

La Magna Carta et la Rule of Law

par Christian BEHRENDT

Professeur à l'Université de Liège et au Collège de Défense de l'École Royale Militaire de Belgique, Assesseur au Conseil d'État de Belgique

« Here is a law which is above the King and Parliament
which even He and They must not break... »

*This reaffirmation of a supreme law and its expression
in a general charter is the great work of Magna Carta ;
and this alone justifies the respect in which men have held it. »*

W. CHURCHILL, *A History of the English-Speaking Peoples*

« What makes the difference between Good and Bad Government ?
I would answer, no doubt predictably : the rule of law. »

T. BINGHAM, *The Rule of Law*

La *Magna Carta*, littéralement Grande Charte, est un document adopté il y a plus de huit cent ans dont les répercussions sont cependant ressenties jusqu'à nos jours. Préfigurant la préhistoire du gouvernement par le consentement selon certains¹, caractérisant l'exceptionnalisme anglais selon

1. Nos remerciements vont à M. Quentin Pironnet, assistant au Service de droit public et constitutionnel de droit de l'Université de Liège, pour la précieuse aide qu'il nous a fournie lors de la préparation de la présente communication.
S. B. Chrimes, *English Constitutional History*, Londres, Oxford University Press, 1949, p. 98.

d'autres², cette charte de 1215 fait assurément partie des grands textes juridiques qui ont marqué et marquent encore durablement l'histoire. Devenue le premier texte constitutionnel britannique au XVII^e siècle par l'entremise du juge Sir Edward Coke, la *Magna Carta* « is still valid law »³.

Sa longueur importante pour l'époque, 63 articles traitant pêle-mêle d'une myriade de droits différents (allant du droit de la famille au droit public), a progressivement décrû en même temps que son succès comme instrument juridique grandissant. Reste désormais un texte fondateur, initiant le parlementarisme anglais et donnant ses premières lettres de noblesse à de nombreuses notions juridiques dont la *rule of law*. En outre, bien que le système britannique ne reconnaisse pas expressément le concept de séparation des pouvoirs au sens dans lequel Montesquieu l'entendait, la Grande Charte peut être interprétée, selon Peter Leyland, comme un premier accord établissant des limites formelles à l'exercice du pouvoir royal⁴.

Suivant l'objectif de « ressusciter les âges », selon la formule de Jules Michelet⁵, il convient d'abord d'examiner l'histoire de la charte et le contexte dans lequel celle-ci a pu naître (I.). Il s'agira d'analyser son contenu, et plus particulièrement les clauses jugées maîtresses de la Charte (A.). Nous tenterons de comprendre comment, après huit-cent ans d'existence, la *Magna Carta* n'a cessé de voir son succès croître tant en Angleterre qu'aux États-Unis (B.), au prix parfois d'une déformation des textes. Il a en effet été énormément glosé sur ce texte fondateur, à tel point qu'on a parfois pu estimer que chacun des mots de la Charte était sujet à controverse⁶. Nous nous pencherons ensuite plus particulièrement sur l'un des concepts juridiques modernes majeurs, fortement influencé par la *Magna Carta* : la *rule of law*, traduite par la prééminence du droit (II.). La *rule of law* est le fruit de nombreux conflits

2. H. D. Hazeltine, « The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development », *Columbia Law Review*, Vol. 17, No. 1, 1917, p. 298.

3. S. B. Chrimes, *English Constitutional History*, Londres, Oxford University Press, 1949, p. 6.

4. P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom, A contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 73.

5. J. Michelet, *Histoire de France*, Préface de 1869, p. xi.

6. C. H. McIlwain, « Due Process of Law in Magna Carta », *Columbia Law Review*, Vol. 14, No. 1, 1914, p. 29.

politiques et de disputes scholastiques à travers les siècles⁷. Bien que parfois raillée pour son imprécision et son caractère « exceedingly elusive »⁸, elle peut être appréhendée successivement comme comprenant un aspect procédural (A.) et un aspect substantiel (B.), tous deux déjà au cœur de la situation de Runnymede. Au travers d'illustrations de droit positif belge, américain et international, nous tenterons de démontrer que l'apport de la charte de 1215 sur la notion de *rule of law* est non négligeable et que toutes deux peuvent être analysées sous le prisme de la théorie du droit face à ses extrêmes.

I. La *Magna Carta*

A. Histoire et contenu de la Grande Charte

La Grande Charte ne relève en rien d'une génération spontanée, comme le mythe qui l'a suivi pourrait le faire accroire. Elle s'enracine au contraire dans une longue coutume anglaise. La coutume selon laquelle un vassal pouvait se rebeller contre son seigneur si ce dernier rompait le « contrat » était déjà admise de longue mémoire⁹, de même qu'existaient de « vieilles maximes sur la nécessité du consentement des barons, pour toute imposition extraordinaire »¹⁰. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la *Magna Carta*. Le Roi et les nobles gouvernaient de concert depuis longtemps¹¹, et sans l'arrivée d'un souverain qui allait balayer d'un revers de main cette ancienne harmonie, l'Angleterre n'aurait probablement pas connu la nécessité de ce texte avant de nombreuses décennies, voire siècles.

7. R. VAN Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 17, cité par P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom, A contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 11-12.

8. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Londres, Cambridge University Press, 2004, p. 3.

9. S. B. Chrimes, *English Constitutional History*, Londres, Oxford University Press, 1949, p. 97-98.

10. F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*, Bruxelles, Kiessling, 1851, p. 88.

11. J.-C. Holt, *Magna carta and medieval government*, Londres, Hambledon press, 1985, p. 139 ; voy. également un portrait plus modéré du souverain dans le même ouvrage, p. 126.

a. Un texte né d'une rébellion

Le hasard a voulu que l'Angleterre connaisse l'accession au trône en 1199 du souverain le plus détesté de sa longue histoire, Jean sans Terre (*John Lackland*, 1199-1216). Ses sujets le considéraient la plupart du temps avec mépris, comme en témoigne son contemporain le troubadour Bertrand de Born : « No man may ever trust him for his heart is soft and cowardly »¹². Son sens aigu de la politique et sa lourde main fiscale lui ont rapidement attiré les foudres de ses barons féodaux. Ces derniers lui reprochaient également sa piètre politique extérieure, obligeant ses vassaux à lever trop régulièrement de nombreuses armées. La *Magna Carta* est née de l'accumulation de ces abus du pouvoir royal¹³, elle est « a response to a wide-ranging catalogue of grievances »¹⁴. Toutefois, elle n'est pas tant dirigée contre un roi que contre sa méthode de gouvernement¹⁵. La *Magna Carta* est la première époque sur trois dans l'histoire constitutionnelle du pays, celle durant laquelle des frontières aux pouvoirs du Roi vont être érigées pour la première fois, avant les deux époques suivantes que seront le règne d'Édouard I^{er} (*Edward Ist*, 1272-1307) et la révolution de 1688¹⁶.

Pressés par ces abus et conscients de l'urgence d'agir, les barons ont rapidement rédigé la *Magna Carta*. Peu avant sa signature, en avril 1215, ces seigneurs révoltés établirent un texte connu sous l'appellation des « Articles des Barons »¹⁷. Apprenant cela, Jean s'emporta contre ces faiseurs de troubles. Mais, la rébellion étant déjà bien avancée, le souverain, qui avait déjà fait l'objet d'une tentative d'assassinat en 1212¹⁸, dut se soumettre.

12. *Ibid.*, p. 130-131.

13. *Ibid.*, p. 123.

14. P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom, A contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 15.

15. J.-C. Holt, *English Constitutional History*, Londres, Oxford University Press, 1949, p. 123.

16. J.-L. de Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, Paris, Dalloz, 2008, p. 84.

17. À noter que le terme « barons », *barones anglice*, était alors peu connu, il est pleinement affirmé en 1215 par ces hommes, que l'on appelait volontiers jadis les nordistes, les *norenses* ou encore *aquilonares*, B. Cottret, *Histoire de l'Angleterre*, Paris, Tallandier, 2015, p. 62.

18. J.-C. Holt, *Magna carta and medieval government*, Londres, Hambledon press, 1985, p. 143.

Après tout, les barons « s'appuyaient sur toute la nation »¹⁹. Le 15 juin, sur la plaine de Runnymede aux abords de la Tamise²⁰, les deux parties se rencontrèrent et le Roi parvint à négocier quelques points de détails²¹. Le 19 juin, les 63 articles de la Charte des Barons furent enfin signés. Celle-ci acquerra par la suite rapidement son nom actuel²². La Charte a été écrite en treize exemplaires originaux²³, correspondant aux treize évêchés anglais de l'époque. Quatre exemplaires subsistent toujours à l'heure actuelle²⁴. Ces documents sont aujourd'hui, est-il besoin de l'affirmer, d'une très grande valeur²⁵.

Avant de devenir le mythe que l'on connaît, il faut relever que la Grande Charte a d'abord dû survivre au XIII^e siècle, marqué par les attaques françaises incessantes et la succession des prétentions au trône d'Angleterre. « In 1215 *Magna Carta* was a failure. It was intended as a peace and it provoked war »²⁶. Dans ce contexte, on peut sans doute attribuer la longévité de la charte et le fait que sa validité perdure à ce jour à deux facteurs principaux.

D'une part, la mort du tyranique Roi Jean en 1216, soit un an après l'adoption du texte, a été salvatrice. Il convient de se rappeler qu'à peine

19. E. Fischel, *La constitution d'Angleterre*, T. I^{er}, Paris, C. Reinwald Librairie-éditeur, 1864, p. 11.

20. Située dans le comté de Surrey à l'ouest de Londres, entre Londres et Oxford, la plaine de Runnymede se trouve à proximité de l'actuel aéroport de Heathrow.

21. Ces « détails » étaient notamment que tous les étrangers soient renvoyés du Royaume, et que durant deux mois les Barons garderaient la Cité et l'Archevêque la Tour de Londres, C. Rousset, *La Grande Charte, ou l'établissement du régime constitutionnel en Angleterre*, Paris, Hachette, 1853, p. 148-149.

22. Au vrai, les « Articles des Barons » doivent être distingués de la *Magna Carta*, les uns étant le texte amené par les barons à Runnymede pour négociation, sur lequel le roi apposera son sceau, l'autre étant la concession formelle royale, basée sur les Articles signés le 25 juin et produite par la chancellerie du roi ; C. Breyer et J. Harrison, « *Magna Carta* : an introduction », *The British Library*, p. 3.

23. N. Vincent, « Consequences of *Magna Carta* », *The British Library*, op. cit., p. 4.

24. Deux exemplaires sont conservés à la *British Library*, un à la cathédrale de Lincoln et le dernier à celle de Salisbury, C. Duffy, « Revealing the secrets of the burnt *Magna Carta* », *The British Library*, p. 1.

25. Un exemplaire de sa version de 1297 a ainsi été acquis aux enchères en 2008 pour la somme de 21,3 millions de dollars, H. Y. « La Charte qui valait 21 millions de dollars », *L'Echo*, 5-7 janvier 2008, p. 34.

26. J.-C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965, p. 1.

le compromis entériné, Jean, qui n'avait nulle envie de s'encombrer d'une telle charte à long terme²⁷, s'empessa de se plaindre du texte auprès du Pape Innocent III (1198-1216). Ce dernier annula la Charte par une bulle du 25 août 1215 et prononça par la même occasion l'excommunication des 25 signataires du texte²⁸. Avec le décès rapide des deux protagonistes (Innocent mourut le 16 juillet et Jean le 19 octobre 1216), les barons ont pu à nouveau songer à faire valoir leurs droits et libérés auprès de l'héritier au trône, le jeune Henri III (*Henry III*, 1207-1272).

D'autre part, le succès de la charte doit beaucoup à ses rééditions successives de 1216, 1217 et 1225 sous le règne de Henri III. Ces rééditions, sans lesquelles la *Magna Carta* aurait probablement été reléguée au rang de vague symbole de bon gouvernement²⁹, étaient primordiales pour les barons, qui à chaque fois conditionnaient leur allégeance à un respect de ces dispositions³⁰. Le texte de la charte, tel qu'il avait été confirmé par Henri III en 1225, a ensuite été ancré dans un *statute book* par Édouard I^{er} le 5 novembre 1297³¹ :

« [...] que la Grande Charte des libérés et la Charte des forêts, faites du consentement commun de tout le royaume au temps du roi Henri notre père, seront maintenues en tous leurs points sans y rien changer »³².

C'est à cette époque que la *Magna Carta* a acquis un statut juridique législatif. Enfin, en 1300, elle fut proclamée en anglais³³, permettant ainsi sa large diffusion populaire.

27. N. Vincent, « Consequences of Magna Carta », *The British Library*, op. cit., p. 4.

28. B. Cottret, *Histoire de l'Angleterre*, Paris, Tallandier, 2015, p. 63.

29. D. Carpenter, « Revival and survival : reissuing Magna Carta », *The British Library*, op. cit., p. 1.

30. C. Rousset, *La Grande Charte, ou l'établissement du régime constitutionnel en Angleterre*, Paris, Hachette, 1853, p. 199.

31. A. W. Bradley et K. D. Ewing, *Constitutional & Administrative Law*, 15^e éd., Harlow, Pearson, 2011, p. 13.

32. S. Rials et D. Baranger, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, 2000, p. 5.

33. D. Carpenter, « Revival and survival : reissuing Magna Carta », *The British Library*, op. cit., p. 8.

b. « Les » Chartes et leur contenu

Écrite initialement sur parchemin en langue latine, dans un style très accessible³⁴, la *Magna Carta* a connu au fil du XIII^e siècle de nombreuses réfections qui précèdent tour à tour à des ajouts, retraites et corrections. Il est cependant important de ne pas considérer ce texte comme absolument novateur. Au contraire, de nombreuses dispositions de la charte puisent leur fondement dans d'anciens textes. Hedley ne dit rien d'autre lorsqu'il affirme, en 1610, « I do not take *Magna Carta* to be a new grant of stature, but a restoring or confirming of the ancient laws and liberties of the kingdom »³⁵. La Charte de 1215 se base largement sur la Charte du couronnement de Henri I^{er} (*Henry I^{er}*, 1068-1135), datant de 1100³⁶. Cette dernière restaurait à son tour les légendaires Lois d'Édouard le Confesseur (*Edward the Confessor*, 1042-1066), souverain qui meurt d'ailleurs l'année même de la bataille de Hastings^{37/3839}.

La *Magna Carta* repose également sur d'autres sources. Certains auteurs, bien que moins nombreux, avancent par exemple l'influence partielle d'un *ius commune*, conjonction des droits civil et canon de l'époque⁴⁰.

34. K. Worcester, « The Meaning and Legacy of the Magna Carta », *Political Science & Politics*, Vol. 43, No. 3, juillet 2010, p. 452.

35. Hedley, cité par I. Nguyễn-Duy, *La souveraineté du Parlement britannique*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 114.

36. A. Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom*, Londres, Cavendish Publishing, 2003, p. 26 ; R.H. Helmholz, « Magna Carta and the Ius Commune », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 2, 1999, p. 298.

37. Ladite charte dispose en effet : « I restore to you the law of King Edward, together with those amendments by which my father, with the advice of his barons, amended it », C. H. McIlwain, « Due Process of Law in Magna Carta », *Columbia Law Review*, Vol. 14, No. 1, 1914, p. 34.

38. Les lois d'Édouard ont directement influencé la *Magna Carta*, J.-C. Holt, *Magna Carta and medieval government*, Londres, Hambledon press, 1985, p. 154.

39. Édouard le Confesseur (1042-1066) était notamment connu pour son administration douce et bienveillante, C. Rousset, *La Grande Charte, ou l'établissement du régime constitutionnel en Angleterre*, op. cit., p. 2.

40. J.-C. Holt, *Magna Carta and medieval government*, op. cit., p. 310 ; v. également l'article très complet sur le sujet de R.H. Helmholz, « Magna Carta and the Ius Commune », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 2, 1999, p. 297-371.

Bien qu'exagérant la teneur de ces anciens textes, notamment quant à la notion de responsabilité du Roi devant ses sujets, cet appel à la tradition n'est pas anodin et s'apparente à une entreprise de légitimation de la part des barons. « They appealed to the past because this was part of the general attitude of mind in an age when law, custom, and tenure depended on precedent and long usage »⁴¹.

La Charte contient un catalogue de droits et de libertés concernant tant les intérêts du Clergé et de la noblesse que ceux du peuple (le *liber homo* mentionné ne comprenant cependant que les hommes libres au sens médiéval du terme⁴²). « Every class got something out of the charter »⁴³.

Le texte est long de 63 articles parfois fort détaillés et leur lecture fait apparaître une profonde diversité entre eux quant à leur intérêt. Seules quelques clauses ont survécu à l'érosion du temps. Parmi les articles qui ont perdu de leur pertinence, on note les réglementations relatives notamment : au remariage des veuves (article 8), aux tuteurs légaux (articles 5 et 4), à l'interdiction pour les huissiers et agents de prélever du mais sans verser une contrepartie à son propriétaire (article 28) ou encore aux libertés et usages sur terre et sur mer qui avaient été octroyés à la ville de Londres (article 13).

Parmi les clauses qui ont au contraire survécu, on peut citer la clause n° 12. Cette clause empêche la création arbitraire de taxes et d'amendes par le Roi, préfigurant le consentement parlementaire à l'impôt :

« No "scutage" or "aid" may be levied in our kingdom without its general consent [...] ».

41. J.-C. Holt, *Magna carta and medieval government*, op. cit., p. 157.

42. La notion même de la mention *nullius liber homo* dans la Magna Carta a été maintes fois discutée. Ainsi, on a pu considérer qu'elle s'étendait à « every human being who breathes English air » (Coke), aux propriétaires uniquement (McKechnie) ou encore à « those which held in *Military*, or *Knights Service*, and in this sense of the words, all the *Earls, Barons, Knights*, and *others* that held *Knights Fees*, or *part of Knights Fees* » (Brady), C. H. McIlwain, « Due Process of Law in Magna Carta », *Columbia Law Review*, Vol. 14, No. 1, 1914, p. 29-30. Il convient selon nous d'adopter la position de Brady, qui est la seule à ne pas être entachée d'anachronisme.

43. S. B. Chrimes, *English Constitutional History*, op. cit., p. 57.

Quant à la disposition la plus importante, celle qui n'a cessé d'être citée depuis le XIII^e siècle, il s'agit de la clause n° 39, dite « clause de justice », qui établit une justice civile pour le Royaume, justice des barons par « leurs pairs » et non plus par le Roi. La trente-neuvième clause de la charte a connu des interprétations successives très différentes, notamment quant à la *rule of law*⁴⁴. Dans sa version de 1215, la clause n° 39 se lit comme suit :

« No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land ».

Elle a ensuite été intégrée dans un *statute book* sous Édouard I^{er} en 1297 et modifiée comme suit :

« No freeman is to be taken or imprisoned or disseised of his free tenement or of his liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go against such a man or send against him save by lawful judgement of his peers or by the law of the land. ».

Enfin, dans le but de contraindre le souverain à respecter ses engagements, vingt-cinq barons ont été nommés en tant que gardiens de la Grande Charte. Ces vingt-cinq personnes, qui appartenaient à des familles aujourd'hui complètement éteintes, étaient notamment « investit[es] du droit d'appeler les barons et les communes à la résistance contre toute violation de cette charte »⁴⁵. Ce conseil marque les balbutiements du parlementarisme. Henri III, en 1248, aura même recours au mot *parliamentum* pour désigner ce qui était alors connu comme « l'assemblée de Runnymede »⁴⁶.

Ainsi commence la longue ascension de la *Magna Carta* vers sa grande destinée.

44. *Voy. infra*.

45. E. Fischel, *La constitution d'Angleterre*, T. I^{er}, Paris, C. Reinwald Librairie-éditeur, 1864, p. 12.

46. E. Fischel, *La constitution d'Angleterre*, T. II, Paris, C. Reinwald Librairie-éditeur, 1864, p. 200.

B. Réception et postérité

Si la *Magna Carta* a été dès 1215 considérée comme un texte important, son succès fut de courte durée à l'époque. Le texte a connu une disparition de la sphère politique au XV^e siècle⁴⁷. Sa résurgence a ensuite lieu sous le règne d'Élisabeth I^{re} (*Elizabeth I^{re}*, 1533-1603). La *Magna Carta* est alors reconnue comme la « Charte des libertés »⁴⁸. La charte a enfin été hissée au XVII^e siècle, grâce au juge Edward Coke, à un rang constitutionnel⁴⁹ – ou « quasi-constitutionnel » selon certains⁵⁰ – au même titre que d'autres grands textes (*Bill of Rights* 1689, *Act of Union* 1707, *Human Rights Act* 1998, etc.). Une telle interprétation était loin d'être celle de 1215⁵¹, au point qu'on a même pu parler de « glorified mischaracterization in the seventeenth century by Coke »⁵². Le juriconsulte anglais a, notamment à l'occasion de l'affaire connue sous le nom de *Calvin's Case*⁵³, édifié son *antiquarian theory*, théorie consistant à bâtir le droit anglais sur une longue liste de précédents et de textes les plus anciens possibles. À cet égard, l'utilisation de la *Magna Carta* est tout à fait caractéristique de l'entreprise cokerienne de reconstruire « un passé idéalisé, mythifié » et d'affirmer « l'existence de traditions respectables, imposées par une nécessité irréfutable »⁵⁴.

47. A. Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom*, op. cit., p. 40.

48. J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Londres, F.B. Rothman, 1955, p. 57.

49. J.-C. Holt, *Magna carta and medieval government*, op. cit., p. 1-2 ; E. F. Cohen, « *Jus Tempus* in the Magna Carta : The Sovereignty of Time in Modern Politics and Citizenship », *Political Science & Politics*, Vol. 43, No. 3, juillet 2010, p. 463.

50. R. Lesaffer, *European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 234.

51. J.-C. Holt, *Magna carta and medieval government*, op. cit., p. 126 : « Rebellion was not revolution ».

52. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Londres, Cambridge University Press, 2004, p. 25.

53. À propos de ce texte fondateur, voy. C. Braillon, « Aux origines du lien entre sujet et souverain dans les pays de common law : Le report du juge Edward Coke sur le Calvin's Case (1608) », *RHD*, 2010, disponible à l'adresse : <http://hdl.handle.net/2268/88397>, consulté le 3 décembre 2015.

54. I. Nguyễn-Duy, *La souveraineté du Parlement britannique*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 110.

La Grande Charte a eu une influence considérable sur de grandes notions juridiques en droit anglo-saxon. Outre son influence importante sur le concept de *rule of law*, il convient de citer le droit de pétition, le *writ of Habeas Corpus* ou encore le consentement parlementaire à l'impôt (illustré par la maxime bien connue « *no taxation without representation* »). Nous traiterons ces trois dernières influences succinctement avant d'aborder le sujet de cette contribution, l'influence de la *Magna Carta* sur la *rule of law*.

On a pu estimer la Charte de 1215 comme première émanation d'un droit que l'on sait médiéval, à savoir le droit de pétition. Cette origine se trouverait dans l'antépendulnème clause du texte⁵⁵. L'article 61 dispose :

« If we, our chief justice, our officials, or any of our servants offend in any respect against any man, or transgress any of the articles of the peace or of this security, and the offence is made known to four of the said twenty-five barons, they shall come to us – or in our absence from the kingdom to the chief justice – to declare it and claim immediate redress »⁵⁶.

Il convient toutefois de reconnaître que des textes postérieurs sont venus par la suite consacrer le droit de pétition de manière plus expresse, comme le *Massachusetts Body of Liberties* de 1641⁵⁷ ou encore une Résolution de la Chambre des communes (*House of commons*) de 1669⁵⁸. En Belgique, ce droit a été introduit à l'article 28 de la Constitution de 1831. En France, c'est l'article 72-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui est le siège de cette matière.

55. G. Houillon, « Section II. – La garantie des voies d'action » in : *Le lobbying en droit public*, Bruylant, 2012, p. 161-162.

56. Cette traduction de la version de 1215 de la *Magna Carta* est disponible à l'adresse : <http://www.bl.uk/>, consulté le 3 décembre 2015, c'est nous qui soulignons.

57. C. W. Eliot, *American Historical Documents 1000 to 1904*, Harvard Classics, Part 43, Kessinger Publishing, 2004, p. 70, cité par G. Houillon, « Section II. – La garantie des voies d'action » in : *Le lobbying en droit public*, Bruylant, 2012, p. 162 (note 821).

58. P. B. Kurland et R. Lerner, *The Founders' Constitution*, vol. 5 (*amendments I to XII*), Liberty Fund, 2000, p. 186, cité par G. Houillon, « Section II. – La garantie des voies d'action » in : *Le lobbying en droit public*, Bruylant, 2012, p. 162 (note 823).

L'*habeas corpus*, concept on-ne-peut-plus britannique, puise ses racines dans la *Magna Carta* même si, à l'origine, il ne s'agissait pas d'un « writ »⁵⁹ au sens du *common law* mais bien d'une ordonnance administrative émanant du pouvoir royal⁶⁰.

Quant au consentement parlementaire à l'impôt, il est tiré anachroniquement de la clause n° 12 de la Grande Charte⁶¹. Anachroniquement car la disposition de 1215 « referred to a process rather than to an institution »⁶². C'est pourtant la *Magna Carta* qui servira de base aux revendications des colonies anglaises outre-Atlantique lors de leur indépendance sur le célèbre thème « no taxation without representation »⁶³. En Belgique, ce principe a été intégré à la Constitution de 1831 dans son article 170. En France, c'est l'article 47 de la Constitution qui est le siège de cette matière.

Le succès de la *Magna Carta* a actuellement pris de telles proportions que certains auteurs n'hésitent pas à lui attribuer de très nombreuses autres influences. Ainsi, le Professeur David Saxe (Pennsylvania University), s'attache à repérer l'influence de la charte de 1215 dans tous les grands écrits de l'Amérique naissante du XVIII^e siècle, de la Déclaration d'Indépendance à la Constitution⁶⁴. La Charte aurait selon lui influencé tous les droits et libertés de la jeune nation, du *freedom of speech* au *due process*, en passant par la liberté de la presse, le fondement populaire de la fédération, les libertés taxatrices et même le droit de propriété⁶⁵. La charte a parfois pu (et peut toujours) signifier et expliquer un grand nombre de notions diverses et variées⁶⁶.

Depuis, l'intérêt pour la *Magna Carta* ne s'est jamais tari. La *Magna Carta* fait d'ailleurs désormais partie intégrante de la culture populaire anglo-saxonne en plus de sa culture juridique.

59. Notion juridique typique de la *common law*, définie comme « a written order of a judge requiring specific action by the person or entity to whom the writ is directed ». <http://dictionary.law.com/>.

60. J.-C. Holt, *Magna Carta*, op. cit., p. 11.

61. R. H. Helmholz, « Magna Carta and the Ius Commune », loc. cit., p. 322.

62. *Ibid.*

63. H. D., Hazelvine, op. cit., p. 22.

64. D. Saxe, « Teaching Magna Carta in American History », *The History Teacher*, Vol. 43, No. 3, 2010, p. 329-344.

65. *Ibid.*

66. J. Grace, « 1215 and all that », *Index on Censorship*, 2014, Vol. 43(4), p. 22.

II. La Rule of Law

La notion de *rule of law*, définie comme la prééminence du droit, peut être attribuée à de nombreux penseurs classiques, tels Aristote ou Cicéron⁶⁷. C'est néanmoins à Albert Venn Dicey, *Vinerian Professor of English Law* à Oxford (1882-1909), que revient la paternité et la popularisation de sa conception moderne. L'origine de la *rule of law* remonterait alors à la conquête normande⁶⁸ mais surtout à la *Magna Carta*⁶⁹. La Grande Charte exprimait le principe selon lequel « justice according to the law was due both to the ruler and to the other classes of the feudal hierarchy »⁷⁰. Même le plus tyrannique des rois doit désormais respecter cette règle à partir de 1215⁷¹, à tout le moins sur le papier. Indissociable de la notion de souveraineté parlementaire, notion également contenue en germe dans la *Magna Carta*⁷², la *rule of law* permet aussi de renforcer la démocratie en s'assurant que le gouvernement opère exclusivement dans le cadre du droit adopté *par le parlement*⁷³.

Le texte intégral de la charte contenait déjà « certains éléments de la *Rule of Law* moderne, à savoir l'interdiction de toute arrestation arbitraire, le droit des hommes libres à obtenir justice, ainsi qu'un droit de résistance »⁷⁴. Toutefois, deux dispositions retiendront particulièrement notre attention au vu de

67. I. B. Flores, « Law, Liberty and the Rule of Law (in a Constitutional Democracy) », in : I. B. FLORES et K. E. HIMMA (ed.), *Law, Liberty and the Rule of Law*, Heidelberg-Londres-New York, Springer (Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice), 2013, p. 83.

68. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 107.

69. A. E. Dick Howard, *Magna Carta : text and commentary*, University Virginia Press, 1998, cité par J. B. Banach-Gutierrez, « Some Reflections on the Concept of Due Process : What Kind of "Doing Justice" is Emerging in Contemporary Criminal Proceedings ? », *New Journal of European Criminal Law*, 2012, Vol. 3/1, p. 83-101.

70. A. W. Bradley et K. D. Ewing, *Constitutional & Administrative Law*, 15^e éd., Harlow, Pearson, 2011, p. 91.

71. N. Vincent, « Consequences of Magna Carta », *The British Library*, op. cit., p. 12.

72. *Supra*.

73. T.R.S. Allan, « The Rule of Law as the Rule of Reason : Consent and Constitutionalism », *Law Quarterly Review*, cité par H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, 7^e éd., Londres, Routledge, 2009, p. 65.

74. I. Nguyễn-Duy, *La souveraineté du Parlement britannique*, op. cit., p. 50.

leur importance fondamentale, à savoir les clauses 39 et 40, qui disposent respectivement :

« 39. Aucun homme libre ne sera arrêté ni emprisonné, ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou exécuté de quelque manière que ce soit, et nous n'agirons pas contre lui et nous n'enverrons personne contre lui, sans un jugement légal de ses pairs et conformément à la loi du pays.

40. Nous ne vendrons à personne, nous ne refuserons ou ne différerons pas le droit ou la justice ».

La *rule of law* contemporaine est une notion bicéphale, à la fois procédurale et substantielle⁷⁵. Il faut tantôt que seuls certains principes formels soient respectés – égalité devant la loi, légalité, prévisibilité, accessibilité, etc. – (A.), tantôt que le contenu du droit lui-même soit conforme à certains principes (B.).

A. La conception procédurale de la *rule of law* : la légalité et l'égalité

A.V. Dicey relève trois significations à la *rule of law* dont deux nous semblent inextricablement liées au texte de 1215 : la légalité et l'égalité. La *rule of law* s'érige premièrement contre le pouvoir discrétionnaire du gouvernement⁷⁶ à l'aide d'un droit adopté par le parlement, clair, prévisible et accessible, c'est le principe de légalité (a.). Dicey estime à cet égard que cette caractéristique a longtemps été propre à l'Angleterre⁷⁷. Deuxièmement, le concept comprend l'égalité des justiciables face au droit commun, « every man subject to ordinary law administered by ordinary tribunals »⁷⁸ (b.). Bien que la conception diceyenne de la *rule of law* soit à bien des égards « partielle et déformée »⁷⁹, ces deux aspects sont un point de départ utile à la

75. I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights, a critical introduction* (5^e éd.), Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 57.

76. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 110.

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*, p. 114.

79. W. Burnett Harvey, « The Rule of Law in Historical Perspective », *Michigan Law Review*, Vol. 59/4, 1961, p. 491.

compréhension d'une notion souvent galvaudée. Enfin, la *rule of law* n'est pas l'apanage exclusif des ordres juridiques nationaux mais tend, depuis quelques décennies, à investir la sphère du droit international public (c.).

a. La légalité : l'absence d'arbitraire et l'accessibilité du droit

« Wherever law ends, tyranny begins » écrivait John Locke⁸⁰. Si l'on considère volontiers aujourd'hui cette citation comme une lapalissade, c'est notamment grâce à la *Magna Carta* dont le texte, bien que n'en étant pas le premier, reste historiquement et symboliquement le paragon de la volonté d'opposer le droit à l'autorité⁸¹. Par ce texte, l'autorité devient subitement un sujet de droit, droit dont elle n'a longtemps été que l'auteur et qui vient désormais entraver sa liberté absolue. Ainsi, on constate que l'obligation que les décisions royales soient prises conformément au « law of the realm », aux « lawful customs » ou au « law of the land » est mentionnée à neuf reprises dans le texte original de 1215. C'est influencé par la Charte que Henry de Bracton (1210-1268) formulera sa célèbre définition de la *rule of law* dans son traité *On The Laws and Customs of England* :

« For this is called *rex* not from reigning but from ruling well, since he is a king as long as he rules well but a tyrant when he oppresses by violent domination the people entrusted to his care. Let him, therefore, temper his power by law, which is the bridle of power, that he may live according to the laws, for the law of mankind has decreed that his own laws bind the lawgiver, and elsewhere in the same source, it is a saying worthy of the majesty of a ruler that the prince acknowledge himself bound by the laws. Nothing is more fitting for a sovereign than to live by the laws, nor is there any greater sovereignty than to govern according to law, and he ought properly to yield to the law what the law has bestowed upon him, for the law makes him king »⁸².

80. J. Locke, *The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration*, Oxford, Basil Blackwell, 1948, p. 99.

81. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Londres, Cambridge University Press, 2004, p. 15.

82. H. of Bracton, *On the Laws and Customs of England*, cité par B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, op. cit., p. 26.

« Liberty is restricted by a reasonable fear of its exercise »⁸³. Posséder et exercer sa liberté suppose donc, pour les citoyens, une certaine confiance en une société ordonnée autour de la *rule of law*⁸⁴. À l'aune de cette affirmation, il est essentiel, afin de préserver ces libertés, acquises précisément par l'entremise du droit, que les règles soient fixées et annoncées à l'avance. Hayek, quant à lui, se saisit de cette *nécessité de prévisibilité du droit* pour fustiger la société communiste qui, par son système de planification économique imprévisible, incarnerait le paroxysme, selon le prix Nobel d'économie, de la tyrannie⁸⁵.

Afin d'apercevoir la réalité des influences de cette acception de la *rule of law*, il convient selon nous d'effectuer une courte comparaison entre l'ordre juridique belge et celui des États-Unis, que le principe de légalité compris dans la *rule of law* a profondément intégré.

États-Unis

Comme le relevait Dicey : « The rule of law is as marked a feature of the United States as of England »⁸⁶. Aux États-Unis, la conception de la *rule of law* est une conception typiquement formaliste⁸⁷. C'est en effet par le biais des notions de *due process of law* ou de *fair trial* qu'est incarné le principe d'obstacle à l'arbitraire contenu dans le concept étudié. Le 5^e Amendement de la Constitution du 17 septembre 1787, dit *Due Process Clause* – à combiner avec le 14^e Amendement – dispose :

« No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger ; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb ; nor shall be compelled in any criminal case to be a

83. J. Rawls, *A theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 210.
84. *Ibid.*, p. 211.

85. F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1944, p. 72-73.

86. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 119.

87. W. Burnett Harvey, « The Rule of Law in Historical Perspective », loc. cit., p. 499.

witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ; nor shall private property be taken for public use, without just compensation ».

La similitude entre le texte de la clause 39 de la *Magna Carta* (que nous avons repris plus haut) et cette disposition est patente, de même que l'influence de la première sur la seconde. À cet égard, il convient en effet de rappeler que la *Magna Carta* était considérée par les Américains au XVIII^e siècle comme partie intégrante de leur patrimoine juridique et historique⁸⁸. « [T]he *Magna Carta* has been credited with promoting the notion of due process of law [...] Although these words are not actually used in clause 39, the phrase "due process of law" was used in a statute in 1354, and came to be identified with the phrase "the law of the land" »⁸⁹. Aux États-Unis, les mots « the law of the land » sont donc devenus *due process of law*, traduite en français – certes inadéquatement, car cette notion est particulièrement propre à ce système juridique – par « procédure légale régulière ». C'est sur base du *due process* que les juridictions, tant fédérales que fédérées, assurent la protection des citoyens américains « against arbitrary or capricious legislative action »⁹⁰. Ce principe juridique permet notamment à une juridiction, afin de prévenir l'arbitraire, de déclarer une loi « void for vagueness »⁹¹.

Belgique

En Belgique, les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution du 7 février 1831, coordonnée le 17 février 1994, disposent respectivement « [n]ul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit » et « [n]ulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ». Ces deux principes, mieux connus sous leur locution latine *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege* constituent la parfaite illustration en droit constitutionnel belge du respect de la *rule of law* sous son premier

88. H. D., Hazeltine, « The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development », *Columbia Law Review*, Vol. 17, No. 1, 1917, p. 2.

89. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, op. cit., p. 26.

90. *The Rule of Law in the United States*, Genève, International Commission of Jurists, 1955, p. 15.

91. Cour suprême des États-Unis, *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

aspect, à savoir celui d'assurer l'absence d'arbitraire par la sécurité juridique. Le moyen choisi par le constituant de 1831 est ici celui de la légalité du droit pénal. En droit fiscal, on l'a déjà dit, la légalité de l'impôt est requise par l'article 170 de la Constitution.

Hors des sphères pénale et fiscale, la question est de savoir si l'absence d'arbitraire est assurée en Belgique par un principe général de sécurité juridique. Si la Cour constitutionnelle belge ne s'estime pas « compétente pour contrôler des normes législatives au regard de principes généraux, comme le principe de la sécurité juridique, elle peut toutefois tenir compte de ces principes dans le contentieux direct de constitutionnalité qu'elle exerce au regard des articles 10, 11 et 172 de la Constitution »⁹². Malgré cette précaution d'usage, on remarque à la lecture de sa jurisprudence que la Cour constitutionnelle tient bien compte de ce principe, qu'elle estime par ailleurs fondamental⁹³. On déduit notamment de ce principe celui de la non-rétroactivité du droit, sauf justifications impérieuses⁹⁴.

La *rule of law* comme principe de sécurité juridique est en outre consacré à l'article 6, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment mis en exergue dans l'ordre juridique belge par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 décembre 2001⁹⁵. La Convention de 1950 est en effet directement applicable par les tribunaux belges.

On remarque, à l'issue de cette comparaison, que tant les États-Unis que la Belgique, pourtant ordres juridiques différents – de *common law* pour le premier et de type romano-canonique pour le second –, partagent le même souci de prévenir l'arbitraire par des balises procédurales claires. Il est cependant une divergence de vue entre les deux pays. Là où la légalité, en Belgique, fait une confiance importante au législateur, la conception américaine – qui rejoint celle de Dicey – postule une « *rule by the judges* » visant d'abord les potentiels abus du législateur. Cet aspect est par ailleurs également critiqué par Jennings⁹⁶.

92. C.C., 22 octobre 2015, n° 149/2015, B.3.3.

93. V. not. C.A., 22 novembre 1990, n° 36/90 ; C.A., 16 novembre 2000, n° 115/2000 ; C.C., 29 avril 2010, n° 49/2010 ; C.C., 27 février 2014, n° 38/2014.

94. V. not. C.A., 17 mars 1999, n° 36/99 ; C.A., 8 mars 2006, n° 39/2006 ; C.C., 26 novembre 2009, n° 192/2009 ; C.C., 22 avril 2010, n° 34/2010 ; C.C., 6 février 2014, n° 23/2014.

95. *Cass.*, 20 décembre 2001, *Pas.*, n° 717, p. 2196.

96. W. Burnett Harvey, « The Rule of Law in Historical Perspective », *loc. cit.*, p. 493.

b. Légalité : « nul n'est au-dessus du droit »

L'objectif principal des barons en 1215 était précisément de soumettre le Roi, longtemps au-dessus du droit, aux lois d'Angleterre⁹⁷. Désormais, même les gardiens du droit doivent obéir à celui-ci⁹⁸. Au fil des siècles, l'égalité comprise dans la *rule of law* est devenue une obligation de non-discrimination.

Aux États-Unis, la maxime « no one is above the law » est strictement respectée. La Constitution énumère limitativement les compétences des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Chaque citoyen américain est soumis de la même manière aux lois, y compris le Président. Très récemment, une affaire a remis en lumière cette égalité devant la loi. Par l'arrêt *Obergefell v. Hodges*, la Cour suprême a légalisé le mariage de personnes de même sexe⁹⁹. Madame Kim Davis, secrétaire du comté de Rowan, Kentucky (*county clerk*), a refusé de célébrer un tel mariage, prétextant de ses convictions religieuses. Dans le procès qui a suivi, elle a été condamnée pour ne pas avoir respecté le droit¹⁰⁰. Peu de temps plus tard, la Maison Blanche réagissait en déclarant : « I will say, just on principle, the success of our democracy depends on the rule of law, and there is no public official that is above the rule of law »¹⁰¹. Dans la Constitution de 1787, c'est l'*equal protection clause* qui sert cet objectif : « No state shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws » (14^e Amendement).

Concernant le principe d'égalité, le parallèle entre la Constitution belge et la *Magna Carta* est mis en exergue par A. V. Dicey lui-même : « [t]he nearest approach which our statute-book presents to the statement contained in the seventh article of the Belgian constitution is the celebrated thirty-

97. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory op. cit.*, p. 26.

98. T. Bingham, *The Rule of Law*, Londres, Allen Lane, 2010, p. 3 ; I. B. Flores, « Law, Liberty and the Rule of Law (in Constitutional Democracy) », in I. B. Flores et K. E. Himma (ed.), *Law, Liberty and the Rule of Law, loc. cit.*, p. 84.

99. Cour suprême des États-Unis, *Obergefell v. Hodges*, 26 juin 2015, 576 U.S.

100. United States District Court for the Eastern District of Kentucky, *April Miller et al. vs. Kim Davis in her individual and official capacity as Rowan County Clerk*, 18 août 2015.

101. B. Wolfgang, « White House on Kim Davis, Kentucky clerk : No one is "above the rule of law" », *The Washington Times*, 3 septembre 2015, disponible à l'adresse : <http://www.washingtontimes.com/>, consulté le 3 décembre 2015.

ninth article of the Magna Charta »¹⁰². L'article 7 de la Constitution (devenu l'article 10 par la coordination opérée en 1994) dispose : « Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi [...] ». Cet article éradique tout privilège et soumet tous les citoyens à la loi sans distinction. L'article 10 interprété en combinaison avec l'article 11 de la Constitution par la Cour constitutionnelle forme la protection contre l'inégalité et la discrimination. Leur contrôle est opéré à l'aune du principe *ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*, caractéristique de la *rule of law*, qui dispose que les situations similaires doivent être traitées de la même manière¹⁰³.

c. Une Rule of Law internationale ?

À l'extrapolation, que penser de l'existence d'une éventuelle *International rule of law* comme l'application de la *rule of law* dans les relations entre États et autres sujets de droit international¹⁰⁴ ? Si, à l'origine, les règles de droit international pouvaient être raisonnablement attribuées à l'intérêt propre et exclusif de ses Hautes parties contractantes¹⁰⁵, elles se sont progressivement émancipées, à tel point qu'il n'est désormais plus si extravagant de se poser une telle question. C'est notamment la voie qu'a choisie Lord Bingham, *Senior Law Lord of Appeal (2000-2008)*, lorsqu'il étend la définition traditionnelle de la *rule of law* aux aspects de droit international, aspects alors quasi absents de la plupart des écrits sur le sujet depuis Dicey¹⁰⁶. Il convient de noter à cet égard que la réception tant de la *Magna Carta* que de la *rule of law* a fortement évolué en ce sens. Ces mythes sont désormais sortis de leur carcan britannique pour investir la sphère des droits étrangers mais aussi du droit international public.

102. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 123.

103. I. B. Flores, « Law, Liberty and the Rule of Law in Constitutional Democracy », in I. B. Flores et K. E. Himma (éd.), *Law, Liberty and the Rule of Law*, *loc. cit.*, p. 86.

104. T. Bingham, *The Rule of Law*, *op. cit.*, p. 111.

105. *Ibid.*, p. 114.

106. *Ibid.*, p. 110-129. Il convient de noter que cet aspect de la *rule of law* a pu soulever des objections de la part de commentateurs de Lord Bingham, *voir l'interview de l'intéressé*, disponible à l'adresse : <https://www.youtube.com/watch?v=XIMCCGD2TeM>, consulté le 3 décembre 2015.

Nombreux sont les textes internationaux, de la Déclaration universelle des droits de l'homme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en passant par le Traité sur l'Union européenne, qui, au sein de leurs textes fondateurs ou par le biais de la jurisprudence de leurs juridictions, mentionnent expressément une certaine *rule of law*, voire la *Magna Carta*, comme sous-bassement naturel de leur conception¹⁰⁷.

Le Conseil de sécurité des Nations Unies a fait assez tardivement référence à la *rule of law* dans plusieurs résolutions¹⁰⁸. Ce principe était pourtant déjà présent dès 1948 dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose – nous nous référons ici à dessein au texte de langue anglaise – : « Whereas (considérant que) it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to *rebellion against tyranny* and oppression, that human rights should be protected by the *rule of law* »¹⁰⁹.

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la première occurrence, à notre connaissance, de la *rule of law*, est l'arrêt Stauder du 12 novembre 1969, dans lequel cette notion a été déclarée comme l'un de ses fondements juridiques de ce qui était alors la Communauté économique européenne¹¹⁰. Ainsi, la Cour de Justice de l'Union européenne a estimé dans un arrêt *Parti écologiste « Les verts »* du 23 avril 1986 que « [T]he European Economic Community is a Community based on the rule of law »¹¹¹.

Enfin, dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, il n'est pas anodin que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 dispose en son préambule : « Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the *rule of law*, to take the first steps for the collective enforcement

107. T. Bingham, *The Rule of Law*, *op. cit.*, p. 6.

108. *Ibid.*, p. 117.

109. Texte intégral disponible à l'adresse : <http://www.un.org/>, c'est nous qui soulignons.

110. C.J.C.E., *Erich Stauder contre ville d'Ulm – Sozialamt (demande de décision préjudicielle, formée par le Verwaltungsgericht Stuttgart)*, 12 novembre 1969, 29/69, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/>.

111. C.J.C.E., *Parti écologiste « Les verts » contre Parlement européen*, 29/4/83, 23 avril 1986, point 23 (nous citons à dessein la traduction anglaise du texte, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/>).

of certain of the rights stated in the Universal Declaration »¹¹². En effet, il convient de noter, comme le relève Xavier Souvignet, l'influence alors considérable du représentant britannique lors de l'adoption de ce texte : Neil Mitchison¹¹³. Qui de plus fervent défenseur de la *rule of law* qu'un sujet de Sa Majesté, baigné dans la culture de la *Magna Carta*, regardée comme ce « *common heritage of political traditions* » mentionné dans le préambule ?

B. La conception substantielle de la *rule of law* : le droit face à l'extrême

Il est peu probable que Dicey ait, dans sa définition de la *rule of law*, voulu se limiter à une conception procédurale de celle-ci¹¹⁴. Si le Parlement anglais de la fin du XIX^e siècle avait adopté une loi condamnant à l'écartèlement tout citoyen britannique qui aurait insulté le Roi de « paltoquet », une telle disposition aurait bel et bien réussi les tests de prédictibilité, d'accessibilité et d'égalité tels que traités précédemment. Dicey n'aurait toutefois certainement pas pu concevoir qu'elle fût respectueuse de la *rule of law*. Cette dernière, on le voit, suppose plus qu'une simple addition de conditions procédurales diverses.

À cet égard, mettre en exergue l'influence de la *Magna Carta* dans le processus, lent, de création de la *rule of law* n'est pas qu'un exercice de style visant à réunir deux grandes notions juridiques sous la bannière d'un même exposé. Leur connexion est selon nous inévitable, précisément dans le cadre substantiel de la *rule of law*, et ce, afin de nuancer une des critiques que Jenning faisait de son aspect purement procédural¹¹⁵. Cette critique

virulente postulait que la *rule of law* aurait pu être applicable et appliquée indistinctement à toute société, tant démocratique que totalitaire¹¹⁶. Il convient en effet de noter que même les régimes les plus autoritaires se prévalent régulièrement de la *rule of law*¹¹⁷. Selon nous, une interprétation exagérée de cette règle ne peut mener à une telle solution. Si l'on aborde la *rule of law* comme déduite directement de la *Magna Carta* et de son contexte socio-historique, force est de constater que la *rule of law* ne se conçoit pas dans un régime tyrannique quel qu'il soit, la *Magna Carta* étant elle-même une incarnation textuelle de la contre-tyrannie.

Il convient de se demander en premier lieu quelle est la portée du mot « *law* », « droit », dans la notion de *rule of law*. Celui-ci doit être compris comme visant un droit « extérieur et supérieur au gouvernement des hommes »¹¹⁸. Ce droit est par ailleurs antérieur au gouvernement civil¹¹⁹. Lorsqu'on désire appréhender le concept de *rule of law* dans sa forme substantielle, il importe selon nous, à l'instar de John Rawls, de l'élucider dans un sens manifestement jusnaturaliste. La *rule of law* suppose en effet une certaine « priorité de la liberté » qu'elle est censée défendre¹²⁰. Cette liberté préexistait et conditionnerait tout droit positif qui aurait l'intention de respecter la *rule of law*. Cette dernière, en ce sens, est « a bridle for Leviathan »¹²¹, bride qui ne peut être appréhendée que dans une perspective jusnaturaliste. Charles S. Rhynne, lors d'une commémoration de la *Magna Carta* à Runnymede en 1957, déclarait à cet égard : « What do we mean by freedom under law ? We mean a great deal more, surely, than mere obedience to written laws. We mean acknowledgement of the fact that there are moral limitations on civil power »¹²².

112. Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 novembre 1950, disponible à l'adresse : <http://www.echr.coe.int/>.

113. X. Souvignet, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 34-38.

114. I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights, a critical introduction*, op. cit., p. 57.

115. Nous disons bien ici « une des critiques » car une grande partie de la critique de Jenning était de fustiger le caractère trop libéral de la conception diceyenne de la *rule of law*. Selon lui, une égalité pure des citoyens sous la loi ne prend pas en compte l'inégalité économique d'une société en pleine mutation industrielle. Cette critique, qui n'est pas sans rappeler l'« ère Lochner » de la première moitié du XX^e siècle devant la Cour suprême des États-Unis, ne sera pas abordée dans le cadre de cet article, par manque de place et de temps.

116. W. I. Jennings, *The Law of the Constitution*, op. cit., cité par P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom, A contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 69.

117. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, op. cit., p. 3.

118. X. Souvignet, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 10.

119. W. Burnett Harvey, « The Rule of Law in Historical Perspective », loc. cit., p. 497.

120. J. Rawls, *A theory of justice*, op. cit., p. 206.

121. W. Burnett Harvey, « The Rule of Law in Historical Perspective », *Michigan Law Review*, Vol. 59/4, 1961, p. 491.

122. C. S. Rhynne, *The Magna Carta Memorial Ceremonies : Runnymede*, 28 juillet 1957, A.B.A.J., 900, 905, cité par W. Burnett Harvey, « The Rule of Law in

C'est dans cette optique, caractéristique du droit naturel moderne influencé par John Locke, que Lord Bingham fait entrer dans sa définition de la *rule of law* le respect des droits fondamentaux¹²³. Ce type de juralisme postule en effet « qu'il existerait des droits fondamentaux, inaliénables et imprescriptibles » qu'aucune autorité ne pourrait défaire¹²⁴. La *rule of law* de Lord Bingham incarnerait dès lors parfaitement ce courant philosophique puisque, tant dans son sens procédural que substantiel, elle tendrait à cet objectif de maintien de la liberté du citoyen – disposant de droits imprescriptibles – face à l'autorité, toujours tyrannique en puissance. D'autres auteurs, tel Brian Z. Tamanaha, ont également adopté ce type de conception de la *rule of law*, en y intégrant par exemple, en plus de la condition du respect de droits fondamentaux, une « condition de démocratie »¹²⁵.

On retrouve de plus en plus cette idée dans l'ordre juridique belge. Ainsi, dans sa thèse de doctorat, Géraldine Rosoux met au jour une certaine « dématérialisation » des droits fondamentaux [...] résultat d'un raisonnement juridictionnel dans lequel le *fondement textuel* des droits fondamentaux voit son importance amoindrie, aboutissant à une conception dans laquelle les droits fondamentaux constituent une *substance en soi*, détachée des textes juridiques »¹²⁶. Dès lors, il importe non seulement à la société de respecter la prééminence du droit sur tout autre moyen d'exercice du pouvoir mais ce droit devra, pour respecter la *rule of law*, assurer substantiellement l'existence d'une liberté ou de libertés fondamentales qui préexistent à cette règle. La prééminence du droit se comprend alors comme la prééminence d'un *certain* droit, c'est-à-dire d'un certain *contenu* du droit. La Cour constitutionnelle, dont le rôle est d'analyser la conformité de textes législatifs à l'aune de certaines normes de référence, est en passe d'effectuer ce contrôle par rapport à des droits fondamentaux désormais non expressément attribués à sa compétence car « dématérialisés ». À l'avenir, les normes juridiques seront donc amenées à être appréciées selon leur conformité non seulement aux principes

Historical Perspective », *Michigan Law Review*, Vol. 59/4, 1961, p. 497, c'est nous qui soulignons.

123. T. Bingham, *The Rule of Law*, op. cit., p. 66 à 84.

124. N. Thirion, *Théories du droit*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 237.

125. B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, op. cit., p. 102-113.

126. G. Rosoux, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 910l.

procéduraux précités (légalité, prédictibilité, sécurité juridique, accessibilité) mais également à une « substance » non textuelle de droits humains, bref, à la *rule of law* de Lord Bingham ou de Brian Z. Tamanaha.

Ensuite, un autre élément, qui a fait l'objet d'un article de Brian H. Bix, peut également être mis en exergue concernant la *rule of law* dans une perspective juraliste assumée. Il s'agit de sa connexion avec la « formule de Radbruch ». Cette dernière, théorisée par son auteur dans les premières années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, faisait un rapprochement entre les mérites moraux d'une norme et sa validité juridique¹²⁷. Ayant remarqué les tensions entre la nécessité de sécurité juridique d'une part et celle de Justice d'autre part, face aux lois nazies qu'il fallait rétroactivement déclarer illégales, Radbruch a imaginé sa formule selon laquelle :

« The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as "flawed law", must yield to justice. Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely "flawed law", it lacks completely the *very nature of law*. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice »¹²⁸.

La position de Radbruch vient éclairer la *rule of law* sous un jour nouveau. Si la formule de l'auteur allemand paraît clairement inacceptable avec l'aspect procédural du concept étudié, il ne s'agit que d'une première lecture. On pourrait arguer au contraire que peuple s'attend raisonnablement à ce que l'ordre juridique soit uniformément juste et équitable¹²⁹. Partant, il en va du respect de la sécurité juridique – l'aspect donc de « légalité » de la *rule of law* – que des normes violant de manière intolérable le sentiment de justice soient écartés.

127. B. H. Bix, « Radbruch's Formula, Conceptual Analysis, and the Rule of Law », in : I. B. Flores et K. E. Himma (ed.), *Law, Liberty and the Rule of Law*, loc. cit., p. 65.

128. *Ibid.*, p. 66.

129. *Ibid.*, p. 69.

En conclusion, la *rule of law*, dans une certaine acception contemporaine, comprend deux aspects, l'un procédural et l'autre substantiel. Tant l'un que l'autre tendent vers un même objectif, prévenir l'arbitraire et par conséquent les extrémités d'un droit estimé injuste. De ce fait, la *rule of law*, influencée par la Grande Charte, se rappelle volontiers à l'expérience de 1215. La *Magna Carta*, née d'un excès démesuré de pouvoir de la part du Roi Jean sans Terre, dont l'ampleur des exactions n'avait d'égal que son imprévisibilité, vise précisément à ne plus jamais voir cette situation resurgir à l'avenir. C'est donc logiquement que certains interprètes de la *rule of law*, en exégètes vigilants, ont intégré à cette notion celles de légalité, d'égalité, mais aussi de droits fondamentaux, de démocratie, voire de justice.

* * *

Le règne du roi Jean, réputé « the cruellest and most tyrannical of English kings »¹³⁰, n'aura donc pas été vain. En Angleterre, il a contribué à poser les fondations d'un système constitutionnel original et unique. La *Magna Carta* est en effet à présent considérée comme « the nearest approach to an irreplaceable "fundamental statute" that England has ever had »¹³¹. Ailleurs dans le monde, la Grande Charte est désormais un texte dont la seule référence permet de légitimer un discours juridique dont il importe de ne pas sous-estimer les nombreuses influences en tous sens. Si la *Magna Carta* a assurément été un produit de son temps, ce parchemin devenu symbole continue inlassablement d'être cité par les juristes du monde entier¹³².

Quant à la *rule of law*, antithèse de l'exercice arbitraire du pouvoir¹³³, elle puise dans la *Magna Carta* des fondations solides. La *rule of law* et ses différents aspects ont profondément irrigué les ordres juridiques d'abord anglo-saxons, puis européens continentaux et enfin internationaux. Aux États-Unis,

130. J.-C. Holt, *Magna carta and medieval government*, Londres, Hambledon, 1985, p. 126.

131. F. Pollock & F. W. Maitland, *History of English Law*, Vol. I, p. 173 ; cité par A. W. Bradley, *op. cit.*, p. 13.

132. K. Worcester, « The Meaning and Legacy of the Magna Carta », *Political Science & Politics*, Vol. 43, No. 3, juillet 2010, p. 451.

133. C. T. Hamara, « The Concept of the Rule of Law », in : I. B. Flores et K. E. Himma (ed.), *Law, Liberty and the Rule of Law*, Heidelberg-Londres-New York, Springer (Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice), 2013, p. 16.

ce concept a à ce point pénétré l'ADN de la société qu'on peut même se demander si la *rule of law* est tirée de la Constitution de 1787 ou si cette dernière est l'émanation de cette notion¹³⁴. En Belgique, c'est par le biais de la légalité des incriminations et des peines, ainsi que par les principes de sécurité juridique et d'égalité et de non discrimination que le concept s'incarne. La Cour constitutionnelle se charge d'en assurer ensuite le respect.

La *Magna Carta* et la *rule of law*, outre l'influence de l'une sur l'autre, ont en commun leur succès fulgurant hors du carcan étroit du monde juridique. Elles ont brillamment fait leur entrée dans la culture populaire et l'on n'hésite plus, désormais, à fustiger telle ou telle situation que l'on estime injuste en brandissant fièrement l'un de ces deux symboles.

Enfin, la *rule of law*, dans le souvenir vivace de la *Magna Carta*, poursuit inlassablement son but de justice en se renouvelant sans cesse sous la plume d'innombrables auteurs. Ces derniers ont fait de cette notion un instrument en constante mutation, s'adaptant aux contingences historiques et qui, peu à peu, est passé d'un statut exclusivement procédural à un statut hybride, mêlant droit naturel et exigences techniques. En définitive, cette *rule of law*, vieille de huit siècles, est devenue un vrai outil contemporain.

134. R. Charlow, « America's Constitutional Rule of Law : Structure and Symbol », in : M. Sellers, et E. Tomaszewski, (ed.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Heidelberg-Londres-New York, Springer (Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice), 2010, p. 95.

Sous la direction de
Emmanuel Cartier et Jean-Pierre Machelon

**Le huitième centenaire
de la Magna Carta :
généalogie et filiation
d'un texte constitutionnel**

Actes du Colloque international
du 20 novembre 2015

À l'initiative de l'Association Française
de Droit Constitutionnel (AFDC)

mare & martin

Actes