

*Till Hanisch*

## DIE RICHTERLICHE GEWALT

### *La puissance de juger bei Montesquieu*

#### Einleitung

Die von Montesquieu dargelegte Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt wurde zwar häufig gepriesen, ist aber bisher kaum grundlegend untersucht worden. Meist wird sie – nicht zu Unrecht, aber zu Unrecht ausschliesslich – im Rahmen der Gewaltenteilungslehre<sup>1</sup> Montesquieus besprochen. Vor allem Verfassungsrechtler, Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen verweisen in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit dem Problem des rechtsschöpfenden Charakters des Richterspruchs, vornehmlich auf verfassungsrechtlicher Ebene, regelmässig auf die richterliche Gewalt und Gewaltenteilung bei Montesquieu. Dabei wird diese allerdings meist apodiktisch und die historische Forschung weitgehend ignorierend in die heutige Diskussion um das Richterrecht einbezogen.<sup>2</sup> Der vorliegende Artikel will daher darstellen, wie die Problema-

---

<sup>1</sup> Im Sinne von *distribution* oder *division des pouvoirs*.

<sup>2</sup> Dazu Ogorek, Regina, Gewaltenteilung heute, In Böhlke, E./François, E. (Hrsg.), *Montesquieu. Franzose – Europäer – Weltbürger*, Akademie Verlag: Berlin 2005, S. 57–69; eine provokante, aber auch problematische Interpretation von Montesquieus Gedanken über die richterliche Gewalt ist Claus, Laurence, Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, N° 3, 2005, S. 419–451. Hier kann nicht auf die heutigen Debatten und die extensive Forschungsliteratur über den interpretierenden und gesetzgebenden Richter sowie über die demokratische Legitimation und Kontrolle der richterlichen Gewalt eingegangen werden. Verwiesen sei hier lediglich auf einige im Rahmen dieser Debatten erschienene, anregende Beiträge: Ponthoreau, Marie-Claire, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica: Paris 1994; Viala, Alexandre, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Paris 1999; Lafay, Fabien, *La modulation du droit par le juge – Etude de droit privé et sciences criminelles*, 2 tomes, Presses Universitaires d'Aix-Marseille: Aix-en-Provence 2006 sowie Canivet, Guy/Joly-Hurard Julie, La responsabilité des juges, ici et ailleurs, *Revue internationale de droit comparé*, N° 4, octobre-décembre 2006, S. 1049–1093. Siehe auch Pasquino, Pasquale, Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy, *Ratio Juris*, Vol. 11, N° 1, March 1998, S. 38–50. Für die USA z.B. Rakove, Jack N., The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts, *Stanford Law Review*, Vol. 49, N° 5, May 1997, S. 1031–1064;

tik der richterlichen Gewalt durchgehend Montesquieus Hauptwerk *Vom Geist der Gesetze*<sup>3</sup> durchzieht, wobei zum Teil eine Neudeutung der Schlüsselaussagen, die die bisherigen Interpretationen bestimmt haben, vorgenommen wird. Montesquieu behandelt die Judikative sowohl historisch, räumlich und in ihren Rechtsgebieten verschieden. Wenn sich bei Montesquieu Geschichte, geografische Lage, Sitten und Regierungsform in einer prägenden Wechselwirkung mit den Gesetzen eines Landes befinden, dann ist dies auch für die Anwendung dieser Gesetze gültig. Die besondere Schwierigkeit, die richterliche Gewalt bei Montesquieu zu verstehen, liegt darin festzustellen in welchem Rahmen der Ausübung dieser Gewalt er sie behandelt. Das Herzstück der Idee der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt liegt zweifelsohne in Buch XI, Kapitel 6, ‘Von der Verfassung Englands’, und muss auch in engem Zusammenhang mit der Verteilung der Gewalten gelesen werden. Allerdings legt Montesquieu schon in Buch VI das Fundament für seine Auffassung der richterlichen Gewalt. Zudem muss sie in einen breiteren innerwie aussertextlichen Zusammenhang eingefügt werden. Dieser Zusammenhang soll hier, wenn auch nur skizziert, dargestellt werden. Ziel ist es hier demnach, textnah das gedankliche Bezugsgeflecht aufzuzeigen, vor dessen Hintergrund Montesquieu argumentiert, um daraus auf seine Vorstellung der richterlichen Gewalt zu schliessen.

## Die richterliche Gewalt des Souveräns

Montesquieu reiht sich in die Gruppe der Denker ein, die wie Grotius und Spinoza, aber auch Leibniz, die Lösung des von Bodin bzw. später von Hob-

---

Post, Robert C./Siegel, Reva B., Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, *The Yale Law Journal*, Vol. 112, N° 8, June 2003, S. 1943–2059; Vermeule, Adrian, The Cycles of Statutory Interpretation, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 68, N° 1, Winter 2001, S. 149–192. Auch heute noch grundlegend ist die Debatte zwischen Kelsen und Schmitt: Kelsen, Hans, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, W. Rothschild: Berlin 1931; Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, 4. Aufl., Duncker & Humblot: Berlin [1931] 1996.

<sup>3</sup> Trotz verlässlicher deutscher Übersetzungen von Montesquieus Hauptwerk wird hier aus dem französischen Text zitiert. Da der Deutung einiger Schlüsselbegriffe hier eine besondere Bedeutung zukommt, soll diese nicht zusätzlich durch die Übersetzung erschwert werden. Zitiert wird daher aus Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, In *Œuvres Complètes II*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard: Paris 1951. Im Weiteren EdL.

bes gestellten Problems der Absolutheit und Unteilbarkeit der Souveränität<sup>4</sup> in der Ausübung der von ihr abgeleiteten Gewalten suchen. Die Funktion des Begriffes *magistratus* bei Grotius, die hauptsächliche Verwendung des Begriffes *summa potestas* anstelle von *maiestas* oder *summum imperium* sind deutlicher Ausdruck der Abgrenzung gegenüber Bodin.<sup>5</sup> Bei Leibniz wird die Reichsidee zur Verkörperung seiner Harmonielehre. Das Ineinanderwirken der Vielheit in der Einheit<sup>6</sup> äussert sich u.a. in der von Leibniz unangetasteten Souveränität der Fürsten innerhalb der «alles überwölbende[n] Würde des Kaisertums».<sup>7</sup> Für Spinoza, der im *Tractatus politicus* in stetigem gedanklichen Bezug auf Hobbes die Fragen der Souveränität und der Gefahr der Tyrannei behandelt, sind die Antworten auf die Problematik des wohlgeordneten Staates gegenüber der Tyrannei nicht so sehr im Problemfeld der *summa potestas*, sondern in dem des *imperium* angesiedelt. Für Spinoza ist *summa potestas* Souveränität als die höchste Autorität des Gemeinwesens. *Imperium* hingegen bezieht sich auf den Vollzug der Gewalten, die aus dieser Autorität hervorgehen, d.h. zum einen die Regierungsform, zum anderen, wenn im Kontext der Delegation (oder Usurpierung) gebraucht, die Herrschaft oder die Amtsgewalt.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Zur Absolutheit und Unteilbarkeit bei Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, Mairet, G. (éd.), Hachette. Le Livre de Poche: Paris 1993, Buch I, Kapitel 8 resp. Buch VI, Kapitel 4. Bei Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Tuck, Richard (ed.), Cambridge University Press: Cambridge/New York/etc. 1991, Kapitel 18 und 19.

<sup>5</sup> Siehe Gelderen, Martin van, Aristotelians, Monarchomachs and Republicans: Sovereignty and *respublica mixta* in Dutch and German Political Thought, 1580–1650, In Gelderen, M. van/Skinner, Q. (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*. Cambridge University Press: Cambridge 2002, S. 203f. Grotius umgeht das Problem der Unteilbarkeit der Souveränität an sich durch die Aufteilung und Verteilung der der Souveränität innewohnenden Merkmale oder Rechte (*actus summae potestatis*). Besonders deutlich in Grotius, Hugo, «*Commentarius in Theses XI*». *An Early Treatise on Sovereignty, the Just War, and the Legitimacy of the Dutch Revolt*, Borschberg, Peter (Hrsg.), Peter Lang: Bern u.a. 1994. Bodin bezeichnet die Souveränität als *maiestas* bzw. als *la plus grande puissance de commander*, also als *summum imperium*. Siehe Bodin, FN 4, Buch I, Kapitel 8, S. 111. In *La méthode de l'histoire* benennt Bodin die Souveränität als *summum imperium*: Bodin, Jean, *La méthode de l'histoire*, Mesnard, Pierre (trad. et prés.), Les Belles Lettres: Paris 1941, S. 158.

<sup>6</sup> Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Monadologie*, Glockner, Hermann (Übers.), Reclam: Stuttgart 1979, § 13. Vgl. Montesquieus Rezeption im EdL, FN 3, Buch I, Kapitel 1, S. 233.

<sup>7</sup> Schatz, Jürgen, *Imperium, Pax et Iustitia. Das Reich – Friedensstiftung zwischen Ordo, Regnum und Staatlichkeit*, Duncker & Humblot: Berlin 2000, S. 284 sowie 283–288.

<sup>8</sup> Spinoza, Baruch de, *Politischer Traktat/Tractatus politicus*, Bartuschat, Wolfgang (Hrsg./Übers.), Felix Meiner Verlag: Hamburg 1994. Siehe z.B. IV, 3, S. 54.

Im Gegensatz zu seinen Vordenkern geht Montesquieu jedoch nicht oder nur kaum auf die Souveränität ein.<sup>9</sup> Der Begriff selbst oder verwandte Begriffe sind im *Vom Geist der Gesetze* selten. Das bedeutet jedoch nicht, dass Montesquieu ihm keine besondere Bedeutung beimäße, oder dass er dem störenden Problem aus dem Weg ginge<sup>10</sup>; im Gegenteil. Montesquieu behandelt das Problem der Souveränität durchaus, allerdings willentlich meist implizit. Catherine Larrère sieht darin zutreffend eine Entmystifizierung des Begriffes. Doch es soll hier noch weiter gegangen werden. Bei Montesquieu wird das Problem der Souveränität gewissermaßen neutralisiert. Ausschlaggebend für den Staat ist nicht, wer Träger der Souveränität ist, sondern seine Verfasstheit, seine *constitution*.<sup>11</sup> Ausschlaggebend ist demnach wie die Gewalten verteilt werden.<sup>12</sup> Kapitel 5, Buch VI, des *Vom Geist der Gesetze* macht das deutlich. Das Kapitel mit der Überschrift «Dans quel gouvernement le souverain peut être juge», ist eine der wenigen Stellen, in der der Souverän explizit angesprochen wird. Bezeichnenderweise geschieht dies in Zusammenhang mit der richterlichen Gewalt. Montesquieu geht hier von reinen Regierungsformen (republikanisch-demokratisch bzw. republikanisch-aristokratisch, monarchisch und despotisch) aus. Er gleitet jedoch in diesem Kapitel progressiv von einer dreiteiligen zu einer zweiteiligen Unterscheidung der Regierungsformen.<sup>13</sup> Die Regierungsformen werden entweder *modérées*, – das heisst in ihnen ist politische Freiheit möglich –, oder *despoti-*

<sup>9</sup> Dazu die unterschiedlichen Positionen von Ehrhard, Jean, *L'esprit des mots. Montesquieu en lui-même et parmi les siens*, Droz: Genève 1998, S. 146–160, und Larrère, Catherine, Montesquieu: l'éclipse de la souveraineté, In Cazzaniga, G. M./Zarka, Y. Ch., *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Edizioni ETS und Librairie Philosophique J. Vrin: Pisa/Paris 2001, S. 199–214.

<sup>10</sup> Der Begriff Souveränität sei, so Ehrhard, für Montesquieu gefährlich und es müsse behutsam damit umgegangen werden: Ehrhard, FN 9, S. 153.

<sup>11</sup> Die Idee der *constitution* bei Montesquieu wurde wenig untersucht. Grundlegend: Beaud, Olivier, *La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme*, In Murswiek, D./Storost, O./Wolff, H.A. (Hrsg.), *Staat – Souveränität – Verfassung, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot: Berlin 2000, S. 407–448.

<sup>12</sup> Die Idee der *constitution* geht allerdings bei Montesquieu darüber hinaus. In diesem Zusammenhang gewinnt die Definition Bolingbokes, mit dem sich Montesquieu stark auseinandersetzt, besondere Relevanz: «By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed», Bolingbroke, Henry St. John, Lord Viscount, *A Dissertation upon Parties (1733–34)*, In *The Works of Lord Bolingbroke*, Vol. II, Carey and Hart: Philadelphia 1841, S. 88.

<sup>13</sup> Siehe Larrère, Catherine, *Les typologies des gouvernements chez Montesquieu, Etudes sur le 18<sup>ème</sup> siècle*, Textes et Documents, Publications de la Faculté des Lettres et Science Humaines de Clermont-Ferrand, 1979, S. 88–103.

ques. Das Unterscheidungsmerkmal ist dabei die Ausübung der richterlichen Gewalt. Nur wenn der Souverän nicht selber richten kann, bleibt die Regierungsform gemässigt. Andernfalls verfällt der Staat in die Despotie. Im Falle der Monarchie würden dadurch die mässigenden Zwischengewalten ausgeschaltet, die *constitution* zerstört und mit ihr die Monarchie selbst.<sup>14</sup> Montesquieu blendet daher das Problem der unteilbaren, absoluten Souveränität nicht aus, er rückt es in ein anderes Licht. Die Lösung liegt für Montesquieu nicht in der Mischverfassung im klassischen, ‘römisch-republikanischen’ Sinne, auch wenn die Verfasstheit Englands – die die grösstmögliche Freiheit ermöglicht, weil die Gewalten in ihr am besten verteilt sind – als eine ‘moderne’ Form der Mischverfassung<sup>15</sup> betrachtet werden kann. Gleich wer der Souverän ist, das Volk, eine Aristokratie oder der Monarch, er darf, so Montesquieu, die richterliche Gewalt nicht ausüben, soll die Herrschaft nicht willkürlich bzw. despotisch werden. Dabei wendet er sich gegen die Tradition, die im souveränen Fürsten die Verkörperung der Gerechtigkeit und daher den Inhaber der höchsten Gerichtsbarkeit sieht. Genauer gesagt wendet er sich gegen den Vater des modernen Souveränitätsbegriffs, Jean Bodin und seine Rezeption in Frankreich und England. Bodin schreibt im 16. Jahrhundert vor dem Hintergrund einer besonders auch in den Provinzen durch sehr machtvolle Schichten der *noblesse d’épée* und der *noblesse de robe* geschwächten königlichen Herrschaftsgewalt. Das 6. Kapitel im vierten Buch der Republik von Jean Bodin beginnt wie folgt: «Les Rois [sont] établis pour juger les sujets.»<sup>16</sup> Der Ursprung der königlichen bzw. souveränen Gewalt liegt für Bodin nach wie vor in dessen Funktion Recht zu sprechen, obwohl durch Bodin der *gesetzgebenden* Funktion des Souveräns eine neue Bedeutung zukommt. Bodin führt im Weiteren aus, welche Vorteile daraus entstehen, dass der Herrscher in Person richten könne:

si le Prince jugeait, lui qui est la loi vive, et par dessus toutes les lois civiles, étant accompagné de son conseil, il ferait bonne et brève justice, ayant égard au fond, sans beaucoup s’arrêter aux formalités. Aussi par ce moyen les oppositions, appellations, requêtes civiles, évocations, infinités d’arrêts les uns sur les autres, qui rendent les procès immortels, cesseraient, et la justice prendrait son cours sans aucun empêchement.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> «Dans les Etats despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution seroit détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis: on verroit cesser toutes les formalités des jugements; la crainte s’emparerait de tous les esprits; on verroit la pâleur sur tous les visages; plus de confiance, plus d’honneur, plus d’amour, plus de sûreté, plus de monarchie.» (EdL VI, 5, FN 3, S. 314).

<sup>15</sup> Die sich im englischen Parlament (House of Commons, House of Lords und King in Parliament) äussert.

<sup>16</sup> Bodin, FN 4, S. 376.

<sup>17</sup> Ebd., S. 378.

Montesquieu seinerseits setzt alles daran, dem Anspruch des Souveräns, insbesondere des Fürsten, Recht zu sprechen, entgegenzutreten. Er vollzieht dies auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Argumentationssträngen. In Buch VI könnte er – auch in Hinblick auf das obige Zitat von Bodin – kaum deutlicher sein. Montesquieu behandelt die Problematik des Richterspruches in ihrem Zusammenhang mit dem Ruf nach der Einfachheit der Gesetze und mit den Prozeduren und Formalitäten der Justiz. Er unterscheidet zunächst zwischen *lois civiles* und *lois criminelles* (Kapitel 1 und 2). Die Unterscheidung erscheint jedoch im Kern kaum als wesentlich. Es geht in beiden Kapiteln um das Eigentum, das Leben und um die Ehre der Bürger. Montesquieu stellt erneut Despotie und *Etats modérés* gegenüber, wobei die Unterscheidung zwischen Republik und Monarchie nahezu nebensächlich wird, da sie sich im Zusammenhang mit den Formalitäten der Justiz qualitativ nicht unterscheiden<sup>18</sup>:

Si vous les [les formalités de la justice] regardez dans le rapport qu’elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté. En Turquie, où l’on fait très peu d’attention à la fortune, à la vie, à l’honneur des sujets, on termine promptement, d’une façon ou d’une autre, toutes les disputes. La manière de les finir est indifférente, pourvu qu’on finisse. [...] Mais dans les Etats modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu’après un long examen: on ne le prive de la vie que lorsque la Patrie elle-même l’attaque; et elle ne l’attaque qu’en lui laissant tous les moyens possibles de la défendre. Aussi, lorsqu’un homme se rend plus absolu<sup>19</sup>, songe-t-il d’abord à simplifier les lois.<sup>20</sup>

Montesquieu nimmt hier fast zwei Jahrhunderte später in Bezug auf die *formalités* der Justiz eine entgegen gesetzte Position zu Bodin ein. Montesquieu war sich zwar der Langwierigkeiten, Probleme und Fehlleistungen der Justiz bewusst und hat sie auch in Bezug auf Frankreich angeprangert.<sup>21</sup> Als Argu-

<sup>18</sup> «On voit que dans les républiques il faut pour le moins autant de formalités que dans les monarchies. Dans l’un et dans l’autre gouvernement, elles augmentent en raison du cas que l’on y fait de l’honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens» (EdL VI, 2, FN 3, S. 310f).

<sup>19</sup> Montesquieu fügt hier an: «César, Cromwell, et tant d’autres».

<sup>20</sup> EdL, VI, 2, FN 3, S. 310.

<sup>21</sup> Siehe Montesquieus Rede vor dem Parlement de Bordeaux 1725, OC I, FN 3, S. 44–52. Dazu auch Desgraves, Louis, Montesquieu et la justice de son temps, In *Montesquieu and the spirit of modernity*, Carrithers, D./Coleman, P. (eds.), Studies on Voltaire and the Eighteenth Century, Voltaire Foundation: Oxford 2002, S. 205–211. Für Montesquieu muss die Justiz aufgeklärt, prompt, nicht zu streng (*austère*) und allumfassend sein.

ment für eine königliche Gerichtsbarkeit, wie von Bodin vorgetragen, konnte er diese allerdings nicht gelten lassen. Die Formalitäten und Prozeduren der Justiz, und die damit verbundenen Längen der Verfahren, sind für Montesquieu ein nötiges Übel, der Preis der Freiheit. Das gilt nicht nur für das Strafrecht, sondern auch für das Zivilrecht.<sup>22</sup> Die Komplexität und die grosse Zahl der Gesetze unterscheidet die Monarchie von der Despotie. Im Gegensatz zur despotischen Regierungsform bieten sie dem Bürger Schutz, wobei die Gerichte und ihre Rechtsprechung diesen Schutz gewährleisten. Die Wahrung der Gesetze obliegt den *parlements* auch zum Zwecke der Begrenzung der königlichen Gewalt. So sagt Montesquieu für die Monarchie in Buch II, 4:

Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires; il faut encore un dépôt des lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie.

Sowie in Buch V, 10:

Le gouvernement monarchique a un grand avantage sur le républicain: les affaires étant menées par un seul, il y a plus de promptitude dans l'exécution. Mais, cette promptitude pourrait dégénérer en rapidité, les lois y mettront une certaine lenteur. Elles ne doivent pas seulement favoriser la nature de chaque constitution, mais encore remédier aux abus qui pourraient résulter de cette même nature. [...] Les corps qui ont le dépôt des lois n'obéissent jamais mieux que quand ils vont à pas tardifs, et qu'ils apportent, dans les affaires du prince, cette réflexion qu'on ne peut guère attendre du défaut de lumières de la cour sur les lois de l'Etat, ni de la précipitation de ses Conseils.<sup>23</sup>

Auch hier verdeutlicht Montesquieu noch einmal seine Abgrenzung zu Bodins Argument für eine Ausübung der richterlichen Gewalt durch den Herrscher, indem er zum einen die Gefahr überhasteter Entscheidungen anspricht, zum anderen dem Hof und dem königlichen Rat die richterliche Kompetenz abstreitet. Wesentlich ist dabei vor allem, dass Montesquieu das königliche Handeln durch die Macht der Gesetze einzuschränken trachtet. Zunächst bringt Montesquieu hier zurückhaltend die wohlthuende Wirkung der bremsenden Eigenschaft der Gesetze angesichts einer möglicherweise übereilten Entscheidungsfreudigkeit des Monarchen vor. Doch er macht gleich darauf sein wesentliches Anliegen deutlich: die Gesetze begegnen der Gefahr des Missbrauchs der Herrschaft, die wiederum in der Natur der Monarchie selbst liegt.

Montesquieu verweigert demnach dem Herrscher in gemässigten Staatsformen nicht nur jegliche direkt ausgeübte Gerichtsbarkeit, er stellt ihn auch

---

<sup>22</sup> EdL, FN 3, VI, 1, S. 307.

<sup>23</sup> EdL, FN 3, S. 249 sowie 291f.

unter das Gesetz. Der häufige Verweis auf die Türkei, als eines seiner bevorzugten Abschreckungsbeispiele der Despotie, ist auch rhetorisch zu verstehen. Indem Montesquieu meist Monarchie und Despotie gegenüberstellt, verdeutlicht er die inhärente Gefahr königlicher Absolutheitsansprüche.<sup>24</sup> Der oben angeführte Verweis auf diejenigen, die wie Cäsar oder Cromwell danach trachten, die Gesetze zu vereinfachen, um 'sich absoluter zu machen' ist ein eindeutiges Zeugnis dafür. Montesquieu fügt als weiteres Beispiel die Verurteilung zum Tode (in Abwesenheit) des Herzogs de la Valette an, bei der Ludwig XIII. in Person den Vorsitz des Gerichts hatte und zitiert dabei die Auffassung des Präsidenten des *parlement de Paris* Bellièvre, dass es bis zu diesem Zeitpunkt so etwas nicht gegeben habe.<sup>25</sup> Montesquieu verweist hier auf die häufigen Anklagen wegen des *crime de lèse majesté* unter Richelieu, über die in Umgehung der ordentlichen Gerichte von *commissions extraordinaires* geurteilt wurde.<sup>26</sup> Wenn Montesquieu sich hier nicht direkt äussert und lediglich zitiert, um das Argument zu untermauern, dass es unsinnig sei, dass derjenige, dessen Attribut es sei zu begnadigen, auch selber richte, so wird er im Folgenden expliziter: Am Beispiel einiger römischer Kaiser drückt er aus, dass Urteile des Herrschers ein unversiegbare Quell von Unrecht und Missbrauch wären: «Quelques empereurs romains eurent la fureur de juger; nuls règnes n'étonnèrent plus l'univers par leurs injustices».<sup>27</sup> Insbesondere verweist er auf die Herrschaft Justinians, unter der Richter keine Freiheit hatten Recht zu sprechen, die Gerichte verwaist und Urteile, sogar Gesetze zu kaufen waren.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Der Ausdruck wird hier in Hinblick auf Montesquieus oben zitierten Gebrauch von *absolu* verwendet. Das Problem des 'Mythos Absolutismus' ist hier nicht relevant. Zur reichhaltigen Literatur im Rahmen dieser Debatte siehe z.B. Asch, Ronald G./Duchhardt, Heinz (Hrsg.), *Der Absolutismus – ein Mythos?: Strukturwandel monarchischer Herrschaft in West- und Mitteleuropa (ca. 1550–1700)*, Böhlau: Köln u.a. 1996.

<sup>25</sup> EdL, FN 3, VI, 5, S. 314f. Wobei Voltaire an dieser Stelle anmerkt, es sei ursprünglich ein anerkanntes Privileg gewesen, dass ein Herzog durch den König, den *primus inter pares*, gerichtet wurde: Siehe ebd., Note 1, S. 1501.

<sup>26</sup> Siehe dazu Gisey, Ralph E./Haldy, Lanny/Millhorn, James, Cardin Le Bret and Lese Majesty, *Law and History Review*, vol. 4, n° 1, Spring 1986, S. 46–54, sowie Kitchens, James H., Judicial Commissaires and the Parlement of Paris: The Case of the Chambre de l' Arsenal, *French Historical Studies*, Vol. 12, N° 3, Spring 1982, S. 323–350. Siehe auch das Kapitel über *lèse majesté* von Cardin le Bret, der im Prozess von La Valette selber Richter war: Les Œuvres de Messire Cardin le Bret, Contenant Son Traité de la Souveraineté du Roy, etc. Nouvelle édition, Revue et augmentée de plusieurs choses notables, et corrigée très exactement. Charles Osmont: Rouen 1689, Buch IV, Kap. 5, S. 140–146.

<sup>27</sup> Ebd., S. 315.

<sup>28</sup> Ebd.



Die enge Verbindung zwischen Buch VI und Buch XI, insbesondere Kapitel 6, kommt nun deutlich zutage. Montesquieu schlägt eindeutig zwischen beiden Büchern eine Brücke, indem er damit beginnt, die in Buch VI aufgestellten Thesen zu wiederholen. Er verbindet diese nun mit der politischen Freiheit mehr oder weniger förderlichen Verteilung der Gewalten, die die Verfasstheit eines Staates darstellen. In den meisten europäischen Königreichen, so Montesquieu noch einmal, ist die Regierungsform gemässigt, da der Fürst die zwei ersten Gewalten innehat, die dritte aber, die richterliche Gewalt den Untertanen überlässt. Bei den Türken, wo der Sultan alle drei Gewalten ausübt, herrscht Despotismus. In den Republiken Italiens wiederum herrscht weniger Freiheit als in den Monarchien, da auch hier die drei Gewalten in einer gebündelt sind. Zudem verweist Montesquieu noch einmal auf die Gefahr königlicher Absolutheitsansprüche: «Aussi les princes qui ont voulu se rendre despotiques ont-ils toujours commencé par réunir en leur personne toutes les magistratures; et plusieurs rois d'Europe toutes les grandes charges de l'Etat».<sup>29</sup> In beiden Büchern macht Montesquieu somit deutlich, dass der Herrscher weder natürlicherweise als Verkörperung der Gerechtigkeit über den Gesetzen steht noch sich über diese stellen kann, soll er nicht despotisch werden. Der Herrscher ist nicht «*la loi vive*» (Bodin), und – in Hinblick auf Justinian – nicht die «*lex animata*» (Corpus Juris Civilis, Nov 105).

## Das Problem der Gesetzesauslegung

Im Rahmen der Debatten um den *Titre préliminaire* des *Code Civil* stützt der Tribun Maillat-Garat sich vornehmlich auf Montesquieu. Er entwickelt dabei eine eindrucksvolle Argumentation gegen den späteren Artikel 4 des *Titre préliminaire*, der besagt: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».<sup>30</sup> Maillat-Garats Standpunkt geht weit über eine Kritik des direkten Gegenstands des Artikels 4 hinaus. Er wendet sich gegen die Möglichkeit der Gesetzesinterpretation an sich:

---

<sup>29</sup> Ebd., S. 397f.

<sup>30</sup> *Code civil des français*. Ed. originale et seule officielle, Imp. de la République: Paris an XII-1804, S. 2. Für die Rede von Maillat-Garat: Fenet, P. Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Videcoq: Paris 1836, S. 143–170. Siehe auch den Ausschnitt in *Naissance du Code Civil. La raison du législateur*, Ewald, François (dir.), Flammarion: Paris 1989, S. 120–128.

Dans une république, tribuns, dans la république française surtout, la simplicité et l'uniformité des lois sont une conséquence nécessaire de l'égalité absolue qui fait la base de la constitution [...] l'interprétation des lois, le droit de suppléer à leur insuffisance ou à leur silence, ne pourraient que troubler les déterminations de la loi, et ébranler ses garanties».

Und weiter unten:

«L'usage d'une mauvaise loi est funeste sans doute; mais l'interprétation peut faire un usage désastreux de la meilleure loi; et quel abus peut se comparer à ce seul effet de l'interprétation des lois, qui est de faire vivre au milieu de la société, comme si elle était sans loi [...] c'est l'arbitraire sous les formes de la loi, et l'anarchie sous les apparences de l'ordre.»<sup>31</sup>

Für Maillat-Garat ist *l'arbitre* des Richters gleichbedeutend mit *arbitraire*. In diesem Zusammenhang kommt er, Montesquieu zitierend, zu folgendem Schluss: Der Richter ist lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes ausspricht. Schönfeld sieht in Maillat-Garats Interpretation von Montesquieus Formulierung ein folgenschweres Missverständnis, das aber von der französischen Literatur übernommen wurde.<sup>32</sup> Portalis widersprach in der Debatte der Interpretation von Maillat-Garat. Er verwies teilweise zu Recht darauf, dass Montesquieu sich lediglich auf Strafsachen bezog. Strafrechtliche Verfolgung, so argumentierte Portalis, sei für Montesquieu nur bei Vergehen zulässig, die das Gesetz vorsieht. Gleichermassen seien lediglich die vom Gesetz vorgesehenen Strafen anwendbar.<sup>33</sup> Eine Kritik der Auslegungsfreiheit des Richters habe Montesquieu aber, gemäss Portalis, nicht im Sinn gehabt. Maillat-Garats Interpretation Montesquieus sollte sich dennoch einprägen. Es war, so Schönfeld, die Geburtsstunde eines Allgemeinplatzes: der des Montesquieuschen Richters als Automat bzw. als *bouche de la loi*.<sup>34</sup> Die gesamte Debatte bezieht sich auf Buch XI, Kapitel 6 des *Vom Geist der Gesetze*, in dem Montesquieu schreibt: «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inani-

<sup>31</sup> Fenet, FN 30, S. 157 und 166.

<sup>32</sup> Schönfeld, Karl Menzo, *Montesquieu en «la bouche de la loi»*, New Rhine Publishers: Leiden 1979, S. 85.

<sup>33</sup> Ebd., S. 268.

<sup>34</sup> Schönfeld, FN 32, S. 85. Der Interpretation von Schönfeld wird hier in weiten Teilen, seinen Schlussfolgerungen allerdings nur bedingt gefolgt. Sein Text stellt im Grunde den Ausgangspunkt der vorliegenden Fragestellung dar. Seine Interpretation, die sich hauptsächlich auf den Schlüsselsatz der *bouche de la loi* stützt, wird hier zu Teilen erweitert und ergänzt. Siehe auch: Schönfeld, Karl Menzo, Retour sur l'expression la «Bouche de la loi» chez Montesquieu. La fortune d'Aristote et de Cicéron, In *Actes du Colloque international tenu à Bordeaux*, du 3 au 6 décembre 1998 pour commémorer le 250<sup>ème</sup> anniversaire de la parution de l'Esprit des lois, Académie de Bordeaux: Bordeaux 1999, S. 187–192.

més qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur».<sup>35</sup> Hat Maillat-Garat Montesquieu wirklich falsch ausgelegt? Seine Argumentation zumindest erscheint durch viele Zitate gut untermauert. Dabei darf aber nicht übersehen werden, aus welchem Blickwinkel Maillat-Garat argumentiert. Er macht klar, dass er sich gegen das Gerichtswesen in der Monarchie wendet. Das Schreckgespenst der Willkür liegt für ihn in der Monarchie. Für Montesquieu allerdings ist das nicht der Fall. Die Willkür, die durch die richterliche Gewalt entsteht, ist bei Montesquieu das Merkmal der Despotie, in der es für Montesquieu keine Gesetze gibt und daher der Richter seine eigene Regel ist. Sie kann aber genauso gut in der Republik oder Monarchie auftreten, in denen es Gesetze gibt, dann nämlich, wenn die richterliche Gewalt nicht unabhängig ist. Maillat-Garat untermauert seinerseits seine republikanische Argumentation, indem er einen Abschnitt aus Buch VI, Kapitel 3 des *Vom Geist der Gesetze* zitiert. Der Abschnitt lautet wie folgt:

dans les Etats monarchiques, il y a une loi: et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui ont puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie.<sup>36</sup>

Vieles weist darauf hin, dass, wie Portalis zu Recht bemerkt, Montesquieu sich hier auf strafrechtliche Verfahren bezieht, zumal Montesquieu im unmittelbaren Anschluss an den soeben zitierten Abschnitt Beispiele des römischen und englischen Strafrechts anfügt. Allerdings bezieht sich Montesquieu auch im Kapitel über das Zivilrecht auf Entscheidungen über Hab und Gut, Leben und Ehre. Maillat-Garat fügt dem obigen Zitat aber eine Dimension bei, die bei Montesquieu nicht vorhanden ist: Er stellt einen qualitativen Unterschied zwischen Republik und Monarchie her. Maillat-Garat gliedert sich dabei gedanklich in die nach der französischen Revolution begonnene Reform ein, die es sich zur Herausforderung machte, die nicht zuletzt durch die Standesunterschiede als arbiträr empfundene Gerichtsordnung des *Ancien Regime* zu ersetzen.<sup>37</sup> Maillat-Garats Auslegung folgend herrschen in der Republik die Gesetze, die so präzise sind, dass der Richter, um zu richten, lediglich ihrem Wortlaut folgen muss. Der Richter ist hier der eigentliche Diener des Gesetzes. In der Monarchie hingegen sind die Gesetze der Willkür des interpretie-

---

<sup>35</sup> EdL, FN 3, S. 404.

<sup>36</sup> Ebd., S. 311.

<sup>37</sup> Verwiesen sei hier zur Illustrierung auf die Rede von Jacques Guillaume Thouret, die schillernd die Missbräuche der Gerichtsordnung des *Ancien Regime* als Folge von Privilegien aufzeigt: *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*, 24. März 1790, In *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Mavidal, M. J. u.a. (dir.), Première série, Tome XII, Paul Dupont: Paris 1881, S. 344–348. Die Rede Maillat-Garats fügt sich geistig nahtlos in die Thourets ein.

renden Richters unterworfen. Doch Montesquieu rechtfertigt eine solche Auslegung in keiner Weise. Da in der Republik die Bürgerschaft an der Gesetzgebung Teil hat, liegt es für Montesquieu in der Natur der republikanischen Verfasstheit, dass die Gesetze so genau sind, dass sie nicht gegen die Bürger interpretiert werden können. Aus diesem Grund wird nach ihrem Wortlaut gerichtet. Denn eine Interpretation gegen den Bürger würde ja dem Geist des Gesetzes, der von der Bürgerschaft ausgeht, widersprechen. In der Monarchie verhält es sich anders. Montesquieu stellt für die Monarchie fest, dass der Richter dem Gesetz folgt, wo immer es genau ist, das heisst wenn der Wortlaut auch den Geist des Gesetzes wiedergibt. In gegebenem Falle muss er den Geist des Gesetzes ergründen. Montesquieu äussert hier keinen völlig neuen Gedanken, sondern gliedert sich in eine bestehende Tradition des französischen Rechtsverständnisses ein. Allerdings drückt seine Wortwahl eine wesentliche Nuance aus. Für Bodin z.B. muss in strafrechtlichen Sachen der Wortlaut des Gesetzes genau sein. In zivilrechtlichen Sachen allerdings kann der Richter gegebenenfalls nach der *équité* richten. So sagt er folgendes: «Il n'y a que deux sources du droit universel, la loi et l'équité, et c'est d'elles que dépendent l'application de la loi et l'office du magistrat».<sup>38</sup> Montesquieu seinerseits vermeidet den Gebrauch des Konzepts *équité*. Die *équité* liegt für Montesquieu nicht ausserhalb des Gesetzes, auch wenn sie dem Gesetz vorausgeht.<sup>39</sup> Sie soll im Gesellschaftsrahmen keine vom Gesetz unabhängige Rechtsnorm darstellen. Sie sollte im Recht ihren Ausdruck finden und gehört eben zum Geist des Gesetzes. Durch seine Wortwahl ist der konzeptuelle Bezug auf Jean Domat (1625–1696) kaum zu verkennen.<sup>40</sup> Auch ihm zufolge

<sup>38</sup> Bodin, *Méthode de l'histoire*, FN 5, S. 160. Siehe auch hier FN 63.

<sup>39</sup> Die Prärogative der Parlamente in zivilrechtlichen Fällen en *équité* zu richten, wurde von der Krone unterstützt, stiess aber im Volk auf Misstrauen. Die Begründungen der Richter waren geheim und in den Provinzen wurden diese Entscheide nicht selten als Angriff auf ihre gewohnheitsrechtliche Rechtsprechung betrachtet: Boyer, G., *La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements*, In *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz et Sirey: Paris 1960, tome 2, S. 257f sowie Palmer, V.V., *From Embrace to Banishment: A study of Judicial Equity in France*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, N° 2, Spring 1999, S. 283–287. Daher die bekannte Maxime: «Que Dieu nous garde de l'équité des parlements», Roland, Henri/Boyer, Laurent, *Adages du droit français*, Litec: Paris 1992, S. 166f.

<sup>40</sup> Auch wenn der Titel von Montesquieus Hauptwerk auf den Stellenwert und den häufigen Gebrauch des Ausdrucks *esprit des lois* bei Domat zurückgeführt werden kann, darf die gedankliche Nähe Montesquieus zu diesem deshalb nicht überbewertet werden. Zum einen ist in Domats Denken das christliche Erbe grundlegend und bestimmend. Zum anderen wird der Staat Domats in der absoluten Monarchie von Gottes Gnaden verkörpert, auch wenn Domats Denken sich, so David Gilles, nicht in das Staatsmodell des ausgehenden 17. Jhdts einfügt. Siehe dazu Gilles, David, *La pensée juridique de Jean Domat*, thèse de doctorat présentée et soutenue le 4.12.2004, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2004, insb. S. 292. Für die Fälle, in denen der Souverän bzw. König gemäss Domat selber richtet: Domat, Jean, *Les quatre livres du*

gilt es im Rahmen der Gesetzesanwendung dem Wortlaut der Gesetze dort zu folgen, wo es möglich ist, gegebenenfalls diese aber ihrem Geist folgend zu interpretieren. Im Kapitel 12 des *Traité des lois* bespricht Domat ausgiebig die Regeln und Anwendungen der Gesetzesinterpretation. So sagt er: «lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit».<sup>41</sup> Für Domat ist die richterliche Interpretation Regeln unterworfen, ein systematisches Unterfangen, das dem Richter einen gewissen, wenn auch begrenzten Freiraum gewährt. Das gilt zum Beispiel für den Anwendungsbereich der Gesetze:

On doit prendre garde à ne pas appliquer une règle hors de son étendue, et à des matières où elle n'a point de rapport. Ainsi, on doit reconnaître les exceptions qui bornent les règles. Ainsi on doit se tenir à la lettre de la loi, ou l'interpréter selon les règles.<sup>42</sup>

Domat nimmt eine Mittelposition ein zwischen dem zeitgenössischen Streben der königlichen Macht, den richterlichen Anspruch der Normenauslegung aufzuheben und dem Bemühen der *magistrats*, eben diesen beizubehalten.<sup>43</sup> Dennoch gehörte es für Domat wie für das gesamte Selbstverständnis der *Robe* in Frankreich zum natürlichen Bereich und war es vornehmliche Aufgabe der *magistrats* die Gesetze in Bezug auf ihre Anwendungsfälle zu interpretieren. Der Richter hatte die Aufgabe, die sich eben aus seiner *jurisdictio* ergab, Recht zu sprechen; er war *bouche de la loi*.<sup>44</sup> Montesquiens Auffassung scheint dem nicht zu widersprechen. Die Rechtsprechung ist für ihn durchaus Grundlage von Entscheidungen und trägt zur Rechtssicherheit bei:

Le gouvernement monarchique ne comporte pas de lois aussi simples que le despotique. Il y faut des tribunaux. Ces tribunaux donnent des décisions; elles doivent être conservées; elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution même de l'Etat. [...] La délicatesse du juge augmente à mesure qu'il a un plus grand dépôt, et qu'il prononce sur des plus grands intérêts. Il ne faut donc pas être étonné de trouver dans les lois de ces Etats tant de règles, de res-

---

droit public [1697], Goyard-Fabre, S. (publ.), Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen: Caen 1989, Liv. 1, Tit. 2, Sect. 3, S. 42.

<sup>41</sup> Domat, Jean, *Traité des lois*, Goyard-Fabre, S. (publ.), Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen: Caen 1989, S. 61.

<sup>42</sup> Domat, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, revue corrigée et augmentée des troisièmes et quatrièmes livres du Droit public, par M. de Héricourt...; des notes de feu M. de Bouchevret... sur le Legum delectus; et de celles de MM. Berroyer et Chevalier, Durand: Paris 1756, Liv. préł., Tit. 1, Sect. 2, S. 10.

<sup>43</sup> Gilles, Domat, FN 40, S. 147ff.

<sup>44</sup> Ebd., S. 146.

trictions, d'extensions, qui multiplient les cas particuliers, et semblent faire un art de la raison même.<sup>45</sup>

*Délicatesse* und *art de la raison* nennt Domat *justesse du sens* und *connaissance parfaite des principes et du détail des règles*.<sup>46</sup> Diese Dimension der Gesetzesauslegung gehörte weder für Domat noch für Montesquieu in den Bereich des Arbiträren. Montesquieu hebt zwar auch die Probleme hervor, die aus einer nachhaltigen Rechtsprechung entstehen, insbesondere, dass sich Entscheidungen manchmal widersprechen, weil Richter unterschiedlich denken, weil die Qualität der Verteidigung variere, oder auch weil Missbräuche nie auszuschliessen seien. Er betrachtet es aber als ein notwendiges Übel, dass der Gesetzgeber von Zeit zu Zeit korrigiert. Die Rechtsprechung wird für Montesquieu dadurch nicht *an sich* willkürlich.<sup>47</sup> Wie oben schon erwähnt, deutet dabei nichts darauf hin, dass Montesquieu einen qualitativen Unterschied zwischen Monarchie und Republik sieht, im Gegenteil: Wenn Montesquieu die Republik in Kapitel 1 des VI. Buches nicht erwähnt, dann gerade weil sich, was die Einfachheit der Gesetze betrifft, Monarchie und Republik in gleicher Weise von der Despotie unterscheiden. Im darauf folgenden Kapitel, in dem es um das Strafrecht geht, wird die Republik analog zur Monarchie genannt.<sup>48</sup> Natürlich unterscheidet sich die Monarchie von der Republik, zuvorderst durch ihre Betonung der Standesunterschiede. Zudem sind in der Monarchie die regionalen Rechte verschieden und auch die Quellen des Rechts sind nicht einförmig: «Le monarque, qui connaît chacune de ses provinces, peut établir diverses lois, ou souffrir différentes coutumes».<sup>49</sup> In Be-

<sup>45</sup> EdL, FN 3, VI, 1, S. 307.

<sup>46</sup> «Mais il y a une infinité de difficultés, qui naissent tous les jours dans l'application des lois sur les différends entre particuliers, où il n'est ni nécessaire, ni possible d'établir des règles précises; et les décisions de ces sortes de difficultés dépendent de ceux qui ont à les juger; ce qui demande d'une part la justesse du sens; et de l'autre une connaissance parfaite des principes et du détail des règles [...]». Domat, Traité, FN 41, Kapitel XI, S. 48.

<sup>47</sup> «A mesure que les jugements des tribunaux se multiplient dans les monarchies, la jurisprudence se charge de décisions qui quelquefois se contredisent: ou parce que les juges qui se succèdent pensent différemment; ou par ce que les mêmes affaires sont tantôt bien, tantôt mal défendues; ou enfin par une infinité d'abus qui se glissent dans tout ce qui passe par la main des hommes. C'est un mal nécessaire, que le législateur corrige de temps en temps, comme contraire même à l'esprit des gouvernements modérés. Car quand on est obligé de recourir aux tribunaux, il faut que cela vienne de la nature de la constitution, et non pas des contradictions et de l'incertitude des lois». EdL, FN 3, VI, 2, S. 308.

<sup>48</sup> Siehe hier FN 18.

<sup>49</sup> EdL, FN 3, VI, 1, S. 308. Nach Etienne Pasquier (1529–1615) beruht das französische gemeine Recht auf den königlichen *ordonnances*, den *coutumes* der Provinzen, den *arrêts généraux des cours souveraines*, und den *propositions morales*, die nach langem Brauch aus dem Römischen kommen: nach Cosandey, Fanny/Descimon, Robert,

zug auf die Rechtsprechung gibt Montesquieu aber keinen Hinweis darauf, dass diese in der einen Staatsform als willkürlich bewertet werden müsse, in der anderen jedoch nicht. Die Unterschiedlichkeit der Quellen des Rechts verursacht keine Willkürlichkeit desselben.

Sicherlich besteht in Montesquieus Auffassung der Gesetzesinterpretation in Beziehung zum Wortlaut des Gesetzes eine gewisse Spannung. Diese entsteht vornehmlich daraus, dass die Problematik für Montesquieu zwar relevant ist, es ihm vordergründig allerdings in den Passagen, aus denen auf diese Problematik geschlossen werden kann, um etwas anderes geht. Wesentlich ist für Montesquieu vor allem, deutlich zu machen, dass der Richter dem Gesetz untergeordnet ist, da er nur in Bezug auf das Gesetz entscheiden kann. Für Montesquieu ist die notwendige Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt nicht gleichbedeutend mit Unabhängigkeit vom Gesetz.<sup>50</sup> Andererseits bedeutet das aber nicht, dass der Richter wie ein seelenloser Automat, ohne Möglichkeit der Gesetzesauslegung, den Wortlaut des Gesetzes nachspricht. Gesetzesinterpretation war für die französische *magistrature*, wie auch für Montesquieu, mit dem eigenen Selbstverständnis, unter dem Gesetz zu stehen, vereinbar. Der eminente *Président à mortier des parlement de Paris* und

---

*L'absolutisme en France*, Seuil: Paris 2002, S. 52. Siehe auch ebd., S. 52–55 über den der alten französischen Monarchie innewohnenden Rechtspluralismus.

<sup>50</sup> Ulrike Seifs Versuch, ein rechtsstaatliches Votum für die Unabhängigkeit der Justiz als Fehlinterpretation des 6. Kapitels des XI. Buches zu bezeichnen, ist nicht nachvollziehbar: Siehe Seif, Ulrike, Die Garantie des gesetzlichen Richters, *Der Staat*, 42. Band, 2003, S. 115f. Gewiss betrachtet Montesquieu ordentliche Justizbeamte als mässige Zwischengewalt gegenüber Kommissaren des Herrschers oder dem Herrscher selbst. Und auch die ständische Verteilung der Richterämter trägt zu dieser Mässigung bei. Dennoch ist Montesquieus gesamte Auffassung der Judikative, auch als *invisible* und *nulle*, durchaus als wesentlicher Bestandteil seiner Forderung nach der Vorherrschaft des Gesetzes zu verstehen. Seif verkennt in ihrer bemerkenswerten historischen und kritischen Ausführung, dass Montesquieu keine einheitliche Ordnung der Judikative beschreibt. Auch Montesquieus Ausführungen über die Ständigkeit der Gerichte die, so Seif, «ein essentielles Charakteristikum der rechtsstaatlich verstandenen Unabhängigkeit der Justiz» ist – die Ständigkeit, die Montesquieus Beschreibung den Gerichten, so Seif, versage – müssen im Kontext der englischen Justizordnung, des Strafverfahrens und des Geschworenen-Systems gelesen werden. Montesquieus Verständnis der Unabhängigkeit der englischen Justiz basiert auf dem Act of Settlement (1701), durch den festgelegt wurde, dass die Richter ihres Amtes nicht enthoben werden können *quamdiu se bene gesserint*. Siehe dazu z.B. Currie, David P., Separating Judicial Power, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, N° 3, Judicial Independence and Accountability, Summer 1998, S. 7–14. Unter den Stuarts wurden Richter häufig aus politischen Gründen ihres Amtes enthoben, so Sir Edward Coke. Ebd. S. 8. Das Prinzip wird in Form von «during good behaviour» durch Alexander Hamilton im *Federalist* N° 78 übernommen. Deutsche Ausgabe: Hamilton, A./ Madison, J./Jay, J., *Die Federalist Papers*, Vollständige Ausgabe, Zehnpfennig, B. (Hrsg u. Übers.), Beck'sche Reihe: München 2007.

Staatsmann, Jacques-Auguste de Thou (1553–1617) schreibt so in einer Epistel an den König:

Rendez l'autorité aux Loix et à vos Cours de Parlement, comme avez commencé, tenant pour certain que les Villes et Citez n'ont ame, vie et mouvements que par les loix: et ne peuvent non plus que nos corps qui n'auraient point d'ame, user de leurs membres, de leurs forces, et de leur sang, si elles n'obéissent aux loix. Or les Magistrats et les Juges sont les Ministres et interprètes des loix, desquelles enfin nous devons tous estre serfs, pour pouvoir estre tous libres.<sup>51</sup>

Dieser Ausschnitt wird in *Zeiten der Fronde, der révolte des juges*, fast wörtlich in einem Pamphlet übernommen.<sup>52</sup> Es wird deutlich, dass das Verständnis der Richterrolle bei Montesquieu vergleichbar ist, wenn der besondere Kontext der Textpassage berücksichtigt wird, in der der Richter als der 'Mund' bezeichnet wird, der den Wortlaut des Gesetzes wiedergibt, das Kapitel über die *constitution d'Angleterre*. Um darüber hinaus die wirkliche Tragweite der Textpassage im Zusammenhang mit *la bouche de la loi* zu verstehen, ist es nötig, Montesquieus Hauptanliegen zu rekonstruieren.

## Der Richter als Mund des Gesetzes, ein unbeseeltes Wesen

Im Abschnitt, in dem Montesquieu den Richter als Mund des Gesetzes, als ein unbeseeltes Wesen charakterisiert, war das Problem der Gesetzesauslegung nicht die Hauptfrage, die Montesquieu behandelte. Sehen wir uns den besagten Abschnitt genauer an:

<sup>51</sup> Thou, Jacques-Auguste de, Epistre de Monsieur le President de Thou, au Roy, trad. par Nicolas Rapin, Pierre Chevalier: Paris 1614, S. 33. Vgl. dazu Cicero: «Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus» (Oratio pro Cluentio, 53,146). Siehe auch Vonglis, Bernard, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey: Paris 1968. Sowie zu Recht und Billigkeit im Gesetz und der berühmten Maxime *Summum ius summa iniuria* (Cicero: De off., 1, 10, 33): Stroux, Johannes, '*Summum ius summa iniuria*': ein Kapitel aus der Geschichte der '*interpretatio iuris*', Teubner: Leipzig/Berlin 1926.

<sup>52</sup> Observations véritables et désintéressées sur un écrit imprimé au Louvre, intitulé: «Les Sentiments d'un fidèle sujet du roi contre l'arret du Parlement du 29 décembre 1651», In Moreau, Célestin Bibliographie des Mazarinades, 3 vol., Paris 1850–51, pièce 2574. Zitiert in Schönfeld, FN 32, S. 80.



Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, seroit, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.<sup>53</sup>

Der Ausdruck *comme nous avons dit* bezieht sich auf die vorausgehende Aussage

Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.<sup>54</sup>

Montesquieu bespricht hier die wenigen Ausnahmefälle, in denen ein Teil des Legislativkörpers richterliche Aufgaben übernehmen soll. Die Textpassage muss demnach im Kontext der Gewaltenverteilung gelesen werden. Montesquieu macht deutlich, dass es sich hier um drei Ausnahmen handelt, die durch das besondere Interesse des zu Richtenden begründet sind. In keinem Fall kann die richterliche Gewalt mit der Exekutivgewalt verbunden sein: «Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur».<sup>55</sup> Über die Art der Fälle, in denen das Gesetz zu unerbittlich sein könnte, bleibt Montesquieu vage. Er bezieht sich wohl aber vornehmlich auf die Appellationsgerichtsbarkeit des *House of Lords* in Strafsachen<sup>56</sup> Diese waren im Kontext der politischen Freiheit, des übergeordneten Themas von Buch XI und XII, für Montesquieu wesentlich. So sagt er in Bezug auf das Strafrecht selbst:

La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion qu'on a de sa sûreté. Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> EdL, FN 3, XI, 6, S. 404.

<sup>54</sup> Ebd., S. 399.

<sup>55</sup> Ebd., S. 397.

<sup>56</sup> Wie das auch in den überwiegenden Fällen in Buch XI gilt, sicherlich aber für das System der Geschworenen, die Montesquieu hier auch *juges* nennt. In Buch VI, 3, spricht er von *jurés*. Claus ist sogar der Meinung, Montesquieu habe die privatrechtliche Appellationsgerichtsbarkeit der Lords nicht gesehen: Claus, Montesquieu's Mistakes, FN 2, S. 426. Allerdings ist diese Ansicht nicht begründet.

<sup>57</sup> EdL, FN 3, XII, 2, S. 431.

Dennoch schliesst dies nicht aus, dass Montesquieu privatrechtliche *equity trials* durch das *Court of Chancery* mit einbezog.<sup>58</sup> Im dritten Ausnahmefall jedoch, in dem Montesquieu dem *House of Lords* eine Zuständigkeit einräumt, deutet vieles darauf hin, dass das *crimen laesae maiestatis* im Vordergrund *Montesquieus Interesses* steht, ein Thema, mit dem er sich nachdrücklich und ausgiebig in Buch XII befasst<sup>59</sup> und mit eben dem das oben besprochene Kapitel 5, Buch VI beginnt.<sup>60</sup> Es handelt sich dabei um Fälle von *impeachment* und *bill of attainder*<sup>61</sup>, die Hochverrat, aber auch Treubruch oder Betrug einschlossen.<sup>62</sup>

Im Abschnitt über den Mund des Gesetzes ist erneut der begriffliche und gedankliche Bezug auf Bodin auffällig.<sup>63</sup> Besitzt für Bodin jedoch der Richter

<sup>58</sup> Seit der Auflösung der *Star Chamber* 1641 gab es kein Gericht, das nach *criminal equity* richtete: Maitland, F.W., *Equity, also the forms of action at common law: two courses of lectures*, Chaytor, A.H./Whittaker, W.J., Cambridge University Press: Cambridge 1932, S. 19. Die Gerichtsbarkeit der *Star Chamber* ging auf den *King's Bench* über, der unbeschränkte Gerichtsbarkeit besass, aber vor allem Fälle von Hochverrat und Aufruhr anhörte: Beattie, J.M., *Crime and the Courts in England, 1660–1800*, Clarendon Press: Oxford 1986, S. 18f; siehe auch Baker, J.H., *Criminal Courts and Procedure at Common Law 1550–1800*, In Cockburn, J.S. (ed.), *Crime in England 1550–1800*, Methuen and Company: London 1977, S. 26f.

<sup>59</sup> Die Thematik taucht, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung, in den Kapiteln 7–10, 11–13, 16, 18 auf. In Kapitel 7 und 8 beschwört Montesquieu in diesem Zusammenhang noch einmal die Gefahr des Despotismus und zeigt die Tyrannei auf, die von römischen Kaisern unter diesem Vorwand ausgeübt wurde. S. 438–40.

<sup>60</sup> Sich auf Machiavelli beziehend, bekräftigt er einleuchtend und dabei geschickt die Monarchie vermeidend, dass es in einer demokratischen Republik gefährlich sei, sollte das Volk selbst als Souverän im Falle des *crimen laesae maiestatis* das gegen sich selbst begangene Verbrechen richten.

<sup>61</sup> Montesquieu beschreibt diese in *Pensée N° 1665* nach Informationen des Sohnes des Kanzlers Yorke: Montesquieu, *Pensées. Le Spicilège*, Desgraves, Louis (ed.), Robert Lafont: Paris 1991, S. 527.

<sup>62</sup> Turley, Jonathan, *Senate Trials and Factional disputes: Impeachment as a Madisonian Device*, *Dike Law Journal*, vol. 49, n° 1, Oct. 1999, p. 11–21.

<sup>63</sup> «Il n'y a que deux sources du droit universel, la loi et l'équité, et c'est d'elles que dépendent l'application de la loi et l'office du magistrat [...] C'est ainsi, pour suivre l'exemple proposé par Papinien, que les prêteurs et les juges en matière criminelle ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs ni corriger dans leurs sentences quoi que ce soit de la rigueur ou de la bénignité de la loi: il leur suffisait donc pour rendre leur sentence, d'un seul mot, voire d'une seule lettre: A, j'acquitte – B, je condamne – N.L. non lieu. Ainsi la réputation, la vie, les biens des citoyens ne dépendent que de la loi, et non de l'arbitraire individuel. Mais les causes civiles, beaucoup moins graves, et qui ne pourraient pas, vu leur nombre infini, être entièrement comprises dans la loi, sont laissées à l'appréciation du prêteur urbain [...]». Bodin, *Méthode de l'histoire*, FN 5, S. 160. Montesquieu führt in Buch VI, 4 dasselbe Beispiel an (edL, FN 3, S. 312), nachdem er

in einem strafrechtlichen Urteil keinen Spielraum in Bezug auf die Strenge oder Güte des Gesetzes, sieht Montesquieu in Ausnahmefällen vor, dass aufgrund seiner Appellationsgerichtsbarkeit das Oberhaus die Strenge des Gesetzes mildern kann.<sup>64</sup> Im Wesentlichen wendet sich Montesquieu aber gegen eine Tradition, die in den französischen und englischen Verfassungsdebatten des 16. und 17. Jahrhunderts um das Verhältnis der Judikative zur Exekutive eine neue Qualität einnahm: das Verständnis des Richters als *lex animata*. Montesquieu verbindet zwei klassische Maximen des Rechtsdenkens. Zunächst bezieht er sich auf den Ciceronischen Ausdruck *magistratus est lex loquens*.<sup>65</sup> Diesen verbindet er mit dem Aristotelischen Ausdruck des Richters als *dikaion empsychon* oder *iustum animatum*, das beseelte Rechte.<sup>66</sup>

Betrachten wir zunächst den Ciceronischen Ausdruck *magistratus est lex loquens*. Für Cicero stellt die dem Magistraten zugeteilte Funktion, Recht zu sprechen, diesen nicht über das Gesetz. Das Gesetz ist jedoch kein Selbstzweck. Es sollte in sich Träger und Ausdruck der *aequitas* sein. Die Gesetzesauslegung durch den Richter wird demnach durch den Ausdruck *magistratus est lex loquens* nicht ausgeschlossen.<sup>67</sup> Allerdings kommt bei Cicero durch den Verweis auf das Volk ebenfalls zum Ausdruck, dass eben den unter dem Gesetz stehenden *Magistraten* die Funktion zukommt, Sprachrohr des Gesetzes zu sein. Dieser Umstand führt im Rahmen eines berühmten Falles der englischen Verfassungsgeschichte – die Montesquieu gut kannte und vor Augen hatte –, des Falles Robert Calvin<sup>68</sup>, zu einer Kompetenzdebatte zwischen König, dem House of Commons und den obersten Gerichtsorganen. In einer Rede von 1607 sagt James I. in Bezug auf die Frage der *post nati*<sup>69</sup>: «you have often heard me say, that the Kings will and intention being the speaking

---

dies zuvor allgemeiner gefasst mit der englischen Praxis gleichstellt (Ebd., VI, 3, S. 311).

<sup>64</sup> Montesquieu, so Claus, verkennt, dass die Entscheidungen der Lords das *common law* verändern konnte. Claus, Montesquieu's Mistakes, FN 2, S. 426. Dieser Einschätzung kann hier nicht gefolgt werden. Siehe unten.

<sup>65</sup> «Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus vereque dici potest, magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum» (De legibus, 3, 1, 2). «Die Gesetze stehen nämlich über den Magistraten so wie die Magistraten über dem Volk, und es kann tatsächlich gesagt werden, dass der Magistrat das sprechende Gesetz ist, allerdings das Gesetz der Stumme Magistrat.»

<sup>66</sup> «Ὁ γάρ δικαστής βούλεται εἶναι οἷον δίκαιον ἔμψυχον» Nikomachische Ethik, 1132a. «Denn der Richter versteht sich sozusagen als das belebte [bzw. beseelte] Rechte».

<sup>67</sup> «Nemo enim leges legum causa salva esse vult» (De Inventione. 1,38). «Denn niemand will, dass die Gesetze der Gesetze einziger Grund sind». Vgl. auch hier FN 51.

<sup>68</sup> Es ging um den Status der schottischen Untertanen nach der Thronbesteigung von James I. 1603.

<sup>69</sup> Nach dem Tod von Elizabeth I. geboren.

Law». Und weiter unten: «[...] in such a question wherein no positive Law is resolute, Rex est Iudex, for he is Lex loquens».<sup>70</sup> Chief Justice Sir Edward Coke bekräftigt seinerseits die Besonderheit des Falles Calvin in seinem report: «This case, such a one as the eye of the law (our books and bookcases) never saw, as the ears of the law (our reporters) never heard of nor the mouth of the law (for judex est lex loquens) the judges our forefathers of the law never tasted [...]».<sup>71</sup> Harvey Wheeler fasst in seiner Analyse des Falles die jeweiligen Positionen treffend zusammen. Calvins Fall, so Wheeler, ist ein Fallbeispiel einer Verfassung in der Krise. Die Argumentation der *Commons* wurde ausdrücklich im Sinne der Unterordnung des königlichen Prärogativs gegenüber dem *common law* in Sachen der Naturalisierung formuliert. Die Entscheidung über Einbürgerung ging demnach aus dem Gesetz hervor, nicht aus der Person des Königs. Francis Bacon sowie Lord Chancellor Ellesmere argumentierten im Sinne der Krone. Sir Edward Coke seinerseits verband beide Seiten, indem er sich bemühte, das königliche Einbürgerungsvorrecht anzuerkennen, ohne aber die unabhängige Autorität des *common law* zu beschädigen. Die Fallentscheidung fiel so zugunsten des Königs, aber in der Substanz bestätigte seine Auffassung den Standpunkt der *Commons*.<sup>72</sup> Unabhängig vom spezifischen Gegenstand des Falles war dieser aber vor allem Ausdruck der Auseinandersetzung um den Anspruch des Königs *supra legem* zu sein.<sup>73</sup>

Kommen wir nun zur zweiten, in Montesquieus Auffassung noch wesentlicheren *Maxime*, die aus dem Aristotelischen Ausdruck des Richters als *dikaion empsychon* abgeleitet ist. Im *corpus iuris civilis* äussert sich der Ausdruck als kaiserliches Attribut (*Imperator est lex animata in terris*. Nov. 105.2.4) und lässt sich mit weiteren *Maximen* verbinden, die die imperiale Gesetzgebungs- bzw. Rechtssprechungsfunction bekräftigen (*Princeps legibus solutus est*. Dig. 1.3.31 sowie *Quod principi placuit, legis habet vigorem, cum populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit*. Inst. 1.2.6/Dig 1.4.1). Im Zuge der Wiederentdeckung des *corpus iuris civilis* im 11. Jahrhundert werden diese römisch-rechtlichen Herrschaftskonzepte<sup>74</sup> in

<sup>70</sup> Zitiert nach: The political works of James I., McIlwain (éd.), Charles H., Harvard University Press: Cambridge 1918, S. 291 sowie 299. Schreibweise vom Verf. modernisiert.

<sup>71</sup> The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, Sheppard, Steve (ed.), Liberty Fund: Indianapolis 2003, Vol. 1, Part Seven, S. 174. Siehe auch Schönfeld, FN 32, S. 78.

<sup>72</sup> Wheeler, Harvey, Calvin's Case (1608) and the McIlwain-Schuyler Debate, *The American Historical Review*, Vol. 61, N° 3, April 1956, S. 588–591.

<sup>73</sup> Zu Cokes Auseinandersetzung mit James I. über das königliche Recht zu richten, siehe unten FN 83.

<sup>74</sup> Natürlich verbunden mit dem Selbstverständnis von Gottes Gnaden Stellvertreter von Gottes Gerechtigkeit auf Erden zu sein.

den kaiserlich-päpstlichen Vorherrschaftskonflikt im Hoch- und Spätmittelalter eingegliedert<sup>75</sup> und in der Folgezeit durch den königlichen Anspruch, Kaiser in seinem Reiche zu sein, auf die rechtliche Herrschaftslegitimierung des Königs übertragen.<sup>76</sup>

Thomas von Aquin greift Aristoteles' Ausdruck auf und gibt ihm eine neue Dimension, die uns auf direktem Wege wieder in die englische Verfassungsdebatte des 17. Jahrhunderts führt: «Wie der Philosoph in Ethik 5 sagt, kommen die Menschen auf den Richter zu wie auf das lebende Rechte. Doch die lebende Gerechtigkeit ist besser als die unbeseelte wie sie in den Gesetzen beinhaltet ist. Daher wäre es besser gewesen, die Ausübung der Gerechtigkeit den Entscheidungen der Richter anzuvertrauen, als darüber Gesetze zu erlassen».<sup>77</sup> Aegidius Romanus überträgt diese Logik auf den Herrscher bzw. den König: «Denn der König oder Fürst ist in gewisser Weise Gesetz, und das Gesetz ist in gewisser Weise König oder Fürst. [...] Insoweit das Beseelte das Unbeseelte übertrifft, muss der König oder Fürst dem Gesetz übergeordnet sein».<sup>78</sup> Diese Definition von Aegidius Romanus fand weite Verbreitung.<sup>79</sup> James I. ordnet sich in dieses Denken ein und sieht sich als Vertreter göttli-

<sup>75</sup> Z.B. Wilhelm von Ockham: «Unde etiam principes ministri sunt legis et imperator lex animata vocatur [...]. Ergo quod unus sit rector et princeps mundi qui super omnes mortales habeat potestatem orbi expedit universo», *Dialogus*, part. 3, tract. 2, lib. 1, cap. 1. «Also sind die Fürsten die Diener des Gesetzes und der Kaiser wird das beseelte Gesetz genannt [...] Es ist daher nützlich für den gesamten Erdball, dass es einen Herrscher und Fürst der Erde gebe, der Gewalt über alle sterblichen habe». Heinrich VII., 1310: «et quamquam (rex) possit ex plenitudine potestatis hec facere, cum sit lex animata in terris», *MGH const.* 4/1 N° 471. «Doch der König kann durch seine Fülle der Gewalt so handeln, da er das beseelte Gesetz auf Erden ist». Innozenz III. «secundum plenitudinem potestatis de jure possumus supra jus dispensare», nach Benson, R. L. *Plenitudo potestatis*, *Studia Gratiana*, Bologna 1967, S. 197. «Durch unsere Fülle der Gewalt können wir rechtens über dem Recht dispensieren». Formen dieser Ausdrücke auch bei Aegidius Romanus, Dante, Nikolaus von Kues, Antonio de Rosellis, Aeneas Silvius.

<sup>76</sup> «Rex in regno suo est imperator». Eine der ältesten Quellen bei Baldus de Ubaldis (1320–1400).

<sup>77</sup> Thomas von Aquin, *Summa theologica*, über das Gesetz, Ia-IIae, Q. 95, a. 1: «Praetera, sicut dicit philosophus, in V Ethic., ad iudicem confugiunt homines sicut ad justum animatum. Sed justitia animata est melior quam inanimata, quae legibus continetur. Ergo melius fuisset ut executio justitiae committeretur arbitrio iudicum, quam quod super hoc lex aliqua ederetur.» Aquinas zitiert den Ausschnitt von Aristoteles mehrmals, z.B. *Summa theologica*, über die Gerechtigkeit, IIa-IIae, Q. 60, a. 1 und Q. 67, a. 3.

<sup>78</sup> Nach Kantorowicz, Ernst, *The Kings Two Bodies*, Princeton University Press: Princeton [1957] 1997, S. 134. Für eine detaillierte Studie des kaiserlichen bzw. königlichen Selbstverständnisses als *lex animata* Vertreter göttlicher Gerechtigkeit auf Erden zu sein, ebd., S. 97–143.

<sup>79</sup> Ebd., S. 135.

cher Gerechtigkeit auf Erden über dem Gesetz stehend, wie durch seine Devise *a Deo rex, a rege lex*<sup>80</sup> deutlich wird. James I. geht noch weiter:

For Kings are not only Gods Lieutenants upon earth, and sit upon Gods throne, but even by God himself they are called Gods. [...] Kings are justly called Gods, fort that they exercise a manner or resemblance of Divine power upon earth [...] And the like power have Kings: they make and unmake their subjects: they have power of raising, and casting downe: of life, and of death: Judges over all their subjects, and in all causes, and yet accomptable to none but God only.<sup>81</sup>

Er widerspricht damit offenkundig Sir Edward Coke, der bei einer Konferenz vor dem König Henry Bracton (1210–1268) zitierend den Herrscher unter das Gesetz stellt.<sup>82</sup> Vor dem König erklärt Coke, dass der König nicht das Recht habe, Rechtsfälle persönlich zu richten, was er wie folgt begründete:

but his Majesty was not learned in the Laws of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by natural reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience [...] With which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the Law, which was Treason to affirm, as he said; To which I said, that Bracton saith, Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Ebd., S. 415, FN 335. Gemäss Michael Zuckert war die *Divine Right Theory* im England des 17. Jhdts, zwar stark gefestigt, an sich dort aber relativ neu. Zuckert bespricht ausgiebig James I. und zeigt wie dieser seine Theorie durch eine Synthese zwischen biblischen Themen und aristotelischer Tradition des politischen Denkens begründet: Zuckert, Michael P., *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton University Press: Princeton 1994, insb. Kapitel 1, *Aristotelian Royalism and Reformation Absolutism: Divine Right Theory*, S. 29–48, für James I. besonders S. 30–40.

<sup>81</sup> James I., *Political Works*, True Law of Free Monarchies FN 70, S. 307f.

<sup>82</sup> «The king must not be under man but under God and under the law, because law makes the king». Bracton, Henry of, *On the Laws and Customs of England*, Thorne, Samuel E. (éd.), Harvard University Press: Cambridge 1968, Vol. II., S. 33.

<sup>83</sup> Prohibitions del Roy (1607), In conference before the King, In Coke, *Selected Writings*, FN 71, Part Twelve, S. 481. Ähnlich auch die richterliche Auslegungskompetenz betonend in ebd., Part Seven, S. 210. Siehe auch dazu Usher, R. G., James I and Sir Edward Coke, *The English Historical Review*, Vol. 18, N° 72, Oct. 1903, S. 664. Montesquieu formuliert einen vergleichbaren Gedanken das *parlement* betreffend: «J'entends toujours dire que le Roi n'a qu'à supprimer, changer, ôter, casser le Parlement. [...] Mais je jette les yeux, non sur le Parlement de Paris, mais sur la magistrature du royaume, et je la trouve dans les principes du Parlement. Pourquoi cela? C'est que, depuis quatre siècles, [tous] les livres sont pleins des principes du Parlement; que c'est là-dessus que l'on a étudié, qu'on s'est formé l'esprit». *Pensée* N° 1226, Montesquieu, *Pensées*, FN 61, S. 412.

In James I. Vorstellung des Königtums durch Gottes Gnaden steht der König dagegen über dem Gesetz, auch wenn er als *lex loquens* nach dem Gesetz regiert<sup>84</sup>:

And so it followes of necessity, that the kings were the authors and makers of the laws and not the Laws of the kings [...] Not that I deny the old definition of a King and of a law; which makes the *King to be a speaking law* and the Law a dumb King: for certainly a King that governs not by his law, can neither be countable to God for his administration nor have a happy and established raigne: For albeit it be trew, that I have at length proved, that *the King is above the law* [...] And where he [the king] sees the law *doubtful or rigorous*, hee may *interpret or mitigate* the same, lest otherwise *Summum ius bee summa iniuria*: And therefore generall laws, made publikely in Parliament, may *upon known respects to the King by his authority be mitigated, and suspended upon causes onely known to him*.<sup>85</sup>

James I. vereint hier die Elemente des Gegenstandes, den Montesquieu in XI, 6 anspricht. Der Herrscher ist zwar *lex loquens* und regiert nach seinem eigenen Gesetz, steht aber, so macht James I. deutlich, als *maker of the laws* über dem Gesetz. Daher fällt es ihm zu, sollte das Gesetz nicht eindeutig, oder aber zu streng sein, dieses zu interpretieren bzw. zu mässigen. Die Maximen des Herrschers als *lex loquens* und *lex animata* gliedern sich so im Kontext des englischen Verfassungskonflikts unter den Stuarts in das Ringen zwischen König, Parlament und Richtern ein und verbinden Gesetzgebungs- und Rechtssprechungsansprüche. Francis Bacon (1561–1626) bekräftigt in diesem Zusammenhang zugunsten der Ansprüche James I. und gegen Sir Edward Coke, dass es nicht die Funktion des Richters sei, Gesetze zu *machen* oder zu *geben*, sondern nur sie zu *interpretieren*: *ius dicere* und nicht *ius dare*. *Ius dicere* und das Gesetz interpretieren schliesst sich somit für Francis Bacon nicht aus, sondern ist im Gegenteil dasselbe: «Judges ought to remember, that their office is *ius dicere*, and not *ius dare*; to interpret law, and not to make law, or give law».<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Für die Idee des *double power of the King* bzw. die Unterscheidung zwischen *absolute power/merum imperium* (über dem Gesetz), und *ordinary power* (darunter), z.B. Sir John Davies (1569–1626): Davies, Sir John (1659), *Jus Imponendi Vectigana, or, The Learning Touching Customs, Tonnage, Poundage, and Impositions on Merchandizes, Asserted As Well from the Rules of the Common and Civil Law, As of Generall Reason and Policy of State*, Printed for Henry Twyford: London 1984. Für das französische Pendant, z.B. Bodin, FN 4, S. 123. Zur Entwicklung des Denkens um die Idee des *merum imperium*, besonders in Frankreich im 16. Jhd ist der immer noch massgebliche *locus classicus*: Gilmore, M.P., *Argument from Roman Law in Political Thought*, Harvard University Press: Cambridge 1941.

<sup>85</sup> James I., *Political Works*, *True Law of Free Monarchies*, FN 70, S. 63. Herv. D. Verf.

<sup>86</sup> Bacon, Francis, *Essays, Civil an Moral*, C. Eliot (éd.), *Harvard Classics* 3, Harvard University Press: Cambridge 1909, S. 13. Zudem Gooch, G.P., *Political Thought in*

Die hier am Beispiel des englischen Verfassungskonfliktes besprochenen herrschaftslegitimierenden Begriffe bzw. die ideologische Rechtfertigung königlicher Rechts- und Justizhoheit waren auch Teil des französischen Verfassungsdenkens des 16. und 17. Jahrhunderts. So sei hier beispielhaft noch einmal auf Bodin verwiesen. Wie oben schon zitiert, bezeichnet Bodin den König als *la loi vive*. Doch indem der Souverän dem Magistraten *l'autorité, la force et la puissance de commander* vermittelt<sup>87</sup>, wird, im Sinne Bodins, der Magistrat selber zur *loi vive*: «Car la loi qui dit que la force des lois gît à commander, défendre, permettre et punir, est plus propre aux magistrats qu'à la loi, qui est muette. Et le magistrat est la vive loi qui fait tout cela, vu que la loi ne porte que les commandements ou défenses».<sup>88</sup> Das Bild des Königs als *lex animata* bzw. als Richter war im französischen Verfassungsdenken etabliert.<sup>89</sup> Im Zuge des 16. und 17. Jahrhunderts dienten die Maximen der Legitimierung des königlichen Anspruches, über dem Gesetz zu stehen, das heisst der Legitimierung seiner Gesetzgebungs- und Rechtssprechungsgewalt. Nicht nur, dass durch diese die richterliche Funktion des Königs bestätigt wurde. Die Maximen dienten progressiv immer mehr dazu, den höchsten Gerichten jegliches Recht in die richterliche Tätigkeit des Königs einzugreifen, streitig zu machen.<sup>90</sup>

Vor diesem Hintergrund schreibt Montesquieu und bezeichnet die Richter als *que la bouche de la loi, des êtres inanimés*. Montesquieus Textpassage verdichtet sich so zu einer vielschichtigen Aussage. Zum einen sind es die Richter, die *lex loquens* sind, nicht der König.<sup>91</sup> Zum anderen aber sind die Richter der Mund *des Gesetzes* und haben nicht die Befugnis, eine *opinion particulière* auszudrücken, die den Richterspruch, das heisst ihre Funktion als Richter übersteigt. Schliesslich sind die Richter zwar *lex loquens*, aber nicht *lex animata*. Sie werden in ihrer Eigenschaft als Richter nur durch das Gesetz beseelt. Sie sind daher nicht *legibus solutus* oder anders ausgedrückt *supra legem*. All diese Eigenschaften, die Montesquieu dem Richter zuweist bzw.

---

*England: from Bacon to Halifax*, New York 1977, S. 13–22. Siehe auch für den englischen Verfassungskonflikt unter den Stuarts: Allen, J.W., *English political Thought, 1603–1660*, Methuen and Company: London 1938, 2 Vol., sowie Condren, Conal, *The Language of Politics in Seventeenth Century England*, Macmillan: New York 1994. Montesquieu besass die gesammelten Werke von Francis Bacon in einer Ausgabe von 1665.

<sup>87</sup> Bodin, FN 4, S. 280.

<sup>88</sup> Ebd., S. 293.

<sup>89</sup> Der Ausdruck findet sich z.B. auch bei Du Moulin (1500–1566). Nach Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge University Press: Cambridge 1978, Vol. 2, S. 265. Siehe Du Moulin, Charles, *Prima Pars commentariorum in consuetudiniens Parisiensis*, In *Opera Omnia*, Paris 1681, Vol. 1, S. 247, Col. 1.

<sup>90</sup> Vgl. auch Skinner, FN 89, S. 264–267.

<sup>91</sup> Siehe auch Schönfeld, FN 32 und 34.



verwehrt, sind auch als Positionierung gegenüber dem königlichen Anspruch, selbst zu richten, zu verstehen. Dem Richter wollte und konnte Montesquieu daher die Eigenschaft, *lex animata* zu sein, nicht zusprechen. Denn Montesquieu ging es in erster Hinsicht darum, jeglicher rechtlich-ideologischer Begründung der richterlichen Gewalt seitens des Herrschers entgegenzutreten.<sup>92</sup> Gerade in dieser Beziehung ist es daher nur folgerichtig, dass Montesquieu sich auf die Verfasstheit Englands stützt, um geltend zu machen, dass es in denjenigen Ausnahmefällen, in denen ordentliche Gerichte nicht geeignet sind, ein Teil der Legislative ist, der richterlich tätig wird. In erster Linie geht es Montesquieu also darum, die richterliche Gewalt, *si terrible parmi les hommes*<sup>93</sup>, im Wechselspiel der Gewalten in eine Stellung zu rücken, in der sie *nulle* wird. Bildlich gesprochen, nimmt er sie aus dem Konzert der Gewalten nicht heraus, er will sie auch keineswegs ausschalten in dem Sinne, dass er sie ihrer Kraft beraubt. Er rückt sie in gewisser Weise in die Mitte der Waage, in der sie das Gleichgewicht der Gewalten stützt, aber nicht selber ins Gewicht fällt.<sup>94</sup>

Montesquieu wurde vorgeworfen, er habe das System des *common law*, in dem der Richter selbst eine Quelle des Rechts ist, nicht erfasst. Insbesondere habe Montesquieu nicht die Natur des *common law* und die Mechanismen, die die Doktrin des Präzedenzfalles begründete, verstanden. Daher habe er den *lawmaking character* der Rechtssprechung verkannt.<sup>95</sup> Dies ist aber nicht der Fall. Zunächst musste Montesquieu Hobbes' Besprechung der richterli-

---

<sup>92</sup> Auch die häufige Kritik Montesquieus an der Gesetzgebungs- und Rechtssprechungspraxis Justinians (EdL, FN 3, V, 5; XXVI, 9; XXVII, 1; XXIX, 16, 17) fügt sich darin ein. Ebenso Montesquieus Erörterung der *justices seigneuriales* bzw. dass sie ihren Ursprung nicht in einer Usurpierung königlicher Vorrechte hatten (Ebd., XXX, 20). Sowie die Kritik an der These des Abbé Dubos, dass die französische Monarchie Erbin des *Imperium Romanum* sei (XXX, 24): «La seconde preuve que M. l'abbé Dubos allègue, c'est la cession faite par l'empereur Justinien aux enfants de Clovis, de tous les droits de l'empire sur les Gaules. J'aurois bien des choses à dire sur cette cession». Zum historiographisch-ideologischen Streit um den Ursprung der französischen Monarchie siehe Cheminade, Christian, *Histoire et politique dans L'esprit des lois: Montesquieu, Dubos et Saint Rémi*, In Porret, M./Volpilhac-Augier, C. (dir.), *Le temps de Montesquieu*, Droz: Genève 2002, S. 345–361.

<sup>93</sup> EdL, FN 3, XI, 6, S. 398.

<sup>94</sup> Dabei sei angemerkt, dass die Verteilung der Gewalten bei Montesquieu vielschichtig ist, sich in verschiedener Form widerspiegelt und nicht auf die rein institutionellen Gewalten beschränkt ist. Vgl. Beaud, *Constitution*, FN 11, S. 445. Es wird häufig nicht deutlich genug gemacht, dass Montesquieu seine Theorie der Gewaltenverteilung nicht auf Buch XI, Kapitel 6 begrenzt. Wenn England als modernes Musterbeispiel der rechten Verfasstheit, nicht nur im institutionellen Sinne, gilt, so ist das römische Modell der Mischverfassung das Musterbeispiel, an dem er historisch in den Kapiteln 12–19 die Verteilung der Gewalten in ihrer Vielfalt und Entwicklung verdeutlicht. Siehe insbesondere in Kapitel 18 die Entwicklung der richterlichen Gewalt in Rom.

<sup>95</sup> Jüngst zum Beispiel Claus, *Montesquieu's Mistakes*, FN 2, S. 420.

chen Interpretation kennen<sup>96</sup>, die für Hobbes darin bestand, das Gesetz in Bezug auf den jeweiligen Fall anzuwenden. Er kannte also Hobbes' damit verbundene Kritik an Sir Edward Coke betreffend eine strenge Auslegung der Doktrin des Präzedenzfalles. Zudem hatte Montesquieu während seines Londonaufenthaltes durchaus Gelegenheit, das englische Justizsystem zu besprechen. So gibt Montesquieu in seinen *Pensées* ein Gespräch wieder, das er mit Charles Yorke, «avocat très célèbre en Angleterre» dem Sohn des *Lord Chancellor Philip Yorke* führte<sup>97</sup>:

Il y a quatre cours de justice en Angleterre [...] Remarquez que, dans ces cours, on juge, primo par la loi féodale; par la loi romaine; et par les coutumes ou usages d'Angleterre formés sur les jugements qui ont précédé. Il est inutile de dire que l'on se règle aussi sur les actes des Parlements; mais cette source n'est pas considérable.<sup>98</sup>

Sicherlich erschlossen sich Montesquieu einige Aspekte des englischen Justizsystems nicht völlig.<sup>99</sup> Dass er aber wesentliche Grundlagen des *common law* nicht wahrgenommen habe, ist haltlos.<sup>100</sup>

Wesentlich zum Verständnis der Beschreibung richterlicher Gewalt in Buch XI, Kapitel 6, ist der Umstand, dass die Rechtsfindung durch die Vielfalt der Quellen des Rechts für Montesquieu nie willkürlich wird, auch nicht durch die Doktrin der Präzedenz, nicht einmal durch 'Richterrecht'. Mit ande-

<sup>96</sup> Hobbes, *Leviathan*, FN 4, Kapitel 26.

<sup>97</sup> *Pensées*, N° 1645, FN 61, S. 519–521. Nach 1749 geschrieben. Yorke schickt Montesquieu 1750 und 1751 mehrere Werke. Ebd., S. 1032.

<sup>98</sup> Coke äussert sich ähnlich: «That for want of an express Text of Law in terminis terminantibus [Ed: in terms to be determined] and of examples and precedents in like cases (as was objected by some) we are driven to determine the question by natural reason». Dagegen wendet sich Coke und sagt im Gegenteil: «the true rule of the Civile Law is, Lex scripta sic esset, id custodiri oportet quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc defecerit, tunc id quod proximum et consequens ei est, et si id non appareat, tunc jus quo urbs Romana utitur, servari oportet». [Ed: if a written law ceases [to be in force], it is necessary to observe that which has been brought in by usage and customs; and if that is lacking, then that which is nearest and consequent upon it; and, if that is not apparent, then it behoves to observe the rule used by roman law.]. Coke, *Selected Writings*, FN 71, Part Seven, S. 210.

<sup>99</sup> Das wird auch deutlich, wenn Montesquieu an einigen Stellen durch («je crois») Zweifel oder Erinnerungslücken anfügt. *Pensées*, N° 1645, FN 61, S. 519–521.

<sup>100</sup> Zeugnis dafür ist z.B. Hamiltons Darlegung der Judikative, in der er ausgiebig aus dem *Vom Geist der Gesetze* XI, 6 zitiert: *Federalist Papers*, FN 50, N° 78. Siehe auch zum Supreme Court in Abgrenzung zu England ebd., N° 81. Zudem macht die Vielfalt der hier zitierten Äusserungen von französischen und englischen Rechtsgelehrten deutlich, dass das Rechtsdenken bzw. das verfassungsrechtliche Denken vom 16. bis 18. Jhd. in Frankreich und England nicht in völlig getrennten Bahnen verlief. Die strikte Trennung zwischen den zwei Traditionen des *common law* und des *droit civil* konnte nicht als vollzogen betrachtet werden.

ren Worten, die Quelle des Rechts ist für Montesquieu nicht ausschlaggebend, solange sie dem Gegenstand entspricht und solange der Richter nach dem Recht richtet bzw. sich nicht über das Recht stellt. Eine richterliche Entscheidung darf nicht auf einer *opinion particulière* des Richters beruhen.<sup>101</sup> Die Verschiedenartigkeit der Rechtsquellen ist für Montesquieu eine Gegebenheit, die je nach Ort und Zeit auf unterschiedlichen und vielfältigen Faktoren beruht. So sagt er in Bezug auf die *coutumes*: «Faire une coutume générale de toutes les coutumes particulières, seroit une chose inconsidérée, même dans ce temps-ci, où les princes ne trouvent partout que de l'obéissance».<sup>102</sup> Montesquieu lehnt eine Vereinheitlichung des Rechts nicht schlichtweg ab, doch sie ist ihm, ebenso wie die Vereinfachung der Gesetze, verdächtig:

Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits [...] les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos sans exception? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même?<sup>103</sup>

Vereinfachung und Vereinheitlichung der Gesetze bergen für Montesquieu die Gefahr, Zwischengewalten auszuschalten, oder aber das Recht in der Person eines unbeschränkten Herrschers zu bündeln, kurz gesagt, der rechten Verfasstheit eines Staates, der Voraussetzung für politische Freiheit, zuwiderzulaufen.

## Zusammenfassung

Die richterliche Gewalt stellt sich bei Montesquieu als ein wesentliches Verbindungsstück heraus, das Montesquieus Gedanken über willkürliche Herrschaft lenkt. In diesem Aufsatz wurde der Zusammenhang von richterlicher Gewalt und rechter bzw. gerechter Verfasstheit<sup>104</sup> eines Staates besonders betont. Nur wenn die richterliche Gewalt nicht vom Souverän ausgeübt wird,

---

<sup>101</sup> Vgl. Cokes vergleichbare Ansicht, FN 98.

<sup>102</sup> EdL, FN 3, XXVIII, 37, S. 851.

<sup>103</sup> Ebd., XXIX, 18, S. 882.

<sup>104</sup> Siehe auch in diesem Zusammenhang: MacDonald, Sara, Problems with Principles: Montesquieu's Theory of Natural Justice, *History of Political Thought*, Vol. XXIV, N° 1, Spring 2003, S. 109–130 sowie Pangle, Thomas, *Montesquieu's Philosophy of Liberalism: A Commentary on the Spirit of Laws*, Chicago 1973, insb. S. 9.

ist politische Freiheit möglich. Indem Montesquieu politische Freiheit als Sicherheit<sup>105</sup> vor fremder Willkür definiert, erhält sie eine normative Dimension. Als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Massstäben zivilen Handelns, wird sie gar zum praktischen Ausdruck von Gerechtigkeit.<sup>106</sup> Die rechte Verfasstheit eines Staates ist aber für Montesquieu zwar wesentliche Voraussetzung für die Realisierung politischer Freiheit bzw. Gerechtigkeit, aber keine ausreichende. Die Mässigung der Gesetze, das heisst der *rappont de convenance*, das rechte Verhältnis zwischen Vergehen und Strafe<sup>107</sup>, das soziale Gefüge, der Handel, die Religion, seien hier als weitere Komponenten genannt. Die richterliche Gewalt bei Montesquieu muss auch in diesen Zusammenhang eingefügt werden. Sie kann, so Montesquieu, unter gewissen Bedingungen der schrecklichste Ausdruck von Willkürherrschaft sein. Sie kann aber auch die Herrschaft der Gesetze verwirklichen. In diesem Sinne soll sie möglichst unmerklich ein Bindeglied zwischen Staatsgewalten, Recht und Gesellschaft bilden. Wie die Gesetze, denen sie Ausdruck verleiht, ist die richterliche Gewalt bei Montesquieu vielgestaltig und dem Wandel unterworfen. Für Montesquieu jedoch liegt ihre Beständigkeit darin, dass sie der Herrschaft des Rechts Diener sein soll: «chaque diversité est uniformité, chaque changement constance».<sup>108</sup>

<sup>105</sup> Dabei ist es wichtig zu bemerken, dass es sich dabei um das Gefühl der Sicherheit handelt. Die Sicherheit ist nicht nur materieller Natur, sondern ist auch mit der Freiheit der Seele verbunden. Siehe dazu: Krause, Sharon R., History and the Human Soul in Montesquieu, *History of Political Thought*, Vol. XXIV, N° 2, Summer 2003, S. 243.

<sup>106</sup> «Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir». EdL, FN 3, XI, 4, S. 395. Als Sicherheit vor willkürlicher Herrschaft, d.h. als 'non domination' muss politische Freiheit bei Montesquieu als 'republikanische Freiheit' im Sinne von Quentin Skinner und Philip Pettit verstanden werden. Die zahllosen Beiträge zu diesem Thema können hier nicht aufgeführt werden. Siehe daher z.B. in Pettit, Philip, Keeping Republican Freedom Simple, On a Difference with Quentin Skinner, *Political Theory*, Vol XXX, N° 3, June 2002, FN 1–3, 6 sowie in Shaw, Carl K.Y., Quentin Skinner on the Proper Meaning of Republican Liberty, *Politics*, Vol. XXIII, Issue 1, February 2003, S. 55f.

<sup>107</sup> Siehe auch Carrithers, David, W., Montesquieu's Philosophy of Punishment, *History of Political Thought*, Vol. 19, N° 2, Summer 1998, S. 213–240 sowie Larrère, Catherine, Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria, In Porret, Michel (éd.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz: Genève 1997, S. 89–108.

<sup>108</sup> EdL, FN 3, I, 1, S. 233.