
La Magna Carta et son impact ici

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES CANADA

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, CANADA

Nicole Duval Hesler, juge en chef de la Cour d'appel du Québec*

The truth of history does not flow from its usefulness.

Alfred H. Kelly, *Clio and the Court*, 1965.

Je tiens d'abord à remercier les organisateurs de ce colloque, tout particulièrement l'honorable Pierre Dalphond, de m'avoir invitée à prendre la parole dans le cadre de ce programme sur le sujet fascinant qu'est la Magna Carta.

À la fois icône culturelle et incontournable source documentaire de droit pour les juristes, elle célèbre cette année son huit centième anniversaire. Je n'entends pas répertorier tous les aspects de notre société qui portent en eux l'empreinte de la Magna Carta. Je vous proposerai simplement quelques pistes qui, je l'espère, alimenteront votre réflexion et serviront d'introduction aux doctes propos des panélistes. Je ferai donc un retour historique sur les circonstances entourant sa signature, puis je tenterai d'en cerner la force normative. Je me pencherai ensuite sur le principe de primauté du droit et tenterai d'établir des liens avec ce principe et la Magna Carta, sans pourtant apporter à la discussion toute la profondeur que les membres du panel sauront lui conférer par la suite.

1) Contexte historique

Au 13^e siècle, la dynastie angevine¹ règne sur l'Angleterre et une partie de la France. Surtaxés, les barons s'allient au clergé privé du pouvoir de nomination de ses membres. La Magna Carta reflète les revendications de cette coalition.

Tout d'abord, l'administration royale empiète sur la juridiction des cours féodales, qui réglaient jusqu'alors la plupart des conflits locaux sans l'intervention du pouvoir royal. Or l'expansion des cours royales depuis le règne d'Henri II, père de Jean sans Terre, dit « John Lackland », réduit l'autonomie des barons sur leur territoire².

Ensuite, Jean finance ses coûteuses expéditions, guerres et croisades en imposant un lourd fardeau fiscal aux barons. Il n'est pas le premier à exiger des contributions exorbitantes; son frère et prédécesseur Richard Coeur de Lion a fait de même. Ce dernier est cependant en Croisade ou captif durant la majorité du règne de Jean, de sorte que ses ministres sont les boucs émissaires de la frustration des barons. Jean dirige quant à lui le royaume d'une main de fer, assumant ainsi l'ultime responsabilité de la taxation excessive³. De surcroît, ces taxes servent principalement à reconquérir du territoire perdu sur le continent, objectif étranger aux préoccupations des barons anglais⁴.

*Avec la collaboration de Me Maroussia Lévesque, recherchiste à la Cour d'appel.

¹ On réfère parfois à cette époque comme l'empire Plantagenêt. Ces nomenclatures rétrospectives font l'objet de dissensions entre historiens. Voir Daniel Power, « Henry, Duke of the Normans (1149/50–1189) », dans Christopher Harper-Bill et Nicholas Vincent (dirs.), *Henri II : new interpretations*, Woodbridge, Boydell Press, 2007, p. 85-86; Martin Aurell, *L'empire des Plantagenêts : 1154-1224*, Paris, Perrin, 2003.

² William Sharp McKechnie, *Magna Carta*, London, MacMillan, 1914, p. 77-92 [McKechnie]. Voir aussi James Clark Holt, *Magna Carta*, London, Cambridge University Press, 1965, p. 22-23 [Holt].

³ McKechnie, *supra*, note 2, p. 16-17. Voir aussi Ralph Turner, « England in 1215 : An Authoritarian Angevin Dynasty Facing Multiple Threats », dans Janet S. Loengard (dir.), *Magna Carta and the England of King John*, Woodbridge, Boydell Press, 2010, p. 10, p. 11.

⁴ McKechnie, *supra*, note 2, p. 68.

La coûteuse et futile tentative de récupérer les territoires de Normandie et d'Anjou en 1214 marque un tournant dans le mouvement de contestation. Cette défaite militaire cristallise la rébellion des barons, qui constatent la frivolité de l'effort de guerre. Après un échec des négociations avec le roi, les barons menacent de saisir les châteaux du roi s'il ne restaure pas le niveau de taxation antérieur⁵. Le roi oppose une fin de non-recevoir aux revendications des barons, qui rétorquent en renonçant à leur allégeance au souverain le 5 mai 1215.

En somme, Jean réduit les privilèges des barons tout en augmentant leurs contributions aux coffres royaux. Cette dynamique mène à la Première Guerre des barons, guerre civile qui perdure jusqu'en 1217. La Magna Carta n'apaisera que temporairement le conflit. Mais avant d'en arriver là, il faut également tenir compte des tensions entre la royauté et l'Église.

Le corps ecclésiastique et les rois angevins sont divisés sur le pouvoir de nomination du clergé. Cette mésentente précède le règne de Jean⁶ mais s'envenime au point où, en 1209 le pape l'excommunie et impose un moratoire sur la célébration de cérémonies religieuses⁷.

En avril 1215, les barons, le haut clergé et le roi se retrouvent donc à Runnymede, aux abords de la Tamise. Les barons sont armés. Jean est en position de faiblesse. Le souverain est contraint d'apposer le sceau royal sur la Magna Carta, document politique destiné à apaiser l'agitation sociale⁸ qui sévit

⁵ *McKechnie, supra*, note 2, p. 29-33, 93 et 171.

⁶ Les parties arrivent à un compromis à l'article 12 de la Constitution de Clarendon en 1164. Voir *McKechnie, supra*, note 2, p. 15-19.

⁷ Jean se réconcilie avec le pape en 1213, mais les relations entre le clergé local et le roi restent tendues, particulièrement à la suite de l'imposition de Stephen Langton au poste d'archevêque de Canterbury. Il sera d'ailleurs à l'avant-plan des négociations menant à la signature de la Magna Carta.

⁸ David Crouch, « Baronial paranoia in King John's Reign », dans Janet S. Loengard (dir.), *Magna Carta and the England of King John*, Woodbridge, Boydell Press, 2010, p. 45-46.

alors dans le royaume. Si le conflit oppose d'abord le roi aux barons et au clergé, les dispositions de la Magna Carta font également ressortir des différends entre l'individu et l'État, mari et femme, juifs et catholiques, marchands et consommateurs, et, finalement, propriété privée et propriété commune⁹.

La Magna Carta de 1215 n'a été en vigueur que quelques semaines. Avec le concours du pape, Jean la renie¹⁰ et le conflit reprend de plus belle¹¹ :

Prince John affixed his seal to the charter in June 1215. In fact, he affixed his seal to many charters (there is no original), so that they could be distributed and made known. But then, in July, he appealed to the Pope, asking him to annul it. In a papal bull issued in August, the Pope declared the charter 'null, and void of all validity forever'. King John's realm quickly descended into civil war.

N'importe, son successeur Henri III la rétablit en 1216. S'ensuit une série de réaffirmations lui conférant son statut distinctif. D'abord connue comme Charte des Barons ou Charte de la Liberté, elle acquiert le nom de Grande Charte durant le règne d'Henri III, pour la différencier de sa propre Petite Charte (*Parva Carta*) de 1237.

Ce tour d'horizon termine le volet historique de ma présentation. J'aborde maintenant la force normative de la Magna Carta.

2) La force normative de la Magna Carta

La Magna Carta est-elle une constitution, une loi, ou encore un contrat privé? La question a fait couler beaucoup d'encre. Pour l'auteur Boutmy, « [c]e n'est

⁹ Peter Linebaugh, *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for All*, Berkeley, University of California Press, 2008, p. 45.

¹⁰ Kent Worcester, « The Meaning and Legacy of the Magna Carta », (2010) *43:3 PS: Political Science & Politics* 451, p. 451. Voir aussi McKechnie, *supra*, note 2, p. 45.

¹¹ Jill Lepore, "The Rule of History" *The New Yorker* (20 avril 2015) 83 [Lepore].

pas précisément un traité, puisqu'il n'y a pas ici deux nations en présence; ce n'est pas non plus une loi; elle serait entachée d'irrégularité et de violence; c'est un compromis ou un pacte »¹². En fait, les catégories contemporaines, forcément anachroniques, sont toutes insatisfaisantes pour décrire sa force normative. La Magna Carta est une transaction hybride, qui traite d'enjeux publics dans un format qui emprunte au droit privé. Là encore, il s'agit d'une simplification, dans la mesure où même sa dimension publique fait l'objet de controverse.

En effet, certains réduisent sa portée aux intérêts particuliers des barons, sans aspiration universelle ni altruiste¹³. L'auteur McKechnie pose la question suivante : « [d]oes the Great Charter really, as the orthodox view so vehemently asserts, protect the rights of the whole mass of humble Englishmen equally with those of the proudest noble? Or is it rather a series of concessions to feudal selfishness wrung from the King by a handful of powerful aristocrats? »¹⁴.

Restituée à son contexte original, la Magna Carta règle des problèmes d'application du pouvoir féodal. Elle a d'ailleurs un caractère réactionnaire, dans la mesure où elle réaffirme, voire restaure, des privilèges féodaux¹⁵.

¹² Émile Boutmy, *Études de droit constitutionnel*, Paris, Librairie Plon, 1885, p. 41.

¹³ La controverse porte notamment sur l'étendue des garanties prévues à l'article 39. Voir Edward Jenks, « The Myth of the Magna Carta », (1904) *4 Independent Law Review* 260; McKechnie, *supra*, note 2, p. 42 et 133; Charles Howard McIlwain, « Due Process of Law in Magna Carta », (1914) *14 Colum. L. Rev.* 27, p. 28 [McIlwain]; Holt, *supra*, note 2, p. 183; William Stubbs et Charles Petit-Dutaillis, *Constitutional History of England in Its Origin and Development*, Manchester, Manchester University Press, 1930, p. 127-129.

¹⁴ McKechnie, *supra*, note 2, p. 113.

¹⁵ John Henry Thomas, *A Systematic Arrangement of Lord Coke's Institutes on the Laws of England*, 1836, Livre I, Chap. II, p. 8 et 17 [Coke]. Nonobstant son opinion sur le caractère peu novateur de la Magna Carta, Coke fait de la Magna Carta le porte-étendard des droits et libertés. Voir Edward Coke, *The Second Part of the Institutes of Laws of England. Containing the Exposition of Many and Other Statutes*, 1797, en ligne: <<http://heinonline.org>> (site consulté le 7 avril 2015).

En résumé, la Magna Carta confère « to all freemen of our kingdom, for us and our heirs in perpetuity, certain written liberties, to be had and held by them and their heirs by us and our heirs »¹⁶.

Évidemment, les freemen envisagés à l'époque n'incluaient ni ceux qui étaient sans noblesse¹⁷, ni les femmes. Il n'en reste pas moins qu'à travers le prisme – parfois déformant – de l'histoire, la Magna Carta acquiert un statut mythique. Pour n'en nommer que quelques-uns, Blackstone¹⁸, Coke¹⁹ et Churchill²⁰ lui attribuent un rôle fondateur dans la conception des libertés individuelles.

J'aimerais toutefois faire une mise en garde. L'histoire de la Magna Carta n'est pas une inévitable amélioration des droits et libertés. Aborder les événements passés du point de vue actuel risque de subordonner une compréhension fidèle du passé au besoin de légitimer le présent²¹. Butterfield, ayant consacré cette critique sous le vocable de conception whig, cite d'ailleurs la réappropriation de la Magna Carta au 17^e siècle à titre d'exemple de cette distorsion²². Il serait plus judicieux de reconnaître que l'histoire recèle tant des avancées que des revers pour les libertés individuelles. Le piège de l'aura de la Magna Carta consiste à imaginer un lien de causalité entre ses dispositions et les droits actuels. J'aborderai donc ses dispositions en me remettant, autant que possible, à l'époque de leur conception.

¹⁶ Lepore, *supra* note 11, p. 84.

¹⁷ Certains auteurs donnent toutefois une portée plus universelle au texte de la Magna Carta. Voir à ce sujet McKechnie, *supra*, note 2, p. 387.

¹⁸ St. George Tucker, *Blackstone's commentaries with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and the Laws of Virginia*, Philadelphia, William Young Birch and Abraham Small, 1803, p. 135-136 [Blackstone].

¹⁹ Coke, *supra*, note 15.

²⁰ Winston Churchill, *A History of the English-speaking Peoples*, vol. 1, London, Cassel, 2002.

²¹ Herbert Butterfield, *The Whig Interpretation of History*, London, G. Bell, 1931.

²² *Ibid.*, p. 34-35. Voir aussi McKechnie, *supra*, note 2, p. 385.

3) Magna Carta et primauté du droit

Dans le temps qui m'est alloué aujourd'hui, je vous entretiendrai du lien entre le principe de la primauté du droit et la Magna Carta. Soyons clair : aborder la Magna Carta à travers le prisme de la primauté du droit relève précisément de l'anachronisme que je viens de signaler. Le principe selon lequel nul n'est au-dessus de la loi ne prend réellement son envol qu'au 19^e siècle, sous la plume de Dicey²³. Il n'en demeure pas moins que la Magna Carta reconnaît que le droit existe indépendamment du roi, exprimant ainsi une notion qui remonte au Moyen-âge²⁴. D'un point de vue historique, la primauté du droit est pour le constitutionnaliste Henri Brun « l'assujettissement progressif du pouvoir royal au droit législatif et à la common law [...] »²⁵.

La clause 39 de la Magna Carta est à l'avant-plan de cette reconnaissance. Elle prévoit qu'aucun homme (aujourd'hui, aucune personne) libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté ou sanctionné sans un jugement légal des pairs, conforme aux lois du pays. Réduite à sa plus simple expression, la clause 39 garantit qu'il ne saurait y avoir sanction sans jugement. D'où le rôle primordial et essentiel de juges neutres, impartiaux et compétents.

Il faut d'ailleurs préciser que le sens exact de la version originale latine est toutefois sujet à interprétation; certains exégètes limitent la garantie aux

²³ Albert Venn Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, MacMillan, 1959, p. 204. Le principe n'est toutefois pas entièrement nouveau; voir Aristote, *Les Politiques*, Kirchener, Batoche, 1999, Livre III, Chap. XVI, p. 77.

²⁴ Emlyn Capel Stewart Wade et G. Godfrey Philips, *Constitutional and Administrative Law*, 9^e éd., London, Longman Group Limited, 1979, p. 84-85 [Wade].

²⁵ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 725 [Brun]. Voir aussi McKechnie, *supra*, note 2, p. 97.

assauts armés du roi contre les barons²⁶, alors que d'autres l'étendent à toute condamnation²⁷.

Quelle que soit sa portée, la clause 39 restreint indéniablement le pouvoir arbitraire du souverain. En ce sens, et malgré les risques d'une approche rétrospective, l'expression classique du principe de primauté du droit trouve une certaine résonance dans la Magna Carta.

Cette dernière représente le consensus des barons et du clergé pour limiter l'absolutisme royal. Au lieu de monnayer individuellement l'accroissement de leurs privilèges, divers acteurs ont milité pour des droits collectifs. C'est en ce sens que la Magna Carta pose les jalons d'une conscience collective et présente les caractéristiques d'une protoconstitution.

Le principe de la primauté du droit s'est par ailleurs précisé depuis l'apport de Dicey. En droit canadien, on y inclut notamment l'existence d'un ordre juridique effectif et de règles claires, l'application des règles sans discrimination et le rôle des tribunaux pour assurer une sanction efficace²⁸. La jurisprudence a aussi délimité les contours de ce principe, en précisant ce qui n'y contrevient pas²⁹.

Il serait tentant de reléguer aux oubliettes le lien entre la Magna Carta et la primauté du droit, vu l'évolution de cette dernière. Mais je vous propose que la situation est tout autre, pour deux raisons. D'une part, l'expansion du droit administratif depuis le milieu du 20^e siècle requiert un rempart contre l'exercice

²⁶ *McIlwain, supra*, note 13, p. 43.

²⁷ Voir *McKechnie, supra*, note 2, p. 385-386 pour un résumé de cette théorie.

²⁸ *Brun, supra*, note 25, p. 728. Pour un portrait de la primauté du droit en Europe occidentale, voir *Wade, supra*, note 24, p. 190-196.

²⁹ *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49 par. 64-67 (loi rétroactive conférant un avantage au gouvernement); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9 (détention automatique et détention ordonnée par l'exécutif); *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, par. 27 (absence d'accès général aux services juridiques) [*Christie*]. Voir aussi Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 1, feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 2013, No. 15.9(g), p. 15-56, note 278.

arbitraire du pouvoir étatique. D'autre part, le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁰ accorde une place prééminente au principe de la primauté du droit dans l'interprétation des libertés individuelles. Déjà reconnu comme postulat fondamental de notre structure constitutionnelle³¹, ce principe est de la plus haute importance dans l'analyse des droits individuels³².

As the author McIlwain points out, the Magna Carta, "can only become the 'palladium of British liberties' when men (read people) are no longer able to understand its real meaning".³³ The Magna Carta nevertheless subordinates royal power to some form of legal control. Subsequent interpreters have found in its highly adaptable text the imprimatur of modern rights and liberties.³⁴ From a factual standpoint, this pedigree is questionable.³⁵ But accepting perhaps less than accurate readings of history is a testament to our normative preference for an expansive conception of rights and liberties.³⁶

³⁰ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

³¹ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Pour l'inclusion implicite du principe de primauté du droit dans la loi constitutionnelle de 1867, voir *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 1985, p. 750; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70 et *Christie, supra*, note 29, par. 19-20.

³² *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, par. 67-73; *Carter c. Canada*, 2015 CSC 5, par. 125. Pour une réflexion sur la dialectique entre primauté de droit et liberté de religion, voir La très honorable Beverley M. McLachlin, « Freedom of Religion and the Rule of Law : A Canadian Perspective », dans Douglas Farrow (dir.), *Recognizing Religion in a Secular Society : Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004, p. 12.

³³ *McIlwain, supra*, note 13, p. 46. Pour un exemple de revendications de libertés individuelles basées sur la Magna Carta, voir Randolph Greenfield Adams, *Political Ideas of the American Revolution*, Durham, Trinity College Press, 1922, p. 169 et Charles F. Mullett, *Fundamental Law and the American Revolution*, New York, Columbia University Press, 1933.

³⁴ Voir Justin J. Wert, « With a Little Help from a Friend: Habeas Corpus and the Magna Carta after Runnymede », (2010) 43:3 *PS: Political Science & Politics* 475, p. 476, sur la notion d'Habeas corpus [Wert].

³⁵ Pour une critique d'une utilisation sélective de la Magna Carta en droit américain, voir Alfred H. Kelley, « Clio and the Court: An Illicit Love Affair », (1965) *Sup. Ct. Rev.* 119, p. 154. Voir aussi Mark Tushnet, « Interdisciplinary Legal Scholarship: The Case of History-in-Law », 71:3 *Chicago-Kent L. Rev.* 909 [Tushnet].

³⁶ *Wert, supra*, note 34, p. 477.

Who knows, perhaps King John, the lackland king, came to realize that you don't make yourself grander by pushing others down if they don't succeed in securing a remedy for your own shortcomings. If that was the case, all one can say is that he soon overcame the sentiment.

In conclusion, the Magna Carta's retrospective ennoblement speaks to the aspirations of generations of jurists with regards to human rights. Historians may question strategic law-making history,³⁷ but connecting modern liberties to immemorial customs serves an important function, well beyond supporting the theory of natural rights. It inspires jurists throughout the Commonwealth and beyond to advance civil liberties. Recognized as a UNESCO World Heritage artefact, heralded by Lord Denning as "the greatest constitutional document of all times – the foundation of the freedom of the individual against the arbitrary authority of the despot",³⁸ the aura of the Magna Carta far exceeds the juridical sphere. A case in point is Jay-Z's hip hop album *Magna Carta Holy Grail*. This is but one instance of the plethora of cultural reappropriations conveying the continuing relevance of the Magna Carta.

I would venture that nowadays, an era in which personal freedom is threatened in the name of security, perhaps the most important freedom is being able to speak with your own voice, whatever you have to say, except yell Fire in a crowded room when there is no fire. I would add that you can't claim to be in favour of human rights if you choose which humans will get those rights, or will get them in greater proportion.

³⁷ Alfred H. Kelly coined the term "law-office history" in "Clio and the Courts", (1965) Sup. Ct. Rev. 119, p. 122. See also Matthew J. Festa, "Applying a Usable Past: The Use of History in Law" (2008) 38 Seton Hall L. Rev. 479; *Tushnet, supra*, note 35, p. 917.

³⁸ Danny Danzinger and John Gillingham, *1215: the Year of the Magna Carta*, New York, Touchstone, 2004, p. 268.

La tenue de ce programme est un moment opportun pour replacer notre travail quotidien dans une perspective plus large. Je souhaite que ce panel traitant de l'impact de la Magna Carta sur l'évolution du droit vous permette de jeter un regard nouveau sur l'exercice de la profession d'avocat et renouvelle votre intérêt pour celle-ci. Je vous remercie de votre attention et cède maintenant la parole à l'honorable Dalphond.