

« Le juge, bouche de la loi »

A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu

Serge Dauchy

L'expression « Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi », et davantage encore sa formulation abrégée « Le juge, bouche de la loi », constitue l'une des métaphores les plus connues de Montesquieu et probablement aussi l'une des plus citées et commentées dès lors qu'on évoque la justice et les juges. On la trouve dans le livre XI de *L'esprit des lois*, livre qui porte pour titre *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution* et plus précisément dans le chapitre VI intitulé *De la constitution d'Angleterre*. Cette métaphore a fait l'objet au cours des deux derniers siècles de nombreux articles, communications ou discours de rentrée sur les rapports entre le juge et le législateur¹, relatifs à la question de l'interprétation en droit ou encore à propos de la question de savoir si la jurisprudence est, au même titre que la législation (et peut-être aussi que la doctrine), une source formelle du droit. Elle a également fourni matière à la réflexion sur la montée en puissance du judiciaire², sur le rôle des plus hautes juridictions ou encore sur la motivation des décisions de justice. Cette maxime a surtout inspiré l'École de l'exégèse qui naît, après la promulgation du Code civil, à l'initiative de Demolombe, Duranton, Rau et Aubry³. La méthode exégétique considérait le Code civil comme l'unique source du droit, la Loi (avec majuscule) par excellence. Pour les tenants de l'École de l'exégèse, la loi est complète, tout est dans la loi (c'est-à-dire dans les codes) et on doit donc tout pouvoir déduire de la loi. Par conséquent, toute difficulté doit être résolue en se référant à la loi et, si un doute

¹ On citera, à titre d'exemple, la conférence prononcée par Jean-Claude Marin, Procureur général près la Cour de cassation, le 23 novembre 2011, ayant pour titre « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? ».

http://www.paris.notaires.fr/sites/default/files/club_du_chatelet_novembre_2011_discours_de_jean-claude_marin_le_juge_est-il_toujours_la_bouche_de_la_loi_discours.pdf

² F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant « Collection Penser le droit », 2007, introduction.

³ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF « Collection histoires », 1992 et du même auteur, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF « Collection droit fondamental », 1996.

subsiste néanmoins, il faut découvrir la volonté du législateur⁴. Faisant ainsi sienne la célèbre métaphore de Montesquieu, l'École de l'exégèse poursuivait voire consacrait l'œuvre légicentrique de la Révolution.

En proclamant dès le mois d'août 1789 une révolution complète de la justice, l'Assemblée constituante entendait opérer une réorganisation en profondeur de l'administration de la justice mais également une réforme radicale du mode de recrutement, du statut et de la légitimité des juges⁵. En réponse aux critiques formulées dans les cahiers de doléances – qui s'attardaient pour la plupart très longuement sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice – la Constituante engagea en mars 1791 la discussion à partir du rapport préliminaire de Bergasse, discussion qui aboutira à la loi des 16-24 août 1790 et aux articles de la Constitution de 1791 relatifs au pouvoir judiciaire. Pour les Constituants, il fallait non seulement que la puissance des juges soit séparée de la puissance législative et exécutive ; il importait avant tout de régénérer la justice : en rapprochant celle-ci des justiciables (ce qui s'exprimera par la création du juge de paix), en organisant une justice prompte et peu onéreuse (d'où la suppression de l'ordre des avocats et l'instauration des défenseurs officieux ou la simplification des règles procédurales décrétée par le décret de Brumaire an II), en favorisant aussi les modes alternatifs voire extra-judiciaires de résolution des conflits tels que l'arbitrage et la conciliation (avec les tribunaux de famille et la conciliation préliminaire), mais surtout en bornant le pouvoir terrible et arbitraire des juges. « Des juges élus mais point de magistrature », titre ainsi Jean-Pierre Royer dans son *Histoire de la justice en France*.

Seule la loi garantit pleinement les libertés individuelles ; elle fournit surtout l'unique moyen d'écarter tout arbitraire des juges. Dans la nouvelle cité, il fallait à tout prix enchaîner ce terrible pouvoir qu'est le pouvoir de juger et cela ne pouvait se faire

⁴ B. Bouckaert, *De exegetische school: Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieve school bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code Civil*, Anvers, Kluwer, 1981 ; F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, 2013, p. 44-55.

⁵ Les développements sur la période révolutionnaire et la réforme de la justice par l'Assemblée constituante s'appuient principalement sur J.-P. Royer e.a., *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF « Collection Droit fondamental », 2010 ; les actes du colloque d'Orléans publiés sous la direction de M. Vovelle, *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale*, PUF « Collection Université d'Orléans, 2 t., 1988, et J.-Cl. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF « Collection Droit et Justice », 2001,

que si les nouveaux juges, souvent d'anciens avocats, admettaient que la loi était leur souveraine (selon les propos du député Bailly). Il convenait en d'autres termes de sortir de l'histoire par la loi. Les révolutionnaires, comme le note Michel Troper, n'ont jamais envisagé le pouvoir judiciaire comme un élément d'équilibre vis-à-vis du pouvoir législatif et n'ont pas davantage entendu l'associer à ce pouvoir législatif, pas plus du reste qu'à la fonction exécutive⁶. Au contraire, la justice fut dès le départ conçue comme subordonnée au pouvoir législatif et tant dans le projet de Duport que dans celui de Thouret, pourtant considérés l'un et l'autre comme modérés, elle ne fut jamais envisagée autrement que comme bâillonnée et soumise à la loi. Les juges ne devront être, dans leurs jugements, que les « les organes impassables de la loi, dira Merlin de Douai, et en toute circonstance « d'une religieuse fidélité à la loi, compagne inséparable de la liberté », ajoutera Duport⁷.

Cette exigence de soumission de la fonction juridictionnelle – on peut, en effet, et malgré les termes de la Constitution de 1791, difficilement parler de pouvoir⁸ – oriente bien évidemment la conception qu'ont les Constituants de l'action de juger et du jugement lui-même⁹. Pour Duport, le jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi, et le jugement la conséquence. Cette théorie du syllogisme judiciaire découle presque naturellement du culte que les révolutionnaires vouent à la loi, expression de la volonté générale de la Nation. Ils entendent dès lors réduire la fonction juridictionnelle à un exercice quasi-mécanique d'application de la loi. D'où l'idée de Duport d'instaurer également en matière civile l'institution du jury. Cette proposition (dictée par l'idée que l'identité de nature entre causes civiles et criminelles devait conduire à une unité procédurale) ne fut finalement pas retenue par la Constituante dont les membres se rangèrent majoritairement derrière Tronchet et Thouret qui avaient fait valoir qu'en matière civile la distinction du fait et du droit était incompatible avec le système français (et plus largement continental) des modes de preuves. Il n'en demeure pas moins que l'Assemblée décréta que juger au civil consistait bien à appliquer un texte de loi à des faits dûment qualifiés.

⁶ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 2^e éd., 1980.

⁷ Cité par J.-P. Royer e.a., *op. cit.*, p. 256.

⁸ M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », dans *Pouvoirs*, 1981, p. 5-15.

⁹ J.-L. Halpérin, « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, p. 233-256. Voir également J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XII^e-XX^e siècle : l'emprise contemporaine des juges*, t. 2, Paris, Gallimard « Bibliothèque des histoires », 2012.

En aucun cas le juge ne devait prononcer des sentences de portée générale, et cela conformément à l'article 12 de la loi des 16 et 24 août qui interdisait formellement les arrêts de règlement. Ce même article 12 obligea d'ailleurs les juges à s'adresser au corps législatif (et plus particulièrement au Comité de législation créé à cet effet) toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. Le référé législatif venait ainsi consacrer la séparation des pouvoirs entendue en réalité comme une subordination de la fonction juridictionnelle au « pouvoir » législatif¹⁰. Car dans la cité nouvelle que les Constituants entendaient bâtir, le juge devait être placé en bas de la chaîne qui va de production de la norme à son application et les règles de procédures mises en œuvre visaient à limiter autant que possible le pouvoir du juge sur le droit : il fallait rendre sa puissance nulle et invisible¹¹. « From Judges' law to users' law », le résume fort à propos Uzelac¹².

Les députés de la Constituante, en particulier les nombreux praticiens du droit parmi eux, étaient toutefois conscients qu'interdire au juge toute interprétation du droit provoquerait de nouvelles lenteurs et pourrait conduire à une paralysie de la justice. En même temps, le référé législatif inonderait le corps législatif et l'empêcherait de se consacrer à la codification promise de l'ensemble du droit, codification qui devait toutefois être entreprise que bien plus tard, les réformes structurelles ayant priorité. Pour pallier le risque de blocage, la loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790 institua un Tribunal de cassation, placé auprès du corps législatif, et que plusieurs auteurs n'hésitèrent pas à qualifier d' « annexe » ou d' « auxiliaire » du pouvoir législatif, voire même, pour reprendre les propos de Duguit, d'une institution « sous surveillance ».

¹⁰ A propos du référé législatif, voir Y.-L. Huftreau, « Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi », dans *Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris*, série « droit privé », n° 2, 1965 ainsi que Cl. Bloch et J. Hilaire, « Interpréter la loi, les limites d'un grand débat révolutionnaire », dans *Miscellanea Forensia Historica*, Amsterdam, 1988, p. 29-48 et Cl. Bloch and J. Hilaire, « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile? », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, 1988, t. 2, p. 469-482.

¹¹ J. Allard et A. Van Waeyenberge, « *De la bouche à l'oreille*. Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », dans *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 61 (2008/2), p. 110-111.

¹² A. Uzelac, « Turning civil procedure upside down : from Judges' Law to Users' law », dans C.H. Van Rhee, D. Heirbaut et M. Storme, *The French Code of Civil Procedure (1806) after 200 years*, Malines, Kluwer, 2008, p. 413-427.

Comme l'a démontré Jean-Louis Halpérin¹³, la mission du Tribunal de cassation se résumait à l'origine à contrôler l'application mécanique de la loi, c'est-à-dire à approuver ou à rejeter le syllogisme d'un juge inférieur en fonction de sa conformité avec la loi et de sa logique formelle. La compétence du tribunal était strictement circonscrite à ce que Le Chapelier avait préconisé au cours des débats, à savoir sanctionner toute contravention directe au texte de la loi. Toute interprétation générale lui était en revanche interdite. Le Tribunal était tenu d'en référer au Corps législatif chaque fois que les termes de la loi nécessitaient d'être expliqués ou interprétés et à plus forte raison lorsque la loi était muette. Le Tribunal de cassation n'était d'ailleurs pas sensé dégager une solution au litige concerné car, conformément aux idées défendues par Robespierre, il fallait à tout prix éviter qu'il puisse développer une jurisprudence propre. Au contraire, il devait renvoyer le procès devant les tribunaux ordinaires pour être jugé au fond, son rôle se limitant à une remise sur les rails du procès par le rappel des règles de procédure et des termes de la loi.

L'attachement des révolutionnaires aux droits naturels des justiciables, leur culte de la loi, leur détermination à anéantir le corporatisme judiciaire et à soumettre la fonction juridictionnelle et les juges au pouvoir politique tout comme leur volonté de lutter contre la chicane et le coût excessif des procédures, en un mot leur empressement à reconstruire de fond en comble les structures d'un ordre nouveau et de la cité idéale qu'ils appelaient de leurs vœux, s'inspiraient en partie de réformes antérieures. On citera ainsi la célèbre ordonnance pour la réformation de la justice de 1667 qui dans son titre premier, *De l'observation des ordonnances*, disposait déjà, art. 3, que « l'interprétation, la déclaration ou la modération des articles de l'ordonnance relèvent du pouvoir souverain »¹⁴. L'assemblée constituante pouvait également s'inspirer des réformes engagées en Prusse, en Autriche ou encore au Piémont, réformes visant la rationalisation, la centralisation et la codification du droit civil comme pénal, sans oublier bien évidemment le retentissement de la Révolution américaine et de la Constitution des Etats-Unis. Toutefois, ce sont principalement les philosophes des

¹³ J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987.

¹⁴ L'ordonnance pour la réformation de la justice de 1667, préparée par Pussort (le neveu de Colbert), constituait par ailleurs, selon les propos de J. Krynen, "*La haute magistrature contre la codification. Autour de l'Ordonnance civile (1667)*", in A. Iglesia Ferreiros (dir.), *El dret comú i Catalunya*, Barcelona, 2005, Barcelona, p. 175-196, une machine de guerre contre la haute magistrature.

Lumières, et au premier rang Montesquieu, qui ont fourni aux constituants une source d'inspiration et un cadre intellectuel. De nombreux juristes, en particulier des avocats, étaient en effet déjà conquis aux Lumières et adhéraient à ce mouvement de réforme, partageant souvent les idées auteurs en matière de justice (ou tout au moins la critique de ses dérives dénoncées entre autres par Voltaire)¹⁵. Dans *l'Esprit des lois*, Montesquieu écrit qu'il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice, « car si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire puisque le juge serait également législateur ». Il en déduit « que la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, de manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert ». Et, poursuit-il, « puisque les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, ils n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est à l'autorité suprême du corps législatif à modérer la loi en faveur de la loi-même en prononçant moins rigoureusement qu'elle ». Voici donc posés les bases et les termes du débat, un débat qui sera ensuite enrichi par d'autres : Beccaria, Voltaire, Rousseau et Diderot pour ne citer que les plus connus.

Il serait toutefois erroné de déduire d'un rapprochement entre les propos de Montesquieu et les révolutions de la justice opérées par la Constituante entre 1789 et 1791 que les révolutionnaires auraient servilement mis à exécution le programme réformateur proposé par Montesquieu, un programme dont tout le monde reconnaît qu'il visait la promotion d'un système aristocratique d'inspiration conservatrice et libérale (c'est du moins le reproche que lui firent plusieurs encyclopédistes). Il serait tout aussi anachronique de voir dans *l'Esprit des lois*, publié à Genève en 1748, soit 50 ans avant la Révolution, une œuvre prophétique qui annoncerait les bouleversements à venir. *L'Esprit des lois* propose d'abord et avant tout une étude de sociologie politique et de théorie originale de la loi, que son auteur entend étudier dans ses rapports avec des variables tant culturels (la tradition, la religion...) que naturels (le climat et la

¹⁵ Voir à ce sujet les travaux d'Hervé Leuwers, en particulier *L'invention du barreau français (1660-1830). La construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris, EHESS « Collection civilisations et sociétés », 2006 ou Id., « Les avocats, défenseurs des Lumières et de la liberté ? », dans O. Chaline (dir.), *Les parlements et les Lumières*, Pessac, 2012, p. 213- 224.

géographie par exemple)¹⁶. Il faut donc tenir compte de ces paramètres. Il faut en d'autres termes replacer le discours de Montesquieu dans son contexte et privilégier une interprétation téléologique qui commande de retenir le sens que l'auteur entendait donner à son propos et non celui que les générations postérieures en ont déduit par une interprétation littérale.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'expression « le juge, bouche de la loi » ou, plus précisément, « Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi » se trouve dans le chapitre VI du livre XI intitulé *De la constitution d'Angleterre* et doit donc être replacée dans le contexte et dans la pensée juridique anglaise que Montesquieu connaissait bien. Nous savons qu'il séjourna de 1729 à 1731 en Angleterre où il eut l'occasion d'observer la monarchie « constitutionnelle » et parlementaire organisée après la Révolution glorieuse par le Bill of Rights de 1689 et que sa pensée politique s'inspira des *Traité du gouvernement civil* de John Locke¹⁷. Les passages de son *Esprit des lois* relatifs aux rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif, et la métaphore « le juge bouche de la loi », renvoient indirectement aux débats entre les cours de Common Law et le parlement qui agitèrent alors l'Angleterre des premiers Hanovre. Ce débat, connu sous le nom (lui aussi souvent mal compris) de « gouvernement des juges »¹⁸ fut porté à son paroxysme par sir William Blackstone, un contemporain de Montesquieu. Titulaire de la première chaire de droit anglais à l'Université d'Oxford (ses cours seront publiés en 1765 sous le titre *Commentaires sur les lois d'Angleterre*) et ensuite juge à la Cours des plaid commun (Common Pleas), la principale juridiction civile de Common Law¹⁹, sir William Blackstone distingua la *lex non scripta* (le Common Law) et la *lex scripta* (ou « Statute law ») : pour Blackstone, les Statuts du parlement n'ont qu'un rôle secondaire (un rôle ancillaire écrit-il). La législation n'intervient qu'à titre « déclaratoire » (préciser la règle de Common Law) ou « de remède » (compléter une lacune dans le droit

¹⁶ Voir les contributions parues dans *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, Aalen, 1952.

¹⁷ U. Müßig, « At the roots of European legal culture: cross-border influence of Locke and Montesquieu », dans *South African Journal of Legal History, Fundamina* 15-2 (2009), p. 112-135 et J.-P. Poussou, « Montesquieu et la Constitution anglaise : un idéal-type et les réalités britanniques », dans O. Chaline (dir.), *op. cit.*, p. 229- 255.

¹⁸ M. H. Davis, « A government of judges : an historical re-view », dans *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35/2 (1987), p. 559-580.

¹⁹ I. Doolittle, *William Blackstone : a biography*, 2001 et G. Jones (éd.), *The Sovereignty of law : Selections from Blackstone's Commentaries*, 1973.

anglais)²⁰. Blackstone partage en ce sens l'opinion de Sir Edward Coke (qui un siècle plus tôt, au début du règne des Stuart, exerça les fonctions de Premier juge auprès du Banc du Roi, l'autre cours supérieure de Common law), opinion selon laquelle les tribunaux disposent non seulement d'un droit d'interprétation des statuts, mais possèdent en outre le pouvoir de vérifier si les lois du parlement ne sont pas contraires aux principes fondamentaux du Common law et à la jurisprudence des cours²¹. Pour Coke et Blackstone, c'est aux juges, « oracles vivants » et « dépositaires des lois d'Angleterre » que revient la mission de dire le droit. Le Common law était et demeurait un droit jurisprudentiel, un droit créé et interprété par les juges²².

On ne peut toutefois pas imaginer qu'en rédigeant ce passage sur les rapports entre les pouvoirs législatif et judiciaire, Montesquieu qui avait hérité en 1716, à la mort de son oncle, de la baronnie de Montesquieu (dont il prit le nom) et de la charge de président à mortier du parlement de Bordeaux (qu'il délaisse dès qu'il le peut)²³, n'ait pas eu également en tête la situation dans le royaume de France. Il est, en effet, invraisemblable que la question d'une nécessaire distribution entre les pouvoirs n'ait pas évoqué chez lui le droit de remontrance que les parlements avaient retrouvé après la mort de Louis XIV, en 1715, et l'opposition parlementaire presque continuelle au cours du XVIII^e siècle²⁴. Il n'ignorait pas davantage leur prétention à pouvoir examiner, avant tout enregistrement, si les ordonnances royales, les édits et autres lois n'étaient en rien contraires aux lois fondamentales du Royaume dont les parlementaires prétendaient précisément être les gardiens. On pense enfin au pouvoir réglementaire des parlements. Les arrêts de règlement exprimaient une compétence quasi législative qui, selon Loyseau, « s'enracine dans le fait que le roi ne peut tout savoir, ni être partout, et que par conséquent il ne lui est pas possible de pourvoir à toutes les occurrences qui

²⁰ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Londres, 3^e éd., 1990, p. 219-221.

²¹ J. Beauté, *Un grand juriste anglais : sir Edward Coke (1552-1634). Ses idées politiques et constitutionnelles, ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Paris, 1975.

²² T. Plucknett, *A concise History of the Common Law*, Londres, 5^e éd. 1956 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, op. cit., et R.C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987.

²³ R. Shackleton, *Montesquieu, Biographie critique*, Genoble, 1977 et M. Figeac, *Montesquieu un philosophe au milieu de ses vignes*, Université Michel de Montaigne, Bordeaux III, 2005

²⁴ Voir, à titre d'introduction sur l'histoire des parlements à la fin de l'Ancien Régime, C. Le Mao, « Les parlements du XVIII^e siècle : regards de lexicographes », dans *Les parlements et les Lumières*, op. cit., p. 31-50 et J. Krynen, « La oposición parlamentaria en Francia en el siglo XVIII. La enseñanza de las 'Remonstrances' », dans *Revista catalana d'història del dret* 15 (2010), p. 877-910.

arrivent en tous les endroits de son royaume ». C'est parce que sous l'Ancien Régime justice et police sont inséparables et que les deux pouvoirs sont délégués aux cours souveraines que celles-ci se voient reconnaître, pour reprendre l'expression d'Olivier-Martin, « le droit de renouveler et d'animer la loi », même en dehors de tout contentieux²⁵.

Le royaume de France sous l'Ancien Régime aurait pu constituer un exemple parfait de ce que Montesquieu qualifie de « gouvernement despotique ». Le régime monarchique ne laissait aux XVII^e et XVIII^e siècles guère de possibilité de discussion des lois et ne prévoyait pas davantage une distribution des pouvoirs avec fixation des règles de leur équilibre respectif. Si Montesquieu a choisi d'aborder la question de la délimitation des pouvoirs des juges (ainsi que la question de leur statut, en particulier l'abandon de l'inamovibilité, et de leur mode de désignation) dans un chapitre consacré à l'Angleterre, c'est d'abord par prudence. Par rapport aux pouvoirs institués, la prudence lui dictait, en effet, tant du point de vue personnel que professionnel, de ne pas ouvertement critiquer les institutions ni de prendre parti sur les réformes politiques et judiciaires qui faisaient à son époque débat. C'est la raison pour laquelle il prend généralement la Grèce antique, Rome ou l'empire turc pour exemple. Cette prudence sera d'ailleurs peine perdue. L'ouvrage, publié à Genève en 1748 sans mention du nom de son auteur pour éviter la censure, sera d'abord critiqué et attaqué par les jésuites et les jansénistes, mais également par certains encyclopédistes (ce qui conduira l'auteur à publier une *Défense de l'Esprit des lois*), et une année plus tard, en 1751, il sera condamné par la Faculté de Théologie de la Sorbonne et mis à l'index par l'Eglise. Une seconde raison peut également être avancée, à savoir la fascination des philosophes des Lumières pour l'Angleterre. Cette fascination sera d'ailleurs partagée par de nombreux révolutionnaires qui puisèrent dans le modèle politique et judiciaire anglais l'inspiration de leurs réformes. On citera à titre d'exemple (non pas la justice de paix dont les origines continuent à faire débat) le projet de réforme de la justice défendu par Adrien Duport, anglophile déclaré, qui plaida entre autres pour l'extension, sur le modèle anglais, du jury aux affaires civiles afin, je cite, « de dégonfler l'arrogance du magistrat et d'abaisser

²⁵ F. Olivier-Martin, *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, Les cours de droit, 1949-1950, cité par J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, op. cit., p. 70. Voir également Ph. Payen, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, Paris, PUF, 1997.

la toute-puissance d'un juge qui n'avait jusqu'à présent que trop abusé de son pouvoir et grossi indéfiniment ces arsenaux de chicane où s'égarraient les plaideurs »²⁶. Pour remettre le juge à sa vraie place, cet ancien conseiller au parlement de Paris préconisait lui aussi le recours au syllogisme judiciaire. Les faits seraient déterminés par ceux que Jean-Pierre Royer qualifie de « plus voisins et plus accoutumés », à savoir les jurés, tandis que la loi applicable serait fixée par ceux qui étaient rompus à son application, sa stricte et mécanique application, c'est-à-dire les juges. Le projet de jury civil sera finalement abandonné et même définitivement enterré par la Convention suite au revirement de Robespierre, initialement favorable à l'idée. En revanche, et comme Montesquieu l'avait proposé, l'Assemblée constituante adoptera le principe de l'élection des juges : tous les juges seraient donc désormais élus, des juges de paix aux juges des tribunaux de district et l'élection sera même étendue aux membres du Tribunal de cassation²⁷.

Il est pourtant peu probable que Montesquieu ait voulu donner à sa métaphore « Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi » une portée aussi extensive et radicale que celle que l'Assemblée Constituante lui accordera et qu'elle traduira en décret. L'objectif de notre auteur est de poser le problème de la relation entre le juge, principal maître de l'application de la loi, et le législateur à qui revient la responsabilité d'élaborer cette loi. Montesquieu plaide certes, pour reprendre la terminologie de *l'Esprit des lois*, pour la mise en œuvre d'un nécessaire mécanisme de contre-balance réciproque entre les puissances judiciaire et législatif, mécanisme conduisant nécessairement et inévitablement à une relation de subordination de la justice à la loi et donc du juge au législateur (distinct lui-même du pouvoir exécutif), mais il n'a, en revanche, jamais entendu nier au juge ce qui constitue sa mission essentielle, à savoir l'interprétation de la loi générale. Si le juge est « la bouche de la loi », c'est précisément parce qu'il lui revient, par le raisonnement (bien évidemment à partir de la loi), de déterminer la signification qu'il convient de donner à la loi ou, plus exactement, et par une démarche téléologique, de déterminer le sens que le législateur entendait donner

²⁶ A. Padoa Schioppa, « Le jury d'Adrien Duport », dans *La révolution et l'ordre juridique privé*, op. cit., t. 2, p. 609-622.

²⁷ Sur le principe de l'élection des juges, voir les contributions réunies dans J. Krynen (dir.), *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Paris 1999.

aux paroles de la loi²⁸. Le juge est le nécessaire « locuteur » de la loi, chargé d'interpréter celle-ci et de lui donner son sens et sa signification. Cela est d'autant plus vrai et important que les philosophes des Lumières plaident pour l'obligation de motivation des décisions de justice. Or, pour les auteurs de la fin de l'Ancien Régime, la motivation prenait un sens totalement différent de celui que lui donneront les révolutionnaires pour qui cette notion (qui de surcroît ne connaît pas dans le système continental la formulation d'opinions dissidentes mais fait parler le juge, même en formation collégiale, d'une seule voix²⁹) rime avec qualification et se résume, dans le prolongement du syllogisme judiciaire, à une simple énonciation des dispositions de la loi ou, après l'œuvre codificatrice de Napoléon, à l'énumération des articles du ou des code(s) concerné(s)³⁰. A l'époque de Montesquieu on n'en est encore qu'aux premiers balbutiements d'une codification du droit, surtout en matière civile, et si les juges continuent, par habitude autant que par commodité, à ne pas motiver les décisions, ils mobilisent néanmoins pour trancher les contentieux qui leur sont soumis la coutume, le droit romain, la doctrine et la jurisprudence des cours³¹. Quant au système judiciaire

²⁸ M. Stolleis, « Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism », dans Y. Morigiwa, M. Stolleis et J.-L. Halpérin (éd.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of the Law*, Dordrecht, Springer « Law and Philosophy Library 95 », 2011, p. 6-7 : « Montesquieu's famous description of the judiciary as the *bouche de la loi* is often misunderstood, as well as the connections that it implies for the separation of powers. It does not imply that judicial interpretation is not useful, but only that the law – in the mechanical sense – contains solutions for everything, and that the judge plays the part of the mouth to speak it aloud ». Voir également les remarques conclusives de Y. Morigiwa, « Interpretation by Another Name. The function of *Rechtsfindung* in the Modern State », dans *Ibid.*, p. 12 sq. et U. Seif, « Der missverstandene Montesquieu : Gewaltbalance, nicht Gewaltentrennung », dans *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 22 (2000), p. 149 sq.

²⁹ Des notes rédigées par des parlementaires à la fin de l'Ancien Régime, par exemple par des conseillers du parlement de Flandre, font état des opinions dissidentes et concurrentes et prouvent que le principe selon lequel la justice « ne parle que d'une seule voix » a été imposé par la Révolution et s'inscrit bien dans cette volonté révolutionnaire de réduire le rôle du juge à une simple application mécanique de la loi. Ces notes démontrent surtout que la mention d'opinions dissidentes n'était pas inconnue dans la tradition continentale : S. Dauchy, « L'art de convaincre... et ses limites. *Ars persuasionis* en matière civile dans la France d'Ancien Régime », dans B. Durand (éd.), *'Ars Persuasionis'. Entre doute et certitude*, Berlin, 2011 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History 30), 2012, p. 77-88.

³⁰ V. Demars-Sion et S. Dauchy, « La non motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : un usage controversé », dans W.H. Bryson et S. Dauchy, *Ratio decidendi. Guiding principles of judicial decisions*, vol. 1 : *Case Law*, Berlin, 2006 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Bd. 25/1), p. 87-116.

³¹ Voir par exemple S. Dauchy et V. Demars-Sion (éd.), *La jurisprudence de Flandre de George de Ghewiet*, Bruxelles, (Commission royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique, Recueil de l'ancienne Jurisprudence de la Belgique, 4^e série), 2008, 890 p. et, à titre d'introduction, Id., « A propos d'un 'recueil d'arrêts inédit' : La jurisprudence de Flandre de

anglais, il laisse et laissera encore longtemps, même après sa refonte en profondeur par les *Judicature Acts* de 1873-1875, une large place au précédent judiciaire³². Replacé ainsi dans son contexte, la métaphore de Montesquieu peut faire l'objet d'un parallèle avec l'évolution de la littérature juridique à la fin de l'Ancien régime et en particulier avec l'apparition des dictionnaires de jurisprudence. Ceux-ci, en effet, ne cherchent-ils pas, conformément aux idées des Lumières, à présenter les principes généraux du droit plutôt que d'insister, comme c'était le cas auparavant, sur la diversité de la jurisprudence des cours. Ces dictionnaires participent, pour citer T. Le Marc'hadour, à la construction d'une « jurisprudence des arrêlistes conçue comme science du droit³³, science du droit dont les juges (du moins les juges des cours souveraines) figurent parmi les principaux artisans. L'expression « le juge bouche de la loi » établit, comme le note M. Stolleis, une relation hiérarchique entre le monarque, comme source de la loi, et les juridictions souveraines : « Montesquieu's statement », écrit-il, « is not an endorsement of the modern-day commitment or 'the rule of law', nor of the idea that the judiciary is forbidden to deviate from it. Montesquieu is merely describing the legal relationship between the monarch and the judiciary... and denotes the hierarchy of law as stemming from the sovereign »³⁴ (que ce 'souverain' soit en France le roi et plus tard la Nation ou en Angleterre le Parlement, pourrait-on d'ailleurs ajouter). Dans ce sens, la métaphore « le juge, bouche de la loi » sonne familier à nos oreilles en rappelant le débat actuel sur les rapports qu'entretient le juge avec le législateur ; un juge qui, pour assurer sa mission d'application de la loi, doit avoir une latitude d'appréciation par rapport aux sources qui concourent à la réalisation du droit. Cette interprétation ne peut se cantonner à révéler, comme le préconisait l'École de l'exégèse conduite par Demolombe, la volonté du législateur dans un respect quasi-religieux du texte (en se référant presque exclusivement aux travaux préparatoires de la loi et à la tradition juridique au moment

Georges de Ghewiet », dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du droit*, t. 77 (2009), p. 157-189

³² M.-C. Belleau, « Pouvoir judiciaire et codification : perspective historique », dans *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 28 (1997-1998), p. 67-115.

³³ Voir S. Dauchy et V. Demars-Sion (dir), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e – XVIII^e siècles)*, Paris, La mémoire du droit, 2005 et, en particulier, la contribution de M. Le Marc'hadour intitulée « Arrestographie et doctrine pénale dans la France moderne (XVII^e-XVIII^e siècles) ». A titre de comparaison, voir aussi J.-L. Thireau, « La coutume au temps des Lumières », dans *Les parlements et les Lumières*, op. cit., p. 159-178.

³⁴ M. Stolleis, art. cit., p. 7.

où la loi fut rédigée)³⁵. Elle doit au contraire être envisagée dans l'esprit proposé par François Gény à la fin du XIX^e siècle, à savoir une interprétation qui, tenant compte des évolutions sociales, économiques et politiques ainsi que des réalités juridiques changeantes, cherche à retrouver, de manière certes encadrée, l'intention du législateur et ce que celui-ci aurait voulu dans l'état actuel des choses³⁶. Pour conclure, on laissera donc la parole à Portalis qui dans son discours préliminaire au Code civil écrit que « La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée et donc d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre ne suffit pas »³⁷. Le juge, « bouche du droit » avant d'être « bouche de la loi » et peut-être, même dans l'esprit de Montesquieu, la bouche « créatrice » d'un droit vivant. Pas plus que la justice ne doit être aveugle, le juge en effet ne doit être muet.

³⁵ J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Collection « Domat droit public », 1997, p. 351-354.

³⁶ F. Audren and J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, *op. cit.*, passim.

³⁷ J.-E.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, Discours prononcé le 21 janvier 1801*, avec une Préface de M. Massenet. Bordeaux, Éditions Confluences « Collection Voix de la Cité », 2004.

http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf