certains enseignements sur la position des *Law Lords* à

---

382 Tony BLACKSHIELD, « Working the Methaphor : The Contrasting Use of "Pith and Substance" in Indian and Australian Law », *JILI*, 2008, Vol. 50, n° 4, pp. 518-568.

383 *Gallagher v Lynn* [1937] AC 863.

384 Lord SEWEL, moved Amendment No. 149.

385 *Hansard*, HL Deb. Vol. 592, col. 818, Lord CLYDE.

386 *Ibid*, Lord MACKAY.

387 Iain JAMIESON, « The ghost in the machine or the problem of the undefined residuum : Imperial Tobacco Ltd v HM Advocate », *ELR*, 2014, Vol. 18, n° 1, pp. 119-125, p. 120.

388 *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32.

cette époque. Il ressort de cet arrêt relatif aux élections en Irlande du Nord que le *NIA* ne saurait être interprété comme une loi ordinaire. Les juges estiment que, eu égard à sa nature et au contexte particulier dans lequel elle a été adoptée, la loi doit être interprétée en conséquence. D'une part, Lord BINGHAM semble proposer une combinaison de différentes approches interprétatives lorsqu'il affirme que le *NIA* « doit, conformément aux termes employés, être interprété de manière large et téléologique, en prenant en considération les valeurs que les dispositions constitutionnelles tendent à incarner »<sup>389</sup>. D'autre part, Lord HOFFMANN attache une importance particulière au contexte d'adoption du *NIA*. En effet, il explique que : « Le titre long de la loi est "d'édicter de nouvelles dispositions pour le gouvernement d'Irlande du Nord afin de mettre en œuvre l'accord conclu lors des pourparlers multipartites sur l'Irlande du Nord...". Selon les principes traditionnels d'interprétation des lois, [le *NIA*] doit être interprété en prenant en considération le contexte de la situation politique en Irlande du Nord et des principes établis par l'accord de Belfast pour un nouveau départ. Ces éléments factuels et textuels font partie du contexte devant être pris en compte lors de l'interprétation de la loi, tout comme la Révolution, la Convention et les Federalist Papers font partie du contexte pour l'interprétation de la Constitution des États-Unis »<sup>390</sup>.

La décision *Robinson* s'inscrit dans le principe établi de longue date selon lequel les dispositions constitutionnelles « appellent une interprétation large épargnant "l'austérité du légalisme tabulé" »<sup>391</sup>. La jurisprudence ultérieure de la Cour suprême écartera cette approche quelques années plus tard.

## §2. La relative clarification récente de l'approche interprétative ordinaire des lois de dévolution

Suite à la multiplication des contestations de lois dévolues sur le moyen tiré de la violation de la répartition des compétences *stricto sensu*, les juges ont été contraints de clarifier quelque peu les principes et méthodes d'interprétation applicables. Si l'interprétation littérale des lois constitutionnelles de dévolution est le principe directeur en la matière (A), elle doit composer avec la difficile recherche d'une interprétation constante et prévisible nécessaire à l'effectivité et la cohérence des modèles de dévolution (B).

---

389 *Ibid*, § 11, Lord BINGHAM.

390 *Ibid*, § 33, Lord HOFFMANN.

391 Lady HALE, « Devolution and the Supreme Court – 20 years on », *op. cit.*, p. 13.

## A-Une approche analogue à l'interprétation littérale des lois ordinaires

Le principe de l'interprétation littérale des lois de dévolution posé en 2014 (1) ne pose pas de grandes difficultés lorsqu'il est question d'identifier la portée des domaines réservés au Parlement de Westminster (2).

### 1) Une interprétation littérale à la simple lumière de l'objectif général des lois de dévolution

#### a) L'arrêt de principe

L'arrêt *Imperial Tobacco* de 2014<sup>392</sup> est venu poser les bases de l'approche à retenir pour l'interprétation des lois de dévolution.

Premièrement, la Cour suprême affirme que même si l'objet d'une loi est valide, cette dernière peut être incompatible avec les lois constitutionnelles si elle est matériellement inconstitutionnelle<sup>393</sup>. En d'autres termes, une loi qui réalise un objectif légitime et légal par des moyens qui n'entrent pas dans les compétences du législateur dévolu sera inconstitutionnelle et par conséquent annulée. Cette première mise au point permet de rejeter définitivement la doctrine de la *pith and substance*<sup>394</sup>.

Deuxièmement, les juges affirment que les lois de dévolution doivent être interprétées comme n'importe quelle loi ordinaire, selon les mêmes méthodes<sup>395</sup>. Concrètement, il s'agit d'interpréter les lois de dévolution de manière littérale, mais en tenant un minimum compte du contexte derrière les lois constitutionnelles, à savoir la mise en œuvre d'un « système stable, cohérent et viable pour l'exercice du pouvoir législatif par » les assemblées dévolues<sup>396</sup>. Selon les juges la réalisation de cet objectif est d'adopter une approche interprétative constante et prévisible au gré des décisions, ce qui implique de conférer aux termes employés par les lois constitutionnelles leur sens ordinaire.

Troisièmement, la Cour rejette une interprétation spéciale des lois de dévolution qui serait trop large et téléologique des lois de dévolution<sup>397</sup>. En effet, « la qualification de la loi de "constitutionnelle"

---

392 *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)* [2012] UKSC 61.

393 *Ibid.*, § 13, Lord HOPE.

394 Iain JAMIESON, « The ghost in the machine or the problem of the undefined residuum : *Imperial Tobacco Ltd v HM Advocate* », *op. cit.*, p. 120.

395 *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 14, Lord HOPE.

396 *Ibid.*

397 *Ibid.*, § 15.

ne doit pas guider en tant que telle son interprétation »<sup>398</sup>. En d'autres termes, il n'est pas opportun de prêter une trop grande attention aux éléments externes aux lois de dévolution. Seule la prise en compte de l'objectif de la loi, à savoir permettre aux assemblées dévolues de légiférer de manière effective sur les matières que Westminster a voulu transférer tout en prévoyant des gardes-fous pour les domaines réservés, est admise. Ainsi, cet objectif seul fournit le cadre de réflexion pour toute résolution des conflits de compétence entre les assemblées dévolues et Westminster.

#### b) Les applications régulières et constantes

Les considérants de principes de l'arrêt *Imperial Tobacco* ont été rappelés et appliqués sans discontinuer au point de mettre en évidence une jurisprudence constante.

D'une part, l'arrêt *Agricultural Sector* de 2014<sup>399</sup> applique et précise la jurisprudence *Imperial Tobacco*. Certaines parties ont fondé leurs arguments sur des éléments externes au *GWA* 2006. En premier lieu, la Cour suprême refuse de prendre en considération les déclarations des ministres prononcées devant le Parlement<sup>400</sup>. Les déclarations en question, qui affirmaient que le *GWA* ne tendait pas à élargir la dévolution galloise, mais à l'approfondir ne sont pas pertinentes pour l'interprétation de la loi de dévolution car les termes employés sont trop généraux et ambigus. En deuxième lieu, les correspondances entre le Bureau pour le pays de Galles (*Wales Office*), le gouvernement gallois et le Bureau du Conseiller parlementaire du Gouvernement (*Office of the Parliamentary Counsel*) qui n'avaient jamais été portées à la connaissance du Parlement, sont également écartées dans la mesure où elles ne permettent pas de déceler l'intention du législateur<sup>401</sup>. En dernier lieu, la Cour ne tient pas compte des phases antérieures de la dévolution galloise. Selon les juges, il n'est pas question de se tourner vers le passé, à savoir l'analyse des compétences autrefois transférées ou retenues, mais vers l'avenir, c'est-à-dire la mise en œuvre d'un système stable, cohérent et viable<sup>402</sup>.

D'autre part, l'arrêt *The UK Withdrawal from the European Union*<sup>403</sup> de 2018 rappelle presque mot pour mot les principes établis dans *Imperial Tobacco* et fait état d'une ligne de jurisprudence claire,

---

398 *Ibid.*

399 *Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales, op. cit.*

400 *Ibid.*, § 35.

401 *Ibid.*, §§ 36-39.

402 *Ibid.*, §§ 40-43.

403 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland), op. cit.*

établie et cohérente en la matière<sup>404</sup>.

## 2) L'identification de la portée des domaines réservés

Lorsque les juges vérifient si une loi dévolue touche ou non à un domaine réservé, ils doivent nécessairement déterminer ce que recouvrent les domaines en question. Ces matières étant listées dans les annexes des lois de dévolution, il leur faut interpréter ces dernières conformément aux principes d'interprétation préétablis. En règle générale, ce travail d'interprétation reposant sur les méthodes traditionnelles ne pose pas de grande difficulté, comme en témoignent les deux affaires suivantes.

Dans l'arrêt *Imperial Tobacco* précité, les juges ont fait directement application des principes d'interprétation qu'ils avaient préalablement établis. Ils débutent par une analyse de la structure de l'annexe à la loi de dévolution écossaise listant les domaines réservés<sup>405</sup>. À cet égard, ils relèvent que la structure de cette annexe ne suit pas un développement cohérent<sup>406</sup>. Un domaine réservé est tantôt décrit par des termes très généraux, tantôt visé par référence à une loi ou des dispositions législatives précises. Par ailleurs, ils rappellent que les définitions des domaines réservés n'incluent pas les titres des en-têtes et diverses sections précédant la liste des matières. En l'espèce, le domaine visé était la protection du consommateur, une catégorie qui comprenait, entre autres, la régulation de la vente et de la fourniture des biens aux consommateurs<sup>407</sup>. D'une manière générale, la notion de protection du consommateur souffre d'un manque de définition<sup>408</sup>. En tout état de cause, la Cour estime que les termes les plus importants sont ceux de régulation et de protection, auxquels ils attribuent leur sens littéral<sup>409</sup>. Dans cet arrêt, une interprétation trop large des termes employés pour définir les domaines réservés est explicitement rejetée car cette approche ne serait en rien favorable au Parlement écossais<sup>410</sup>.

De même, dans l'arrêt *Agricultural Sector* précité, la Cour suprême devait déterminer le champ que recouvrait le domaine de l'agriculture listé dans les domaines dévolus<sup>411</sup>. L'interprétation du terme

---

404 *Ibid*, §§ 12-21.

405 *SA* 1998, Schedule 5.

406 *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 29.

407 *SA* 1998, Schedule 5, Head C, Section C7.

408 *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 32.

409 *Ibid*, § 35.

410 Iain JAMIESON, « The ghost in the machine or the problem of the undefined residuum : *Imperial Tobacco Ltd v HM Advocate* », *op. cit.*, p. 122.

411 *GWA* 2006, Schedule 7, Partie 1, § 1, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 janvier 2017.

« agriculture » conférée dans cette affaire n'est pas purement littérale mais demeure somme toute logique. Les juges attribuent à ce terme le sens qu'un législateur lui donne en règle générale, c'est-à-dire recouvrant l'industrie agroalimentaire<sup>412</sup>.

### B-Le maintien complexe d'une interprétation constante et prévisible

Si le principe d'une interprétation littérale et ordinaire des lois de dévolution semble à présent acquis, celui d'une interprétation constante et prévisible l'est moins en toutes circonstances. Les exigences de constance et de prévisibilité sont pourtant essentielles à la mise en œuvre et l'application d'un système de dévolution stable, cohérent et viable. Une telle interprétation est effectivement conférée aux termes « touchant à des domaines réservés » et est favorable aux assemblées dévolues (1). En revanche, l'interprétation par les juges des termes « modifiant certaines règles de droit » fluctue selon les arrêts et ne permet pas d'atteindre un niveau de sécurité juridique satisfaisant (2).

- 1) L'interprétation stable des termes « touchant à des domaines réservés » favorable aux assemblées dévolues

L'expression « touche à » est interprétée de manière uniforme par la jurisprudence. Ainsi, une loi touche à un domaine réservé lorsqu'elle a un lien plus que vague ou indirect avec ce domaine (*loose or consequential connection*)<sup>413</sup>. L'identification d'un tel lien s'effectue par référence à « l'objectif poursuivi par la disposition, en prenant en considération (entre autres) ses effets en toutes circonstances »<sup>414</sup>.

À titre d'illustration, une loi dévolue qui produit des effets sur une loi constitutive d'un domaine réservé ne touche pas à ce domaine si ce n'était pas son intention première et si elle ne va pas plus loin que le cadre posé par la loi de Westminster<sup>415</sup>.

---

412 *Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales*, *op. cit.*, § 49.

413 Cf. notamment *Martin v HM Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 49, Lord WALKER ; *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill Reference by the Counsel General for Wales*, *op. cit.*, § 25 ; *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)*, *op. cit.*, § 27.

414 SA 1998, section 29(3) ; GWA 2006, section 108A(6) ; rappelé par la décision *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 26. Une analyse de la méthode d'identification de ces objectifs et effets est effectuée dans la Section 2 de ce Chapitre.

415 *The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 64.

2) Les finalités divergentes d'une interprétation large des termes « modifiant certaines règles de droit »

L'expression « modifiant certaines règles de droit » a été interprétée de manière large dans plusieurs affaires mais pour aboutir à des résultats différents. La première approche consiste en une interprétation méticuleuse quelque peu discutable en faveur des assemblées dévolues (a). La seconde interprétation entend également conférer un sens large aux dispositions des lois de dévolution, mais qui cette fois témoigne d'une attitude plus respectueuse de la souveraineté du Parlement de Westminster (b).

a) Une interprétation méticuleuse discutable en faveur des assemblées dévolues

L'arrêt *Martin* de la Cour suprême de 2010<sup>416</sup> concerne l'interdiction de modifier des règles de droit pénal écossais. En 2007, le Parlement écossais avait adopté une loi réformant certains aspects de la procédure pénale<sup>417</sup>, dont des dispositions d'une loi de 1988 relative aux infractions routières<sup>418</sup>. Dans sa rédaction originelle, la loi de 1988 disposait qu'un shérif statuant seul pouvait imposer une peine maximale de six mois d'emprisonnement pour certaines infractions routières<sup>419</sup>. La réforme avait porté la peine maximale à douze mois<sup>420</sup>. Les juges devaient déterminer si la loi de 2007 modifiait le droit pénal écossais, si son objectif était de faire en sorte que le droit en question s'applique de manière cohérente aux domaines réservés et dévolus et si la règle de droit modifiée était spécifique à un domaine réservé.

Après avoir considéré que la loi modifiait le droit pénal écossais et visait à faire en sorte que le droit s'applique de manière cohérente aux domaines réservés et dévolus, les juges se sont penchés sur la question épineuse de savoir si la règle de droit pénal écossais était spécifique à un domaine réservé. Une distinction nette est opérée entre l'interprétation des termes « touche à » et l'interprétation des dispositions relatives aux modifications du droit pénal écossais. Selon Lord HOPE, l'objectif de ces dernières est « d'éviter la fragmentation des règles de droit pénal écossais qui sont d'application générale pour certaines en ce qu'elles relèvent de la compétence du Parlement écossais et qui ne le sont pas pour d'autres »<sup>421</sup>. Par conséquent, la réforme de 2007 entraine dans les compétences du

---

416 *Martin v HM Advocate (Scotland)*, *op. cit.*

417 *Criminal Proceedings etc (Reform) (Scotland) Act 2007*.

418 *Road Traffic Offenders Act 1988*.

419 *Ibid*, section 33.

420 *Criminal Proceedings etc (Reform) (Scotland) Act 2007*, section 45.

421 *Martin v HM Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 38, Lord HOPE.

Parlement écossais. Ce dernier était compétent pour réformer la procédure pénale écossaise quand bien même les dispositions la mettant en œuvre modifieraient une règle de droit pénal rattachée à un domaine réservé, afin d'éviter une fragmentation de ce droit.

Dans cet arrêt, Lord HOPE plaide pour une approche casuistique mais fait tout de même part de sa préférence pour une interprétation large de la loi de dévolution pour l'Écosse en faveur du Parlement dévolu. Il s'agit là d'une construction que l'on pourrait qualifier d'audacieuse et technique visant quoi qu'il en coûte à faire entrer une disposition législative dans les compétences du législateur dévolu. Cette solution et surtout le raisonnement ayant permis d'y parvenir ont été critiqués par la doctrine<sup>422</sup>, mais également par les opinions dissidentes de l'arrêt. À cet égard, Lord RODGER regrette que la Cour ait jeté le voile sur certaines dispositions du *SA* qui ne se démarquaient pas par leur clarté<sup>423</sup>.

b) Une interprétation large respectueuse de la souveraineté du Parlement de Westminster

En 2018 et 2021, la Cour suprême a rendu deux décisions dans lesquelles elle opère un contrôle *a priori* de certains projets de loi du Parlement écossais renvoyés par les officiers judiciaires. En substance, ces deux arrêts fournissent une interprétation large, voire « maximaliste »<sup>424</sup> du *SA* afin de préserver la souveraineté du Parlement de Westminster<sup>425</sup>.

Dans la décision de 2018<sup>426</sup>, le projet de loi litigieux<sup>427</sup> avait été édicté par le Parlement écossais dans le contexte du *Brexit*. Le Parlement de Westminster a adopté une loi abrogeant le *ECA* 1972 et prenant certaines dispositions pour gérer les conséquences à venir de la sortie du Royaume-Uni de l'Union<sup>428</sup>. Lors de l'élaboration de ce projet de loi, la majorité n'ayant pas retenu les amendements des parlementaires écossais a modifié l'Annexe 4 du *SA*<sup>429</sup> afin d'y ajouter la présente loi. Or, avant l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi de Westminster, Holyrood a adopté son propre projet de loi visant lui aussi à régir la situation post *Brexit*. Ce projet de loi était problématique notamment à

422 Chris HIMSWORTH, « Nothing special about that ? *Martin v HM Advocate in the Supreme Court* », *ELR*, 2010, Vol. 14, n° 3, pp. 487-492.

423 *Martin v HM Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 149, Lord RODGER.

424 Graeme COWIE, « The power to make laws for Scotland : the Treaty Incorporation Bill Reference », *PL*, 2022, pp. 189-199, p. 189.

425 Aileen MCHARG et Chris MCCORKINDALE, « The Supreme Court and devolution : the Scottish Continuity Bill Reference », *JR*, 2019, Vol. 2, pp. 190-197, p. 195.

426 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)*, *op. cit.*

427 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* 2018.

428 *European Union (Withdrawal) Act* 2018.

429 Il s'agit de l'annexe listant les lois ne pouvant être modifiées par le Parlement écossais.

deux égards. D'une part, la section 17 du projet prévoyait que les actes pris par les ministres du gouvernement central à l'issue du *Brexit* sur des domaines du droit de l'Union maintenu n'entreraient en vigueur en Écosse qu'après avoir été approuvés par les ministres écossais. D'autre part, il est apparu par la suite que le projet de loi écossais contredisait certaines sections du *EU(W)A* 2018.

En premier lieu, la section 17 du projet entre en contradiction avec la section 28(7) du *SA* selon laquelle Westminster détient et conserve un pouvoir illimité pour légiférer en Écosse. En effet, la section litigieuse aurait pour effet de conditionner, de limiter ce pouvoir en insérant une exigence d'approbation des ministres écossais pour tout acte pris par les ministres du pouvoir central dans le cadre du droit de l'Union maintenu. Tout le problème reposait alors sur la question de savoir si cette contradiction était constitutive d'une modification d'une loi protégée telle que prohibée par la loi de dévolution pour l'Écosse. D'un côté, une interprétation restrictive du terme « modifier » appellerait une réponse négative car, formellement, le projet ne modifie pas expressément le *SA*, et serait plus que respectueuse de la compétence législative du Parlement dévolu. De l'autre, une interprétation large pourrait déceler dans cette contradiction une modification des dispositions du *SA* et serait favorable au maintien de la souveraineté de Westminster.

Confrontée à ce jeu d'équilibriste, la Cour suprême préfère cette seconde option. Elle développe sa position en affirmant qu'« une règle de droit protégée est modifiée par une disposition ultérieure, même en l'absence d'un amendement ou d'une abrogation expresses, si elle est tacitement amendée, désapprouvée ou abrogée en tout ou partie »<sup>430</sup>. Il en va ainsi lorsque « l'amendement ultérieur transforme la règle posée par la disposition protégée ou s'oppose de quelque autre manière que ce soit à son maintien en vigueur dans sa rédaction initiale, de telle sorte que la règle de droit protégée est présumée avoir été matériellement amendée, remplacée, désapprouvée, ou abrogée par la règle ultérieure »<sup>431</sup>. Par conséquent, la section 17 est déclarée inconstitutionnelle en ce qu'elle modifie la section 28 du *SA*.

L'interprétation large de la loi de dévolution développée par la Cour suprême est bienvenue. Empreinte de pragmatisme et de réalisme, elle assure la préservation de la souveraineté du Parlement de Westminster. En outre, elle illustre et applique la nécessaire hiérarchisation des actes de législation primaire entre les lois du pouvoir central et les lois adoptées par les assemblées dévolues. Par ailleurs, il ressort de cet arrêt que la doctrine de l'*implied repeal*<sup>432</sup> ne s'applique pas aux lois dévolues entrant en contradiction avec les dispositions législatives protégées de

---

430 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)*, *op. cit.*, § 51.

431 *Ibid.*

432 *Cf.* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

Westminster.

En second lieu, la Cour suprême était confrontée à un problème de temporalité. Au moment de l'édiction du projet de loi écossais, le *EU(W)A* n'était pas encore finalisé. Entre l'adoption du projet écossais et l'entrée en vigueur de la loi britannique, cette dernière a modifié l'annexe 4 du *SA* afin d'intégrer le *EU(W)A* à la liste des lois protégées. Or, le projet de loi écossais entraînait en contradiction avec certaines dispositions de la loi britannique. À titre d'exemple, le premier disposait que la Charte des droits fondamentaux de l'UE ferait toujours partie intégrante du droit écossais à l'issue du *Brexit*<sup>433</sup> tandis que la seconde prévoyait l'inverse<sup>434</sup>. Ce conflit pourrait de fait être qualifié de modification matérielle d'une règle de droit protégée. Il était donc question de savoir si une loi écossaise ayant modifié des règles de droit qui n'étaient pas protégées au moment de son édicition est tout de même considérée comme ayant modifié une règle de droit protégée au sens du *SA*. La Cour suprême répond par l'affirmative au terme d'une interprétation large de la loi de dévolution. En particulier, la Cour affirme qu'elle opère son contrôle à la date du jugement et non à la date de l'édiction du projet litigieux<sup>435</sup>.

Si la solution de la Cour n'est pas pleinement satisfaisante, elle a le mérite de chercher à concilier la déférence due aux assemblées dévolues et le respect de la souveraineté de Westminster. D'un côté, contrôler un projet de loi à la date du jugement, en prenant en considération la survenance de nouvelles circonstances, est délicat vis-à-vis du législateur dévolu. En effet, il peut sembler déplacé de reprocher au Parlement dévolu de bonne foi quelque chose qui n'était pas interdit initialement. Mais de l'autre, il pourrait paraître contradictoire de donner l'aval à une disposition qui est matériellement inconstitutionnelle. Surtout, le maintien d'une telle impureté dans l'ordonnement juridique est dangereux dans la mesure où lorsqu'une loi dévolue est déclarée conforme à l'occasion d'un contrôle *a priori*, elle ne pourra plus être contestée *a posteriori*<sup>436</sup>.

Dans la décision de 2021<sup>437</sup>, la Cour suprême s'est dirigée vers une interprétation toujours plus large des dispositions du *SA* relatives à la modification des règles de droit protégées. Dans cette affaire, les officiers judiciaires ont transmis un projet de loi du Parlement écossais à la Cour visant à incorporer et à donner effet en droit écossais la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>438</sup>.

---

433 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* 2018, section 5.

434 *European Union (Withdrawal) Act* 2018, section 5(4).

435 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)*, *op. cit.*, § 97.

436 *Cf.* Partie 1, Chapitre 2, Section 2, § 1.

437 *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill*, *op. cit.*

438 *United Nations Convention on the Rights of the Children (Incorporation) (Scotland) Bill* 2020. Était également

Ce n'était pas l'incorporation en tant que telle qui était contestée dans cet arrêt, mais plutôt ses implications. En particulier, la section 19 du projet prévoyait que les lois britanniques et écossaises doivent être interprétées et appliquées de manière à ce qu'elles soient compatibles avec les exigences de la CIDE. Il s'agissait en quelque sorte de mettre en œuvre une interprétation conforme comparable à celle prévue à la section 3 du *HRA* 1998. La Cour suprême devait déterminer si cette modulation de l'interprétation des lois de Westminster par les juridictions écossaises revenait à limiter le pouvoir illimité du Parlement britannique d'édicter des lois pour l'Écosse et si, par voie de conséquence, l'édiction de la section 19 était constitutive d'une modification de la section 28(7) du *SA*.

La Cour estime que la section litigieuse résulte bien en une modification du *SA*. Elle rapproche la présente affaire de la décision précitée de 2018 et applique cette dernière en considérant que les deux affaires ne se différencient que par le degré de modification apporté par les projets, qui produisaient le même effet, à savoir la limitation du pouvoir législatif illimité du Parlement de Westminster<sup>439</sup>. Ainsi, une disposition législative dévolue posant une obligation interprétative des lois de Westminster a pour effet de limiter le pouvoir législatif de ce dernier en ce que ses lois seraient privées d'effets au moment de leur application par les juges et consisterait par là même une modification de la section 28 du *SA*. De sérieux doutes peuvent être émis à l'encontre de cette solution impliquant une interprétation très large de la loi de dévolution. En effet, pour parvenir à cette conclusion, les juges s'appuient sur des effets d'une disposition législative dévolue hypothétiques et médiats. Ce n'est que de manière très indirecte et lointaine que la section litigieuse pourrait potentiellement conduire les juges à priver d'effets des lois britanniques et par conséquent le pouvoir législatif de Westminster entendu au sens large.

Ainsi, l'interprétation des lois de dévolution n'est pas clairement établie. Si les débats initiaux autour de la doctrine de la *pith and substance* ont été rapidement balayés, la situation n'a été que partiellement éclairée. Elle l'a été s'agissant de l'approche interprétative globale consistant à interpréter les lois constitutionnelles comme des lois ordinaires. En revanche, les juges ont peu à peu élargi et nécessairement obscurci le sens de plusieurs dispositions des lois de dévolution. Malheureusement, l'interprétation des lois dévolues comporte également son lot de difficultés.

---

contesté, sur les mêmes fondements, le *European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland) Bill* 2020 qui visait à incorporer en droit écossais la Charte européenne de l'autonomie locale. Les problématiques soulevées et les solutions apportées étant les mêmes, il est seulement fait référence au premier projet de loi pour alléger les développements.

<sup>439</sup> *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill*, *op. cit.*, § 28.

## Section 2 : La difficile conjugaison des interprétations téléologique et restrictive des lois dévolues

Le contrôle de la répartition des compétences implique nécessairement d'interpréter les lois dévolues afin de vérifier que celles-ci entrent bien dans les compétences des assemblées dévolues. À l'instar du contrôle de conventionnalité, les lois dévolues sont sujettes à une obligation interprétative posée par les lois de dévolution selon laquelle une disposition législative dévolue doit être lue de manière à pouvoir entrer dans les compétences du législateur dévolu<sup>440</sup>. Les juridictions doivent alors tenter de conjuguer une interprétation classique, largement fondée sur une méthode téléologique (§1), avec une interprétation restrictive des lois dévolues (§2).

### §1. L'identification de l'objectif des lois dévolues

Lorsqu'ils cherchent à identifier l'objectif des lois dévolues, les juges s'appuient sur des éléments internes (A) et externes (B) au texte de loi.

#### A-L'interprétation systématique des lois dévolues

Les juridictions prennent soin de ne pas interpréter la ou les dispositions dévolues litigieuses de manière isolée. Au contraire, elles s'attardent sur la loi prise dans son ensemble et recourent régulièrement à une lecture combinée de plusieurs dispositions afin d'identifier l'intention du législateur.

À titre d'exemple, cette méthode a été employée dans l'arrêt *The UK Withdrawal from the European Union* de 2018<sup>441</sup>. La section 33 du projet de loi renvoyé devant la Cour suprême venait modifier le *SA*. Plus précisément, elle prévoyait l'abrogation de l'obligation de respect du droit de l'UE pesant sur le Parlement écossais prévu dans diverses dispositions de la loi de dévolution. Conformément à la section 36, il était prévu que cette abrogation soit mise en œuvre par les ministres écossais le jour suivant la promulgation de la loi. Or, les parties concernées faisaient partie des règles de droit protégées contre toute modification par le Parlement écossais.

---

440 Cf. Partie 1, Chapitre 1, Section 2, § 1.

441 Cf. Section précédente pour une mise en contexte.

Une interprétation strictement littérale de la disposition conduirait à n'en pas douter à son inconstitutionnalité dans la mesure où les références au droit de l'Union pourraient être supprimées avant même la sortie du Royaume-Uni de l'UE. La Cour suprême rejette une telle approche et préfère une interprétation téléologique et systématique<sup>442</sup>. À cette fin, les juges font référence à la section première du projet de loi, laquelle prévoit que « l'objectif de cette loi est de légiférer en lien avec le futur retrait du Royaume-Uni de l'UE ». Par ailleurs, ils relèvent que la section 33 prévoit l'abrogation des « références passées » au droit de l'Union. De fait, tant que le Royaume-Uni fait partie de l'UE, les références au droit de l'Union dans le *SA* sont toujours d'actualité et leur suppression ne saurait être mise en œuvre. D'après la Cour, il ressort de la lecture combinée des sections première, 33 et 36 que les dispositions protégées ne seraient pas modifiées avant le retrait du Royaume-Uni de l'UE<sup>443</sup>. Par conséquent, la disposition a été déclarée comme entrant dans les compétences du Parlement écossais.

### B-L'interprétation contextuelle des lois dévolues

Il n'est pas rare que les juges se détachent du texte de la loi ou du projet de loi litigieux et portent leur attention sur divers documents extérieurs afin d'identifier le contexte dans lequel le texte législatif a été élaboré. Ces documents incluent notamment des recommandations de la Commission indépendante des lois (*Law Commission*)<sup>444</sup>, des rapports et déclarations des gouvernements dévolus<sup>445</sup>, des études sur lesquelles ces derniers se sont fondés<sup>446</sup>, des memorandums politiques<sup>447</sup>, etc.

L'arrêt *Agricultural Sector*<sup>448</sup> est révélateur de l'intérêt majeur que représente l'interprétation contextuelle des lois dévolues. Dans cette affaire, l'assemblée galloise avait adopté un projet de loi mettant en place un régime pour la régulation des salaires agricoles au pays de Galles<sup>449</sup>. Pour entrer dans les compétences du législateur gallois, la loi devait impérativement être considérée comme relevant du domaine de l'agriculture, une compétence qui était à l'époque transférée au pays de Galles. Sur ce point, l'officier judiciaire à l'origine du renvoi vers la Cour suprême estimait que

---

442 *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)*, *op. cit.*, § 75.

443 *Ibid*, § 77.

444 *DS v HM Advocate*, *op. cit.*, § 34.

445 *Martin v HM Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 25.

446 *Scotch Whisky Association v The Lord Advocate*, *op. cit.*, § 20.

447 *The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)*, *op. cit.*, § 2.

448 *Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales*, *op. cit.*

449 *Agricultural Sector (Wales) Bill 2014*.

l'objectif était de légiférer sur l'emploi d'une manière générale et non pas sur l'industrie agricole. Afin d'identifier l'objectif du législateur, la Cour suprême s'est tournée vers un document de consultation du gouvernement gallois préalable au dépôt du projet de loi devant l'assemblée. Selon les juges, il ressort de la lecture de ce document que l'objectif ciblé était bien de soutenir et protéger spécifiquement l'industrie agricole galloise et non les emplois de l'industrie d'une manière générale<sup>450</sup>.

## §2. L'articulation de l'obligation d'interprétation restrictive des lois dévolues

Il advient qu'au terme d'une interprétation téléologique classique, une loi dévolue soit considérée comme excédant les compétences du législateur dévolu. Dans cette hypothèse, les juges sont tenus d'interpréter la loi de la manière la plus restrictive possible afin qu'elle ne soit pas annulée. Cette obligation interprétative est à distinguer de l'interprétation conforme de la section 3 du *HRA*<sup>451</sup>. Les juges mettent effectivement en œuvre cette interprétation restrictive au terme d'une approche pragmatique (A). Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour suprême met en lumière les limites de cette méthode d'interprétation (B).

### A-Une interprétation restrictive au terme d'une approche pragmatique

L'interprétation restrictive d'une loi dévolue peut être menée à terme par deux moyens. D'une part, il est possible de procéder à une hiérarchisation des objectifs d'une loi afin d'écarter ceux qui se révèlent problématiques (1). D'autre part, le champ d'application d'une loi dévolue peut être directement restreint par les juges (2).

#### 1) La hiérarchisation des objectifs d'une loi dévolue

Afin de réaliser un objectif dans un domaine précis, le législateur peut édicter des dispositions qui tendent à régir un autre domaine. Dans ce cas, les juridictions prennent soin de hiérarchiser les objectifs d'une loi avec d'abord le but principal et ensuite les objectifs mineurs et incidents à la réalisation du premier objectif. Cette méthode permet de maintenir en vigueur ou de valider des dispositions législatives qui, matériellement, touchent à un domaine réservé.

---

<sup>450</sup> *Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales, op. cit.*, § 52.

<sup>451</sup> Cf. Partie 2, Chapitre 1, Section 2, § 1.

La Cour suprême a élaboré et appliqué cette approche dans son arrêt *Byelaws* de 2012<sup>452</sup>. Un projet de loi visant à simplifier les procédures d'élaboration et d'exécution des arrêtés pris au niveau local (*byelaws*)<sup>453</sup>. avait été transmis à la Cour par un officier judiciaire pour que soit opéré un contrôle *a priori*. Plus précisément, le projet en question prévoyait que certains *byelaws* pourraient désormais être pris sans qu'il soit nécessaire de requérir l'approbation des ministres gallois ou du Secrétaire d'État au pays de Galles. Il était soutenu que cette disposition était interdite par le *GWA* 2006, lequel disposait qu'une loi galloise « ne peut pas supprimer, modifier ou conférer les fonctions exercées par un Ministre de la Couronne avant l'entrée en vigueur d'un acte »<sup>454</sup>.

La Cour suprême opère une distinction entre les modifications mineures nécessaires à l'application de la législation dévolue et les dispositions indépendantes et traitant d'aspects distincts<sup>455</sup>. Seuls les premiers, qualifiés d'objectifs incidents ou accessoires à l'objectif principal de la loi, sont valides. En l'espèce, les juges identifient l'objectif principal du projet de loi litigieux qui consiste à supprimer le pouvoir d'approbation des ministres gallois pour l'adoption de certains *byelaws*<sup>456</sup>. Ce but ressortirait à la fois d'une lecture de la loi prise dans son ensemble ainsi que compte tenu de la tendance générale à la rationalisation et la modernisation des procédures d'élaboration des *byelaws*. En application de ce test, la Cour estime que la suppression des pouvoirs du Secrétaire d'État au pays de Galles n'est qu'incidente ou accessoire à l'objectif principal du projet<sup>457</sup>. Cette solution est retenue pour plusieurs raisons. Parmi ces dernières, d'une part, l'objectif principal du projet de loi ne pourrait être atteint sans la suppression des pouvoirs du secrétaire d'État et d'autre part, l'annulation de cette partie de la disposition législative dévolue conduirait à occulter les effets généraux de la loi.

Par la suite, la Cour a appliqué cette méthode dans l'arrêt *Imperial Tobacco* de 2012<sup>458</sup>. En l'espèce, la loi contestée avait été adoptée par le Parlement écossais en 2010 dans le but de réglementer la vente de tabac<sup>459</sup>. Deux sections de cette loi interdisaient l'affichage de produits liés au tabac dans les bureaux de tabac ainsi que les distributeurs automatiques de cigarettes<sup>460</sup>. Les requérants soutenaient entre autres que la loi de 2010 portait atteinte à la liberté de commerce garantie à l'article 6 des *Acts of Union* 1706 et 1707.

La Cour rejette cette prétention et affirme que l'objectif de la loi n'était pas de porter atteinte au

---

452 *Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012 – Reference by the Attorney General for England and Wales, op. cit.*

453 *Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012.*

454 *GWA* 2006, Schedule 7, Partie 2 dans sa version en vigueur jusqu'au 1er avril 2018.

455 *Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012 – Reference by the Attorney General for England and Wales, op. cit.*, § 51.

456 *Ibid*, § 52.

457 *Ibid*, § 53.

458 *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland), op. cit.*

459 *Tobacco and Primary Medical Services (Scotland) Act* 2010.

460 *Ibid*, sections 1 et 9.

marché unique britannique, mais de protéger la santé publique. Toutefois, elle ajoute que quand bien même son interprétation serait faussée et que l'un des objectifs de la loi dévolue n'entrerait pas dans les compétences du Parlement écossais, cet objectif ne serait que le corollaire de l'objectif principal de protection de la santé publique.

Dans la décision *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases* de 2015<sup>461</sup>, la Cour suprême a également retenu cette approche, mais n'est pas pour autant parvenue à interpréter le projet de loi qui était soumis à son contrôle *a priori* comme entrant dans les compétences de l'assemblée galloise. Le projet de loi en question entendait faire peser la responsabilité sur les employeurs reconnus responsables de la contraction de maladies liées à une exposition prolongée à l'amiante par leurs employés et étendre la couverture des assurances<sup>462</sup>. Plus particulièrement, le projet visait à contraindre ces personnes à rembourser les frais de santé déboursés par le service national de santé gallois pour soigner les malades. La disposition litigieuse réside dans la création de nouvelles responsabilités pour les compagnies d'assurance s'agissant des contrats passés. L'officier judiciaire soutenait que cette disposition n'entraîne pas dans la compétence transférée à l'assemblée galloise dans le domaine du financement du service national de santé.

La Cour suprême rappelle que, pour entrer dans les compétences de l'assemblée galloise, le projet doit prévoir que les compensations soient directement allouées au service national de santé. Par conséquent, la première disposition relative au remboursement est valide tandis que la seconde ne l'est pas dans la mesure où elle régit exclusivement la relation entre assureur et compensateur. En outre, la Cour affirme que cette seconde disposition ne saurait être traitée comme incidente où accessoire à la première<sup>463</sup> en ce qu'elle impose de nouvelles responsabilités contractuelles dans le cadre de politiques d'assurances qui ne concernent nullement le service national de santé.

## 2) La restriction du champ d'application d'une loi dévolue

Dans l'arrêt *Henderson* de 2010<sup>464</sup>, la Haute Cour de justice écossaise a interprété une loi du Parlement écossais de 2003 de manière à ce qu'elle entre dans les compétences de ce dernier en restreignant son champ d'application. La loi litigieuse<sup>465</sup> autorisait la prise d'ordonnances restrictives pour les auteurs d'infractions listées dans le *Firearms Act* 1968. Parmi cette liste étaient présentes

---

461 *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill Reference by the Counsel General for Wales*, *op. cit.*

462 *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill* 2014.

463 *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill Reference by the Counsel General for Wales*, *op. cit.*, § 29.

464 *Henderson (Stephen Michael) v HM Advocate* [2010] HCJAC 107.

465 *Criminal Justice (Scotland) Act* 2003.

des infractions impliquant une arme à feu, une catégorie d'infractions constitutive d'un domaine réservé au Parlement de Westminster<sup>466</sup>.

La Cour relève cet empiètement sur les compétences de Westminster et affirme que la loi 2003 excède les compétences législatives du Parlement écossais<sup>467</sup>. Toutefois, elle n'annule ni la loi, ni la disposition litigieuse au terme d'une interprétation restrictive. Concrètement, elle restreint considérablement le champ d'application de la loi écossaise en déclarant qu'elle ne s'applique pas aux infractions impliquant des armes à feu<sup>468</sup>. Une telle interprétation s'apparente aux réserves d'interprétation exprimées par le Conseil constitutionnel français, notamment aux réserves constructives qui « modifient le contenu apparent d'une disposition soit pour restreindre son champ d'application, soit pour compléter son dispositif d'application »<sup>469</sup>.

### B-L'illustration récente de limites à l'interprétation restrictive

Si l'interprétation restrictive des lois dévolues est régulièrement appliquée, une décision récente de la Cour suprême vient dans une certaine mesure redéfinir le rôle du juge à l'égard de cette obligation interprétative. Il s'agit de la décision *United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation)*<sup>470</sup> dans laquelle la Cour a refusé de recourir à l'interprétation restrictive. L'une des dispositions litigieuses interdisait aux autorités publiques d'agir en sens contraire à la CIDE et par là même contraignait les ministres du gouvernement central. Alors que l'officier judiciaire soutenait que la disposition devait être interprétée de manière restrictive comme ce fut le cas pour de nombreuses lois dévolues, par le passé, la Cour n'a pas été du même avis.

La Cour distingue les précédents en matière de contrôle de la répartition des compétences *stricto sensu* et la présente affaire<sup>471</sup>. Dans les affaires antérieures, le conflit de compétence était malencontreusement apparu, tandis qu'en l'espèce, il a été délibérément recherché par le législateur écossais. La Cour suprême justifie sa décision de ne pas recourir à l'interprétation restrictive en formulant plusieurs remarques sur l'obligation interprétative contenue dans le SA 1998. Cette

---

466 SA 1998, section B4.

467 *Henderson (Stephen Michael) v HM Advocate*, § 10.

468 *Ibid.*

469 Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 847.

470 *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill*, *op. cit.* Cf. Section précédente.

471 *Ibid.*, § 68.

obligation doit être lue en combinaison avec les autres dispositions de la loi de dévolution et notamment celles qui prévoient les contrôles politiques des lois écossaises<sup>472</sup>. Selon les juges, les acteurs politiques savaient pertinemment que la loi litigieuse excédait les compétences du Parlement écossais, mais cela ne les a pas empêchés de valider la loi en se reposant sur une future interprétation restrictive de la part des juridictions. La Cour suprême rejette cette instrumentalisation de la loi de dévolution, qui reviendrait à vider la substance des dispositions du *SA* mettant en place les contrôles politiques<sup>473</sup>.

Le durcissement de la position des juges de la Cour suprême s'inscrit dans la continuité du phénomène de juridicisation des relations entre le Parlement de Westminster et les assemblées dévolues. Il est apparu nécessaire de rappeler avec vigueur que les lois de dévolution ne sont pas des instruments politiques mais qu'ils constituent un cadre juridique neutre à valeur et portée constitutionnelles.

### Conclusion de la seconde partie

Le contrôle de la constitutionnalité des lois dévolues est un exercice délicat pour les juges britanniques. Se déclinant sous plusieurs formes, il emporte des principes, approches et méthodes divers avant tout centrés autour de l'interprétation des textes.

En premier lieu, le contrôle de la conventionnalité des lois dévolues, bien qu'inégal entre les deux formes qu'il renferme, tend plutôt à concilier le respect du droit européen et la préservation de la légitimité démocratique des assemblées dévolues. D'une part, le contrôle de la conformité des lois dévolues au droit de l'Union apporte peu d'enseignements en raison de ses applications limitées d'un point de vue quantitatif et de son contrôle peu original largement calqué sur les méthodes développées par la CJUE. D'autre part, le contrôle du respect des droits garantis par la CEDH mobilise des principes établis en droit britannique avec l'interprétation graduelle des lois dévolues analogue à l'interprétation des lois de Westminster et des méthodes novatrices avec la modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation.

---

<sup>472</sup> *Ibid*, § 73.

<sup>473</sup> *Ibid*, § 74.

En second lieu, le contrôle de la répartition des compétences *stricto sensu* se révèle d'autant plus périlleux qu'il revêt une teinte politique. Son exercice consiste en une mise en balance entre le respect des assemblées dévolues et la préservation de la souveraineté du Parlement de Westminster. D'un côté, l'interprétation des lois constitutionnelles de dévolution a été au cœur de nombreux débats qui sont encore loin d'être achevés. Au gré des décisions juridictionnelles, les interprétations littérales et extensives de ces textes sont alternativement préférées. De l'autre, les juges doivent jongler entre interprétations classique et restrictive des lois dévolues afin de concilier les intérêts antagonistes de l'architecture constitutionnelle de la dévolution.

## Conclusion générale

Le droit constitutionnel britannique brille par son particularisme et le contrôle de constitutionnalité des lois des assemblées dévolues n'y fait pas exception.

Il est institué par un cadre juridique singulier à la nature et à la portée variables. Le cadre législatif de la dévolution s'est peu à peu mué en un cadre constitutionnel concomitamment avec la juridicisation et la juridictionnalisation des relations entre le pouvoir central et les entités dévolues. Les lois de dévolution ont eu le mérite de poser les bases d'un contrôle de constitutionnalité au sens large comprenant un contrôle de la répartition des compétences au sens strict et un contrôle de conventionnalité des lois dévolues. Le cadre procédural composite de ce contrôle, qui rend compte de l'existence d'un système mixte de justice constitutionnelle dans le cadre de la dévolution, est d'une complexité remarquable. En effet, il fait coexister des éléments de procédure établis de longue date par le maintien du *judicial review* et des mécanismes novateurs par l'institution des renvois de questions de dévolution vers les cours supérieures.

Les juges britanniques s'efforcent de composer avec ce cadre juridique particulier lorsqu'ils sont amenés à contrôler la constitutionnalité des lois dévolues. D'une manière générale, ils se prêtent à un perpétuel jeu d'équilibriste, sans cesse à la recherche d'un juste milieu entre des intérêts antagonistes. D'une part, le contrôle de conventionnalité des lois dévolues tend à concilier le respect des textes européens et la préservation de la légitimité démocratique des assemblées dévolues. D'autre part, le contrôle de la répartition des compétences *stricto sensu* demeure conflictuel. La déférence due aux assemblées dévolues ne doit pas se faire au mépris du sacrosaint principe de la souveraineté du Parlement de Westminster. La conciliation s'opère aussi dans la méthode de travail du juge, lequel est amené à conjuguer des principes et approches traditionnels et inédits.

Face à ce bilan en demi-teinte, il n'est pas inintéressant de s'interroger sur les perspectives d'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois des assemblées dévolues. Faut-il entamer une codification de la Constitution britannique ? Il est peu probable qu'une telle réforme, pour ne pas dire révolution, se présente dans les prochaines décennies. À cet égard, la proposition de codification de la Constitution britannique de la commission des réformes politiques et constitutionnelles du Parlement de Westminster n'a semble-t-il pas trouvé son public<sup>474</sup>. Serait-il

---

<sup>474</sup> Political and Constitutional Reform Committee, *The UK Constitution – A summary, with options for reform*, House of Commons, 2015.

opportun de cantonner la codification de la Constitution du Royaume-Uni à sa dimension territoriale ? Il n'est pas acquis qu'une telle codification rende compte des spécificités historiques, politiques, culturelles des différentes parties du Royaume-Uni. Par ailleurs, il n'est pas imaginable qu'une constitution territoriale formelle prenne une autre forme qu'une loi du Parlement. Ce dernier brandira son droit à faire et défaire n'importe quelle loi comme bon lui semble. Une loi unique relative à la dévolution aurait toutefois le mérite de remettre de l'ordre et de fournir un cadre intelligible.

Le Royaume-Uni est-il résolu à conserver ce cadre imparfait mais somme toute viable ? À n'en pas douter, le juriste britannique éclatant de pragmatisme nous répondrait : « *If it ain't broken, don't fix it* ».

## Table des législations

### Droit international

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 février 1950.

Charte européenne de l'autonomie locale, 15 octobre 1985.

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

### Droit de l'Union européenne

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version du 13 décembre 2007.

### Canada

Loi constitutionnelle de 1982.

### France

Constitution du 4 octobre 1958.

### Royaume-Uni

*Magna Carta* 1215.

*Navigation Acts* 1651 et 1660.

*Bill of Rights* 1689.

*Plantation Act* 1696.

*Acts of Union* 1706 et 1707.

*Union with Ireland Act* 1800.

*Appellate Jurisdiction Act* 1876.

*Secretary for Scotland Act* 1885.

*Parliament Act* 1911.

*Government of Ireland Act* 1914.

*Government of Ireland Act 1920.*  
*Royal and Parliamentary Titles Act 1927.*  
*Parliament Act 1949.*  
*Firearms Act 1968.*  
*European Communities Act 1972.*  
*Northern Ireland Constitution Act 1973.*  
*Northern Ireland Assembly Act 1973.*  
*Scotland Act 1978.*  
*Wales Act 1978.*  
*Senior Courts Act 1981.*  
*Northern Ireland Act 1982.*  
*Mental Health (Scotland) Act 1984.*  
*The Weights and Measures Act 1985.*  
*Northern Ireland Assembly (Dissolution) Order 1986.*  
*Road Traffic Offenders Act 1988.*  
*Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.*  
*Northern Ireland (Entry to Negotiations, etc) Act 1996.*  
*Referendums (Scotland and Wales) Act 1997.*  
*Human Rights Act 1998.*  
*Scotland Act 1998.*  
*Northern Ireland Act 1998.*  
*Civil Procedure Rules 1998.*  
*Mental Health (Public Safety and Appeals) (Scotland) Act 1999.*  
*The Protection of Wild Mammals (Scotland) Act 2002.*  
*Sexual Offences (Procedure and Evidence) (Scotland) Act 2002.*  
*Agricultural Holdings (Scotland) Act 2003.*  
*Criminal Justice (Scotland) Act 2003.*  
*Constitutional Reform Act 2005.*  
*Government of Wales Act 2006.*  
*The National Assembly for Wales (Legislative Competence) (Amendment of Schedule 7 to the Government of Wales Act 2006) Order 2010 (S.I. 2010/2968).*  
*Criminal Proceedings etc (Reform) (Scotland) Act 2007.*  
*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007.*  
*Damages (Asbestos-related Conditions) (Scotland) Act 2009.*

*Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010.*

*Tobacco and Primary Medical Services (Scotland) Act 2010.*

*Scotland Act 2012.*

*The Alcohol (Minimum Pricing) (Scotland) Act 2012.*

*Children and Young People (Scotland) Act 2014.*

*Wales Act 2014.*

*Scotland Act 2016.*

*Wales Act 2017.*

*European Union (Withdrawal) Act 2018.*

*Senedd and Elections (Wales) Act 2020.*

*United Kingdom Internal Market Act 2020.*

*The European Union (Withdrawal) Act 2018 (Repeal of EU Restrictions in Devolution Legislation, etc.) Regulations 2022, Statutory Instrument 2022/357.*

## Table des jurisprudences

### Union européenne

#### **Cour de justice de l'Union européenne**

CJCE, 11 mars 1980, *Foglia*, aff. 104/79, ECLI:EU:C:1980:73.

CJCE, 15 juin 1995, *Zabala Erasun et a.*, aff. jtes C-422/93, C-423/93 et C-424/93, ECLI:EU:C:1995:183.

CJUE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662.

CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a.*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:294.

### Canada

#### **Cour suprême**

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217.

*Ward v Canada (Attorney General)* [2002] 1 RCS 569.

### États-Unis

#### **Cour suprême**

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

### Royaume-Uni

#### **Comité judiciaire du Conseil Privé**

*Union Colliery Company of British Columbia v Bryden* [1899] AC 580.

*Anderson v Scottish Ministers* [2001] UKPC D5.

*DS v HM Advocate* [2007] UKPC D1.

#### **Commission d'appel de la Chambre des Lords**

*Gallagher v Lynn* [1937] AC 863.

*R (National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd) v Inland Revenue*

*Commissioners* [1981] UKHL TC\_55\_133.  
*Bromley LBC v Greater London Council* [1983] 1 AC 768.  
*Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.  
*Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32.  
*Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.  
*R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56.  
*Friend v Lord Advocate* [2007] UKHL 53.

### **Cour de session**

*Adams v Scottish Ministers* [2002] ScotCS 344.  
*Sinclair Collis Ltd v Lord Advocate* [2011] CSOH 80.  
*Salvesen v Riddell* [2012] CSIH 26.  
*Keatings v Advocate General* [2021] CSIH 25.  
*For Women Scotland Ltd v Lord Advocate* [2022] CSIH 4.

### **Cour des plaids-communs**

*Thomas Bonham v College of Physicians* 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638.

### **Cour suprême**

*Martin v HM Advocate (Scotland)* [2010] UKSC 10.  
*AXA General Insurance Limited v The Lord Advocate* [2011] UKSC 46.  
*ANS v ML* [2012] UKSC 30.  
*Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012 – Reference by the Attorney General for England and Wales* [2012] UKSC 53.  
*Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)* [2012] UKSC 61.  
*Salvesen v Riddell* [2013] UKSC 22.  
*R (HS2 Action Alliance Limited) v The Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.  
*Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43.  
*Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill Reference by the Counsel General for Wales* [2015] UKSC 3.  
*The Christian Institute v The Lord Advocate (Scotland)* [2016] UKSC 51.  
*R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.  
*Scotch Whisky Association v The Lord Advocate* [2017] UKSC 76.

*The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* [2018] UKSC 64.

*Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42.

### **Haute Cour de Justice d'Angleterre et du pays de Galles**

*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

*R (Datafin PLC) v Panel on Take-Overs and Mergers* [1987] QB 815.

*R (Presvac Engineering) v Department of Transport* [1992] 4 Admin LR 121.

*R (Greenpeace) v HM Inspector of Pollution (No.2)* [1994] 3 All ER 329.

*R (Dixon) v Somerset CC* [1997] 4 WLUK 282.

*R v Secretary of State for the Home Department ex parte Venable and Thompson* [1997] 3 All ER 97.

*R (Greenpeace Ltd) v Secretary of State for Trade and Industry (No.2)* [2000] 2 CMLR 94.

*Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin).

*Hampshire County Council v Graham Beer* [2003] EWCA Civ 1056.

### **Haute Cour de Justice d'Écosse**

*Henderson (Stephen Michael) v HM Advocate* [2010] HCJAC 107.

*Cameron v Procurator Fiscal* [2012] HCJAC 19.

*Cameron v Procurator Fiscal* [2012] HCJAC 31.

*AMI v Procurator Fiscal* [2012] HCJAC 108.

*Ashif (Mohammed) v HM Advocate* [2015] HCJAC 100.

## Bibliographie

### Ouvrages

BOGDANOR Vernon, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 331 p.

CRAIG Paul, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 6e éd., 2008, 1170 p.

DE LOLME Jean-Louis, *Constitution de l'Angleterre*, Dalloz, Paris, 2007 réimpression de l'édition parue chez Delarue, 1822, 333 p.

DICEY Albert Venn, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, Londres, 8e éd., 1915, 584 p.

DUBOUT Édouard et MAITROT DE LA MOTTE Alexandre (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varieta concordia ?*, Bruylant, Droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2013, 457 p.

ELLIOTT Mark et THOMAS Robert, *Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 3e éd., 2017, 934 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 22e éd., 2019, 1200 p.

FROMONT Michel, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, Paris, 2013, 510 p.

GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, Dalloz, Lexiques, Paris, 29e éd., 2021, 1120 p.

HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 41e éd., 2020, 904 p.

LEYLAND Peter, *The Constitution of the United Kingdom – A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Croydon, 2e éd., 2012, 333 p.

ROUSSEAU Dominique, GAHDOUN Pierre-Yves et BONNET Julien, *Droit du contentieux Constitutionnel*, LGDJ, Précis Domat Droit Public, Paris, 12e éd., 2020, 1040 p.

### Thèses

DUFFY-MEUNIER Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act de 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de droit public, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2006, 652 p.

GUILLUY Thibault, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Thèse de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 499 p.

HATTE Émilie, *La Cour suprême du Royaume-Uni et le nouvel équilibre institutionnel*, Thèse de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, 463 p.

ROUX Frédérique, *La dévolution en Grande-Bretagne. Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Thèse de droit public, Université d'Auvergne – Clermont I, 2007, 840 p.

SANCHEZ Yoan, *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, Thèse de droit public, Université d'Orléans, 2017, 1142 p.

### Articles

BERRAMDANE Abdelkhaleq, « Vingt ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2020, n° 647, pp. 542-547.

BLACKSHIELD Tony, « Working the Methaphor : The Contrasting Use of "Pith and Substance" in Indian and Australian Law », *JILI*, 2008, Vol. 50, n° 4, pp. 518-568.

CROMMEY Conor et IBARRA Eugenio Velasco, « Statutory conventions : conceptual confusion or sound constitutional development ? », *PL*, 2018, pp. 613-631.

DOCHERTY Calum et KENNEDY Matthew, « Jurisdiction and devolution issues », *CJICL*, 2014, Vol. 3, n° 1, pp. 229-240.

DUFFY-MEUNIER Aurélie, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *RIDC*, 2012, Vol. 64, n° 3, pp. 681-734.

ELLIOTT Mark, « United Kingdom : Parliamentary sovereignty under pressure », *IJCL*, 2004, Vol. 2, n° 3, pp. 545- 627.

FELDMAN David, « Statutory interpretation and constitutional legislation », *LQR*, 2014, Vol. 130, pp. 473-497.

GIRARD Charlotte, « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », *CCC*, 2007, n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), pp. 172-177.

GOLDONI Marc et MCORKINDALE Chris, « Three Waves of Political Constitutionalism », *KLJ*, 2019, Vol. 30, n° 1, pp. 74-96.

HARVEY Darren, « Scotch Whisky Association v Lord Advocate », *JR*, 2018, Vol. 2, pp. 133-139.

HIMSWORTH Chris, « Nothing special about that ? Martin v HM Advocate in the Supreme Court », *ELR*, 2010, Vol. 14, n° 3, pp. 487-492.

JAMIESON Iain, « The ghost in the machine or the problem of the undefined residuum : Imperial Tobacco Ltd v HM Advocate », *ELR*, 2014, Vol. 18, n° 1, pp. 119-125.

LE BOT Olivier, « Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe », *NCC*, 2013/3, n° 40, pp. 117- 135.

MAC AMHLAIGH Cormac, « Putting political constitutionalism in place », *IJCL*, 2016, Vol. 14, n° 1, pp. 175-197.

MCGOVNEY Dudley Odell, « The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America : Power to Disallow Statutes : Power to Veto », *UPLR*, 1945, Vol. 94, n° 1, pp. 59-93.

MCHARG Aileen et MCCORKINDALE Chris, « The Supreme Court and devolution : the Scottish Continuity Bill Reference », *JR*, 2019, Vol. 2, pp. 190-197.

MOREIRA Vital, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *CCC*, 2001, n° 10 (Dossier : Portugal), pp. 21-34.

POIRIER Johanne, « The Functions of Intergovernmental Agreements : Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective », *PL*, 2001, pp. 134-157.

RAWLINGS Richard, « The strange reconstitution of Wales », *PL*, 2018, pp. 62-83.

SCHLESINGER Arthur Meier, « Colonial Appeals to the Privy Council », *PSQ*, 1913, Vol. 28, n° 2, pp. 279-297.

SCOTT Andrew, « The Role of Concordats in the New Governance of Britain : Taking Subsidiarity Seriously », *ELR*, 2001, Vol. 5, n° 1, pp. 21-48.

NADHAMUNI Veena Srirangam, « Suspending invalidity while keeping faith with nullity : an analysis of the suspension order cases and their impact of our understanding of the doctrine of nullity », *PL*, 2015, pp. 596-613.

TAYLOR, Robert Brett, « The Contested Constitution : An Analysis of the Competing Models of British Constitutionalism », *PL*, 2018, pp. 500-522.

### Articles de presse et de blog

ANTOINE Aurélien, « Le jugement Miller, la dévolution et la convention Sewel », *Jus Politicum Blog*, 22 février 2017, <https://blog.juspoliticum.com/2017/02/22/le-jugement-miller-la-devolution-et-la-convention-sewel/> (consulté le 24 mai 2022).

BBC, « The 1979 Referendums », <https://www.bbc.co.uk/news/special/politics97/devolution/scotland/briefing/79referendums.shtml> (consulté le 6 juin 2022).

DAVIES Ron, « Return of the Welsh nation », Times Higher Education Supplement, 12 septembre 1997.

GALLAGHER Jim, « Conventional wisdom : Brexit, devolution and Sewel », Sceptical Scot, 19 février 2017, <https://sceptical.scot/2017/02/conventional-wisdom-brexit-devolution-and-sewel/> (consulté le 24 mai 2022).

YOUNG Alison, « Devolution : How does it work in practice ? » , Constitutional Law Matters, Centre for Public Law, University of Cambridge, 3 mai 2022, <https://constitutionallawmatters.org/2022/05/devolution-how-does-itwork-in-practice/> (consulté le 24 mai 2022).

### Études et rapports

BEAULAC Stéphane et GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François, Droit civil et common law : convergences et divergences, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 2017.

DEWDNEY Richard, Results of Devolution Referendums, 1997, House of Commons Library, n° 97/113.

Ministry of Justice, Responding to human rights judgments – Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2018-2019, 2019, CP 182. Political and Constitutional Reform Committee, Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution, House of Commons, Session 2013-14, HC 802.

Political and Constitutional Reform Committee, The UK Constitution – A summary, with options for reform, House of Commons, 2015.

Royal Commission on the Constitution 1969-1973, Kilbrandon Report, Cmnd. 5460.

Select Committee on the Constitution, The 'Great Repeal Bill' and delegated powers, 7 mars 2017, 9th Report of Session 2016-17, HL Paper 123.

TORRANCE David, Introduction to devolution in the United Kingdom, House of Commons Library, 2022, n° CBP 8599.

### Discours

HALE Brenda Marjorie, « Devolution and the Supreme Court – 20 years on », Discours prononcé à Édimbourg le 14 juin 2018 dans le cadre du Scottish Public Law Group.

SAUVE Jean-Marc, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », Allocution d'ouverture lors du

colloque de droit comparé organisé par la Fédération européenne des juges administratifs le 19 mai 2011.

### Accords intergouvernementaux

Concordat between the Department for Work and Pensions and the Welsh Government, 6 décembre 1999, mis à jour le 1er novembre 2018.

Concordat on Statistics, 29 octobre 2021.

Devolution concordat on health and social care, mai 2001.

Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee, Octobre 2013.

### Débats parlementaires

Hansard, HL Deb 21 juillet 1998, vol. 592, part. 191, col. 791.

Hansard, HL Deb 20 novembre 2017, Vol. 787.

## Table des matières

|  |           |
|--|-----------|
| Remerciements.....   | 1         |
| Table des abréviations.....  | 3         |
| <b>INTRODUCTION.....</b>   | <b>5</b>  |
| <br>   |           |
| <b>PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE JURIDIQUE SINGULIER DU CONTRÔLE DE<br/>CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS DÉVOLUES.....</b>                       | <b>13</b> |
| <br>   |           |
| Chapitre 1 : Le cadre législatif évolutif d'un contrôle de constitutionnalité étendu.....  | 14        |
| <br>   |           |
| <i>Section 1 : La juridicisation des relations entre les pouvoirs central et dévolus.....</i>  | <i>14</i> |
| §1. Le recours traditionnel aux conventions politiques.....  | 14        |
| A-Les accords politiques non-contraignants.....  | 15        |
| 1) Les conventions non-écrites.....  | 15        |
| 2) Les accords intergouvernementaux.....   | 16        |
| a) Le <i>Memorandum of Understanding</i> .....   | 16        |
| b) Les concordats.....   | 17        |
| B-La résolution politique des conflits de compétence.....  | 17        |
| 1) La prévention des conflits de compétence.....   | 18        |
| 2) La résolution des conflits de compétence.....   | 18        |
| §2. La codification de la constitution territoriale britannique.....   | 19        |
| A-La garantie constitutionnelle de la séparation verticale des pouvoirs.....   | 19        |
| 1) La nécessaire hiérarchisation des lois du Parlement de Westminster.....   | 20        |
| 2) La constitutionnalisation de la dévolution.....   | 21        |
| B-La garantie juridictionnelle de la séparation verticale des pouvoirs.....  | 23        |
| 1) La création de la Cour suprême du Royaume-Uni.....  | 23        |
| 2) L'apparition d'un succédané de cour constitutionnelle.....  | 24        |
| <br>   |           |
| <i>Section 2 : La mise en place d'une multitude de normes de références du contrôle de<br/>constitutionnalité des lois dévolues.....</i> | <i>25</i> |

|   |    |
|---|----|
| §1. L'obligation de respect de la répartition mouvante des compétences <i>stricto sensu</i> ..... | 26 |
| A-L'élargissement progressif des compétences des assemblées dévolues.....                         | 26 |
| 1) L'ajout d'exceptions aux domaines réservés dans le modèle écossais.....                        | 26 |
| 2) Le changement de paradigme du modèle gallois.....  | 27 |
| B-Le modèle actuel de la répartition des compétences <i>stricto sensu</i> .....                   | 28 |
| 1) La compétence territoriale du législateur dévolu.....  | 28 |
| 2) L'interdiction de légiférer dans certains domaines.....  | 29 |
| a) L'interdiction d'adopter des lois touchant à des domaines réservés.....                        | 29 |
| b) L'interdiction de modifier certaines règles de droit.....                                      | 30 |
| §2. L'obligation de respect du droit européen.....  | 32 |
| A-La modification récente de l'obligation de respect du droit de l'Union.....                     | 32 |
| 1) L'obligation de respect du droit primaire et dérivé de l'Union avant le <i>Brexit</i> .....    | 32 |
| 2) L'obligation temporaire de respect du droit de l'Union maintenu à l'issue du                   |    |
| <i>Brexit</i> .....   | 33 |
| B-L'obligation de respect des droits garantis par la CEDH.....                                    | 34 |
| 1) La justification de respect des droits garantis par la CEDH.....                               | 34 |
| 2) Le respect de la lettre partielle de la CEDH et de la jurisprudence de la                      |    |
| CourEDH.....  | 35 |
| <br>  |    |
| Chapitre 2 : Le cadre procédural composite d'un système mixte de justice constitutionnelle.....   | 36 |
| <br>  |    |
| <i>Section 1 : Le contrôle de constitutionnalité diffus des lois dévolues à l'initiative des</i>  |    |
| <i>justiciables</i> .....   | 36 |
| §1. La résolution des conflits de compétence par voie d'exception à l'occasion d'un litige        |    |
| entre deux personnes privées.....   | 37 |
| A-La résolution des conflits de compétence par les juges du fond.....                             | 37 |
| B-L'autorité régulatrice de la Cour suprême.....  | 37 |
| §2. La résolution des conflits de compétence par voie d'action par le biais d'une demande         |    |
| de <i>judicial review</i> .....   | 39 |
| A-Les demandes de <i>judicial review</i> traditionnelles dirigées contre les actes                |    |
| administratifs.....   | 39 |
| 1) L'élaboration prétorienne du <i>judicial review</i> .....                                      | 39 |
| a) L'organisation des conditions de recevabilité.....   | 39 |

|   |    |
|---|----|
| b) La construction des moyens invocables.....   | 40 |
| 2) La relative formalisation du <i>judicial review</i> .....  | 41 |
| a) Le <i>Senior Courts Act</i> 1981 et le règlement de procédure civile.....  | 41 |
| b) Le <i>Tribunals, Courts and Enforcement Act</i> 2007.....  | 42 |
| B-Les demandes de <i>judicial review</i> spécifiques dirigées contre les lois dévolues.....   | 42 |
| 1) La recevabilité des demandes de <i>judicial review</i> fondées sur les moyens tirés de l'incompétence du législateur dévolu.....                 | 42 |
| 2) La recevabilité exceptionnelle des demandes de <i>judicial review</i> fondées sur les moyens de <i>common law</i> .....                          | 43 |
| a) L'irrecevabilité des trois catégories de moyens traditionnels.....   | 43 |
| b) L'éventuelle recevabilité des moyens tirés de la violation de la <i>rule of law</i> ....   | 45 |
| <br>  |    |
| <i>Section 2 : La concentration du contrôle de constitutionnalité des lois dévolues à l'initiative des officiers judiciaires et des juges</i> ..... | 47 |
| §1. La mise en place d'un contrôle <i>a priori</i> relevant de la compétence exclusive de la Cour suprême.....                                      | 47 |
| A-Les racines d'un contrôle <i>a priori</i> dans l'Empire britannique.....  | 48 |
| 1) La mise en place du contrôle <i>a priori</i> .....   | 48 |
| a) La création et les missions du <i>Board of Trade</i> .....   | 48 |
| b) Les modalités du contrôle.....   | 49 |
| 2) Un contrôle limité.....  | 49 |
| B-Le contrôle <i>a priori</i> des lois dévolues.....  | 50 |
| 1) La saisine parcimonieuse de la Cour suprême par les officiers judiciaires.....   | 50 |
| 2) Les finalités et conséquences du contrôle <i>a priori</i> .....  | 51 |
| a) Les finalités du contrôle <i>a priori</i> .....  | 51 |
| b) Les conséquences du contrôle <i>a priori</i> .....   | 53 |
| §2. L'instauration de mécanismes complexes de renvois vers les cours supérieures.....   | 53 |
| A-Le renvoi des questions de dévolution à l'initiative des officiers judiciaires vers la Cour suprême.....  | 54 |
| 1) Le renvoi des questions de dévolution à l'occasion d'un litige.....  | 54 |
| 2) Le renvoi des questions de dévolution en dehors de tout litige.....  | 54 |
| B-Le renvoi des questions de dévolution à l'initiative des juges du fond.....   | 54 |
| 1) Le renvoi des questions de dévolution vers les cours supérieures.....  | 54 |
| 2) Le renvoi des questions de dévolution vers la Cour suprême.....  | 55 |

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| Conclusion de la première partie..... | 56 |
|---------------------------------------|----|

**SECONDE PARTIE : L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ  
PROTÉIFORME DES LOIS DÉVOLUES PAR LES JUGES.....57**

|   |    |
|---|----|
| Chapitre 1 : Le contrôle conciliateur de la conventionnalité des lois dévolues..... | 58 |
|---|----|

*Section 1 : Le contrôle limité de la conformité des lois dévolues au droit de l'UE.....*

|  |    |
|--|----|
| §1. Un contrôle modeste d'un point de vue quantitatif.....                                 | 58 |
| A-L'obstacle du renvoi préjudiciel.....  | 59 |
| B-Le mécanisme des droits correspondants de la Charte des droits fondamentaux de l'UE..... | 60 |
| §2. Un contrôle relativement restreint d'un point de vue matériel.....                     | 61 |

*Section 2 : Le contrôle hybride de la conformité des lois dévolues à la CEDH.....*

|   |    |
|---|----|
| §1. L'interprétation graduelle des lois dévolues analogue à l'interprétation des lois de Westminster.....   | 65 |
| A-L'interprétation classique des lois dévolues.....   | 65 |
| 1) La reconnaissance du respect de la sphère discrétionnaire de jugement des assemblées dévolues.....   | 65 |
| 2) L'application du principe de proportionnalité aux lois dévolues interprétées classiquement.....  | 66 |
| B-L'interprétation conforme des lois dévolues.....  | 68 |
| 1) La clarification d'une obligation interprétative atypique.....   | 68 |
| a) La nature extraordinaire de l'interprétation conforme.....   | 68 |
| b) Le recours contingent à l'interprétation conforme.....   | 69 |
| 2) La limitation de l'interprétation conforme à la sauvegarde de la substance des dispositions législatives.....  | 71 |
| §2. La modulation des effets de l'incompatibilité d'une loi dévolue à la CEDH distincte des effets de la déclaration d'incompatibilité des lois de Westminster..... | 71 |
| A-La modulation des effets matériels de l'incompatibilité.....  | 71 |
| B-La modulation des effets temporels de l'incompatibilité.....  | 72 |

|   |    |
|---|----|
| 1) La limitation des effets rétroactifs d'une incompatibilité.....  | 72 |
| 2) L'annulation différée d'une loi dévolue.....   | 73 |
| <br>  |    |
| Chapitre 2 : Le contrôle conflictuel de la répartition des compétences <i>stricto sensu</i> .....                   | 75 |
| <br>  |    |
| <i>Section 1 : Le développement inabouti de l'interprétation des lois de dévolution</i> .....                       | 75 |
| §1. Une interprétation initiale large des lois de dévolution.....   | 76 |
| A-La doctrine de la <i>pith and substance</i> du Conseil privé.....   | 76 |
| B-L'interprétation large de la norme constitutionnelle aux débuts du contentieux de la dévolution.....              | 77 |
| §2. La relative clarification récente de l'approche interprétative ordinaire des lois de dévolution.....            | 78 |
| A-Une approche analogue à l'interprétation littérale des lois ordinaires.....                                       | 79 |
| 1) Une interprétation littérale à la simple lumière de l'objectif général des lois de dévolution.....               | 79 |
| a) L'arrêt de principe.....   | 79 |
| b) Les applications régulières et constantes.....   | 80 |
| 2) L'identification de la portée des domaines réservés.....   | 81 |
| B-Le maintien complexe d'une interprétation constante et prévisible.....  | 82 |
| 1) L'interprétation stable des termes « touchant à des domaines réservés » favorable aux assemblées dévolues.....   | 82 |
| 2) Les finalités divergentes d'une interprétation large des termes « modifiant certaines règles de droit ».....     | 83 |
| a) Une interprétation méticuleuse discutable en faveur des assemblées dévolues.....                                 | 83 |
| b) Une interprétation large respectueuse de la souveraineté du Parlement de Westminster.....                        | 84 |
| <br>  |    |
| <i>Section 2 : La difficile conjugaison des interprétations téléologique et restrictive des lois dévolues</i> ..... | 88 |
| §1. L'identification de l'objectif des lois dévolues.....   | 88 |
| A-L'interprétation systématique des lois dévolues.....  | 88 |
| B-L'interprétation contextuelle des lois dévolues.....  | 89 |

|  |           |
|--|-----------|
| §2. L'articulation de l'obligation d'interprétation restrictive des lois dévolues..... | 90        |
| A-Une interprétation restrictive au terme d'une approche pragmatique.....              | 90        |
| 1) La hiérarchisation des objectifs d'une loi dévolue.....                             | 90        |
| 2) La restriction du champ d'application d'une loi dévolue.....                        | 92        |
| B-L'illustration récente de limites à l'interprétation restrictive.....                | 93        |
| Conclusion de la seconde partie.....   | 94        |
| <b>CONCLUSION GÉRÉRALE.....</b>  | <b>96</b> |
| Table des législations.....  | 98        |
| Table des jurisprudences.....  | 101       |
| Bibliographie.....   | 104       |
| Table des matières.....  | 109       |

