

« Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire » : statut de la romanité et rationalité des coutumes dans *L'Esprit des lois* de Montesquieu

« A peine eus-je lu quelques ouvrages de jurisprudence que je la regardai comme un pays où la Raison voulait habiter sans la Philosophie »
(*Mes Pensées*, n° 1868).

L'Esprit des lois a donné lieu à des interprétations contrastées. Selon certains, l'œuvre de Montesquieu assume un rôle fondateur de la science historique du droit¹ ou de la sociologie du droit (E. Ehrlich², G. Gurvitch³, R. Aron⁴). Convoqué au tribunal de l'histoire par les partisans d'une histoire juridique du droit (Savigny⁵, E. Laboulaye⁶), voire par les défenseurs d'une conception sociologique du droit (E. Durkheim⁷), Montesquieu est à la croisée d'une réflexion philosophique et historique. Donald Kelley, en revanche, minimise son apport : non seulement la volonté de découvrir « l'esprit » ou la rationalité des

¹ Montesquieu « conçoit bien le droit comme une science mais incline vers le déterminisme ; pour lui, les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ; elles sont conditionnées par le climat, par la race et par l'histoire. Longtemps, ce déterminisme paraîtra la marque de la science, et cela même a conduit à voir en Montesquieu le fondateur de l'histoire du droit » (P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, Paris, Albin Michel, 1985, p. 12).

² E. Ehrlich, « Montesquieu and Sociological Jurisprudence », *Harvard Law Review*, n° 29, 1936, p. 583.

³ G. Gurvitch, « La sociologie juridique de Montesquieu », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 46, 1939, p. 611-626. Lecture critique, il faut le souligner.

⁴ R. Aron, *Les Etapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, chap. 1.

⁵ Sur F. C. Von Savigny, voir l'article « Ecole historique, pandectisme et codification en Allemagne » de O. Jouanjan dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials éd., Paris, P.U.F., 2003, p. 571-578 (ainsi que la bibliographie).

⁶ Sur E. Laboulaye, « légataire de Montesquieu », voir S. Goyard-Fabre, *Montesquieu. La nature, les lois, la liberté*, Paris, P.U. F., 1993, p. 328-342 ; A. Armandi, « Dalla libertà inglese alla libertà americana : Laboulaye e Montesquieu », in *Montesquieu e i suoi interpreti*, D. Felice éd., Pise, ETS, 2005, p. 627-670.

⁷ Durkheim ne considère pas seulement Montesquieu comme le précurseur de la sociologie (« La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale », in *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie* (1892), Paris, Marcel Rivière, 1966) ; il s'inspire de sa méthode en abordant le droit dans la *Division du travail social* qui est contemporain de ce texte.

lois est presque aussi ancienne que le droit⁸, mais l'approche sociologique de la « nature des choses » est issue de la romanistique⁹. En un mot, « le système proto-sociologique que Montesquieu critique et restructure n'est autre que le *Corpus Juris Civilis* lui-même en ses diverses élaborations »¹⁰. D. Kelley privilégie ainsi les livres historiques finaux de *L'Esprit des lois* – en particulier le livre XXVIII consacré aux origines du droit français. Dans ses écarts à la tradition civiliste, Montesquieu demeurerait fidèle à la tradition juridique française : ses réflexions suivent les traces des légistes qui élaborent les grandes catégories d'une science de la société¹¹. La formule célèbre de Montesquieu (« il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire »¹²) ne fournirait donc nullement le socle d'une méthode révolutionnaire afin de penser l'émergence d'une science historique du droit. Dans un tout autre registre, l'ambivalence de Hegel était déjà révélatrice : si Montesquieu (suivi par l'école historique écossaise ou allemande) a raison de s'interroger sur l'émergence des institutions juridiques à partir des mœurs ou de l'éthique sociale d'un peuple, s'il a pensé, le premier, le droit et la société sous la catégorie de *totalité*¹³, l'explication de la genèse du droit ne peut suppléer à une détermination conceptuelle du juste¹⁴.

Ces jugements contradictoires sont symptomatiques : ils révèlent sa place stratégique de Montesquieu dans la matrice des savoirs juridiques. En minimisant le rôle du droit naturel, désormais dénué de privilège normatif¹⁵, en accordant une place décisive aux

⁸ D. R. Kelley, *The Human Measure. The Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 219-222.

⁹ D. Kelley, « The Prehistory of Sociology. Montesquieu, Vico, and the Legal Tradition », in *History, Law and the Human Sciences*, Londres, Variorum Reprints, 1984, p. 133-144. D. Kelley soutient, sans étayer sa thèse, que le plan de *L'Esprit des lois* est secrètement inspiré du *Digeste*, et que Montesquieu use abondamment des autorités romanistes et des commentateurs modernes.

¹⁰ *Ibid.*, p. 137 (notre traduction).

¹¹ Voir D. Kelley, *Foundations of Modern Historical Scholarship*, New York, Columbia University Press, 1970.

¹² Montesquieu, *De l'esprit des lois* (désormais *EL*), XXXI, 2, *i. f.*

¹³ Montesquieu a « donné la vraie vision historique, le point de vue véritablement philosophique, qui consiste à ne pas considérer isolément et abstraitement la législation en général et ses déterminations particulières, mais, au contraire, à les envisager comme un élément étroitement lié à une totalité, en rapport avec les autres déterminations qui constituent le caractère d'une nation et d'une époque. C'est dans ce rapport qu'elles acquièrent leur véritable signification et, par suite, leur justification » (G.W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, § 3, p. 64-65. Voir § 261, Rem., p. 265). Voir *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1972, 4^e partie, p. 97-98.

¹⁴ G.W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathé, Paris, Vrin, 1989, § 3. Selon Hegel, il faut maintenir la différence entre le développement fondé sur des causes historiques et le développement fondé sur le mouvement du concept (voir également § 219).

¹⁵ Il est impossible de rappeler toutes les références relatives à la controverse sur ce point. Une bibliographie complète est fournie par J.-P. Courtois, *Inflexions de la rationalité dans « L'Esprit des lois »*, Paris, P.U.F., 1999. Nous nous permettons également de renvoyer à notre article « Droit naturel » dans *Le Vocabulaire de Montesquieu*, Paris, Ellipses, 2001.

coutumes dans l'histoire juridique européenne¹⁶, Montesquieu propose une nouvelle réflexion sur la justice et la rationalité du droit¹⁷. Or la possibilité d'une telle rationalisation des coutumes doit être justifiée : serait-ce que ces coutumes sont porteuses d'une rationalité immanente, serait-ce au contraire qu'elles sont une forme de *ratio scripta*, du moins à partir du moment où elles deviennent écrites, générales et autorisées par le roi¹⁸ ? Une tout autre hypothèse peut être invoquée : la rationalité des coutumes ne tient-elle pas à leur seule adéquation aux circonstances historiques, à leur *convenance* à l'esprit général d'un peuple ? L'infinie diversité des usages locaux ne fait-elle que s'exprimer dans une langue juridique commune, qui emprunterait sa structure au droit romain au moment de la rédaction des coutumes¹⁹ ? Il convient donc de s'interroger sur la manière dont, dans l'œuvre de Montesquieu, la rationalité vient aux coutumes, et d'examiner quel rôle joue la romanistique dans ce processus de rationalisation.

Le premier moment de cette contribution tentera d'établir que le droit romain n'est plus le référent normatif supra-légal par excellence dans *L'Esprit des lois*. Montesquieu sort du cadre exclusivement romaniste afin de penser l'histoire juridique européenne²⁰. Comme l'établira également Grosley²¹, l'histoire du droit coutumier ne tire pas sa rationalité du seul

¹⁶ Cette insistance, toutefois, n'est pas originale en soi. Rappelons que selon la formule d'Ulpien, la coutume est le consentement tacite du peuple confirmé par une longue pratique ; c'est le résidu, le vestige ou le souvenir de la manière de nos pères (*mos maiorum*). Les juristes romains distinguaient mai la coutume des mœurs ; le mot *consuetudo* désigne plutôt les mœurs vives et héritées qu'une source du droit ou l'ordre juridique d'un territoire. La coutume a été conceptualisée plus tardivement au Moyen Age, avec notamment Bartole et Lucas de Pena. On trouve une bonne illustration du concept de coutume à Rome dans le *Digeste* (D.1, 3, 32, 10) : « Dans les affaires pour lesquelles on ne s'appuie pas sur des lois écrites, il faut suivre ce qui a été introduit par les mœurs et la coutume (...). La coutume invétérée est, non sans raison, gardée comme une loi ; c'est ce que nous appelons le droit établi par les mœurs ». Nous remercions E. Tillet, professeur de droit à l'Université d'Aix-en-Provence, pour ces précisions que nous lui devons ainsi que pour la lecture précise et attentive de cet article, qui nous a été très précieuse.

¹⁷ Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre article, « Quelle justice ? Quelle rationalité ? La mesure du droit dans *L'Esprit des lois* », in *Montesquieu en 2005*, C. Volpilhac-Augier éd., Oxford, Voltaire Foundation, 2005, p. 219-242.

¹⁸ Voir *EL*, XXVIII, 45, qui fait référence à l'Ordonnance de Montil-les-Tours (1454).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Voir l'article pionnier de G. Benrekassa, « La position de la romanité dans *L'Esprit des lois* : L'Etat moderne et le poids de son histoire », in *Le Politique et sa mémoire*, Paris, Payot, 1983, p. 257-358 (en partic. p. 333-358). Sur le contexte, voir C. Nicolet, *La fabrique d'une nation. La France entre Rome et les Germains*, Paris, Perrin, 2003, rééd. 2006.

²¹ P.-J. Grosley affirme ne pas avoir plagié *L'Esprit des lois* : « Je dois me féliciter ici sur le bonheur que j'ai eu de rencontrer l'Auteur de *L'Esprit des lois*, qui, sur les mêmes autorités que celles que j'emploie, a vu nos coutumes existantes et en vigueur dès le IX^e siècle : les conduisant ainsi jusqu'à la moitié du chemin par lequel je les fais tenir en droiture des anciens Gaulois. Pour dissiper le soupçon de plagiat que cette heureuse rencontre pourrait faire naître, il me suffit d'avertir que lorsque le livre de *L'Esprit des lois* est devenu public, mon manuscrit rempli & terminé était en des mains infiniment respectables qui l'ont livré à l'impression » (*Recherches pour servir à l'histoire du droit françois*, Paris, Estiennes & fils, 1752, p. VI-VII). Montesquieu et Grosley ont échangé une correspondance. Voir notamment la lettre de Montesquieu datée du 4 juillet 1752 : « Je serai ravi que dans la recherche de la vérité nous nous

élément romain. La rationalité doit se penser ici selon un autre paradigme, celui de l'adéquation des pratiques juridiques à « l'esprit général » des peuples. Il reste que lois et mœurs doivent se dire en termes homogènes, faute de pouvoir s'harmoniser, et que le droit romain influe bien, pour une part, sur la formation des coutumes et du droit en France. La question est dès lors de savoir si Montesquieu peut nous aider à déterminer quelle discipline doit en appréhender la vérité. S'il s'agit d'une histoire philosophique du phénomène juridique ayant pour objet l'*esprit du droit*, la distinction entre philosophie du droit et histoire du droit, qui apparaîtra au siècle suivant, est-elle pertinente pour penser l'*histoire naturelle du droit*²² élaborée par *L'Esprit des lois* ?

I. Destitution de la romanité ?

La connaissance qu'avait Montesquieu du droit romain n'a rien de superficiel. Licencié en droit à Bordeaux en août 1708, il séjourne à Paris entre 1709 et 1713 où il approfondit ses connaissances. Il reste de cette période la *Collectio Juris*, c'est-à-dire six cahiers de notes relatives à différents aspects du droit romain et du droit français²³. Les cinq premiers cahiers et la première partie du sixième sont consacrés à une étude détaillée du droit romain – *Digeste*, *Code*, *Novelles* (sans annotation, apparemment, des *Institutes*). Les remarques sur le *Digeste* sont presque entièrement fondées sur le *Corpus Juris Civilis* de Justinien et les gloses (écrites pour l'essentiel du XII^e au XIII^e siècles). En ce qui concerne les notes sur le *Code* et les *Novelles*, Montesquieu a procédé à une analyse beaucoup plus complète, en utilisant les commentaires de plusieurs jurisconsultes comme Antoine

confirmations et nous convainquions l'un l'autre. Quelques objections que vous me fîtes l'honneur de m'envoyer lorsque mon livre parut, me firent juger que nous devons beaucoup espérer de vos connaissances et de vos lumières sur le droit français » (*OC*, A. Masson éd., Paris, Nagel, t. III, 1755, p. 1431).

²² Sur ce point, voir F. Markovits, « Montesquieu : l'esprit d'un peuple, Une histoire expérimentale », in *Former un nouveau peuple ?*, J. Boulad-Ayoub éd., Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, 1996, p. 207-236 ; repris dans *Lectures de L'Esprit des lois*, C. Spector et T. Hoquet éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2004, p. 65-99.

²³ Ces textes ont été publiés pour la première fois dans les *Œuvres complètes* en cours d'édition à la Voltaire Foundation sous la direction de J. Ehrard et de C. Volpilhac-Augier : *Collectio Juris*, in *Œuvres complètes de Montesquieu*, vol. XI et XII, Oxford, Voltaire Foundation, Naples, Instituto Italiano per Gli Studi Filosofici, 2005, textes établis, présentés et annotés par Iris Cox et Andrew Lewis. On se reportera au compte-rendu d'E. Tillet dans la *Revue Montesquieu*, n° 8 (2004-2005). Voir I. Cox & A. Lewis, « Montesquieu observateur et étudiant en droit, Paris et Bordeaux, 1709-1721 », in *Montesquieu, Les années de formation (1689-1720)*, C. Volpilhac-Augier éd., Paris, Universitas, 1999, p. 55-63 ; et I. Cox, *Montesquieu and the History of French Laws*, Oxford, Voltaire Foundation, 1983.

Mornac²⁴ ou Jean Domat²⁵, et quelquefois les ouvrages d'autres jurisconsultes comme Bernard Automne²⁶ et Claude de Ferrière²⁷.

Or sur le statut du droit romain, Montesquieu adopte une position distincte de celle de nombreux juristes de son temps, notamment Domat²⁸. Dans le traité introductif aux *Lois civiles selon leur ordre naturel*, Domat réitère la division des lois en lois naturelles immuables et lois arbitraires (qu'une autorité légitime peut établir, modifier et abolir). Les lois arbitraires sont contenues dans quatre sources : le droit romain, le droit canonique, les ordonnances et les coutumes écrites²⁹. Dans ce cadre où les coutumes (contrairement aux ordonnances, de portée générale) n'ont qu'une autorité particulière, circonscrite à un territoire limité, le droit romain connaît deux formes d'application : « L'un de ces usages est qu'il est observé comme coutume en plusieurs provinces, et qu'il y tient lieu de loi en plusieurs matières. Ce sont ces provinces dont on dit qu'elles se régissent par le droit écrit ; et pour cet usage le droit romain y a la même autorité qu'ont dans les autres leurs coutumes propres. L'autre usage du droit romain en France s'étend à toutes les provinces, et comprend toutes les matières ; et il consiste en ce qu'on observe partout ces règles de la justice et de l'équité qu'on appelle le droit écrit, parce qu'elles sont écrites dans le droit romain. Ainsi, pour ce second usage, il a la même autorité qu'ont la justice et l'équité sur notre raison »³⁰. Chez Domat, deux postulats fondent par conséquent la rationalité du droit. D'une part, le droit romain peut avoir l'autorité d'une coutume locale, dans les pays de droit écrit ; quant à la coutume, elle peut s'écrire et s'authentifier sous la forme de la loi grâce au passage du

²⁴ A. Mornac, *Observationes...* Paris, 1656. Voir *Catalogue de la bibliothèque de Montesquieu à La Brède*, L. Desgraves et C. Volpillac-Auger eds., avec la collab. de F. Weil, Naples, Liguori, 1999, n° 753 (désormais *Catalogue*).

²⁵ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1689, *Catalogue*, n° 751.

²⁶ B. Automne, *La conférence du droit français avec le droit romain*, Paris, 1610, *Catalogue*, n° 721.

²⁷ C. Ferrière, *La jurisprudence du Digeste, conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France, et les décisions des cours souveraines*, Paris, 1667, 1688, *Catalogue*, n° 739 ; *La jurisprudence du Code conférée...* Paris, 1684, *Catalogue*, n° 740 et *La Jurisprudence des Nouvelles*, Paris, 1688. Selon A. Lewis et I. Cox, les réflexions de Montesquieu deviennent plus complexes et plus nuancées au cours de la compilation. Au début, il se contente de choisir certaines sections de chaque titre du *Digeste*, et de reproduire souvent mot à mot l'une des opinions des juristes romains et des gloses de Gottfried (en précisant parfois si les lois en question sont toujours ou non en usage en France). Le commentaire devient plus nuancé au cours des notes sur les douze livres du *Code* et sur les *Nouvelles* ; à la fin, il arrive à Montesquieu de commenter les textes du *Digeste* et du *Code* avec les commentaires, ce qui a pour résultat de se rapprocher du texte du commentaire de Mornac sous une forme simplifiée.

²⁸ D. Kelley pense à tort que Domat est l'inspirateur de la notion d'« esprit des lois ». Voir M.-F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, P.U.F., 2003, I^{re} partie, chap. II.

²⁹ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, chap. XI, p. 42.

³⁰ *Ibid.*, chap. XIII, p. 67-68.

consentement tacite du peuple³¹ à la *volonté exprimée* du législateur. D'autre part, le droit romain fait figure de lieu de cristallisation privilégiée du droit naturel, et constitue à ce titre une forme de référent supra-légal, dont l'autorité est celle de la justice et de la raison elles-mêmes. Dans les *Lois civiles selon leur ordre naturel*, l'homogénéité de l'objet « droit » fonde ainsi la possibilité d'une science rationnelle du droit dont la certitude sera équivalente, sinon supérieure, à celle des sciences de la nature³². Mais cette homogénéité se fonde sur l'hétérogénéité du statut du droit romain : celui-ci est à la fois référent supra-positif et norme positive, il vaut à la fois comme coutume locale et comme *ratio* universelle. Ce qui prime est l'autorité de la justice et de la raison, relayée par la volonté du souverain. C'est pourquoi Domat envisage les rapports du droit et de l'histoire sur le mode de l'exclusion : même dans le domaine des lois arbitraires, lieu de la contingence, toutes les lois ont leur fondement « dans quelque principe de l'ordre de la société » et en dernière instance dans les lois immuables auxquelles le droit romain fournit une expression rationnelle.

Or Montesquieu prend ses distances à l'égard de cette approche abstraite, jusnaturaliste, du droit. Il définit la recherche de *l'esprit des lois* par différence avec celle d'un *ordre naturel* des lois³³. Ressurgit dès lors la question des rapports entre science du droit et histoire du droit : *L'Esprit des lois* aborde la question de l'historicité du droit, ce qui conduit à envisager tout autrement la raison dans l'histoire et à rejeter les deux postulats qui fondaient chez Domat la possibilité d'une science rationnelle du droit. En premier lieu, la coutume n'est plus renvoyée (comme elle l'est également chez Hobbes) à la volonté du législateur qui entérinerait un consentement tacite du peuple. La question de Montesquieu n'est plus celle de la *légitimité* des coutumes (consentement du peuple ou autorisation du prince). La réflexion sur le droit court-circuite désormais cette double référence à la volonté comme source et comme objet des lois. En second lieu, le droit romain ne constitue plus un référent supra-légal, susceptible d'incarner une norme de justice naturelle et universelle. Le relativisme de Montesquieu exclut qu'un même droit puisse convenir à différents peuples, ou à un même peuple à différents moments politiques de son histoire. Ainsi à propos du droit de succession : « Une société particulière ne fait point de lois pour une

³¹ « Les coutumes sont des lois qui, dans leur origine, n'ont pas été écrites, mais qui se sont établies, ou par le consentement d'un peuple, et par une espèce de convention de les observer, ou par un usage insensible qui les a autorisées » (*ibid.*, p. 58).

³² « Les premiers principes des lois ont un caractère de vérité qui touche et persuade plus que celle des principes des autres sciences humaines », car ils touchent également l'esprit et le cœur (*ibid.*, p. 2).

³³ « Je n'ai point séparé les lois *politiques* des *civiles* : car, comme je ne traite point des lois, mais de l'esprit des lois, et que cet esprit consiste dans les divers rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses, j'ai dû moins suivre l'ordre naturel des lois, que celui de ces rapports et de ces choses » (*EL*, I, 3).

autre société. Les lois civiles des Romains ne sont pas plus applicables que toutes autres lois civiles »³⁴. Les livres XXVI et surtout XXVII de *L'Esprit des lois* peuvent être lus en ce sens : le second s'achève sur l'avènement du droit de Justinien, considéré par Domat ou Gravina comme incarnation de la science du droit naturel³⁵. Selon Montesquieu, le droit successoral au temps de Justinien n'est que celui qui s'accorde au gouvernement monarchique des Romains ; il s'agit du terme d'un processus historique, à ce titre inclus dans l'histoire. Comme le note Georges Benrekassa, Montesquieu, à la suite de Du Moulin, Coquille, Hotman et « l'humanisme juridique » déployé depuis le XVI^e siècle, a donc restitué le droit romain à l'histoire « comme un droit historique parmi d'autres »³⁶.

Loin de tout statut anhistorique privilégié, le droit romain est donc pris dans le réseau des rapports de forces sociales ainsi que dans l'historicité des formes culturelles et politiques qui sont au fondement de l'histoire du droit. Le livre XXVIII de *L'Esprit des lois* expose les raisons de la persistance ou de l'abandon du Code Théodosien après les invasions barbares : les motivations présidant à la conservation ou à l'abandon de ce droit tiennent à l'intérêt que les Romains pouvaient avoir ou non à adopter les nouveaux usages barbares, selon le sort que leur réservaient ces lois ; le principe est celui d'une libre adhésion au statut juridique de son choix dans le cadre d'une concurrence des droits – conformément au « pluralisme juridique » que défend Montesquieu³⁷. Plus loin, le

³⁴ Montesquieu ajoute : « ils ne les ont point employées eux-mêmes, lorsqu'ils ont jugé les rois : et les maximes par lesquelles ils ont jugé les rois, sont si abominables, qu'il ne faut point les faire revivre » (*EL*, XXVI, 16, nous soulignons), voir I, 3.

³⁵ Selon Domat, il est issu des « lumières que Dieu a données à des infidèles dont il a voulu se servir pour composer une science du droit naturel » (préface). Gravina, qui a inspiré Montesquieu pour certaines définitions juridiques, affirme que « L'empire des Romains fut le seul parfaitement juste, comme étant établi sur la raison la plus pure, je veux dire sur les lois antiques, émanées de la source la plus abondante de la sagesse grecque, et comme étant entendu dans le monde entier, de la manière la plus utile, pour la propagation de l'humanité » (*Origines juris civilis*, trad. fr. Paris, 1822, p. 21). Si Rome a conquis, c'est rationnellement, ne réduisant en servitude que « ceux qui résistaient aux lois de la raison et qui préféraient une vie barbare à une vie civile » ; elle s'est servie des peuples policés pour propager la raison dans l'univers.

³⁶ G. Benrekassa, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », in *Le Concentrique et l'Excentrique*, Paris, Payot, 1980, chap. 5, p. 165.

³⁷ Voir au livre XXVIII, le chapitre 4 : « Comment le droit romain se perdit dans le pays du domaine des Francs, et se conserva dans le pays du domaine des Goths et des Bourguignons » ; le chapitre 6 : « comment le droit romain se conserva dans le domaine des Lombards », et le chapitre 7 : « comment le droit romain se perdit en Espagne ». Selon Montesquieu, le droit romain fut évincé chez les Francs où la loi franque les favorisait, de sorte que « tout le monde fut porté à quitter le droit romain pour vivre sous la loi salique » ; au contraire, chez les Wisigoths, « Les Romains n'eurent aucune raison de cesser de vivre sous leur loi pour vivre sous une autre » (4) ; et en Lombardie, le droit des conquérants « céda au droit romain » (6). Il s'agit donc bien de décrire plusieurs évolutions dont le moteur est toujours le pluralisme juridique : « La loi de Gondebaud subsista longtemps chez les Bourguignons, concurrentement avec la loi romaine » (5). Comme le montre B. Binoche, si la concurrence joue différemment, c'est en fonction de la très variable partialité des droits barbares (*Introduction à « De l'esprit des lois » de Montesquieu*, Paris, P.U.F., 1998, p. 189-194).

philosophe décrira la renaissance du droit romain à la suite de la redécouverte du *Digeste* au XII^e siècle et de la diffusion de l'enseignement de l'école de Bologne, il évoquera sa résurgence sous forme de « raison écrite » dans les pays coutumiers ou sous forme de loi (XXVIII, 42). Ainsi se fait jour l'idée d'une *vie du droit* : le droit romain n'est qu'une forme historique et culturelle qui apparaît et disparaît comme toutes les formes du droit. Entre le temps des invasions et la renaissance du XII^e siècle, la perte du droit romain et des lois barbares est liée à la perte de la culture et de l'écriture et aux bouleversements politiques du temps : la substitution de la « dépendance féodale » à la « dépendance politique » rendit impossible, en l'absence d'Etat, de faire observer une loi commune ; ce droit, qu'il soit barbare ou romain, dut de ce fait disparaître³⁸. Ainsi la division importante n'est pas celle du droit barbare et du droit romain mais celle du droit personnel et du droit territorial. De ce point de vue, le droit romain dut périr comme droit personnel et ne subsister, de façon localisée, que comme droit territorial³⁹. C'est pourquoi il tomba en désuétude en même temps que les lois saliques et les capitulaires, c'est-à-dire lors de l'extension de la preuve par combat : toutes les formes de droit qui n'intégraient pas la jurisprudence du combat devinrent alors inutiles et disparurent⁴⁰. L'originalité de Montesquieu apparaît ici. *L'Esprit des lois* invente une forme d'*histoire naturelle du droit*, un *procès graduel et insensible* d'évolution des formes du droit : un droit n'est en vigueur qu'aussi longtemps qu'il est utile du point de vue des normes éthiques immanentes à un groupe social ; un droit n'est valide qu'aussi longtemps que les hommes ont intérêt à le respecter du point de vue de leurs passions dominantes et de leurs « valeurs ». Pour les mêmes raisons, il viendra un temps où le droit romain pourra retrouver une utilité propre, un temps où non seulement le droit romain

³⁸ Voir *EL*, XXVIII, 9 : lorsque tout fut devenu fief, les officiers royaux ne purent plus jouer leur rôle : « il n'y eut plus de loi commune, parce que personne ne pouvait faire observer la loi commune ».

³⁹ Voir *EL*, XXVIII, 12 : « La loi romaine, écrit Montesquieu, était devenue la loi personnelle générale, et la loi gothe la loi personnelle particulière ». L'auteur s'interroge sur la possibilité d'une survivance du droit romain dans l'hécatombe de la culture : « Mais comment l'ignorance fit-elle tomber partout les lois personnelles des peuples barbares, tandis que le droit romain subsista, comme loi territoriale, dans les provinces bourguignonnes et wisigothes ? Je réponds que la loi romaine même eut à peu près le sort des autres lois personnelles »... La notion « d'ignorance » est fondamentale dans l'histoire du droit de Montesquieu : le droit est d'abord un savoir qu'il importe de maîtriser.

⁴⁰ « Les lois saliques, qui n'admettaient point cet usage, devinrent en quelque façon *inutiles*, et *tombèrent* ; les lois romaines, qui ne l'admettaient pas non plus, *périront* de même. On ne songea plus qu'à former la loi du combat judiciaire, et à en faire une bonne jurisprudence. Les dispositions des capitulaires ne devinrent pas moins *inutiles*. Ainsi tant de lois perdirent leur autorité, sans qu'on puisse citer le moment où elles l'ont perdue ; elles furent *oubliées*, sans qu'on en trouve d'autres qui aient pris leur place » (*EL*, XXVIII, 19). L'idée fondamentale est la suivante : la variation des formes de droit est liée à la variation des modes de preuve, et plus largement à la variation de la forme du procès. Nous remercions E. Tillet pour cette remarque, ainsi que pour toutes celles qui nous ont permis de préciser notre pensée.

sera territorialisé géographiquement (dès l'Edit de Pistes⁴¹) mais où le droit coutumier lui-même ne sera plus opposé au droit romain. *L'Esprit des lois* insiste sur le fait que plusieurs dispositions du droit romain sont entrées dans les coutumes, surtout au moment des rédactions, et se sont ainsi intégrées à l'esprit général français. *La destitution de la prétention universaliste de la romanité n'implique donc pas rejet du droit romain comme tel ; la place de ce droit doit être restituée à la fois avant et après l'épisode purement coutumier du Moyen Âge*⁴².

A cet égard, ce qui vaut pour le droit romain vaut pour la romanistique en général : se découvre ici le même rapport de destitution et de pérennité⁴³. Le livre XXVI de *L'Esprit des lois* en fournit un exemple : le principe de protection de la propriété y est jugé fondateur dans le rapport entre droit politique et droit civil. Or afin d'étayer ce principe, Montesquieu convoque à la fois Cicéron, sur la critique des lois agraires, et Beaumanoir, qui évoque la jurisprudence du XII^e siècle à propos de l'expropriation pour cause d'utilité publique : l'esprit d'équité se traduit dans les deux cas par le respect des droits⁴⁴.

Une telle ambivalence invite à poser la question de la territorialisation politique des sources du droit. Au moment où écrit Montesquieu, qui a intérêt à mettre en lumière la persistance du droit romain, qui a intérêt à en minimiser l'usage ? L'enjeu n'est pas seulement historique, il est dogmatique : le corpus qu'un historien défend éclaire souvent sa conception des origines du droit français, et au-delà, sa théorie du droit. La question est notamment de savoir si « l'absolutisme » monarchique a pu se nourrir du droit et de certaines maximes romaines⁴⁵. D'un côté, Boulainvilliers défend une *thèse aristocratique* : à ses

⁴¹ Il semble qu'en l'occurrence Montesquieu se trompe : la distinction s'établit au cours du XIV^e siècle, après la diffusion du droit romain par les hommes de la pratique. Voir *EL*, XXVIII, 4 : « l'édit de Pistes prouve deux choses : l'une, qu'il y avait des pays où l'on jugeait selon la loi romaine, et qu'il y en avait où l'on ne jugeait point selon cette loi ; l'autre, que ces pays où l'on jugeait par la loi romaine, étaient précisément ceux où on la suit encore aujourd'hui, comme il paraît par ce même édit. Ainsi la distinction des pays de la France coutumière et de la France régie par le droit écrit, était déjà établie du temps de l'édit de Pistes ». Selon le principe du libre choix du droit, cette partition signifie que dans certains pays, presque personne n'avait choisi de vivre sous la loi romaine, et dans les autres, presque personne sous la loi barbare.

⁴² Montesquieu critique un certain Benoît Levite qui transforma une loi wizigothe prohibant l'usage du droit romain en un capitulaire. Le « malheureux compilateur » fit ici d'une loi particulière une loi générale « comme s'il avait voulu exterminer le droit romain par tout l'univers » (*EL*, XXVIII, 8).

⁴³ Voir G. Benrekassa, « La position de la romanité dans *L'Esprit des lois*. L'Etat moderne et le poids de son histoire », in *La politique et sa mémoire*, Paris, Payot, 1983, chap. V, p. 274 sq.

⁴⁴ « Après que les peuples qui détruisirent les Romains eurent abusé de leurs conquêtes mêmes, l'esprit de liberté les rappela à celui d'équité ; les droits les plus barbares, ils les exercèrent avec modération ; et, si l'on en doutait, il n'y aurait qu'à lire l'admirable ouvrage de Beaumanoir, qui écrivait sur la jurisprudence dans le XII^e siècle » (*EL*, XXVI, 15).

⁴⁵ Voir la notice d'H. Morel sur l'absolutisme dans le *Dictionnaire de philosophie politique*, Ph. Raynaud et S. Rials éd., Paris, P.U.F., 1996, ainsi que les travaux de Y. Sassier et de F. Saint Bonnet, *Histoire des Institutions*, Paris, Montchrestien, 2004.

yeux, l'importation du droit romain fut un instrument de la monarchie pour réduire à néant le pouvoir de la noblesse. Celle-ci se trouva dépassée par un savoir juridique, technique, qu'elle ne maîtrisait pas. Avec l'usage du droit romain plutôt que des coutumes féodales, le monarque aurait réussi à créer une nouvelle aristocratie, une nouvelle « chevalerie légale », qui aurait destitué la noblesse d'épée et anéanti la liberté politique⁴⁶. De l'autre, Fleury⁴⁷ et Dubos⁴⁸ défendent une *thèse royale* en insistant sur l'usage précoce et persistant du droit romain jusqu'aux usurpations féodales. Fleury, en particulier, soutient que l'usage du droit romain dut se maintenir jusqu'à l'anarchie féodale du X^e siècle, et analyse les raisons de sa renaissance. Deux éléments majeurs contribuèrent à ce succès : d'une part, la rationalité propre du droit romain car dit-il, « on y voyait les principes de la Jurisprudence bien établis, non seulement pour le droit particulier des Romains, mais encore pour les droits qui sont communs à toutes les nations ; car il n'y a guère de maxime du droit naturel ou du droit des gens, qui ne se rencontre dans le *Digeste* »⁴⁹. D'autre part, ce droit, selon Fleury, « était principalement avantageux pour les princes qui y trouvaient l'idée de la puissance souveraine en son entier, exempte des atteintes mortelles qu'elle avait reçues dans les derniers siècles »⁵⁰. Le modèle romain ne fournissait pas seulement aux princes la possibilité de justifier leur volonté d'être empereurs en leur royaume, mais aussi la possibilité de fonder des prétentions à la monarchie universelle. Enfin, « tout l'esprit de ces lois tendait à rendre les hommes plus doux, plus soumis aux puissances légitimes ; et à ruiner les coutumes injustes et tyranniques que la barbarie y avait introduites. Il ne faut donc pas s'étonner si ce droit qui fut d'abord mis au jour par la curiosité de quelque particuliers, et par l'autorité des savants, s'établit insensiblement par l'intérêt des princes et par le consentement des peuples »⁵¹. Certes, le *Droit public de France* reconnaît la différence de réception selon les pays ; l'ouvrage insiste sur le partage, en France, entre pays de droit écrit et pays coutumier, et laisse indécise la question de savoir si le droit romain est le droit commun en pays coutumier dans le silence des coutumes⁵². Mais Fleury enracine la

⁴⁶ Voir H. de Boulainvilliers, *Dissertation sur la noblesse de France*, Amsterdam, 1732, p. 119-124. Il faut noter que la critique de cette « chevalerie-ès-lois » et de la professionnalisation de la justice est un lieu commun depuis au moins Oresme (voir J. Krynen, *L'Empire du roi*, Paris, Gallimard, 1993, p. 116-119 ; 260-268).

⁴⁷ C. Fleury, *Droit public de France*, in *Opuscules de M. l'abbé Fleury*, t. IV, Nismes, Beaume, 1781, p. 34-36.

⁴⁸ J.-B. Dubos, *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française dans les Gaules*, Paris, Osmot, 1734.

⁴⁹ C. Fleury, *Droit public de France*, *op. cit.*, 1781, p. 34.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Le Président Lizet répond positivement ; le président de Thou, négativement. Ces deux présidents successifs au Parlement de Paris s'étaient exprimés sur ce point : pour le premier, le droit romain est le

rationalité des coutumes dans l'élément romain⁵³ : c'est ce droit qui adoucit les mœurs et permet, en dernière instance, le progrès de la culture⁵⁴.

Comment *L'Esprit des lois* s'inscrit-il dès lors dans cette controverse sur les « antiquités nationales » ? Au livre XXX, Montesquieu prétend écrire son histoire du droit public français à la fois contre la « conjuration contre la noblesse » de Dubos et contre la « conjuration contre le tiers-état » de Boulainvilliers ; tous deux sont accusés d'avoir fait mauvais usage des sources afin d'établir leurs systèmes partisans⁵⁵. Cependant, l'ambition (non tenue) de se tenir « entre les deux » ne se limite pas à la volonté d'établir un compromis théorique et idéologique⁵⁶. Il ne s'agit pas seulement de dire que le droit français est à la fois féodal et romain, ou que le droit romain s'est plus ou moins conservé selon les lieux, et que si l'usurpation féodale n'a pas eu lieu, le roi n'a pas non plus entrepris de complot contre l'ancienne noblesse en utilisant le droit romain pour mieux la priver de son pouvoir. Selon Montesquieu, l'histoire du droit ne dissimule pas des intentions cachées, car cette histoire est régie, pour l'essentiel, par les conséquences non anticipées des actes⁵⁷.

droit commun en France, et doit être accommodé aux coutumes, qui doivent céder, en cas de conflit, devant ce droit ; pour le second, ce sont les coutumes qui forment le droit commun de la France.

⁵³ « On jugea le droit romain si nécessaire, tout mal entendu qu'il était, que dans toutes les affaires on ne se servait plus que de ceux qui l'avaient étudié, soit pour juger, soit pour plaider, soit pour rédiger par écrit les conventions et les traités » (*ibid.*, p. 35).

⁵⁴ Fleury insiste sur le changement de formulation des actes publics initié par les nouveaux officiers de justice, sur le changement de la procédure criminelle, sur le nombre des formalités, parfois abusives : « L'étude du droit romain eut ses avantages aussi bien que ses inconvénients : elle adoucit la dureté des coutumes ; et établit des maximes certaines sur lesquelles on peut raisonner d'un cas à l'autre. Depuis ce temps on a cessé d'alléguer et même de lire les anciennes lois des Barbares » (*ibid.*, p. 36). L'auteur relate le changement des coutumes ; « Et c'est ce mélange du Droit Romain avec les coutumes, qui fait le droit français d'aujourd'hui » (p. 36).

⁵⁵ « M. le comte de Boulainvilliers et M. l'abbé Dubos ont chacun fait un système, dont l'un semble être une conjuration contre le tiers état, et l'autre une conjuration contre la noblesse » (*EL*, XXX, 10). Boulainvilliers, le noble, l'a fait avec franchise, par manque d'érudition ; Dubos, le roturier, avec perfidie. Voir *EL*, XXVIII, 3 : « Mais l'abbé Dubos a puisé dans de mauvaises sources pour un historien, dans les poètes et les orateurs : ce n'est point sur des ouvrages d'ostentation qu'il faut fonder des systèmes ». La charge se poursuit en XXX, 12 : « Ce qui coûte le plus à ceux dont l'esprit flotte dans une vaste érudition, c'est de chercher leurs preuves là où elles ne sont point étrangères au sujet, et de trouver, comme les astronomes, le lieu du soleil. M. l'abbé Dubos abuse des capitulaires comme de l'histoire, et comme des lois des peuples barbares »... Sur cette critique, nous nous permettons de renvoyer à notre article « Montesquieu et l'histoire : théorie et pratique de la modération », in *Le sens du devenir historique*, B. Binoche et F. Tinland édés., Paris, Champvallon, 2000, p. 53-75 ; et à notre article « Féodalité » dans le *Dictionnaire Montesquieu*, à paraître chez Champion.

⁵⁶ Sur la position de Montesquieu dans ce débat, où il se trouve malgré tout plus proche de Boulainvilliers, voir E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Paris, 1927 (Genève, Slatkine reprints, 1970) ; H. A. Ellis, « Montesquieu's Modern Politics : the *Spirit of the laws* and the Problem of Modern Monarchy in Old Regime France », *History of Political Thought*, X, 1989, p. 665-700 ; U. Roberto, « Montesquieu, i Germani e l'identità politica europea », in *Libertà, Necessità e Storia*, sous la direction de D. Felice, Naples, Bibliopolis, 2003, p. 277-322 ; D. Venturino, « Boulainvilliers et Montesquieu ou la modération nobiliaire », in *L'Europe de Montesquieu Cahiers Montesquieu*, n° 2, 1995, p. 103-112.

⁵⁷ Voir *EL*, XXVIII, 43 : « Ainsi ce ne fut point une loi qui défendit aux seigneurs de tenir eux-mêmes leur cour ; ce ne fut point une loi qui abolit les fonctions que leurs pairs y avaient ; il n'y eut point de loi

C'est par la « force des choses » que la noblesse d'épée se vit destituée, par son ignorance et sa négligence, de sa maîtrise du droit, c'est par la force des choses que les robins, recrutés dans les rangs du Tiers Etat, purent émerger avec le droit savant au cœur même des institutions monarchiques.

La critique de l'usage du droit romain opérée dans les *Lettres persanes*⁵⁸ est donc largement infléchie dans *L'Esprit des lois*. Si « destitution » de la romanité il y a, ce n'est qu'en tant que modèle de « civilisation »⁵⁹. De ce point de vue, la critique de la férocité des Romains dans la guerre est radicale, tout comme est radicale la critique du modèle romain de monarchie universelle : toute l'œuvre de Montesquieu est en un sens dirigée contre la reprise, par les légistes et les souverains eux-mêmes, de ce paradigme de la romanité⁶⁰. En dernière instance, le refus du statut supra-légal du droit romain est associé à un *triple refus politique* : celui de l'unification du droit⁶¹, celui du mauvais universalisme⁶², celui de

qui ordonna de créer des baillis ; ce ne fut point par une loi qu'ils eurent le droit de juger. Tout cela se fit peu à peu, et par la *force de la chose*. La connaissance du droit romain, des arrêts des cours, des corps de coutumes nouvellement écrites, demandait une étude, dont les nobles et le peuple sans lettres n'étaient point capables »... « Il ne faut pas croire que les droits dont les seigneurs jouissaient autrefois, et dont ils ne jouissent plus aujourd'hui, leur aient été ôtés comme des *usurpations* : plusieurs de ces droits ont été perdus par *négligence* ; et d'autres ont été abandonnés parce que divers changements s'étant introduits dans le cours de plusieurs siècles, ils ne pouvaient subsister avec ces changements ».

⁵⁸ Rica s'interrogeait déjà : « Qui peut penser qu'un royaume, le plus ancien et le plus puissant de l'Europe, soit gouverné, depuis plus de dix siècles, par des lois qui ne sont pas faites pour lui ? ... Ils [les Français] ont abandonné les lois anciennes, faites par les premiers rois dans les assemblées générales de la nation ; et ce qu'il y a de singulier, c'est que les lois romaines, qu'ils ont prises à la place, étaient en partie faites et en partie rédigées par des empereurs contemporains de leurs législateurs » (*Lettres persanes*, C). Montesquieu critique de même l'application du droit canonique, « nouveau genre de servitude ».

⁵⁹ Pour Montesquieu, le modèle romain est caduc ; c'est désormais l'économie, et non l'extension territoriale, qui est source de puissance. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à nos ouvrages : *Montesquieu. Pouvoirs, richesses et sociétés*, Paris, P.U.F., 2004 ; *Montesquieu et l'émergence de l'économie politique*, Paris, Champion, 2006.

⁶⁰ Voir *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* (1734), in *OC*, t. II, P. Andrivet et C. Volpilhac-Augier éd. (à partir de l'édition de 1734), Oxford, Voltaire Foundation, 2000, suivi des *Réflexions sur la monarchie universelle* et *EL*, livre XXI.

⁶¹ Jean Bart rappelle que l'unification juridique apparaît à l'époque comme un but partagé. Ainsi au début du règne de Louis XIV et avec son approbation, le premier Président du Parlement de Paris Guillaume de Lamoignon avait réuni autour de lui des juriconsultes pour établir une loi certaine et générale de toutes les coutumes » au moins dans le vaste ressort de son Parlement. Mais son œuvre unificatrice est restée à l'état de projet. Le roi promulgue cependant de « grandes ordonnances » entre 1667 et 1685 : Daguessau inspire à Louis XV des ordonnances destinées à unifier, sans y parvenir complètement, les domaines du droit privé où les divergences entre les coutumes et le droit romain étaient les moins prononcées (donations, testaments, 1735, substitutions, 1747). Montesquieu s'oppose à ce projet qu'il juge liberticide, car il abolit la complexité et la diversité du droit au profit d'une uniformisation et d'une simplification qui conduisent au despotisme (*EL*, VI, 1-2). Voir Jean Bart, « Montesquieu et l'unification du droit », in *Le Temps de Montesquieu*, Genève, Droz, 2002, p. 137-146.

⁶² *EL*, I, 4 ; XIX, 21.

l'« impérialisme »⁶³, tous trois fauteurs de despotisme. Rome, en un mot, ne doit pas servir aux « grandes manœuvres de légitimation » de la monarchie absolue.

II. La restitution de la romanité

Il reste à cerner le rapport entre la critique de la volonté de codification et celle d'un certain usage du droit romain. Avant Savigny, Montesquieu entend-il interpréter le droit comme issu des instincts et de la spontanéité vivante d'un peuple⁶⁴ – ce qui impose le rejet de l'héritage romain d'un droit codifié consacrant des principes *a priori*, universels et rationnels ? Sa posture, en réalité, est plus nuancée : il défend à la fois une certaine conservation de la jurisprudence comme expression des traditions qui ont façonné, dès l'origine, le caractère national, et l'idée d'une évolution pragmatique du droit, attentive aux transformations sociales (le droit comme interprète des besoins évolutifs de la société, des rapports entre droits et mœurs)⁶⁵. Corrélativement, le droit romain conserve à certains égards sa validité – même s'il ne s'agit pas de l'universaliser⁶⁶. Le grand mérite de Saint Louis, auquel Montesquieu accorde un traitement privilégié, fut précisément de ne pas procéder autoritairement à une codification abstraite, contraire à l'esprit général de son temps. La *modération* politique du législateur se traduit par l'utilisation qu'il sut faire du droit romain et par la manière dont il parvint à en susciter l'usage. Afin de déguster de la jurisprudence française, Saint Louis fit traduire les livres du droit romain, les portant de la sorte à la connaissance des hommes de loi⁶⁷. Ainsi fut créé un mixte de loi romaine et de

⁶³ Nous nous permettons de renvoyer à notre article, « Montesquieu, l'Europe, l'Empire », à paraître dans la *Revue Montesquieu* n° 8 (2005-2006).

⁶⁴ F. C. Von Savigny, *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* : « Là où nous trouvons une histoire authentique, le droit civil a déjà un caractère déterminé, propre à un peuple, comme son langage, ses mœurs, sa constitution, car ces manifestations n'ont pas d'existence séparée, ce ne sont que les forces individuelles et les activités d'un unique peuple, inséparablement unies dans leur nature, et qui n'apparaissent comme des qualités isolées qu'à notre point de vue. Ce qui les lie à un tout est la conviction commune du peuple, le sentiment égal d'une nécessité intérieure, qui exclut de penser à une naissance due au hasard ou à l'arbitraire. Comment sont unies les fonctions propres des peuples, par lesquelles ils ont pu accéder à l'état d'individus, cette question ne peut pas recevoir de réponse par la voie historique » (cité et traduit par F. Markovits, « Hegel et le droit naturel », *Critique*, n° 314, juillet 1973, p. 637).

⁶⁵ Selon I. Berlin, la tension sur ce point est réelle chez Montesquieu (« Montesquieu », in *A contre courant*, trad. A. Berelowitch, Paris, Albin Michel, 1988, p. 200-235).

⁶⁶ Voir G. Benrekassa, « La position de la romanité... », art. cit., p. 343 sq. La confrontation avec l'*Histoire du droit romain* de Claude de Ferrière est particulièrement éclairante.

⁶⁷ « Il faut savoir que la France était pour lors divisée en pays du domaine du roi, et en ce qu'on appelait pays des barons, ou en baronnies ; et, pour me servir des termes des *Etablissements* de Saint Louis, en pays de l'obéissance-le-roi, et en pays hors de l'obéissance-le-roi. Quand les rois faisaient des ordonnances pour les pays de leurs domaines, ils n'employaient que leur seule autorité ; mais, quand ils en faisaient qui regardaient aussi les pays de leurs barons, elles étaient faites de concert avec eux, ou scellées ou souscrites d'eux ; sans cela, les barons les recevaient, ou ne les recevaient pas, suivant qu'elles

jurisprudence française, présent dans les œuvres de Pierre de Fontaines⁶⁸ ou de Beaumanoir. Ressurgit ici la problématique centrale du livre XIX de *L'Esprit des lois* : les mœurs et les manières ne doivent pas être changées par le droit mais par d'autres mœurs et d'autres manières, par l'exemple donné plutôt que par la crainte de la sanction reçue (XIX, 14). Conformément à ce principe, le monarque a réussi à abolir l'usage du combat judiciaire en donnant l'exemple du changement de la jurisprudence dans ses propres tribunaux (libre aux barons de faire de même ou non), « changement qui fut une espèce de révolution » (XXVIII, 29). Il reste que Montesquieu ne dissimule pas la difficulté inhérente à la rationalisation des coutumes par importation d'un savoir allogène : « Il y avait un vice intérieur dans cette compilation [que l'on a nommé les *Etablissements* de Saint Louis, bien qu'elle ne doivent rien à ce monarque, puisqu'il s'agit d'un coutumier rédigé à l'initiative privée concernant l'Anjou et le Maine] : elle formait un *code amphibie*, où l'on avait mêlé la jurisprudence française avec la loi romaine ; *on rapprochait des choses qui n'avaient jamais de rapport, et qui souvent étaient contradictoires* » (XXVIII, 38, n. s.). Le code est qualifié d'« amphibie » en raison du recours à l'ancienne jurisprudence des empereurs romains « qu'on employa partout dans cette compilation, pour régler, limiter, corriger, étendre la jurisprudence française ». Montesquieu, sans doute, ne se pose pas la question de savoir comment s'est produite cette rencontre du droit romain et des coutumes ni n'interroge pas ses conditions de possibilité théoriques (l'influence de l'école d'Orléans, désireuse de concilier le droit romain et les coutumes, est en l'occurrence très nette⁶⁹). Mais il ne peut faire l'éloge d'un code qui se contente de fusionner des pratiques d'origines multiples et des types de droit hétérogènes. Dans les versions antérieures à 1757, Montesquieu le dit sans ambiguïté : « Il est impossible de faire une bonne jurisprudence de deux jurisprudences contraires ». Ce défaut était voué à s'aggraver en raison de l'évolution des mœurs : la compilation en vint à laisser échapper les pratiques, si bien que le code « convint toujours moins à l'état actuel des choses »⁷⁰.

leur paraissaient convenir ou non au bien de leurs seigneuries » (*EL*, XXVIII, 29). Ainsi les *Etablissements* qui statuaient sur quelque chose de grande importance ne furent reçus que par ceux qui crurent « qu'il leur était avantageux de les recevoir ».

⁶⁸ Il s'agit du bailli de Bermandois, auteur d'un *Conseil à un ami*, qui contient la coutume de cette région.

⁶⁹ Montesquieu aurait sans doute exagéré l'importance du droit romain dans cette compilation (voir P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, Paris, Albin Michel, 1985).

⁷⁰ « Cette compilation statuait sur des choses qui bientôt n'existèrent plus : les jugements des pairs, les combats judiciaires, les guerres particulières, la servitude des juifs, les serfs ; et comme les siècles qui suivirent furent les siècles des changements, plus on en fit, plus il en fallut faire ; et ce code convint toujours moins à l'état actuel des choses... » (*Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, p. 1532-1533).

L'analyse du « moment Saint Louis » fait donc apparaître deux définitions de la rationalité d'un processus d'évolution du droit. *D'une part, la rationalité est conçue comme conformité à la nature, à la morale, à la sûreté des personnes et des biens qui définit chez Montesquieu la liberté politique.* Saint Louis parvint à ses fins en intégrant la jurisprudence romaine grâce à l'incitation plutôt qu'à la contrainte :

« Il ôta le mal, en faisant sentir le meilleur. Quant on vit dans ses tribunaux [en référence sans doute à l'ordonnance sur la réformation de la justice de 1258 qui interdit le recours au duel judiciaire ou « preuve par bataille »], quand on vit dans ceux des seigneurs, une manière de procéder plus naturelle, plus raisonnable, plus conforme à la morale, à la religion, à la tranquillité publique, à la sûreté de la personne et des biens, on la prit, et on abandonna l'autre. Inviter, quand il ne faut pas contraindre ; conduire, quand il ne faut pas commander, c'est l'habileté suprême. La raison a un empire naturel ; elle a même un empire tyrannique : on lui résiste, mais cette résistance est son triomphe ; encore un peu de temps, et l'on sera forcé de revenir à elle » (XXVIII, 38).

Derrière cette évolution du droit se dissimule sans doute l'émergence d'une nouvelle figure du juge, avec la procédure inquisitoire, les Parements et donc les pouvoirs intermédiaires qui voient le jour ici⁷¹. *Mais la raison n'est pas seulement instrumentale du point de vue des conditions de la liberté politique (et de la genèse des pouvoirs intermédiaires, comme les Parlements) ; elle se définit également comme raison dans l'histoire.* Il faut, dit Montesquieu, prendre la raison « dans la chose même », ce qui signifie prendre la raison dans la totalité des rapports extérieurs au droit : il faut mettre en rapport le droit avec le « gouvernement politique », le « gouvernement économique », le « gouvernement ecclésiastique » et enfin le « gouvernement civil » (XXVIII, 10). *La rationalité du droit, en un second sens, tient donc à sa conformité aux rapports constitutifs de la « nature des choses » – rapports géographiques, économiques, sociaux, moraux, politiques et religieux qui constituent l'« esprit général » d'un peuple, en rapport avec « l'esprit » de ses lois* (I, 3 ; XIX, 4). Dans cet esprit, Montesquieu inclut le droit au sein des rapports sociaux, il met en

⁷¹ Nous remercions E. Tillet pour cette suggestion précieuse.

rapport la sphère juridique avec son extériorité – projet de la sociologie juridique qui est déjà, en un sens, celui de *L'Esprit des lois*.

L'articulation entre ces deux figures de la rationalité doit dès lors être éclairée : la première peut requérir une approche philosophico-juridique du droit (subordonné à la fin qu'est la liberté ou la conservation des droits), alors que la seconde semble appeler une multiplicité d'approches extérieures au droit et relatives aux différents rapports constitutifs de la société. Explorer cette seconde figure de la rationalité reviendra donc à la caractériser comme un rapport de *convenance* entre « esprit général » et « esprit des lois » – l'étude de ce rapport appelant la genèse d'un nouveau savoir du droit.

III. La rationalité des coutumes : esprit général et esprit des lois

Cerner *la rationalité des coutumes* contre ceux qui n'y voient que de mauvaises habitudes, arbitraires et dénuées de fondement revient d'abord à saisir leur origine – la source du droit coutumier français résidant à la fois dans la jurisprudence barbare et dans les coutumes locales présentes dès la dynastie mérovingienne⁷². Cependant, l'apport de Montesquieu ne se réduit pas à un nouveau récit des *origines* nationales⁷³. Le philosophe se déclare fondateur d'une pratique nouvelle, et inventeur d'un objet théorique nouveau : « J'ai travaillé, dit-il, à donner une idée claire de ces choses, qui, dans les auteurs de ces temps-là, sont si confuses et si obscures, qu'en vérité les tirer du chaos où elles sont, c'est les découvrir » (XXVIII, 28). Il s'agit donc d'envisager le rôle crucial des coutumes dans la genèse du droit – moment où les schèmes de conduites pratiqués *de fait* deviennent des normes publiques applicables *de droit*. La thèse de D. Kelley doit être mise à l'épreuve⁷⁴.

⁷² Voir *EL*, XXVIII, 12 : « On voit, par plusieurs monuments, qu'il y avait déjà des coutumes locales dans la première et la seconde race. On y parle de la coutume du lieu, de l'usage ancien, de la coutume, des lois et des coutumes. Des auteurs ont cru que ce qu'on nommait des coutumes étaient les lois des peuples barbares, et que ce que l'on appelait la loi était le droit romain. Je prouve que cela ne peut être. Le roi Pépin ordonna que partout où il n'y aurait point de loi, on suivrait la coutume ; mais que la coutume ne serait pas préférée à la loi. Or, dire que le droit romain eut la préférence sur les codes des lois des barbares, c'est renverser tous les monuments anciens, et surtout ces codes des lois barbares qui disent perpétuellement le contraire ».

⁷³ « En lisant les codes des lois barbares, je cherchais la jurisprudence dans son berceau » (*Mes Pensées*, n° 1937). La Pensée commente le projet du livre XXVIII. Montesquieu revendique un certain discours sur les origines : « J'aimerais mieux enseigner à considérer les lois dans leur origine, qu'à faire un livre sur l'origine des lois » (*Mes Pensées*, n° 1831). Voir sur ce point le débat entre B. Binoche (*Introduction à « De l'esprit des lois » de Montesquieu, op. cit.*, p. 296-316) et C. Gautier (« A propos du « commencement » ou de l'« établissement », in *Actes du Colloque international de Bordeaux 1998*, Académie de Bordeaux, 1999, p. 353-369).

⁷⁴ Selon D. Kelley, l'idée d'une coutume générale de la France serait devenue à partir du XVI^e siècle un concept essentiel au développement des sciences modernes de la société (D. R. Kelley, *The Human*

En premier lieu, le XXVIII de *L'Esprit des lois* semble proposer une conception politique du droit, lié à la première définition de la rationalité : ce qui importe est le lien entre l'origine germanique du droit et l'*esprit de liberté* que Montesquieu souhaite voir préserver dans la monarchie française et plus généralement en Europe⁷⁵. Les barbares sont la véritable source, en Europe, de la liberté politique, cette liberté est née « au fond des bois » (XI, 6). Ainsi se trouve récusée la lecture de Fleury ou de Dubos, qui territorialisent le droit romain comme un droit originaire lié à la monarchie française, porteuse de liberté voire de « droits du peuple » contre les droits seigneuriaux obtenus par usurpation : *L'Esprit des lois* noue le lien entre la liberté et la conservation des coutumes et des privilèges, lien que l'on retrouvera chez Grosley⁷⁶ qui insistera sur le maintien, après la conquête, de cet « esprit de liberté que la domination des Romains n'avait pu étouffer »⁷⁷. Avant Grosley, Montesquieu refuse donc l'hypothèse d'une Raison civilisatrice à l'œuvre dans l'histoire⁷⁸, quoiqu'il insiste pour sa part sur la concurrence persistante des régimes normatifs : les coutumes se sont formées dans les lacunes de la loi territoriale hégémonique au titre de « supplément » des lois⁷⁹, jusqu'au moment où, sous le règne de Pépin le Bref et sous

Measure. The Social Thought in the Western Legal Tradition, Cambridge, Harvard University Press, 1990). Voir aussi « "Second nature" »: The Idea of Custom in European Law, Society, and Culture », in *The Writing of History and the Study of Law*, Norfolk, Galliard Ltd., 1997, p. 131-172.

⁷⁵ Voir *EL*, XVIII, 30 sur les assemblées de la nation : grande liberté des peuples qui ne cultivent pas les terres, pouvoir très modéré des rois. Voir également B. Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, Paris, P.U.F., 1989, p. 69-71.

⁷⁶ Selon Grosley, les Germains considéraient comme consubstantielle à leur liberté « la conservation de leurs lois, de leurs coutumes particulières et de leurs anciens privilèges » (*Recherches pour servir à l'histoire du droit français, op. cit.*, p. 24).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 39. Non seulement les coutumes des Gaulois n'ont pas été abolies par le droit romain, car ils y étaient attachés comme à la substance même de leur liberté, mais ces coutumes se conservèrent ensuite, loin d'avoir été éclipsées par la douceur et l'équité du droit romain : « Le droit romain n'a cependant point encore éclipsé nos coutumes. Combien de raisons de douter que les anciens Gaulois, excessivement jaloux de l'ombre de liberté qu'ils avaient conservé, imbus du préjugé que le droit romain attentait à cette liberté, maîtres enfin du choix (ainsi qu'en conviennent M^e Bretonnier et M. Bouhier) aient embrassé avec plaisir le droit romain dans l'état informe où il fut jusqu'à Justinien ? » (p. 62).

⁷⁸ Grosley s'oppose à la théorie de Fleury et de Dubos sur l'origine tardive et aristocratique des coutumes : « Par quel hasard de nouvelles lois formées par le caprice, ont-elles été modelées sur des lois et des usages que l'on prétend prescrits, abolis, anéantis depuis plus de douze siècles ? Par quel miracle ces lois formées par le caprice d'une foule d'usurpateurs indépendants et sans liaison entre eux, se réunissent-elles dès leur prétendue origine sous des principes fondamentaux qui sont encore aujourd'hui la base du droit coutumier ? J'ai fait voir que les principes des coutumes étaient conformes et retenaient l'*esprit de la Jurisprudence des anciens Gaulois* ; je vais prouver que dans les siècles même dont il s'agit, le droit coutumier fut toujours soumis à des principes certains » (*ibid.*, p. 109-110).

⁷⁹ « Ainsi il y avait dans chaque lieu une loi dominante, et des usages reçus qui servaient de supplément à la loi dominante lorsqu'ils ne la choquaient pas. Il pouvait même arriver qu'ils servissent de supplément à une loi qui n'était point territoriale » (*EL*, XXVIII, 12). Pour Grosley en revanche, les mêmes coutumes se sont conservées depuis la première race.

l'empire de l'ignorance, « les coutumes qui [au départ] s'étaient formées avec moins de *force* que les lois » en vinrent finalement à se substituer aux lois⁸⁰.

Cependant, le livre XXVIII fait également apparaître une autre figure de la rationalité des coutumes – au-delà de la preuve de leur persistance dans l'histoire, face à l'universalité et à l'irrésistibilité prétendue du droit romain. Montesquieu va ici bien au-delà d'une simple histoire du droit en tentant de ressaisir la totalité constituée par le système des lois et des mœurs⁸¹, la *cohérence* profonde qui interdit non seulement toute approche strictement volontariste ou « constructiviste » du droit⁸², mais aussi – et indissociablement – toute approche interne ou « dogmatique » du droit. La vérité du droit n'est pas dans le droit lui-même, dès lors que le droit n'est que l'un des éléments constitutifs de la société, caractérisée par son « esprit général »⁸³.

Comment concevoir dès lors cette nouvelle approche du droit qui interdit au droit de se penser lui-même ? Montesquieu l'affirme : « Je parle de l'*esprit général des lois* des Germains, de leur nature et de leur origine ; je parle des anciens usages de ces peuples, *indiqués* ou *établis* par ces lois : il n'est question ici que de cela »⁸⁴. Cette conception qui synthétise les deux concepts majeurs d'esprit général et d'esprit des lois pour évoquer un « esprit général des lois » apparaît à un moment crucial de la généalogie de la France juridique moderne, qui est celui de l'abandon du droit écrit avant la renaissance du XII^e et du XIII^e siècle, moment de la pure féodalité que la plupart des juristes d'alors considèrent comme un moment d'anarchie, de barbarie et de non droit⁸⁵ ; moment où « tout fut

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ « A la même époque aucun historien du droit français ne tente de saisir dans leur continuité toutes les étapes qui conduisent de la personnalité des lois à la division en deux types de droit » (G. Benrekassa, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », art. cit., p. 161-162).

⁸² Voir F. Hayek, *Droit, Législation, Liberté*, Paris, P.U.F., 1995, t. I, chap. 1 : « Raison et évolution ».

⁸³ « Plusieurs choses gouvernent les hommes : le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières ; d'où il se forme un esprit général qui en résulte. A mesure que, dans chaque nation, une de ces causes agit avec plus de force, les autres lui cèdent d'autant » (*EL*, XIX, 4). Voir *EL*, XIX, 12-16.

⁸⁴ *EL*, XXVIII, 15. Une méthode analogue est appliquée au livre XXVII à l'histoire du droit successoral romain. Voir *Mes Pensées*, n° 1794-1795 et l'analyse qu'en propose G. Benrekassa, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », art. cit., p. 157, 162-163.

⁸⁵ Il faut garder en mémoire la posture des grands historiens du droit de l'époque comme Fleury, pour qui le combat judiciaire ne témoigne de rien d'autre que de la barbarie. A ses yeux, l'origine des coutumes françaises a une obscurité particulière, car elles se sont formées au X^e et au XI^e siècle, temps le plus ténébreux de l'histoire. Dans l'état de guerre anarchique qui régnait alors, où seul le combat judiciaire et les ordalies avaient cours, « l'ignorance et l'injustice abolirent insensiblement les anciennes lois [...] Ainsi les Français retombèrent dans un état approchant celui des Barbares, qui n'ont point encore de lois ni de police » (C. Fleury, *Histoire du droit français*, in *Opuscules de M. l'abbé Fleury*, t. IV, *op. cit.*, p. 22).

gouverné par le point d'honneur» (XXVIII, 19). Montesquieu entreprend d'expliquer rationnellement la coutume, c'est-à-dire la « manière de penser de nos pères » (XXVIII, 17). Il réduit en principe l'usage du combat judiciaire, si irrationnel et « monstrueux » en apparence, dévoile les raisons d'une « jurisprudence si singulière ». Or cette rationalité du droit est alors conçue d'un double point de vue : d'une part, celui des raisons internes au droit ; d'autre part, celui des raisons externes au droit, qui relèvent de son rapport à la société, en l'absence même d'Etat.

Raisons internes d'abord, du point de vue de la contribution du droit à la justice, et plus précisément à la justice pénale. Ce qui importe en effet est l'existence de « règles » établies dans le combat judiciaire (XXVIII, 24), et de « bornes » à son usage (XXVIII, 25). Là où certains de ses contemporains stigmatisent l'anarchie et l'anomie du combat judiciaire, Montesquieu met en lumière une procédure rigoureusement codifiée, selon les personnes en jeu (âge, sexe, condition...), selon les objets du litige, procédure qui prescrivait le bon usage des témoins et, faute d'appel devant une cour plus haute, des modalités des appels de faux jugement ou de « défaute de droit ». Apparaît ici la rationalité interne de ce système de droit : « Les hommes, dans le fond raisonnables, mettent sous des règles leurs préjugés mêmes. Rien n'était plus contraire au bon sens que le combat judiciaire ; mais ce point une fois posé, l'exécution s'en fit avec une certaine prudence » (XXVIII, 23). *L'Esprit des lois* fait « surgir des ténèbres » la solidarité rationnelle des règles qui gouvernent le combat judiciaire⁸⁶. Cette pratique doit être considérée comme « une suite naturelle et le remède de la loi qui établissait les preuves négatives » – preuves en vertu desquelles l'accusateur comme l'accusé n'avaient qu'à faire serment et à témoigner de la culpabilité ou de l'innocence (XXVIII, 13 et 14). Car il s'agissait alors d'« ôter le serment des mains d'un homme qui voulait en abuser ». La pratique a donc une fonction juridique cohérente au sein d'un système qui demeure, contre toutes apparences, un système de droit. Un peu plus loin, Montesquieu collationne d'après Beaumanoir et Defontaines toutes les dispositions du combat judiciaire qui permettent d'éviter les accusations calomnieuses ou arbitraires – ce qui correspond au souci majeur du livre XII consacré à la liberté du citoyen. Telle est donc la rationalité interne de la coutume qui paraît pourtant irrationnelle, selon les principes de la liberté civile : « Comme il y a une infinité de choses sages qui sont menées d'une manière très folle, il y a aussi des folies qui sont conduites d'une manière très sage » (XXVIII, 25).

Cependant, à ces raisons politiques internes au droit se conjuguent des raisons externes, qui tiennent au rapport des lois à l'esprit général du temps (seconde figure de la rationalité). En un temps où ce n'est plus le droit politique qui informe le droit civil pour la simple raison que le gouvernement politique à proprement parler n'existe plus, Montesquieu met en lumière la « puissance suprême du *principe* [la passion dominante qui gouverne les hommes] sur les lois » (I, 3, voir VIII, 11). La rationalité du droit ne lui vient pas de sa conformité à *des principes a priori*, universels et rationnels, mais de sa conformité *au principe*, au sens restreint où Montesquieu entend ce terme. A ce titre, si l'on est en droit de s'étonner de ce que les hommes fassent dépendre la justice de la force et non de la raison, de ce qu'ils recourent à des preuves qui, en réalité, ne prouvent rien, la rationalité de l'usage du combat judiciaire se comprend à la lumière de l'esprit général des peuples germains, et de leur liberté entendue comme indépendance⁸⁷. Cet esprit est martial : la régulation des conduites intervient donc afin de tempérer la guerre, modération évidemment préférable, aux yeux de Montesquieu, à une autorisation générale de se nuire. Le combat judiciaire constitue une forme de droit de la guerre, une forme du droit des gens plutôt que du droit civil *stricto sensu*⁸⁸. La preuve par combat acquiert ainsi sa rationalité immanente : « La preuve par le combat singulier avait quelque raison fondée sur l'expérience » (XXVIII, 17). La rationalité de la plus irrationnelle des coutumes tient à la cohérence des règles et d'un système de valeurs produit par les passions ou les « principes » des hommes. Dans une nation guerrière, la lâcheté, selon Montesquieu, suppose en effet d'autres vices ; elle prouve que l'on a été sensible à l'honneur, que l'on a échappé à l'éducation et aux principes qui gouvernent les hommes ; elle montre que l'on ne craint pas leur mépris, et qu'on fait peu de cas de leur estime. En d'autres termes, la preuve du combat judiciaire, aussi absurde puisse-t-elle paraître, prouve bien, même si ce n'est pas ce qu'elle est supposé prouver : sans doute la victoire au combat ne prouve-t-elle pas l'innocence, mais elle prouve bien l'alliance de l'adresse et de la force, le concours de la force et du courage, autrement dit la possession de vertus indispensables à la survie, réelle et symbolique, de la communauté. Surtout, cette victoire manifeste l'importance subjective de la croyance en l'honneur, croyance qui a conduit les hommes à s'exercer toute leur vie

⁸⁶ G. Benrekassa, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », art. cit., p. 167.

⁸⁷ « Les Germains, qui n'avaient jamais été subjugués, jouissaient d'une indépendance extrême » (*EL*, XXVIII, 17).

⁸⁸ Voir *EL*, XVIII, 26 : « Les peuples barbares qui ne cultivent point les terres, n'ont point proprement de territoire, et sont, comme nous avons dit, plutôt gouvernés par le droit des gens que par le droit civil »

en vue d'accomplir les exploits qui permettent d'obtenir la gloire au combat. *La rationalité vient donc aux coutumes dans la mesure où celles-ci correspondent aux conditions de conservation d'une communauté dans des circonstances particulières, à son principe autant qu'à sa nature.* La définition du bien et du mal, de la vertu et du vice est à l'origine de la définition du juste et de l'injuste : c'est l'éthique sociale, la *Sittlichkeit* comme le dira Hegel, qui rend raison de la formation des règles de droit et de leur rationalité immanente⁸⁹.

Chez Montesquieu, la régulation de la société ne se limite donc pas au droit écrit, émanant de l'Etat : elle peut émaner des mœurs devenues coutumes. Le droit écrit se dissout dans un ensemble normatif beaucoup plus vaste (XXVI, 1). Les systèmes de passions et de croyances créent les règles qui leur permettent de se perpétuer : l'honneur crée le point d'honneur et la justice qui le soutient, à défaut même d'Etat. L'organisation générale de la société, en l'absence d'un pouvoir politique réel, commande l'état du droit, état *du* droit qui ne se réduit précisément pas à l'Etat *de* droit. Montesquieu ne raisonne donc ni en terme de droit naturel, ni en terme de droit positif ; il juge de la conformité des normes aux circonstances, de la conformité des usages à l'esprit d'un peuple. C'est l'accord des lois et des mœurs qui est le critère ultime de la rationalité : « Je dis donc que, dans les circonstances des temps où la preuve par le combat et la preuve par le fer chaud et l'eau bouillante furent en usage, il y eut un tel accord de ces lois avec les mœurs, que ces lois produisirent moins d'injustices qu'elles ne furent injustes ; que les effets furent plus innocents que les causes ; qu'elles choquèrent plus l'équité qu'elles n'en violèrent les droits ; qu'elles furent plus déraisonnables que tyranniques » (XXVIII, 17).

En dernière instance, il convient de prendre la mesure de cette opposition du *raisonnable* et du *rationnel* et de l'introduction d'une *raison des effets* opposée à une normativité absolue ou principielle dont l'application risque toujours d'être tyrannique. L'analyse du combat judiciaire fait apparaître la complexité de l'explication à la fois diachronique et synchronique d'un système historique et juridique⁹⁰. Car la règle du combat est finalement rationnelle en de multiples sens :

- *Juridiquement* : elle incarne le fruit de la logique d'un système (l'impossibilité de s'en tenir sans abus tenir aux preuves négatives) ; elle permet de réguler les vengeances privées en tranchant une fois pour toutes et en limitant le nombre des combattants.

⁸⁹ On pourra retrouver cette analyse dans Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, III, 18. Tocqueville transpose la notion d'esprit général en « état social » aristocratique.

- *Economiquement* : elle tient aux pratiques d'un peuple défini par son mode de subsistance.
- *Politiquement* : elle contribue à la naissance des pouvoirs intermédiaires qui constituent la nature de la monarchie, dans l'articulation à son principe, l'honneur ; ainsi « l'usage du combat judiciaire dut être *regardé* comme un privilège de la noblesse, comme un rempart contre l'injustice, et une assurance de sa propriété ; et, dès ce moment, cette pratique dut s'étendre » (XXVIII, 18). Montesquieu reconduit ici l'analyse de l'honneur, « faux » – irrationnel et immoral – mais néanmoins « utile au public » à titre de ferment de résistance à l'arbitraire royal.
- *Religieusement* : l'usage de l'ordalie s'accorde avec la religion superstitieuse d'hommes qui y voient le jugement de Dieu.
- *Socialement et culturellement* : l'usage de la force pour trancher la justice est l'expression directe des mœurs guerrières et de la logique du point d'honneur. Montesquieu va jusqu'à montrer l'accord des règles du combat judiciaire avec le « système merveilleux de la chevalerie », et à rendre raison des dispositions sur les « herbes enchantées » que pouvaient posséder les champions des dames. Il va donc jusqu'à intégrer à la rationalité les *mythes* considérés comme croyances actives et motrices dans l'histoire⁹¹.

Tous les facteurs moraux de l'esprit général, tous les rapports constitutifs de l'esprit des lois, réapparaissent ici⁹². A la rationalité interne du droit qui relève de son architechtonique et de sa cohérence immanente (évoquée plus longuement au livre XXVI et au livre XXIX de *L'Esprit des lois*) se conjugue une rationalité externe, comme adéquation à la série des *rapports* constitutifs de l'esprit général. Il y a là, avant la lettre, une véritable *ruse de la raison*, qui s'exprime en l'occurrence sous de multiples formes et appelle, pour être pensée, une

⁹⁰ Voir G. Benrekassa, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », art. cit.

⁹¹ « Je trouve, dans la loi des Lombards, que, si un des champions avait sur lui des herbes propres aux enchantements, le juge les lui faisait ôter, et le faisait jurer qu'il n'en avait plus. Cette loi ne pouvait être fondée que sur l'opinion commune ; c'est la peur, qu'on a dit avoir inventé tant de choses, qui fit imaginer ces sortes de prestiges. Comme dans les combats particuliers les champions étaient armés de toutes pièces [...] l'opinion des armes enchantées de quelques combattants dut tourner la tête à bien des gens. De là naquit le système merveilleux de la chevalerie... » (*EL*, XXVIII, 22).

⁹² Voir *EL*, I, 3 : « Il faut qu'elles [les 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 font les lois politiques ; soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles. Elles doivent être relatives au physique du pays ; au climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur ; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir ; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles ; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer. C'est ce que j'entreprends de faire dans cet ouvrage. J'examinerai tous ces rapports : ils forment tous ensemble ce que l'on appelle l'ESPRIT DES LOIS ».

nouvelle alliance de la philosophie du droit, de la sociologie du droit et de l'histoire du droit⁹³.

Conclusion

Ni jusnaturaliste, ni contractualiste, la réflexion sur le droit, dans l'œuvre de Montesquieu, abandonne donc le questionnement relatif à sa *légitimité* – ce que déploreront Rousseau et Condorcet notamment⁹⁴. C'est le sens de l'éloge de la maxime de Solon, qui doit être donnée en exemple à tous les législateurs :

« On demanda à Solon si les lois qu'il avait données aux Athéniens étaient les meilleures : “Je leur ai donné, répondit-il, les meilleures de celles qu'ils pouvaient souffrir.” Belle parole, qui devrait être entendue de tous les législateurs. Quand la sagesse divine dit au peuple juif : “Je vous ai donné des préceptes qui ne sont pas bons”, cela signifie qu'ils n'avaient qu'une *bonté relative* » (XIX, 21).

La recherche du bien politique « relatif », en situation, exclut tout idéalisme rationnel – l'impératif de convenance s'opposant à l'exigence d'une conformité abstraite à une norme de justice naturelle ou divine. Cependant, cette philosophie n'est pas non plus sociologique *stricto sensu*, au sens où elle se contenterait de réduire le droit au fait, d'expliquer la production causale des lois à partir des mœurs, sur le modèle des sciences de la nature, ou encore de rendre compte d'une spontanéité sociale vivante dont le droit serait le produit – ce que déploreront à la fois E. Durkheim⁹⁵ et G. Gurvitch⁹⁶. Mais si Montesquieu ne

⁹³ Nous ne pouvons aborder dans cet article la question délicate de savoir si le discours rationnel sur la cohérence du droit tenu dans *L'Esprit des lois* relève ou non de la « philosophie du droit ». Ceci sera l'objet d'un travail ultérieur.

⁹⁴ Condorcet ne peut admettre chez Montesquieu l'exclusion de la perspective de la *légitimité* du pouvoir et de la justice des lois : « Pourquoi n'a-t-il établi aucun principe pour apprendre à distinguer, parmi les lois émanées d'un pouvoir légitimes, celles qui sont injustes et celles qui sont conformes à la justice ? » (*Observations sur le XXIX^e livre de l'Esprit des lois*, en annexe des *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 7, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1985, p. 144). Rousseau, pour sa part, jugeait que Montesquieu s'était bien « gardé » de fonder le droit politique : « Le droit politique est encore à naître [...] Le seul moderne en état de créer cette grande et inutile science eût été l'illustre Montesquieu. Mais il s'est gardé de traiter des principes du droit politique ; il se contenta de traiter du droit positif des gouvernements établis, et rien au monde n'est plus différent que ces deux études » (Rousseau, *Émile*, dans *Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, t. IV, 1969, p. 836).

⁹⁵ Montesquieu, en invoquant l'ordre immanent à la « nature des choses », a certes contribué à dissiper le mythe légicentriste et l'illusion volontariste ; mais il n'est pas allé assez loin dans cette voie. Selon Durkheim, Montesquieu n'a pas compris que « les lois ne diffèrent pas en nature des mœurs, mais qu'au

propose ni une philosophie pure du droit, qui marque l'écart de l'être et du devoir-être, ni une sociologie pure du droit, qui infère les catégories juridiques à partir des pratiques collectives sédimentées par le temps, comment comprendre cette philosophie historique (quoique non organiciste) du droit⁹⁷ ? Nous proposons de la considérer comme une philosophie « impure » qui théorise l'émergence des normes et de leur force obligatoire dans une histoire des institutions pensée à partir de la matrice des passions et des croyances, des manières de penser et d'agir d'un peuple. C'est une *histoire naturelle du droit* qui articule le point de vue interne et externe sur le droit de deux façons distinctes : d'une part pour analyser et évaluer le droit du point de vue de principes généraux (les principes de la liberté politique et civile) ; d'autre part pour rendre intelligible les rapports du droit et des coutumes avec la politique, la morale, l'économie, la religion, en un mot avec tous les rapports constitutifs de l'esprit général et de l'esprit des lois.

« Eclairer les lois par l'histoire et l'histoire par les lois » : la belle clarté de cet aphorisme a disparu pour nous. En réalité, Montesquieu l'avait déjà brouillée lui-même. Dans l'édition *princeps* de *L'Esprit des lois*, on peut lire en XVI, 16, *i. f.* : « Il faut expliquer les lois par les lois et l'histoire par l'histoire »⁹⁸. La suppression est révélatrice : il ne s'agit pas de s'en tenir à une approche purement externe ou purement interne du droit. A ce titre, Montesquieu a sans doute ouvert l'une des voies les plus fécondes de la philosophie du droit⁹⁹.

contraire elles découlent d'elles » (*La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale, op. cit.*, chap. 4).

⁹⁶ Pour Gurvitch, le droit n'apparaît chez Montesquieu que comme « établi par un législateur, comme fixé d'avance, d'en haut, dans des formules rigides, bref, comme se réduisant aux "lois" au sens actuel du terme », c'est-à-dire à ce qui est édicté par l'Etat, ce qui serait le propre d'une conception anti-sociologique plaçant le droit en dehors de la spontanéité sociale vivante (« La sociologie juridique de Montesquieu », art. cit.).

⁹⁷ « Le passage à la connaissance véritable du droit n'est pas concevable sans une approche philosophique du droit, c'est-à-dire non pas une Philosophie du Droit au sens « moderne », ni non plus ce que Voltaire appellera « philosophie » quand il écrira la *Philosophie de l'histoire*, mais à la fois une théorie et une méthode qui saisissent le droit dans sa systématique interne et externe, c'est-à-dire finalement qui renvoient à autre chose qu'au Droit » (« Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », art. cit., p. 163).

⁹⁸ Cité par G. Benrekassa, *ibid.*, p. 179.

⁹⁹ Voir notamment F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, 1987.