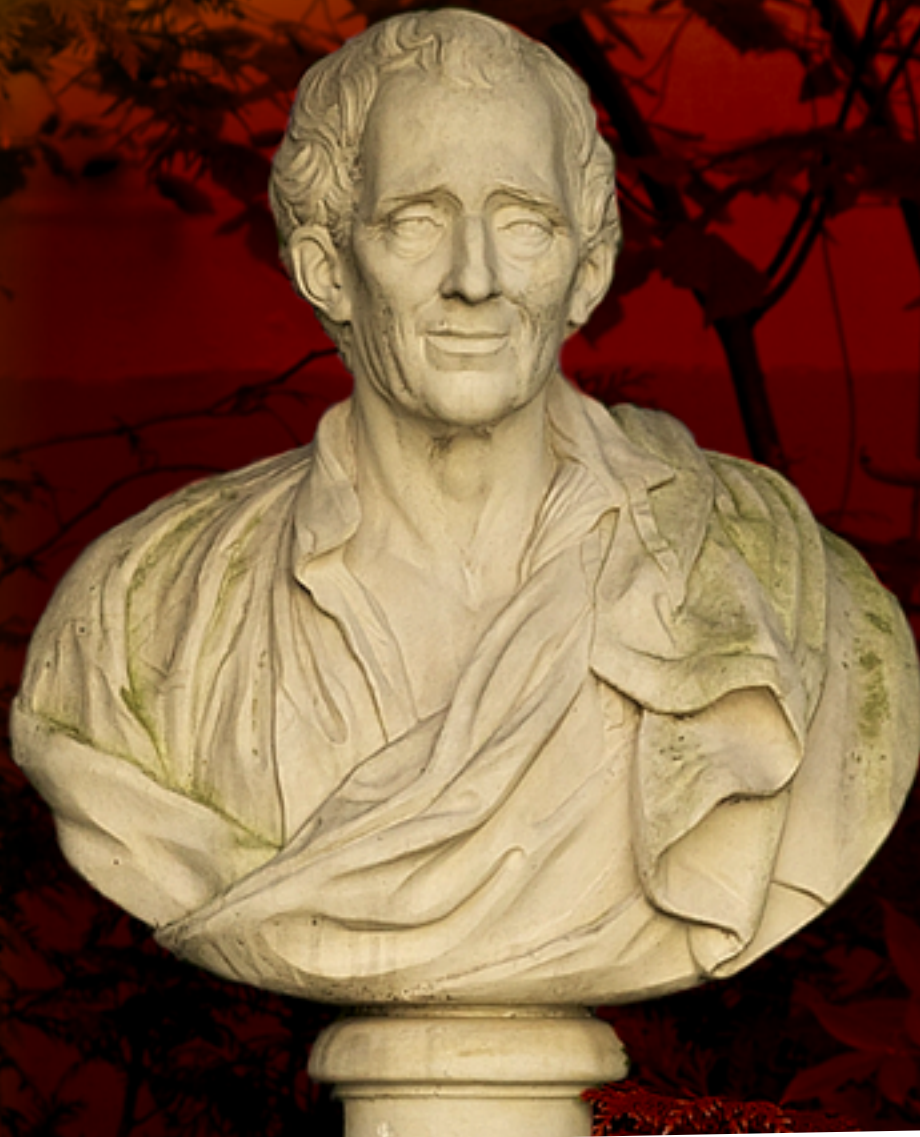


N°3 | Octobre
2015

Montesquieu Law Review

La « bouche de la loi » ? Figures du juge dans *L'Esprit des lois*

Céline Spector, Professeure au département de Philosophie
de l'Université Bordeaux Montaigne



Programme financé par l'ANR-
10-IDEX-03-02

FORUM
MONTESQUIEU
Faculté de droit et science politique

université
de **BORDEAUX**

Philosophie du droit

La « bouche de la loi » ? Figures du juge dans *L'Esprit des lois*

Céline Spector, Université Bordeaux Montaigne – SPH

« Les lois sont les yeux du prince ; il voit par elles ce qu'il ne pourrait pas voir sans elles. Veut-il faire la fonction des tribunaux ? Il travaille non pas pour lui, mais pour ses séducteurs contre lui » (*EL*, VI, 5).

Faut-il neutraliser le pouvoir des juges (1) ? La question n'est pas nouvelle : elle a été abordée par Montesquieu dès le milieu du XVIII^e siècle : l'auteur de *L'Esprit des lois* a soutenu que le juge devait être la simple « bouche de la loi ». La formule a fait mouche. Mais comment l'entendre au juste ? Montesquieu défend-il réellement une forme stricte de légicentrisme, associée à sa célèbre théorie de la distribution des pouvoirs (2) ? Considère-t-il le pouvoir d'interprétation du juge comme une source d'arbitraire et d'abus de pouvoir ?

Cet article entend montrer que la philosophie du droit, chez Montesquieu, demeure étroitement tributaire de la philosophie politique (3). Le rôle du juge varie en fonction des formes de gouvernement, et le despotisme sert de repoussoir afin d'identifier les formes non liberticides du pouvoir de juger. La réflexion sur l'attribution et la limitation du pouvoir de juger (I) ainsi que sur les modalités du jugement (II) ne peut être séparée de la critique de l'absolutisme. Si Montesquieu ne verse pas dans la satire comme le fera plus volontiers Voltaire, s'il efface entre le manuscrit et la version imprimée toute référence aux lettres de cachet (4), il ne faut pas minimiser sa critique de la montée en puissance de la justice royale. En tant qu'ancien magistrat, Conseiller à la Cour puis Président à mortier du Parlement de Bordeaux (1714–1726) où il a siégé onze ans au pénal à la Tournelle (5), Montesquieu a eu l'occasion d'observer de près les audiences et pratiques judiciaires de son temps, et d'analyser leurs effets sur la liberté des sujets. *L'Esprit des lois* propose ainsi une réflexion sur les conditions de la liberté politique, à laquelle l'analyse du pouvoir de juger demeure subordonnée.

L'indépendance du judiciaire et la question de l'équité**1) Le *Discours sur l'équité***

Après des études de droit à la Faculté de Bordeaux, Montesquieu part à Paris entre 1709 et 1713 afin de compléter son cursus. De cette époque date la compilation de ses notes en six cahiers, la *Collectio juris*, récemment éditée dans les *Œuvres complètes* (t. XI et XII). Ces volumes comprennent les notes sur le *Codex* et le *Digeste*, des résumés de procès auxquels Montesquieu avait assisté auprès de diverses juridictions parisiennes, ainsi que des extraits de coutumiers comme la Coutume de Bretagne (1694). Ce travail soutenu ne s'est sans doute pas fait sans un léger ennui, dont témoigne une note de l'abbé Guasco, l'un de ses proches, qui relève : « obligé par son père de passer toute la journée sur son Code, il s'en trouvait le soir si excédé, que pour s'amuser, il se mettait à composer une lettre persane, et que cela coulait de sa plume sans étude » (6). De cette époque date surtout un discours académique de rentrée au Parlement de Bordeaux à l'automne 1725, date à laquelle Montesquieu, souhaitant se consacrer à son œuvre après le succès fulgurant des *Lettres persanes*, prend sans doute la décision de vendre la charge léguée par son oncle et de retrouver sa liberté.

Ce *Discours sur l'équité qui doit régler les jugements et l'exécution des lois* témoigne d'une rhétorique particulière, puisqu'il s'agit d'un discours de rentrée du Parlement adressé aux magistrats, aux avocats et aux procureurs. Qu'on juge de l'éloquence ampoulée de la première phrase du discours : « Que celui d'entre nous qui a rendu les lois esclaves de l'iniquité de ses jugements périsse sur l'heure, qu'il trouve en tous les lieux la présence d'un Dieu vengeur, et les puissances célestes irritées ; qu'un feu sorte de dessous terre et dévore sa maison ; que sa postérité soit à jamais humiliée ; qu'il cherche son pain et ne le trouve jamais ; qu'il soit un exemple affreux de la justice du Ciel comme il en a été un de l'injustice de la terre » – écho d'un propos de l'empereur Constantin (7). Montesquieu n'hésite pas à employer les ressorts les plus éculés de l'hyperbole en qualifiant le juge dépourvu de la « vertu essentielle » de justice de « monstre dans la société » (8). Mais la suite nous intéresse davantage. Montesquieu y propose en effet ce qui s'apparente à un portrait idéal du juge, à la fois du point de vue de ses vertus intellectuelles et de ses vertus morales. Vertus intellectuelles d'abord : le juge doit être clairvoyant et éclairé, apte à déjouer les fourberies des avocats et la mauvaise foi des plaideurs ; il doit être suffisamment instruit, et s'appliquer sans relâche à l'étude, par les « sueurs » et les « veilles » ; il doit enfin être capable de rendre la justice avec promptitude, sans se faire prendre à l'écheveau des procédures. Qualités morales ensuite : aptitude à surmonter la tentation de la corruption, affabilité et humanité, impartialité. Montesquieu insiste beaucoup sur la nécessité que le devoir de neutralité ne se convertisse pas en rigueur et en froideur. L'aptitude du juge à entendre les plaintes est jugée essentielle : « Ainsi dans nos mœurs, il faut qu'un juge se conduise de manière envers ses parties, qu'il leur paraisse bien plutôt réservé que grave, et qu'il leur fasse voir la probité des Catons sans leur en montrer la rudesse et l'austérité » (9).

Ce tableau du juge idéal ne se retrouve nulle part ailleurs dans l'œuvre de Montesquieu. Il fait sans doute partie des attendus d'un discours de circonstances au Parlement. En revanche, l'esquisse de généalogie du rôle du juge présente dans le *Discours sur l'équité* trouvera un écho dans *L'Esprit des lois*. Dès 1725, Montesquieu favorise une approche historique des questions juridiques. Le rôle des magistrats varie en fonction de l'état du droit, qui est lui-même fonction de l'état des mœurs. Aussi Montesquieu oppose-t-il deux époques, celle des origines primitives de la monarchie, celles des temps civilisés : les premières sont les « mœurs sauvages » de peuples pasteurs qui n'avaient à régler que des différends relatifs au partage du butin, à la pâture ou au vol des bestiaux, ou de peuples guerriers qui usaient de moyens comme l'ordalie pour trancher leurs conflits : à cette époque, tout le monde pouvait être magistrat. La spécialisation de l'office du juge date de l'apparition de mœurs plus raffinées, qui sont celles de peuples agriculteurs et commerçants. Avec l'apparition de l'agriculture et du commerce, de formes foncières et mobilières de propriété, l'artifice et la fraude deviennent en effet plus fréquents. Comme le stipulera le livre XVIII de *L'Esprit des lois*, c'est donc pour remédier à ce nouvel état des choses que le droit a dû s'adapter et gagner en complexité (10). Dès le *Discours sur l'équité*, le processus de spécialisation de l'office judiciaire est ainsi magistralement esquissé : à l'issue de cette transformation des mœurs et de cette transformation du droit, « les magistratures n'ont plus été le partage que des citoyens éclairés » (11).

L'indépendance de l'autorité judiciaire

Dans la France d'Ancien Régime, où coexistent pays de droit écrit et pays de coutumes, pour partie codifiées et harmonisées avec les ordonnances royales et la jurisprudence des Parlements (12), il est généralement reconnu que le monarque interprète les lois. Le roi peut exercer sa puissance *ex plenitudine potestatis* en modifiant ou en rejetant un verdict, voire en déterminant

explicitement l'interprétation du droit. Néanmoins, en raison de la multiplicité des sources du droit, le pouvoir royal fut contraint de concéder aux juges un pouvoir important d'interpréter les lois (13).

Selon Jean-Louis Halpérin, cette conception mesurée de l'interprétation juridique s'exprime dans les dictionnaires de droit publiés en français au XVII^e et au XVIII^e siècle. On la trouve notamment chez Claude de Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, d'abord publié sous le titre *Introduction à la pratique* en 1684, puis sous forme de dictionnaire en 1734, 1740 et 1749. Professeur de droit romain et de droit français, Claude de Ferrière considère que l'interprétation des ordonnances royales est un pouvoir réservé au roi selon la maxime romaine : *Ejus est legem interpretari, cujus est legem condere*. Néanmoins, les Cours peuvent proposer une juste interprétation en étendant ou en restreignant les ordonnances selon la raison et l'équité. Selon Ferrière, « Équité est un juste tempérament de la loi, qui en adoucit la rigueur en considération de quelques circonstances particulières de fait. [...] Le juge peut donc pencher du côté le plus équitable et le plus approchant du droit de nature qui est appelé *summa ratio*. [...] Mais quand la loi est claire et certaine, qu'elle ne reçoit ni par rapport à sa décision, ni par rapport aux termes dans lesquels elle est conçue, aucune interprétation, le juge est dans l'obligation de la suivre ponctuellement. Comme il ne lui est pas permis de s'en écarter, au cas qu'il trouve trop injuste de la suivre, il doit avoir recours au Prince, pour savoir quel sens il veut qu'on lui donne » (14). Pour Ferrière, seuls les juges souverains peuvent parfois écarter leurs jugements de la rigueur de la loi, quoique sa décision soit claire et précise, « lorsque des justes raisons paraissent l'exiger » (15).

Dans ce contexte, Montesquieu refuse de prendre part à ces débats en tant que technicien du droit. Contrairement à Domat ou à d'Aguessau, il ne propose pas de théorie de l'interprétation juridique. Son point de vue est politique : celui qui se dit « écrivain politique » entend à la fois lutter sans concession contre l'absolutisme juridique et limiter autant que possible l'arbitraire des juges. Entre ces deux écueils, sa théorie de la *modération* tente de trouver un juste milieu.

L'Esprit des lois ne propose donc pas de théorie approfondie de l'équité. Alors que l'équité, prohibée en France par l'ordonnance civile de 1667, était invoquée par de nombreux parlementaires dans leur lutte contre l'absolutisme, Montesquieu ne choisit pas de privilégier cette voie. Il use du terme équité, le plus souvent, dans le sens général de « lois naturelles » qui précèdent le droit (16). Son combat contre l'arbitraire ne se traduit que marginalement par une réflexion sur l'arbitrage (17). Dans son œuvre, le concept d'*esprit des lois* se substitue à celui d'équité pour rendre compte de ce qui dépasse la lettre de la loi, soit de l'intention du législateur et de la convenance avec la politique et la culture, la géographie et l'histoire (18). Il est révélateur, à cet égard que le vulgarisateur de *L'Esprit des lois* dans *L'Encyclopédie* – le Chevalier de Jaucourt – définisse juridiquement l'équité dans l'article éponyme, mais ne se réfère *in fine* à Montesquieu que pour évoquer une formule convenue des *Lettres persanes* (83) sur le désir naturel de justice (19). Seul un fragment consigné dans le Dossier de *L'Esprit des lois* emploie le concept d'« équité » en relation avec une décision judiciaire. Concernant le droit prétorien, Montesquieu soutient que « Ce que la Loi aurait jugé dans sa rigueur, le préteur le jugea par des raisons d'équité. Là où la Loi refusait une action directe, le préteur donna une action qu'on appela utile. [...] Pendant que la Loi vous liait les mains, le préteur vous laissait souvent la liberté d'agir. Cela fit que les jurisconsultes exercèrent encore mieux leur art, mettant cette raison d'équité sans cesse aux prises avec la raison du droit » (20).

Le combat philosophique se situe donc ailleurs. Montesquieu accorde une attention nouvelle au pouvoir de juger, jusqu'ici largement négligé par les philosophes. Il pose d'abord la question de l'*attribution* du pouvoir de juger. Qui peut juger ? Dans quels gouvernements le souverain peut-il être juge ? *L'Esprit des lois* propose une réflexion différenciée selon la nature des régimes : le despotisme, qui concentre tous les pouvoirs, joue le rôle de repoussoir. Là où la même personne (fût-ce *via* ses sbires ou ses « bachas ») élabore les lois, les exécute et sanctionne leur infraction, les pires abus d'une justice expéditive et violente sont à craindre. En revanche, dans les États « modérés », qu'ils soient républicains ou monarchiques, il importe que le pouvoir de juger ne soit pas confondu avec les deux autres pouvoirs de l'État (législatif et exécutif). Dans les républiques, et en particulier dans les démocraties antiques, on veillera donc à limiter le pouvoir de juger du peuple en le soumettant à une instance extérieure apte à le censurer (ainsi de l'Aréopage à Athènes). Là où en vertu du tirage au sort, chaque citoyen peut être juge (21), il convient de prévoir une forme de « sénat » qui puisse contrôler les décisions du peuple, potentiellement mû par ses passions, manipulé par des démagogues ou des orateurs. Selon Montesquieu, le risque de partialité ou de corruption est tel en démocratie qu'il convient absolument de tempérer le pouvoir du peuple en matière judiciaire.

Or dans les monarchies modernes, la situation diffère du tout au tout. Montesquieu y approuve le système de justice patrimoniale, malgré l'incompétence qu'il suscite parfois : la vénalité des charges, à ses yeux, favorise l'autonomie statutaire à l'égard du prince (V, 19). Dans les monarchies, il ne s'agit plus d'éviter l'abus de pouvoir du peuple, mais celui du monarque. Dans ce régime, on évitera donc surtout de confier au prince le pouvoir de juger – sans quoi le même individu serait à la fois juge et partie. Les prétentions absolutistes au monopole de la justice sont radicalement contraires à la liberté, et feraient basculer la monarchie dans le pire despotisme :

Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution serait détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis : on verrait cesser toutes les formalités des jugements ; la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verrait la pâleur sur tous les visages ; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie.

Voici d'autres réflexions. Dans les États monarchiques, le prince est la partie qui poursuit les accusés et les fait punir ou absoudre ; s'il jugeait lui-même, il serait le juge et la partie. Dans ces mêmes États, le prince a souvent les confiscations : s'il jugeait les crimes, il serait encore le juge et la partie. De plus, il perdrait le plus bel attribut de sa souveraineté, qui est celui de faire grâce. Il serait insensé qu'il fit et défit ses jugements : il ne voudrait pas être en contradiction avec lui-même (VI, 5).

Contre Cardin le Bret ou Bodin (22), Montesquieu récuse ainsi la prétention du roi à juger en personne, de même qu'il s'oppose à l'extension indéfinie des cas royaux, que l'Ordonnance criminelle de 1670 ne balise pas suffisamment (23). Pour Cardin Le Bret, la monarchie de droit divin impose de réserver la justice au monarque :

Quand les peuples jouissoient de la puissance souveraine, c'estoit eux seulement qui avoient dans leur République l'autorité de faire les loix. Mais depuis que Dieu a établi les Roys sur eux, ils ont été privez de ce droit de souveraineté, et l'on n'a plus observé pour loix que les Commandements et les Edits des Princes [...] puisque les Rois ont été instituez de Dieu pour rendre la justice à tout

le monde [...]. En toutes ces rencontres, il n'y a point de doute que les Rois peuvent user de leur puissance et changer les Loix et les Ordonnances anciennes de leurs États, ce qui ne s'entend pas seulement des Loix générales, mais aussi des Loix municipales, et des Coutûmes particulières des Provinces. [...] Il n'appartient aussi qu'aux Princes d'expliquer le sens des Loix, et de leur donner telle interprétation qu'ils veulent [...] la Souveraineté n'est non plus divisible que le point en la Géométrie (24).

Montesquieu congédie cette mystification associée à la théorie de la souveraineté absolue : le prince n'est pas la loi vivante ; il n'est pas l'incarnation de la justice ni le détenteur de la juridiction suprême ; il n'est pas juge en équité au-dessus des lois. Quant aux justices seigneuriales, elles sont parfaitement fondées, comme en témoigne l'analyse de la féodalité comprise dans les livres historiques finaux de *L'Esprit des lois* (25). Selon Montesquieu, le droit de justice étant inhérent au fief, les juridictions seigneuriales dérivent d'un enracinement territorial (XXX, 20). Dans la querelle sur les origines de la monarchie française, l'auteur de *L'Esprit des lois* demeure plus proche de la *thèse aristocratique* Boulainvilliers que de la *thèse royale* de Dubos. Là où l'abbé Dubos présentait l'appropriation du pouvoir de juger par les seigneurs comme une scandaleuse usurpation, Montesquieu considère que la justice seigneuriale fut d'emblée un droit lucratif inhérent au fief, dérivant du « premier établissement » et non de sa corruption (XXX, 22).

La réflexion sur la Constitution d'Angleterre permet de mieux cerner cette contestation des théories absolutistes de la souveraineté. Pour Montesquieu, seule la distribution des pouvoirs peut en effet garantir la liberté politique entendue comme *opinion que l'on a de sa sûreté*. Le raisonnement est simple : la liberté politique ne peut être assurée que si les citoyens ne craignent ni les autres citoyens, ni l'État. Ainsi n'y a-t-il pas de liberté lorsque le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont remis à la même personne ou au même corps, qui peut faire des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Dans les gouvernements despotiques, la dépendance des magistrats, soumis à la faveur du prince, produit le règne de la terreur ; dans ce cas, l'autorité du moindre magistrat est aussi peu limitée que celle du despote. Là où la loi n'est que la volonté du prince, le magistrat ne peut suivre une volonté qu'il ne connaît pas ; il doit donc suivre la sienne. L'arbitraire du droit conduit à l'arbitraire du juge, et à la promptitude de décisions sans raisons : « la loi étant la volonté momentanée du prince, il est nécessaire que ceux qui veulent pour lui, veuillent subitement comme lui » (V, 16). Il en va de même dans certaines républiques où le peuple cumule les pouvoirs. Dans les républiques italiennes du XVIII^e siècle qui donnent au peuple en corps à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, le même corps de magistrature peut ravager l'État par ses « volontés générales » et détruire chaque citoyen par ses volontés particulières (XI, 6).

Montesquieu livre ainsi les conditions d'une justice régulière et impartiale, délivrée du spectre de la vengeance. L'indépendance du pouvoir judiciaire est l'une des conditions essentielles de la liberté politique. Il n'y a pas de liberté « si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice : si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et sur la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur » (XI, 6). La modération de certains gouvernements européens tient à ce que les monarques y concentrent les deux pouvoirs, législatif et exécutif, mais laissent théoriquement aux sujets le pouvoir de juger. La tendance centralisatrice (l'abolition des juridictions seigneuriales et ecclésiastiques) doit y être arrêtée, sous peine de mettre en péril les « corps intermédiaires » (Parlements, pouvoirs provinciaux et

municipaux), et donc la nature même de la monarchie : « Les jugements rendus par le prince seraient une source intarissable d'injustices et d'abus ; les courtisans extorqueraient, par leur importunité, ses jugements. Quelques empereurs romains eurent la fureur de juger ; nuls règnes n'étonnèrent plus l'univers par leurs injustices » (VI, 5). Dans le manuscrit de *L'Esprit des lois*, Montesquieu avait d'abord écrit que les courtisans sont capables d'extorquer les jugements du prince « comme ils extorquent des grâces », avant de se raviser et de biffer la formule provocatrice dans une ultime relecture avant impression (26). Pas plus que le prince, ses ministres ou ses intendants ne doivent assumer l'office du juge : la cupidité, l'ambition et la calomnie risqueraient de conduire aux pires abus ; les passions avivées du Conseil du prince pourraient mener à la partialité, là où la judicature ne s'exerce à bon escient que de sang-froid (VI, 6).

Cette critique du pouvoir juridictionnel du Conseil du roi révèle la posture de Montesquieu, avocat des droits du Parlement ou des justices seigneuriales : selon A. Lebigre, le Conseil du roi, composé de conseillers d'Etat et de maîtres des requêtes, jouissait en effet d'une réputation d'impartialité souvent déniée aux juridictions ordinaires (27). Le Conseil pouvait notamment départager les litiges entre Cours souveraines s'estimant compétentes ; il pouvait alors « évoquer » à lui la cause, la retirant de la Cour normalement compétente pour la juger sur le fond. Le Conseil du roi faisait également office de dernière voie de recours en matière de procédure – le Chancelier décidant seul de la recevabilité du recours. Comme le rapporte encore A. Lebigre, le recours au Conseil était d'autant plus facilement obtenu que le requérant bénéficiait de hautes relations à la Cour ou dans les ministères : d'où l'ambiguïté de cette justice « retenue », par opposition à la justice déléguée, honnie des Parlements, « en équilibre instable entre le droit et l'arbitraire » (28). En accord avec l'idéologie parlementaire, Montesquieu récuse donc l'emprise de cette institution comme de toutes celles qui témoignent de l'appropriation royale du monopole du pouvoir de juger : dans la monarchie, la « partie publique » permet de veiller aux intérêts des citoyens sans impliquer directement le prince – pratique des *procureurs du roi* que l'auteur de *L'Esprit des lois* juge « admirable » (VI, 7).

Enfin, Montesquieu entend défendre l'indépendance du judiciaire. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'éloge de la « Constitution » (29) d'Angleterre où le système du *jury* permet de ne pas instituer une justice professionnelle et permanente : « de cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature et non pas les magistrats » (XI, 6). Le système du jury, en vertu duquel des personnes tirées du corps du peuple ne siègent que durant un temps donné, évite les maux d'une justice de corps. Il présente en outre l'avantage de donner tous ses droits à la défense qui peut récuser les juges dont elle redoute la partialité. Enfin, il doit être tel que les jurés soient de la condition de l'accusé, afin que celui-ci ne puisse penser qu'il est tombé entre les mains de « gens portés à lui faire violence ». La liberté est à ce prix.

3) Le juge, « bouche de la loi » ?

Cependant, la défense de la liberté politique ne suppose pas seulement des conditions portant sur l'attribution du pouvoir de juger ; encore faut-il que ce pouvoir s'exerce de manière modérée. Afin d'éviter que la liberté politique soit mise en péril, les juges ne doivent être, selon Montesquieu, « que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (EL, XI, 6).

Comment interpréter cette célèbre formule, qui associe l'idée d'un juge automate à celle du juge « bouche de la loi » (30) ? Faut-il en conclure que Montesquieu, pourtant favorable à la douceur des peines, au point de juger de la liberté du citoyen par ce critère (31), ne soit pas favorable à l'arbitraire des juges, qui permettait pourtant dans l'Ancien Régime d'adoucir la rigueur du droit grâce aux circonstances atténuantes (32) ? Doit-on comprendre que le magistrat de la Tournelle, quoique partisan de la diminution des peines et prompt à vouloir modérer les supplices, ait désiré amoindrir la marge de manœuvre des juges ?

Afin de répondre à ces questions délicates, il convient de souligner que la théorie du juge « bouche de la loi » s'applique au seul cas anglais. Comme l'a récemment montré Till Hanish, Montesquieu fait en effet référence à des débats précis du siècle précédent lorsqu'il qualifie les juges de Common Law. Il reprend à son compte l'expression cicéronienne « *magistratus est lex loquens* », également passée dans le *Corpus iuris civilis* où l'expression désignait un attribut impérial (*Imperator est lex animata in terris*, Nov. 105.2.4) (33). Depuis le XVII^e siècle, les partisans de la prérogative royale de dire et d'interpréter le droit s'opposaient aux thuriféraires du pouvoir parlementaire. T. Hanish rappelle ainsi que, dans le contexte de crise de l'absolutisme sous le règne des Stuarts, Jacques I^{er} fondait sa supériorité juridictionnelle face au Parlement et aux hautes Cours de justice en affirmant que le roi est supérieur à la loi et qu'il est, en tant que *lex loquens*, juge suprême. En s'appuyant sur Cicéron, le monarque affirmait qu'il lui appartient – et non au Parlement – d'interpréter ou encore de modérer la loi lorsque celle-ci est équivoque ou trop rigoureuse. Dans son discours devant la Chambre étoilée (*Star Chamber*) du 20 juin 1616, Jacques I^{er} déclarait que le roi dit le droit et que la fonction des juges se limite à l'interpréter : « *the King that sits in Gods Throne, onely deutes subalterne Judges, and he deutes not one but a number (for no one subalterne Judges mouth makes Law) and their office is to interpret Law, and administer Justice* » (34).

Or l'issue du conflit constitutionnel anglais fut défavorable à la prétention royale. Dans son chapitre canonique sur la Constitution d'Angleterre, Montesquieu suit donc l'interprétation établissant la juridiction suprême de la Chambre des Lords. Le texte de *L'Esprit des lois* doit être cité dans son intégralité, sans isoler la phrase concernant le rôle du juge :

Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle (XI, 6).

L'expression « comme nous avons dit » renvoie en l'occurrence à un passage du même chapitre : « Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte ». Selon T. Hanish, Montesquieu traite donc dans le passage invoquant le juge « bouche de la loi » des rares cas d'exception justifiés par l'intérêt de celui qui est jugé, dans lesquels la Chambre des Lords doit assumer des compétences judiciaires. Montesquieu n'évoque pas la compétence de la Cour de la Chancellerie (considérée comme Cour suprême du monarque) alors qu'il était conscient de son rôle, comme en témoigne l'une de ses *Pensées* : « Remarquez que la Chambre des Pairs a

une juridiction pour modérer la Loi, comme la Cour de Chancellerie. Mais elle n'a de juridiction que par les appels qui lui sont portés de la Cour de Chancellerie, dont les jugements sont exécutés s'il n'y a point d'appel » (*Pensées*, n° 1645).

A ce titre, la comparaison avec le Chevalier de Jaucourt est ici encore éclairante. En lisant la défense par Jaucourt de la prérogative royale, on comprend mieux, *a contrario*, pourquoi Montesquieu ne s'étend pas sur la juridiction en équité que constitue la Cour de la Chancellerie :

On confond quelquefois l'équité avec la justice ; mais cette dernière paroît plutôt désignée pour récompenser ou punir, conformément à quelques lois ou règles établies, que conformément aux circonstances variables d'une action. C'est par cette raison que les Anglois ont une cour de chancellerie ou d'équité, pour tempérer la sévérité de la lettre de la loi, & pour envisager l'affaire qui y est portée, uniquement par la règle de l'équité & de la conscience. Cette cour de chancellerie est un des beaux établissemens qu'il y ait en Angleterre, & des plus dignes d'être imité par les nations civilisées. En effet, l'intérêt d'un souverain & son amour pour ses peuples, qui l'engage à prendre garde qu'il ne se fasse rien dans son empire de contraire au bien commun, demande aussi qu'il redresse, qu'il rectifie, & qu'il corrige ce qui peut avoir été fait de tel. *Ainsi l'équité, prise dans ce sens particulier, est une volonté du prince, disposée par les règles de la prudence à corriger ce qui se trouve dans une loi de son état, ou dans un jugement civil de la magistrature établie par ses ordres, quand les choses y ont été réglées autrement que la vûe du bien commun ne le demanderoit dans les circonstances proposées*; car il arrive souvent que la loi se servant d'expressions générales, ou la foiblesse de l'esprit humain étant telle qu'elle empêche les législateurs de prévoir tous les cas possibles, les chefs de l'état s'éloignent du but auquel ils tendoient sincèrement (35).

A la différence de Jaucourt, Montesquieu ne retient que deux caractéristiques du système judiciaire anglais. D'une part, ce sont les juges de Common Law et non le roi qui sont *lex loquens*, et ont compétence judiciaire – ce qui contribue de manière décisive à assurer la liberté des sujets. D'autre part, les juges ne sont cependant que la « bouche de la loi » et ne peuvent exprimer une « opinion particulière » qui surpasserait le jugement de droit. Enfin, les juges sont bien *lex loquens*, mais non *lex animata* : « en leur qualité de juges, ils ne sont animés que par la loi. Ils ne sont alors pas détachés de la loi, *legibus solutus* ou, en d'autres termes, *supra legem*. Comparée au juge qui se fonde sur la raison naturelle pour juger en équité, la marge d'arbitraire, au sens neutre, du juge anglais est, aux yeux de Montesquieu, considérablement réduite » (36). Proche d'une forme républicaine de gouvernement, l'Angleterre lie le juge au précédent. Montesquieu ne souhaitait pas, selon T. Hanish, accorder au juge le pouvoir de juger en conscience en s'appuyant sur la raison naturelle, car c'est sur celle-ci que se fondait la prérogative royale de juger. Dans les cas d'exception et lorsque les tribunaux ordinaires ne sont pas adéquats, il revient à la Chambre des Lords de juger – la noblesse se trouvant *ipso facto* protégée, car jugée par ses pairs (37).

Cette interprétation récente est confortée par la lecture de l'édition critique des manuscrits de l'ouvrage. La fin du chapitre VI, 3 stipulait initialement, avant suppression de l'auteur : « En Angleterre l'on suit en cela l'esprit du gouvernement républicain. Le juge rapporte aux jurés qui sont les pairs de l'accusé le fait du procès. Il leur représente le texte de la loi ; c'est une affaire d'organes, et c'est comme s'il leur disait : vous avez des yeux, voyez la loi, vous avez des oreilles écoutez les témoins, ce que vous entendez est-il le cas de la loi que vous voyez ? ». Et en note : « De même à Rome les juges prononçaient seulement que l'accusé était coupable d'un certain

crime et la peine se trouvait dans la loi » (38). Cette découverte permet d'établir l'interprétation de la fameuse « bouche de la loi » : comme à Rome, il s'agit en Angleterre, pour le magistrat, de percevoir et non de juger au sens fort du terme. Que Montesquieu ait supprimé ce passage par prudence et crainte de la censure est probable : le « modèle anglais » pourrait faire de l'ombre à la monarchie française.

II. Une théorie pluraliste du droit

Pour autant, la théorie du juge « bouche de la loi » n'est pas appelée à être universalisée. L'Angleterre est un régime à part, qui échappe à la typologie des gouvernements ; « république qui se cache sous la forme de la monarchie » (V, 19), elle ne peut purement et simplement donner l'exemple aux autres régimes. Dans *L'Esprit des lois*, le droit varie en fonction de la nature du gouvernement – les lois civiles variant en fonction des lois politiques. De ce fait, la république et la monarchie ne doivent pas suivre les mêmes règles dans l'organisation et l'attribution des pouvoirs.

L'Esprit des lois consacre un livre entier – le livre VI – aux « Conséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements et l'établissement des peines » (39). La question du rôle du juge et de la manière de juger ne peut recevoir une réponse universelle, comme dans les théories de la souveraineté (chez Hobbes ou Pufendorf notamment). Pour Montesquieu, la « manière de juger » se conçoit de manière différenciée, selon la convenance aux formes de gouvernement. Alors que la manière de juger est extrêmement variable dans les États despotiques, où en l'absence de loi fixe et stable le juge fait la loi, elle est fixe et rigide dans les États républicains : « plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe » (VI, 3). Dans le gouvernement où le peuple est souverain, la nature de la constitution impose que les juges suivent la lettre de la loi : cela tient au cas extrême que l'on fait de chaque citoyen ; nul ne doit pouvoir interpréter une loi contre un citoyen. C'est pourquoi, dans la Rome républicaine comme en Angleterre, les juges ou les jurés qui se prononcent sur les faits ne décident pas de la peine, qui a été prévue par la loi : « pour cela, il ne faut que des yeux » (VI, 3). Il n'incombe pas aux juges de présumer quoi que ce soit, car « [l]orsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires ; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe » (XXIX, 16). Corrélativement, la république ne peut espérer que le peuple soit bon juge dans les cas complexes : « le peuple n'est pas jurisconsulte ; toutes ces modifications et tempéraments des arbitres ne sont pas pour lui ; il faut lui présenter un seul objet, un fait, et un seul fait, et qu'il n'ait qu'à voir s'il doit condamner, absoudre, ou remettre le jugement » (VI, 3).

Entre la variabilité des États despotiques et la rigidité des États républicains, la monarchie apparaît dès lors comme un moyen terme. Les tribunaux doivent y garantir la vie, la liberté, l'honneur et la propriété des sujets :

Le gouvernement monarchique ne comporte pas des lois aussi simples que le despotique. Il y faut des tribunaux. Ces tribunaux donnent des décisions. Elles doivent être conservées ; elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution même de l'État.

Dans une monarchie, l'administration d'une justice qui ne décide pas seulement de la vie et des biens, mais aussi de l'honneur, demande des recherches scrupuleuses. La délicatesse du juge

augmente à mesure qu'il a un plus grand dépôt, et qu'il prononce sur de plus grands intérêts (VI, 1).

Montesquieu récuse ainsi l'uniformité et la simplicité abusives du despotisme, qu'il impute à une négligence plutôt qu'à une rationalité supérieure. Dans les monarchies, la diversité des statuts des personnes et des biens entraîne une complexité redoutable du droit (chaque sorte de bien étant soumis à des règles particulières, les personnes pouvant se présenter devant des tribunaux différents qui les jugent selon des règles distinctes en fonction de leur condition). La mosaïque des justices héritées du système féodal, tout comme la multiplicité des coutumes, remettent en cause, selon Montesquieu, les tentatives de codification ou d'homogénéisation du droit (40). La défense des privilèges justifie cette complexité, que Voltaire raillait au contraire. Dans les monarchies, juger est donc un art : « il ne faut pas être étonné de trouver dans les lois de ces États tant de règles, de restrictions, d'extensions, qui multiplient les cas particuliers, et semblent faire un art de la raison même » (VI, 1).

Montesquieu s'oppose ainsi à l'uniformisation du droit, où il lit la possibilité d'une tendance despotique de la monarchie française. Non seulement l'auteur de *L'Esprit des lois* refuse de voir à l'instar de Fleury ou Domat le droit romain utilisé comme modèle ou dénominateur commun (41), mais il refuse tout autant l'uniformisation des coutumes et l'invention d'un droit commun coutumier à partir de la coutume de Paris. Car la mosaïque des ressorts coutumiers et les disparités de la jurisprudence qui horripilent tant juristes et philosophes (comme Condorcet) est valorisée ici au nom d'une certaine conception de la liberté politique. Montesquieu se déclare hostile aux « idées d'uniformité » qui témoignent à la fois d'une fausse perfection et d'un vrai danger de centralisation despotique. La diversité et la complexité apparaissent comme des remparts à l'absolutisme dès lors que l'uniformité et la simplicité sont conçues comme instruments privilégiés de l'arbitraire. *L'Esprit des lois* refuse donc une certaine conception de la codification (simplification, unification) : le code ne saurait désigner à ses yeux un document unique rassemblant toutes les règles de droit en vigueur dans un même royaume, mais seulement les coutumes particulières, dont la rédaction, jugée « raisonnable » (XXVIII, 44), sanctionne à la fois la généralisation, l'authentification et le morcellement du droit. La préservation de la liberté suppose de contrer le projet mis en œuvre par la monarchie, que ce soit sous la houlette du Président Lamoignon qui tente de faire de la Coutume de Paris unifiée le droit commun du royaume ou dans le cadre des grandes ordonnances du Chevalier d'Aguesseau (42).

Si dans un gouvernement républicain bien constitué, les lois doivent être simples et précises, il en va donc autrement dans les monarchies, où le droit s'adapte à la diversité et à l'inégalité de la structure sociale ; les différents ordres ne relèvent pas des mêmes juridictions. Dans chaque cas de figure, la délibération collégiale est requise : « les juges [y] prennent la manière des arbitres ; ils délibèrent ensemble, ils se communiquent leurs pensées, ils se concilient ; on modifie son avis pour le rendre conforme à celui d'un autre » (*EL*, VI, 4). Le système judiciaire moderne suppose un corps professionnel de magistrats et permet la délibération. Surtout, cette délibération suppose des compétences spécifiques et une bonne connaissance de la jurisprudence, que seuls les rois, dans l'histoire de France, ont su développer (43). En monarchie, les magistrats ne peuvent en effet se contenter de suivre la lettre de la loi ; ils doivent en dégager l'*esprit* (44).

Certes, Montesquieu est conscient du risque associé à l'extension de la jurisprudence, notamment recueillie dans les *Arrêts* des Parlements. Mais les contradictions et les abus, en la matière, ne

doivent pas être montés en épingle pour justifier la codification abstraite ou la diminution du pouvoir des juges : « C'est un mal nécessaire, que le législateur corrige de temps en temps, comme contraire même à l'esprit des gouvernements modérés » (VI, 1). De la même façon, Montesquieu est conscient des lenteurs et des imperfections du système judiciaire français, mais il refuse là encore de remédier aux abus en supprimant leur cause. Il serait peu avisé d'arguer des lenteurs des procès, en matière civile ou pénale, pour réserver la justice au monarque. Ainsi doit-on défendre les formalités de justice : absentes des États despotiques où l'on ne fait aucun cas de la sûreté ou de l'honneur des citoyens, ces procédures sont en monarchie le « prix de la liberté » (VI, 2).

III. Un exemple : la question du crime de lèse-majesté dans *L'Esprit des lois*

L'Esprit des lois ne saurait donc être interprété comme une critique indiscriminée du pouvoir de juger. Dans le contexte monarchique, la critique du pouvoir *royal* de juger, lisible en filigrane, fait surface en plusieurs lieux stratégiques de l'œuvre. L'un des rares passages explicitement consacré à l'abus de pouvoir du monarque dans l'histoire de France en dit long :

Lorsque Louis XIII voulut être juge dans le procès du duc de La Valette, et qu'il appela pour cela dans son cabinet quelques officiers du parlement et quelques conseillers d'État, le roi les ayant forcés sur le décret de prise de corps, le président de Bellièvre dit: « Qu'il voyait dans cette affaire une chose étrange, un prince opiner au procès d'un de ses sujets; que les rois ne s'étaient réservé que les grâces, et qu'ils renvoyaient les condamnations vers leurs officiers. Et Votre Majesté voudrait bien voir sur la sellette un homme devant Elle, qui, par son jugement, irait dans une heure à la mort! Que la face du prince, qui porte les grâces, ne peut soutenir cela; que sa vue seule levait les interdits des églises; qu'on ne devait sortir que content de devant le prince. » Lorsqu'on jugea le fond, le même président dit dans son avis: « Cela est un jugement sans exemple, voire contre tous les exemples du passé jusqu'à huy, qu'un roi de France ait condamné en qualité de juge, par son avis, un gentilhomme à mort » (VI, 5).

Le Procès du Duc de La Valette révèle les dangers de l'arbitraire royal. Le procès Fouquet en fournirait un autre exemple, puisque le Parlement de Paris comportant trop d'obligés du surintendant, se vit dépossédé au profit d'une Cour sur mesure dévouée à Colbert, son pire ennemi. Montesquieu stigmatise l'injustice de telles procédures : instruction exclusivement à charge, pressions constantes exercées sur les magistrats, aggravation finale (exceptionnelle) de la sentence par le roi. *L'Esprit des lois* cite également le cas, sous Richelieu, du jugement intempestif et de la condamnation à mort du favori de Louis XIII, M. de Cinq-Mars, sous couvert du crime de lèse-majesté : les désirs du Cardinal furent ici des ordres (XII, 8). Dans tous ces cas, la pseudo-justice associée au crime de lèse-majesté sert l'arbitraire et la raison d'État : « C'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague, pour que le gouvernement dégénère en despotisme » (XII, 7).

Pour Montesquieu, la pratique consistant à juger en commissions extraordinaires est liberticide et attentatoire aux droits de la noblesse. L'attribution aux « commissaires » du pouvoir de juger en dérogeant aux règles de droit commun, en réduisant les délais de comparution, en allongeant les délais de prescription, voire en usant de divers moyens de coercition, contrevient à l'esprit de la monarchie et risque, à n'en pas douter, de mettre la noblesse sous la coupe du prince. Depuis la Fronde, les cas de crime de lèse-majesté ont en effet été le fer de lance de la justice royale. Les légistes du Conseil du roi ont insisté sur la nécessité, au nom du « commun profit », de réduire les conflits de compétence entre juridictions et de faire prévaloir le juge royal sur le juge seigneurial.

Il leur paraît exclu de laisser à la justice municipale, seigneuriale ou ecclésiastique la répression de crimes qui portent atteinte aux droits du roi : lèse-majesté, faux-monnayage, port d'armes prohibé, banditisme de grand chemin... Ces « cas royaux » n'ont cessé de prendre de l'ampleur. À partir des années 1630, les juridictions extraordinaires ont par ailleurs permis d'évincer le corps régulier des juges royaux. Les peines prévoyaient la confiscation des vies, des honneurs, des titres et des biens, sans qu'elles puissent être modérées par les juges. La question de la lèse-majesté est donc décisive dans l'équilibre des pouvoirs monarchiques. Elle est longuement abordée au livre XII de *L'Esprit des lois* – livre qui a connu les remaniements les plus intenses (45).

L'office du juge est donc défini dans le contexte d'un combat contre l'abus de pouvoir monarchique. Pour Montesquieu, le seul but des peines étant de rétablir l'ordre civil et non de venger Dieu ou le monarque en leur majesté, les lois doivent accorder leur « confiance » aux hommes et protéger la présomption d'innocence (XII, 4). Dans *L'Esprit des lois*, « Il faut défendre la société » se substitue à « il faut défendre la majesté ».

La postérité de Montesquieu est immense. Le légicentrisme révolutionnaire s'est en effet inspiré de la défiance répandue à l'égard des juges d'Ancien Régime (46). Dans un État républicain, où les lois sont élaborées par les représentants du peuple, le rôle interprétatif du juge doit être réduit au minimum : il ne doit être qu'un instrument au service du droit. Pour Beccaria déjà, le juge, symbole d'arbitraire, doit céder la place au pouvoir absolu de la loi. L'exercice de la justice suppose l'effacement du juge, qui ne doit servir qu'à prononcer les paroles de la loi, expression de la volonté générale. Toute intervention du juge risque d'être interprétée comme irruption d'un intérêt particulier ou d'une subjectivité arbitraire. Le juge doit se contenter de former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion l'acquittement ou la condamnation. Selon l'auteur des *Délits et des peines*, rien n'est donc plus dangereux que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi. Cette maxime serait la porte ouverte aux préjugés et à la contingence des points de vue.

Peu après la Révolution, le Tribun et homme de lettres bordelais Jacques Joseph Garat semble soutenir une position analogue au moment des débats autour du Titre préliminaire du Code Civil. Dans son discours du 10 frimaire an X (10 décembre 1801), « Maillia-Garat » conteste la légitimité de l'interprétation de la loi. L'arbitre du juge est synonyme d'arbitraire, au sens d'abus :

Dans une république, tribuns, dans la République française surtout, la simplicité et l'uniformité des lois sont une conséquence nécessaire de l'égalité absolue qui fait la base de la constitution. [...] L'interprétation des lois, le droit de suppléer à leur insuffisance ou à leur silence, ne pourraient que troubler les déterminations de la loi, et ébranler ses garanties. [...] L'usage d'une mauvaise loi est funeste sans doute ; mais l'interprétation peut faire un usage désastreux de la meilleure loi ; et quel abus peut se comparer à ce seul effet de l'interprétation des lois, qui est de faire vivre au milieu de la société, comme si elle était sans loi [...] c'est l'arbitraire sous les formes de la loi, et l'anarchie sous les apparences de l'ordre (47).

Or c'est en citant Montesquieu que Maillia-Garat (ou Garat-Maillia) arrive à la conclusion suivante : le juge ne doit être que la bouche qui prononce les paroles de la loi. Le tribun fonde son argument sur le passage de *L'Esprit des lois* (VI, 3) qui stipule que les juges, en république, doivent respecter la lettre de la loi. Pourtant, il semble abusif de se fonder sur un tel usage de Montesquieu pour en conclure que celui-ci était porteur d'une doctrine unilatérale – celle de la

nécessaire neutralisation du pouvoir des juges (48). Portalis avait déjà reproché à Garat-Maillia d'attribuer à Montesquieu des idées aux antipodes des siennes (49). Dans *L'Esprit des lois*, la réflexion sur la liberté politique est ordonnée à une analyse de la pluralité des régimes et des systèmes. Montesquieu n'a pas prôné la prudence interprétative contre l'activisme judiciaire ; il a tenté d'établir, en situation, les conditions propices à la liberté politique.

Notes

- (1) Sur ce pouvoir, voir F. Ost, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *Archives de la philosophie du droit*, t. XXX : « La jurisprudence », Sirey, 1985 ; Ph. Raynaud, *Le Juge et le Philosophe*, Paris, Armand Colin, 2008.
- (2) Mieux vaut parler de « distribution » que de séparation. Voir C. Eisenmann, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », in *Cahiers de Philosophie politique*, Reims, n° 2-3, OUSIA, 1985, p. 3-34 ; M. Troper, « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire Montesquieu*, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>
- (3) Voir notamment D. Kelley, « The prehistory of sociology: Montesquieu, Vico, and the legal tradition », in *History, Law and the Human Sciences*, Londres, Variorum Reprints, 1984, p. 133-144 ; R. Kingston, *Montesquieu and the Parlement of Bordeaux*, Genève, Droz, 1996.
- (4) Initialement en *EL*, XII, 22.
- (5) Il n'est Président que de nom (et en réalité assesseur) de 1716 à 1723 car il n'a pas atteint l'âge requis de 40 ans. Voir J. Dalat, « Montesquieu magistrat au Parlement de Bordeaux », *Archives des lettres modernes*, 1971 (13), n° 132, p. 11-122.
- (6) Note de Guasco à la lettre de Montesquieu du 4 octobre 1752, cité par L. Desgraves, « Montesquieu et la justice de son temps », in *Montesquieu and the Spirit of Modernity*, D. Carrithers & P. Coleman édés., Oxford, Voltaire Foundation, 2002, p. 205-211, ici p. 207.
- (7) Montesquieu, *Discours sur l'équité qui doit régler les jugements et l'exécution des lois*, texte établi et annoté par Sheila Mason, in *Œuvres et Ecrits divers*, I, in *OC*, t. VIII, sous la direction de P. Rétat, Oxford, Voltaire Foundation, Naples, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2003, p. 461-487, ici p. 475. Nous moderniserons systématiquement l'orthographe et la ponctuation.
- (8) *Ibid.*, p. 476.
- (9) *Ibid.*, p. 480.
- (10) Voir *EL*, XXVIII, 12.
- (11) *Ibid.*, p. 477.
- (12) *EL*, XXVIII, 45. Voir Donald R. Kelley, *The Human Measure. The Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, chap. 12.
- (13) J.-L. Halperin, « Legal interpretation in France under the reign of Louis XVI: a review of the *Gazette des tribunaux* », in *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of Law*, Y. Morigawa, M. Stolleis et J.-L. Halperin édés., Dordrecht, Springer, 2011, p. 21-43.
- (14) C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, rééd. V. Brunet, Paris, 1769, « Équité », p. 556.
- (15) *Ibid.*, « Droit étroit », p. 504.
- (16) « Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit: comme, par exemple, que, supposé qu'il y eût des sociétés d'hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois » (*EL*, I, 1). Je me permets de renvoyer à C. Spector, *Montesquieu. Liberté, droit et histoire*, Paris, Michalon, 2010 ; « Quelle justice ? Quelle rationalité ? La mesure du droit dans

L'Esprit des lois », in *Montesquieu en 2005*, C. Volpilhac–Auger éd., Oxford, Voltaire Foundation, 2005, p. 219–242.

- (17) La question de l'arbitraire a retenu l'attention de Montesquieu dès l'époque où il compilait les *Institutes* de Justinien – textes recueillis dans la *Collectio juris*. Ainsi Montesquieu traduit-il un passage du *Digeste* (i, 3, 18) : « Il faut toujours interpréter favorablement les lois » (*OC*, t. XI, p. 1). Voir Norbert Campagna, « Arbitraire », *Dictionnaire Montesquieu*, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1377722783/fr/>. Ailleurs pourtant, il reprend textuellement un extrait de l'addition à la Glose *Cautum sit* : « Le juge ne doit pas s'éloigner du droit écrit en faveur de l'équité non écrite, à moins qu'un principe spécifique ne le lui ordonne » (*Collectio juris*, *OC*, t. XII, p. 580). De ce point de vue, le juge doit s'en tenir à la loi écrite, même s'il estime que dans le cas qu'il doit trancher, l'application de cette loi conduit à un verdict inéquitable. Il ne peut juger selon l'équité que lorsqu'il y est autorisé. Montesquieu revient sur la question en mentionnant les rescrits : « Car comme les juges par le droit romain ne pouvaient point juger selon ce qui leur paraissait équitable ou juste mais selon la lettre des lois dans les cas qu'ils croyaient devoir écarter cette maxime ils consultaient le prince » (p. 835). Ce cas de figure ouvre un certain espace à l'arbitraire des juges, car il leur incombe de décider quand ils s'adresseront au prince ; il leur revient d'apprécier si le respect strict de la lettre de la loi pourrait conduire à un verdict inéquitable. Dans les *Pensées*, Montesquieu évoque le cas de peines trop sévères et affirme qu'il faut procéder « insensiblement », notamment par la « diminution de peines dans les cas les plus favorables, laissant cela à l'arbitrage des juges » (*Mes Pensées*, no 1897). Dans la *Collectio juris*, Montesquieu mentionne à plusieurs reprises l'arbitrage : « Celui-là est censé arbitre qui fait en quelque façon le devoir du juge voulant par sa sentence finir les discussions des parties, non celui qui intervient pour tâcher de les accommoder » (*OC*, t. XI, p. 59). Mais là où le juge tranche en fonction de la lettre de la loi, l'arbitre s'émancipe de cette lettre, voire décide en l'absence de lettre de la loi. En se fondant sur le *Digeste*, Montesquieu affirme alors que les parties doivent se soumettre à la décision de l'arbitre, « qu'elle soit juste ou injuste », à moins que l'arbitre ne prenne la décision expressément contre la loi (p. 60). Dans *L'Esprit des lois* cependant, l'arbitrage est réservé à certaines formes de gouvernement. Il convient particulièrement à l'aristocratie, où « les différends des nobles doivent être promptement décidés ; sans cela, les contestations entre les personnes deviennent des contestations entre les familles. Des arbitres peuvent terminer les procès, ou les empêcher de naître » (*EL*, V, 8).
- (18) T. Hanish, « Le problème de l'équité chez Montesquieu », *Annuaire de L'Institut Michel Villey*, n° 2, 2010, p. 61–80, ici p. 77.
- (19) Jaucourt, « Équité », *Encyclopédie de Diderot et d'Alembert*, t. V, p. 894–895.
- (20) Montesquieu, Dossier de *L'Esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, R. Caillois éd., Paris, Gallimard, t. II, 1951, p. 1030.
- (21) Le tirage au sort s'opérait, dans la cité grecque, dans l'Assemblée élective qui élisait les magistrats. Les tribunaux pouvaient ensuite être très nombreux pour juger (400 juges au maximum, 30 en moyenne). Certains tribunaux étaient cependant composés de sages ou de magistrats compétents (tribunaux commerciaux notamment).
- (22) Selon Bodin, le juge doit, en matière criminelle, appliquer purement et simplement la loi. En matière de droit civil, en revanche, il peut, s'il le faut, user de son appréciation et juger d'après l'équité. Selon lui, « L'office du juge s'exerce sur ce qui ne figure pas dans la loi ou s'y trouve exposé avec trop d'obscurité, ou qui, dans le cas envisagé, paraît contraire à l'équité » (*Exposé du droit universel* (1580), trad. L. Jerphagnon, Paris, PUF, 1985, p. 7).

- (23) « Dans l'ordonnance criminelle de Louis XIV, après qu'on a fait l'énumération exacte des cas royaux, on ajoute ces mots: « Et ceux dont de tout temps les juges royaux ont jugé » ; ce qui fait rentrer dans l'arbitraire dont on venait de sortir » (*EL*, XXIX, 16). Sur l'attitude de Montesquieu à l'égard de l'ordonnance de 1670, voir D. W. Carrithers, « Montesquieu and the Liberal philosophy of Jurisprudence », in D. W. Carrithers, M. A. Mosher, P. A. Rahe (éds.), *Montesquieu's Science of Politics: Essays on the Spirit of laws*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2001, p. 291–334.
- (24) C. Le Bret, *De la souveraineté du roi : de son domaine et de sa couronne*, 1632, I, 9, cité d'après *Les Œuvres de Messire Cardin le Bret, Contenant Son Traité de la Souveraineté du Roy*, Rouen, Charles Osmont, 1689, p. 18–19. Voir D. Parker, « Sovereignty, Absolutism and the Function of the Law in Seventeenth-Century France », *Past and Present*, n° 122, February 1989.
- (25) Voir notre article « Féodalité » dans le *Dictionnaire Montesquieu*, C. Volpilhac–Auger éds., <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376474740/fr/>
- (26) Montesquieu, *De l'esprit des loix. Manuscrits*, I, texte établi et annoté par C. Volpilhac–Auger, in *Œuvres complètes de Montesquieu*, t. III, Oxford, Voltaire Foundation, 2008, orth. et ponctuation modernisée, p. 93.
- (27) A. Lebigre, *La Justice du Roi*, Paris, Albin Michel, 1988, p. 50.
- (28) *Ibid.*, p. 51.
- (29) Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une constitution écrite mais d'une organisation de l'Etat et de ses principaux pouvoirs.
- (30) Dans les *Lois*, Platon avait déjà soutenu que le pouvoir d'appréciation des juges doit être restreint (876 b–c). Quant aux tribunaux de l'État bien ordonné dont la sélection et l'organisation offrent des garanties supérieures d'impartialité, ils jouiront d'une marge de liberté plus grande ; mais toutes les précautions seront prises pour que cette liberté ne dépasse pas de justes limites. Pour Platon, les juges ne devraient avoir que la faculté de se prononcer sur la réalité des faits et sur l'évaluation des peines afin d'établir un châtement proportionné à la grandeur de la faute (933 e–934 d).
- (31) Montesquieu a également biffé, avant impression, un passage où il proposait une comparaison cruelle pour la France entre « deux royaumes voisins dans l'Europe » : l'un, devenu plus libre, a adouci ses peines tandis que l'autre a vu augmenter le pouvoir arbitraire et la rigueur des peines (*Manuscrits, op. cit.*, p. 93).
- (32) Sur l'évolution du concept d'arbitraire dans la justice d'Ancien Régime, voir par exemple M. Porret, *Le Crime et ses circonstances*, Genève, Droz, 1995.
- (33) Cicéron, *De legibus*, 3, 1, 2 ; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7, 1132a. Voir K. M. Schönfeld, *Montesquieu et « la bouche de la loi »*, New Rhine Publishers, Leiden, 1979, p. 85 ; « Retour sur l'expression la 'Bouche de la loi' chez Montesquieu. La fortune d'Aristote et de Cicéron », in *Actes du Colloque international tenu à Bordeaux*, du 3 au 6 décembre 1998 pour commémorer le 250e anniversaire de la parution de *l'Esprit des loix*, Académie de Bordeaux, Bordeaux, 1999, p. 187–192 ; T. Hanish, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de L'Institut Michel Villey*, n° 2, 2010, p. 133–168, ici p. 144.
- (34) James I, *Political Works*, Speech in Star Chamber, 1616, p. 326.
- (35) Jaucourt, « Équité », art. cit., p. 894, nous soulignons.
- (36) T. Hanish, art. cit., p. 165. Selon T. Hanish, Montesquieu connaissait les réflexions de Hobbes sur l'interprétation juridictionnelle au livre XXVI du *Léviathan* et n'ignorait pas la critique de Hobbes à l'encontre de Sir Edward Coke, relative à une conception trop stricte de la doctrine

du précédent. Montesquieu possédait par ailleurs les *Institutiones juris anglicani* de John Cowell, un précis de Common Law composé selon l'ordre des *Institutes* de Justinien, et la *Magnae Britanniae Notitia* de John Chamberlayne dans l'édition de 1729.

- (37) Sur cet enjeu en termes de « lutte des ordres » ou de lutte des classes, voir L. Althusser, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 1959.
- (38) Montesquieu, *De l'esprit des lois. Manuscrits*, I, *op. cit.*, p. 99–100.
- (39) Ce livre a été rédigé et remanié entre 1741 et 1745. Sur les variantes du manuscrit et sur les mesures d'autocensure prises par Montesquieu, voir l'introduction de C. Volpilhac–Auger, Montesquieu, *De l'esprit des lois. Manuscrits*, in *Œuvres complètes de Montesquieu*, t. III, *op. cit.*, p. 89–94.
- (40) La procédure avait été organisée par Colbert : ordonnances civile (en 1667), criminelle (en 1670) et commerciale (en 1673). Par ailleurs, le chancelier d'Aguesseau avait adopté des ordonnances sur les donations (en 1731), les testaments (en 1735) et les substitutions (en 1747). Voir J. Bart, « Montesquieu et l'unification du droit », in *Le Temps de Montesquieu*, Genève, Droz, 2002, p. 137–146.
- (41) Voir P. Jaubert, « Montesquieu et le droit romain », in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux 1967, p. 347–372.
- (42) J. Bart rappelle que d'autres auteurs vont dans le même sens comme le Président Hénault, auteur du *Nouvel abrégé chronologique de l'histoire de France* (1744) ou Louis Adrien Le Paige (1753).
- (43) Voir C. Spector, « "Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire" : statut de la romanité et rationalité des coutumes dans *L'Esprit des lois* de Montesquieu », M. Xifaras éd., in *Généalogie des savoirs juridiques : le carrefour des Lumières*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2007, p. 15–41.
- (44) Il ne faut pas exclusivement rattacher ce concept à Domat qui était partisan de la monarchie absolue : « lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit » (J. Domat, *Traité des lois*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, p. 61)
- (45) Montesquieu, *De l'esprit des lois. Manuscrits*, p. 283–290. Voir C. Spector, « Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans *L'Esprit des lois* », in « Penser la peine au XVIIIe siècle », L. Delia et G. Radica eds., *Lumières*, n° 20, 2012/2, p. 55–72.
- (46) Voir M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 63 sq. ; P. Raynaud, « La loi et la jurisprudence des lumières à la Révolution française », *Archives de philosophie du droit*, tome 30, 1980, p. 61–72.
- (47) Voir G. Canivet, « La création du droit par le juge », *Archives de philosophie du droit*, tome 50, Dalloz, 2007. Le texte est également cité par T. Hanish, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », art. cit., p. 150–151.
- (48) Voir en ce sens B. Barret–Kriegel, *État de Droit ou Empire?*, Paris, Bayard, 2002, p. 134–135.
- (49) Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, Au Dépôt, 1827, vol. VI, p. 151 et 269.