



HAL
open science

Juger en régime de distribution des pouvoirs

Olivier Tholozan

► **To cite this version:**

Olivier Tholozan. Juger en régime de distribution des pouvoirs : Mise en écho de Locke, Montesquieu et Portalis. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2022, La formation des juristes, 2021-3 (35), pp.1813-1830. hal-03880402

HAL Id: hal-03880402

<https://amu.hal.science/hal-03880402>

Submitted on 23 Mar 2023

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.

JUGER EN RÉGIME DE DISTRIBUTION DES POUVOIRS

MISE EN ÉCHO DE LOCKE, MONTESQUIEU ET PORTALIS

Olivier THOLOZAN

Laboratoire de théorie du droit, MCF HDR, AMU

Résumé : Dans une généalogie de la fonction de juger, la pensée de Locke, Montesquieu et J-E-M. Portalis occupe chacune une place importante. Dans le cadre d'une théorie de la distribution des pouvoirs, ces auteurs posent la question fondamentale des relations entre le Législateur et le Juge. Leur adhésion au jusnaturalisme les conduit à admettre l'idée de collaboration des pouvoirs.

Mots-clés : Juger – Locke – Montesquieu – Portalis – Distribution des pouvoirs

Abstract : *Judging was defined by Locke, Montesquieu and Portalis. They thought within the framework of balance of power theory. They asked the question of relations between Judge and Legislator. As jusnaturalists, they argued collaboration of powers.*

Keywords : *Judging – Locke – Montesquieu – Portalis – Balance of powers*

« L'opération juridique n'est pas dans l'impensable et impossible imposition de la loi aux faits, mais dans le remodelage qui qualifie ces derniers pour le jugement pratique de valeurs qu'elle ordonne »¹

Le célèbre commentateur d'Hegel, A. Kojève, soutenait que « l'homme est spontanément porté à faire office de juge ou d'arbitre, ... de tiers désintéressés ». Ce « besoin impérieux » face à l'« injustice » est satisfait grâce à un « vif plaisir » indépendant « du caractère moral du cas jugé ou arbitré ». Kojève identifiait un « plaisir *sui generis* » suscité par le fait de « pouvoir être « désintéressé et impartial » ». Être juge lui paraissait donc être un « plaisir spécifiquement juridique » manifesté par « une attitude autonome fondée sur l'idée de justice »². Cette satisfaction est éprouvée par le juge lorsqu'il applique un texte juridique à des plaideurs dans le cadre d'un procès. Il médiatise ainsi le droit. Les conditions d'une fonction si singulière informe l'exercice de son action. Celle-ci s'inscrit dans un cadre : soit un ordre naturel transcendant, soit un sentiment immanent de justice, soit la contrainte exercée par d'autres autorités légitimes dont le juge doit tenir compte.

En tant qu'autorité lui-même, le juge exerce un pouvoir aux contours singuliers. Hannah Arendt soutient que l'autorité « exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition » et qu'elle est « incompatible avec la persuasion qui présuppose l'égalité et opère par un processus d'argumentation »³. Selon la philosophe, l'exercice de l'autorité implique la reconnaissance⁴. L'« ordre autoritaire » est donc toujours « hiérarchique »⁵. On peut toutefois opposer à Arendt que cette inscription dans une relation inégalitaire ne saurait dispenser le juge d'argumenter. En effet, l'ordre hiérarchique sur lequel repose la décision judiciaire se nourrit de sa capacité à convaincre ses destinataires ; plus le raisonnement judiciaire heurte le sentiment de justice des litigants, plus il sera mal accepté. En outre, le juge n'est plus dans un rapport inégalitaire lorsqu'il se confronte avec d'autres autorités publiques légitimes. Et, sa capacité d'argumentation devient d'autant plus déterminante qu'il doit alors agir dans le cadre d'une division du travail juridique entre les pouvoirs publics.

Dans la genèse de la pensée politico-juridique qui a été consacrée à cette division deux penseurs politiques occidentaux occupent une place de choix. Le premier John Locke (1632-1704), philosophe britannique au service de la cause whig lors de la seconde révolution anglaise, propose une première piste en pleine « crise de la conscience européenne »⁶. Charles Louis de Secondat, Baron de la

¹ Y. THOMAS, *Présentation*, Annales HSS, 2002, n° 6

² A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p. 193.

³ H. ARENDT, « Qu'est-ce que l'Autorité? », H. ARENDT, *La Crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 123.

⁴ A. KOJÈVE, *La notion d'autorité*, Gallimard, 2004, p. 60-61.

⁵ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 123.

⁶ P. HAZARD, *La crise de la conscience européenne 1680-1715*, Fayard 1961.

Brède et de Montesquieu (1689-1755), magistrat français au Parlement de Bordeaux et académicien, en proposera une autre dans la France des Lumières sans rompre totalement avec la solution lockienne. Ces deux auteurs ont développé une réflexion générale sur la fonction de juger⁷. Mais leur apport le plus profond à la modernité est l'inscription de cette interrogation au sein d'un modèle théorique inspiré de la Constitution anglaise perçue comme le plan architectural d'un régime modéré, équilibré, aux antipodes de l'absolutisme monarchique⁸. Cette relecture d'une constitution anglaise « mythifiée » s'appuie sur son identification à un régime de distribution des pouvoirs. L'unité de la souveraineté n'est pas remise en question. Mais l'exercice des fonctions de pouvoir peut ne plus résider dans les mêmes mains. Montesquieu ira même jusqu'à répartir ces fonctions entre des forces sociales différentes afin d'établir un équilibre cinétique inspiré du modèle de la physique de son temps.

Si la répartition de force entre le pouvoir législatif et exécutif sature leur pensée, ils ne peuvent ignorer la place du juge. Certes l'origine du droit focalise essentiellement leur attention. Leur argumentation contribue chacune à sa manière à exalter la suprématie de la loi, d'autant qu'ils la légitiment en l'insérant dans une problématique jusnaturaliste : la loi naturelle découlant de la raison s'impose. L'absence d'interrogation sur la transparence ou l'opacité du langage juridique conduit ces auteurs à largement éviter d'aborder la question de l'interprétation du droit. Ils ne peuvent cependant totalement l'esquiver et s'y trouvent même confrontés lorsqu'ils doivent déterminer la consistance de la fonction de juger. Pour autant, la conception qu'ils s'en font reste largement hypothéquée par ce manque théorique. C'est J-E. M. Portalis (1746-1807), un grand juriste et un penseur politique qui n'a connu ni la gloire de Locke et encore moins celle de Montesquieu, qui prolongera leur réflexion en ce domaine en révélant la complexité des arcanes de la science pratique du juge.

I. L'inscription du thème de la loi positive dans un paradigme jusnaturaliste objectiviste

Locke et Montesquieu envisagent la loi comme source du droit positif d'un double point de vue. Elle relève à la fois d'un acte de connaissance et d'un acte de

⁷ S. GOYARD-FABRE, « Pouvoir juridictionnel et gouvernement civil dans la philosophie politique de Locke », *Revue internationale de philosophie*, n° 165, 1988, p. 192-214; E. GOJOSSE, « L'encadrement du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/3, n° 71, p. 499-512; T. HANISCH, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition anglaise », *Annuaire Michel Villey*, vol. 2, 2010, p. 131-165; C. SPECTOR, « La bouche de la loi? Les figures du juge dans l'esprit des lois », *Montesquieu law review*, n° 3, 2015, p. 87-10.

⁸ Sur les différentes interprétations de la Constitution anglaise à l'époque moderne et contemporaine lire : J. W. GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle*, PUF/Léviathan, 1992. Sur la lecture de cette Constitution par la pensée politique française du XVIII^e siècle lire : E. TILLET, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des lumières*, PUAM, 2001.

volonté. Une connaissance juridique objective est possible. Elle découle d'un ordre naturel dont la force exécutoire est défectueuse. C'est toutefois la conformité de la loi positive au jusnaturalisme qui va légitimer sa pleine application effective.

A. La raison jusnaturaliste au service de la force exécutoire de la loi civile

Locke ne doute pas que « le droit naturel soit clair et intelligible pour toutes les créatures raisonnables ». Pourtant l'évidence de la connaissance peut être occultée par « le parti-pris de l'intérêt et l'ignorance » résultant « du manque d'étude ». L'entendement troublé par la passion ou le manque d'éducation empêche les hommes de reconnaître au droit naturel « la valeur d'une loi qu'ils seraient obligés d'appliquer dans leurs affaires particulières »⁹. La connaissance du droit naturel en conditionne largement l'application¹⁰. Mais celle-ci dépend aussi de l'existence d'un organe de sanction. Locke relève d'ailleurs que « dans l'état de nature, il manque un juge connu et impartial... compétent pour statuer sur tous les différends selon la loi établie »¹¹. Il souligne que « la puissance manque souvent à l'appui de la décision (de droit naturel), pour l'imposer quand elle est juste et la mettre à exécution comme se doit »¹². C'est cette « condition mauvaise de l'état naturel qui pousse l'humanité... à entrer en société »¹³.

Le passage à la société politique a donc pour finalité essentielle la réalisation de l'ordre naturel. À cette fin, dans la société politique sera institué un « pouvoir législatif » qui est le « pouvoir suprême de la république ». La première « loi naturelle fondamentale » qui doit le régir est « la conservation de la société et, dans la mesure où le bien public l'autorise, de toutes les personnes qui s'y trouvent ». Une telle mission implique qu'aucun acte juridique de droit positif ne peut avoir « la force obligatoire d'une loi, s'il n'a reçu la sanction du pouvoir législatif »¹⁴. En effet, ce dernier est celui « qui a le droit de prescrire selon quels procédés la force de la république doit être affectée à la sauvegarde de la communauté de ses membres »¹⁵.

Cette prévalence de l'« autorité législative ou suprême » permet seule de résoudre l'incomplétude d'un ordre juridique naturel. Selon Locke, « la loi de nature n'est pas une loi écrite et... on ne la trouve que dans l'esprit des hommes ». En formalisant par l'écriture le droit naturel, le législateur lui confère force exécutoire

⁹ J. LOCKE, *Deux traités du gouvernement, Second traité*, Vrin, 1997, IX, 124, p. 203.

¹⁰ J.-F. SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté des modernes*, PUF/Fondements de la politique, 2001, p. 215-258.

¹¹ J. LOCKE, *op. cit.*, IX, 125, p. 206.

¹² *Ibid.*, IX, 126, p. 206.

¹³ *Ibid.*, IX, 127, p. 206.

¹⁴ *Ibid.*, XI, 134, p. 211.

¹⁵ *Ibid.*, XII, 143, p. 219.

et l'oppose à « ceux que la passion ou l'intérêt incitent à citer (la loi naturelle) en la déformant ou à en faire fausse application ». En se fondant sur une telle source juridique, « un juge établi » n'aura aucun mal à « convaincre de leur erreur » ceux qui travestissent le droit naturel¹⁶. Locke considère donc que la connaissance objective du droit naturel permet au législateur positif d'édicter un acte juridique qui lui est conforme. Cette conformité confère à la loi force de droit. Mais en même temps, la loi naturelle ne peut devenir exécutoire qu'après son intégration dans un ordre juridique positif. Montesquieu approfondira cette thèse.

B. La difficile acquisition de la connaissance de la raison jusnaturaliste chez Montesquieu

Abordant de façon générique, la catégorie de la loi, Montesquieu considère qu'elle dérive des « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses »¹⁷. Les lois concernant l'homme sont « celles de la nature » car elles « dérivent uniquement de la constitution de notre être ». Aussi pour les « connaître », Montesquieu estime qu'il « faut considérer (l)'homme avant l'établissement des sociétés »¹⁸. Comme Locke, il admet une connaissance objective de la loi naturelle. Celle-ci est rationnelle puisque « la loi en général est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ». Lorsque l'entendement rationnel s'attache à la loi naturelle humaine, il en dégage « des rapports d'équité antérieurs à la loi positive ».

Montesquieu fait alors découler le droit positif du droit naturel. Selon lui, « les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'appliquent cette raison humaine ». Le magistrat bordelais peut ainsi justifier son positivisme relativiste en le conciliant avec son rationalisme jusnaturaliste. Il affirme que les lois civiles et politiques « doivent être tellement propres au peuple pour lequel, elles sont faites, que c'est un très grand hasard, si celles d'une nation peuvent convenir à une autre ». En effet, ces lois « se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme le font les lois politiques; soit qu'elles le maintiennent, comme le font les lois civiles »¹⁹. La connaissance des fins posées par le droit naturel autorise la liberté des moyens mis en œuvre par le droit positif.

Mais les hommes n'accèdent pas facilement à cette connaissance. Certes Montesquieu a admis que le « monde intelligent » comme le « monde physique » a des « lois qui par leur nature sont invariables ». Cependant « il ne les suit pas constamment comme ce monde physique suit les siennes ». Comme Locke,

¹⁶ *Ibid.*, XI, 136, p. 213.

¹⁷ MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, Gallimard, 1997, vol. I, L.I, I, p. 87.

¹⁸ *Ibid.*, L.I, II, p. 91.

¹⁹ *Ibid.*, L.I, III, p. 95.

Montesquieu relève que « les êtres particuliers sont bornés par leur nature, et par conséquent sujets à l'erreur ». De surcroît, ils ne sont pas seulement soumis « à l'ignorance... comme toutes les intelligences finies ». L'homme est aussi « une créature sensible... sujet à mille passions qui obscurcissent sa raison »²⁰. Or comme il est de « leur nature que les hommes agissent par eux-mêmes », ils ne « suivent donc pas constamment leurs lois primitives (ni même) celles qu'ils se donnent »²¹. Le revers de la liberté est le risque de faillir.

Il est donc difficile au législateur humain d'accéder à la raison naturelle. Et quand bien même ses efforts seraient couronnés de succès, encore faudrait-il que son texte puisse être correctement appliqué. Certes pour Montesquieu, le corps représentant les citoyens faisant « des lois » peut vérifier « si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites, chose... qu'il n'y a même que lui qui puisse bien faire ». Mais il ne saurait « prendre quelque résolution active » nécessitant « quelque exécution »²². Le législateur ne peut donc pas adopter une décision particulière, étape finale de l'application de la loi. La distinction opérée par Montesquieu pose question. Comment le pouvoir législatif pourrait-il vérifier que le texte général – qu'il a adopté – a bien été appliqué, s'il ne peut déterminer à partir de celui-ci la solution d'un litige particulier qui en relève? On résout la difficulté en estimant que le pouvoir d'exécuter la loi consiste à prendre des mesures plus concrètes que le texte appliqué sans qu'elles perdent leur portée générale. Le domaine d'action de ce pouvoir s'étend à l'administration, pouvant notamment consister au prélèvement de l'impôt²³. Ainsi en contrôlant l'exécution de la loi, le législateur ne fait que comparer des textes à portée générale qui ne diffèrent que par leur degré de concrétude. Il reste alors à indiquer pour quelles raisons l'autorité chargée de la décision particulière appliquant une loi n'en trahit pas le contenu. On aborde la question délicate de l'interprétation. La réponse de Montesquieu entre à nouveau en résonance avec celle de J. Locke.

II. L'interprétation juridique lockienne aux confins de la suprématie législative et du pouvoir exécutif

A. La raison législative

Pour Locke le pouvoir législatif demeure le pouvoir suprême. Il admet que « néanmoins... il reste fiduciaire et se limite à la faculté d'agir en vue de certaines fins déterminées ». Le « Peuple » détient toujours le « pouvoir suprême de destituer

²⁰ *Ibid.*, L.I, I, p. 90.

²¹ *Ibid.*, L.I, I, p. 89.

²² *Ibid.*, L.XI, VI, p. 332-333.

²³ G. BACOT, « La notion d'exécution chez Montesquieu »?, *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2011/2, n° 34, p. 253-273.

la législature ou de la modifier » en cas d'irrespect de sa mission. Ainsi la « communauté » conserve « perpétuellement... (le) pouvoir suprême d'assurer son propre salut »²⁴. La loi ne peut donc ordonner que pour « la sauvegarde de ses membres »²⁵. L'autoconservation des membres de la communauté politique est assurée grâce à l'exigence de sûreté ou de sécurité juridique garantie par la loi posée par le cadre jusnaturaliste de la pensée lockienne. En ce sens, le philosophe anglais souligne que « l'autorité législative... ne peut s'arroger le pouvoir de gouverner par voie de décrets improvisés, mais elle est tenue de dispenser la justice et de déterminer le droit des sujets ». Le bon plaisir du législateur ne saurait s'abstraire de limites objectives.

Locke précise alors les modalités de mise en vigueur de la loi. Le législateur doit recourir à des « lois permanentes... promulguées et (à) des juges connus »²⁶. Les vertus qui distinguent ces derniers sont précisées : il doit s'agir « de juges intègres et impartiaux »²⁷. Pourtant Locke ne distingue pas de pouvoir judiciaire dans sa théorie de la distribution des pouvoirs. On peut s'interroger sur les raisons de cette abstention, d'autant qu'il admet que « ceux que la passion ou l'intérêt incitent à citer (la loi) en la déformant ou à en faire fausse application ne sont pas si faciles à convaincre de leur erreur en l'absence de juge établi »²⁸.

On peut expliquer ce silence en rappelant que, pour Locke, le juge appliquera une loi naturelle rédigée par le législateur positif. Or dans le cadre jusnaturaliste, le langage est transparent et sa signification est évidente pour celui qui n'est pas animé par la passion ou l'intérêt. C'est le cas de ce juge lockien intègre et impartial. Le juge ne fera donc que paraphraser la loi qu'une raison objective inspire et qui peut être connue sans difficultés. La seconde raison de cet oubli lockien du juge est plus circonstancielle. Au moment où il écrivait, Locke défendait les droits du Parlement anglais contre l'absolutisme royal. Et lors des deux révolutions anglaises – durant lesquelles le débat sur la souveraineté s'engagea – le Parlement pouvait compter sur l'appui des tribunaux²⁹. L'Habeas corpus de 1679 illustre ce rapprochement en précisant les modalités de la procédure d'habeas corpus mise en mouvement par ordonnance du juge afin de garantir la liberté d'aller et venir contre les détentions arbitraires royales. L'alliance des parlementaires et des magistrats visait plus particulièrement à s'opposer à la pratique absolutiste de Charles II qui, dès 1665, avait repris l'habitude de renvoyer les juges qui n'étaient pas à sa dévotion ou d'intimider les jurys dont le verdict décevait les attentes du monarque³⁰. On comprend donc que Locke ait pu envisager l'action du juge

²⁴ J. LOCKE, *op. cit.*, XIII, 149, p. 222.

²⁵ *Ibid.*, p. 219.

²⁶ *Ibid.*, XI, 136, p. 213.

²⁷ *Ibid.*, IX, 131, p. 208.

²⁸ *Ibid.*, XI, 136, p. 213.

²⁹ J. WIEDHOFFT GOUGH, *op. cit.*, p. 58.

³⁰ G. LAMOINE, *Histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, 1995, p. 52.

comme celle d'un simple porte-voix du législateur censé exprimer le droit naturel. Pourtant cette neutralisation de la voix du juge ne permet pas au philosophe anglais d'évacuer complètement le problème posé par l'interprétation de la loi.

B. Le pouvoir exécutif au secours de la loi

Locke souligne qu'« il suffit de peu de temps pour faire des lois... exécutées de manière continue et... indéfiniment en vigueur ». Dès lors le pouvoir législatif « n'a pas une tâche à accomplir (constamment) et n'a pas besoin... d'une existence permanente ». Dans les « républiques bien ordonnées », il faut que le pouvoir législatif soit confié « à plusieurs personnes, qui s'assemblent... mais se séparent ensuite, une fois qu'elles ont accompli leur tâche et qui doivent obéir elles-mêmes, désormais, aux lois qu'elles ont faites »³¹.

Il s'ensuit que les mesures législatives sont « issues de l'acte d'un instant et faites en un temps très bref ». En même temps, elles doivent « rester en vigueur de manière permanente et durable ». Aussi il convient qu'on « assure leur exécution sans discontinuer ». À cette fin Locke considère qu'il faut instituer « un pouvoir qui ait une existence ininterrompue et fasse exécuter les lois »³². Cependant permettre au détenteur du pouvoir exécutif de participer au pouvoir législatif ne remet-il pas en cause la suprématie législative ? Locke répond que « le pouvoir législatif se trouve entre des mains différentes (de celles du détenteur du pouvoir exécutif)... dans les gouvernements bien construits »³³. Basculant du registre du devoir être à celui de l'être sans justifier sa position de façon convaincante par des exemples précis, il considère même qu'« il arrive souvent que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif soient séparés »³⁴. Alors le second est « évidemment subordonné au premier ». Le pouvoir exécutif doit « rendre des comptes et peut être l'objet de changement ou mutation à volonté du (pouvoir législatif) »³⁵. Toutefois « il y a bien des choses que la loi n'a pas les moyens de prévoir ». Il peut arriver que, dans de nombreuses circonstances, il soit « néfaste » de procéder à « l'application stricte et rigide de la loi »³⁶. Il peut devenir absurde de l'appliquer « avec une rigueur inflexible, en toute circonstance, à toutes les personnes qui entrent dans son champ d'application »³⁷. Il convient alors de laisser agir « celui qui détient le pouvoir exécutif, pour qu'il règle (les cas d'application de la loi) selon que le bien et l'avantage du public l'exigeront ».

³¹ J. LOCKE, *op. cit.*, XII, 143, p. 219.

³² *Ibid.*, XII, 144, p. 219.

³³ *Ibid.*, XIII, 152, p. 224.

³⁴ *Ibid.*, XII, 144, p. 219.

³⁵ *Ibid.*, XIII, 152, p. 224.

³⁶ *Ibid.*, XIV, 159, p. 229.

³⁷ *Ibid.*, XIV, 160, p. 230.

Mieux encore, il peut être souhaitable que les « lois-mêmes s’effacent devant le pouvoir exécutif » au nom de la « sauvegarde » de tous³⁸.

La conformation du « pouvoir chargé de légiférer » explique ici son inefficacité. Lorsqu’il « n’existe pas en permanence » ou lorsque « ceux qui l’exercent sont... nombreux », le pouvoir législatif est rendu « trop peu maniable pour la célérité qu’exige l’exécution ». C’est donc un pouvoir exécutif, à la forme radicalement opposée, qui pourra combler les lacunes de la loi. Il exerce alors ce que Locke appelle « la prérogative », entendue comme le « pouvoir d’agir discrétionnairement en vue du bien public sans que la loi l’ait prescrit, ou parfois même à son encontre ». Ce pouvoir laissé à l’exécutif « d’accomplir de nombreux actes discrétionnaires que les lois ne prescrivent pas »³⁹ n’est pas arbitraire. Il est conditionné par la finalité de préservation de la communauté politique⁴⁰.

Locke élargit la notion de prérogative. En effet, au début du XVII^e s., nul ne doute que la monarchie anglaise soit une monarchie mixte. La discussion porte moins sur l’unité de la souveraineté que sur l’étendue de la prérogative royale dans l’exercice de cette souveraineté avec le Parlement⁴¹. Les deux révolutions anglaises vont bouleverser le cadre du débat. L’affirmation d’une suprématie du pouvoir législatif soumis au contrôle populaire ébranle le vieux cadre de la monarchie mixte. Mais la définition lockienne de la prérogative confère au pouvoir exécutif un très large pouvoir d’interprétation du texte législatif. Il évalue dans quelles circonstances concrètes la loi est inapplicable ou n’a rien prévu. Le pouvoir exécutif peut pour des raisons de célérité et de sauvegarde infléchir l’application de la loi. Il décide souverainement de la solution d’un litige particulier face à la lacune législative. Si l’exercice de la prérogative ne supprime pas celui du pouvoir législatif, il en assouplit la mise en œuvre. Montesquieu préférera, quant à lui, situer le lieu de l’interprétation de la loi sur un autre axe du mécanisme de la balance des pouvoirs.

III. L’interprétation juridique dans l’angle mort de l’équilibre des puissances chez Montesquieu

A. L’équilibre des puissances sociales

Prolongeant la réflexion de Ch. Eisenmann, L. Althusser a montré depuis longtemps que Montesquieu n’avait jamais proposé une séparation des pouvoirs stricte fondée sur l’ajustement entre une séparation organique et fonctionnelle. Le magistrat bordelais a imaginé une distribution des puissances incitant les forces

³⁸ *Ibid.*, XIV, 159, p. 229.

³⁹ *Ibid.*, XIV, 160, p. 229-230.

⁴⁰ J. DUNN, *La pensée politique de John Locke*, PUF/Léviathan, 1991, p. 155-164.

⁴¹ J. WIEDHOFFT GOUGH, *op. cit.*, p. 57-58.

sociales (Peuple, Noblesse, Roi) à assurer un équilibre institutionnel⁴². Le but de celui-ci est d'assurer la liberté politique. Montesquieu a adopté une vision rationaliste et jusnaturaliste de la liberté. Cette dernière « ne peut consister qu'à faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir »⁴³.

La liberté politique s'éprouve comme un sentiment psychologique du citoyen. Elle est « cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté »⁴⁴ car chacun ne peut « faire (que) tout ce que les lois permettent... et (non) ce qu'elles défendent »⁴⁵. L'équilibre institutionnel apte à accomplir cette finalité découle d'une « constitution » agencée de telle façon que personne ne soit « contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet »⁴⁶.

Pour Montesquieu, « la liberté politique » ne peut être garantie que dans des « États modérés » où l'« on n'abuse pas du pouvoir ». La Constitution doit alors instaurer des « limites » pour empêcher leur détenteur d'« abuser du pouvoir » ; il faut arriver à ce que « le pouvoir arrête le pouvoir »⁴⁷. Le verbe Arrêter devient une catégorie générique induisant une conception du pouvoir inspirée par une vision mécaniste, vraisemblablement issue de la fascination de Montesquieu par la mécanique des forces de Newton⁴⁸.

B. La complexité de la notion « d'arrêter le pouvoir »

Le verbe Arrêter est utilisé par l'auteur de *L'esprit des lois* pour évoquer une action qui vise à interrompre le mouvement animé par une puissance politique. La réalisation d'une telle faculté s'exprime par la séparation. En effet, pour Montesquieu, la liberté n'existe pas « si la puissance de juger n'est pas séparée de la législative et de l'exécutrice ». Il caractérise le contenu de chaque puissance politique en répétant que « tout serait perdu, si le même homme ou le même

⁴² L. ALTHUSSER, *Montesquieu La politique et l'histoire*, PUF/Quadrige, 1985, 6^e éd, p. 98-108.

⁴³ MONTESQUIEU, *op. cit.*, L. XI, III, p. 325.

⁴⁴ *Ibid.*, L. XI, VI, p. 327.

⁴⁵ *Ibid.*, L. XI, III, p. 325.

⁴⁶ *Ibid.*, L. XI, IV, p. 326.

⁴⁷ *Ibid.*, L. XI, IV, p. 325-326.

⁴⁸ Les connaissances de Montesquieu en matière de mécanique physique sont attestées par son *Discours sur la cause et la pesanteur des corps* (Montesquieu, *Œuvre complètes*, Gallimard, 1949, T.I, p. 23-26). Montesquieu affirme son admiration pour Newton en ces termes : « celui qui ne saura faire un système comme Newton fera une observation avec laquelle il mettra à la torture ce grand philosophe ; cependant Newton sera toujours Newton, c'est-à-dire le successeur de Descartes, et l'autre un homme commun, un vil artiste qui a vu une fois, et n'a peut-être jamais pensé » (« Observations sur l'histoire naturelle », *ibid.*, p. 43). Sur la conception constitutionnelle mécaniste de Montesquieu voir : M. TROPER, « La machine et la norme Deux modèles de constitution », *La théorie du droit, le Droit, l'État*, PUF/Léviathan, 2001, p. 147-162.

corps... exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques (exécutif) et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »⁴⁹. La description de cet équilibre des puissances conduit le magistrat bordelais à déclinier la signification complexe de la faculté d'arrêter.

Il peut s'agir pour un pouvoir d'exercer sa volonté propre. Il le fera en utilisant deux facultés distinctes. La première aboutit à une action positive. Montesquieu « appelle faculté de statuer le droit d'ordonner par soi-même ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre ». Le pouvoir peut également arrêter par la mise en jeu d'une seconde faculté tout aussi libre. Le magistrat bordelais « appelle faculté d'empêcher le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre ». On ne saurait la réduire à une action totalement négative car celui qui a « le droit d'approuver » exprime par son approbation la « déclaration qu'il ne fait point usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté »⁵⁰.

Il faut souligner que Montesquieu opère cette distinction entre statuer et empêcher lorsqu'il aborde les rapports entre la puissance législative et exécutive. La raison en est que la faculté d'empêcher occupe une place centrale dans l'agencement de ces pouvoirs, au sein de sa « constitution fondamentale ». Elle permet de trouver un premier équilibre au sein du « corps législatif... composé de deux parties (assemblée du peuple et celle des nobles) ». Par sa « faculté mutuelle d'empêcher... l'une (des parties) enchaînera l'autre ». De même, cette modalité d'action du pouvoir assure un second équilibre entre la puissance législative et exécutive. Leur liaison est subtile puisque la puissance exécutive ne participe au processus législatif « que par sa faculté d'empêcher ». Ceci implique qu'elle « ne saurait entrer dans le débat des affaires » ainsi que l'impossibilité d'une initiative législative de l'exécutif. En effet, la puissance exécutive peut « toujours désapprouver les résolutions (législatives) » et « peut rejeter les décisions des propositions qu'(elle) aurait voulu qu'on n'eût pas faites » (droit de veto).

Montesquieu doit alors articuler le pouvoir judiciaire avec ces deux premières forces afin d'obtenir un équilibre des puissances insusceptible d'aboutir « au repos ou (à) une inaction » mais où les puissances sont « forcées d'aller de concert »⁵¹. La place de la « puissance de juger » est ici fondamentale car si elle « n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive », il « n'y a point de liberté » et tout est « perdu »⁵².

⁴⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit...*, *op. cit.*, L. XI, VI, p. 328.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 334.

⁵¹ *Ibid.*, p. 339.

⁵² *Ibid.*, p. 328.

C. *La puissance judiciaire comme force d'inertie*

Pour Montesquieu, le champ d'action du pouvoir judiciaire demeure inscrit au sein d'un cadre juridique contraignant. La « puissance de juger » n'est autre que la « puissance exécutive (des choses) qui dépendent du droit civil⁵³... (et qui) punit les crimes ou juge les différends des particuliers »⁵⁴. L'exercice de ce pouvoir est strictement conditionné par l'existence de règles préétablies puisque « les jugements » doivent être « fixes » et n'être « qu'un texte précis de la loi »⁵⁵. Les juges ne sont que « la bouche qui prononcent les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »⁵⁶. La fonction de juger ne permet pas à son titulaire d'exercer librement sa volonté. Il reste, comme le dira Beccaria, un « automate » dirigé par le législateur.

Montesquieu insiste sur ce point. Les jugements ne sauraient être « une opinion particulière du juge » sinon « on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte »⁵⁷. Montesquieu conditionne donc la sécurité juridique et la liberté à l'encadrement de la volonté inconditionnée du juge. Cette dernière ne peut avoir d'autre objet que de paraphraser la loi. La réalisation de cette tâche implique de son titulaire une psychologie particulière. Celui qui se voit confier la fonction de juger doit s'efforcer d'être impartial.

Pour garantir l'impartialité du juge, Montesquieu compte sur la recherche de l'universalité dans la composition de l'organe judiciaire. Il considère que « la puissance de juger... doit... être... exercée par des personnes tirées du corps du peuple... pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert ». Ainsi cette puissance « si terrible parmi les hommes » n'est « attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession ». La fluidité d'une multitude interchangeable accédant à un tel pouvoir permet d'éviter sa partialité. La puissance de juger « devient pour ainsi dire invisible et nulle ». Le juge peut exprimer une raison universelle critique du préjugé si dénigré par la philosophie des lumières. Montesquieu en conclut qu'ainsi « l'on craint la magistrature et non pas les magistrats »⁵⁸. Au nom de l'universalité de la raison le pouvoir de juger devient désincarné au point de n'être plus qu'une fonction abstraite. Mais le juge impartial n'est pas uniquement motivé par la raison immanente.

⁵³ Montesquieu transpose aux sujets de droit de son temps cette expression, en retenant le sens large qu'elle avait dans l'antiquité romaine. Le droit civil est le droit reconnu aux citoyens et qui régissait leurs relations.

⁵⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit...*, *op. cit.*, L. XI, VI, p. 327.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 330.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 337.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 330.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 329-330.

D. *Impartialité du juge et égalité*

La conscience nobiliaire de robe de Montesquieu l'incite à ne pas réduire l'impartialité à l'expression d'un simple égalitarisme universaliste. Il estime qu'il faut que, « dans les grandes accusations, le criminel (délinquant), concurremment avec la loi, se choisissent des juges; ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre, que ceux qui restent soient censés être de son choix ». Il va même admettre qu'il faut que « les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence »⁵⁹. L'impartialité du juge peut donc découler d'une égalité dans la différence. Mais Montesquieu va plus loin.

La même conscience nobiliaire du magistrat bordelais le conduit à mettre beaucoup d'espoir dans l'assemblée nobiliaire formant une part du pouvoir législatif. Montesquieu voit en elle une « puissance réglante » capable de tempérer le législatif et l'exécutif. Mais alors les nobles ne pourraient-ils pas jouer le même rôle à l'égard du pouvoir de juger, simple puissance réglée puisqu'elle est « en quelque façon nulle »⁶⁰? Montesquieu répond positivement et vise les cas où la puissance de juger peut être « unie... à une partie de la (puissance) législative... composée de nobles ». Il cite l'hypothèse du « jugement des nobles... par (leur) pairs » et de façon plus discutable du procès du « citoyen (qui) dans les affaires publiques violerait les droits du peuple » et craindrait la partialité de ce dernier. Montesquieu évoque enfin de façon plus intéressante pour notre propos les cas où « la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait... trop rigoureuse ». Selon lui, cette difficulté ne saurait être résolue par les juges de droit commun car ils ne sont que la « bouche qui prononce les paroles de la loi » et donc des « être inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Il faut ici que « la partie (nobiliaire) du corps législatif » devienne un « tribunal nécessaire » dont « l'autorité suprême » permet de « modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle »⁶¹.

Modérer la loi implique de l'interpréter. L'apport de Montesquieu à la théorie du droit est donc double. À l'inverse de Locke, il détache l'interprétation juridique du pouvoir exécutif pour le rattacher à la puissance de juger. Il distingue de ce fait plus clairement interpréter et appliquer la loi. De surcroît, contrairement à ce qu'en retiendrait une lecture un peu rapide, Montesquieu étend la signification de la fonction de juger au-delà de la simple répétition des paroles législatives. Il admet que le juge est parfois confronté à un terme législatif trop vague ou aux lacunes de la loi. Il attire ainsi l'attention sur le fait qu'interpréter le droit est à la

⁵⁹ *Ibid.*, p. 330.

⁶⁰ *Ibid.*, p. L. XI, VI, p. 333.

⁶¹ *Ibid.*, p. 337-338.

fois l'affaire du législateur et du juge. Sans leur collaboration, sa théorie n'a plus de sens. Si Montesquieu a abandonné le modèle de la constitution mixte, il n'en a pas oublié l'esprit animé par la coopération des forces sociales. D'ailleurs, selon lui, les puissances politiques doivent aller de concert. Pourtant il n'arrive pas à concevoir de façon synthétique l'organe chargé de la fonction moderne de juger. Portalis surmontera la difficulté sans remettre en cause la cadre institutionnel de la distribution des pouvoirs.

IV. La science du juge de Portalis

Durant le Consulat, l'Avocat et thuriféraire du Code Napoléon de 1804, J-E-M. Portalis⁶² va parachever la réflexion amorcée par Locke et Montesquieu dans son célèbre *Discours préliminaire sur le projet de Code civil des Français*. Il commence par déterminer l'office du législateur qui est « de fixer... les maximes générales du droit, ... (les) principes féconds en conséquences ». Il ne relève donc pas de lui de « descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». Il appartient au magistrat et au jurisconsulte « de pénétrer « l'esprit général des lois » afin d'en « diriger l'application ». Portalis offre une élégante définition de l'interprétation judiciaire largement inspirée par le titre du chef d'œuvre de Montesquieu.

A. Saisir l'esprit général des lois

L'interprétation du droit est le résultat de la décision du juge aidée par le savoir du jurisconsulte. Cette alliance traduit l'articulation de la volonté judiciaire et du savoir accumulé patiemment par l'analyste de la loi. L'opération intellectuelle se nourrit d'ailleurs d'un « dépôt de maximes, de décisions et de doctrines » qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires » accru par les « connaissances acquises »⁶³. L'interprétation du droit est donc le fruit d'une « percolation » à la fois d'actions en justice concrètes et d'idées émises à l'occasion de leurs effets.

Portalis attache d'autant plus d'importance à l'interprétation judiciaire que le Code civil interdira le déni de justice. Son article 4 oblige le juge à statuer en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. Le codificateur de 1804 n'osera pas parler explicitement de lacune législative. Il est en effet toujours imprégné du mythe de « l'excellence de la loi » forgé par la Nomophilie des Lumières⁶⁴. Mais

⁶² J-Cl. MONIER et M. LONG, *Portalis père du Code civil, Michalon/Le Bien commun*, 1997.; J.-L. CHARTIER, *Portalis père du Code civil*, Fayard, 2004; J-B. D'ONORIO DI MÉO, *Portalis L'esprit des siècles*, Dalloz, 2005.

⁶³ J-E-M. PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 26.

⁶⁴ O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e s. », M. FATIN ROUGE STEFANINI, L. GAY, J. PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes Actes du*

le codificateur n'a pu éluder le problème des lacunes législatives qu'il évoque dans l'article 4 par des comparaisons métaphoriques sur deux sens humains fondamentaux (l'oui et la vue) et par l'évocation plus psychanalytique du manque (l'insuffisance). Cette disposition du Code civil fait le choix d'assimiler à un déni de justice l'invocation par le juge d'une défaillance législative. Il apparaît que le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi ne sont que des prétextes illégaux derrière lesquels le juge ne saurait se réfugier pour justifier son inaction. Mais Portalis le praticien du droit sait bien que l'article 4 du Code civil esquivait la véritable difficulté. En régime politique légicentriste de séparation des pouvoirs, l'articulation entre le travail du législateur et celui du juge peut se gripper du fait de l'opacité inhérente au langage. Portalis doit donc déterminer les prérogatives nécessaires au juge pour dégager la signification d'un texte qui n'est pas évidente.

B. L'interprétation judiciaire

L'article 5 du Code civil de 1804 interdit aux juges de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires, condamnant définitivement la pratique d'Ancien régime des arrêts de règlement. Aussi dans son *Discours préliminaire*..., Portalis reconnaît que « l'interprétation par la voie d'autorité » consistant à statuer par voie de « règlement ou de dispositions générales » est interdite au juge. En revanche, le magistrat peut interpréter la loi par « voie de doctrine ». Il s'efforcera alors de « saisir le vrai sens des lois » et de les « appliquer avec discernement », voire de les « suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés ». Dans cette dernière hypothèse, le juge pourra se référer à « l'usage ou l'équité »⁶⁵.

Portalis présente alors sa « science... pour les magistrats ». Elle consiste au premier chef à trouver « les principes les plus favorables au bien commun ». Le juge s'efforcera de « les mettre en action, les ramifier, les étendre par application sage et raisonnée aux hypothèses privées ». Lorsque la loi est insuffisante, il faut en « étudier l'esprit » de façon à éviter d'en être l'« esclave ou le rebelle » et de lui « désobéir par esprit de servitude »⁶⁶. Portalis peut ainsi délimiter le domaine de la jurisprudence. Elle se soucie des « cas rares, extraordinaires hors du plan d'une législation raisonnable ». Le juge s'intéresse également aux « détails trop variables, trop contentieux ». Enfin la jurisprudence identifie « les objets (difficiles à) prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger ». Aux yeux de Portalis, le juge est ce détenteur de « l'expérience » seule apte à « combler les vides législatifs »⁶⁷.

Colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008, Bruylant, 2010, p. 57-76.

⁶⁵ J-E-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁷ *Ibidem*.

Sans rompre avec le paradigme jusnaturaliste⁶⁸, Portalis complète la réflexion de Locke et Montesquieu sur la fonction de juger en régime de distribution de pouvoirs. À bas bruits, il opère une critique du légicentrisme rationaliste des Lumières. Il en souligne les limites en rappelant que le juge reste responsable de l'application de la loi. L'expression législative inéluctablement générale et donc ambiguë marque les limites de l'emprise du texte. Portalis détermine dans quelles mesures l'exercice de la fonction de juger contribue à la concrétisation de la loi. À l'image de Montesquieu son attachement au jusnaturalisme lui permet d'éviter de penser le rapport entre pouvoir législatif et pouvoir du juge selon les modalités du conflit. Imprégné de l'usage quotidien des tribunaux, Portalis renvoie à un sens commun dont il postule qu'il est largement partagé par les autorités publiques de l'État. Sa méfiance à l'égard d'un volontarisme politique débridé⁶⁹ l'incite à soutenir que seule la collaboration entre le juge et le législateur est un gage de bon droit.

En popularisant, l'idée d'unité de la souveraineté au XVI^e s., J. Bodin devait porter un « coup mortel »⁷⁰ à l'utopie persistante depuis Polybe du régime mixte. Pour autant les publicistes des XVII^e et XVIII^e siècles n'ont pas adopté la figure radicalement opposé d'un régime de séparation stricte des pouvoirs. Locke commence par distinguer les différents pouvoirs constitutifs de la souveraineté politique. Et marqué par les circonstances anglaises de son temps, il imagine un équilibre dans la distribution des pouvoirs entre le roi et le parlement.

Egalement sensible aux évolutions du système politique britannique, Montesquieu imagine un régime de distribution des pouvoirs dans lequel chacun est remis entre les mains de différentes forces sociales. Inspiré par une idéologie mécaniste newtonienne, il voit l'équilibre politique s'instaurer au sein d'un champ de forces. Pour autant il ne fait pas découler cet équilibre de la conflictualité des forces sociales. Son adhésion au jusnaturalisme le lui interdit. Pour Montesquieu l'équilibre des pouvoirs implique leur collaboration. Il pose toutefois la question des relations entre le juge et le législateur en cas de lacunes législative. Le thème de l'étendue du pouvoir d'interprétation judiciaire est posé sans être traité de façon satisfaisante.

⁶⁸ B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel avec le Code civil », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, 1988, p. 77-108.

⁶⁹ Portalis développe tout particulièrement ce thème dans : J-E-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e s.*, reprint Dalloz, 2007.

⁷⁰ H. MOREL, « Le régime mixte ou l'idéologie du meilleurs régime politique », *Mélanges Henri Morel*, PUAM, 1989, p. 500.

J-E-M. Portalis poursuivra la réflexion en initiant ses lecteurs à la science du magistrat. Là encore l'adhésion au jusnaturalisme implique une collaboration du juge et du législateur articulée autour de la distinction entre la généralité de l'expression législative et l'autorité relative à la chose jugée inhérente au raisonnement judiciaire. Certes le débat n'est pas clos. Aux États-Unis le pouvoir judiciaire contrebalance le législatif, alors qu'en France on admet au mieux l'existence d'une « autorité » judiciaire dont la puissance est discutée⁷¹. Peut-être peut-on voir dans la pensée jusnaturaliste de Locke, Montesquieu et Portalis le dépassement d'une telle opposition. Leur réflexion incite les défenseurs d'un régime de séparation des pouvoirs à admettre que l'équilibre politique dépend de leur collaboration. Cet esprit de coopération peut même être entendu comme l'une des qualités complémentaires du juge à celle d'impartialité.

⁷¹ O. THOLOZAN « Fonction de juger et séparation des autorités administratives et judiciaires dans la culture juridique française », U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, *La répartition des compétences juridictionnelles*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 114-117.