



HAL
open science

La fonction des Romains dans l'Esprit des lois

Tristan Pouthier

► **To cite this version:**

Tristan Pouthier. La fonction des Romains dans l'Esprit des lois. Annales de l'École doctorale de philosophie du droit, sociologie du droit et droit processuel de l'Université Paris II, 1, pp.243-289, 2006. hal-02268681

HAL Id: hal-02268681

<https://hal.science/hal-02268681>

Submitted on 21 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA FONCTION DES ROMAINS DANS L'ESPRIT DES LOIS

Montesquieu a parcouru l'histoire à la recherche de la liberté politique. Là où il l'a trouvée, il a prodigué des efforts infinis pour en démonter les ressorts, pour la rattacher comme à ses racines aux lois politiques, historiques et physiques qui gouvernent le monde humain dans l'immanence différenciée de l'être ; mais sans doute sa patiente méthode ne venait-elle qu'une fois le trésor découvert par son regard. La théorie se révélait sur ce point inférieure aux sens, elle pouvait même rendre littéralement aveugles ceux qui, comme Platon ou Harrington, étaient trop occupés à construire des cités parfaites pour voir sous leurs yeux le cadeau de la liberté réelle. « Pour découvrir la liberté politique dans la constitution, il ne faut pas tant de peine. Si on peut la voir où elle est, si on l'a trouvée, pourquoi la chercher ? » (XI, 6, § 3)¹. Or, aussi clairement qu'elle s'impose à l'observateur judicieux de l'Angleterre, la liberté frappe celui qui se tourne vers les Romains.

Le regard des hommes du XVIII^{ème} siècle sur Rome est embarrassé des sédiments de la tradition. La référence ponctue à ce point leur éducation qu'ils voient miroiter leur propre histoire dans celle de la Ville éternelle ; les fausses analogies fleurissent, comme les revendications d'héritage. En France, deux historiens jésuites, les pères Catrou et Rouillé, présentent dans leur *Histoire romaine* de 1725 les rois français comme les héritiers des empereurs romains par l'intermédiaire de Charlemagne². En Angleterre, le cercle du vicomte Bolingbroke, influencé par la lecture de Machiavel, compare régulièrement dans le *Craftsman* la libre Angleterre à la libre république romaine³.

Chez Montesquieu, l'attraction pour Rome le dispute sans doute à un sentiment très vif de la *distance* qui sépare les Romains des Européens du XVIII^{ème} siècle. Il a vu la liberté politique dans l'histoire de la république romaine, une liberté unique, qu'il n'observe à son époque qu'en Angleterre ; à coup sûr les deux phénomènes appellent pour lui des rapprochements. C'est à son retour d'Angleterre, en 1731, que Montesquieu se plonge dans des lectures immenses sur Rome et travaille sur les *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*⁴, qui sortent à Paris à l'été 1734. Selon son fils, « le livre sur le gouvernement d'Angleterre, qui a été inséré dans l'*Esprit des lois*, était fait alors, et M. de Montesquieu avait eu la pensée de le faire imprimer avec les *Romains* »⁵. Mais les *Considérations sur les Romains* sont un ouvrage

¹ Les références à *De l'Esprit des lois* sont notées entre parenthèses : numéro du livre en chiffres romains, suivi du numéro de chapitre, et du numéro de paragraphe.

² Cf. Vanessa de SENARCLENS, *Montesquieu historien de Rome*, Genève : Droz, 2003, p. 41.

³ Cf. Robert SHACKLETON, *Montesquieu : a critical biography*, Oxford : Oxford University Press, pp. 151-152.

⁴ Nous désignons par la suite cette œuvre sous l'appellation *Considérations sur les Romains*. Les références sont notées entre parenthèses : mention *Romains*, suivie du numéro du chapitre en chiffres romains, et du numéro de paragraphe.

⁵ *Eloge historique de M. de Montesquieu par M. de Secondat, son fils* in *Œuvres complètes*, dir. Daniel Oster, Paris : Seuil, 1964, p. 17.

polémique : elles peignent les réalisations et la déchéance d'un peuple exotique et brutal, qui n'a atteint le plus haut point de la grandeur que parce qu'il a su faire la guerre en permanence. Rome fut exceptionnellement libre, certes ; mais elle le fut dans un monde autre, avec des lois différentes, et dans un but unique : l'agrandissement.

Cette attention à la distance historique est tout aussi scrupuleuse dans l'*Esprit des lois*, qui paraît quinze ans plus tard. Il suffit à ce propos de citer l'étrange déclaration redondante de la préface : « Quand j'ai été rappelé à l'antiquité, j'ai cherché à en prendre l'esprit, pour ne pas regarder comme semblables des cas réellement différents, et ne pas manquer les différences de ceux qui paraissent semblables. » Il n'empêche que Montesquieu cherche dans son ouvrage à décrire les ressorts cachés de la liberté politique, ressorts qui, eux, peuvent avoir une certaine permanence dans l'histoire. Il va rechercher des lois, c'est-à-dire des rapports nécessaires, des causes régulières qui se combinent de diverses manières. Si comparaison il doit y avoir entre l'Angleterre et Rome, il convient donc qu'elle s'attache aux rapports *pertinents*. Louis XIV n'était pas le successeur d'Auguste, et les Anglais ne sont pas les Romains de l'Europe moderne ; mais la tyrannie et la liberté obéissent à des lois régulières qu'il est possible de discerner dans les temps et lieux où ces deux extrêmes se sont manifestés avec éclat.

Montesquieu a vu la liberté romaine, il va tenter d'en rendre raison. Cependant, le projet politique de l'*Esprit des lois* – la défense de la liberté politique – se confond avec un projet théorique d'une ampleur sans exemple. Il s'agit d'examiner les lois de tous les peuples de la terre dans les rapports nécessaires qu'elles entretiennent avec les conditions physiques et culturelles d'un pays, et entre elles – selon l'ordre, politique ou civil, auxquelles elles appartiennent. Autant dire que l'ouvrage se prête mal aux oppositions binaires et saillantes. Le rapport entre la liberté romaine et la liberté anglaise s'incorpore à l'ordre du projet ; il n'est pas traité pour lui-même, comme Montesquieu a pu songer à le faire à l'époque des *Considérations sur les Romains*. Ce n'est pas écrire, bien entendu, qu'il est oublié.

La fonction des Romains dans l'*Esprit des lois* s'apprécie en fait à l'aune de l'*œuvre entière*. Or, l'approche qu'adopte Montesquieu prend pour objet premier des régimes politiques : la typologie des formes de gouvernement qui occupe les livres II à VIII de l'*Esprit des lois* décrit les grands modèles d'organisation politique des hommes parce qu'il s'agit, pour eux, de la détermination fondamentale. Rome est la figure la plus éminente de la *république* ; c'est en tant que république qu'elle est libre, et c'est en changeant de régime sous Auguste qu'elle devient l'esclave d'un seul homme. Dans l'étude de ses lois et de leur évolution doivent pouvoir se lire les rapports nécessaires qui lient dans une république les lois politiques – qui ordonnent le gouvernement –, les lois civiles – qui règlent les rapports entre particuliers –, et les mœurs – qui regardent le rapport moral à soi-même du citoyen. *Autrement dit, Rome joue un rôle essentiel de test pour la théorie politique de Montesquieu. S'il a saisi la nature de Rome, il a dû*

saisir celle de la république, et inversement, l'histoire romaine doit confirmer la validité des rapports qu'il a établis (I^{re} partie).

Rome est, comme la plupart des républiques, un gouvernement du passé. En même temps, le problème fondamental de la liberté politique au sens que lui donne Montesquieu se pose d'une manière similaire à toutes les époques : il s'agit d'assurer la légalité de l'exercice du pouvoir. Pour cela, il convient de brider ce pouvoir en le distribuant, en l'équilibrant. La république romaine a été, dans cette perspective, une forme possible d'Etat légal. *Montesquieu révèle les causes de la liberté dans son étude de la constitution romaine ; c'est sous ce rapport, celui de la distribution constitutionnelle des pouvoirs, que le rapprochement avec l'Angleterre se révèle pertinent (II^e partie).*

Une comparaison qui se révèle plus féconde quant aux différences qu'elle met en évidence que quant aux similarités : aussi bien dans l'approche totale de la république romaine comme forme de gouvernement que dans l'approche constitutionnelle apparaît le fossé qui sépare Rome des monarchies modernes. Le modèle qu'offre la république romaine n'est plus applicable dans l'Europe du XVIII^{ème} siècle : l'Etat légal du présent est la *monarchie*, sous ses deux formes, française et anglaise. Deux préoccupations distinctes se font alors jour au livre XI de l'ouvrage, qui porte sur le rapport de la constitution d'un Etat à la liberté du citoyen. Il s'agit, dans le cas du gouvernement monarchique, de s'interroger sur son origine, afin de déterminer par quelles voies la légalité du pouvoir a pu s'y établir, et par quelles voies elle pourrait finir. Montesquieu trouve cette origine dans les *invasions germaniques*, qui ont entraîné l'émergence d'une forme inédite de division sociale et de distribution des pouvoirs. Dans le cas de la république romaine, la recherche ne peut être génétique : sa constitution n'a rien à nous apprendre sur le passé de la nôtre, et encore moins sur son avenir. *Ce sont en fait deux modalités différentes de l'articulation de l'ordre politique et de l'ordre civil que révèlent les études en parallèle de Rome et des monarchies – et surtout de la plus atypique d'entre elles, l'Angleterre commerçante (III^e partie).*

PREMIÈRE PARTIE DE LA RÉPUBLIQUE MODÉRÉE À LA TYRANNIE IMPÉRIALE

1. L'histoire romaine et les typologies des gouvernements dans la première partie de l'*Esprit des lois*

Typologie tripartite et typologie bipartite

Il convient d'apprécier la fonction des Romains dans la première partie de l'*Esprit des lois* en regard de l'usage et de l'évolution de la typologie des formes de gouvernement établie par Montesquieu. En réalité, deux typologies s'enchaînent sans solution de continuité nette dans les huit premiers livres : la

distinction posée au livre II entre république, monarchie et despotisme ; et l'opposition dualiste entre le gouvernement despotique et les « gouvernements modérés » - cette expression désignant les gouvernements républicains et monarchiques où le pouvoir s'exerce dans un strict respect des lois. Comme l'a montré Catherine Larrère⁶, ces typologies possèdent leur logique propre mais ne sont pas pour autant séparables, la seconde résultant d'une transformation de la première. Or l'étude des Romains occupe une place centrale dans l'une et l'autre typologie ; elle permet de saisir le sens de leur enchaînement.

La distinction initiale entre république, monarchie et despotisme permet l'étude de ces gouvernements comme des tous dont l'auteur explique la cohérence en distinguant leur nature et leur principe. Dans les livres II à V, les trois formes de gouvernement sont ainsi étudiées en parallèle ; les distinctions entre elles ressortent avant tout du découpage des chapitres en fonction de la tripartition initiale. Dans le cadre de cette première typologie, la fonction des Romains consiste surtout à illustrer la nature et le principe du gouvernement républicain – sous ses deux formes, démocratie et aristocratie, Rome ayant été « dans les premiers temps une espèce d'aristocratie » (II, 3, § 5). L'étude de Rome s'inscrit cependant majoritairement dans l'ensemble autonome formé par l'étude de la démocratie ; si le caractère aristocratique du régime des premiers temps de la république romaine se révèle d'une grande importance, c'est bien en tant que démocratie, en tant que régime du passé, que Rome est étudiée. En regard, l'étude de la monarchie et du despotisme a une portée polémique forte à l'époque de Montesquieu : leur distinction ne va pas du tout de soi dans leur première présentation, ces deux régimes présentant le caractère commun d'être des gouvernements d'un seul. Bref, la fonction de Rome dans le cadre de la première typologie se révèle toute « scientifique » : dans les institutions et les mœurs de la république romaine se lisent en grandes lettres les éléments constitutifs d'une forme ancienne de gouvernement, la république.

La deuxième typologie, qui oppose le gouvernement despotique aux gouvernements « modérés », apparaît discrètement au livre III, et s'affirme à partir du chapitre 14 du livre V, qui se clôt sur un passage bien connu : « Pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir ; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre ; c'est un chef d'œuvre de législation, que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence » (V, 14, § 30). Cette seconde typologie est celle sur laquelle va reposer la conception de la liberté politique développée dans la seconde partie de l'*Esprit des lois*. La liberté politique se trouve uniquement dans les gouvernements modérés parce que leur constitution assure un équilibre entre les pouvoirs, et parce que la sécurité des citoyens y est assurée par le respect de la légalité.

⁶ Catherine LARRÈRE, « Les typologies des gouvernements chez Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n°5, 2001, pp. 157-172.

Cette dualité des typologies étant posée, quel rôle spécifique joue l'étude des lois romaines dans les livres VI à VIII ? Pour répondre à cette question, il convient avant tout de noter que cette étude devient systématiquement diachronique, et prend pour centre de gravité le changement de régime politique qui s'est opéré sous Auguste. Cette époque de l'histoire romaine occupe une place centrale dans l'œuvre de Montesquieu. Dans les *Considérations sur les Romains*, elle constitue le tournant fondamental que l'œuvre a pour ambition d'éclairer par une étude de causalité historique⁷. Cependant, celle-ci porte avant tout sur l'agrandissement de Rome, sur le travail qui l'a rendu possible et sur la décadence qu'il a entraînée. Montesquieu centre les *Considérations sur les Romains* sur l'établissement de la monarchie parce que c'est à ce moment que les conséquences néfastes de l'agrandissement de Rome ont eu raison de la liberté politique romaine, qu'elles ont entraîné l'établissement d'un gouvernement aussi dur et tyrannique qu'intrinsèquement faible. Le propos de l'étude des Romains dans les livres VI à VIII de l'*Esprit des lois* est autre. L'agrandissement de Rome n'y est pas même mentionné ; si la corruption des Romains apparaît bien comme un thème central, sa cause la plus directe est en revanche passée sous silence. C'est l'évolution, centrée sur le changement de régime, des lois politiques et civiles des Romains, ainsi que celle, concomitante, de leurs mœurs, qui forme la matière de l'étude : elle constitue un tout intelligible, en regard duquel les causes de la corruption – dans la mesure où elles ne sont pas directement liées à un changement des lois – peuvent être éludées.

La comparaison en parallèle des formes de gouvernement qui prédominait dans les livres II à V est remplacée, à travers l'histoire des lois romaines, par une étude de l'évolution des lois civiles en fonction de celle des lois politiques. Cette histoire s'articule alors, de manière sophistiquée, *aux deux typologies*.

De la république à la monarchie

Selon une première approche, l'étude de l'évolution à Rome de la forme des jugements et des accusations, de celle des lois pénales et de celle des lois touchant au luxe et à la condition des femmes permet de situer la comparaison entre république et monarchie au sein d'une histoire particulière ; car c'est bien, d'un certain point de vue, une monarchie qu'Auguste et ses successeurs ont mise en place : « C'est qu'il [Auguste] fondait une monarchie, et dissolvait une république » (VII, 4, § 4). La corruption du principe de la république romaine (la vertu des citoyens), et sa conséquence nécessaire, le changement de la forme du gouvernement, entraînent la modification de toutes les lois civiles. Montesquieu l'affirme sans détour : « Je me trouve fort dans mes maximes, lorsque j'ai pour moi les Romains ; et je crois que les peines tiennent à la nature du gouvernement lorsque je vois ce grand peuple changer à cet égard de lois civiles, à mesure qu'il

⁷ Cf. le « Project de préface », *Œuvres complètes de Montesquieu*, t. 2, Oxford, Voltaire Foundation, 2000, pp. 316-317.

changeait de lois politiques » (VI, 15, § 1). Le contraste entre les lois civiles de la république et celles de la monarchie apparaît avec clarté dans la seule histoire romaine ; la comparaison frontale entre la république antique et la monarchie européenne des temps modernes, qui dominait dans les livres II à V, est complétée et confirmée par l'étude historique.

République, tyrannie et despotisme

Selon une seconde approche, l'histoire des lois romaines est à rapprocher de la typologie qui oppose les gouvernements modérés au gouvernement despotique. Le régime mis en place par Auguste ne pouvait, en effet, être une monarchie à proprement parler : il y manquait des pouvoirs intermédiaires solidement établis, qui sont dans l'Europe moderne le fruit d'une histoire singulière, celle des invasions des peuples barbares. Montesquieu souligne ainsi qu'« une autorité exorbitante, donnée tout à coup à un citoyen dans une république, forme une monarchie, ou plus qu'une monarchie. Dans celles-ci les lois ont pourvu à la constitution, ou s'y sont accommodées ; le principe du gouvernement arrête le monarque ; mais, dans une république où un citoyen se fait donner un pouvoir exorbitant, l'abus de ce pouvoir est plus grand, parce que les lois, qui ne l'ont point prévu, n'ont rien fait pour l'arrêter » (II, 3, § 6). Une note précise : « C'est ce qui renversa la république romaine. »⁸.

Or le gouvernement d'un seul sans puissances intermédiaires est la définition même du despotisme. Est-ce à dire que le régime des empereurs était despotique ? La réponse mérite d'être nuancée.

Montesquieu emploie très peu les termes de « despotisme » ou de « despotique » lorsqu'il traite de l'histoire romaine. Il affirme bien au livre VI : « On trouvera dans les *Considérations sur la grandeur des Romains, et leur décadence*, comment Constantin changea le despotisme militaire en un despotisme militaire et civil » (VI, 15, § 13) ; mais l'accent est autant mis ici sur le caractère militaire du régime que sur son caractère despotique. De manière plus précise, le gouvernement de la république romaine dans les provinces est qualifié de « despotique » à deux reprises (XI, 19, § 2 ; XXII, 22, § 11), parce que les pouvoirs ne pouvaient y être séparés. Mais le gouvernement des empereurs n'est qualifié qu'à une seule occasion, et probablement à propos du Bas-Empire, de « despotisme superbe » (XXIII, 23).

Montesquieu fait en revanche un usage plus fréquent et précis du terme de « tyrannie » lorsqu'il traite des Romains. Par exemple, au livre III : « Quand Sylla voulut rendre à Rome la liberté, elle ne put plus la recevoir ; elle n'avait plus qu'un faible reste de vertu, et, comme elle en eut toujours moins, au lieu de se réveiller après César, Tibère, Caius, Claude, Néron, Domitien, elle fut toujours plus esclave ; tous les coups portèrent sur les tyrans, aucun sur la tyrannie » (III, 3, § 5). Montesquieu emploie également les termes de « tyran » ou « tyrannie »

⁸ Cf. aussi *Romains*, XV, §13.

lorsqu'il évoque les décemvirs (XI, 15, § 1, 2 et 3), Sylla (VI, 15, § 8), Auguste (VII, 13, § 5) et Tibère (VII, 13, § 5 et 7 ; XII, 14, § 3), ou ce même gouvernement des provinces qu'il qualifie ailleurs de despotique (XXI, 14, § 2 ; 15, § 1). Or l'emploi de ces mots est éclairant à plusieurs égards.

Montesquieu emprunte explicitement le terme de « tyrannie » aux Anciens parce qu'il est directement lié à la tradition républicaine, comme il le précise dans une note du chapitre 13 du livre XIV : « Je prends ici ce mot pour le dessein de renverser le pouvoir établi, et surtout la démocratie. C'est la signification que lui donnaient les Grecs et les Romains ». Lorsqu'il traite de l'usurpation de la souveraineté du peuple dans une république antique, Montesquieu parle donc spontanément de tyrannie. Mais cette tyrannie est rarement accidentelle ; elle est plutôt le fruit ordinaire de la corruption de la démocratie : avant d'être tyrannisé par un seul, le peuple a été tyran lui-même, en cessant d'obéir aux magistrats et aux anciens, et en laissant libre cours à ses passions. Les chapitres 2 et 3 du livre VIII fustigent ainsi « l'esprit d'égalité extrême » fatal à la démocratie : corruption du principe même de celle-ci, il entraîne nécessairement sa fin. Rome n'est pas mentionnée dans ces deux chapitres, mais il convient de lire à leur lumière toutes les références à la corruption des Romains, à la perte de leur liberté, à l'établissement du gouvernement des empereurs. A la règle de la corruption des démocraties, le peuple romain n'a pas fait exception : « Mais lorsqu'il [le peuple romain] eut perdu ses principes, plus il eut de pouvoir, moins il eut de ménagement ; jusqu'à ce qu'enfin, devenu son propre tyran et son propre esclave, il perdit la force de la liberté pour tomber dans la faiblesse de la licence » (VIII, 12, § 3)⁹.

La tyrannie ne désigne donc pas un régime politique spécifique à l'instar de la république, de la monarchie et du despotisme ; plutôt, une forme d'exercice du pouvoir qui est le résultat direct de la corruption du principe de la république, et donc de la licence du peuple. Le lien avec la seconde typologie de Montesquieu peut alors être précisé. Le gouvernement despotique n'est pas seulement, en effet, le gouvernement où « *un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices* » (II, 1) ; cette définition première est complétée au livre V : « Cicéron croit que l'établissement des tribuns à Rome fut le salut de la république. « En effet, dit-il, la force du peuple qui n'a point de chef est plus terrible. Un chef sent que l'affaire roule sur lui, il y pense ; mais le peuple, dans son impétuosité, ne connaît point le péril où il se jette. » On peut appliquer cette réflexion à *un Etat despotique, qui est un peuple sans tribuns* ; et à une monarchie, où le peuple a, en quelque façon, des tribuns » (V, 11, § 2, je souligne). Montesquieu pose une équivalence entre les désirs impétueux du peuple et le pouvoir sans frein du despote : dans les deux cas il n'y a plus, entre les désirs et leur satisfaction, la lenteur qu'apporte la médiation – celle des hiérarchies politiques et traditionnelles dans les républiques, celle des corps intermédiaires dans les monarchies. La notion de tyrannie permet de faire le lien

⁹ Cf. aussi *Pensée* 1551.

entre l'histoire de la corruption des républiques antiques et le despotisme – qui, dans sa forme pure, demeure l'apanage des vastes empires d'Orient. L'histoire romaine est à cet égard exemplaire : la tyrannie des empereurs, c'est le pouvoir violent et sans frein d'hommes qui se sont appropriés le pouvoir souverain d'un peuple corrompu. Il convient alors de préciser la forme de l'usurpation impériale.

2. La tyrannie impériale, ou la souveraineté usurpée

L'organisation politique du peuple dans la république modérée

L'étude des lois de la république romaine dans les livres II à V présente cette particularité qu'elle illustre à la fois la nature et le principe de la démocratie (II, 2 ; V, 5, 6, 7) et ceux de l'aristocratie (II, 3 ; V, 8). Par une singularité de l'histoire romaine, l'aristocratie qui a immédiatement succédé à la monarchie n'a pas, en effet, été totalement renversée elle-même par les aspirations démocratiques du peuple ; la république romaine offre ainsi l'exemple d'une « démocratie qui se gouvernait selon l'ordre et les règles d'une aristocratie »¹⁰. La république romaine ne se plie qu'imparfaitement à la typologie établie par Montesquieu au livre II de *l'Esprit des lois* ; c'est cependant dans cette singularité même qu'il faut rechercher sa force et sa longévité.

L'importance de la composante aristocratique de la république romaine apparaît d'abord sur le plan de l'organisation institutionnelle des pouvoirs. La démocratie est un gouvernement menacé par le fait que le peuple y a un rapport direct à lui-même, étant à la fois gouvernant et gouverné, « monarque » et « sujet » (II, 2, § 2). Montesquieu ne remet jamais en cause l'idée que le peuple est souverain dans une démocratie ; il limite cependant l'expression de cette souveraineté aux « suffrages ». L'idée d'une volonté directement agissante du peuple n'a aucune traduction institutionnelle possible : le peuple se contente d'élire ceux qu'il juge capables, d'accepter ou de rejeter les projets qui lui sont présentés ; il ne saurait en aucune manière « conduire une affaire, connaître les lieux, les occasions, les moments, en profiter » (*ibid.*), toutes choses qu'il est censé laisser à la discrétion de ses magistrats. *L'organisation politique* du peuple doit permettre l'expression de sa volonté souveraine dans le cadre passif du suffrage, et empêcher le peuple de renverser le régime par sa fougue. Or la composante aristocratique du gouvernement de Rome permet précisément d'organiser l'Etat de manière à ce que le peuple soit soumis à une hiérarchie politique solide. Montesquieu rapproche implicitement la force de la démocratie romaine et son organisation aristocratique : « Dans l'Etat populaire, on divise le peuple en de certaines classes. C'est dans la manière de faire cette division que les grands législateurs se sont signalés ; et c'est de là qu'ont toujours dépendu la durée de la démocratie et sa prospérité. Servius Tullius suivit, dans la composition

¹⁰ *Pensée* 1502 ; cf. *infra*, II^e partie.

de ses classes, l'esprit de l'aristocratie. Nous voyons dans Tite-Live et dans Denys d'Halicarnasse comment il mit le droit de suffrage entre les mains des principaux citoyens » (II, 2, § 13). De cette manière, l'organisation aristocratique constitue la loi fondamentale de la république romaine *en tant qu'elle est une démocratie*. L'influence des grands dans la formation et l'exécution des lois est l'élément tempérant, médiateur de la démocratie romaine¹¹. Cependant, le fait que l'aristocratie ait le dernier mot politiquement n'est pas présenté comme une tromperie, ou même comme une tromperie nécessaire : l'incapacité politique du bas peuple est une donnée structurelle de la démocratie qu'il convient de corriger en confiant l'essentiel du pouvoir à « une élite qui a le sens de l'Etat et la capacité de le diriger »¹².

L'importance des grands ne se limite pas cependant à une nécessité institutionnelle : elle touche au principe même du gouvernement démocratique, la vertu, l'amour de la patrie, la préférence des intérêts de la république au sien propre. L'aristocratie ne peut assurer sa domination politique qu'en se montrant en toute occasion sage et patriote ; la vertu est, pour elle, de raison : « Le Sénat se défendait [contre le peuple] par sa sagesse, sa justice et l'amour qu'il inspirait pour la Patrie » (*Romains*, VIII, § 6). La vertu fait tendre tout citoyen, patricien ou plébéien, vers l'horizon unique de la gloire de la patrie ; ce sentiment unifiant montre, plus que l'organisation concrète des pouvoirs, que le peuple est souverain en démocratie, que l'hétérogénéité sociale – redoublée par la distribution du pouvoir – revêt à cet égard un intérêt seulement fonctionnel. Intérêt majeur cependant. Les grands donnent par leur comportement l'exemple de la règle unique que chacun s'applique spontanément. En se montrant aux yeux du peuple comme des exemples de vertu, ils maintiennent leur domination politique de fait, mais, plus profondément, ils servent le principe unique de la démocratie.

Il y a donc complémentarité, et non contradiction, entre ces deux aspects du gouvernement de la république romaine : d'une part, la souveraineté du peuple, principe unitaire qui imprègne toutes les lois politiques et civiles romaines ; d'autre part, l'exercice effectif du pouvoir par les patriciens et le Sénat. En privant les grands du pouvoir, la plèbe romaine, bien loin de gagner la souveraineté réelle, a ouvert la voie à la tyrannie impériale. A partir du règne d'Auguste, les structures aristocratiques du pouvoir ne sont plus qu'une coquille vide ; en revanche, le principe unifiant de la souveraineté du peuple est usurpé par l'empereur et devient un formidable instrument de pouvoir.

Auguste et Tibère, le régime ambigu

C'est aux livres VI et VII, qui traitent du rapport entre le principe d'un gouvernement et les domaines fondamentaux des lois civiles que sont la forme des jugements, les lois criminelles, les lois touchant au luxe et à la condition des

¹¹ Cf. aussi II, 2, § 24 et 25.

¹² Catherine LARRÈRE, « Les typologies des gouvernement chez Montesquieu », *op. cit.*, p. 167.

femmes, que Montesquieu révèle les formes les plus subtiles de l'usurpation des empereurs : c'est moins dans l'évolution des lois politiques que dans la perversion de l'usage des lois civiles que le nouveau régime se dévoile comme gouvernement tyrannique et non plus comme gouvernement modéré.

Si Montesquieu s'en tenait aux lois politiques, il lui faudrait inscrire le changement de régime opéré sous Auguste au sein de sa tripartition initiale des formes de gouvernement : la république deviendrait monarchie ou despotisme. Or c'est une évolution plus ambiguë que Montesquieu veut mettre en lumière. Dans les *Considérations sur les Romains*, il indiquait déjà la difficulté : « [Auguste] songea donc à établir le gouvernement le plus capable de plaire qui fût possible sans choquer ses intérêts, et il en fit un aristocratique par rapport au civil et monarchique par rapport au militaire : gouvernement ambigu, qui, n'étant pas soutenu par ses propres forces, ne pouvait subsister que tandis qu'il plairait au Monarque et était entièrement monarchique par conséquent » (*Romains*, XIII, § 15). On saisit suffisamment ce qui sépare ici la « monarchie » mise en place par Auguste de celle dont traite Montesquieu dans le cadre de sa première typologie : les monarchies européennes modernes sont le produit des invasions barbares, elles sont fondées sur une hétérogénéité sociale réelle qui se révèle féconde sur le plan politique. Le régime d'Auguste est en revanche une création, une construction politique qui doit autant servir à consolider le pouvoir de son auteur qu'à assurer la survie de l'Etat romain dans les conditions nouvelles de l'empire. Il est nécessairement tyrannique au-delà de ses aspects monarchiques, puisque ses institutions ne reflètent pas une réalité sociale – qui constituerait « ses propres forces » - mais sont tout entières le produit d'une volonté.

L'étude de l'évolution des lois romaines des livres VI et VII de l'*Esprit des lois* rend compte de cette tension. Sous les empereurs, certaines lois criminelles relèvent ainsi de l'esprit de la monarchie : « les empereurs ayant établi un gouvernement militaire, ils sentirent bientôt qu'il n'était pas moins terrible contre eux que contre les sujets ; ils cherchèrent à le tempérer : ils crurent avoir besoin des dignités et du respect qu'on avait pour elles. On s'approcha un peu de la monarchie, et l'on divisa les peines en trois classes » (VI, 15, § 10 et 11). Sous la « monarchie » des empereurs, les lois criminelles inégalitaires ne s'appuient pas sur une hiérarchie sociale découlant de l'histoire mais sont un instrument modérateur au service du pouvoir. Par certains autres aspects, le caractère monarchique des lois civiles impériales traduit une simple adaptation à l'accroissement des inégalités de richesse et à la corruption des mœurs qui ont causé la perte de la république. Auguste et Tibère sont sur ce point des dirigeants lucides qui résistent aux demandes irréalistes du sénat, lorsqu'ils refusent par exemple de rétablir des lois somptuaires qui avaient longtemps limité le luxe des particuliers (VII, 4, § 5). Apparaît ici, au cœur de l'histoire romaine, le rapport nécessaire qui lie pour Montesquieu le luxe et l'inégalité des fortunes au gouvernement monarchique.

Le caractère monarchique des nouvelles lois civiles est cependant contrebalancé par l'exercice brutal du pouvoir ; la « tyrannie réelle », précise

Montesquieu au livre XIX, « consiste dans la violence du gouvernement » (XIX, 3, § 1). L'héritage des institutions et des lois républicaines interdit la mise en place de contrepoids viables à la volonté impériale. L'innovation d'Auguste a consisté non pas à renverser l'architecture des magistratures républicaines pour la remplacer par une hiérarchie des dignités personnelles (qui caractérise la monarchie), mais à vider de sa substance cette architecture pour exercer seul le pouvoir dont se réclamaient les magistrats au nom du peuple : la dignité impériale n'était rien d'autre qu'un assemblage de toutes les magistratures républicaines (*Romains*, XVI, § 8).

La tyrannie des lois

Les lois civiles républicaines sont alors transformées par les empereurs en des instruments d'oppression. C'est de l'exemple romain que Montesquieu tire l'idée que les lois peuvent servir à opprimer. Les grands empires despotiques d'Asie n'ont pas de lois : la volonté arbitraire du despote s'y déplace comme dans un désert. L'empire romain, héritier de la république, ne peut pour sa part faire l'économie des lois. Mais celles-ci deviennent un simple masque pour la violence ; pire, la tyrannie retourne contre les citoyens leurs plus efficaces protections : « Il n'y a point de plus cruelle tyrannie que celle que l'on exerce à l'ombre des lois et avec les couleurs de la justice lorsqu'on va, pour ainsi dire, noyer des malheureux sur la planche même sur laquelle ils s'étaient sauvés » (*Romains*, XIV, § 3). La *Pensée* 1818¹³ précise : « On peut exterminer par les lois, comme on extermine par l'épée. En 150 ans de temps, les Empereurs romains détruisirent toutes les anciennes familles romaines. Une de leurs plus grandes tyrannies fut celle de leurs lois ».

Sylla se montre ici l'inspirateur de la tyrannie impériale : « il sembla ne faire des règlements que pour établir des crimes. Ainsi, qualifiant une infinité d'actions du nom de meurtre, il trouva partout des meurtriers ; et, par une pratique qui ne fut que trop suivie, il tendit des pièges, sema des épines, ouvrit des abîmes sur le chemin de tous les citoyens » (VI, 15, § 8). Utilisant à leur tour les lois comme armes, les premiers empereurs savent habilement détourner à leur profit celles qui sont héritées de l'époque républicaine. Inspirées du principe du gouvernement républicain – la vertu, ces lois organisent le contrôle des particuliers par la collectivité, ou par des magistrats censés la représenter. Le pouvoir impérial peut dès lors se substituer comme accusateur au peuple de la démocratie ; il détient d'une part la force répressive considérable de ce dernier, et ne se trouve pas embarrassé d'autre part par la vertueuse modération du peuple. La plus tyrannique perversion des lois opérée par les empereurs fut ainsi leur utilisation du crime de lèse-majesté. Il ne pouvait y avoir sous la république de crime plus grave puisqu'il s'agissait d'une offense au peuple souverain. En se substituant au peuple comme

¹³ Nous indiquons les numéros des *Pensées* dans l'édition établie par Louis Desgraves (par ordre chronologique).

victime de ce crime suprême, l'empereur se dotait d'un instrument répressif sans limite, comme le souligne Montesquieu dans les *Considérations sur les Romains* : « Il y avait une *Loi de majesté* contre ceux qui commettaient quelque attentat contre le peuple romain. Tibère se saisit de cette loi et l'appliqua, non pas aux cas pour lesquels elle avait été faite, mais à tout ce qui put servir sa haine ou ses défiances. Ce n'étaient pas seulement les actions qui tombaient dans le cas de cette loi, mais des paroles, des signes et des pensées même » (*Romains*, XIV, § 2). Cette réflexion est reprise en deux temps dans l'*Esprit des lois*. Au livre VI, Montesquieu souligne que les empereurs qui ont jugé, comme jugeait le peuple, furent les plus tyranniques (VI, 5, § 10). C'est ensuite au livre XII, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen », que se trouvent, aux chapitres 8, 9, 12, 13 et 16, les développements sur les lois impériales instituant les crimes de lèse-majesté ; elles constituent les pires atteintes à la sécurité des citoyens, et donc à leur liberté politique dans le sens que Montesquieu donne à cette expression.

La perversion des lois républicaines se manifeste également dans celle de la procédure accusatoire : la faculté d'accuser reconnue à tout un chacun sous la république se maintient sous l'empire alors qu'elle a perdu sa légitimité. Le regard de la société sur elle-même qu'induisait la vertu avait pour corollaire le droit et le devoir de chaque particulier d'accuser celui qu'il soupçonnait de crime. Or chez un peuple corrompu, cette faculté d'accuser n'est plus le signe de l'amour pour la république, mais d'un vil esprit de délation : « On suivit, sous les empereurs, les maximes de la république ; et d'abord on vit paraître un genre d'hommes funestes, une troupe de délateurs » (VI, 8, § 1).

Les empereurs font un même usage tyrannique de la procédure qui régit l'accusation d'adultère, et qui regarde donc les *mœurs* : Tibère va jusqu'à rétablir le tribunal domestique, dont l'usage s'était perdu avec le relâchement des mœurs. Ce tribunal dont les peines « devaient être arbitraires [...] car, tout ce qui regarde les mœurs, tout ce qui regarde les règles de la modestie, ne peut guère être compris sous un code de lois » (VII, 10, § 3), offrait une arme discrétionnaire pour frapper les dames des grandes familles. Montesquieu précise, dénonçant sans ambiguïté la nature fondamentalement usurpatrice du pouvoir impérial : « *Une des principales tyrannies de Tibère fut l'abus qu'il fit des anciennes lois*. Quand il voulut punir quelques dames romaines au-delà de la peine portée par la loi Julie, il rétablit contre elles le tribunal domestique » (VII, 13, § 7, je souligne). Reste que l'installation du régime impérial ne fut que le dernier acte de la corruption du peuple romain. Dans son analyse de la tyrannie, Montesquieu prend soin de peser la responsabilité du peuple et celle des empereurs.

Le peuple corrompu, ou l'inévitable tyrannie

Si Montesquieu reconnaît que « le peuple » est capable de grandeur, il n'en insiste pas moins sur son caractère fondamentalement irrationnel : une bonne république est une république qui sait canaliser les passions du peuple par des

hiérarchies politiques et familiales solides. C'est donc un même peuple, qui n'obéit qu'à sa passion de l'instant, que Montesquieu décrit aux premiers temps de la république romaine et dans l'installation du régime impérial ; mais le *regard* du peuple se trouve perverti dans le second cas. La *Pensée* 1507 constitue à cet égard un texte initial dont on retrouve des extraits dans différents passages de *l'Esprit des lois* : « Le peuple ne suit point le raisonnement des orateurs. Il peut être frappé par les images et par une éloquence qui a des mouvements mais rien ne le détermine bien que les spectacles et, si l'on suit l'histoire des passions du peuple dominateur, on verra que tous ces grands mouvements ne sont venus que par la vue de quelque action inopinée ». Suit une liste d'épisodes déterminants de l'histoire de Rome au cours desquels le peuple, ému à la vue de quelque spectacle, renversa tout ou faillit tout renverser¹⁴. On constate cependant une frappante évolution dans l'effet des spectacles. La chute de Tarquin après le viol et le suicide de Lucrèce, celle des décemvirs après l'attentat d'Appius Claudius contre Virginie furent deux sursauts populaires qui allaient dans le sens de la liberté ; mais Montesquieu achève son énumération dans la *Pensée* mentionnée et au chapitre 15 du livre XI, par cette affirmation lapidaire : « La robe sanglante de César remit Rome dans la servitude ». En montrant au peuple la robe de César, Antoine le lance contre les conspirateurs et étouffe ainsi le dernier sursaut de liberté à Rome. Le peuple s'est-il fait berner ? Il faut plutôt comprendre que, corrompu par son propre travail de sape des institutions républicaines, le peuple était prêt à se fourvoyer et à se livrer lui-même à la tyrannie d'un seul.

Montesquieu prend également le peuple romain comme exemple pour distinguer la tyrannie réelle de la tyrannie « d'opinion ». La tyrannie réelle consiste en la violence du gouvernement ; la tyrannie d'opinion choque les usages du peuple sans pour autant avoir nécessairement des visées liberticides. Auguste renonce à se faire appeler Romulus lorsqu'il apprend que le peuple craint qu'il ne veuille se faire roi – mais c'est le faste oriental des rois que refuse le peuple attaché à ses traditions, et non plus leur puissance oppressive comme dans les premiers temps (XIX, 3, § 2). Le regard du peuple est bel et bien perverti : il est incapable de voir la tyrannie réelle s'installer et ne s'indigne que lorsqu'on choque ses usages. « Dion nous dit que le peuple romain était indigné contre Auguste, à cause de certaines lois trop dures qu'il avait faites ; mais que sitôt qu'il eut fait revenir le comédien Pylade, que les factions avaient chassé de la ville, le mécontentement cessa. Un peuple pareil sentait plus vivement la tyrannie lorsqu'on chassait un baladin que lorsqu'on lui ôtait toutes ses lois » (*ibid.*, § 3). Tibère lui-même comprit que, régnant sur un peuple profondément corrompu, il pouvait exercer la tyrannie la plus sauvage, du moment qu'il respectait les usages du peuple, ce qui le mena parfois à une étrange cruauté : « Un ancien usage des Romains défendait de faire mourir les filles qui n'étaient pas nubiles. Tibère trouva l'expédient de les faire violer par le bourreau avant de les envoyer au supplice ; tyran subtil et cruel, il détruisait les mœurs pour conserver les

¹⁴ Ces divers épisodes sont répartis en XI, 15 et XII, 21.

coutumes » (XII, 14, § 3). Le respect des usages donne au peuple corrompu l'illusion de la permanence, alors que l'intégralité du pouvoir est exercé par un seul. Comme le souligne Catherine Volpilhac-Augé, la leçon que tire Montesquieu de l'étude politique du changement de régime, leçon probablement inspirée par la lecture de Tacite, est claire : le peuple romain a eu ce qu'il méritait¹⁵.

Le caractère *inévitabile* de la tyrannie impériale apparaît également, de manière plus discrète, dans les curieux jugements que porte Montesquieu sur des empereurs dont la tradition a transmis une image déplorable. On sait que Tibère « avait des lumières », qui s'opposa au rétablissement des lois somptuaires républicaines, ou à l'interdiction que voulaient faire le sénat aux gouverneurs d'emmener leurs femmes dans les provinces (VII, 4). Le cas de Néron est plus frappant encore : Montesquieu ne cite qu'en passant le monstre de la tradition (III, 3, § 5 ; V, 18, § 3), mais s'attarde sur le jeune empereur qui fit à coup sûr preuve de bonne volonté. On voit ainsi Néron refuser avec sagesse, lorsqu'il accède au pouvoir, d'être le juge de toutes les affaires (VI, 5, § 11). Plus loin, Montesquieu insiste sur les quatre ordonnances que Néron, « indigné des vexations des publicains » qui étaient les traitants de l'empire, fit contre eux afin de rétablir de l'équité dans la levée des impôts : « Voilà les beaux jours de cet empereur » (XIII, 19, § 6). Comment comprendre la nuance avec laquelle Montesquieu prend soin de présenter ces empereurs ? C'est qu'ils furent victimes du pouvoir absolu dont ils se trouvaient détenteurs. Pour un souverain absolu, la tempérance est presque une impossibilité ; même animés de bonnes intentions au départ, Tibère et Néron finirent par se laisser aller à leur avidité et à leur cruauté¹⁶. Tibère, qui rêve lui-même des beaux temps de la liberté, rend impossible son rétablissement par son comportement de chaque jour, souligne Montesquieu dans les *Considérations sur les Romains* : « Il aurait désiré un sénat libre et capable de faire respecter son gouvernement ; mais il voulait aussi un sénat qui satisfît à tous les moments ses craintes, ses jalousies, ses haines ; enfin, l'homme d'Etat cédaient continuellement à l'homme » (*Romains*, XIV, § 8, je souligne). Tibère et Néron ne sont donc pas des exceptions, mais des illustrations de la loi universelle qui veut que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » (XI, 4, § 1), loi qu'il est nécessaire de se rappeler dans la France de Louis XIV et de Louis XV¹⁷.

Montesquieu met en garde ses contemporains : le pouvoir absolu du peuple et le pouvoir absolu d'un seul sont les deux moments d'une même réalité. Il appréhende ce danger, dans la première partie de l'*Esprit des lois*, dans la perspective totale de l'Etat romain, de sa nature et de son principe, de ses lois politiques et civiles, de ses moeurs. Dans la seconde partie, les Romains assurent en revanche une fonction d'illustration de la *théorie constitutionnelle* de Montesquieu.

¹⁵ Catherine VOLPILHAC-AUGER, *Tacite et Montesquieu*, Oxford, Voltaire Foundation, 1985, p. 167.

¹⁶ *Ibid.*, p. 155.

¹⁷ *Ibid.*, p. 154.

DEUXIÈME PARTIE

LA LIBERTÉ POLITIQUE ROMAINE COMME DYNAMIQUE HISTORIQUE

Il ne s'agit plus de se situer à l'articulation complexe de la nature et du principe du gouvernement dans la république romaine, mais de montrer comment la distribution effective des pouvoirs entre les grands et le peuple a favorisé la liberté politique en rendant impossible la monopolisation par un seul parti des trois puissances distinguées par Montesquieu dans son chapitre sur la constitution d'Angleterre. La perspective totalisante des premiers livres est mise de côté au profit de l'étude spécifique d'une « physique » politique ; la liberté politique, définie par Montesquieu comme la sécurité du citoyen face au pouvoir, trouve en effet sa première garantie dans l'équilibre dynamique des forces qui composent le gouvernement.

On observe alors un déplacement du centre de gravité de l'étude historique. Dans les livres VI à VIII, l'articulation majeure était le changement de régime qui se produisait au début de l'Empire, sous Auguste et Tibère ; au livre XI, où Montesquieu accorde à nouveau une large place aux Romains, l'étude se focalise sur la dynamique historique qui a abouti cinq siècles avant l'Empire, dans les premiers temps de la république romaine, à une distribution équilibrée des pouvoirs entre les grands et le peuple. Les Romains constituent, au sein du livre, le pendant du chapitre 6 consacré à la constitution d'Angleterre ; mais alors que celui-ci consiste en une étude synchronique de la distribution des pouvoirs dans la constitution anglaise à l'époque de Montesquieu, l'étude des Romains fait apparaître cette distribution dans une perspective diachronique qui dépeint l'assaut permanent du gouvernement aristocratique des grands par le peuple. Les moyens trouvés par les patriciens pour canaliser cet assaut dans des formes légales ont permis la liberté politique.

1. Les causes historiques de la liberté politique à Rome

Le « vice général » du gouvernement des rois de Rome

Le premier temps de l'étude des Romains au livre XI est consacré au gouvernement des rois de Rome (chapitre 12) ; il succède immédiatement à un chapitre portant sur les « rois des temps héroïques chez les Grecs ». Le gouvernement des rois de Rome tombe en effet, comme celui des rois Grecs, « par son vice général » (XI, 12, § 1). Il convient donc de rechercher, dans cette forme antique de monarchie, les problèmes fondamentaux de distribution des pouvoirs qui seront réglés plus tard, sous la république romaine.

L'élément essentiel de la constitution des petites cités antiques est la présence d'un peuple qui, ayant une certaine conscience de lui-même comme entité, possède par la nature des choses le pouvoir législatif. Le plan de la constitution des monarchies des temps héroïques se révèle défectueux par essence puisque, face au peuple législateur, le roi concentre « la puissance exécutrice avec la puissance de juger » (XI, 11, § 2). Ce type particulier de concentration duale des pouvoirs, dans lequel un seul possède, face au peuple législateur, la puissance exécutrice et la puissance de juger, aboutit nécessairement à des conflits dont le peuple, étant maître des lois, sort toujours vainqueur. Montesquieu précise alors que dans la configuration des villes antiques, « le chef d'œuvre de la législation est de savoir bien placer la puissance de juger » (*ibid.*, § 4). L'étude du partage des pouvoirs dans les monarchies archaïques confirme ainsi la conclusion du chapitre 9 consacré à Aristote : « Les Anciens, qui ne connaissaient pas la distribution des trois pouvoirs dans le gouvernement d'un seul, ne pouvaient se faire une idée juste de la monarchie » (XI, 9, § 3) ; le gouvernement des rois de Rome est affecté du même défaut, ce qui cause sa perte.

La « monarchie » romaine traitée au chapitre 12 est une magistrature électorale qui concentre le pouvoir exécutif et le pouvoir de juger les affaires civiles et criminelles ; le sénat (donc les grands) est associé en permanence à l'exercice du pouvoir ; le peuple possède le pouvoir législatif. La constitution est donc « monarchique, aristocratique et populaire » (XI, 12, § 5). Or Servius Tullius rompt cet équilibre en élevant le peuple contre les grands : sans l'intermédiaire désormais des prérogatives patriciennes, la confrontation entre le roi et le peuple risque de devenir directe si le roi décide de gouverner seul. Tarquin ayant commis cette erreur, son renversement par le peuple législateur est inévitable (*ibid.*, § 9).

Le changement de constitution, ou la liberté politique comme jeu de forces

C'est à cet endroit, en tête du chapitre 13 intitulé « Réflexions générales sur l'Etat de Rome après l'expulsion des rois », que Montesquieu place sa déclaration la plus solennelle sur les Romains : « On ne peut jamais quitter les Romains : c'est ainsi qu'encore aujourd'hui, dans leur capitale, on laisse les nouveaux palais pour aller chercher les ruines ; c'est ainsi que l'œil qui s'est reposé sur l'émail des prairies, aime à voir les rochers et les montagnes ». Ce chapitre est le cœur de la réflexion de Montesquieu sur la liberté politique des Romains : il résume la dynamique historique qui a permis la mise en place de l'équilibre des pouvoirs dans la constitution romaine.

Il convient, si l'on veut saisir l'importance de ce chapitre, de signaler l'originalité de la démarche historique de Montesquieu. Celui-ci fait un emploi insistant du vocabulaire de la *nécessité* : il fait apparaître les rapports profonds entre différentes « causes » - au sens large, c'est-à-dire entre différentes variables historiques – qui ont entraîné à Rome l'avènement d'une liberté politique exceptionnelle dans l'histoire – seule l'Angleterre moderne lui est comparable. La place qu'il accorde aux Romains dans la seconde partie du livre XI de *l'Esprit des*

lois indique suffisamment la *singularité* du régime politique romain ; il ne suffit pas cependant de la constater et de l'offrir en exemple. Pour Montesquieu, souligne Bertrand Binoche, « le véritable travail de l'historien [est] une étude différentielle des singularités comme résultant d'une conjonction de variables. S'il lui faut rechercher le même dans cette diversité, il lui faut le trouver dans l'uniformité, empiriquement imperceptible, des rapports nécessaires qui engendrent ce multiple, et non pas dans des similitudes dont les scintillements de surface ne peuvent éblouir que les esprits grossiers »¹⁸. Or Montesquieu a pu constater que le rapprochement entre liberté anglaise et liberté romaine donnait lieu à de fausses comparaisons, à des conclusions erronées. Les Anglais de son temps aimaient comparer leur histoire avec celle de Rome ; le *Craftsman* en particulier insistait sur les analogies – ce qui engagea d'ailleurs Montesquieu à se replonger dans la lecture des *Discours sur la première décade de Tite-Live* de Machiavel¹⁹. Cependant, la méthode historique de Montesquieu tend précisément à s'écarter des analogies machiavéliennes entre tel et tel évènement, entre tel et tel grand personnage, pour se pencher sur l'étude des rapports constants et nécessaires qui permettent de ramener la diversité foisonnante des situations à une régularité intelligible. La construction du livre XI autour des deux grandes masses que constituent le chapitre sur la constitution anglaise et les chapitres consacrés à Rome laisse supposer que pour Montesquieu, il convient de dégager les comparaisons pertinentes entre la liberté anglaise et la liberté romaine dans les *constitutions* de ces deux nations ; il trouve dans leur étude scrupuleuse la confirmation empirique d'un rapport réel et nécessaire, celui qu'il établit à titre de postulat au chapitre 4 et au début du chapitre 6 du livre XI entre une « technologie du pouvoir »²⁰ et la liberté politique.

La fonction du chapitre 13 est donc de poser les différentes variables historiques dont la combinaison a entraîné à Rome le partage des pouvoirs spécifique qui se trouve détaillé dans les chapitres suivants. La première variable est le passage nécessaire de la monarchie à un « Etat populaire ». Ce passage entraîne la remise en cause du pouvoir des grands : « Une monarchie élective, comme était Rome, suppose nécessairement un corps aristocratique puissant qui la soutienne, sans quoi elle se change d'abord en tyrannie ou en Etat populaire. Mais un Etat populaire n'a pas besoin de cette distinction de familles pour se maintenir. C'est ce qui fit que les patriciens, qui étaient des parties nécessaires de la constitution du temps des rois, en devinrent une partie superflue du temps des consuls ; le peuple put les abaisser sans se détruire lui-même, et changer la constitution sans la corrompre » (XI, 13, § 3). Montesquieu indique ici une tendance lourde qui veut que le pouvoir passe nécessairement entre les mains du

¹⁸ Bertrand BINOCHÉ, *Introduction à « De l'esprit des lois » de Montesquieu*, Paris, PUF, 1998, p. 101.

¹⁹ Cf. Robert SHACKLETON, *Montesquieu : a critical biography*, Oxford : Oxford University Press, pp. 151-152.

²⁰ Catherine LARRÈRE, « Montesquieu » in *Dictionnaire de philosophie politique*, dir. Philippe Raynaud et Stéphane Rials, Paris, PUF, 2003, p. 471.

peuple ; pourtant les patriciens, « partie superflue » de la constitution, sont abaissés et non privés de tout pouvoir.

La seconde variable réside dans le simple fait que l'Etat romain n'est pas corrompu. Aussi l'abaissement du pouvoir des grands ne mène-t-il pas alors nécessairement, comme il le fera à l'époque de la corruption de Rome, à la tyrannie : « Les contestations frappaient sur la constitution sans affaiblir le gouvernement : car, pourvu que les magistrats conservassent leur autorité, il était assez indifférent de quelle famille étaient les magistrats » (*ibid.*, § 2). Les deux variables se combinent donc : d'une part, le passage de la constitution monarchique à la constitution populaire ; d'autre part, la vertu du peuple qui empêche la constitution de tomber dans la tyrannie. Montesquieu en tire une règle générale : « Un Etat peut changer de deux manières : ou parce que la constitution se corrige, ou parce qu'elle se corrompt. S'il a conservé ses principes, et que la constitution change, c'est qu'elle se corrige ; s'il a perdu ses principes, quand la constitution vient à changer, c'est qu'elle se corrompt » (*ibid.*, § 5).

Comment comprendre la forme exacte de la « correction » que subit la constitution romaine ? La combinaison des variables l'indique : le peuple se saisit du pouvoir sans renverser la constitution, situation paradoxale au regard de la nécessité historique que Montesquieu résume ainsi : « la situation des choses demandait donc que Rome fût une démocratie ; et cependant elle ne l'était pas. Il fallut tempérer le pouvoir des principaux, et que les lois inclinassent vers la démocratie » (*ibid.*, § 6). L'emploi du verbe « falloir » suggère l'unique voie possible de combinaison entre la permanence des institutions et la liberté grandissante du peuple. Si les plébéiens ne renversent pas les institutions, c'est qu'ils cherchent à les transformer pour gagner leur liberté. On a donc une *tendance* vers la démocratie, une dynamique historique de répartition de plus en plus équitable des pouvoirs entre le patriciat et la plèbe. L'équilibre des pouvoirs que Montesquieu s'apprête à étudier dans le détail est le résultat de ce processus ; il peut alors en tirer une règle générale au regard de la « technologie politique » du partage des pouvoirs : « Souvent les Etats fleurissent plus dans le passage insensible d'une constitution à une autre, qu'ils ne le faisaient dans l'une ou l'autre de ces constitutions. C'est pour lors que tous les ressorts du gouvernement sont tendus ; que tous les citoyens ont des prétentions ; qu'on s'attaque ou qu'on se caresse et qu'il y a une noble émulation entre ceux qui défendent la constitution qui décline, et ceux qui mettent en avant celle qui prévaut » (*ibid.*, § 7).

L'expression de « gouvernement mêlé », employée par Montesquieu dans les *Pensées*, ne se borne donc pas à désigner une plate combinaison des différents types initiaux de gouvernements ; elle suggère plutôt la dynamique de concurrence entre différents groupes sociaux dans un même gouvernement – alors que chacun d'eux détient, dans un type « pur », une souveraineté incontestée (le peuple en démocratie, la noblesse en aristocratie, le roi en monarchie). Cette concurrence aboutit à un « mécanisme autorégulateur qui compense ses

déséquilibres »²¹. L'étude des Romains permet alors de souligner la profondeur historique que suppose un tel « mécanisme ».

L'épisode décemviral : l'impossibilité d'un pouvoir surplombant

Cette conception de l'équilibre des pouvoirs comme fruit d'une histoire et d'une situation sociale explique pourquoi Montesquieu accorde un chapitre entier (le chapitre 15) à l'épisode des décemvirs. Les textes de Tite-Live et de Denys d'Halicarnasse distinguaient deux collèges de décemvirs : le premier, qui aurait rédigé les dix premières tables de la loi des Douze Tables, apparaît comme le « bon » collègue ; le second, à qui le peuple romain aurait fait l'erreur de redonner le pouvoir pour la rédaction des deux dernières tables, aurait versé dans la tyrannie. Le sens de l'épisode, pour les auteurs anciens, est qu'il y a une tension nécessaire entre, d'une part, l'institution d'un pouvoir suffisamment puissant pour donner des lois communes à des partis en conflit, tels que l'étaient alors le patriciat et la plèbe, et, d'autre part, le risque de tyrannie ; les deux collèges symbolisent les deux faces du problème. Si les décemvirs peuvent donner des lois aux patriciens *et* aux plébéiens, c'est qu'ils sont situés au-dessus des deux partis et de leurs querelles. Tite-Live avait déjà souligné le danger que représentait un tel pouvoir délivré du partage des pouvoirs entre les grands et le peuple²².

Pour Montesquieu, le problème de l'ambiguïté d'un pouvoir « au-dessus de la mêlée » ne se pose pas parce qu'il se résout obligatoirement par la tyrannie de celui-ci, aussi ne mentionne-t-il même pas la distinction traditionnelle entre les deux collèges ; les décemvirs furent des tyrans parce qu'ils ne pouvaient rien être d'autre, et l'idée selon laquelle ils avaient besoin d'un pouvoir exorbitant pour mener leur tâche était à courte vue : « Dix hommes dans la république eurent seuls toute la puissance législative, toute la puissance exécutive, toute la puissance des jugements. Rome se vit soumise à une tyrannie aussi cruelle que celle de Tarquin. Quand Tarquin exerçait ses vexations, Rome était indignée du pouvoir qu'il avait usurpé ; quand les décemvirs exercèrent les leurs, elle fut étonnée du pouvoir qu'elle avait donné » (XI, 15, § 1).

L'étude de l'épisode décemviral semble donc confirmer la lecture du chapitre sur la constitution d'Angleterre selon laquelle Montesquieu ancre la règle de non-confusion et d'équilibre des pouvoirs dans l'hétérogénéité sociale. C'est parce que les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire sont répartis entre des groupes sociaux en concurrence que la division obtenue est efficace. Montesquieu trouve dans l'hétérogénéité sociale la meilleure assise possible de l'autolimitation du pouvoir politique ; peut-être même la seule. La distribution des pouvoirs entre groupes sociaux n'est-elle pas la seule manière de garantir l'acceptation des lois par tous les citoyens ? La définition de la liberté politique comme « droit de faire tout ce que les lois permettent » (XI, 3) ne suppose-t-elle pas, sous peine d'être absurde,

²¹ *Ibid.*

²² Cf. le discours du sénateur Horatius aux décemvirs, *Histoire romaine*, III, 39, tr. fr. Annette Flobert, Paris : Garnier Flammarion, 1995, p. 323.

que ces lois ne puissent être l'instrument de domination d'un groupe social sur un autre, ou du moins ne soient pas ressenties comme hétéronomes par toute une partie de la société²³ ?

Il convient donc de souligner la part de l'immanence historique dans le phénomène d'équilibre des pouvoirs. Les divisions sociales sont toujours le produit d'une histoire singulière. Si on choisit d'en détacher purement et simplement le pouvoir politique, comme le fit le peuple romain en confiant tous les pouvoirs aux décevirs, la tyrannie est inévitable ; si l'on choisit de diviser le pouvoir sans en tenir compte, le résultat en termes de limitation du pouvoir risque d'être faible ou nul, comme le suggère Montesquieu lorsqu'il évoque la division simplement institutionnelle des pouvoirs entre les divers tribunaux de Venise (XI, 6, § 12). En inscrivant dans l'histoire l'étude de la division des pouvoirs à Rome, en soulignant par là même l'immanence de toute situation constitutionnelle, Montesquieu dessine en creux la marge de manœuvre étroite qui s'offre à celui qui voudrait parfaire une mécanique constitutionnelle dans le sens de l'équilibre des puissances. Une réforme efficace doit tenir compte d'un état de la société, de son hétérogénéité singulière et de la dynamique historique qui explique celle-ci.

2. Distribution et équilibre des pouvoirs dans la république romaine

Le peuple et les grands dans la législation

En démocratie, le peuple « ne peut être monarque que par ses suffrages qui sont ses volontés » (II, 2, § 3) ; c'est donc en augmentant son poids dans les suffrages que le peuple parvient à gagner le pouvoir législatif. A Rome, il existe trois formations distinctes du peuple, qui se prononcent sur des sujets différents : par centuries, par curies et par tribus. La première est une division de cens, ce qui fait que les patriciens sont maîtres des suffrages. Dans la seconde, les patriciens ont encore une influence déterminante. En revanche, ils ne sont pas admis dans la division par tribus. Or, précise Montesquieu, « le peuple chercha toujours à faire par curies les assemblées qu'on avait coutume de faire par centuries, et à faire par tribus les assemblées qui se faisaient par curies ; ce qui fit passer les affaires des mains des patriciens dans celles des plébéiens » (*ibid.*, § 9). Le basculement des affaires d'une formation à une autre permet, sans que la constitution soit renversée, le passage de la puissance législative au peuple.

La portée précise et le sens des limites apportées à la puissance législative du peuple ne peuvent s'apprécier qu'en regard de certaines règles fondamentales dont Montesquieu affirme, au chapitre 6 du livre XI, qu'elles doivent être respectées par une constitution libre. La première est le respect, dans la distribution du pouvoir législatif, de l'inévitable hétérogénéité sociale. Une distribution égale de

²³ Cf. Charles EISENMANN, « L'*Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », *Cahiers de philosophie politique de l'université de Reims*, Bruxelles : Ousia, 1985, pp. 30-31 (étude initialement parue dans les *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933).

ce pouvoir entre des groupes sociaux inégaux par leur taille et leur richesse, tels l'aristocratie et le peuple, aurait pour conséquence nécessaire l'oppression du groupe privilégié minoritaire par le groupe inférieur majoritaire (XI, 6, § 30). La solution qu'observe Montesquieu dans la constitution anglaise est le partage d'une partie de la puissance législative – le gouvernement y participant également – entre deux corps qui jouissent, selon l'expression de Charles Eisenmann, d'une « indépendance juridique réciproque » : les deux corps pouvant s'arrêter l'un l'autre, ils n'ont aucun moyen juridique de s'imposer mutuellement leur volonté (indépendance fonctionnelle) ou de se révoquer (indépendance personnelle) ; ils sont donc contraints d'accorder leurs vues²⁴. Or à Rome, petite république dont le gouvernement tendait vers la démocratie, la constitution d'un organe uniquement composé de grands et détenteur d'une partie de la puissance législative était inenvisageable : l'alternative antique était entre l'aristocratie *stricto sensu*, où les trois fonctions de l'Etat étaient monopolisées par un corps de nobles rigidement séparé du peuple, et la démocratie, où la souveraineté, c'est-à-dire essentiellement le pouvoir législatif, était détenue par le peuple en corps. Si les grands occupent bien une place singulière dans la constitution romaine, ce n'est pas en tant que groupe autonome régnant sur le bas peuple. Les moyens dont ils disposent pour « arrêter les entreprises » hostiles du peuple sont donc autres : il s'agit de deux « institutions admirables » (XI, 16, § 2). Par la première, la puissance législative du peuple est « réglée » (*ibid.*) : il s'agit de la censure.

L'une des fonctions de la magistrature des censeurs est de « former et créer » tous les cinq ans le corps du peuple ; en d'autres termes, ils répartissent l'ensemble des citoyens entre les trois divisions légales, par centuries, par curies et par tribus. Ils créent donc littéralement les différentes formations dans lesquelles le peuple donne ses suffrages, c'est-à-dire exprime sa volonté souveraine. Les grands trouvent à travers cette magistrature le moyen d'« [exercer] la législation sur le corps même qui avait la puissance législative » (*ibid.*, § 3). Il ne s'agit donc pas ici d'une forme d'indépendance juridique du corps des nobles par rapport au corps du peuple, puisqu'ils ne constituent pas deux parties autonomes de la puissance législative ; les patriciens trouvent cependant dans la censure une manière de corriger des déséquilibres qui pourraient s'introduire à l'intérieur des formations légales du peuple souverain, et rompre l'équilibre des pouvoirs à l'avantage du bas peuple.

Le second moyen dont disposent les grands pour arrêter les entreprises du peuple est la création d'un dictateur, par laquelle la puissance législative se trouve « bornée » (*ibid.*, § 2) ; c'est l'unique fonction qu'attribue Montesquieu à cette magistrature d'exception : il ne la justifie jamais par un état d'urgence lié à une menace extérieure. Au livre II, la dictature est présentée comme une magistrature dotée d'un « pouvoir exorbitant » qu'on trouve sous diverses formes dans les gouvernements aristocratiques. Les dictateurs romains sont ainsi rapprochés des inquisiteurs d'Etat vénitiens : « Ce sont des magistratures terribles, qui ramènent

²⁴ Cf. Charles EISENMANN, *op. cit.*, pp. 22 s.

violamment l'Etat à la liberté » (II, 3, § 7). La magistrature dictatoriale, au-delà de son caractère exceptionnel, est cependant partie intégrante de la constitution : elle apparaît comme un mécanisme autocorrecteur de nature aristocratique permettant de résoudre ce problème structurel de la démocratie qu'est la tendance du peuple à vouloir s'affranchir de la hiérarchie politique et légale.

Montesquieu étudie dans le détail les mécanismes constitutionnels de défense des grands contre le peuple ; il ne laisse toutefois pas de côté celui qui permet au peuple de se défendre contre les patriciens, la magistrature tribunicienne, qu'il met au nombre des corrections démocratiques apportées au pouvoir exorbitant qu'était celui de l'aristocratie juste après la chute des rois : « Les lois sacrées établirent des tribuns qui pouvaient, à tous les instants, arrêter les entreprises des patriciens et n'empêchaient pas seulement les injures particulières, mais encore les générales » (XI, 14, § 4). Entendons ici que les patriciens, qui dans les premiers temps monopolisaient les magistratures et détenaient donc le pouvoir exécutif et la puissance de juger, pouvaient soit exécuter tyranniquement des lois tyranniques qu'ils auraient établies dans la formation législative dont ils étaient maîtres²⁵ (ce qui constituait une « injure générale »), soit prendre des résolutions particulières abusives contre tel ou tel plébéien (il s'agissait alors d' « injures particulières »)²⁶.

La constitution romaine se trouve donc pourvue des mécanismes indispensables à la constitution d'un Etat libre, qui font obstacle aux entreprises hostiles réciproques du peuple et des grands. Montesquieu se démarque sur ce point de Machiavel, qui distingue *deux* moyens pour une république de « retourner à son principe » : des moyens internes aux institutions, ou des accidents - des moyens étrangers. Au nombre des moyens de renouvellement endogènes, Machiavel comptait bien des institutions comme les tribuns ou les censeurs. Il regardait cependant comme indispensables des moyens contingents tels les « grands coups d'autorité » qui mirent à mort les fils de Brutus ou Manlius Capitolinus. Ces événements « aussi terribles qu'éloignés des règles ordinaires », ramenaient la république à son premier principe²⁷. Montesquieu, en revanche, veut éliminer cette part irréductible d'arbitraire que réservait Machiavel, à côté des moyens légaux, pour maintenir la liberté de la constitution. En regard du système anglais, le système constitutionnel romain fait appel à des magistratures indubitablement violentes, comme la dictature ou le tribunat, qui s'opposent avec éclat aux offenses mutuelles des patriciens et des plébéiens ; il n'en reste pas moins que la constitution est close sur elle-même, qu'elle forme bien le « mécanisme autorégulateur qui compense ses déséquilibres » évoqué par Catherine Larrère. Du moins sur le strict plan de la distribution du pouvoir législatif. La position du pouvoir exécutif est plus ambiguë.

²⁵ Les comices centuriates.

²⁶ Sur la distinction de ces deux formes d'abus, cf. Charles EISENMANN, *op. cit.*, p. 32, n. 38.

²⁷ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, III, 1, tr. fr. Toussaint Guiraudet, Paris : Flammarion, 1985, pp. 245-249.

L'autonomie fragile du pouvoir exécutif

Charles Eisenmann a explicité la doctrine constitutionnelle de Montesquieu en formulant la règle de l'indépendance juridique réciproque. Celle-ci régit prioritairement, dans la perspective d'Eisenmann, le rapport du Parlement et du Gouvernement : celui-ci doit participer à la législation par sa « faculté d'arrêter » - autrement dit son droit de veto -, autrement, étant l'exécutant des lois, subordonné de par la nature même de sa fonction, il pourrait être contraint à la soumission par le Parlement.

La position de la puissance exécutive dans la constitution romaine est très différente. Elle ne forme pas un « corps » distinct des grands et du peuple, comme le fait le monarque dans les monarchies modernes – le gouvernement des rois Grecs des temps héroïques et celui des rois de Rome sont tombés parce qu'une telle configuration est trop instable dans les petites cités antiques. La puissance exécutive romaine est toute entière entre les mains des patriciens, élite politique qui – Montesquieu le répète inlassablement – est seule capable d'offrir des magistrats compétents à la république. L'exécution, c'est-à-dire principalement, dans le contexte romain, le gouvernement des affaires guerrières, revient ainsi au Sénat et aux consuls. Dès lors, deux tendances menacent l'autonomie de l'exécutif. D'une part, les patriciens, qui ont une part de la puissance législative, pourraient chercher à faire des lois en leur faveur, et à opprimer le peuple sous couvert de légalité ; mais l'essentiel de la puissance législative est passé entre les mains des plébéiens, qui sont en outre protégés des « injures » des grands par la magistrature tribunicienne. Le danger principal, sur lequel Montesquieu concentre son étude au chapitre 17 du livre XI, vient plutôt du peuple : si celui-ci parvenait à gagner le pouvoir exécutif, il concentrerait les deux puissances entre ses mains.

Montesquieu réintroduit alors à mots couverts la nécessité de la vertu dans la république romaine. Les plébéiens ne se sont pas saisis du pouvoir exécutif parce que les guerres permanentes menées par Rome exigeaient qu'elle eût un exécutif avisé et stable : « Le peuple disputait au sénat toutes les branches de la puissance législative, parce qu'il était jaloux de sa liberté ; il ne lui disputait point les branches de la puissance exécutive, parce qu'il était jaloux de sa gloire » (XI, 17, § 3). En dernière instance ce sont bien la tempérance et la vertu guerrière du peuple romain qui maintiennent l'autonomie de l'organe exécutif. Faut-il considérer ce dernier point comme un défaut du système constitutionnel romain ? Ce serait supposer que celui-ci pourrait être *complètement* autorégulateur ; or Montesquieu ne dit nulle part que Rome puisse se passer de vertu. Dans l'Angleterre de son époque, les organes du pouvoir constituent un champ partiellement distinct de la société ; il est plus aisé de les agencer en un système clos de freins et de contrepoids, et de détendre par ailleurs les contraintes morales d'autolimitation qui pèsent sur les individus. A Rome, le peuple est *en son entier* un organe du pouvoir ; sa puissance naturelle suppose nécessairement qu'il se bride lui-même, qu'il soit vertueux, puisqu'il n'est pas réprimé par un pouvoir extérieur. Montesquieu décrit le système constitutionnel romain jusqu'au point où

aucun mécanisme institutionnel ne peut remplacer durablement l'autolimitation du peuple : la physique du pouvoir élaborée au livre XI ne peut assurer à elle seule la nécessaire indépendance de l'exécutif. Aussi convient-il de ne pas lire de manière trop restrictive l'affirmation du chapitre 6 : « Ce qui fut cause que le gouvernement changea à Rome, c'est que le Sénat, qui avait une partie de la puissance exécutive, et les magistrats, qui avaient l'autre, n'avaient pas, comme le peuple, la faculté d'empêcher » (XI, 6, § 54). Cette faculté d'empêcher n'était détenue que par les tribuns du peuple, ce qui créait un déséquilibre de fait entre le peuple législateur et le pouvoir exécutif ; il eût certes été bon pour la république que le Sénat détînt une telle faculté, mais le tableau que brosse Montesquieu de l'économie des institutions romaines laisse à penser qu'un tel mécanisme n'aurait pu avoir la même efficacité que dans la constitution anglaise. La corruption du peuple en démocratie, comme il a été spécifié au livre VIII, signifie nécessairement la perte d'autorité des magistrats ; on peut supposer que la détention par le sénat de la faculté d'empêcher n'aurait fait au mieux que retarder l'inéluctable.

La fin du chapitre 17 indique ainsi la voie néfaste suivie par le peuple romain, lorsqu'il décide d'étendre son champ de décision aux prérogatives de l'exécutif : enivré par ses succès militaires, il arrache au sénat le droit exclusif de déclarer la guerre (XI, 17, § 6). Le peuple romain s'engage dans la voie ordinaire de corruption des républiques : il s'estime capable de prendre des décisions dans des domaines qui requièrent un sens de l'opportunité qu'il ne peut avoir, et prive les magistrats de leur pouvoir.

La distribution de la puissance de juger, « chef d'œuvre de la législation »

Evoquant les monarchies grecques, Montesquieu souligne que « chez un peuple libre, et qui avait le pouvoir législatif ; chez un peuple renfermé dans une ville, où tout ce qu'il y a d'odieux devient plus odieux encore, le chef-d'œuvre de la législation est de savoir bien placer la puissance de juger » (XI, 11, § 4). La question se pose dans les mêmes termes pour la république romaine. Juste après la chute des rois, la puissance de juger passe aux consuls, c'est-à-dire aux patriciens. Or l'évolution historique vers la démocratie implique que le peuple attire cette puissance à lui ; comme il détient l'essentiel de la puissance législative, il convient de tempérer ce mouvement afin qu'il ne rassemble pas les deux pouvoirs entre ses mains.

Le problème se pose essentiellement en matière *pénale*, puisque nulle part la sécurité du citoyen n'est plus menacée. Montesquieu a noté au livre III que dans les républiques, tous les crimes ont tendance à être considérés comme une offense envers l'Etat plus qu'envers les particuliers (III, 5, § 5) ; l'évolution de la constitution romaine vers la démocratie aurait dès lors comme conséquence naturelle que le peuple en corps juge les crimes. Mais la question de savoir qui peut être jugé par qui est décisive ; il s'agit ici encore d'empêcher les vengeances mutuelles des patriciens et des plébéiens. Après la chute des rois, les consuls

possèdent seuls le pouvoir de juger les crimes. L'institution de l'appel au peuple par la loi Valérienne est une évolution fondamentale dans la distribution de la puissance de juger : elle dépouille les consuls du pouvoir arbitraire de mettre à mort un citoyen romain. Mais de même que le pouvoir de décider de la peine capitale pouvait servir la violence des consuls, il peut servir la haine du peuple contre les grands. Une solution *logique* de ce problème est l'institution de juridictions séparées pour chaque parti ; dans la constitution anglaise moderne, les nobles ne peuvent ainsi être jugés que par leurs pairs (XI, 6, § 48). Mais cette solution serait contraire à l'esprit de la démocratie ; elle est aussi peu envisageable dans la république romaine que la scission du peuple législateur en deux corps concurrents. Le problème se pose lors de l'accusation de Coriolan pour sa trahison : « Coriolan, accusé par les tribuns devant le peuple, soutenait, contre l'esprit de la loi Valérienne, qu'étant patricien, il ne pouvait être jugé que par les consuls : les plébéiens, contre l'esprit de la même loi, prétendirent qu'il ne devait être jugé que par eux seuls, et ils le jugèrent » (XI, 18, § 8).

Ici encore, c'est le caractère multiforme du corps législateur qui offre une solution. La loi des Douze Tables ordonne que la peine capitale ne puisse être décidée que par les comices centuriates, où les patriciens sont majoritaires ; si la peine n'est que pécuniaire, le crime est jugé par les comices tributes, donc par le peuple. Selon Montesquieu, « cette disposition de la loi des Douze Tables fut très sage. Elle forma une conciliation admirable entre le corps des plébéiens et le sénat. Car, comme la compétence des uns et des autres dépendit de la grandeur de la peine et de la nature du crime, il fallut qu'ils se concertassent ensemble » (*ibid.*, § 10). Le *conflit de compétences* est présenté ici comme un moyen de conciliation ; notons que son rôle est le même que, sur le plan législatif, celui de l'indépendance juridique réciproque des organes du pouvoir dans la constitution anglaise. Dans le premier cas, les deux corps en concurrence (les plébéiens et les patriciens) doivent déterminer ensemble la nature de la matière dont l'un ou l'autre – en fonction de leur conclusion – aura à décider. Dans le second cas, les organes du pouvoir (les deux chambres du Parlement et le monarque) sont contraints à la conciliation par le fait qu'ils ne peuvent s'imposer mutuellement leurs vues. L'objectif politique est au bout du compte similaire : il faut d'éviter que l'un des corps, ou des organes, puisse considérer qu'une décision politique lui a été entièrement imposée par un autre corps ou organe.

Le second élément modérateur dans la distribution de la puissance de juger est « l'origine sociale » des juges. Jusqu'au temps des Gracques, les juges sont systématiquement pris dans l'ordre des sénateurs. C'est un paradoxe : Montesquieu n'a-t-il pas parlé au chapitre 6 du « privilège qu'a le moindre des citoyens, dans un Etat libre, d'être jugé par ses pairs », privilège qui justifiait à ses yeux le jugement des nobles par la chambre haute ? Toute sa doctrine constitutionnelle ne tend-elle pas à mettre à l'abri les citoyens de chaque groupe social des « injures particulières » (XI, 14) que pourrait lui infliger un autre groupe par le biais de la puissance judiciaire ? Or le choix exclusif des juges parmi les sénateurs ne présente-t-il pas un danger pour les plébéiens ?

Montesquieu concède sur ce point que « les trois pouvoirs peuvent être bien distribués par rapport à la liberté de la constitution, quoiqu'ils ne le soient pas si bien dans le rapport avec la liberté des citoyens » (XI, 18, § 17). La puissance naturelle du peuple dans la constitution démocratique appelle des contrepoids aristocratiques ; le privilège corporatiste des sénateurs dans la puissance de juger est l'un d'eux. Ainsi, « quand les Gracques privèrent les sénateurs de la puissance de juger, le sénat ne put plus résister au peuple. Ils choquèrent donc la liberté de la constitution, pour favoriser la liberté du citoyen ; mais celle-ci se perdit avec celle-là » (*ibid.*).

La distribution de la puissance de juger pose, dans une république, un grave problème du fait qu'elle appartient en principe au peuple en corps. Dans les monarchies européennes modernes, en revanche, le monarque s'est défait de la puissance de juger. L'ordre social qui a permis une telle configuration des pouvoirs est cependant inconnu à l'époque des Romains ; il est issu des invasions germaniques.

TROISIÈME PARTIE

LA RÉPUBLIQUE ROMAINE ET LES MONARCHIES EUROPÉENNES : LE LIBÉRALISME EN CREUX

Au chapitre 3 du livre I, Montesquieu établit une distinction fondamentale entre « l'état politique » et « l'état civil ». Or la république antique, dont Rome représente la figure la plus éminente, et les monarchies européennes modernes présentent deux formes possibles de relations entre le politique – comme pratique du pouvoir établie par des lois fondamentales – et le civil – comme champ des interactions privées réglées par les lois. Les principaux aspects de la distinction entre ce que Hegel appellera la « société politique » et la « société civile » sont présents dans la théorie politique de Montesquieu ; or l'histoire des lois romaines offre précisément le tableau d'un gouvernement où des limites structurelles empêchaient cette distinction de se déployer pleinement.

Il convient, sous peine d'anachronisme, de préciser l'exacte portée de la différence entre société politique et société civile dans l'*Esprit des lois*. La distinction radicale entre les Anciens et les Modernes, l'idée téléologique d'un progrès de l'humanité vers la liberté grâce à l'épanouissement du commerce et du libéralisme politique, enfin les thèmes principaux de la fameuse conférence de Benjamin Constant « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », ne se trouvent pas chez Montesquieu. Constant avait lui-même parfaitement compris le bouleversement qu'il faisait subir à la pensée de Montesquieu en inscrivant ses distinctions entre guerre et commerce, république et monarchie, vertu citoyenne et égoïsme marchand sur un axe historique unique : « [Montesquieu] a été frappé des différences que j'ai rapportées, mais il n'en a pas démêlé la cause véritable. (...) Il attribue cette différence à la république et à la monarchie ; il faut l'attribuer à l'esprit opposé des temps anciens et des temps

modernes »²⁸. Constant estime que la dimension historique de cette opposition n'est pas le facteur décisif dans l'esprit de Montesquieu ; la différence fondamentale serait celle du régime politique.

C'est donc sur la toile de fond de la *république romaine* que Montesquieu dessine en creux la pleine distinction entre la société politique et société civile qui ne se réalise que dans les *gouvernements monarchiques européens* issus des invasions barbares. Ce que nous appellerions « libéralisme » désigne simplement, dans l'*Esprit des lois*, un ensemble de phénomènes qui caractérisent la monarchie – sous sa forme continentale, mais surtout en Angleterre. Plutôt que d'établir une antinomie radicale entre « l'illibéralisme » romain et le libéralisme moderne, il convient plutôt de voir dans la république romaine et dans les monarchies européennes deux degrés de distinction possibles entre société politique et société civile : faible dans le premier cas, fort dans le second.

1. La distinction entre la sphère des gouvernants et la sphère des gouvernés

Les invasions barbares et les gouvernements monarchiques

Le chapitre 8 du livre XI, intitulé « Pourquoi les anciens n'avaient pas une idée bien claire de la monarchie », constitue la charnière du livre entier. En amont figurent : au chapitre 6, l'étude de la constitution anglaise, c'est-à-dire d'une constitution monarchique qui a « pour objet direct » la liberté politique (XI, 5, § 2) ; au chapitre 7, une rapide évocation des « monarchies que nous connaissons », dont Montesquieu a traité plus au long dans la première partie de son ouvrage. En aval, Montesquieu traite de l'embarras des Anciens lorsqu'ils tentent de penser le gouvernement d'un seul (chapitres 9 et 10) ; des gouvernements des rois dans la Grèce homérique et dans les premiers temps de Rome, et du « vice général » qui les affectait (chapitres 11 et 12) ; enfin de la distribution des pouvoirs dans la Rome républicaine et de la dynamique qui l'a portée (chapitres 13 à 19).

Or, les premières lignes du chapitre 8 offrent un condensé des différents temps de la réflexion constitutionnelle du livre XI : « Les anciens ne connaissaient point le gouvernement fondé sur un corps de noblesse, et encore moins le gouvernement fondé sur un corps législatif formé par les représentants d'une nation » ; autrement dit, respectivement, ni la monarchie continentale ni la monarchie anglaise, évoquées aux deux chapitres précédents. Dans le monde antique, poursuit Montesquieu, il n'y avait avant la conquête romaine qu'une myriade de petits peuples ou de petites républiques, et presque aucun roi ; d'une manière générale, on ne trouvait aucun gouvernement qui se rapproche des monarchies modernes.

La suite du chapitre 8 évoque le « premier plan des monarchies que nous connaissons », c'est-à-dire le « gouvernement gothique », issu des conquêtes de

²⁸ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *De la liberté chez les Modernes*, éd. M. Gauchet, Paris, Hachette, 1980, p. 504-505.

l'empire romain par les germains : « Les conquérants se répandirent dans le pays, ils habitaient les campagnes, et peu les villes. Quand ils étaient en Germanie, toute la nation pouvait s'assembler. Lorsqu'ils furent dispersés dans la conquête, ils ne le purent plus. Il fallait pourtant que la nation délibérât sur ses affaires, comme elle avait fait avant la conquête : elle le fit par des représentants. Voilà l'origine du gouvernement gothique parmi nous » (XI, 8, § 2). Par la suite celui-ci s'est amélioré grâce à l'affranchissement du bas peuple, jusqu'à former, selon Montesquieu, un gouvernement exceptionnel par sa modération et son équilibre.

Notons que Montesquieu insiste ici sur l'apparition de la *représentation* comme mode de participation au pouvoir politique, et désigne par là même le gouvernement gothique comme l'ancêtre de la monarchie anglaise. Déjà à la fin du chapitre 6 il avait souligné une ascendance germanique de la constitution d'Angleterre (XI, 6, § 67) ; mais il faisait alors référence à la forme de partage des pouvoirs entre les princes et la nation chez les Germains, et non à la représentation. Autrement dit, les invasions germaniques sont la source commune des deux grands modèles de la monarchie au XVIII^{ème} siècle, l'anglaise et la continentale : les Anglais se sont inspirés de la participation de la nation au gouvernement par le biais de ses représentants ; quand à la monarchie française, elle est issue des transformations de la féodalité qui ont vu se constituer un corps de noblesse héréditaire aux prérogatives étendues – dans le domaine judiciaire, et dans le domaine législatif par le « dépôt des lois » confié aux parlements.

D'une manière générale, les invasions barbares ont entraîné la formation d'une société fortement divisée entre les conquérants germains et les populations locales sur de vastes territoires, sans que l'ordre conquérant – la « nation » – ne perde pour autant sa cohérence. Les données fondamentales de l'organisation politique antique se trouvent alors bouleversées : les petites républiques avaient été englouties de longue date par les Romains, mais ceux-ci n'avaient bâti qu'un vaste empire despotique. Les invasions barbares permettent au contraire la constitution d'une chose inenvisageable dans les conditions de la politique antique : une forme de gouvernement libre à l'échelle d'un grand territoire.

Les peuples germaniques se sont dotés d'un *roi* pour gouverner la « nation » après que celle-ci s'est durablement établie dans les territoires conquis – alors qu'ils n'avaient besoin d'un chef commun qu'épisodiquement dans leur condition pastorale primitive²⁹. Les corps essentiels de la constitution monarchique se sont de la sorte peu à peu formés : le roi, les nobles et le peuple ; autrement dit le gouvernement s'appuie, à partir de l'établissement des peuples barbares, sur une forme cohérente de division sociale, et ce sur un grand territoire – c'est une propriété distinctive d'un Etat monarchique, dit Montesquieu, qu'il soit « d'une grandeur médiocre » (VIII, 17, § 1), c'est-à-dire ni petit comme une république, ni immense comme un empire despotique.

Les termes de la pensée politique antique ne sont pas à même de rendre compte de la nature des nouveaux Etats qui se forment. L'alternative majeure pour les

²⁹ Cf. XVIII, 30, § 1.

Grecs et les Romains était entre les deux régimes que Montesquieu rassemble sous la catégorie de « république » : l'aristocratie et la démocratie, les deux facteurs sociaux fondamentaux étant les grands et le peuple. Les nouvelles conditions nées des invasions entraînent le dégagement d'un troisième terme : le monarque. Mais celui-ci doit être indissociable de l'existence de la noblesse dans un gouvernement monarchique (II, 4, § 2) – insistons sur le fait que la noblesse ne peut pas plus se passer de roi que l'inverse, sans quoi l'on sombre dans les divisions et le chaos, ce qui arriva lors de la victoire, décrite au livre XXXI, du « gouvernement féodal » sur le « gouvernement politique » à la fin de l'époque carolingienne. En ce sens, on peut avancer que le gouvernement gothique n'est pas une forme de gouvernement, c'est-à-dire une totalité où s'articulent une nature et un principe : le gouvernement monarchique au sens strict suppose que la noblesse soumette sa passion de la distinction individuelle et de l'inégalité, son sens de l'*honneur*, à l'horizon unique du service du roi. Le gouvernement gothique est un simple (même si merveilleux) point d'équilibre entre les nouveaux corps qui, après l'établissement des nations barbares, entrent en jeu dans le gouvernement de l'Etat ; dans le gouvernement monarchique, c'est une dynamique cohérente, semblable à une vaste mécanique qui sans cesse revient à son point de départ, qui fait aller de concours le roi, la noblesse et le peuple.

C'est ce mouvement solidaire de corps *fortement différenciés* qui constitue la spécificité de la monarchie. Sur le continent, le pouvoir royal trouve dans les puissances intermédiaires fermement établies les freins naturels qui le contraignent à la lenteur et à la réflexion ; Louis Althusser remarque ainsi que « la nature du gouvernement monarchique suppose [...] un espace et une durée réels. L'espace : que le roi ne le remplit pas seul, qu'il y rencontre une structure sociale étendue parce que différenciée, composée d'ordres et d'Etats qui ont chacun leur *lieu*. L'espace qui est la mesure de l'étendue du pouvoir royal est ainsi la limite de sa puissance. [...] Et le *temps* du pouvoir royal n'est que cet espace *éprouvé*. »³⁰ L'étendue de l'Etat et la différenciation de la société sont dans la monarchie deux aspects concomitants. Les républiques, même aristocratiques, ne tolèrent de par leur nature qu'un faible niveau d'hétérogénéité sociale. Dans une monarchie, la *différence* peut au contraire se déployer librement puisque, loin de porter atteinte à l'*union* du tout, elle en est le principe même. En se laissant aller à son amour de la distinction personnelle, l'individu du gouvernement monarchique ne fait que fortifier l'Etat (III, 7, § 3).

En ce sens, l'Angleterre est une monarchie, non parce que le principe de son gouvernement est l'honneur, non parce que les pouvoirs intermédiaires y sont solidement établis, mais parce que la différenciation des organes du pouvoir y joue, aussi bien qu'en France, un rôle moteur. Différence, d'une part, entre la pairie héréditaire qui siège à la chambre haute du Parlement et le peuple représenté dans la chambre basse, puisque la première, acharnée à défendre ce qui lui reste de privilèges politiques contre les assauts du second, forme un

³⁰ Louis ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris : PUF, 1959, p. 75.

contrepoids de chaque instant et donc une pièce centrale de la constitution. Celle, d'autre part, entre le Parlement et le monarque, dont l'affrontement ouvert est le point de fixation de toutes les passions des citoyens, qui peuvent ainsi avoir libre cours (XIX, 27, § 4 et 6). La différence essentielle des organes du pouvoir a survécu en Angleterre à l'érosion des puissances intermédiaires : le rempart de la liberté anglaise ne se trouve plus dans les corps issus de la féodalité qui freinaient le pouvoir du monarque, mais dans *l'indépendance juridique réciproque des organes* dans la constitution. Il convient d'insister ici sur l'importance capitale de la représentation politique comme mode d'association du peuple au pouvoir : non certes parce qu'elle permet d'établir un pouvoir réellement « légitime », ce dont Montesquieu ne se soucie pas, mais parce que grâce à elle se constitue un organe de pouvoir différencié qu'il est possible d'inclure dans une construction constitutionnelle de freins et de contrepoids, comme un élément parmi d'autres ; chose impossible à réaliser quand le peuple en corps détient le pouvoir législatif. La constitution anglaise se révèle donc supérieure à la française dans la mesure où les organes du pouvoir y sont plus fortement différenciés des corps sociaux dont ils émanent ; l'équilibre physique des pouvoirs peut plus facilement, en Angleterre, être appréhendé comme un *système*.

Les monarchies européennes modernes apparaissent ainsi comme les régimes où la différence a été pleinement mise au service de la politique. Parallèlement, les contraintes d'autolimitation et de frugalité qui pesaient sur les individus dans les républiques se sont relâchées : la vertu n'est plus nécessaire au gouvernement. La traduction constitutionnelle de ce nouvel état de la politique est que la *pratique* du pouvoir n'a plus à être l'affaire de tous : elle peut se cantonner à des organes différenciés, qui restent cependant chacun l'expression d'un facteur social distinct, tandis que dans le reste de la société – et à l'abri des lois – se développe une multitude d'interactions privées.

La constitution romaine, ou l'inclusion politique de la société

Revenons-en aux Romains. Le modèle de distribution et d'équilibre des pouvoirs décrit aux chapitres 13 à 19 du livre XI accorde bien une place fondamentale aux divisions entre patriciens et plébéiens ; Montesquieu désigne même au chapitre 13 le *conflit* comme une dimension irréductible de la liberté dans une république, idée déjà exprimée dans les *Considérations sur les Romains*³¹.

Montesquieu s'inscrit de la sorte doublement dans l'héritage de la pensée républicaine antique reformulée par Machiavel. Il voit bien que les démocraties sont en fait, et nécessairement, des gouvernements mixtes où subsistent des éléments aristocratiques ; en cela il retrouve les analyses d'Aristote et de Polybe. De même, l'idée de la fécondité du conflit social est inspirée de Machiavel³².

³¹ *Romains*, IX, § 10.

³² Sur ces deux aspects, cf. Catherine LARRÈRE, *Actualité de Montesquieu*, *op. cit.*, pp. 60-61, 73-75.

Cependant, c'est dans les gouvernements monarchiques européens, et non dans les républiques, qu'il voit se réaliser la conjonction la plus précise et la plus efficace entre l'hétérogénéité sociale et la distribution des pouvoirs. La constitution romaine ne pouvait ménager la distinction entre patriciens et plébéiens que jusqu'à un certain point, parce que ces deux partis étaient intégrés dans un ensemble, le « peuple en corps » au sens large, et qu'ils devaient être animés par un sentiment unitaire : la vertu, l'amour de la patrie et des lois. L'inclusion politique de la société qui caractérise la démocratie romaine est incompatible avec une différenciation poussée des organes du pouvoir.

Il découle nécessairement de ce fait que Rome ne peut en aucune manière reproduire dans les Etats qu'elle conquiert une quelconque distribution des pouvoirs, comme le souligne Montesquieu au chapitre 19 du livre XI : ce n'est pas la république divisée mais la république une qui établit sa domination. Dans les premières conquêtes, en Italie, Rome met en place une forme de confédération qui maintient une relative autonomie dans les peuples voisins. Mais lorsque la conquête s'étend, elle doit confier l'administration des peuples lointains à des magistrats ; or elle se trouve incapable de reproduire un équilibre des pouvoirs : « Ceux qu'on envoyait avaient une puissance qui réunissait celle de toutes les magistratures romaines ; que dis-je ? celle même du sénat, celle même du peuple » (XI, 19, § 2). Le caractère fondamentalement unitaire de la république peut être compensé dans l'ordre interne par la distribution des pouvoirs entre les diverses composantes sociales, mais il se révèle nécessairement dans la conquête. Les magistrats envoyés par une république en territoire conquis, précise Montesquieu, possèdent la puissance exécutive civile *et* militaire – puisque les emplois civils et les emplois militaires reviennent aux mêmes citoyens dans une république (V, 19, § 6 à 11) ; leur pouvoir est tel que ni la législation, ni les jugements ne peuvent se faire sans eux. Dans les monarchies, le métier des armes est un état particulier ; une monarchie qui conquiert peut ainsi déléguer dans les pays soumis un exécutif militaire et un exécutif civil distincts. Cette scission du pouvoir constitue pour ces pays un espace vital suffisant pour qu'ils soient intégrés au gouvernement sans être écrasés. Montesquieu tire de cette observation la règle générale que les monarchies, à la différence des républiques, peuvent communiquer leur gouvernement ; corps politiques différenciés par nature, elles peuvent s'adjoindre d'autres corps sans les priver de leur vie politique propre.

2. L'étreinte des lois politiques sur les lois civiles

L'Esprit des lois offre plusieurs définitions des lois civiles. Au livre I, on apprend que les lois en général doivent se rapporter « 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* » (I, 3, § 13, je souligne). Les lois civiles semblent alors être le tissu de lois qui, en cohérence avec le cadre premier fourni par les lois politiques, structure les

rapports entre citoyens qui se constituent au cours de l'évolution d'une société donnée. Les lois civiles sont le contenu concret de la forme du gouvernement, fournie par les lois politiques ; les premières doivent donc nécessairement se rapporter aux secondes. Au livre XXVI, cependant, Montesquieu assigne aux lois politiques et aux lois civiles *deux objets différents* : « Comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles. Ces premières lois leur acquièrent la liberté, les secondes, la propriété. Il ne faut pas décider par les lois de la liberté qui, comme nous avons dit, n'est que l'empire de la cité, ce qui ne doit être décidé que par les lois qui concernent la propriété » (XXVI, 15, § 1 et 2). Ces deux formulations distinctes laissent entendre que deux formes de rapports sont concevables entre lois politiques et lois civiles, selon l'approche que l'on adopte : l'approche de la société comme totalité, celle de la première partie de l'*Esprit des lois*, qui établit une prééminence logique des lois politiques sur les lois civiles ; l'approche qui considère la propriété individuelle comme une dimension fondamentale d'une société libre, à l'égal des lois politiques.

La seconde approche est, bien entendu, valable pour *toute* société libre, aussi bien pour la république romaine que pour les monarchies européennes. Il n'en reste pas moins que les *champs respectifs* couverts par les lois politiques et les lois civiles peuvent varier d'un Etat à un autre. Les lois politiques, qui « forment » une société, peuvent logiquement laisser une marge de développement plus ou moins importante aux lois civiles, comme la « société politique » des gouvernants peut être plus ou moins confondue avec la « société civile » des gouvernés. Or, de la même manière que la fusion entre le peuple et le gouvernement est très poussée dans la république romaine, le champ laissé aux lois civiles est restreint. Ceci apparaît, de manière évidente, dans le rapport que, selon Montesquieu, Rome entretient avec le *commerce*.

Le commerce sous l'épée

Rome, comme Sparte, est une république agraire et guerrière ; elle ne connaît les autres nations que par la conquête et le pillage. Comme Sparte elle se signale, du moins dans les premiers temps de la république, par la pureté de ses mœurs. Tout oppose l'esprit romain à l'esprit de commerce. Celui-ci suppose la *communication* avec les autres nations, c'est-à-dire l'ouverture à leur altérité : « Le commerce a fait que la connaissance des mœurs des autres nations a pénétré partout : on les a comparées entre elles, et il en a résulté de grands biens » (XX, 1, § 3). Il suppose également le repli de l'individu sur des intérêts privés, soit, dans les termes anciens, une corruption des mœurs.

Au livre XXI, Montesquieu trace un tableau de l'histoire du commerce européen depuis l'antiquité ; les Romains y occupent une place importante, mais uniquement en tant qu'ils furent les destructeurs du commerce antique, quand ils n'y furent pas simplement indifférents. Le chapitre 14, « Du génie des Romains

pour le commerce », montre toutes les facettes de l'opposition essentielle entre l'esprit des Romains et le commerce : « leur génie, leur gloire, leur éducation militaire, la forme de leur gouvernement, les éloignaient du commerce » (XXI, 14, § 1). Cette incompatibilité se manifeste dans tous les domaines des lois : dans leur « constitution politique », puisqu'ils ne s'occupent que de guerres, d'affaires publiques et d'agriculture ; dans leur droit des gens – ils sont, avec les peuples qui ne sont ni amis, ni ennemis, dans un rapport de pure force, et s'emparent avec naturel de leurs hommes et de leurs biens ; enfin dans leur droit civil – encore sous Constantin, une loi confond les femmes qui tiennent une boutique de marchandises avec les esclaves. De ce fait, l'unité de l'empire romain n'est nullement celle qu'apporte la communication entre ses différentes parties, mais l'unité d'une domination despotique ; pur ouvrage de la force, l'empire se maintient par les armes et se coupe de presque tous les peuples environnants, barbares (XXI, 15, § 1) ou Parthes (XXI, 16, § 11). Les deux modes d'acquisition naturels à Rome restent donc tout au long de son histoire l'agriculture ou le pillage ; même à l'échelle de l'empire, Rome demeure dans son esprit une petite république autarcique. Le seul commerce extérieur qu'elle fasse, en Arabie et aux Indes, est comme imposé par la nécessité qu'il y ait un grand luxe dans la ville : « il fallait bien qu'une ville qui attirait à elle toutes les richesses de l'univers, les rendit par son luxe » (XXI, 16, § 6). Montesquieu conclut de façon lapidaire le chapitre 16 : « Je ne dirai qu'un mot du commerce intérieur. Sa branche principale fut celle des blés qu'on faisait venir pour la subsistance du peuple de Rome : *ce qui était une matière de police plutôt qu'un objet de commerce* » (XXI, 16, § 12, je souligne). Le commerce intérieur est traité par les Romains comme un des modes de subsistance de la cité, qui requiert des règlements politiques plutôt que civils ; Montesquieu n'observe ni sous la république ni sous l'empire l'émergence d'un corps de lois civiles ayant pour objet spécifique de régler les échanges marchands entre particuliers.

Montesquieu ne dit en aucune manière que la *république* en tant que forme de gouvernement serait incompatible avec le commerce ; on sait l'importance qu'il accorde à la figure de la république commerçante, incarnée par Athènes, Tyr, Carthage ou Marseille. Ces petits Etats ont trouvé dans ce que Montesquieu appelle le « commerce d'économie » un mode de subsistance qui permet de concilier la quête du profit par les particuliers avec la vertu républicaine : Bernard Manin a montré que le respect scrupuleux par les marchands de leurs engagements et des règles commerciales recoupait l'aspect primordial de la vertu, qui est le respect spontané des lois³³. Dans la république romaine, cependant, la poursuite des intérêts privés dans les activités d'échange ne peut être qu'en contradiction avec les lois politiques, qui sont tout entières tendues vers la participation au gouvernement, vers la guerre. Rome ne peut pas plus favoriser le commerce par ses conquêtes qu'elle ne peut communiquer son gouvernement ;

³³ Bernard MANIN, « Montesquieu, la république et le commerce », *Archives européennes de sociologie*, XLII, 3 (2001), pp. 595-602.

dans un même mouvement, la prépondérance d'un « état politique » unitaire et guerrier met un frein au libre développement des échanges et étouffe politiquement les pays conquis. Les conséquences tragiques de l'extension romaine sont alors résumées en une phrase au livre XXIII : « Toutes ces petites républiques furent englouties dans une grande, et l'on vit insensiblement l'univers se dépeupler » (XXIII, 19, § 1).

C'est dans les monarchies que la poursuite de l'intérêt privé peut pleinement se développer, et le commerce fleurir – le commerce « de luxe », qui prospère grâce à la frivolité des grands, et non pas le commerce « d'économie » des austères marchands des républiques commerçantes (XX, 4). Ici se manifeste l'une des implications radicales de la nouvelle définition qu'offre Montesquieu de la liberté politique : elle n'est pas uniquement, comme le croyaient les Romains, liée à la participation au gouvernement ; elle est le « droit de faire tout ce que les lois permettent » (XI, 3) – et, notamment, commercer. Le critère de la participation est remplacé par celui de la *légalité*. Catherine Larrère voit dans cette « extension du civique au civil » l'un des apports les plus féconds de la théorie politique de Montesquieu. Or, ajoute-t-elle, cette extension « conduit à la reconnaissance de la dimension publique d'activités que leur finalité (l'intérêt particulier) pourrait faire qualifier de privées, ou de particulières, mais que leurs conséquences (sur le bien-être commun) obligent à prendre en considération au niveau de l'ensemble de la société »³⁴. Montesquieu n'appuie pas sa distinction entre le politique et le civil sur une séparation étanche entre le public et le privé ; il reconnaît plutôt la dimension *publique* de l'ordre civil. « D'où des conflits possibles, résultant de l'empiètement d'une sphère publique sur l'autre. Montesquieu ne règle pas ça sur la séparation [...], mais par leur distinction, qui permet de continuer à penser leur interaction »³⁵. La conception romaine de la liberté pâtit ainsi de son caractère restrictif ; elle a empêché les Romains de voir le bien qui résulte pour la société du libre épanouissement des interactions privées. Les conflits entre la sphère politique et la sphère civile sont alors inévitables.

Les conflits entre l'ordre politique et l'ordre civil

Dans les Etats monarchiques, les sociétés humaines sont dégagées de l'inclusion politique que supposait le gouvernement républicain. L'ordre politique et l'ordre civil peuvent alors se distinguer plus nettement, sans pour autant cesser d'être en interaction. On n'observe plus, dès lors, les conflits que relève Montesquieu entre le politique et le civil dans l'histoire romaine : dans les monarchies, comme le résume Catherine Larrère, il existe un « droit de cité donné à la particularité »³⁶.

La désintrinsication du politique et du civil se manifeste en premier lieu en matière pénale. Montesquieu prend soin de distinguer à cet égard la république de

³⁴ Catherine LARRÈRE, *Actualité de Montesquieu*, Paris : Presses de la FNSP, 1999, p. 111.

³⁵ *Ibid.*, p. 114.

³⁶ *Ibid.*, p. 113.

la monarchie dès le chapitre 5 du livre III : « Or, dans les républiques, les crimes privés sont plus publics, c'est-à-dire choquent plus la constitution de l'Etat, que les particuliers ; et, dans les monarchies, les crimes publics sont plus privés, c'est-à-dire choquent plus les fortunes particulières que la constitution de l'Etat même » (III, 5, § 5). Il découle de ceci que la puissance de juger est, en matière pénale, particulièrement délicate à distribuer à Rome, puisque le peuple souverain est censé être offensé par tout crime. Le conflit entre la puissance du juge et la sécurité du citoyen – c'est-à-dire sa liberté – est évident, surtout lorsque ce dernier, accusé de crime contre la république, est jugé par le peuple en corps. Montesquieu remarque que « dans ces cas *l'intérêt politique force, pour ainsi dire, l'intérêt civil* (car c'est toujours un inconvénient que le peuple juge lui-même ses offenses) » (VI, 5, § 1, je souligne) ; des lois particulières doivent alors pourvoir à la sûreté du citoyen, puisque celle-ci est menacée par l'insuffisante distinction du politique et du civil – les accusés peuvent ainsi, à Rome, s'exiler avant le jugement, et leurs biens sont consacrés pour que le peuple ne puisse pas les confisquer. Dans les monarchies, une telle contorsion légale est inutile puisque le souverain, le prince, ne juge pas lui-même les crimes. L'extension de la sphère civile, la reconnaissance politique et légale de la particularité qui caractérisent le gouvernement monarchique dégagent pleinement le droit pénal de l'ordre politique. De cette manière, un « homme qui est fidèle aux lois » peut avoir « sa maison pour asile, et le reste de sa conduite en sûreté » (XII, 23).

Dans la république romaine, l'établissement fondamental de la propriété est un établissement *politique* ; Romulus a opéré un partage égalitaire des terres afin de favoriser la frugalité, l'amour exclusif de la patrie, la vertu. Le livre XXVII, « De l'origine et des révolutions des lois des Romains sur les successions », lit toute l'évolution du droit des successions à Rome à l'aune de cet état de fusion originelle de l'ordre politique et de l'ordre civil. L'objectif étant d'empêcher le rassemblement des terres entre les mains de quelques familles par le biais des héritages, les lois sur les successions établissent un ordre extrêmement rigide de transmission par les mâles. Dans les premiers temps, il n'est même pas permis de tester, puisque les lois de succession, découlant d'une exigence politique, ne doivent pas être troublées par une volonté particulière. Cependant, la loi des Douze tables instaure une très large faculté de tester. Des restrictions extrêmement sévères aux successions *ab intestat* coexistent donc, paradoxalement, avec la possibilité de choisir par testament qui l'on veut pour héritier. Montesquieu montre que ces deux aspects découlent en fait de deux principes distincts : le partage politique égalitaire de Romulus pour le premier, et la puissance du père de famille romain pour le second : « Le père pouvant vendre ses enfants, il pouvait, à plus forte raison, les priver de ses biens » (XXVII, § 13).

Montesquieu met en évidence deux duretés parallèles, celle de la loi politique qui s'exerce sur le Romain comme citoyen et celle qu'il exerce lui-même dans sa famille comme père. La contradiction n'est qu'apparente. Le citoyen de la république ne saurait laisser libre cours à son désir d'accumuler les biens, et c'est justement cette contrainte de chaque instant – qui fait tendre toutes ses passions

vers le service de l'Etat – qui fait de lui, dans le domaine domestique, une sorte de despote. Montesquieu ne doute pas qu'une plus grande autonomie de l'ordre civil par rapport à l'ordre politique laisserait un plus libre cours à la douceur de sentiments propre à l'homme dans ses rapports familiaux ; en ce sens, la monarchie est indiscutablement plus humaine que la république romaine, comme il le note déjà dans les *Considérations sur les Romains* : « Les Romains, accoutumés à se jouer de la Nature humaine dans la personne de leurs enfants et de leurs esclaves, ne pouvaient guère connaître cette vertu que nous appelons *humanité*. [...] Lorsque l'on est cruel dans l'état civil, que peut-on attendre de la douceur et de la justice naturelle ? » (*Romains*, XV, § 6). L'état civil romain est « cruel » parce qu'il est enserré dans les exigences de la politique.

Une évolution ultérieure du droit des successions confirme ce verdict. Afin de restreindre les richesses des femmes, source certaine de corruption dans une république guerrière, les Romains font la loi Voconienne après la seconde guerre Punique. Elle interdit aux femmes de recevoir des successions. On ne saurait contrarier davantage les sentiment naturels des pères. Aussi les Romains, qui n'ont plus à cette époque la rigoureuse austérité des agriculteurs des premiers temps, cherchent-ils tous les prétextes pour contourner la loi. On peut instituer sa fille héritière si l'on n'est pas inscrit dans les cinq premières classes du cens, où l'on est placé en proportion de sa fortune : « Telle était la force de la nature, que des pères, pour éluder la loi Voconienne, consentaient à souffrir la honte d'être confondus dans la sixième classe avec les prolétaires et ceux qui étaient taxés pour leur tête, ou peut-être même à être renvoyés dans les tables des Cérètes » (XXVII, § 33). La loi Voconienne contraint à des contorsions plus surprenantes encore. Elle suscite l'apparition à Rome des fidéicommiss : les pères instituent des héritiers capables de recevoir par la loi, lesquels sont censés remettre ensuite la succession à une fille qui en est légalement exclue. L'héritier désigné se trouve ainsi dans la désagréable position de celui qui trahit l'esprit de la loi pour satisfaire les sentiments d'un père : la légitimité naturelle se trouve en contradiction avec la légitimité légale. « C'est un malheur de la condition humaine que les législateurs soient obligés de faire des lois qui combattent les sentiments naturels mêmes. Telle fut la loi Voconienne. C'est que les législateurs statuent plus sur la société que sur le citoyen, et sur le citoyen que sur l'homme. La loi sacrifiait et le citoyen et l'homme, et ne pensait qu'à la république » (XXVII, § 36).

L'autonomie de la sphère civile dans les monarchies fait que les conflits entre l'ordre politique et les sentiments naturels sont moins susceptibles de se produire. Les particuliers sont libres de « communiquer » avec les femmes, libres de se laisser aller à leurs sentiments filiaux ou paternels dans l'« asile » de leur maison. Montesquieu salue sur ce point l'autorité de l'histoire : la diffusion du christianisme et le desserrement de l'étreinte qu'exerçait l'ordre politique sur l'ordre civil dans les républiques antiques a permis la généralisation de la douceur, de l'humanité.

CONCLUSION

« Notre révolution », écrit Chateaubriand dans son *Essai sur les révolutions*, « a été produite en partie par des gens de lettres qui, plus habitants de Rome et d'Athènes que de leur pays, ont cherché à ramener dans l'Europe les mœurs antiques »³⁷. Avant les Français, les fondateurs américains, lecteurs attentifs de Montesquieu, avaient aussi envisagé dans un premier temps leur histoire et leur débat constitutionnel sur le mode d'une référence presque obsessionnelle à la Rome antique : Washington se voulait Cincinnatus, « Publius » débattait avec « Brutus ». C'est un paradoxe, Montesquieu se voyait presque reprocher par ses lecteurs d'avoir peint comme un régime lointain et difficile à réaliser dans les conditions modernes cette même république dont il avait fait un des termes majeurs de la théorie politique du XVIIIème siècle. Il serait effronté d'écrire que les hommes de cette époque n'ont pas compris Montesquieu ; mais la fièvre du temps les portait plus vers le modèle héroïque et volontariste de la république romaine que vers les interactions invisibles qui ordonnaient les monarchies en de vastes mécanismes. La nature des choses se charge de dégriser les Américains ; bientôt les plus fervents admirateurs de l'antiquité classique, tel Jefferson, renoncent ouvertement à chercher en elle un possible modèle politique. La lecture de *l'Esprit des lois* a fourni aux fondateurs américains, après leurs premières rêveries antiques, les éléments de théorie politique applicables dans les conditions contemporaines, à commencer par la distribution et l'équilibre des pouvoirs. En jouant littéralement les subtiles antinomies de Montesquieu, l'histoire a confirmé son diagnostic : la république romaine était un régime du passé ; sommet de liberté politique, elle avait prospéré à un âge révolu, en imposant à ses citoyens un ordre politique inclusif d'une dureté inenvisageable au moment où les Etats s'ouvraient les uns aux autres par le biais du commerce.

Est-ce à dire que la vertu antique n'avait plus rien à nous apprendre ? Tocqueville renverse la perspective avec habileté. Dans l'Angleterre commerçante, et surtout dans la république américaine, s'observent des phénomènes comparables à l'autolimitation du citoyen antique : « Quand ce triomphe de l'homme sur ses tentations est le résultat de la faiblesse de la tentation ou d'un calcul d'intérêt personnel, il ne constitue pas la vertu aux yeux du moraliste ; mais il rentre dans l'idée de Montesquieu qui parlait de l'effet bien plus que de sa cause. En Amérique, ce n'est pas la vertu qui est grande, c'est la tentation qui est petite, ce qui revient au même. Ce n'est pas le désintéressement qui est grand, c'est l'intérêt qui est bien entendu, ce qui revient encore presque au même. Montesquieu avait donc raison quoiqu'il parlât de la vertu antique, et ce

³⁷ Cité in Denis LACORNE, « Mémoire et amnésie : les fondateurs de la république américaine, Montesquieu et le modèle politique romain », *Revue française de science politique*, vol. 42, n°3, 1992.

qu'il dit des Grecs et des Romains s'applique encore aux Américains³⁸. » En se soumettant au tissu de lois civiles qui structurent les rapports interindividuels et marchands, les hommes trouvent dans une quantité de contraintes et de limitations insensibles des barrières aussi efficaces pour leurs désirs spontanés que les dures injonctions vertueuses des républiques guerrières. C'est dans l'intuition de cette condition nouvelle que la lecture de l'histoire de Rome proposée par Montesquieu a offert à la plupart de ses commentateurs une image inversée de leurs aspirations. La vérité de l'histoire romaine ne s'est pas évanouie dans le passé. Les immuables exigences de la liberté restent le socle de toute construction politique future.

Tristan Pouthier

³⁸ Fragment destiné à *De la démocratie en Amérique*, II in *De l'esprit des lois*, éd. R. Derathé, Paris, Garnier, 1973, p. 546.