



HAL
open science

Aux sources du concept d'Etat de droit : la théorie des institutions libres dans L'Esprit des lois de Montesquieu

Céline Spector

► **To cite this version:**

Céline Spector. Aux sources du concept d'Etat de droit : la théorie des institutions libres dans L'Esprit des lois de Montesquieu. Revue de l'Union européenne, 2022, 657, pp.221-226. hal-03627145

HAL Id: hal-03627145

<https://hal.sorbonne-universite.fr/hal-03627145>

Submitted on 1 Apr 2022

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

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

Aux sources du concept d'Etat de droit :

la théorie des institutions libres dans *L'Esprit des lois* de Montesquieu

Céline Spector (Sorbonne Université, SND)

Abstract : Cette contribution entend montrer que plusieurs éléments décisifs du concept d'Etat de droit trouvent leur source, avant la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle, dans l'analyse que propose Montesquieu. Dans les institutions de la liberté découvertes en Angleterre, l'auteur de *L'Esprit des lois* théorise trois composantes qui s'avèreront essentielles au concept d'Etat de droit : la distribution des pouvoirs de l'Etat et l'indépendance du pouvoir judiciaire ; la mise en œuvre d'un droit pénal qui protège les droits fondamentaux des citoyens ; la pluralité des partis et la liberté de la presse comme ressorts d'une société civile dynamique.

Cette contribution part d'un paradoxe : l'État de droit est devenu une priorité européenne alors même que cette notion n'est pas définie dans les traités. D'un côté, comme le souligne un récent rapport du Sénat français¹, l'Union européenne a développé une politique publique en faveur de l'État de droit, reposant sur des institutions, des mécanismes de suivi et de sanction, une jurisprudence ainsi qu'une coopération avec d'autres organisations internationales. Elle a fait du respect de l'État de droit une condition pour les pays désireux d'adhérer à l'Union, et prétend sanctionner les atteintes à l'État de droit qui prennent la forme, en Pologne et en Hongrie notamment, de l'affaiblissement des contre-pouvoirs (indépendance du système judiciaire, pluralisme des médias, liberté de la société civile). De l'autre, l'Union européenne n'a pas réellement défini le concept, qu'elle associe depuis le Traité de Maastricht aux valeurs démocratiques. Certes, le 5 mai 1949, le Conseil de l'Europe a repris à Hans Kelsen le concept d'Etat de droit, défini comme « un Etat dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telles sorte que sa puissance s'en trouve limitée »². Mais l'Union européenne elle-même n'a jamais opéré de clarification suffisante du concept.

Aussi convient-il de revenir aux sources philosophiques du concept d'Etat de droit, qui prend différentes formes en Europe (*rule of law*, *Rechtsstaat*). Nous montrerons que plusieurs éléments décisifs du concept d'Etat de droit trouvent leur source, avant la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle, dans l'analyse que propose Montesquieu dans *L'Esprit*

¹ Rapport d'information de MM. Philippe Bonnecarrère et Jean-Yves Leconte, fait au nom de la commission des affaires européennes n° 457 (2020-2021) - 18 mars 2021.

des lois. Là où Robert von Mohl, homme politique et théoricien libéral, définit le fondement de l'Etat de droit comme celui où la plus grande liberté des citoyens est garantie par les institutions et la limitation constitutionnelle du pouvoir étatique², Montesquieu préconise, dans le sillage de Locke, la modération du pouvoir étatique. Il fournit, grâce à son concept d'Etat « modéré », les prémisses d'une analyse en termes de *rule of law* : dans un tel Etat, nul – pas même le prince – n'est au-dessus des lois et les actions de l'Etat doivent se conformer à des règles publiquement reconnues. Afin de garantir la liberté des citoyens, l'Etat ne peut agir que sous la forme du droit. Des dispositifs juridiques et politiques doivent empêcher les détenteurs du pouvoir politique ou judiciaire d'opprimer et d'intimider les gouvernés³. Dans les institutions de la liberté découvertes en Angleterre, l'auteur de *L'Esprit des lois* théorise ainsi trois composantes qui s'avèreront essentielles au concept d'Etat de droit : la distribution des pouvoirs de l'Etat et l'indépendance du pouvoir judiciaire ; la mise en œuvre de « formalités » de justice et d'un droit pénal qui protègent les droits fondamentaux des citoyens ; la pluralité des partis et la liberté de la presse comme ressorts d'une société civile dynamique, exerçant une fonction de vigilance à l'égard du pouvoir politique.

La distribution des pouvoirs de l'Etat

Dans la « Constitution »⁴ d'Angleterre qu'il a observée lors de son séjour en Angleterre, entre 1729 et 1731, Montesquieu découvre une forme de distribution des pouvoirs associée à un mécanisme de *checks and balances*. Contre les théories absolutistes de la souveraineté, *L'Esprit des lois* part de la tripartition des pouvoirs de l'Etat : par la puissance législative, le prince, le peuple, les nobles ou les magistrats élaborent, corrigent ou abrogent les lois ; par la puissance exécutive, ils garantissent la sûreté extérieure et intérieure. Or la condition de possibilité primordiale de la liberté politique, c'est-à-dire de la sûreté des citoyens, réside dans le *non-cumul des trois pouvoirs* : « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »⁵.

Dans un article classique, le juriste Charles Eisenmann a réfuté l'interprétation longtemps soutenue selon laquelle Montesquieu défendrait le principe d'une véritable « séparation des pouvoirs »⁶. L'interprétation « séparatiste » consiste à affirmer que le pouvoir

² Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832), Tübingen, 3^e éd., 1866, t. I, p. 4 et 324. Voir Carlos-Miguel Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit », *L'Homme et la Société*, n°113, 1994, p. 89-103.

³ Judith Shklar, « Political Theory and the Rule of Law », in A. Hutchinson et P. J. Monahan (éds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987, p. 1-16; Sharon Krause, « The Rule of Law in Montesquieu », in J. Meierhenrich et M. Loughlin (éds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 137-152.

⁴ Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une constitution écrite mais d'une organisation de l'Etat et de ses principaux pouvoirs. Voir Dieter Grimm, « The Concept of Constitution in Historical Perspective », in *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (désormais *EL*), R. Derathé éd., rééd. D. De Casabianca, Paris, Classiques Garnier, 2011, XI, 6.

⁶ Charles Eisenmann, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs » et « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in *Cahiers de Philosophie politique*, Reims, n° 2-3, OUSIA, 1985, p. 3-34 et 35-66 ; voir l'article

de légiférer, le pouvoir d'exécuter, et le pouvoir de juger doivent être distribués à trois organes (le Parlement, formé de deux Chambres ; le monarque, assisté de ses ministres, chefs de l'Administration ; enfin, les tribunaux ou juridictions) absolument distincts, pleinement indépendants, et parfaitement isolés les uns des autres. Or cette conception stricte de la « séparation » des pouvoirs est intenable : non seulement Montesquieu ne remet pas le pouvoir législatif au Parlement seul, mais au Parlement et au monarque. Le monarque prend part à la législation par son droit de veto ou « sa faculté d'empêcher » ; la puissance exécutive, de ce point de vue, « fait partie de la législative ». En second lieu, si Montesquieu condamne le cumul intégral du pouvoir législatif et du pouvoir de juger, il n'interdit pas que l'organe qui reçoit une partie du pouvoir législatif se voie attribuer le jugement de certains procès. Les deux Chambres sont appelées à participer à la justice politique, et la Chambre des Lords à juger les nobles. Enfin, Montesquieu ne préconise pas davantage l'indépendance de chaque organe dans l'exercice de sa fonction ; il assigne au Parlement le droit et même le devoir de contrôler l'action exécutive du Gouvernement : « dans un État libre, la puissance législative a le droit et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées » (XI, 6). Le Parlement est élu « pour faire des lois et pour voir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites, chose qu'il peut très bien faire, et qu'il n'y a même que lui qui puisse faire » ; les ministres devront lui « rendre compte de leur administration » et « justifier leur conduite » (XIX, 27).

De ce point de vue, la séparation stricte des pouvoirs est un mythe. Ce que nous pourrions nommer l'Etat de droit repose sur la distribution et l'équilibre des principaux pouvoirs étatiques. Au sein du pouvoir législatif, Montesquieu évoque un *rapport* qui peut prendre la figure de la coopération ou de l'opposition. Le mécanisme constitutionnel est ici agencé de telle sorte que ses rouages soient en mesure de se faire opposition en cas de conflit majeur d'intérêt ou de tentative d'oppression. D'où l'interprétation politique, et non juridique, de la distribution des pouvoirs : afin d'éviter les abus de pouvoir et donc de préserver la liberté politique, *il ne faut pas que deux des trois pouvoirs étatiques, et à plus forte raison les trois, soient remis à un seul et même organe*. Pour que la sûreté du citoyen soit préservée, pour que le sujet éprouve le sentiment de vivre sous la protection des lois, un seul pouvoir doit être en général « séparé » des deux autres : le pouvoir judiciaire attribué, en Angleterre, à des jurys temporaires plutôt qu'à un corps de magistrats. Tel est le ressort de l'Etat de droit : afin que le citoyen n'éprouve pas la crainte des magistrats qui caractérise les États despotiques, il faut neutraliser la puissance de juger, « si terrible parmi les hommes » : l'institution doit devenir, pour ainsi dire, « invisible et nulle » – le juge n'étant en quelque sorte que la « bouche de la loi »⁷. L'indépendance du judiciaire se conçoit non seulement à l'égard de l'exécutif mais aussi à l'égard du législatif. Il faut éviter qu'un même corps puisse opprimer par sa volonté générale et mettre en péril chaque citoyen par ses volontés particulières – ce qui risque d'arriver là où la puissance est « une ».

L'indépendance de l'autorité judiciaire

« Séparation des pouvoirs » de Michel Troper dans le *Dictionnaire Montesquieu*, C. Volpilhac-Augier éd., <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/index.php?id=286>.

⁷ Voir Céline Spector, « La bouche de la loi ? Les figures du juge dans *L'Esprit des lois* », *Montesquieu Law Review*, n°3, 2015, p. 87-102.

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 Tournelle⁸, 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.

Dans l'histoire de la philosophie, Montesquieu accorde une attention inédite au pouvoir de juger. 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) 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, 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 États modernes, il ne s'agit plus d'éviter l'abus de pouvoir du peuple, mais celui du monarque. Dans ces régimes, 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. Contre Jean Bodin⁹ ou d'autres légistes, Montesquieu récuse la prétention du monarque 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. 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 :

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 (VI, 5).

⁸ 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 Jean Dalat, « Montesquieu magistrat au Parlement de Bordeaux », *Archives des lettres modernes*, 1971 (13), n° 132, p. 11-122.

⁹ Jean Bodin, *Exposé du droit universel* (1580), trad. L. Jerphagnon, Paris, PUF, 1985, p. 7.

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 garantir la liberté politique entendue comme *opinion que l'on a de sa sûreté*. Le raisonnement est simple : la liberté 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 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, où les sujets ne sont soumis qu'aux lois et non à la volonté capricieuse des hommes. 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, tout en étant limité dans leur action par des Parlements, « dépôts » des lois fondamentales et des tribunaux indépendants où s'exerce le pouvoir de juger. La tendance centralisatrice doit y être arrêtée, sous peine de mettre en péril les « corps intermédiaires » (pouvoirs parlementaires, provinciaux et municipaux), et donc la nature même de la monarchie, qui diffère du despotisme par l'existence de « lois fixes et établies » : « 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 impression¹⁰. 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).

¹⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois. Manuscrits*, I, texte établi et annoté par C. Volpillac-Augier, in *Œuvres complètes de Montesquieu*, t. III, Oxford, Voltaire Foundation, 2008, orth. et ponctuation modernisée, p. 93.

Cette critique du pouvoir juridictionnel du Conseil du roi révèle la posture de Montesquieu, avocat des droits des Parlements. Dans l'Ancien Régime, 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. Sous l'Ancien Régime en France, 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. Dans le sillage de 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 (VI, 7). L'autorité exécutive est ainsi bornée dans ses moyens d'agir.

Corrélativement, Montesquieu défend l'équité des règles de procédure pénale. Il s'agit de définir des règles stables que tout Etat « modéré » devra respecter, dès lors que sa justice n'est pas une forme de vengeance des gouvernants mais une forme de protection accordée à la société (XII, 2). La liberté du citoyen est fondée sur la justice de la procédure criminelle, et sur la présomption d'innocence. C'est la raison de l'importance décisive accordée à la procédure pénale. Le citoyen ne peut se sentir libre, en sûreté, sans redouter la puissance judiciaire « si terrible parmi les hommes », que s'il échappe aux délations arbitraires et au soupçon permanent. Certains principes doivent protéger l'homme de l'arbitraire du pouvoir et même de l'arbitraire des lois.

Au livre XII de *L'Esprit des lois*, trois règles sont ainsi dégagées afin de caractériser l'économie du pouvoir de punir au sein d'un Etat de droit (dit « modéré »). Le « garantisme » de Montesquieu correspond à sa volonté d'appivoiser la violence du pouvoir judiciaire¹¹. Les grands principes qui permettent de contrôler le pouvoir de juger sont l'*homogénéité* entre l'infraction et la sanction, et la *proportionnalité* entre la peine et le crime. Ces deux figures de la proportionnalité, qualitative et quantitative, définissent en propre l'Etat de droit. D'une part, la meilleure façon d'éviter l'arbitraire du juge est de construire le droit comme une « langue bien faite »¹². Le régime modéré prend sens là où les lois sont fixes et connues de tous, là où les actions sont dotées de conséquences juridiques prévisibles, là où la sécurité des « attentes » des citoyens est protégée. Corrélativement, pour que l'échelle des peines prenne sens, il faut qu'elle s'accompagne d'une qualification précise des crimes, qui ne laisse ni vague ni obscurité où pourrait s'engouffrer l'arbitraire du juge (XII, 5-18). Mais à cette rigueur des lois en *compréhension* doit s'ajouter une restriction dans l'*extension* de ce qu'elle pénalise. Le principe de tolérance ne vaut pas seulement comme tolérance du politique à l'égard des manifestations extérieures du culte, qui ne peuvent être criminalisées outre mesure ; il vaut comme tolérance

¹¹ Dario Ippolito, *L'Esprit des droits. Montesquieu et le pouvoir de punir*, trad. Ph. Audejean, Préface de Martin Rueff, Lyon, ENS Editions, 2019.

¹² Voir Catherine Larrère, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, M. Porret éd., Genève, Droz, 1997, p. 89-108.

à l'égard des mœurs en général, ce qui conduit Montesquieu à envisager l'existence d'une sphère « privée » protégée à l'abri des lois. La liberté sous la loi ne peut prendre sens que s'il existe un domaine de silence des lois, où les hommes peuvent choisir leurs conduites sans craindre une interférence abusive du pouvoir.

Enfin, Montesquieu défend l'indépendance de l'autorité judiciaire. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'éloge de l'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.

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 » ? Il convient d'abord de souligner que la théorie du juge « bouche de la loi » s'applique au seul cas anglais. Montesquieu fait 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)¹³. 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. 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'interpréter¹⁴.

Dans son chapitre canonique sur la Constitution d'Angleterre, Montesquieu ne se contente donc pas d'affirmer que le pouvoir de juger doit être limité à l'application stricte des lois, en évitant tout pouvoir discrétionnaire, en appliquant mécaniquement un syllogisme juridique. Il suit également l'interprétation établissant la juridiction suprême de la Chambre des Lords. Parce qu'il est nécessaire d'interpréter le droit, il faut réserver ce pouvoir non aux

¹³ Cicéron, *De legibus*, 3, 1, 2 ; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7, 1132a. Voir Till 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.

¹⁴ James I, *Political Works*, Speech in Star Chamber, 1616, p. 326.

tribunaux ordinaires mais à une partie du pouvoir législatif lui-même. 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'Etat de droit ne suppose pas une confiance sans bornes dans la justice des lois ; mais il implique que la loi s'applique rigoureusement dans les tribunaux ordinaires. Seule une juridiction suprême (en l'occurrence, la Chambre des Lords) est en mesure de « modérer » la loi. Car le régime modéré est défini par la connaissance, par tous les citoyens, des « engagements » qu'ils contractent en entrant en société. Cela exclut tout arbitraire de la justice. La « fixité » des jugements prononcés au nom de la loi protège les anticipations rationnelles des citoyens : « 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 » (XI, 6). Montesquieu retient donc 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*¹⁵.

Cette interprétation 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 ? »¹⁶. 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. Toute marge d'interprétation est ici refusée. 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.

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

¹⁵ T. Hanish, art. cit., p. 165. Montesquieu possédait dans sa bibliothèque 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.

¹⁶ Montesquieu, *De l'esprit des loix. Manuscrits*, I, *op. cit.*, p. 99-100.

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. De ce fait, la république, la monarchie et le despotisme ne doivent pas suivre les mêmes règles dans l'organisation et l'attribution des pouvoirs. Le despotisme est l'antithèse de l'Etat de droit : le prince y commande selon son seul caprice, sans respecter aucune loi établie, sans s'imposer le filtre d'aucune délibération avec des corps intermédiaires. Dès lors, la loi y est purement arbitraire : suivant la seule volonté et non la raison, elle s'impose de manière variable, en fonction de l'interprétation qu'en donne chaque juge qui statue lui-même selon son bon plaisir. En revanche, dans le gouvernement démocratique où le peuple est souverain, les juges doivent suivre la lettre de la loi : cela tient au cas extrême que l'on fait de chaque citoyen. Enfin, entre la variabilité des États despotiques et la rigidité des États républicains, la monarchie moderne théorisée par Montesquieu apparaît comme un moyen terme. Les tribunaux doivent y garantir la vie, la liberté, l'honneur et la propriété des sujets. Telle est une autre figure privilégiée de l'Etat de droit, qui conserve dans ses archives la trace de toutes les décisions passées et assure la sécurité juridique de tous les citoyens :

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 (VI, 1).

Dans un tel Etat, la délibération collégiale est requise. Le système judiciaire suppose un corps professionnel de magistrats, des compétences spécifiques et une bonne connaissance de la jurisprudence (VI, 4). Plus encore, les magistrats ne peuvent se contenter de suivre la lettre de la loi ; ils doivent en dégager l'*esprit*. Mais ce processus n'est en rien arbitraire, d'autant que des procédures civiles et pénales sont toujours requises : malgré leur lenteur, ces formalités sont véritablement le « prix de la liberté » (VI, 2). Ainsi les principes de l'Etat de droit sont-ils définis par Montesquieu dans le contexte d'un combat contre l'abus de pouvoir monarchique. En matière pénale, le seul but des peines est de rétablir l'ordre civil et non de venger Dieu ou le monarque en leur majesté. Dans *L'Esprit des lois*, « Il faut défendre la société » se substitue à « il faut défendre la majesté »¹⁷.

Le rôle des partis et la liberté de la presse

Enfin, une dernière dimension constitutive de l'Etat de droit apparaît avec la défense du pluralisme des partis politiques et de la liberté de la presse. Montesquieu ne déplore pas le développement des passions et de l'esprit de parti en Angleterre ; il souligne au contraire ses aspects positifs pour la santé constitutionnelle. L'essor des factions, loin d'engendrer une corruption nuisible, est placé au fondement de la prospérité et de la liberté¹⁸. La division partisane a pour effet de prémunir le citoyen des abus de pouvoir : chaque parti (Whig ou

¹⁷ C'est le sens du combat de Montesquieu contre le crime de « lèse-majesté ».

¹⁸ *EL*, XIX, 27. Nous nous permettons de renvoyer à *Montesquieu. Pouvoirs, richesses et sociétés*, Paris, P.U.F., « Fondements de la politique », 2004 ; réédition Paris, Hermann, 2011, chap. 2.

Tory) défend les prérogatives de l'un des pouvoirs visibles (exécutif ou législatif), empêchant l'autre d'outrepasser son domaine de juridiction. L'équilibre des deux grands pouvoirs constitutionnels repose sur l'équilibre des partis, qui intègrent le corps social à la représentation politique en faisant jouer l'intérêt pour les places et les prébendes.

Les institutions libres, qui formalisent l'Etat de droit, instituent donc le politique à partir des divisions sociales. Grâce au système représentatif, qui joue un rôle analogue aux pouvoirs intermédiaires dans les monarchies – empêcher les abus de pouvoir, tempérer les ardeurs du peuple – l'irrationalité inséparable du déferlement des passions et l'agitation politique liée au système partisan ne produisent pas d'effets destructeurs. L'hostilité des pouvoirs et des partis se convertit nécessairement en compromis, dès lors qu'une décision, à l'issue du mécanisme de délibération présidant à l'élaboration des lois, doit nécessairement être prise.

Corrélativement, l'Etat de droit est fondé sur le système représentatif, qui implique la pleine activité de la société civile. La participation politique des citoyens en est la clé de voûte. Dans la nation libre, « tout homme, à sa manière, prendrait part à l'administration de l'Etat ». La participation concerne d'abord l'élaboration des lois : « Comme, dans un Etat libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple eût la puissance législative » (XI, 6). Mais elle ne s'y restreint pas. En Angleterre, les terreurs souvent absurdes provoquées par la croyance dans les atteintes à la liberté auraient en même temps pour effet bénéfique de rendre tous les citoyens « attentifs » et de les mettre en garde contre les « vrais périls » auxquels le régime pourrait être exposé. Dans un Etat de droit, l'équilibre des pouvoirs fait l'objet d'une constante surveillance de la part des citoyens. De ce fait, la politique n'est pas évacuée des préoccupations d'individus obnubilés par la poursuite de leurs activités privées. En l'absence d'autorité religieuse ou civile susceptible de la censurer, la liberté est source de nombreux discours critiques à l'égard du pouvoir politique. Dans cet esprit, la liberté de presse constitue un garde-fou précieux contre les abus de pouvoir. Grâce à la liberté d'imprimer, la défense des libertés civiles (notamment la liberté d'opinion, d'expression et de culte) est assurée par les journalistes et les citoyens eux-mêmes qui forment le « tribunal » de l'opinion publique. Ainsi la liberté politique ne se limite-t-elle pas à l'indispensable garantie des droits : elle se fonde tout autant sur la vigilance des citoyens au sein de la société civile.

*

En tant qu'Union d'Etats de droit, l'Union européenne a vocation à faire respecter les principes dégagés par Montesquieu dans sa théorie des institutions de la liberté : la suprématie absolue du droit opposé au pouvoir arbitraire et discrétionnaire de l'administration ; le refus du cumul dans un seul organe des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'Etat ; la nécessité de suivre rigoureusement des procédures civiles et pénales équitables pour protéger les droits des citoyens, garantis par des tribunaux indépendants ; au sein d'un système représentatif, le pluralisme politique et la liberté de la presse. Grâce à un ensemble de garanties statutaires notamment ancrées dans le pouvoir parlementaire, l'Etat est soumis, au même titre que les citoyens, à la contrainte du droit. Loin d'être absolu, il est

limité par un droit supérieur à lui ; sa puissance n'est jamais une « toute-puissance », puisque des corps indépendants sont en mesure de le « rappeler » à la loi. Corrélativement, nul ne peut être reconnu coupable sinon par une infraction prévue par la loi et selon des procédures régulières. Antérieurement à la doctrine juridique allemande du siècle suivant, *L'Esprit des lois* a donc fourni des éléments fondamentaux à la constitution du concept dont l'histoire sera, par la suite, marqué par de nombreuses tensions et bifurcations.

Néanmoins, Montesquieu n'associe pas de manière consubstantielle Etat de droit et démocratie ; il n'affirme même pas de manière inaltérable le principe d'égalité des citoyens devant la loi. A ses yeux, toute forme de régime non despotique ou « modérée » peut relever de l'Etat de droit. L'existence de « lois fondamentales » conservées et transmises par un « dépôt des lois » indépendant – le Parlement de Paris, Cour souveraine, et non le Conseil du Roi – permet à une monarchie que nous dirions « Constitutionnelle » de prétendre à ce statut. Il reviendra donc à des théories révolutionnaires ultérieures de proposer une version républicaine de l'Etat de droit, associant la protection des droits de l'homme à l'exercice inaliénable des droits politiques du citoyen¹⁹.

¹⁹ Le lien entre Etat de droit et démocratie reste néanmoins controversé. Voir par exemple M. Troper (éd.), *L'Etat de droit*, Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen, 1993 ; Eric Millard, « L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie », in J.-M. Février et P. Cabanel (éds.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 415-443.