



La liberté politique selon Montesquieu

Didier Carsin

DANS **L'ENSEIGNEMENT PHILOSOPHIQUE** 2013/3 63e Année , PAGES 9 À 29

ÉDITIONS **ASSOCIATION DES PROFESSEURS DE PHILOSOPHIE DE L'ENSEIGNEMENT PUBLIC**

ISSN 0986-1653

DOI 10.3917/eph.633.0009

Date de mise en ligne : 15/04/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-l-enseignement-philosophique-2013-3-page-9?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Association des professeurs de philosophie de l'enseignement public.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://shs.cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LA LIBERTÉ POLITIQUE SELON MONTESQUIEU¹

Didier CARVIN
Lycée Claude Monet, Le Havre

INTRODUCTION

On résume souvent l'essentiel de la pensée politique de Montesquieu au fameux chapitre 6 du Livre XI, où il examine les principes de la constitution anglaise. En organisant la « séparation » des pouvoirs, celle-ci serait le modèle de toute constitution : elle préserverait la liberté des individus de l'arbitraire des pouvoirs ; elle leur reconnaîtrait le droit de participer à l'élaboration des lois en élisant des représentants. Une telle lecture sépare en réalité ce chapitre de l'argumentation d'ensemble de *l'Esprit des Lois* et ne tient pas compte de ses dernières lignes où Montesquieu écarte explicitement l'idée d'un modèle : « *Je ne prétends point par là ravalier les autres gouvernements, ni dire que cette liberté politique extrême doive mortifier ceux qui n'en ont qu'une modérée* ». Qualifier la liberté des Anglais de « *liberté politique extrême* », n'est nullement en faire l'éloge (« *extrême* » s'oppose à « *modéré* »). La « *liberté politique extrême* » des Anglais est ce qui expose la nation anglaise au despotisme, bien plus que les monarchies traditionnelles. Même si l'Angleterre a un roi et une noblesse héréditaire représentée à la Chambre des Lords, elle n'est plus vraiment une monarchie depuis qu'elle a aboli les pouvoirs intermédiaires, et elle tend plutôt vers la république car le peuple y détient une partie de la puissance législative en étant représenté à la Chambre des Communes (l'Angleterre est ainsi « *une nation où la république se cache sous la forme de la monarchie* », V, 19). Montesquieu ne fait donc pas de la constitution anglaise un modèle mais il parle à son propos d'un « *miroir* » : la nation anglaise reflète les principes de la liberté politique dans la mesure où sa constitution a cette liberté « *pour objet direct* » (XI, 5). Par là, il ne s'agit pas de décrire la réalité empirique et d'« *examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté ou non* » (XI, 6), il suffit seulement de montrer que, selon leur constitution, ils devraient l'être. La constitution d'Angleterre est ainsi un objet d'étude privilégié qui permet d'expérimenter en pensant le maximum de liberté qui soit possible au sein d'un gouvernement modéré².

1. Cet article complète un essai « *Montesquieu, les lois et les mœurs* » paru dans la collection « Philosophie en cours » au Scerén (CNDP- CRDP).

2. Les monarchies ne visent qu'indirectement la liberté politique : « *Elles ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'État et du prince. Mais de cette gloire, il résulte un esprit de liberté qui, dans ces États, peut faire d'aussi grandes choses, et peut-être contribuer autant au bonheur que la liberté même* ». (XI, 7).

Si la constitution anglaise était un modèle, le chapitre 6 serait en contradiction avec les quatre premiers chapitres du Livre XI où Montesquieu prend bien soin de distinguer « *le pouvoir du peuple* » de « *la liberté du peuple* » (XI, 2), « *l'indépendance* » de la « *liberté* » (XI, 3). Or, ces distinctions mettent en cause le caractère jugé essentiel et universel des qualités reconnues au modèle anglais (la préservation des droits naturels de l'individu, la participation à l'action législative). D'une part, l'indépendance n'est pas la liberté ; comme nous allons le voir, celle-ci n'est pas une propriété naturelle de chaque individu que l'État aurait pour charge de préserver, elle est au contraire le produit des lois établies, en Angleterre comme ailleurs. D'autre part, la liberté du peuple n'implique pas nécessairement sa participation à l'action politique, comme c'est le cas dans les républiques et en Angleterre.

Il apparaît donc nécessaire de reconstituer le mouvement d'ensemble de l'argumentation de Montesquieu dans *L'Esprit des Lois* pour comprendre véritablement sa réflexion sur la liberté et cerner la place qu'y occupe le chapitre 6 du Livre XI. Nous examinerons d'abord comment Montesquieu élabore le concept de liberté politique, en lisant attentivement les premiers chapitres des Livres I et XI. Il apparaîtra ainsi que la liberté politique ne se définit pas comme l'exercice de la volonté des citoyens ; elle n'est pas le pouvoir de faire des lois, mais le sentiment d'être protégé par des lois. Pour Montesquieu, le mal à éviter est toujours l'arbitraire, c'est-à-dire la dépendance à la volonté d'un autre, et le danger vient toujours de la prétention de la volonté à légiférer, quelle que soit cette volonté, que ce soit celle d'un monarque ou celle d'un peuple. C'est pourquoi il ne suffit pas de protéger la liberté par des lois, il faut encore s'assurer des conditions de la liberté politique. Il faut éviter d'abord que les lois soient tyranniques, ce qu'elles sont si elles résultent de l'abus de pouvoir – c'est l'objet du fameux chapitre 6 du Livre XI. Il faut enfin éviter que les lois pénales, qui mettent en jeu « *l'honneur, la fortune, la vie et la liberté des citoyens* » (XII, 2), soient le résultat de la volonté capricieuse du législateur, quand bien même le risque de l'abus de pouvoir serait écarté. C'est l'objet du Livre XII.

I. LA LIBERTÉ POLITIQUE

1. *Indépendance naturelle, libre-arbitre, liberté politique.*

La liberté n'est pas une propriété naturelle de l'individu que les institutions politiques auraient pour charge de préserver. À l'état de nature, les hommes sont des animaux craintifs, tous également soumis à la même faiblesse et à la même détresse³. Aussi longtemps que l'homme est faible et réduit à une vie animale, il ne peut être encore cet « *être particulier intelligent* » que le premier chapitre présente comme capable d'agir par lui-même et de s'écarter de ses propres lois (« *Il est de leur nature qu'ils agissent par eux-mêmes. Ils ne suivent donc pas constamment leurs lois primitives ; et celles même qu'ils se donnent, ils ne les suivent pas toujours* » I, 1). L'état de nature est un état où les lois de nature suffisent à régler sa conduite (« *chacun se sent inférieur ; à peine chacun se sent-il égal. On ne chercherait donc point à s'attaquer, et la paix serait la première loi naturelle* »). L'intelligence ne peut s'éveiller qu'avec l'acquisition de connaissances qui incitent les hommes à s'unir mais aussi à se combattre en leur faisant perdre le sentiment de leur faiblesse. La liberté constitutive de leur « *être intelligent* » (ce qu'on pourrait appeler leur libre-arbitre) se manifeste alors comme une puissance ambivalente : elle est à l'origine de l'état de guerre dans lequel les hommes

3. Pas une seule fois Montesquieu ne parle de liberté dans le chapitre 2 du Livre I qui aborde l'état de nature.

risquent de sombrer, mais elle peut également lui trouver un remède par l'établissement de lois. Dès lors en effet que les hommes commencent à sentir leur force, « ils cherchent à tourner en leur faveur les principaux avantages de cette société » (I, 3) et risquent de se combattre et de s'entre-détruire ; mais ils peuvent éviter ce danger en instituant des lois « parmi les hommes ». Leur pouvoir de faire des lois s'affirme ainsi en corrélation avec celui qu'ils ont de s'écarter des lois (à commencer par les lois qui gouvernent leur être intelligent – les rapports d'équité – et celles qui gouvernent leur être sensible – les lois de nature).

La lecture du chapitre 2 du Livre I de *L'Esprit des Lois* nous invite donc à ne pas confondre ce que Montesquieu appellera au chapitre 15 du Livre XXVI « l'indépendance naturelle » avec la liberté constitutive de l'être intelligent de l'homme (I, 1 : « Comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu'il établit lui-même ») qui ne se peut se révéler qu'en société. Il ne faut pas non plus confondre cette liberté, présentée négativement au chapitre 1 comme un pouvoir d'infraction, avec la liberté politique qui en est précisément l'antidote⁴. Celle-ci n'est possible que si chaque homme est protégé par le droit de l'état de guerre que la première engendre. « La liberté politique, écrit Montesquieu, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté » (XI, 6). La tranquillité d'esprit est ce que l'on gagne quand, grâce aux lois, on a l'assurance de ne pas dépendre du caprice des autres hommes. Mettre ainsi l'accent sur la sûreté, ce n'est plus définir la liberté politique dans le prolongement de sa définition philosophique (« la liberté philosophique consiste dans l'exercice de sa volonté », XII, 2), mais c'est la considérer, tout autrement, comme un sentiment de confiance qui résulte de la protection des lois. C'est rompre aussi avec la conception républicaine de la liberté politique pour laquelle elle est le pouvoir de participer à l'élaboration des lois : si l'on en juge par les titres des Livres XI et XII, la liberté politique ne forme pas les lois, mais elle est au contraire « formée » par les lois.

La liberté n'existe donc que par les lois. La tentation est grande pourtant de confondre « le pouvoir du peuple » avec la « liberté du peuple » (XI, 2) et de voir dans la démocratie l'État libre par excellence, « où le peuple paraît faire ce qu'il veut » (XI, 3). Si un tel État est libre, il ne le doit pas en réalité à sa nature : il n'est pas libre parce que le peuple y ferait effectivement tout ce qu'il voudrait, mais parce qu'il est réglé par des lois. Ainsi « dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir » (XI, 3). En déterminant ce qui est obligatoire, les lois désignent en même temps ce qui est attentatoire à la liberté des citoyens : elles exigent l'exécution de ce qu'elles définissent comme obligatoire et sanctionnent les actions qui pourraient être mises en œuvre pour l'en empêcher, mais corrélativement, elles protègent les citoyens contre celles qui les contraindraient de faire ce qu'elles ne définissent pas comme tel. Montesquieu oppose ainsi la liberté politique qu'il définit comme « le droit de faire tout ce que les lois permettent », à l'« indépendance », qui revient à prétendre faire tout ce qu'on veut sans aucune limite. Si les lois n'existaient pas pour déterminer ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas, la liberté serait détruite car chacun serait alors exposé à l'arbitraire des autres. La liberté n'existe donc que par les lois auxquelles tous sont soumis, y compris les gouvernants.

4. Selon la judicieuse expression de J. Goldzink, dans *La Solitude de Montesquieu* chez Fayard, page 142.

2. Les conditions de la liberté politique : comment éviter des « lois tyranniques » et des « lois arbitraires » ?

La liberté n'existe que par les lois, mais n'appelle-t-on pas parfois « lois » des textes liberticides ? Peut-on ainsi se contenter d'une simple dénomination ? Ne faut-il pas admettre qu'il y a des lois qui ne méritent pas leur nom ? Comment alors s'assurer du bien-fondé de leur titre ? Les Livres II à VIII, en produisant la distinction entre les gouvernements modérés (régis par des lois) et les gouvernements despotiques (sans lois), permettent d'aboutir à la conclusion énoncée au chapitre 4 du Livre XI : « *La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés.* » Toutefois, il ne suffit pas qu'un gouvernement soit modéré, pour que ses lois garantissent toujours la liberté, car il peut y avoir des « lois tyranniques » et des « lois arbitraires ». Une loi est tyrannique quand elle n'exprime qu'un intérêt particulier, quand, en dépit de sa forme générale, son contenu est déterminé en vue de son application à des cas particuliers. Une loi est arbitraire lorsque son rapport à la nature de la chose à laquelle elle s'applique n'est qu'arbitraire. Ni les unes ni les autres ne sont vraiment des lois. La lecture des Livres XI et XII nous permettra de comprendre à quelles conditions on peut établir de véritables lois pour garantir la liberté politique.

Il importe d'abord de réfléchir aux conditions de leur élaboration. C'est l'objet du Livre XI qui traite « *des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution* ». L'essentiel est ici d'éviter l'abus de pouvoir qui risque d'engendrer des « lois tyranniques »⁵, (XI, 6). On se demandera donc comment les lois fondamentales devront agencer les pouvoirs de l'État pour le rendre impossible. Dans ce livre, la liberté est abordée sous l'angle des institutions politiques (droit politique). Mais ce point de vue ne suffit pas : comme l'indique en effet la définition énoncée par Montesquieu, la liberté est une affaire subjective (c'est pourquoi le Livre XII traite « *des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen* »), elle est un sentiment de sécurité :

La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté. (XII, 2, voir aussi XI, 6).

L'essentiel est que le citoyen se sente en sûreté, mais comme le suggère la nuance restrictive incluse dans la définition, son sentiment repose sur une opinion qui n'est pas nécessairement fondée ; le vécu subjectif ne reflète pas nécessairement la réalité des institutions. Le chapitre 1 du Livre XII le confirme :

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.

L'explication est donnée plus loin dans le même chapitre :

Il n'y a que la disposition des lois, et même des lois fondamentales, qui forme la liberté dans son rapport avec la constitution. Mais, dans le rapport avec le citoyen, des mœurs, des manières, des exemples reçus peuvent la faire naître ; et de certaines lois civiles la favoriser, comme nous allons le voir dans ce livre-ci. (XII, 1).

La sûreté peut ainsi être le résultat d'un certain nombre de facteurs moraux (des « mœurs », des « manières »...) indépendants de la structure politique. Toutefois, même si elle doit peu aux lois fondamentales du gouvernement, il est important qu'elle soit « favorisée » par « certaines lois civiles ». Or, nous le verrons, les lois pénales (que Montesquieu appelle « lois criminelles ») sont parmi les lois civiles celles qui ont avec la sûreté le rapport le plus sensible :

5. Les lois fondamentales organisent l'État mais ne déterminent pas sa direction qui dépend des lois adoptées par la puissance législative

Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen. (XII, 2).

C'est là qu'apparaît un deuxième type de problème : il ne concerne pas les conditions d'élaboration des lois, mais la manière même de les concevoir. En effet, il peut se produire que les lois pénales soient arbitraires et menacent ainsi la sûreté, quand bien même le risque d'abus de pouvoir serait écarté. C'est le cas lorsque les peines qu'elles prévoient n'ont qu'un rapport arbitraire avec la nature des crimes qu'elles sanctionnent. Il faut donc cerner deux risques différents : celui de lois tyranniques qui résultent d'un abus de pouvoir (elles sont nécessairement arbitraires, mais pour des raisons extrinsèques) et celui de lois arbitraires (dans leur conception même, intrinsèquement).

Mais, quel que soit le risque, l'objectif est toujours d'éliminer l'arbitraire, sous toutes les formes où il peut se produire, à commencer par sa forme la plus grossière et la plus massive, le gouvernement despotique. Le Livre XII apparaît ainsi comme le point d'aboutissement d'une réflexion menée déjà en amont du Livre XI avec la caractérisation du gouvernement despotique, qui se poursuit au Livre XI avec l'idée d'une constitution libre évitant l'abus de pouvoir, et qui se termine enfin sur l'examen des lois pénales : elles ne doivent pas être arbitraires pour favoriser la liberté du citoyen. Le début du chapitre 4 offre ainsi un excellent condensé de la démarche adoptée par Montesquieu pour éclairer les conditions de la liberté politique :

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. (XII, 4).

« *Tout l'arbitraire cesse* » en effet quand après avoir éliminé l'arbitraire du pouvoir par une constitution, on supprime enfin celui qui risque d'affecter les lois pénales ; c'est alors le « *triomphe de la liberté* ».

II. LES LOIS RISQUENT D'ÊTRE TYRANNIQUES QUAND IL Y A CONFUSION DES PUISSANCES

1. La confusion de la puissance législative et de la puissance exécutive

« *La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés* », mais ajoute Montesquieu, « *elle n'est pas toujours dans les États modérés ; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir* » (XI, 4). Il y a en effet comme une pente inévitable du pouvoir : celui qui l'exerce exige toujours plus de pouvoir :

C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.

Pour contrer cette tendance, il est assez illusoire d'en appeler, comme Richelieu, les princes et leurs ministres à la vertu, alors même qu'on a comme lui détruit les pouvoirs intermédiaires de la monarchie (V, 11). « *Qui le dirait*, rétorque Montesquieu en XI, 4, *la vertu même a besoin de limites* ». Les seules limites que puisse rencontrer un pouvoir sont celles que lui oppose un autre pouvoir : pour éviter l'abus de pouvoir, la solution est donc d'agencer les puissances de l'État de telle sorte qu'elles puissent s'équilibrer :

Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. (XI, 4).

Toutefois l'expression « *abus de pouvoir* » peut susciter un malentendu. Comme le remarque Charles Eisenmann⁶, elle est équivoque : elle peut tout aussi bien signifier un abus juridique, celui qui consiste à sortir des limites légales d'une fonction (comme l'agent de la force publique qui au lieu d'appliquer strictement la loi, profite de sa fonction pour la violer) que l'expression démesurée d'une force, sans référence à une loi préalable. Montesquieu l'entend ici au second sens : de l'opposition régulée des pouvoirs les uns aux autres au sein de l'État dépendront précisément les lois qui seront élaborées et votées.

La constitution d'Angleterre est en ce sens, pour Montesquieu, un objet d'étude privilégié. Elle permet de comprendre comment, sans qu'il soit besoin de vertu, grâce à une organisation complexe des pouvoirs de l'État et à un mécanisme de représentation, des groupes sociaux aux intérêts divergents parviennent à produire des décisions qui donnent lieu à des lois. Celles-ci sont ainsi le produit d'un jeu de forces politiques et sociales que les lois constitutionnelles se bornent à organiser. Pour qui veut comprendre les conditions de la liberté politique, cette constitution est un « *miroir* » puisqu'elle fait d'elle « *son objet direct* » (XI, 5). Comme nous l'avons dit, « *miroir* » ne veut pas dire modèle. Par ses tendances républicaines, la constitution anglaise ne peut pas en effet être considérée comme un modèle de modération : la participation du peuple au pouvoir législatif expose l'Angleterre au despotisme. Son équilibre est donc assez fragile. S'il mérite d'être examiné, ce n'est aucunement parce qu'il repose sur une « *séparation* » des pouvoirs. C'est là une idée reçue qui entre en contradiction avec ce que Montesquieu affirme au chapitre 4 du Livre XI. Si l'on veut en effet que « *le pouvoir arrête le pouvoir* », il faut que les pouvoirs soient en mesure de s'opposer. Ce n'est guère possible s'ils sont séparés et totalement indépendants les uns des autres. Loin d'envisager une séparation des pouvoirs, Montesquieu formule explicitement la nécessité de leur liaison, de leur enchaînement, et même encore de leur fusion. Montesquieu n'utilise le terme de « *séparation* » qu'à propos du pouvoir judiciaire (à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif). Ainsi, il écrit en XI, 6 (nous soulignons les verbes) :

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 exécutrice, qui le sera elle-même par la législative.

Comparant les autres monarchies européennes à la monarchie anglaise, Montesquieu écrit plus loin en XI, 7 :

Dans les monarchies que nous connaissons, les trois pouvoirs ne sont point distribués et *fondus* sur le modèle de la constitution dont nous avons parlé.

En réalité, comme le montre Eisenmann, cette constitution repose sur deux principes. Le premier est celui d'une non-confusion des trois pouvoirs : il ne faut pas que deux des trois pouvoirs étatiques⁷, et à plus forte raison les trois, soient remis à un

6. Charles Eisenmann est l'auteur d'un article célèbre qui réfute la thèse selon laquelle Montesquieu défendrait le principe d'une « *séparation des pouvoirs* » : « *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* » (1952), et qu'on peut trouver dans *Lectures de l'Esprit des Lois*, aux Presses universitaires de Bordeaux.

7. Les pouvoirs d'un État exercent des puissances spécifiques qui sont au nombre de trois : la puissance législative et deux puissances exécutrices : « *la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens* », et « *la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil* ». La première est la puissance de faire les lois, de les corriger, de les abroger. La deuxième est celle qui fait la paix et la guerre, commande aux armées et conclut les traités : elle établit aussi la « *sûreté* » et assure la paix civile en tenant la police. La troisième puissance est ce que nous nommons habituellement le pouvoir judiciaire. Attention, Montesquieu dit « *puissance exécutrice* » et non puissance exécutive (contrairement à Rousseau, pour lequel celle-ci n'est que la force qui permet d'appliquer les décisions de la puissance législative).

seul et même organe, ou ce qui revient au même, qu'un même organe cumule deux des pouvoirs ou les trois. Le deuxième, le plus important, est celui du partage du pouvoir souverain (le pouvoir législatif) par plusieurs forces sociales et politiques.

Ainsi, en Angleterre, la puissance législative est confiée non pas à une, mais à trois autorités distinctes. Le Parlement est composé de deux assemblées distinctes, l'une qui représente les nobles (la Chambre des Lords), l'autre qui représente le peuple (la Chambre des Communes). D'autre part, le roi qui détient déjà la puissance exécutive, dispose aussi d'une part de la puissance législative, puisqu'il dispose d'une « *faculté d'empêcher* », c'est-à-dire d'un droit de veto. En conséquence, les lois élaborées et votées par le Parlement ne peuvent entrer en vigueur que si le monarque y consent. On ne peut donc pas parler d'une indépendance des pouvoirs : non seulement le roi, chef de l'exécutif, détient une part de la puissance législative, mais à l'inverse, le Parlement peut exercer un droit de regard sur la puissance exécutive en contrôlant l'application des lois qu'il a votées (« *Dans un État libre, la puissance législative [...] a le droit et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites sont exécutées* », XI, 6).

La violation de ces principes (non-confusion des pouvoirs, pluralité sociale de la puissance législative) ne peut qu'entraîner la destruction de la liberté politique. Si celui qui fait les lois dispose en même temps du pouvoir de les faire exécuter, il risque d'être tenté de les faire en vue des hommes auxquels il veut les appliquer, c'est-à-dire de faire des « *lois tyranniques* » :

Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la 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. (XI, 6).

Une loi a toujours un objet général : elle définit des fonctions, ou détermine des actions obligatoires et des actions défendues, mais elle ne considère jamais des hommes ni des cas particuliers. Reprenant la même idée, Rousseau écrira ainsi dans le *Contrat social* (Livre II chapitre 6) :

Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne.

Qu'une loi définit des fonctions hiérarchiques n'a rien en soi de scandaleux, mais qu'elle nomme par avance leurs titulaires, c'est là une violence discriminatoire. Si le même homme ou la même assemblée sont à la fois législateur et exécuteur des lois, c'est bien ce qu'il risque d'arriver. Les lois qu'ils produiront seront des « *lois tyranniques* » car elles seront élaborées seulement en vue de leur application à des cas particuliers, et par conséquent contraires à la nature générale d'une loi. Leur exécution sera elle-même « *tyrannique* » puisque n'étant pas l'application d'une véritable loi, elle sera inévitablement un acte de violence.

Dénoncer la confusion des puissances législative et exécutive, c'est bien sûr rejeter la conception absolutiste de Hobbes, pour lequel le souverain institué par le pacte social doit disposer d'un pouvoir sans partage et concentrer ainsi tous les pouvoirs. Si Rousseau rejoint Montesquieu sur ce point⁸, les deux philosophes n'entendent pas pour autant la division des pouvoirs de la même façon. Une confrontation est ici nécessaire pour bien saisir l'originalité de l'analyse de Montesquieu.

Pour Rousseau, la division des pouvoirs consiste bel et bien en une séparation : la puissance législative, – puissance souveraine qui n'appartient qu'au peuple –, est seule

8. Pour rappel, *L'Esprit des Lois* est publié la première fois en 1748. Le *Contrat Social* paraîtra en 1762.

habilité à faire les lois, c'est-à-dire à se prononcer sur des objets généraux. Afin d'éviter sa corruption, qui serait mortelle pour l'État, il est nécessaire qu'elle délègue la puissance exécutive à un corps de magistrats (que Rousseau appelle le gouvernement) chargé seulement d'exécuter les lois, c'est-à-dire de les appliquer à des objets particuliers :

Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales, pour la donner aux objets particuliers. Rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts privés dans les affaires publiques [...]. (*Contrat social*, III, 4).

Cette séparation présuppose pour Rousseau que le peuple soit souverain et détienne seul la puissance législative. Sa volonté, ou « *volonté générale* », « *pour être vraiment telle dans son objet ainsi que dans son essence, doit partir de tous pour s'appliquer à tous* » (*Contrat social*, II, 4). Ainsi chaque individu est amené à vouloir pour lui-même ce qu'il veut pour les autres et pour les autres ce qu'il veut pour lui. En contraignant chacun à considérer les autres comme lui-même, le processus de décision transforme la diversité des individus en identité universelle et assure de cette manière l'unité de la volonté générale. Celle-ci est en revanche détruite si des « *associations partielles* » (soit des partis, des classes ou des groupes d'intérêt) viennent fausser le processus de décision. Au lieu de ne prendre en compte que ce qui dans son intérêt individuel est identique à celui des autres, chacun ne s'identifiera en effet qu'aux membres de son groupe. C'est la raison pour laquelle Rousseau rejette fermement les « *associations partielles* » :

Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État et que chaque citoyen n'opine que d'après lui. (*Contrat social*, II, 3).

On mesure ainsi la différence radicale du propos de Montesquieu⁹. Si Rousseau dénonce bien la conception absolutiste de Hobbes, il est cependant convaincu comme lui de la nécessité de l'unité du pouvoir (exprimée dans le concept de souveraineté : pour Hobbes l'unité est assurée par la soumission commune au pouvoir souverain extérieur à la pluralité des individus ; pour Rousseau, elle est produite dans la volonté générale). Montesquieu insiste au contraire sur la nécessité de le diviser et de le pluraliser. Il est ainsi important que la puissance législative soit partagée entre plusieurs forces sociales et qu'elle soit divisée entre plusieurs organes institutionnels.

Loin d'être séparée de la puissance exécutive, elle est en partie exercée par celle-ci dans la mesure où le monarque dispose d'un droit de veto. On peut lire dans le chapitre 6 du Livre XI la critique que Montesquieu formule par avance à l'égard d'une conception qui, comme celle de Rousseau, exige une stricte séparation des pouvoirs : « *si la puissance exécutive n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique ; car, comme il pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances* » (XI, 6). En faisant en effet de la puissance exécutive le simple exécutant de la puissance législative, l'exigence rousseauiste de séparation des pouvoirs risque de se transformer en vœu pieux et d'ouvrir en réalité la voie au despotisme : le peuple peut être tenté de s'approprier tous les pouvoirs et de les concentrer entre ses mains. On tombe alors dans ce que Montesquieu appelle le « *despotisme de tous* », et la liberté politique est détruite (VIII, 6).

La monarchie anglaise risquerait de sombrer dans le despotisme si la puissance législative n'était pas elle-même divisée, si le peuple en était le seul détenteur, et si le

9. L'article de Bernard Manin « Montesquieu et la politique moderne » (publié dans *Lectures de l'Esprit des Lois*, aux Presses universitaires de Bordeaux) est ici très éclairant.

monarque ne disposait pas d'un droit de veto. En comportant certains traits républicains, la monarchie anglaise est certes plus fragile qu'une véritable monarchie, mais elle n'est pas aussi fragile qu'une république dont la conservation requiert la vertu des citoyens. L'agencement complexe des puissances que sa constitution organise l'en dispense. Son fonctionnement peut être ainsi décrit, à l'instar des autres monarchies, comme celui d'une « *belle machine* » (« *Dans les monarchies, la politique fait faire les grandes choses avec le moins de vertu qu'elle peut ; comme, dans les plus belles machines, l'art emploie aussi peu de mouvements, de forces et de roues qu'il est possible* », III, 5). La « *force des lois* » (des lois constitutionnelles) suffit à régler le jeu de puissances sociales aux ambitions concurrentes (chambre des Lords et chambre des Communes). Au lieu d'« *un gouvernement fondé sur un corps de noblesse* » comme dans le cas d'une véritable monarchie, c'est « *un gouvernement fondé sur un corps législatif formé par les représentants d'une nation* » (XI, 8). Son moteur n'est pas l'honneur (qui est la passion caractéristique de la noblesse), mais les intérêts de chacun des groupes sociaux dont l'antagonisme est pris en charge par le mécanisme constitutionnel, qui évite ainsi que les uns ne s'imposent tyranniquement aux autres.

Nul besoin d'envisager comme Rousseau un pur citoyen se prononçant raisonnablement, dans le silence de ses passions et de ses désirs particuliers, sur ce que doit être la loi qui traduira l'intérêt général. Les citoyens anglais ne sont pas séparables des intérêts particuliers qui résultent de leur position sociale. Ceux-ci sont les forces que le mécanisme constitutionnel parvient à « *combiner, régler, tempérer* » (verbes employés par Montesquieu en V, 14, pour caractériser la formation des gouvernements modérés), pour les « *forcer à aller de concert* », en les contraignant à produire des lois, par-delà leurs divergences (« *Comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles (les trois puissances que sont les deux parties du corps législatif et la puissance exécutive) sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert* », XI, 6).

2. La confusion entre la puissance judiciaire et la puissance législative ou la puissance exécutive

Il y a encore risque d'abus de pouvoir lorsque la puissance de juger est jointe soit à la puissance législative soit à la puissance exécutive :

Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. 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. (XI, 6).

C'est la seule fois où Montesquieu emploie le verbe « *séparer* ». La puissance judiciaire a besoin d'être séparée des deux autres, alors que celles-ci doivent être liées et enchaînées de manière à se faire contrepoids.

Juger, c'est appliquer à un cas particulier une loi préexistante. Si le juge est en même temps législateur, on peut craindre qu'il ne fasse une loi en vue du jugement qu'il veut prononcer. Il faut par conséquent que la puissance de juger soit séparée de la puissance législative, afin que les jugements ne soient que l'application de la loi et non pas l'expression de l'opinion du juge. D'autre part, si le juge détient lui-même la force publique, le risque est grand qu'il soit tenté d'arrêter un homme en vue de le déclarer coupable, le jugement n'étant plus qu'un simulacre de jugement consistant à valider une décision déjà prise par avance. Le juge aurait alors « *la force d'un oppresseur* ». La séparation de la puissance judiciaire et de la puissance exécutive est donc la garantie de la présomption d'innocence (« *Quand l'innocence des citoyens n'est plus*

assurée, la liberté ne l'est pas non plus », XII, 2). Dans tous les cas, le problème est de s'assurer que le juge se limite à la stricte puissance de juger, sans confusion aucune avec d'autres puissances.

Il est ici nécessaire de rappeler que ce que dit Montesquieu du rôle du juge en Angleterre (XI, 6), concerne un gouvernement d'aspect républicain, où les représentants du peuple participent en partie à la puissance législative. Comme le peuple participe au pouvoir politique, il faut que la législation soit uniforme et que le droit pénal se réduise à la simple application de la loi :

Mais le peuple n'est pas jurisconsulte [...] ; il faut lui présenter un seul objet, un fait, et un seul fait ; et qu'il n'ait qu'à voir s'il doit condamner, absoudre, ou remettre le jugement. (VI, 4).

Ainsi, dans la monarchie anglaise, « *la puissance de juger [...] devient pour ainsi dire invisible et nulle* », et plus loin, « *les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi* » (XI, 6). Pour s'assurer que les juges appliquent seulement la loi, les dispositions constitutionnelles exigent que « *la puissance de juger... soit exercée par des personnes tirées du corps du peuple* », et non par un corps de juges professionnels qui formeraient « *un sénat permanent* ». Toutes les précautions doivent être prises pour éviter aussi que les accusés n'aient le sentiment qu'ils soient jugés en fonction des préjugés de leurs juges. Deux règles permettent d'éviter ce danger : d'une part, dans les grandes accusations, l'accusé doit pouvoir récuser un certain nombre de juges ; d'autre part, les juges doivent être de même condition que lui. Les nobles doivent être notamment jugés par leurs pairs de la Chambre des Lords (qui exerce en ce sens une part de la fonction judiciaire) :

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 État libre, d'être jugé par ses pairs. (XI, 6).

Mais, mise à part cette exception importante, la justice est rendue par des jurys populaires et temporaires.

On aurait tort de conclure que le pouvoir judiciaire doit toujours se borner à appliquer une loi uniforme. Cela n'est vrai que pour les républiques ou les gouvernements qui s'en rapprochent, comme l'Angleterre (« *Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe* », (VI, 3)). Cela ne peut pas bien sûr être le cas des États despotiques où « *il n'y a point de lois* » et où « *le juge est lui-même la règle* » (VI, 4). Mais cela n'est pas vrai non plus des véritables monarchies où la justice dépend de tribunaux qui relèvent des droits seigneuriaux. Leur diversité ménage une place à la jurisprudence :

À mesure que les jugements des tribunaux se multiplient dans les monarchies, la jurisprudence se charge de décisions, qui quelquefois se contredisent [...]. C'est un mal nécessaire, que le législateur corrige de temps en temps, comme contraire même à l'esprit des gouvernements modérés. (VI, 1).

Les juges ont donc un poids important dans les monarchies car ils y légifèrent partiellement. Cette forme de juridiction, qui peut donner lieu à des abus, est un « *mal nécessaire* » inhérent à leur fonctionnement. Mais même s'il s'agit là « *d'un mal nécessaire* », c'est un mal qu'il faut souvent corriger, car on peut toujours craindre que les juges n'interprètent les lois qu'en vue des jugements qu'ils veulent prononcer. Si le statut du juge n'est pas le même en monarchie qu'en république, il faut reconnaître toutefois que, même en monarchie, les décisions de justice doivent se rapprocher d'une loi uniforme.

III. LES LOIS PÉNALES RISQUENT D'ÊTRE ARBITRAIRES SI ELLES PROCÈDENT DU CAPRICE DU LÉGISLATEUR

1. Les lois pénales doivent « tirer chaque peine de la nature particulière du crime »

Une loi pénale peut être parfaitement explicite, ne laisser aucune place à l'arbitraire de l'interprétation, définir clairement les peines qui doivent être infligées en fonction des crimes commis, et être en même temps arbitraire. Pour que « *tout l'arbitraire cesse* » (XII, 4), il ne suffit donc pas que la constitution délimite clairement la fonction du juge afin d'éviter tout abus de pouvoir, il faut encore que cesse l'arbitraire des lois pénales. Lorsqu'elles descendent « *du caprice du législateur* », le citoyen ne peut pas se sentir en sécurité : il peut en effet être accusé de toute sorte de crime et puni selon toute sorte de peine, sans rapport précis avec lui. Le risque est grave car les « *lois criminelles* » mettent en jeu « *l'honneur, la fortune, la vie et la liberté des citoyens* » (VI, 2). Or, c'est de « *leur bonté* » que « *dépend principalement la liberté du citoyen* », (XII, 2). Si elles sont arbitraires, la liberté politique n'est donc aucunement protégée (« *la liberté est favorisée par la nature des peines et leur proportion* », comme l'indique le titre du chapitre 4).

Il y a arbitraire quand ces lois dépendent de la seule volonté du législateur. Il ne suffit pas que les lois soient établies par le législateur pour être de véritables lois. « *Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* » (I, 1). La définition des lois pénales ne fait pas exception à la définition générale des lois énoncée au tout début de *l'Esprit des Lois* : elles ne sont vraiment des lois que lorsqu'elles sont établies à partir de la seule considération de la nature des crimes auxquels elles s'appliquent. Cette conception de la loi fondée sur la « *nature des choses* » interdit par conséquent de réduire la définition des lois pénales à la seule déclaration de la volonté du législateur, cette volonté serait-elle la volonté générale, selon ce qu'en dira Rousseau. N'est pas juste ce que les hommes décident ou conviennent qui serait juste. Les lois pénales ne sont justes que si elles mettent en œuvre des « *rappports d'équité* » que l'intelligence des hommes n'invente pas, – pas plus qu'elle n'invente l'idée du cercle –, mais qu'ils découvrent en elle (« *Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux. Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit* », I, 1). Précisément, les lois pénales mettent en œuvre le quatrième rapport d'équité cité par Montesquieu au Livre I : « *un être intelligent qui a fait du mal à un être intelligent mérite de recevoir le même mal* ». Selon cette règle, il est juste que la peine soit proportionnée au crime, et qu'elle soit d'autant plus sévère que le crime est grave. Ainsi, la règle de proportionnalité qui permet d'échelonner les peines en fonction de quatre classes de crimes dans le chapitre 4 du Livre XII, est la mise en œuvre d'un rapport d'équité présent à l'intelligence de tous les « *êtres particuliers intelligents* » que sont les hommes.

Cette analyse conduit Montesquieu à se démarquer des philosophes du contrat social. En matière de justice pénale, le problème essentiel n'est pas de se demander ce qui autorise le souverain à punir, mais il consiste à s'interroger sur ce qui fonde les règles d'exercice de la punition. En mettant l'accent sur le problème du droit de punir du souverain, les théoriciens du contrat n'envisagent aucunement la protection des citoyens. Pire encore, comme nous allons le voir, les difficultés propres à la logique du contrat social les conduisent à identifier en dernière limite le criminel à un ennemi. Un bref détour par l'analyse du chapitre 28 du *Léviathan* de Hobbes et du chapitre 5

du Livre II du *Contrat social* de Rousseau nous permettra de mesurer l'écart qui en sépare Montesquieu.

2. Subordonner les lois pénales à l'arbitre du souverain, c'est traiter le criminel comme un ennemi :

*Le droit de punir selon Hobbes*¹⁰

Hobbes montre bien la contradiction qui est au cœur de la logique du contrat : d'un côté, l'État ne peut subsister que s'il possède le droit de punir les individus qui n'obéissent pas à la loi, mais de l'autre, il ne peut pas leur demander de renoncer à leur propre conservation, puisque c'est pour se conserver qu'ils ont conclu le pacte social instituant l'autorité souveraine de l'État :

Personne n'est censé être contraint de ne pas résister à la violence ; par conséquent, il ne peut être entendu que j'aie donné à un autre le droit d'exercer des violences sur ma personne. (*Léviathan*, chapitre 28).

Personne ne peut ainsi autoriser le souverain à le punir.

Si le droit de punir du souverain ne peut avoir de fondement contractuel, il a pourtant une justification : pour expliquer son exercice, il faut remonter à l'état de nature qui précède l'établissement du corps politique. En infligeant des châtiments, le souverain ne fait pas usage d'un droit qui aurait été transféré, mais de son propre droit de nature, celui dont jouit chaque individu avant l'établissement du corps politique, droit de nature dont le pacte social lui a laissé, à lui et à lui seul, le plein exercice :

Ainsi le droit de nature [c'est-à-dire, le droit de faire ce qu'il juge nécessaire à sa préservation] ne lui a pas été donné, mais lui a été laissé, et à lui seulement, et (sauf dans les limites que lui impose la loi naturelle) aussi complètement qu'à l'état de nature et de guerre de chacun contre son voisin. (*Léviathan*, chapitre 28).

Le droit de punir se justifie ainsi par la « *loi de nature* » qui exige que chacun veille à sa conservation, qui demeure la seule juridiction à laquelle le souverain soit tenu, quand le corps politique est constitué. Du même coup, si le souverain est le seul à continuer à faire usage de son droit de nature comme à l'état de nature, la punition infligée au citoyen coupable d'un crime n'est pas vraiment différente d'un acte de guerre.

Il est vrai que pour Hobbes la punition a une finalité éducative. Ainsi écrit-il au début du chapitre 28 :

Le but est que la volonté des humains puisse par cela même être disposée au mieux à l'obéissance.

De ce point de vue, il est important que les sujets distinguent eux-mêmes la punition qui sanctionne la désobéissance à la loi et un acte arbitraire d'hostilité, afin d'apprendre à mieux obéir. En ce sens, Hobbes distingue encore le délinquant du rebelle, c'est-à-dire, celui qui transgresse simplement la loi et mérite une punition, de celui qui devient ennemi de l'État en désobéissant ouvertement à ses lois. La conclusion est donc simple : seul le rebelle mérite un acte d'hostilité de la part du souverain. La difficulté n'est pas levée pour autant. En effet, dans la mesure où rien n'interdit au souverain de sortir de la légalité qu'il a instituée, Hobbes admet qu'il peut toujours exercer un acte d'hostilité à l'encontre d'un sujet innocent, et décider ainsi qu'il est un ennemi (c'est un risque possible, même si Hobbes ajoute qu'il s'agirait là d'une attitude inconsciente de la part du souverain, car il s'affaiblirait ainsi lui-même en décrédibilisant la punition dans la conscience de ses sujets). En conclusion, même si la punition a

10. On peut lire à ce sujet l'excellente étude de Y.-C. Zarka, *Hobbes et la pensée politique moderne*, PUF.

pour vocation de « *disposer la volonté des hommes à l'obéissance* » et de renforcer ainsi la paix civile, il reste vrai qu'elle ne peut se réclamer sur le fond que de l'état de nature : de ce point de vue, le criminel est un ennemi que le souverain peut avoir intérêt à supprimer pour se conserver.

Le droit de punir selon Rousseau

Rousseau est confronté à des difficultés analogues : un individu, dit-il, ne peut pas consentir à transférer un droit de disposer de sa vie qu'il ne détient pas lui-même. On ne peut donc pas fonder le droit de punir du souverain sur le renoncement de l'individu à sa propre vie. Pour fonder ce droit, il faut adopter exclusivement le point de vue d'une victime potentielle qui n'envisage pas le risque de se faire pendre en devant assassin :

Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie, on ne songe qu'à la garantir, et il n'est pas à présumer qu'aucun des contractants prémédite de se faire pendre. (*Contrat Social*, II, 5).

En conséquence, c'est pour être protégé comme victime que l'on consent à mourir comme criminel : il ne s'agit pas là d'un sacrifice mais d'un risque lointain et apparemment improbable. Quant au criminel, il est un citoyen qui sort de la citoyenneté et se constitue en ennemi de l'État « *en devenant par ses forfaits rebelle et traître à la patrie* ». On retrouve à nouveau la logique de l'état de guerre.

Faute de pouvoir fonder le droit pénal sur le contrat social, Hobbes et Rousseau conçoivent donc le crime comme un acte de guerre qui met en cause la conservation de l'État. Le droit pénal est suspendu à l'arbitre du pouvoir, qu'il soit exercé directement par le souverain (Hobbes), ou qu'il soit exercé en son nom par le gouvernement (pour Rousseau, la condamnation d'un criminel étant un acte particulier, c'est au gouvernement, entendu comme pouvoir exécutif, de juger de l'opportunité de la peine de mort : « *On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger* », *Contrat social*, II, 5).

3. La protection des droits du citoyen accusé de crime

Montesquieu déplace donc la finalité des lois pénales : elle ne se rapporte plus à la défense du souverain, mais à la liberté politique des citoyens (les lois pénales visent à « *favoriser la liberté du citoyen* »). Dans cette perspective, il ne convient pas seulement d'établir des peines qui soient en proportion avec la nature des crimes commis, mais aussi de s'assurer de la culpabilité de l'accusé par une procédure d'instruction rigoureuse avant de se prononcer sur elle.

Des « règles sûres » d'instruction

Il faut des « *règles sûres* » qui permettent d'établir la vérité et d'éviter le châtement d'un innocent (« *Quand l'innocence des citoyens n'est plus assurée, la liberté ne l'est pas non plus* », XII, 2). Montesquieu propose de lire ainsi l'histoire du droit pénal comme celle d'un lent perfectionnement. Les lois criminelles étaient au départ « *imparfaites* » : elles permettraient que les parents de l'accusateur soient témoins et que l'accusé soit condamné sans avoir été entendu (exemple de la cité de Cumès, XII, 2). C'est Clovis qui le premier fit une loi pour exiger que l'accusé soit entendu, et c'est avec Charondas qu'on commença à sanctionner les faux témoignages.

On mesure ainsi que la recherche de la vérité est la condition d'existence de la liberté, comme le souligne la conclusion du chapitre 2 :

Ce n'est que sur la pratique de ces connaissances que la liberté peut être fondée ; et, dans un État 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 ne l'est en Turquie.

Ce commentaire de Montesquieu peut paraître étrange. À première vue, il vaudrait mieux rester en vie et être à la place du bacha (ce juge du gouvernement despotique turc qui « *fait distribuer, à sa fantaisie, des coups de bâton sur la plante des pieds des plaideurs, et les renvoie chez eux* », VI, 2), plutôt que d'être à celle du criminel qui sait qu'il sera pendu le lendemain. Mais si l'on sait que le despote peut « *anéantir à l'instant ceux qui ont les premières places* » et punir de mort le bacha sous n'importe quel prétexte (dans le gouvernement despotique, « *la tête des bachas est toujours exposée* », III, 9), le paradoxe est levé. Montesquieu nous invite à bien comparer les situations : d'un côté, il y a celle où la liberté des citoyens est protégée, y compris quand ils deviennent des assassins, et de l'autre, celle où règne l'arbitraire, où celui qui fait distribuer aveuglément des châtiments, y compris à des innocents, peut être lui-même exposé à tout moment.

Dans un gouvernement modéré, le criminel est considéré d'abord comme un citoyen dont il faut protéger les droits, jusqu'au moment où cette protection cesse, une fois sa culpabilité établie et sa peine prononcée. Le statut du criminel n'a plus rien à voir avec celui qu'il a dans le cadre de la problématique du droit de punir : il n'est pas un individu disqualifié de sa condition de citoyen, il est un citoyen que l'on protège. Même condamné à mort, il n'est pas un être exclu de la Cité qu'elle doit traiter seulement comme un ennemi. Pour mieux comprendre ce point, on peut comparer sa condition à celle de l'esclave qui n'a aucun droit :

Ce qui fait que la mort d'un criminel est une chose licite, c'est que la loi qui le punit a été faite en sa faveur. Un meurtrier, par exemple, a joui de la loi qui le condamne ; elle lui a conservé la vie à tous les instants : il ne peut donc pas réclamer contre elle. (XV, 2).

Le criminel est condamné à mort en raison de la loi qui l'a jusqu'ici protégé. La peine de mort n'est donc pas l'expression d'une volonté tyrannique, elle n'est pas assimilable à l'esclavage. Et alors que l'esclavage est seulement utile au maître (l'esclave ne gagne jamais rien à l'esclavage), la peine de mort, au contraire, est au profit de tous les citoyens, y compris de celui qui devient assassin (« *Un meurtrier a joui de la loi qui le condamne ; elle lui a conservé la vie à tous les moments : il ne peut donc pas réclamer contre elle* », XV, 2).

Éviter l'arbitraire de la qualification de crime

Après avoir établi la culpabilité d'un criminel par une procédure d'instruction rigoureuse, il s'agit d'établir une peine juste. C'est l'objet du chapitre 4 du Livre XII. Il faut ici que la peine descende « *de la nature de la chose* », c'est-à-dire « *de la nature particulière du crime* ». Mais comment définir cette nature si l'on veut échapper à l'arbitraire, et si l'on sait que l'arbitraire de la qualification entraînera l'arbitraire de la répression ? En matière d'arbitraire, le comble est atteint par Sylla :

Il sembla ne faire des réglemens que pour établir des crimes. Ainsi, qualifiant une infinité d'actions du nom de meurtre, il trouva partout des meurtriers. (VI, 15).

La qualification d'un crime est arbitraire lorsqu'elle désigne comme crime n'importe quelle action indifférente, par exemple le fait de porter la barbe (Pierre 1^{er} de Russie criminalise ainsi une coutume qui lui déplait, XIX, 14). La qualification est arbitraire encore lorsqu'elle porte sur des crimes dont le contenu est tellement vague qu'ils autorisent n'importe quel abus de pouvoir. Les accusations de crime de lèse-majesté (soit un manquement de respect à l'égard du souverain), d'hérésie ou encore

de magie, servent ainsi de prétexte pour infliger les peines les plus radicales¹¹. La qualification de crime échappe enfin à l'arbitraire si elle porte seulement sur des actions observables (XII, 11 : « *Les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures* ») ; elle ne peut donc pas concerner des intentions et des pensées.

L'exigence d'une classification et d'une hiérarchisation des crimes qui ne soient pas arbitraires

À la nécessité de qualifier rigoureusement les crimes s'ajoute celle de les classer et de les hiérarchiser. On ne peut pas appréhender les crimes individuellement, en fonction de l'effet que leur événement produit immédiatement dans l'opinion, on doit les ranger sous une « espèce » pour les identifier. On distinguera ainsi quatre classes de crimes, des moins graves aux plus graves : ceux qui choquent la religion, puis les mœurs, la tranquillité, et enfin la sûreté des citoyens (XII, 4). La punition ne consiste pas à infliger une souffrance, mais elle est essentiellement « *la privation des avantages* » relatifs au domaine mis en cause : par exemple, les crimes contre la religion (« *sacrilèges* ») sont sanctionnés par la perte des avantages qu'elle apporte (soit « *l'expulsion hors des temples* », « *la privation de la société des fidèles*... ») ; et les crimes contre la sûreté des citoyens par la perte de celle-ci, étant donné que le criminel aura bénéficié jusqu'ici de la protection de la loi qui s'applique désormais contre lui (voir XV, 2).

Les « *supplices* » désignent précisément les peines proportionnées aux crimes de la quatrième classe (crimes contre la sûreté) :

C'est une espèce de talion, qui fait que la société refuse la sûreté à un citoyen qui en a privé, ou qui a voulu en priver un autre.

Le terme de « *supplice* » n'a plus rien à voir avec la signification qu'il avait dans l'Ancien Régime, où le crime était considéré comme un affront à la majesté du souverain qui devait être lavé en infligeant au coupable une série de souffrances démesurées avant sa mise à mort¹². Le supplice n'est plus qu'une « *espèce de talion* » car il s'agit de retourner au criminel son propre crime, dans une logique de pure réciprocité. La nuance des termes a son importance : Montesquieu ne parle pas d'appliquer exactement la loi du talion. Celle-ci n'est pratiquée rigoureusement que dans les États despotiques (VI, 19 : « *Les États despotiques, qui aiment les lois simples, usent beaucoup de la loi du talion* »). Il s'agit seulement de priver de l'avantage de la sûreté celui qui a voulu en priver un autre, sans prendre en considération la manière plus ou moins cruelle dont son crime a été commis¹³. Mais la peine n'a pas seulement pour but de priver le coupable de l'avantage de la sûreté, elle a surtout pour fonction de protéger la société du risque d'une contamination par le crime :

La peine de mort est comme le remède de la société malade. (XII, 4).

4. La sûreté comme signe de la bonne santé d'une société

Le problème de la peine de mort

Les sociétés sont comme de grands organismes naturels qui peuvent tomber malades, se corrompre et mourir. La sûreté des individus est le signe de leur bonne

11. Le crime de lèse-majesté : « *Comme elles ne définissent pas ce que c'est que ce manquement de respect, tout peut fournir un prétexte pour ôter la vie à qui l'on veut, et exterminer la famille que l'on veut* » (XII, 7). Les crimes de magie et d'hérésie : « il faut être très circonspect dans la poursuite de la magie et de l'hérésie [...]. Car, comme (cette accusation) ne porte pas directement sur les actions d'un citoyen, mais plutôt sur l'idée que l'on s'est faite de son caractère, elle devient dangereuse à proportion de l'ignorance du peuple ; [...] » (XII, 5).

12. On pense bien sûr au compte-rendu officiel de l'exécution de Damiens le 2 mars 1757, condamné pour régicide, que Michel Foucault fait paraître au début de *Surveiller et Punir* (Gallimard 1975). Voir aussi le premier chapitre consacré aux supplices.

13. Voir *L'introduction à De l'Esprit des Lois* de Montesquieu, B. Binoche, page 277, aux PUF.

santé. La vie et la liberté des hommes dépendent en effet des lois et des institutions de la société dont ils sont membres. Il y a en ce sens un primat de la société sur l'individu, et c'est sous cet angle qu'il faut apprécier le bien-fondé des peines. Montesquieu ne peut pas envisager ainsi, comme le fera Beccaria, une condamnation de principe de la peine de mort. Beccaria, en posant à nouveau comme Rousseau l'origine contractuelle du droit de punir, conclura simplement que la peine de mort est illégitime : nul n'a pu vouloir transmettre au souverain un droit de se tuer qu'il n'a pas (voir le § 28 du *Traité des délits et des peines*, publié en 1764). Pour Montesquieu, il n'y a aucun droit sacré¹⁴ de l'individu qui puisse fonder une condamnation universelle de la peine de mort. Pour se prononcer sur son bien-fondé, le législateur doit d'abord établir un diagnostic de la société.

Le raisonnement de Montesquieu ne conduit jamais pour autant à figer les choses. Rien n'exclut qu'une société ne soit un jour amenée à abroger la peine de mort, s'il lui apparaît que sa suppression est préférable à sa bonne santé. La « *nature de la chose* » dont la peine doit être tirée ne désigne pas une chose immuable. Les exigences morales universelles qui sont présentes à l'intelligence de tout homme sous la forme des rapports d'équité, sont inextricablement mêlées aux idées que reflètent les mœurs et la religion, relatives à une nation particulière. Ainsi le législateur ne légifère pas dans l'absolu ; avant même son intervention, il y a déjà des codes moraux qui régissent de manière plus ou moins réfléchie la conduite des hommes. La qualification juridique des crimes et la manière de les régler pénalement dépendent en large partie des mœurs de la société. Or, celles-ci peuvent changer : la peine de mort autrefois plébiscitée peut devenir insupportable à la sensibilité des hommes. En tout état de cause, l'art du législateur est de savoir adapter les lois aux mœurs : il peut en partie les corriger, mais il ne peut jamais s'y opposer frontalement.

Le statut des crimes contre la religion : Montesquieu, penseur de la tolérance civile ?

Parmi les quatre classes de crimes distinguées par Montesquieu, les crimes contre la religion occupent une place assez étrange : non seulement ils apparaissent au plus bas de l'échelle de gravité, mais ils ne relèvent plus des lois pénales (contrairement aux crimes des trois autres classes)¹⁵, et au lieu d'occuper une place au moins égale à celle qu'occupe chacun des autres, Montesquieu leur consacre une bonne moitié du chapitre. Par « *crimes qui choquent la religion* », il faut entendre seulement ceux qui attaquent la religion en tant que telle, c'est-à-dire les sacrilèges, et non ceux « *qui en troublent l'exercice* ». Un blasphème appartient par exemple à la classe des crimes qui choquent la religion, mais ce n'est pas le cas de l'incendie criminel d'un temple ou du meurtre d'un prêtre, qui tous deux relèvent de la classe des crimes contre la sûreté des citoyens. L'État n'a aucune compétence pour juger des actions qui « *blessent la divinité* ». En mettant sa justice et sa force au service d'une enquête destinée à savoir si de telles actions ont été commises, « *il détruit la liberté des citoyens* ». Une justice qui prétend venger la divinité ne peut avoir de bornes : elle règle les lois pénales sur l'infinité de Dieu, et « *non pas sur les faiblesses, sur les ignorances, sur les caprices de la nature humaine* ».

Doit-on conclure que Montesquieu est comme Locke (*Lettres sur la tolérance*) un penseur de la tolérance civile (voire de la laïcité) soucieux du respect des droits de la

14. Pour Montesquieu, la vie n'est pas considérée comme un bien appartenant au Créateur. Voir XIV, 7 : le suicide n'est pas un crime qui relève d'un choix volontaire, mais « *l'effet d'une maladie* » qui « *tient à l'état physique de la machine* ».

15. Dans l'Ancien Régime, les crimes contre la religion entraient dans le champ pénal.

conscience humaine ? Le rapprochement entre les deux philosophes est tentant : l'un et l'autre affirment l'incompétence de l'État sur le plan théologique. Toutefois, leurs approches sont très différentes. Pour Locke, l'État est fondé sur un contrat social qui lui assigne son but : la protection des biens civils des citoyens. Incompétent pour s'occuper du salut des âmes, l'État doit être séparé des Églises ; il doit seulement veiller à garantir sur le plan civil la pluralité des croyances religieuses. Pour Montesquieu, la paix civile n'est pas fondée sur un contrat, et elle ne procède pas d'une limitation du rôle de l'État au seul domaine civil. Elle relève d'une politique fondée sur la prudence. La notion de tolérance garde ainsi son sens premier : elle ne désigne pas la reconnaissance du droit de l'individu à pratiquer le culte de son choix, elle est ce que tolère (supporte) l'autorité politique. Dans cette perspective, il faut aborder le problème de la tolérance en « *politique* », considérer les religions « *par rapport au bien que l'on en tire dans l'état civil* » (XXIV, 1) et non en « *théologien* » qui examine les religions selon la question de la vérité. Les religions existant dans une société sont à considérer comme des forces à l'équilibre desquelles l'État doit veiller :

C'est un principe, que toute religion, qui est réprimée, devient elle-même réprimante : car, sitôt que, par quelque hasard, elle peut sortir de l'oppression, elle attaque la religion qui l'a réprimée, non pas comme une religion, mais comme une tyrannie. (XXV, 12).

Le danger le plus grave que puisse encourir l'état civil, est celui de la confusion des lois humaines et des lois divines (qui relèvent de la religion) :

On ne doit point statuer par les lois divines ce qui doit l'être par les lois humaines ; ni régler par les lois humaines ce qui doit l'être par les lois divines. (XXVI, 2).

Elles diffèrent à la fois par leur mode d'expression et leur objet. Concernant le premier point, la distinction entre les préceptes et les conseils est essentielle :

Les lois humaines, faites pour parler à l'esprit, doivent donner des préceptes, et point de conseils ; la religion, faite pour parler au cœur, doit beaucoup donner de conseils, et peu de préceptes. (XXIV, 7).

Quant à leur objet respectif, les lois humaines « *statuent sur le bien* » qui est pluriel (il diffère d'une société à l'autre) et soumis au changement, tandis que les lois divines statuent « *sur le meilleur [...] qui n'est qu'un et ne peut changer* ». Ainsi, une religion peut jouer un rôle très utile par ses « *conseils* », en incitant les hommes à suivre la morale (« *La religion, même fausse, est le meilleur garant que les hommes puissent avoir de la probité des hommes* », XXIV, 8). Mais elle est souvent tentée de transformer ses conseils en préceptes et de vouloir ainsi légiférer (exemple du célibat des prêtres dans le christianisme). La confusion entre les lois divines et les lois humaines qui en résulte a des conséquences redoutables : en devenant le bras séculier du pouvoir religieux, l'État tombe dans une logique despotique dont le chapitre 4 du Livre XII donne un aperçu.

Ce chapitre établit que le magistrat est incompétent pour juger des sacrilèges et que les peines les sanctionnant ne sont pas des lois pénales, puisqu'elles se résument pour l'essentiel à exclure le coupable de « *la société des fidèles* » (soit à l'excommunier). Qu'il y ait ici une distinction des compétences en matière de juridiction et de sanction, ne fait pas pour autant de Montesquieu un penseur de la tolérance civile. Même si elle est une classe de crimes étrangers au champ pénal, la classe des crimes contre la religion n'en est pas moins intégrée dans l'ensemble des diverses classes de crimes dont le législateur a à tenir compte. Montesquieu ne peut formuler le principe d'une séparation de l'État et des Églises qui mettrait en cause l'utilité morale qu'il reconnaît par ailleurs aux religions dans l'espace public. Sur ce point, Montesquieu

réfute vivement Bayle¹⁶ qui « ose avancer que de véritables chrétiens ne formeraient pas un État qui pût subsister » (XXIV, 6).

L'État ne peut pas se désintéresser des effets sociaux produits par les religions et les conflits religieux. Qu'il doive abandonner toute prétention théologique n'implique aucunement qu'il doive renoncer à contrôler leur usage dans le champ social. C'est d'ailleurs bien sur ce terrain que Montesquieu aborde à nouveau la question des peines en matière de religion, au chapitre 9 du Livre XXV. La question n'est plus ici celle de leur légitimité (le chapitre 4 du Livre XII a montré que les magistrats ne sont pas compétents pour juger des sacrilèges), mais celle de leur efficacité. Ainsi, a-t-on intérêt à appliquer des peines aux hommes pour les contraindre à changer de religion? Montesquieu répond : « Il faut éviter les lois pénales en fait de religion », (XXV, 9). Il est en revanche bien plus efficace de détacher un homme d'une religion « par la faveur, par les commodités de la vie, par l'espérance de la fortune ».

Paraîtrait-elle légitime, la contrainte pénale n'en serait pas moins contre-productive, car elle serait toujours inférieure à la crainte de la damnation éprouvée par celui qu'on cherche à faire changer de religion, et elle ne ferait même que la renforcer. Montesquieu peut ainsi conclure :

Règle générale : en fait de changement de religion, les invitations sont plus fortes que les peines.

De manière générale, une politique qui consiste à transformer en crimes des croyances et des pratiques religieuses va à l'encontre du but qu'elle se propose. Elle confond les lois divines avec les lois humaines, les conseils adressés au cœur et les préceptes adressés à l'esprit, et méconnaît ainsi la vocation morale de la religion.

5. La modération des peines

L'utilité sociale des peines est une préoccupation constante chez Montesquieu. La nécessité de proportionner les peines aux crimes ne relève pas seulement d'un principe de justice mais elle vise aussi à limiter au maximum la criminalité, surtout la grande criminalité qui relève des crimes de la quatrième classe (crimes contre la sûreté) :

Il est essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre, ce qui attaque plus la société, que ce qui la choque moins. (VI, 16).

Il s'agira donc moins de punir que de prévenir. Seule une proportion convenable entre les crimes et les peines peut avoir réellement une finalité éducative en signalant à l'avance à l'individu à quelle peine il s'expose en commettant tel ou tel crime. Appliquer le même niveau de peine à des délits mineurs aussi bien qu'à des crimes d'une extrême gravité revient à ne pas détourner les hommes de commettre ces derniers :

C'est un grand mal, parmi nous, de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine. (VI, 16).

Il faut ainsi une règle de modération qui conduise à proportionner les peines aux crimes et leur confère de cette façon une efficacité.

Cette règle ne peut être mise en œuvre que dans les gouvernements modérés. Un gouvernement despotique est contraint de faire un usage maximal et constant de son principe : les peines doivent y être d'une extrême sévérité pour maintenir la crainte. À l'inverse, « un gouvernement modéré peut tant qu'il veut et sans péril relâcher ses ressorts ; Il se maintient par ses lois et par sa force même... », (III, 9). Les peines y sont plus douces et plus rares car les mœurs jouent un rôle important : l'honneur et la vertu incitent les citoyens à obéir d'eux-mêmes aux lois, sans qu'il soit nécessaire de réprimer :

Dans ces États, un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir ; il s'appliquera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices. (VI, 9).

Un préjugé tenace accuse pourtant la douceur des peines d'être à l'origine des désordres sociaux (« *La cause de tous les relâchements* » serait « *la modération des peines* », VI, 12). Il suffit de comparer les gouvernements modérés au gouvernement despotique pour montrer qu'il n'en est rien : la sévérité des peines est d'autant moins nécessaire que les peuples sont plus libres. Dans les États despotiques, les hommes sont si malheureux qu'ils n'ont plus rien à perdre : les punitions ne se présentent aucunement comme la « *privation d'un avantage* », serait-il celui de vivre, car le seul mobile sur lequel ces États peuvent compter est la crainte de la mort (« *Dans les États modérés, on craint plus de perdre la vie, qu'on ne redoute la mort en elle-même* », VI, 9).

Le législateur doit se fier aux observations précises de l'expérience pour comprendre les conditions d'efficacité des peines et concevoir des lois adéquates :

L'expérience a fait remarquer que dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il est ailleurs par les grandes. (VI, 12).

Si on abuse de peines trop violentes et trop fréquentes, on risque d'endurcir la sensibilité des hommes : l'imagination s'accoutume assez vite aux peines cruelles. Le législateur est alors tenté par une fuite en avant : recourir à des peines encore plus cruelles qui à leur tour finiront par ne plus avoir d'effet. La logique répressive est ainsi prisonnière d'une surenchère qui la rend de moins en moins efficace.

L'efficacité n'est pas dans un recours démesuré à la violence, mais dans un usage économique des ressources que procure la nature :

Il ne faut point mener les hommes par les voies extrêmes ; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire. (VI, 12).

Quelle peine convient-il par exemple d'appliquer aux déserteurs pour endiguer la désertion (« *de nos jours, la désertion fut très fréquente* ») ? Auparavant, on leur fendait le nez et on leur coupait les oreilles pour les marquer à vie. On a depuis peu pensé qu'il serait beaucoup plus efficace de les condamner à mort. La désertion n'a pas pour autant diminué. Pourquoi la peine la plus radicale ne produit-elle donc pas l'effet escompté ? Parce qu'un soldat, « *accoutumé tous les jours à exposer sa vie* » est moins sensible à la peine de mort qu'à la honte d'avoir à porter toute sa vie la marque de son infamie (une telle punition n'a bien sûr aucun effet dans un État despotique, où les hommes ne sont plus sensibles à la honte).

L'erreur est de croire qu'il faut impressionner alors qu'il faudrait plutôt « *agir d'une manière sourde et insensible* » (VI, 13). L'action du législateur est d'autant plus efficace qu'elle est discrète : en sachant se montrer économe des moyens que la nature lui donne pour agir, – à savoir les divers ressorts de la sensibilité humaine –, il ne cherche pas à dissuader les hommes de mal agir. Il ne cherche pas à contrebalancer de funestes passions par la crainte de la punition. Il incite plutôt les hommes à les freiner en considérant leur véritable avantage (celui dont les priverait la peine s'ils cédaient à leur passion). Comme le suggère C. Larrère¹⁷, l'intervention législative « mime » à sa façon la logique du doux commerce, qui sera abordée au Livre XX. Le commerce a pour effet de conduire les nations à rompre avec une attitude prédatrice et à vivre une expérience nouvelle où leur intérêt leur apparaît solidaire de celui des

16. Dans ses *Pensées diverses sur la comète* (1682), Bayle défend l'idée qu'une société d'athées serait plus viable qu'une société de chrétiens.

17. Dans un lumineux article « Droit de punir et qualification des crimes, de Montesquieu à Beccaria », in *Beccaria et la culture juridique des Lumières* chez Droz.

autres nations. D'une manière analogue, la proportion graduée établie par la législation pénale entre les crimes et les peines (XII, 4) est un dispositif qui a pour effet de conduire les hommes à venir à bout de leurs passions immédiates en considérant leur véritable intérêt (chaque peine est « *la privation d'un avantage* »)¹⁸.

Il est heureux pour les hommes d'être dans une situation, où, pendant que leurs passions leur inspirent la pensée d'être méchants, ils ont pourtant intérêt de ne pas l'être. (XXI, 20).

Pour être efficace, ce dispositif incitatif exige deux conditions : d'une part, que les lois pénales soient suffisamment claires et connues de tous pour permettre aux individus de savoir à l'avance quels avantages ils risquent de perdre en commettant tel crime ; d'autre part, que la peine soit inévitable dès lors qu'un crime a été commis :

Qu'on examine les causes de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines. (VI, 12).

CONCLUSION

On ne peut pas réduire la réflexion sur les conditions de la liberté politique au seul chapitre 6 du Livre XI de *L'Esprit des Lois* : il ne suffit pas que la constitution organise la distribution des pouvoirs pour garantir mécaniquement la liberté du citoyen. « *La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté* » (XII, 2) : c'est un sentiment qui ne résulte pas seulement de la modération des pouvoirs, mais aussi de l'établissement de « *lois criminelles* » équitables. Le Livre XII, trop souvent négligé, occupe une place tout aussi importante que le Livre XI dans l'examen des conditions de la liberté politique¹⁹. Le « *degré de liberté* » des constitutions peut varier en fonction de la situation particulière des nations (I, 3 : les lois politiques et civiles de chaque nation « *doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir ; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses...* ») ; ainsi la nation anglaise est sans nul doute celle qui bénéficie du degré maximal de liberté politique qu'on puisse concevoir dans un gouvernement moderne. Mais là n'est pas l'essentiel : il ne consiste pas dans la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir, mais dans leur sentiment de vivre en sûreté. La liberté politique extrême des Anglais est certes plus grande, en termes d'initiative politique, que celle des citoyens des autres gouvernements modérés, mais elle n'est pas la plus sûre car elle peut conduire l'État à sa perte et exposer chacun des citoyens à la crainte despotique. L'essentiel est que dans tous les gouvernements modérés (qu'ils soient républicain ou monarchique), la puissance judiciaire soit séparée des puissances législative et exécutive (ces deux puissances sont jointes dans une monarchie), et que les citoyens puissent faire confiance aux lois criminelles, car il en va « *de l'honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens* » (VI, 2).

18. Dans son *Traité des délits et des peines*, Beccaria exclut la peine de mort par deux arguments : un argument de droit (c'est une peine injustifiable) et un argument de fait (elle n'est pas efficace en termes de dissuasion). En termes d'efficacité dissuasive, « *le spectacle affreux et momentané de la mort d'un scélérat est pour le crime un frein moins puissant que le long et continu exemple d'un homme privé de sa liberté, devenu en quelque sorte une bête de somme* » (§ 28).

19. La liberté des citoyens est un sentiment qui ne dépend pas seulement de l'agencement des pouvoirs et des lois civiles, mais également des mœurs d'une nation. Elle n'est pas seulement détruite par la confusion des pouvoirs mais aussi par celle des différents modes de régulation de la conduite des hommes que sont les lois, les mœurs et les manières, comme le montre Montesquieu dans le Livre XIX : à côté de la tyrannie réelle, il y a ainsi une « *tyrannie d'opinion* ». Voir mon essai : *Montesquieu, les lois et les mœurs*, collection « Philosophie en cours ».

BIBLIOGRAPHIE

Elle n'est pas exhaustive. Je ne cite que des ouvrages ou des articles en rapport avec le problème traité.

Binoche B., *Introduction à De l'Esprit des Lois*, PUF, 1998.

Casabianca D. de, *L'Esprit des Lois de Montesquieu*, Ellipses, 2003.

Eisenmann C., « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in *Lectures de l'Esprit des lois* aux Presses universitaires de Bordeaux, 2004.

Goldzinck J., *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme*, Fayard 2011.

Larrère C., *Actualité de Montesquieu*, Presses de Sciences Po, 1999.

Larrère C., « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria » in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, 1997.

Lechat J., *La politique dans L'Esprit des Lois*, Nathan, 1998.

Postigliola A., « En relisant le chapitre sur la constitution d'Angleterre », in *La pensée politique de Montesquieu*, *Cahiers de philosophie politique et juridique* n° 7, Université de Caen, 1985.

Manent P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, chapitre 5, Hachette, 1987.

Manin B., « Montesquieu et la politique moderne », in *Lectures de l'Esprit des Lois* aux Presses universitaires de Bordeaux, 2004.

Markovits F., *Montesquieu : le droit et l'histoire*, Vrin, 2008.

Spector C., *Montesquieu. Liberté, droit et histoire*, Michalon, le Bien commun, 2010.