

H-France Review Vol. 17 (February 2017), No. 31

Till Hanisch, *Justice et puissance de juger chez Montesquieu. Une étude contextualiste*. Paris : Classiques Garnier, « Bibliothèque de la pensée juridique » 5, 2015. 300 pp. bibliographie, index et table des matières. ISBN 978-2-8124-3563-8.

Compte-rendu par Gabrielle Radica, Université de Picardie-Jules Verne.

La paradoxale fortune constitutionnelle de Montesquieu est souvent l'occasion pour les commentateurs—historiens, littéraires, juristes, philosophes—de revenir sur les textes de l'auteur et de reconstituer leur contexte afin de dissiper divers malentendus qui se sont développés à son propos et qui ont eu des effets historiques certains. Ainsi, avec le livre XI de *l'Esprit des lois*, et plus précisément les chapitres qui portent sur la constitution d'Angleterre, Montesquieu figure désormais parmi les pères de la théorie de la séparation des pouvoirs, jusque dans ses interprétations les plus strictes, à savoir celles qui exigent comme aux Etats-Unis que les trois principaux pouvoirs n'interfèrent ni ne communiquent entre eux. Un article célèbre de Charles Eisenmann a pourtant mis les choses au point depuis longtemps.[1]

Montesquieu n'a jamais érigé l'Angleterre en modèle unique pour tous les régimes et Céline Spector, à l'origine de la réédition récente de cet article, a souligné dans ses propres travaux que le modèle anglais voisine dans le livre XI avec un modèle français de modération politique sur lequel les lecteurs passent en général trop vite. De plus, Charles Eisenmann montre que Montesquieu favorise dans ces chapitres la solution qui consiste à ne pas trop concentrer les pouvoirs en une seule personne, en un seul organe. Or, cet objectif est parfaitement compatible avec la dissociation des organes (roi, parlements, juges) et des fonctions (législative, exécutive, judiciaire), et avec le système anglais des *checks and balances* : dans ce dernier, loin de séparer l'organe qui accomplit telle fonction de l'organe qui accomplit telle autre fonction, on répartit au contraire et on disperse pour ainsi dire la fonction législative entre le roi, la chambre des Lords et la chambre des communes afin qu'elle ne soit pas concentrée en une seule personne : c'est tout le contraire des principes constitutionnels américains de séparation. Mais ces mises au point du commentaire savant demeurent peu de chose par rapport à la masse des manuels de droit constitutionnel qui continuent d'enseigner aux étudiants de première année en droit que le système de la séparation des pouvoirs nous vient de Montesquieu.

Il en va de même pour le débat que Till Hanisch reprend ici à son compte, et qui concerne lui aussi des dispositifs juridiques positifs ayant marqué l'histoire constitutionnelle, surtout française. Au sujet de ce débat qui se focalise donc autour de la fonction du juge et de la puissance de juger, Montesquieu écrit dans *l'Esprit des lois*, XI, 6 :

« 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 qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »

C'est en s'appuyant sur ce texte qui demande que les juges soient des êtres inanimés, que le tribun Mailla-Garat résume, au moment des débats précédant la rédaction du Code civil de 1804, le

ressentiment grandissant des Français à l'égard de l'arbitraire des juges, et défend le principe légicentriste de l'illégitimité de la fonction interprétative du juge. Les juges ne doivent être rien de plus que des automates qui appliquent la loi sans y mettre du leur. Et par là, de la même façon que pour le principe de la séparation des pouvoirs, Montesquieu l'ex-magistrat défenseur des parlements, est devenu bien malgré lui l'inspirateur et le garant du légicentrisme post-révolutionnaire français. En mobilisant les ressources de la philosophie et de l'histoire, Till Hanisch s'emploie donc dans son ouvrage à montrer que Montesquieu n'a pas énoncé de principe tel que celui de l'illégitimité de la fonction interprétative du juge.

Le retour sur ce débat d'interprétation qui dure encore (ainsi Blandine Kriegel a accusé récemment Montesquieu d'avoir procédé à une « dépréciation de la puissance de juger ») est l'occasion d'un projet plus ambitieux auquel répond justement l'ouvrage.^[2] Till Hanisch combine en effet les analyses sur le rôle du juge avec une étude de la notion de justice chez Montesquieu, et lie ainsi deux aspects qui sont d'après lui trop souvent étudiés séparément : l'idée de justice d'une part, les pratiques judiciaires d'autre part. Ces éléments sont nourris par une étude du domaine des relations internationales dans lequel la puissance de juger du prince, et non plus celle du juge, est engagée. Enfin, les biais observables dans l'interprétation de Montesquieu étant souvent dus à une insuffisante contextualisation de ses textes, Till Hanisch fait précéder ses arguments d'une mise au point méthodologique. Nous comprenons donc pourquoi cette étude de la « justice et de la puissance de juger chez Montesquieu » se découpe de la façon suivante : Till Hanisch définit la méthode qu'il entend suivre dans l'étude comme un contextualisme soucieux d'intégrer la question de la réception (premier chapitre) ; il montre ensuite que la notion de justice de Montesquieu est centrée sur la modération et l'équité, et qu'il s'agit d'en retrouver les manifestations institutionnelles plutôt que la définition philosophique (second chapitre) ; il réhabilite la fonction interprétative du juge à la lumière de considérations constitutionnelles (troisième chapitre) ; enfin, il examine les limites de la volonté de puissance du prince dans le cadre des relations internationales (dernier chapitre).

Le premier chapitre est consacré à la méthode de lecture défendue par Till Hanisch qui veut bénéficier tant des apports du contextualisme skinnerien que des travaux sur la réception comme ceux de Jauss. En effet, si l'on doit s'appuyer sur le contexte pour comprendre ce que fait un auteur, ce que signifie son texte, il ne faut pas faire comme si ce contexte était conventionnel, et donné à l'auteur sans médiation. C'est au contraire un contexte qui est lui-même reçu et interprété par l'auteur : on devra être attentif à ce qu'en l'occurrence, Montesquieu—et non nos contemporains—a retenu de Platon, d'Aristote, ou de Hobbes. La méthode préconisée par Till Hanisch est féconde et permet par exemple d'expliquer dans le second chapitre que l'emploi de l'expression « êtres inanimés » pour qualifier les juges ne doit pas être éclairé par les débats révolutionnaires ultérieurs sur le légicentrisme comme les lecteurs le font trop souvent, mais plutôt par les débats politiques et constitutionnels antérieurs, tant français qu'anglais, qui posent la question de savoir s'il est légitime de laisser au roi la fonction judiciaire et de le tenir, selon l'expression aristotélicienne, pour la loi « animée ». Sans le rappel de ce contexte politique, et sans l'étude de la connaissance et de la conception que s'en fait Montesquieu, on ne comprend pas son texte.

Le chapitre suivant sur la notion de justice est en un sens lui aussi méthodologique, dans la mesure où Till Hanisch entend rappeler que l'approche de la justice par Montesquieu est plus pragmatique que théorique : « en vain cherchera-t-on chez Montesquieu une théorie systématique de la justice » (p. 63). Cela explique que le terme de justice n'apparaît pas beaucoup dans l'œuvre bien que l'idée y soit amplement mise en œuvre : Montesquieu cherche ce qui assure les « rapports de convenance » et de « convergence vers l'harmonie » dans les sociétés et les institutions réelles qu'il décrit. Ce caractère pragmatique n'empêche pas Till Hanisch de vouloir reconstituer le contexte philosophique d'élaboration de la notion de justice, de rappeler l'importance de Malebranche, Leibniz, et d'insister sur le rôle qu'y jouent les idées platoniciennes et cicéroniennes de modération et d'équité.

Le troisième chapitre semble être le cœur de l'ouvrage comme nous l'avons suggéré : c'est celui qui rend au juge sa fonction interprétative et insère les textes dans le combat mené par Montesquieu contre l'extension du contrôle royal sur le pouvoir judiciaire (p. 124). On s'écarte toujours du gouvernement modéré quand le souverain prétend être le juge. Ce chapitre de l'ouvrage est documenté par la reconstitution historique des évolutions constitutionnelles française et anglaise récentes et de la centralisation monarchique : répression des juristes qui s'opposèrent aux prétentions judiciaires royales (ainsi de Bellièvre dont Louis XIII supporte mal qu'il revendique un procès plus juste pour La Valette (p. 135-136), et de Coke pour l'Angleterre), multiplication des tribunaux d'exception. Till Hanisch rappelle que Montesquieu donne également un écho historique à ces inquiétudes dans ses analyses des prétentions judiciaires des empereurs romains (par exemple Justinien qui avait la « fureur de juger »).

Un autre apport de Till Hanisch doit être relevé dans cette partie : le juge a bien une fonction interprétative dans un régime modéré, mais, loin de l'appuyer sur l'équité et la raison naturelle qui pourraient occasionner un nouvel arbitraire, Montesquieu fait reposer cette interprétation du juge sur « l'esprit de la loi », instance objective de référence qui assure que les juges ne se comporteront pas à leur tour en petits despotes, mais exerceront leur compétence dans le périmètre de la loi dont ils se font la « bouche ». C'est une raison, non pas naturelle, mais au contraire « historique et sociale » que le juge doit consulter. Pas plus le volontarisme que le jusnaturalisme ne sont ainsi à même de fournir un cadre satisfaisant pour penser le domaine interprétatif réservé au juge.

Le dernier chapitre étend les questions de justice au domaine du droit des gens et des relations internationales, et montre les positions humanistes et anti-bellicistes de Montesquieu qui critique « la dimension punitive de la guerre juste, le droit d'asservissement par la conquête, le principe de la *terra nullius* et le droit à la liberté du commerce » (p. 198). La puissance de juger étudiée ici est désormais celle du prince, en l'absence d'une juridiction supérieure aux Etats. Montesquieu veut limiter contre Hobbes, Grotius et Pufendorf, le « droit de conquête » et ne tire pas de celui-ci un droit à dominer les populations une fois la paix atteinte ; il s'oppose même à Locke qui prétend que des terres non cultivées auraient le statut de *terra nullius* (*Esprit des lois*, XVIII (voir Till Hanisch, p. 228)). Bref, son intention générale est la limitation de la guerre et de toute forme d'impérialisme puisque Montesquieu ne soutient même pas une liberté absolue du commerce.

L'ouvrage est documenté, intéressant, sérieux, et suggestif. Ce sont précisément ces qualités complémentaires qui invitent à exposer quelques interrogations à son sujet.

D'abord sur la méthode exposée en première partie, si un contextualisme clairement assumé et réflexif est une exigence nécessaire pour l'étude de textes comme ceux de Montesquieu, et si Till Hanisch montre la fécondité de sa démarche dans sa reconstitution des débats constitutionnels anglais et français, pourquoi y réfléchir de façon préalable et dans les seuls termes contemporains que fournissent Austin, Derrida, Pocock ? Pourquoi, en d'autres termes, y réfléchir dans une visée anhistorique, comme si tous les textes politiques avaient les mêmes propriétés, indépendamment du contexte justement ? Et pourquoi ne pas puiser quelques leçons d'interprétation chez cet auteur, Montesquieu, qui est un maître en la matière ? On suggèrera que le contextualisme doit être lui-même mis en contexte et que la méthode pourrait s'enrichir des enseignements méthodologiques de l'auteur étudié lui-même. On voit de fait Till Hanisch hésiter quelque peu, puisque d'une part, il veut suivre les contemporains de Beaugrande et Dressler, qui prêtent à tout texte de philosophie juridique ou politique le caractère de la « cohérence maximale » (p. 47) et applique cette description aux textes de Montesquieu, et que d'autre part, il voit à l'œuvre chez ce dernier un « éclectisme pragmatique » (p. 71), ce qui n'est pourtant pas un gage de « cohérence maximale ». Ajoutons qu'on aurait pu trouver chez Montesquieu lui-même des règles de recherche de la cohérence dans la lecture d'un texte clairement énoncées (ainsi de la *Pensée* n° 2092 qui explique comment lire un auteur sans lui prêter artificiellement des contradictions).

Ensuite, c'est aussi sur la question de la souveraineté que les positions du commentateur ne semblent pas nettement tranchées. S'opposant à une interprétation répandue de Montesquieu, Till Hanisch affirme que Montesquieu n'a pas abandonné la problématique de la souveraineté, sous le motif, semble-t-il, qu'il n'aurait pas abandonné l'usage de ce terme. Le lecteur aurait souhaité de ce fait voir mieux documentée une telle affirmation. Till Hanisch soutient-il que Montesquieu maintient dans son ouvrage la pertinence de la question suivante, caractéristique de toute pensée de la souveraineté : qui a le droit de trancher en dernier ressort ? Mais l'importance de l'équilibre des pouvoirs, du constitutionnalisme, des corps intermédiaires, de la sécurité juridique, sans cesse rappelée dans *l'Esprit des lois*, va contre la pertinence d'une telle question. Il n'y a pas de détenteur ultime du pouvoir, et il ne doit pas y en avoir. Montesquieu substitue, à l'obsession normative hobbesienne de savoir qui doit trancher en dernier ressort, une analyse inquiète des progrès du despotisme et de la concentration des pouvoirs. Personne ne devrait détenir ce droit sans risque pour l'Etat et, de ce fait, la problématique de la souveraineté semble bien être une question que Montesquieu refuse de retenir comme pertinente.

Ces quelques interrogations naissent certainement de ce que l'auteur, dans la réalisation de son projet, reconnaît toujours la complexité du problème et nuance ses propos. La fidélité générale de l'étude à la démarche de Montesquieu se mesure à la belle caractérisation récapitulative que l'on trouve en conclusion : dans sa définition de la justice, « Montesquieu exprime une logique d'harmonie dans la lenteur, la constance et l'union qui permettent la sûreté et la paix » (p. 261).

NOTE

[1] Charles Eisenmann, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », rééd. in *Lectures de l'Esprit des lois*, éd. T. Hoquet et C. Spector (Bordeaux : Presses universitaires de Bordeaux, 2004). pp. 145-170.

[2] Blandine Kriegel, *État de droit ou Empire?* (Paris : Bayard, 2002), p. 134.

Gabrielle Radica
Université de Picardie-Jules Verne
gabrielle.radica@u-picardie.fr

Copyright © 2016 by the Society for French Historical Studies, all rights reserved. The Society for French Historical Studies permits the electronic distribution of individual reviews for nonprofit educational purposes, provided that full and accurate credit is given to the author, the date of publication, and the location of the review on the H-France website. The Society for French Historical Studies reserves the right to withdraw the license for edistribution/republication of individual reviews at any time and for any specific case. Neither bulk redistribution/ republication in electronic form of more than five percent of the contents of H-France Review nor re-publication of any amount in print form will be permitted without permission. For any other proposed uses, contact the Editor-in-Chief of H-France. The views posted on H-France Review are not necessarily the views of the Society for French Historical Studies.