

بحوث جامعية
Academic Research
Recherches Universitaires
عدد 7

الاستبداد والحرية
Despotisme & Liberté
Despotism & Freedom

جانفي 2010
بحوث مجمعة أشرف على نشرها الأستاذان :
عبدالعزیز العیادی - علي الزیدي

بحوث جامعية
Academic Research
Recherches Universitaires
N° 7

الاستبداد والحرية
Despotisme & Liberté
Despotism & Freedom

Janvier 2010
Etudes éditées sous la direction de :
AYADI Abdelaziz - ZIDI Ali

الاستبداد والحرية
Despotisme & Liberté
Despotism & Freedom

UNIVERSITE DE SFAX
Faculté des Lettres et Sciences Humaines

Recherches Scientifiques

**Revue de la Faculté des Lettres
et Sciences Humaines de Sfax**

N° 7

La liberté politique chez Montesquieu

Hichem GHORBEL

Comme de multiples critiques l'ont montré, la notion de liberté occupe une place centrale dans la pensée politique de Montesquieu⁽³⁴⁾. Avant de la définir dans les quatre premiers chapitres du livre XI et de l'explicitier en tant que «système»⁽³⁵⁾ dans les trois premiers livres de la seconde partie de *l'esprit des lois*, le président de la Brède la mentionne pour la première fois dans le troisième chapitre du livre I où il a entrepris de préciser les rapports que peuvent avoir les lois positives avec les différents facteurs qui les déterminent et les font. «Elles (les lois) doivent se rapporter au degré de la liberté que la constitution peut

34) CF à cet égard : Binoche (Bernard), Introduction à *De l'Esprit des lois de Montesquieu*, PUF, 1998, pp.197- 355 ; Goyard-Fabre (Simone), *Montesquieu : la Nature, les lois, la liberté*, PUF, 1993, 147-342 ; Iglecias (M. C.), «L'esprit des lois de Montesquieu», in *Historia de la Etica, Barcelone, Victoria Camps*, 1992, pp .194-224 ; Manent P, *La Cité de l'homme*, Paris, Flammarion "Champs", 1997, Chap. 1 et 2 ; «L'Europe comme valeur : individualisme et liberté politique dans l'œuvre de Montesquieu», in *L'Europe de Montesquieu, Cahier Montesquieu*, n° 2, 1995, p. 257-270 ; Pangle T, *Montesquieu's Philosophy of Liberalism*, Chicago, The Chicago University Press, 1977, chap. IV ; ; Spector (Céline) «L'esprit des lois de Montesquieu. Entre libéralisme et humanisme civique», *Revue Montesquieu*, n° 2, 1998, p.139-161

35) *Mes Pensées*, n° 80 : «Pour mon système sur la liberté ; il faudra le comparer avec les anciennes républiques». Nous utiliserons désormais les abréviations suivantes : *EL* : De l'esprit des lois ; *LP* : Lettres persanes ; *MP* : Mes Pensées ; *Romains* : Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadences. Nos références à l'œuvre de Montesquieu se rapportent aux Œuvres complètes, Bibliothèque de la Pléiade, 1949- 1951. Texte présenté et annoté par Roger Caillois.

souffrir»⁽³⁶⁾. Montesquieu revient sur la même idée de liberté dans le chapitre 2 du livre VI. Tout d'abord pour montrer que «les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté»⁽³⁷⁾. Ensuite pour faire remarquer que la complexité des lois est le propre des républiques et des monarchies et que les formalités de la justice augmentent dans les Etats modérés non despotiques «en raison de cas que l'ont y fait de l'honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens»⁽³⁸⁾. La liberté, «ce bien qui fait jouir des autres biens»⁽³⁹⁾ est donc l'apanage de chaque bon gouvernement⁽⁴⁰⁾ (qui sait bien se défendre et défendre ses individus.) Voilà la raison pour laquelle Montesquieu en place l'étude suite après l'examen des lois destinées à assurer la sécurité militaire de l'Etat.

Confronté à la polysémie du terme, Montesquieu distingue la liberté philosophique de la liberté politique. «La liberté philosophique consiste dans l'exercice de sa volonté, ou du moins (s'il faut parler dans tous les systèmes) dans l'opinion où l'on est que l'on exerce sa volonté.» Par contre «la liberté politique consiste dans sa sûreté ou du moins de l'opinion que l'on a de sa sûreté»⁽⁴¹⁾. Etant de nature métaphysique, la première espèce de liberté est abstraite et ne concerne que l'âme. Comme telle, elle transcende la réalité que désigne la vie collective et se détourne des problèmes qui se rapportent à l'organisation sociale : «La liberté pure est plutôt un état philosophique qu'un état civil»⁽⁴²⁾. Montesquieu, précurseur de la sociologie moderne⁽⁴³⁾ et fondateur de la sociologie juridique,⁽⁴⁴⁾ refuse d'appréhender la liberté selon des

36) *EL.*, I, 1, p. 238

37) *EL.* ; VI, 2, p. 310.

38) *Ibid.*, p. 311.

39) *MP.*, n° 1797, p. 1430

40) Sur ce point, CF l'article de Gabriel Loirette, «Montesquieu et le problème du bon gouvernement», in *Actes de Congrès Montesquieu de Bordeaux*, Delmas, 1956, pp. 219-239.

41) *EL.*, XII, 2, p. 431.

42) *MP.*, n°1798, p.1430.

43) CF. Brède de la Gressaye, *l'Esprit des lois*, T I, Introduction, pp. XCIV- XCIX.

44) G. Gurvitch, «La sociologie juridique de Montesquieu» in *Revue de métaphysique et de morale*, n° 4, 1939, pp.571-626.

concepts aprioriques ou des appréciations subjectives. Pour lui, la liberté est reliée à des lois objectives qui «dérivent de la nature des choses». Elle est donc un fait social et ne concerne pas l'individu insulaire et autarcique. C'est pour cela que la vraie liberté, à savoir la liberté politique, n'est pas l'indépendance ou la licence, mais la liberté sous la loi ou «le droit de faire tout ce que les lois permettent»⁽⁴⁵⁾. Ainsi, la liberté politique n'est ni l'indépendance, ni le droit de faire ce que l'on veut, car ce serait l'anarchie, le chaos, et des luttes effrénées entre les citoyens. Elle n'est pas non plus le pouvoir collectif de la multitude d'imposer ses volontés, car ce pouvoir pourrait être exercé arbitrairement : «Comme dans les démocraties le peuple paraît à peu près faire ce qu'il veut, on a omis la liberté dans ses sortes de gouvernements ; et l'on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple»⁽⁴⁶⁾. De même qu'il ne faut confondre liberté et démocratie, de même il ne faut pas l'assimiler à la légalité. Car bien que lois, les lois tyranniques ne produisent pas le sentiment de sécurité. Pour développer cette idée, Montesquieu compare «les bonnes lois» dans un gouvernement sage, monarchique ou aristocratique à «de grands filets, dans lesquels» «les poissons» «sont pris, mais se croient libres», et les mauvaises «Dans les Etats purement despotiques» à «des filets» dans lesquels ils se «sont si serrés que d'abord ils se sentent pris»⁽⁴⁷⁾. La liberté politique ne réside donc ni dans la participation à l'exercice du pouvoir, ni dans la simple soumission à la loi. Elle consiste dans la sécurité des citoyens et dans leur certitude que leurs personnes, leurs familles et leurs biens sont protégés par l'Etat contre l'autorité inique de l'arbitraire. «Le seul avantage qu'un peuple libre ait sur un autre, c'est la sécurité où chacun est que le caprice d'un seul ne lui ôtera point ses biens ou sa vie. Un peuple soumis, qui aurait cette sécurité-là bien ou mal fondée, serait aussi heureux qu'un peuple libre»⁽⁴⁸⁾. La sécurité consubstantielle à la liberté ne peut pas avoir lieu dans le régime despotique, où le souverain n'est pas lié à des lois et commande à l'aveuglette sous la dictée de ses passions : «Un homme libre qui a un juste sujet de croire que la fureur d'un seul (...) ne lui ôtera la

45) *EL.*, XI, 3, p.395.

46) *Ibid.*, XI, 2, p.394.

47) *MP.*, n° 1801, p.1431.

48) *Ibid.*, n° 1802, p.1431.

vie ou la propriété de ses biens»⁽⁴⁹⁾. Voilà pourquoi «Personne n'est libre en Turquie, pas même le Sultan»⁽⁵⁰⁾. La protection des citoyens contre l'asservissement social et politique, toujours et pour toujours illégal et inhumain, ne peut prendre corps que dans les Etats modérés et non despotiques : «La démocratie et l'aristocratie ne sont point des Etats libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés»⁽⁵¹⁾. Nécessairement exclue des gouvernements despotiques, cette liberté se trouve aussi bien dans une monarchie que dans une république. «Il faut conclure que la liberté politique, concerne les monarchies modérées comme les républiques, et n'est pas plus éloignée du trône que d'un sénat»⁽⁵²⁾. Il en ressort, comme le dit sagement Paul Vernière, que «l'idée de liberté politique», chez Montesquieu, est «liée à l'idée technique de modération »⁽⁵³⁾

La modération

La modération est la condition *sine qua non* de la liberté. Ou disons, pour reprendre les belles formules de Simone Goyard-Fabre, que «le concept de modération est l'exigence principielle de la politique de liberté» puisqu'il représente «l'axiome du constitutionalisme libéral de Montesquieu»⁽⁵⁴⁾. Dans *l'Esprit des lois*, la modération se comprend à duplicité : celle du législateur et celle des régimes politiques. Pour qu'il excelle dans l'art de faire des lois, le législateur doit être animé par l'esprit de modération : «Je le dis, et il me semble que je n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver : l'esprit de modération doit être celui du législateur»⁽⁵⁵⁾. Un bon législateur doit adapter son activité à la multiplicité des circonstances : temps, lieu, climat... Il doit être attentif surtout aux mœurs et aux manières d'être particulières du peuple. Il doit «suivre l'esprit de la nation (...) car nous ne faisons rien de mieux que ce que nous faisons librement, et en suivant

49) Ibid., n° 631, p.1152.

50) Ibid., n° 1806, p. 1432.

51) *EL.*, XI, 4, p.395

52) *MP.*, n° 631, p. 1152.

53) Vernière (Paul), *Montesquieu et l'Esprit des lois ou la raison impure*, SEDES, 1977, p.69.

54) Goyard-Fabre (Simone), *Montesquieu : La Nature, les Lois, la Liberté*, op.cit, p.262. L'italique est de l'auteur.

55) *EL.*, XXIX, 1, p.865.

notre génie naturel»⁽⁵⁶⁾. Le respect de la diversité des circonstances et des mœurs de chaque peuple s'inscrit contre l'idée d'uniformité en matière de législation. En ce sens, Montesquieu s'oppose à Condorcet pour qui la loi doit être immuable et invariable : «Comme la vérité, la raison, la justice, les droits des hommes, l'intérêt de la propriété, de la liberté, de la sûreté sont les mêmes partout ; (...) Une bonne loi doit être bonne pour tous les hommes, comme une proposition vraie est vraie pour tous»⁽⁵⁷⁾ Suivre la voix de la modération c'est être contre l'hégémonie de l'un, contre la suprématie du modèle figé, et en opposition totale avec ce que peut imposer l'a priori. Par voix de conséquence, c'est valoriser la relativité, opter pour la pluralité, et fêter la richesse de la diversité.

La modération législative qui tient compte de la spécificité des circonstances et des nations consiste à se tenir entre les extrêmes. Ce qui équivaut à dire qu'elle signifie le juste milieu : «Le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites»⁽⁵⁸⁾. Eviter les excès constitue une règle d'or pour le législateur. C'est ainsi par exemple qu'en matière de la législation criminelle, le législateur ne doit point «mener les hommes par les voies extrêmes»⁽⁵⁹⁾, mais agir «d'une manière sourde et insensible»⁽⁶⁰⁾. Moins il use de la contrainte, plus il est sage. «Inviter, quand il ne faut pas contraindre, conduire quand il ne faut pas commander, c'est l'habileté suprême»⁽⁶¹⁾. «Un législateur prudent prévient le malheur de devenir un législateur terrible»⁽⁶²⁾. Car les peines excessives et outrées sont inséparables du régime despotique. Prescrire des peines sévères, c'est prendre pour modèle le despotisme comme s'il n'existait, pour maintenir les hommes dans l'obéissance des lois, d'autre ressort que la crainte, d'autres peines que la mort, les châtiments corporels ou les amendes !

56) Ibid., XIX, 5, p.559.

57) Cité par Manin Bernard dans son article «Montesquieu et la politique moderne», *Cahiers de philosophie politique*, Reims, n° 2-3 OUSIA, 1985, p. 194.

58) *EL.*, XXIX, 1, p. 865.

59) Ibid. VI, 12, p.321.

60) Ibid., VI, 13, p.323.

61) Ibid., XXVIII, 38, p.853.

62) Ibid., XV, 16, p. 503.

La modération est indispensable non seulement en matière de droit pénal, mais aussi en matière fiscale et éducative. Aussi doit-elle concerner le domaine de la religion et le domaine militaire⁶³. Le but avoué de Montesquieu est donc d'introduire l'esprit de modération dans la législation. Pour lui, le mal se confond toujours avec l'excès. Or, le premier mal, le mal par excellence, c'est l'excès de pouvoir ou le despotisme qui signifie la perte totale de liberté.

Le deuxième sens de la modération, à savoir celle des régimes, ne pourrait être saisi qu'à travers la distinction établie par Montesquieu entre les deux types de typologie gouvernementale. La première typologie domine les dix premiers livres de *L'Esprit des lois*. Elle distingue trois espèces de gouvernements : le républicain, le monarchique et le despotique⁽⁶⁴⁾. Cette trilogie de Montesquieu est originale. Car elle abandonne la classification classique qui, issue d'Aristote et reprise par Rousseau, distinguait démocratie, aristocratie et monarchie tout en considérant le despotisme comme étant une déviation de cette dernière⁽⁶⁵⁾. A côté de cette première typologie, connue et familière, il existe une deuxième non moins importante. Il s'agit de celle que renferment expressément les livres XI et XII. Cette seconde typologie oppose les gouvernements modérés aux gouvernements despotiques. A vrai dire, la mention des gouvernements modérés est faite dès le livre III où Montesquieu affirme dans le chapitre 9 consacré à l'étude «du principe du gouvernement despotique» qu'«un gouvernement modéré peut, tant qu'il veut, relâcher ses ressorts»⁽⁶⁶⁾. Le même couple conceptuel revient sous la plume de Montesquieu dans le chapitre qui s'intitule : «Différence de l'obéissance dans les gouvernements modérés et les gouvernements despotiques»⁽⁶⁷⁾.

63) CF les développements de Simone Goyard-Fabre, *Montesquieu : La Nature, Les Lois, La Liberté*, op.cit, pp.268-269.

64) *EL*. II, 1, p.239.

65) «En substituant cette division à la division traditionnelle (démocratie, aristocratie, monarchie) Montesquieu se propose manifestement d'établir une différence de nature entre la monarchie et le despotisme. On remarquera qu'il utilise deux critères : le critère du *nombre* lui sert à distinguer le gouvernement républicain du gouvernement d'un seul, tandis que le critère de la *légalité* lui permet d'opposer radicalement monarchie et despotisme». Derathé, *l'Esprit des lois*, T1, note n° 2, p.426.

66) *EL*. III, 9, p.259.

67) *Ibid.*, III, 10, p.259.

Cette amorce d'une nouvelle classification binaire des régimes politiques prend plus d'amplitude dans le livre V, chapitre 14 où Montesquieu définit, d'une manière à peu près semblable à celle que renferme un fragment des *Pensées*, la façon de former un gouvernement modéré⁽⁶⁸⁾. Et ce n'est pas par hasard qu'en commentant le passage en question, Robert Derathé affirme qu'il «aurait été mieux à sa place au début du livre XI, puisqu'il fait allusion à la combinaison des puissances distinguées au livre XI et évoque la liaison entre la liberté et le gouvernement modéré, si nettement affirmée dans le chapitre IV de ce livre»⁽⁶⁹⁾. La fréquence du terme modération est remarquable dans le livre VI consacré à la question des lois civiles et au rapport qu'entretiennent les individus avec la justice. Or, si le livre VII ne mentionne nullement le concept de modération, c'est peut être pour disposer le livre VIII à faire appel de nouveau à la classification tripartite des gouvernements pour traiter de la corruption de leurs principes. Après avoir étudié les trois sortes de gouvernement quant à leur signification interne, Montesquieu les examine dans les livres IX et X du point de vue externe, c'est-à-dire relativement aux droit des gens et aux problèmes qui se rapportent aux relations internationales, à savoir, ceux d'assurer la paix (livre IX) et de conduire la guerre (livre X). Il faut attendre donc le livre XI pour que la distinction des trois gouvernements qui domine les dix premiers livres s'efface pour céder la place à la notion du gouvernement modéré qui s'oppose au despotisme. La question qui se pose : pourquoi ce changement ? Tout simplement parce que ce livre a pour objet de chercher comment la liberté des citoyens peut être assurée et garantie par la constitution de l'Etat. Le passage de Montesquieu d'une classification ternaire à une classification binaire des gouvernements est donc exigé par l'analyse de la liberté dans son rapport avec la constitution. Contrairement à Brèthe de la Gressaye qui déclare que, dans la première typologie, «la distinction des gouvernements est en définitive fondée sur l'idée de liberté»⁽⁷⁰⁾, nous pensons que la liberté ne se définit pas en termes

68) Ibid., V, 14, p. 297 : «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 l'autre ; c'est un chef-d'œuvre de législation, que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence.». CF. aussi *MP*, n°, 1793, p.1429.

69) Derathé, de *l'Esprit des lois*, T1, note n° 26, p.447.

70) Brèthe de la Gressaye, *l'Esprit des lois*, T1, p.32.

de régimes politiques : «Ce mot de liberté dans la pratique ne signifie pas, a beaucoup près, ce que les orateurs et les poètes lui font signifier. Ce mot n'exprime proprement qu'un rapport et *ne peut servir à distinguer les différentes sortes de gouvernements* : car l'état populaire est la liberté des personnes pauvres et faibles et la servitude des personnes riches et puissantes ; et la monarchie est la liberté des grands et la servitude des petits»⁽⁷¹⁾. Entraîné à abandonner sa typologie initiale car elle s'avère incompatible à l'étude de la liberté politique, le président de la Brède fait recours à la deuxième typologie. Comme le dit Simone Goyard-Fabre avec brio «L'horreur du despotisme allant de pair avec le souci de la liberté, Montesquieu établit la différence entre gouvernements modérés et gouvernements despotiques. Le formalisme typologique s'efface devant la signification politique des régimes : S'il y a trois espèces de gouvernements, ils correspondent à deux conceptions de la politique. Ces deux conceptions ne sont d'abord que suggérées, quoique de manière transparente : ou bien dans un enfer politique, l'homme, ramené à la bête, perd son humanité, ce qui est pire que perdre la vie ; ou bien il faut élaborer la conception d'un gouvernement qui laisse aux sujets toutes leurs chances de liberté.»⁽⁷²⁾ :

Mais la liberté s'identifie-t-elle avec la modération ? Certainement pas car il existe des Etats modérés qui ne sont pas libres. L'Etat est dit modéré dans la mesure où il ne concentre pas les trois pouvoirs en un seul organe : «Dans la plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs (le législatif et l'exécutif), laisse à ses sujets l'exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête d'un sultan, il règne un affreux despotisme»⁽⁷³⁾. Ainsi, lorsque les trois pouvoirs sont confondus, cela signifie que nous sommes en présence d'un régime politique despotique comme celui de la Turquie. Mais lorsque la confusion ne se rapporte qu'aux deux premiers pouvoirs sans toucher le pouvoir judiciaire, cela veut dire que le gouvernement en question est un gouvernement modéré à l'image de ceux des royaumes de l'Europe. Ces royaumes ne sont pas libres. Car «Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la

71) *MP*. n° 631, pp.1151-1152.

72) Goyard-Fabre (Simone), *Montesquieu : La Nature, Les Lois, La liberté*. Op. Cit. p.282.

73) *EL*. XI, 6, p, 397.

puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.»⁽⁷⁴⁾ Il existe un autre passage qui confirme cette distinction entre la liberté et la modération. «La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les Etats modérés ; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir»⁽⁷⁵⁾. Tout cela nous amène à déduire avec Céline Spector «que la modération ne s'identifie pas à la liberté, elle n'en fournit que la possibilité : tous les Etats modérés ne sont pas libres par nature ; il faut de surcroît qu'y règne une forme de distribution des pouvoirs qui préviennent les abus»⁽⁷⁶⁾. Le problème de la liberté se confond avec celui de la limitation des pouvoirs que Montesquieu a cru la trouver dans le régime Anglais.

La liberté d'après la constitution

On a souvent confondu la pensée constitutionnelle de Montesquieu avec la théorie de la séparation des pouvoirs. Cette façon d'interpréter le contenu du célèbre chapitre sur la constitution d'Angleterre est tout à fait erronée. C'est ce qu'ont montré Brarhausen, Dedieu, Althusser, et par la suite Vlachos, Simone Goyard-Fabre, Binoche, Paul Vernière, Céline Spector⁽⁷⁷⁾ et tant d'autres éminents critiques. Nonobstant les efforts fournis par les grands chercheurs et spécialistes mentionnés ci-devant, la meilleure mise au point de la question demeure celle que renferment les

74) Ibid.

75) Ibid, XI, 4, p. 395.

76) Spector (Céline), *Le vocabulaire de Montesquieu*, Ellipses, 2001, p.45.

77) Barckhausen (Henri), *Montesquieu, ses idées et ses oeuvres d'après les papiers de la Brède.*, Slatkine, 1970, réimpression de l'édition de Paris, 1907, pp.83-107 ; Dedieu (Joseph), *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France. Les sources anglaises de l'Esprit des lois*, Paris, 1909, pp.151-159 ; Althusser (Louis), *Montesquieu, La politique et l'histoire*, Quadrige /PUF, 1959, pp.98-108. Vlachos (Georges. C), *La politique de Montesquieu : notion et méthode*, Ed, Montchrestien, 1974, pp.97-115 ; Goyard-Fabre (Simone), *Montesquieu : La Nature, Les Lois, La liberté*, op. cit, pp.166-194 ; Binoche (Bernard), *Introduction à de l'Esprit des lois de Montesquieu*, op. cit, pp.257-270 ; Vernière (Paul), *Montesquieu et l'Esprit des lois ou la raison impure*, Ed, SEDES, 1977, pp.68-77 ; Spector (Céline), *Montesquieu. Pouvoirs, Richesses et Sociétés*, PUF, 2004, pp.185-194.

travaux de Charles Eisenmann⁽⁷⁸⁾. Selon ce critique si avisé, il existe plusieurs arguments qui vont contre l'opinion attribuant à Montesquieu une conception «séparatiste» des pouvoirs :

Premièrement, le fait que le pouvoir législatif est exercé conjointement par le pouvoir exécutif. En effet, si le monarque ne prend pas part aux délibérations du corps législatif, il a le droit de s'opposer à leur adoption définitive. «La puissance exécutive, doit prendre part à la législation par sa faculté d'empêcher»⁽⁷⁹⁾.

Deuxièmement, le pouvoir accordé au parlement de contrôler l'exécution des lois qu'il a votées : «La puissance législative (...) a droit, et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elles a faites ont été exécutées.»⁽⁸⁰⁾

Troisièmement, l'attribution au parlement de certaines affaires relevant de la justice. Autrement dit, le corps législatif exerce lui-même un pouvoir judiciaire dans des cas exceptionnels. C'est ainsi que les nobles par exemple doivent être jugés par la chambre des lords pour se préserver contre les injustices qu'ils peuvent subir des magistrats populaires. «Les grands sont toujours exposés à l'envie ; et s'ils étaient jugés par le peuple, ils pourraient être en danger, et ne jouiraient pas du privilège qu'a le moindre des citoyens dans un Etat libre, d'être jugé par ses pairs. Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles.»⁽⁸¹⁾

Quatrièmement, la faculté reconnue au gouvernement de régler la vie du parlement. Le parlement ne peut siéger que lorsqu'il est convoqué par le Roi. Il doit se disperser quand le Roi le proroge et interrompt la session. «Le corps législatif ne doit point s'assembler lui-même (...) il faut donc que ce soit la puissance

78) «L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs» in, *Cahiers de philosophie politique*, Reims, OUSIA, 1985, pp3-34 ; «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», in, *Cahiers de philosophie politique*, Reims, OUSIA, 1985, pp.35-66.

79) EL., XI, 6, p.404

80) Ibid., p.403

81) Ibid., p.404.

exécutrice qui règle le temps de la tenue et de la durée de ces assemblées, par rapport aux circonstances qu'elle connaît.»⁽⁸²⁾

De l'avis de Charles Eisenmann, la doctrine exposée au livre XI, chapitre 6 a le sens du non-cumul des trois fonctions entre les mains du même organe.⁽⁸³⁾ Aussi, préconise-t-elle le croisement et la collaboration des trois pouvoirs politiques. L'auteur reprend cette interprétation de la pensée de Montesquieu dans son étude *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* où il distingue entre «l'interprétation politique du XIX siècle», qui reproduit fidèlement le vrai contenu de la pensée du philosophe et la «théorie juridique du XX siècle» ou «l'interprétation séparatiste» à laquelle appartient Jellinek et Laband en Allemagne, Duguit et Carré de Malberg en France, et qui est «en contradiction radicale avec la vue d'ensemble que Montesquieu lui-même a donné à plusieurs reprises de sa constitution idéale, de ses principes, et de ses conséquences.»⁽⁸⁴⁾

L'interprétation «juridiste» ou séparatiste qui attribue à Montesquieu le principe d'une séparation stricte du pouvoir ne correspond pas à la véritable pensée de l'auteur de *l'Esprit des lois*. Pour corroborer son point de vue auquel nous nous rallions, Eisenmann cite plusieurs passages de l'œuvre maîtresse de Montesquieu. Mais le texte qui l'emporte sur tous les autres, c'est ce fragment inoubliable du chapitre 6 du livre XI : «Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative.»⁽⁸⁵⁾

Certes, les deux pouvoirs, législatif et exécutif, sont attribués à des organes distincts. Mais cela ne signifie pas du tout qu'ils sont absolument indépendants l'un de l'autre. Car supposer une telle indépendance c'est trahir le principe que «le pouvoir arrête le pouvoir» et aller en conséquence contre les objectifs

82) Ibid., pp.402 -403.

83) «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs», op.cit, p.17

84) «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», op.cit, p.47

85) EL., XI, 6, p.405.

constitutionnels et les buts politiques que Montesquieu s'était proposé d'atteindre.

Selon l'interprétation du XIX siècle à laquelle Eisenmann adhère, il existe deux principes qui permettent de saisir l'originalité de l'approche constitutionnelle de Montesquieu.

Le premier tient à la non-confusion des trois pouvoirs ou à la non-identité de leurs organes. Tel est le sens du célèbre texte qui nous éclaire sur la pensée politique de Montesquieu : «Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles ou du peuple exerçaient ces trois pouvoirs celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.»⁽⁸⁶⁾ Cela n'exclut pas qu'un même organe puisse participer à l'exercice de plusieurs pouvoirs et cela de par l'interdépendance des fonctions politiques de l'Etat. La théorie du non-cumul du pouvoir est dualiste et non ternaire, finit par déduire Eisenmann. Montesquieu, note-t-il : «fait une différence fondamentale entre tribunaux d'une part, Parlement et monarques d'autre part. Pour lui, seuls les Chambres et le Gouvernement – le monarque et les ministres – sont des organes politiques ; à eux seuls il destine, il assigne un rôle proprement politique. Les juges, les tribunaux, ceux qui exercent le pouvoir de juger, au contraire ne sont pas à ses yeux des forces politiques ; la justice n'est pas un pouvoir au sens politique.»⁽⁸⁷⁾

Le second principe réside dans le caractère composé de l'organe législatif ; c'est-à-dire, «du pouvoir suprême ou souverain.» Ce «pouvoir politique le plus élevé»⁽⁸⁸⁾ doit être partagé entre les forces politiques et sociales à l'image de l'Angleterre où le pouvoir législatif est confié d'une part au peuple représenté par la chambre des Communes et d'autre part aux nobles, représentés par la chambre des Lords. Au sein du pouvoir législatif, les intérêts des deux puissances qui incarnent les vues de la noblesse et celles du peuple, doivent être mis en balance afin de préserver la liberté. Autrement dit, c'est la dualité du corps

86) Ibid., p.397.

87) «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», op.cit, p.55.

88) Ibid., p.54.

législatif qui fait que «le pouvoir arrête le pouvoir» et assure la modération de la législation.

Deux points qui ont un rapport direct avec le problème de la liberté attirent notre attention dans l'analyse riche de Eisenmann. Le premier concerne sa façon d'attribuer un caractère dualiste à la notion du pouvoir politique et cela en prenant l'acte juridictionnel comme étant un acte d'exécution de la loi, tout comme l'acte gouvernemental ou administratif. Deux passages confirment cette manière d'envisager le pouvoir judiciaire comme une branche du pouvoir exécutif : «La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, *invisible et nulle.*»⁽⁸⁹⁾ Ce qui laisse entendre qu'il n'y a que deux pouvoirs visibles : la puissance législatrice et la puissance exécutrice.

Invisible et nulle, la puissance législative l'est aussi par la nature même de son fonctionnement : «Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi.»⁽⁹⁰⁾

Les deux passages que nous venons de citer ne doivent pas nous amener à dire avec Eisenmann et Simone Goyard-Fabre⁽⁹¹⁾ que seuls le parlement et le monarque constituent des forces politiques. Le pouvoir est réparti en trois espèces de forces, précise clairement Montesquieu au début de son chapitre sur la constitution de l'Angleterre. L'absorption de l'une par les autres ou l'assimilation de l'une aux autres barre la voie à la liberté. Tout comme le gouvernement et le monarque, le parlement est une puissance mise à part. Et c'est son autonomie qui préserve les citoyens contre la tyrannie. «Il n'y a point encore de liberté si la

89) *EL.*, XI, 6, p.398. L'italique est de l'auteur.

90) *Ibid.*, p.399.

91) Sur ce point, la thèse de Eisenmann a été reprise par Simone Goyard-Fabre. *CF, La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, pp.335-336. *CF* aussi du même auteur, *Montesquieu : La Nature, Les Lois, La liberté*, op.cit, p.195.

puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.»⁽⁹²⁾

Par opposition à Locke⁽⁹³⁾ qui ne parle pas du pouvoir judiciaire et ne le fait pas apparaître dans la distinction qu'il établit entre les différentes sortes de pouvoirs – étant que l'exigence de la justice est implicitement présente dans tous les pouvoirs et constitue la norme qui règle le jeu politique – Montesquieu prend l'autorité des magistrats pour l'une des trois puissances de l'Etat. Certes, le juge est un homme dont la fonction consiste à établir la justice en se référant «aux textes précis de la loi.» Mais cela ne fait pas de lui un simple perroquet ou un simple agent d'exécution. Les propos de Montesquieu vont dans une autre direction : les délits et les peines doivent être fixés à l'avance par la loi, et les juges n'ont qu'à appliquer les lois aux particuliers afin de rendre justice avec impartialité tout en se gardant de tout arbitraire.

Donc, c'est de l'autonomie du pouvoir judiciaire, mais c'est aussi de la non corruption des juges et de leur respect de la loi que dépend le sort de la liberté des citoyens.

Le deuxième point sur lequel nous voulons nous attarder concerne le sujet de la «société de classes» et «de la co-souveraineté de plusieurs forces sociales et politiques», qui caractérisent, comme le note Eisenmann l'Etat modèle de Montesquieu.⁽⁹⁴⁾ Le Président de la Brède est, par delà ses partis pris évidents pour l'aristocratie⁽⁹⁵⁾, l'un des hommes de la liberté parce qu'il est partisan d'une société de dialogue qui laisse entendre la voix de tous : celle des nobles et celle du peuple. Pour lui, l'Etat n'est pas une personne morale constituée en amont de la société et transcendant ses clivages. La preuve est que chaque groupe social participe au pouvoir législatif et défend ses intérêts et

92) EL., XI, 6, p.397.

93) John Locke, *Traité du gouvernement civil*, GF- Flammarion, 1992, chapitre XII, pp.250-253.

94) Eisenmann, «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», op.cit, p.61.

95) CF, Althusser (Louis), *Montesquieu, la politique et l'histoire*, op.cit, pp.109-122.

ses prérogatives. Parlant de l'Angleterre dans le chapitre 27 du livre XIX, Montesquieu affirme que ce pays est plein de vitalités et de forces à cause des partis politiques qui s'y trouvent : « Ces partis étant composés d'hommes libres, si l'un prenait trop le dessus, l'effet de la liberté ferait que celui-ci serait abaissé, tandis que les citoyens, comme les mains qui secourent le corps, viendrait relever l'autre. »⁽⁹⁶⁾ Défenseur acharné de la pluralité, Montesquieu soutient que c'est la diversité, l'adversité et les conflits qui constituent un garde-fou contre l'asservissement des citoyens. S'empêchant d'identifier les partis politiques avec les factions et les partis factieux qui ne causent que des troubles et perturbent le corps social, Montesquieu pense, au contraire, que la liberté se nourrit de contrastes et d'oppositions partisans. Dans les *Lettres persanes*, il note avec grande pénétration qu'en Angleterre « on voit la liberté sortir sans cesse des feux de la discorde et de la sédition ; le Prince toujours chancelant sur un trône inébranlable ; une nation impatiente, sage dans sa fureur même. »⁽⁹⁷⁾

Le paradigme anglais fait écho à celui de Rome où la société représentée par ces partis politiques se gouverne elle-même et assure son unité grâce à la divergence qui crée l'harmonie « On n'entend parler, dans les auteurs, que des divisions qui perdirent Rome ; mais on ne voit pas que ces divisions y étaient nécessaires, qu'elles y avaient toujours été et qu'elles y devaient toujours être. »⁽⁹⁸⁾ Il faut, poursuit Montesquieu, prendre garde à la tranquillité qui, apparemment, règne dans les Etats se prétendant républicains : on est sûr alors que la liberté y est absente. En opposition à l'uniformité despotique⁽⁹⁹⁾ et au modèle absolutiste du type hobbién, Montesquieu soutient que l'ordre se réalise et l'accord communautaire se maintient grâce à l'hétérogénéité des forces sociales qui visent le bien commun dans leurs débats politiques : « Ce qu'on appelle union dans un corps politique, est une chose très équivoque : la vraie est une union d'harmonie, qui

96) *EL*, XIX, 27, p.575.

97) *LP.*, n° 136, p.336.

98) *Romains*, IX, p119.

99) *EL*, V, 14, pp292-297.

fait que toutes les parties, quelque opposées qu'elles nous paraissent, concourent au bien général de la société ; comme des dissonances, dans la musique, concourent à l'accord total.»⁽¹⁰⁰⁾ A la véritable harmonie des gouvernements libres et modérés, Montesquieu oppose la fausse harmonie du despotisme où l'union apparente n'est qu'une soumission obtenue par la crainte et la violence qui causent la mort au sens physique et symbolique. «Mais, dans l'accord du despotisme asiatique, c'est-à-dire, de tout gouvernement qui n'est pas modéré, il y a toujours une division réelle. Le laboureur, l'homme de guerre, le négociant, le magistrat, le noble, ne sont joints que parce que les uns oppriment les autres sans résistance : et, si l'on y voit de l'union, ce ne sont pas des citoyens qui sont unis, mais des corps ensevelis les uns auprès des autres.»⁽¹⁰¹⁾

Pour s'introduire, la liberté a donc besoin d'une société émancipée du joug du despotisme, du règne du même et de l'impérialisme tuant de l'identique. La liberté politique n'est pas un principe abstrait, mais un fait qui prend de plus en plus corps dans la vie réelle des gens par l'ouverture, les discussions, les débats, les dialogues, les face-à-face entre les personnes et les groupes qui représentent des opinions dissemblables et des intérêts différents.

Que peut-on déduire de tout ce qui précède ? A la lumière de ce que nous venons de voir, nous pouvons dire avec Sergio Cotta que ce n'est pas seulement «le mécanisme purement juridique de la séparation des pouvoirs qui assure la liberté politique, mais (c'est aussi) le libre affrontement des différentes idéologies.»⁽¹⁰²⁾

La constitution libre qui établit une certaine distribution des pouvoirs et favorise en conséquence la division partisane qui a pour effet de prémunir les individus contre toute sorte de tyrannie, n'assure qu'un seul genre de liberté politique. Or, le sens de la liberté est fourchu : la liberté qui se rapporte à la constitution et la liberté qui concerne directement le citoyen. «Je distingue les lois

100) *Romains*, IX, p.119.

101) *Ibid.*

102) Sergio Cotta, «L'idée de Parti chez Montesquieu», in, *Actes du congrès Montesquieu de Bordeaux*, Delmas, 1956, p.263.

qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution, d'avec celles qui la forment dans son rapport avec le citoyen.»⁽¹⁰³⁾ La raison pour laquelle la liberté politique constitutionnelle ne coïncide pas nécessairement avec la liberté individuelle, c'est qu'il y a une différence entre une liberté de droit et une liberté de fait. «Il pourra arriver que la constitution sera libre, et que le citoyen ne le sera point. Le citoyen pourra être libre, et la constitution ne l'être pas. Dans ce cas, la constitution sera libre de droit, et non de fait ; le citoyen sera libre de fait, et non pas de droit.»⁽¹⁰⁴⁾ Pour que la liberté, dans ces deux branches, soit de droit et de fait, il faut garantir, à part le bon aménagement de l'Etat, la sûreté des individus. Cette sûreté est en rapport avec un grand nombre de facteurs : «des mœurs, des manières, des exemples reçus», mais surtout «de certaines lois civiles»⁽¹⁰⁵⁾ par opposition aux lois politiques que Montesquieu nomme «lois criminelles»⁽¹⁰⁶⁾.

Après avoir explicité ce qu'il entend par la liberté selon la constitution, Montesquieu va concentrer tout son effort sur la liberté du citoyen⁽¹⁰⁷⁾ afin de nous faire montrer comment le droit criminel, peut sauvegarder ou menacer la liberté personnelle.

La liberté du citoyen

La théorie de la liberté politique proposée par Montesquieu est inséparable de sa conception du droit pénal qu'il expose au livre VI et XII. C'est surtout dans ce dernier livre qui s'intitule «Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen» que l'auteur de *l'Esprit des lois* se montre préoccupé de la sûreté des individus à travers l'ensemble des mesures juridiques qu'il avance pour protéger les personnes contre l'empire de l'arbitraire et de l'injustice. C'est ainsi qu'il indique que le droit pénal qui doit tendre au châtement des criminels dans l'intérêt de la société ne doit

103) EL, XI, I, p.393.

104) Ibid ; XII, 1, pp.430-431.

105) Ibid, p.431.

106) Ibid, 2, p.431.

107) «Ce n'est pas assez d'avoir traité de la liberté politique dans son rapport avec la constitution ; il faut la faire voir dans le rapport qu'elle a avec le citoyen».Ibid, 1, p.430.

pas permettre aux juges de condamner des accusés en fondant leurs jugements sur un seul et unique témoignage : «Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté.»⁽¹⁰⁸⁾.

Aussi, faut-il rejeter les faux témoignages et punir sévèrement leurs auteurs, car quand «l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus.»⁽¹⁰⁹⁾. La législation criminelle, relative aux actes délictueux et à leur répression, doit tendre toujours à la perfection. Les progrès accomplis dans ce domaine «intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde»⁽¹¹⁰⁾. Ces progrès sont basés sur «les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays (...) ce n'est que sur la pratique de ces connaissances que la liberté peut être fondée ; et dans un Etat qui aurait là-dessus les meilleures lois possibles, un homme à qui on ferait son procès, et qui devrait être pendu le lendemain, serait plus libre qu'un bacha l'est en Turquie.»⁽¹¹¹⁾. Le règne de la justice civile ou criminelle ne va pas de pair avec la simplicité de la loi⁽¹¹²⁾. Dans les Etats despotiques, les lois sont simples et peu nombreuses et les procès sont rapides parce que le prince ayant un pouvoir absolu, les sujets n'ont presque pas de droit, et sont dépourvus de garanties de bonne justice. Dans les Etats non despotiques, la justice criminelle accumule les formalités et les procédures criminelles sont lentes, longues et complexes, non pas pour embrouiller le procès et alourdir les frais, mais pour permettre la bonne défense aux accusés : «Dans les Etats modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu'après un long examen : on ne le prive de la vie que lorsque la Patrie elle-même l'attaque ; et elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens possibles de la

108) Ibid .3, p.432.

109) Ibid., 2, p.432.

110) Idem.

111) Idem.

112) «Le gouvernement monarchique ne comporte pas des lois aussi simples que le despotique.», Ibid., VI, 1, p.307.

défendre»⁽¹¹³⁾ Pour que les lois réussissent leur rôle de bien faire régner la justice, elles doivent être claires et précises afin de permettre aux individus de savoir à l'avance s'ils sont dans le tort ou pas. A cet égard, Montesquieu valorise les lois des Douze Tables, et les érige en modèle de précision car elles étaient accessibles à tous et «les enfants les apprenaient par cœur.»⁽¹¹⁴⁾

L'imprécision dans la législation civile et criminelle est un signe d'esclavage politique. C'est ainsi qu'étant à la fois vagues et trop étendues, les lois qui définissent le crime de lèse-majesté comme un manque de respect à l'égard du souverain, sont immanquablement despotiques⁽¹¹⁵⁾. *L'Esprit des lois* fourmille de conseils et abonde en recommandations sur les lois pénales et l'établissement des peines⁽¹¹⁶⁾ pour empêcher l'arbitraire de régner en souverain.

Toutes les mesures prises par Montesquieu pour réformer et perfectionner le pouvoir judiciaire de son temps vise la réalisation d'un maximum possible de liberté. Le libéral qu'est Montesquieu, attribue à la procédure criminelle et au système de punition qu'il préconise trois principes qui vont dans le sens du non asservissement des citoyens.

Le premier principe consiste dans la modération des peines. S'inspirant à la fois du souci de l'impartialité et du sentiment de l'humanité, Montesquieu soutient que les peines ne doivent pas être uniquement justes dans leur nature, mais elles doivent être modérées dans leur principe. Dans les pays despotiques dont le ressort est la crainte, les peines sont excessives. Par contre, dans les Etats modérés (monarchies ou républiques) où les citoyens sont à l'abri de la crainte et de l'assujettissement, les peines correctionnelles infligées aux coupables sont douces et

113) Ibid., 2, p.310. En Turquie «où l'on fait très peu d'attention à la fortune, à la vie, à l'honneur des sujets, on termine promptement, d'une façon ou d'une autre, toutes les disputes.» Ibid.

114) Ibid., XXIX, 16, pp.876-877.

115) Ibid., XII, 7, p.438.

116) Cf. L'article de Gravin (Jean) : «Montesquieu et le droit pénal» in, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de «l'Esprit des lois»*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp.209-254.

supportables : «Il serait aisé de prouver que, dans tous ou presque tous les Etats d'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté.»⁽¹¹⁷⁾ Ce qui laisse entendre que les châtiments tiennent à la nature du gouvernement : «La sévérité des peines convient mieux au gouvernement despotique, dont le principe est la terreur, qu'à la monarchie et à la république, qui ont pour ressort l'honneur et la vertu.»⁽¹¹⁸⁾ Pour les gens libres la répression des crimes est mieux assurée par les peines douces. Celles ci sont efficaces et ont le même effet que les peines atroces ont sur les individus habitués à la soumission : «L'imagination se plie d'elle-même aux mœurs du pays où l'on est : huit jours de prison ou une légère amende frappent autant l'esprit d'un Européen, nourri dans un pays de douceur, que la perte d'un bras intimide un Asiatique.»⁽¹¹⁹⁾ Les effets dissuasifs des peines dépendent de la mentalité de ceux à qui on les applique. Il n'est pas nécessaire de brutaliser le peuple lorsqu'il est vertueux. Aussi, faut-il l'épargner de la peur de supplices cruels et barbares, comme le carcan et la roue. Car la perte du statut social ou la simple menace d'être humilié et classé parmi les malfaiteurs peuvent avoir plus d'effets dissuasifs que la douleur causée par la peine outrée⁽¹²⁰⁾. L'extrême sévérité des lois pénales est inadmissible. Car lorsque la peine est sans mesure, on est dans la vengeance aveugle qu'inspire la haine. Or, affirme Montesquieu, «un bon législateur s'attachera moins à punir les peines qu'à les prévenir ; il s'attachera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices.»⁽¹²¹⁾

Le second principe consiste dans la proportion des peines avec le crime. En effet, le législateur doit établir des peines qui ne sont pas seulement douces, mais aussi justes, c'est à dire proportionnées aux crimes qu'elles sont censées punir. Ce principe, Montesquieu ne le déduit pas des règles propres au droit naturel, mais de l'observation des faits. «C'est un grand mal, parmi nous,

117) *EL.*, VI, 9, p.318.

118) *Ibid.*

119) *LP.*, n°80, p252.

120) *EL.*, VI, 12, p.321.

121) *Ibid.*, 9, p.318.

de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine»⁽¹²²⁾. Si le voleur et l'assassin sont punis également, le voleur n'hésitera pas à tuer. Rien n'est plus injuste, ajoute Montesquieu, que d'infliger la peine de mort, réservée au crime de lèse-majesté, à celui qui calomnie indignement des personnes considérables de l'Etat.⁽¹²³⁾ Non seulement la disproportion entre les délits et les châtiments incite le délinquant au pire, mais elle nuit gravement à l'exercice de la liberté. C'est sur quoi insiste le chapitre 4 du livre XII dont l'intitulé suffit à lui seul à nous dévoiler le but ultime du principe en question dans la législation criminelle de Montesquieu : «Que la liberté est favorisée par la nature des peines et leur proportion»⁽¹²⁴⁾. Une telle proportion ne fait que confirmer, encore une fois, les intentions libérales du philosophe de la Brède : «C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse ; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose ; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme.»⁽¹²⁵⁾

Le troisième principe se rapporte à l'ordre auquel appartient le délit : le crime relève du factuel et non du réflexif. Il se rapporte à l'action et non pas à la pensée : «Les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures.»⁽¹²⁶⁾ C'est pour cela qu'il n'est pas inique de condamner la magie et l'hérésie : «L'accusation de ces deux crimes peut extrêmement choquer la liberté, et être la source d'une infinité de tyrannies si le législateur ne sait la borner. Car, (...) elle ne porte pas directement sur les actions d'un citoyen, mais plutôt sur l'idée que l'on s'est faite de son caractère.»⁽¹²⁷⁾ De même, il ne faut pas incriminer la sodomie. Ce crime contre nature, étant naturellement «caché», la justice le punit le plus souvent sur la déposition «d'un enfant» ou «d'un esclave.» En outre, la recherche de témoignage pour ce genre de crime ne fait qu'«ouvrir

122) Ibid., 16, p.328.

123) Ibid., p327.

124) Ibid., XII, 4, p.433.

125) Idem.

126) Ibid., 11, p.441.

127) Ibid., 5, p.435.

une porte bien large à la calomnie ⁽¹²⁸⁾. Aussi, les lois humaines n'ont-elles pas à juger ni à punir les délits contre la divinité, note courageusement Montesquieu. Car «là où il n'y a point d'action publique, il n'y a point de matière de crime : tout s'y passe entre l'homme et Dieu, qui sait la mesure et le temps de ses vengeances» ⁽¹²⁹⁾. Les crimes contre la foi religieuse, tel que le sacrilège, doivent être punis uniquement de peines ecclésiastiques, et non de peines temporelles établies par l'autorité civile. Par cette séparation de la justice et de la religion, Montesquieu cherche à défendre la liberté de conscience. Dans la même lignée de défendre l'individu contre la servitude, Montesquieu critique sévèrement les incriminations politiques qui ôtent aux citoyens la liberté de discussion à l'égard de ceux qui détiennent le pouvoir. Il pense que c'est une grande tyrannie que de considérer les critiques formulées contre le gouvernement comme un crime de lèse-majesté. Les paroles «ne deviennent des crimes que lorsqu'elles préparent, qu'elles accompagnent, ou qu'elles suivent une action criminelle.» ⁽¹³⁰⁾. Le crime de lèse-majesté est un attentat réel et tangible contre le pouvoir et la personne réelle du souverain. Or, «les paroles ne forment point un corps de délit» puisqu'elles «ne restent que dans l'idée». Dès lors «comment donc en faire un crime de lèse-majesté. Partout où cette loi est établie, non seulement la liberté n'est plus mais son ombre même.» ⁽¹³¹⁾ L'originalité essentielle de Montesquieu tient à son insistance sur la liberté de pensée et d'expression et sur sa recommandation de dénuer de la loi tout droit de regard sur la subjectivité.

L'idée de liberté est au cœur de la pensée politique de Montesquieu. Cette liberté trouve sa condition de possibilité dans la bonne législation pénale qui est le corollaire de la limitation du pouvoir qui s'impose à tout gouvernement légitime et non corrompu. Par sa distinction entre «la liberté d'après la constitution» et «la liberté du citoyen» exposée au livre XI et XII de *l'Esprit des lois*, Montesquieu anticipe la liaison qui sera établie

128) Ibid., 6, p.437.

129) Ibid., 4, p.433.

130) Ibid., 13, p.443.

131) Ibid., p.442.

ultérieurement par les constituants américains et français entre le principe de «la séparation des pouvoirs», communément désigné ainsi, et le droit de l'homme et du citoyen.

Une conclusion s'impose à la fin de cet exposé : dédaigneux du despotisme, Montesquieu ressemble en quelque sorte à Rousseau. Mais à la différence de ce dernier, il n'est pas partisan de l'égalité civile entre les citoyens. Car il se montre clairement hostile au gouvernement direct, et d'une manière générale à la souveraineté du peuple. Il reste comme on l'a dit, noble, «hiérarchique» et compte sur une aristocratie pour éclairer le peuple et le préserver de l'assujettissement. «Il n'est pas indifférent, dit-il, que le peuple soit éclairé.»⁽¹³²⁾ Mais ajoute-t-il «il faut que le petit peuple soit éclairé par les principaux, et contenu par la gravité de certains personnages.»⁽¹³³⁾ Répugnant le despotisme de tous et le despotisme d'un seul, Montesquieu croit que les prérogatives et les privilèges des corps intermédiaires sont essentiels pour la sauvegarde de la liberté.

132) Ibid., Préface, p.230.

133) Ibid., II, 2, p.243.

