

Quelle justice ? quelle rationalité ? La mesure du droit dans *L'Esprit des lois*¹

Que l'homme, étant revenu à soi, considère ce qu'il est au prix de ce qui est [...] ; et que, de ce petit cachot où il se trouve logé, j'entends l'univers, il apprenne à estimer la terre, les royaumes, les villes et soi-même à son juste prix².

Au livre I de *L'Esprit des lois*, la définition liminaire des lois comme « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » semble écarter toute ambition normative. La critique sera unanime : soit qu'elle dénonce un spinozisme latent³, associé à la dissociation de la loi et du commandement (Destutt de Tracy⁴), soit qu'elle récuse la conception de la justice supposant « que tout droit se fonde sur certains rapports ou relations » (Hume⁵). Montesquieu se serait-il contenté de rendre raison des lois sans en mesurer la justice (Condorcet⁶) ? La compréhension des histoires juridiques et l'explication des institutions se substituent-elles à l'optique du fondement, de la légitimité, en un mot des *principes* du droit politique (Rousseau⁷) ? L'éloge des sociologues, qui entendent inscrire Montesquieu au rang des fondateurs de leur discipline, semble conforter cette lecture. Hommage est désormais rendu à la relégation de la problématique idéaliste de la justice au profit de l'étude comparée des droits positifs⁸. Une toute autre interprétation est cependant

¹ in *Montesquieu en 2005*, C. Volpillac-Auger éd., Oxford, Voltaire Foundation, 2005, p. 219-242.

² Pascal, *Pensées*, Br. 72.

³ La critique émane du journal janséniste *Les Nouvelles Ecclésiastiques*, auquel Montesquieu répond dans sa *Défense de L'Esprit des lois* (voir la première objection).

⁴ Destutt de Tracy, dans son *Commentaire sur L'Esprit des lois de Montesquieu*, s'indignera de l'univocité de la loi : « une loi n'est pas un rapport », et « un rapport n'est pas une loi » ; la loi est une « règle prescrite par une autorité que nous regardons comme ayant le droit de faire cette loi » (1819, Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1992, p. 1-2). Voir B. Binoche, « Comment suivre la nature ? Tracy, lecteur de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n° 5, 2001, p. 59-91.

⁵ Les « rapports », comme l'a bien vu Hume, peuvent s'entendre aussi bien comme des relations morales que comme des régularités empiriques : en adoptant la définition de la « loi-rapport », Montesquieu n'introduit pas de distinction liminaire entre être et devoir-être. *L'Enquête sur les principes de la morale* critique ainsi une conception de la justice qui « suppose que tout droit se fonde sur certains rapports ou relations » ; à juste titre, Hume fait remonter cette théorie de la loi-rapport à Malebranche (*Enquête sur les principes de la morale*, trad. Ph. Baranger et Ph. Saltel, Paris, GF-Flammarion, 1991, p. 101).

⁶ « Pourquoi n'a-t-il établi aucun principe pour apprendre à distinguer, parmi les lois émanées d'un pouvoir légitimes, celles qui sont injustes et celles qui sont conformes à la justice ? » (Condorcet, *Observations sur le XXIX^e livre de L'Esprit des lois*, en annexe des *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 7, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1985, p. 144).

⁷ « Le droit politique est encore à naître [...] Le seul moderne en état de créer cette grande et inutile science eût été l'illustre Montesquieu. Mais il s'est gardé de traiter des principes du droit politique ; il se contenta de traiter du droit positif des gouvernements établis, et rien au monde n'est plus différent que ces deux études » (Rousseau, *Émile*, dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, t. IV, 1969, p. 836).

⁸ En dehors de la position de Comte, Durkheim et Aron, nous mentionnerons les travaux moins connus de Ehrlich (« Montesquieu and sociological jurisprudence », *Harvard Law Review*, n° 29, 1916),

possible : loin de reconduire le droit au fait, Montesquieu aurait rendu au genre humain ses droits. *L'Esprit des lois* serait le « code de la raison et de la liberté », invoquant « les droits respectifs des hommes les uns sur les autres »⁹. L'optique de la rationalité et celle de la justice semblent donc inconciliables : il faut opter entre déterminer le juste et rationaliser le droit. Hegel, enfin, propose une troisième voie. La conception historiciste – reprise, à la suite de Montesquieu, par l'école historique écossaise ou allemande – a raison de s'interroger sur l'émergence des institutions à partir des mœurs ou de l'éthique sociale d'un peuple ; mais face à l'abstraction contractualiste, l'explication de la genèse du droit ne peut suppléer à une détermination conceptuelle du juste¹⁰.

La question paraît donc légitime : Montesquieu renonce-t-il à l'idée même de *justice* au profit d'une *justification* des institutions ? Substitue-t-il une rationalisation du droit à une théorie de la justice ? Cette contribution se propose de revenir sur l'opposition entre tribunal de la raison et tribunal de l'histoire, philosophie du droit et histoire du droit¹¹. Il s'agit de montrer que *L'Esprit des lois* n'abandonne pas l'ambition d'une définition conceptuelle de la justice au-delà d'une rationalisation interne au droit et d'une rationalisation externe ou circonstancielle – adéquation des lois aux causes physiques et morales qui constituent l'esprit général des peuples. Si Montesquieu se détourne de la question de l'obligation politique associée à l'élaboration théorique de la souveraineté¹², s'il sort du « paradigme théologique » de la justice en assumant l'autonomie du politique à l'égard de toute doctrine métaphysique¹³, il ne renonce pas pour autant à l'idée d'un fondement objectif du droit. Nous souhaiterions donc mettre à l'épreuve l'hypothèse selon laquelle les rapports d'équité possibles dont Montesquieu affirme l'existence contre le positivisme juridique se déterminent en rapports de *proportion* que le législateur doit respecter s'il entend contribuer à la *modération* du gouvernement et à la *conservation* de son

Gurvitch (« La sociologie juridique de Montesquieu », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 46, 1939, p. 611-626), ou D. Kelley (« The prehistory of sociology. Montesquieu, Vico, and the legal tradition », dans *History, Law and the Human Sciences*, Londres, Variorum Reprints, 1984, p. 133-144).

⁹ *EL*, XXV, 13. Sur le « code de la raison et de la liberté », voir Voltaire, *Commentaire sur L'Esprit des lois* (1777), dans *Montesquieu. Mémoire de la critique*, textes choisis et présentés par C. Volpilhac-Augier, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2003, avant-propos, p. 499. Le jugement de Voltaire, en réalité, est ambivalent : tout en affirmant que « le genre humain avait perdu ses droit. Montesquieu les a retrouvés et les lui a rendus », il dénonce la justification systématique des usages. Sur la définition, chez Montesquieu des droits de l'homme « en situation » (l'universalisme des valeurs étant concilié avec la diversité des cultures), voir C. Larrère, *Actualité de Montesquieu*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1999.

¹⁰ Voir Hegel, *Principes de la Philosophie du droit*, trad. R. Derathé, Paris, Vrin, 1989, §3, Rq. Après avoir fait l'éloge de Montesquieu qui a découvert l'élément historique du droit positif, Hegel souligne la nécessité de maintenir la différence entre rationalité et historicité du droit, entre le développement fondé sur des causes historiques et le développement fondé sur le mouvement même du concept : « il va de soi qu'une disposition juridique peut, en fonction des circonstances de l'époque et des institutions juridiques en vigueur, apparaître comme pleinement fondée et cohérente, et néanmoins être injuste et irrationnelle en soi et pour soi » (on se reportera également au § 219).

¹¹ Sur l'interprétation de la célèbre locution selon laquelle « il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire » (*De l'esprit des lois*, désormais *EL*, XXXI, 2), nous renvoyons à G. Benrekassa, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », dans *Le concentrique et l'excentrique*, Paris, Payot, 1980, chap. 5. Nous nous permettons également de mentionner notre intervention orale lors de la journée consacrée à la « Genèse des savoirs juridiques » organisée par M. Xifaras au CPHM de Villejuif en avril 2003 (à paraître).

¹² Voir L. Jaume, *La liberté ou la loi*, Paris, Fayard, 2000, chap. II.

¹³ Sur les fondements métaphysiques des théories de la loi, et sur l'opposition du rationalisme thomiste et du volontarisme chez Duns Scott, Occam ou Suarez, voir M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, Paris, P.U.F., 1990. Pour une lecture « ontologique » de la théorie de la justice chez Montesquieu et une interprétation aristotélicienne du concept de « nature des choses », voir S. Goyard-Fabre, *Montesquieu. La nature, les lois, la liberté*, Paris, P.U.F., 1993.

Etat. Cette réflexion permettra ainsi de faire apparaître l'union de la justice, de la liberté et de la puissance en une certaine figure de la rationalité – celle de l'utilité éclairée¹⁴.

L'enjeu de cette étude sera de mettre en lumière la position singulière de Montesquieu parmi les modernes. Sans revenir à une quelconque transcendance du juste, sans opposer l'idéal au réel, *L'Esprit des lois* enracine la validité des valeurs juridiques dans l'objectivité des rapports inhérents à la « nature des choses ». Ni classique ni moderne au sens que Leo Strauss, ses disciples ou ses critiques donnent à ces termes, Montesquieu déjoue les oppositions interprétatives : sa théorie des droits remet en cause le contraste entre une justice relative fondée sur la mesure (l'égalité proportionnelle) et la justice absolue des droits de l'homme¹⁵ ; elle remet en cause l'opposition entre un droit classique fondé sur la nature des choses et une normativité juridique moderne fondée sur l'idée de droits subjectifs¹⁶. Il n'y a plus à opposer ici deux critères du juste – *naturalité* et *humanité*, droit naturel classique et droits de l'homme modernes. Même si l'idée d'une justice par nature disparaît, la subjectivité ne devient pas le fondement anhistorique des valeurs juridiques. Justice et rationalité se nouent dans le concept de « rapports nécessaires » dont les lois sont supposées dériver : le législateur modéré est celui qui respecte ces rapports, le politique despotique celui qui les rompt de façon arbitraire. La théorie classique de la justice comme égalité proportionnelle se trouve de la sorte réinterprétée à la lumière de la redéfinition moderne de la liberté comme protection des droits contre l'arbitraire et l'abus de pouvoir¹⁷.

Du possible au réel : les rapports d'équité comme rapports de proportion

Il est exclu, dans le cadre de cette étude, de revenir sur le statut de la loi naturelle dans *L'Esprit des lois*¹⁸. Antérieure aux conventions, la justice est définie comme un rapport entre les *choses* – « rapport de convenance, qui se trouve réellement entre deux choses » (*Lettres persanes*, 83). Contre Hobbes¹⁹, Montesquieu s'inspire de Leibniz²⁰, Malebranche²¹ et

¹⁴ « Tout ce qui est juste est utile, et tout ce qui est honnête est juste ; d'où résulte que tout ce qui est honnête est utile » (Cicéron, *Des devoirs*, II, III, 9). Dans l'un de ses premiers écrits (1717), Montesquieu fait l'éloge de Cicéron, qui enseigne « ce que c'est que l'honnête et ce que c'est que l'utile » (*Discours sur Cicéron*, dans *Œuvres et Ecrits divers*, dans *OC*, t. VIII, sous la direction de P. Rétat, Oxford, Voltaire Foundation, 2003, p. 125, 127).

¹⁵ Voir Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris, P.U.F., 2003 : « il y a loin de ces équilibres mécaniquement atteints, toujours provisoires comme celui de la balance aux mains de la justice antique, à une justice telle que la nôtre, celle des « droits de l'homme », qui n'évoque plus des idées de relations ou de mesure, mais au contraire d'incommensurabilité et d'absolu » (p. 74).

¹⁶ Sur cette opposition, voir notamment M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1979 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2003 ; R. Sève, *Leibniz et l'école du droit naturel*, Paris, P.U.F., 1989.

¹⁷ Voir A. Boyer, « Justice et égalité », dans *Notions de philosophie*, sous la dir. de D. Kambouchner, Paris, Gallimard, 1995, t. III, p. 9-86.

¹⁸ *EL*, I, 1. La bibliographie consacrée au livre I de *L'Esprit des lois* et à la question des rapports de Montesquieu au jusnaturalisme est immense. On la trouvera recensée par J.-P. Courtois, *Inflections de la rationalité dans « L'Esprit des lois »*, Paris, P.U.F., 1999. Parmi ceux qui soutiennent la thèse d'une continuité de Montesquieu avec le jusnaturalisme moderne, voir M. Waddicor, *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1970 ; C. P. Courtney, « Montesquieu dans la tradition du droit naturel », dans *La Fortune de Montesquieu, Montesquieu écrivain*, Actes du colloque de Bordeaux 1989, Bordeaux, Bibliothèque Municipale de Bordeaux, 1995, p. 27-40.

¹⁹ Contre Hobbes, voir *Pensées*, n° 1266 et n° 224.

²⁰ Leibniz définit notamment la justice punitive de Dieu par le « principe de convenance » en vertu duquel les mauvaises actions doivent être sanctionnées (*Théodicée*, §73-74). Montesquieu possédait les *Essais de Théodicée* (*Catalogue de la bibliothèque de Montesquieu à La Brède*, L. Desgraves et C. Volpillac-Auger éd., avec la collab. de F. Weil, Naples, Liguori, 1999, n° 405 et 410).

²¹ Voir R. Shackleton, *Montesquieu. Une biographie critique* (1961), trad. J. Loiseau, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1977 ; C.-J. Beyer, « Montesquieu et la philosophie de l'ordre », dans *Voltaire*

Clarke²². Réfuter le positivisme juridique revient à affirmer l'existence d'une justice antérieure aux lois : « avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. 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 »²³. Certains interprètes s'étonneront du jusnaturalisme ainsi réintroduit : soit qu'ils y voient des « résidus métaphysiques » peu compatibles avec la suite de l'ouvrage²⁴, soit qu'il y discernent un acte d'allégeance à la tradition la plus fade, au moment où Montesquieu étend du physique au moral le concept scientifique de loi (corrélation entre les phénomènes, rapport entre variables observables)²⁵. Pour autant, Montesquieu ne s'engage ni dans les voies anciennes de la loi naturelle, ni dans les voies modernes qui tentent de concilier, par l'impératif de réciprocité, sociabilité et amour de soi²⁶ ; il exclut toute superposition entre droit naturel et morale²⁷. La distinction est nette entre les rapports d'équité concernant l'être intelligent et les « lois de la nature » qui dérivent de son être animal ou sensible : les lois découvertes à l'état de nature – désir de paix, de nourriture, de partenaires sexuels et sociaux afin de vivre ensemble – sont issues du désir de conservation, antérieurement au développement de la raison. Même si les lois de nature instinctives orientent l'homme vers la paix et la sociabilité plutôt que vers la guerre, l'état de nature, comme chez Hobbes, est un vide éthique²⁸. Dans l'état civil, les lois naturelles permettant de déclarer iniques certaines lois civiles se limiteront à la défense naturelle et à la pudeur

Studies, n° 87, 1972, p. 145-166 ; S. M. Mason, *Montesquieu's Idea of Justice*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975 ; P. Rétat, « Les ambiguïtés de la notion de loi chez Montesquieu. Analyse du livre I de *L'Esprit des lois* », dans *De la tyrannie au totalitarisme. Recherche sur les ambiguïtés de la philosophie politique*, Lyon, L'Hermès, 1986, p. 125-135 ; P.-L. Assoun « Les sources philosophiques du concept de loi dans *L'Esprit des lois* : Montesquieu et le malebranchisme », et J. Goldzinc, « Sur le chapitre I, du livre 1 de *L'Esprit des lois* de Montesquieu », dans *Montesquieu, « De l'esprit des lois ». La nature et la loi*, Paris, Ellipses, 1987, respectivement p. 169-179 et p. 107-119. Comme l'a montré P. Riley, dans les *Réflexions sur la prémotion physique* (que Montesquieu possède dans sa bibliothèque), les relations morales sont analogues, chez Malebranche, aux relations mathématiques. Contre Hobbes, les rapports de perfection ne sont pas seulement des vérités, mais des lois (*The General Will before Rousseau*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 171).

²² Clarke évoquait déjà la « nature des choses » à propos des relations entre les choses qui ne dépendent d'aucun établissement positif. Dans son *Traité de l'existence et des attributs de Dieu*, Clarke propose une réfutation conjointe de Hobbes et de Spinoza, qualifié de « plus célèbre défenseur de l'athéisme de notre temps » en définissant la justice par la convenance (trad. M. Ricotier, Amsterdam, Jean Frédéric Bernard, t. I, 1727, p. 49 ; voir p. 229-230). Montesquieu avait acheté en Angleterre *A Discourse concerning the Being and Attributes of God* (1728) ; il note qu'il doit le lire dans le *Spicilege* (n° 561).

²³ Voir *Défense de L'Esprit des lois*, Réponse à la première objection et *Pensées*, n° 1908 : « Une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi ; mais elle doit être loi parce qu'elle est juste ». Hobbes écrit l'inverse (*Le citoyen*, trad. Sorbière, Paris, G.-F., 1982, XII, 1, p. 215). Montesquieu fait l'éloge des grands fondateurs du droit naturel moderne : « Je rends grâce à MM. Grotius et Pufendorf d'avoir exécuté ce qu'une grande partie de cet ouvrage demandait de moi, avec cette hauteur de génie à laquelle je n'aurais pu atteindre » (*Pensées*, n° 1863, voir 1537).

²⁴ P. Martino, « De quelques résidus métaphysiques dans *L'Esprit des lois* », *Revue d'histoire de la philosophie*, 1946, p. 235-243.

²⁵ Voir L. Althusser, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 1959, p. 38-42.

²⁶ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam 1724, I, I, § 10, t. I, p. 48-49 ; Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam 1734, I, VI, §18, t. I, p. 113. Voir l'annotation du livre I de *L'Esprit des lois* par A. Postigliola, Oxford, Voltaire Foundation, 1998.

²⁷ Ainsi de Crévier : « qu'est-ce qu'un ouvrage où l'on cherche le principe de toutes les lois, et où le droit naturel est réduit presque à rien... » (*Observations sur le livre « De l'esprit des lois »* (1764), cité dans *Montesquieu. Mémoire de la critique, op. cit.*, p. 415-416). Sur la destitution du droit naturel chez Montesquieu, voir F. Markovits, « Montesquieu : l'esprit d'un peuple, Une histoire expérimentale », dans *Former un nouveau peuple ?*, J. Boulad-Ayoub éd., Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, 1996, p. 207-236, republié dans *Lectures de L'Esprit des lois*, T. Hoquet et C. Spector éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2004, p. 65-99.

²⁸ *EL*, I, 2. L'opposition est nette entre « la loi de la nature, qui fait que tout tend à la conservation des espèces » et « la loi de la lumière naturelle, qui veut que nous fassions à autrui ce que nous voudrions qu'on nous fit » – formule classique du droit naturel moderne (X, 3).

naturelle ; dans le prolongement des inclinations naturelles de l'homme, ce seront des tendances éprouvées ou « senties » plutôt que des préceptes normatifs, rationnels ou moraux²⁹.

La réflexion sur la justice engage donc la détermination de l'équité qui relève des rapports de l'« être intelligent » avec la société, son créateur, son semblable. Dans le sillage de Malebranche, Montesquieu affirme l'univocité de la loi qui permet de subsumer sous un même concept le physique et le moral, les rapports de grandeur et les rapports de perfection³⁰. Les devoirs naturels de l'homme en tant qu'être intelligent renvoient désormais à des rapports *possibles* entre êtres intelligents en position d'égalité ou de subordination : principe d'obligation politique (s'il existe une société, les êtres intelligents doivent obéir à ses lois) ; principe de gratitude (reconnaissance pour les biens reçus) ; principe de dépendance (du créé à l'égard de son créateur) ; principe du talion (punition d'un mal par le même mal) – liste non exhaustive. *En envisageant les conditions de possibilité de toute société, la seconde et la quatrième loi conduisent donc à penser la justice comme égalité ou proportion*³¹. Mais la légalité du monde moral n'est pas aussi contraignante que celle du monde physique : « il s'en faut bien que le monde intelligent soit aussi bien gouverné que le monde physique » (I, 1). La définition *univoque* de la loi comme rapport repose dès lors sur une *équivoque* fondamentale : afin de passer du devoir-être à l'être, les rapports d'équité devront être perçus par l'entendement et suivis par la volonté. Or l'homme n'est ni un simple corps ni une pure intelligence : en tant que créature *sensible*, susceptible d'erreurs et de passions, il tend à s'écarter des lois qui gouvernent sa nature. Le premier chapitre de *L'Esprit des lois* établit à la fois l'universelle légalité et la variation continue des degrés de nécessité, selon le degré de probabilité avec lequel les êtres suivent leurs lois. Pour que l'homme, en tant qu'être moral, suive les lois d'équité comme l'homme, en tant qu'être physique, suit les lois des corps, il faut qu'il y soit « rappelé » ; il faut que les législateurs le rendent à ses devoirs par les lois politiques et civiles³².

C'est dans cette médiation – celle du droit accompagné du pouvoir de punir – que réside à la fois la chance et le risque de la politique. Une fois posée la nécessité d'une régulation juridique, le mot d'ordre de modération prend sens face au repoussoir despotique : pour que la puissance instituée par les hommes n'abuse pas de son pouvoir de contraindre, elle devra respecter les *justes rapports inhérents à la nature des choses*. Or comment comprendre le passage des rapports d'équité possibles, qui concernent des êtres intelligents ou moraux, aux lois équitables convenant aux sociétés réelles et aux individus sensibles ? Montesquieu confère un rôle crucial au législateur : le passage de l'essence à l'existence suppose la détermination du rapport adéquat par sa *prudence* qui se détermine selon les circonstances³³. La rationalité politique doit appliquer les rapports possibles aux circonstances réelles dans lesquelles vivent les hommes, et c'est cette application du général

²⁹ Sur la défense naturelle et la pudeur naturelle comme lois de nature, voir *EL*, I, 2 ; XV, 2 ; XVI, 2 ; XXVI, 3-6. Ce droit naturel, cependant, n'est pas intangible. Il est des « cas où l'on peut juger par les principes du droit civil, en modifiant les principes du droit naturel » (XXVI, 5).

³⁰ A la référence malebranchiste (voir notamment les *Méditations chrétiennes*, IV, 8), il faut ajouter là encore la référence à Samuel Clarke, qui pose, contre Hobbes, l'analogie entre rapports moraux de justice et rapports mathématiques (*Traité de l'existence et des attributs de Dieu*, *op. cit.*, p. 52-71).

³¹ Voir V. Goldschmidt, *Anthropologie et politique*, Paris, Vrin, 1983, p. 190 ; R. Aron, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 57.

³² Les lois religieuses prennent en charge les devoirs envers Dieu ; les lois morales, les devoirs envers soi ; les lois politiques, les devoirs envers autrui, qui concernent l'homme en tant qu'être social (« fait pour vivre dans la société », *EL*, I, 1, *dans fine*).

³³ Voir D. de Casabianca, « *De l'esprit des lois* », *Montesquieu*, Paris, Ellipses, 2003.

au particulier qui requiert l'art politique fondé sur une sagesse pratique³⁴. Sans doute cette rationalité politique relève-t-elle elle-même d'une genèse historique : en caractérisant dès la préface les « temps de lumière » comme ceux de la réforme *prudente*³⁵ et en reconstituant l'histoire du droit français à partir de la codification des coutumes et de la jurisprudence, *L'Esprit des lois* exclut toute conception « constructiviste » du droit³⁶. Loin du mythe platonicien ou rousseauiste du nomothète quasi-divin qui connaît les préjugés et les passions sans les éprouver pour autant³⁷, Montesquieu immerge le politique dans les manières de penser et de sentir des hommes. Afin qu'une rationalité se dégage dans l'élaboration des lois, il ne faut donc pas qu'une intelligence philosophique préside à la réforme ; la rationalité du droit est inséparable de l'histoire du droit, sans exclure la possibilité d'une *ruse de la raison* : « Les hommes, dans le fond raisonnables, mettent sous des règles leurs préjugés mêmes »³⁸. Pas plus que le roi, le philosophe ne peut transcender la situation par la puissance de sa raison et la liberté de sa volonté³⁹. Mais si la rationalité politique envisagée par Montesquieu est une rationalité sourde, n'exigeant pas de réflexivité philosophique abstraite, une *raison raisonnable* plutôt que *géométrique*⁴⁰, la prudence doit penser l'évolution graduelle du droit au regard des coutumes qui façonnent, dès l'origine, le caractère des nations⁴¹. Telle est la figure de la raison dans l'histoire : prendre la raison « dans la chose même » (XXVIII, 10) revient à mettre en rapport le droit avec la totalité des rapports qui lui sont extérieurs, de façon diachronique et synchronique à la fois.

Au regard de cette conception complexe de la rationalité, le rapport entre loi d'équité possible et rapport de justice réel ne saurait donc être déductif. La quatrième règle le montre : dans les Etats modérés, le talion strict est injuste. Ce principe d'équivalence rigoureux caractérise le despotisme, incapable, faute de prudence et d'attention aux différences, de saisir les rapports de proportion entre nature des crimes et nature des peines. Dans sa simplicité, le talion relève d'une assimilation du qualitatif au quantitatif, qui homogénéise là où il faut différencier (VI, 19). Le despotisme est précisément le régime qui

³⁴ Ce point apparaît lorsque l'on passe à la définition de la loi positive (dans un contexte cicéronien) au chapitre 3 du livre I : « La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine ».

³⁵ « Les préjugés des magistrats ont commencé par être les préjugés de la nation. Dans un temps d'ignorance, on n'a aucun doute, même lorsqu'on fait les plus grands maux ; dans un temps de lumière, on tremble encore lorsqu'on fait les plus grands biens » (*EL*, préface).

³⁶ Voir F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, P.U.F., 1995.

³⁷ Voir Rousseau, *Du contrat social*, II, 7.

³⁸ *EL*, XXVIII, 23. L'unification du droit en France serait injuste, car la justice a son histoire : « Comment peut-on appliquer une loi si on ne sait pas le pays pour lequel elle a été faite et les circonstances dans lesquelles elle a été faite ? » (*Pensées*, n° 1827). D'où la nécessité de « considérer les lois dans leur origine » (n° 1831). Montesquieu ne suit pas les juristes, principalement méridionaux, qui considèrent le droit romain comme la *ratio scripta*, l'archétype d'une législation rationnelle et universelle (*Lettres persanes*, désormais *LP*, 100 ; *EL*, livre XXVIII) ; la coutume de Paris ne doit pas davantage devenir la coutume maîtresse en vue de l'élaboration d'un droit commun français (voir J. Bart, « Montesquieu et l'unification du droit », dans *Le temps de Montesquieu*, Genève, Droz, 2002, p. 137-146).

³⁹ Dans le chapitre intitulé « Des législateurs », qui devait initialement clore l'ouvrage, il n'est question que des préjugés et des passions des *philosophes* politiques (*EL*, XXIX, 19 ; voir *LP*, 129).

⁴⁰ Voir la présentation par S. Rials de *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 394. Burke, en ce sens, pourra s'autoriser de Montesquieu dans sa critique de la Révolution française. Nous tenons à remercier chaleureusement Blaise Bachofen qui est à l'origine de cette remarque essentielle : *c'est contre toute prétention à la législation philosophique que Montesquieu construit un autre modèle d'intelligibilité de la rationalité des lois*. Nous lui devons également d'autres remarques extrêmement pertinentes qui nous ont permis d'affiner notre étude.

⁴¹ Selon I. Berlin, la tension sur ce point est réelle chez Montesquieu (« Montesquieu », dans *A contre courant*, trad. A. Berelowitch, Paris, Albin Michel, 1988, p. 200-235).

*réduit le moral au physique, le symbolique au matériel, le qualitatif au quantitatif*⁴². Or lorsqu'il étudie la justice pénale dans les Etats modérés, Montesquieu envisage un usage complexe et raffiné de la proportion, irréductible à l'égalité arithmétique. Le manuscrit en témoigne : « On peut abuser de la loi du talion comme de toutes les autres lois *et par un principe d'équité choquer l'équité même* »⁴³.

Comment penser dès lors l'application des principes d'équité, l'intégration de la nature dans l'histoire ? Partant d'une définition univoque de la loi, Montesquieu établit des corrélations entre les phénomènes qui font intervenir la *proportion* comme figure particulière du rapport. Comme l'indiquent les titres des livres de *L'Esprit des lois*, la question des fondements du droit devient celle des rapports que les lois *doivent* entretenir avec les différents rapports inhérents à la nature des choses : *l'esprit des lois est rapport de rapports*. Or une telle conception engage la définition originelle de la proportion comme analogie. Le concept de *rapport* introduit dans la définition initiale de la loi (« rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses ») est au cœur de la définition mathématique, métaphysique et esthétique de la proportion, telle qu'on la trouve encore dans *L'Encyclopédie* : non seulement la proportion est rapport de rapports, mais le rapport se définit lui-même comme proportion ; *logos* ou *ratio*, la raison détermine ce qui est en raison (directe, inverse ou composée) dans les choses. Ainsi en mathématique, « Comme on compare deux grandeurs d'où résulte un rapport ou une raison (*voyez* RAISON, RAPPORT) ; aussi l'on peut comparer deux rapports d'où résulte une *proportion*, lorsque les rapports comparés, ou ce qui est la même chose, leurs exposans se trouvent égaux ». La proportion peut être arithmétique ou géométrique. En Logique ou métaphysique, le terme se définit selon Jaucourt par la « conformité de relation entre diverses choses, lorsque l'esprit pensant à deux objets, a conçu un rapport entre ces deux objets, & que pensant à deux autres choses, il y trouve aussi du rapport entr'elles ; cette conformité de pensées & de relations s'appelle *proportion* ». Dans le domaine esthétique, la proportion se définit comme « rapport, convenance du tout & des parties entr'elles dans les ouvrages de goût ». Réciproquement, le terme de « rapport » se définit par la notion de proportion ou de convenance : « *en Géométrie & en Arithmétique*, c'est le résultat de la comparaison de deux quantités l'une avec l'autre, relativement à leur grandeur. On se sert aussi du mot *raison*, & même plus communément, surtout lorsque ce mot est joint à un adjectif, comme *raison directe, raison inverse, raison doublée, &c.* »⁴⁴.

C'est cette détermination du rapport comme proportion que Montesquieu convoque à plusieurs reprises dans *L'Esprit des lois* afin de caractériser les variations concomitantes entre grandeurs et quantités physiques et/ou grandeurs et qualités morales. Dans ces exemples, la proportion intervient comme loi de ce qui est (« On trouve des mœurs plus pures dans les divers États d'Orient, à proportion que la clôture des femmes y est plus exacte »⁴⁵) autant que comme norme de ce qui doit être (« Il faut qu'il y ait une proportion entre l'Etat créancier et l'Etat débiteur » ; « L'équité naturelle demande que le degré de preuve soit proportionné à la grandeur de l'accusation »⁴⁶). Le législateur modéré fait convenir les deux : pour être rationnelles et justes dans l'attribution des biens et des

⁴² *EL*, V, 18 ; VI, 2. En l'absence de dimension symbolique, seul l'argent constitue une récompense dans le despotisme, et seul le châtiment corporel constitue une peine.

⁴³ Voir J.-P. Courtois, *op. cit.*, p. 110-120.

⁴⁴ Pour les définitions des principaux dictionnaires du XVII^e et du XVIII^e siècle, voir J.-P. Courtois, *op. cit.*, p. 56-69.

⁴⁵ *EL*, XVI, 10 ; voir également IV, 2 ; V, 15 et XXII, 19 ; VI, 9 ; XIV, 10 ; XVIII, 10 (liste non exhaustive).

⁴⁶ *EL*, XXII, 18 ; *Défense de L'Esprit des lois*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, p. 1122. Voir *EL*, XV, 8. D'autres exemples seront donnés ultérieurement.

maux (des avantages sociaux⁴⁷, des sanctions pénales ou des charges militaires et fiscales), les lois politiques ou civiles ne doivent pas rompre les rapports qui existent, dans un régime donné, entre les personnes et les choses. L'exemple du luxe, à cet égard, est révélateur : si « le luxe *est toujours* en proportion avec l'inégalité des fortunes » (VII, 1), l'art politique doit adapter les lois à ces rapports inhérents à la nature des choses. Dans les monarchies, où les lois somptuaires doivent être proscrites, « *Il faut* même que les riches y dépensent à proportion de l'inégalité des fortunes, et que, comme nous avons dit, le luxe y augmente dans cette proportion » (VII, 4). La loi convenable, en l'occurrence, ne relève pas d'une simple prudence associée, comme chez Aristote, à l'indétermination des affaires humaines⁴⁸ ; elle se détermine en fonction de variables observables et parfois mesurables. L'art politique doit être orienté par la connaissance du *ratio* entre population et subsistances disponibles : « Ainsi, pour savoir s'il faut encourager le luxe ou le proscrire, on doit d'abord jeter les yeux sur le rapport qu'il y a entre le nombre du peuple et la facilité de le faire vivre »⁴⁹. Même si le jugement porté sur les justes rapports n'est pas de l'ordre de l'évidence – les rapports sont ressentis ou reconnus, en situation –, la connaissance des rapports fonde la rationalisation de l'art de gouverner, au-delà d'une prudence simplement empirique⁵⁰.

Il reste à souligner une difficulté majeure : les rapports sont loin d'être tous réductibles à des données quantitatives ; seuls le sont ceux qui corrélerent des grandeurs physiques ou des grandeurs morales d'ordre économique⁵¹. La question se pose dès lors : doit-on inscrire les rapports de proportion dans la continuité de la tradition antique définissant la justice comme égalité géométrique, ou les associer au projet d'établir des corrélations entre les phénomènes – fondation moderne d'une physique sociale⁵² ?

⁴⁷ Entre les individus à l'état de nature comme entre les nations, l'état de guerre tient à ce que les hommes « cherchent à tourner en leur faveur les principaux avantages de cette société » (*EL*, I, 3). Les lois sont supposées remédier à cet état de guerre.

⁴⁸ Voir P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris, P.U.F., 1986.

⁴⁹ *EL*, VII, 6. Voir IX, 6 à propos du *ratio* entre vitesse de défense du territoire (selon la vitesse de déplacement des armées) et distance à parcourir qui permet de donner la formule de la juste grandeur de l'Etat. Montesquieu invoque également le *sex ratio* qui pourrait justifier que la loi autorise la polygamie : « Mais je ne crois pas qu'il y ait beaucoup de pays où la disproportion soit assez grande pour qu'elle exige qu'on y introduise la loi de plusieurs femmes, ou la loi de plusieurs maris » (XVI, 4).

⁵⁰ Voir B. Binoche, *Introduction à « De l'esprit des lois » de Montesquieu*, Paris, P.U.F., 1998, p. 21.

⁵¹ Voir notamment *EL*, XVIII, 10. Le projet d'arithmétique politique de Petty a été repris à son compte en France par Melon : « Tout est réductible au calcul : il s'étend jusqu'aux choses purement morales » (*Essai politique sur le commerce*, dans *Economistes et financiers au XVIII^e siècle*, E. Daire éd., Genève Slatkine Reprints, 1971, chap. XXIV, p. 809). Montesquieu ne le reprend à son compte que très partiellement.

⁵² C'est l'opinion de L. Versini : « *En raison de, en raison directe de* : Montesquieu emploie volontiers un langage mathématique, fournissant à la science politique une modélisation moderne » (introduction à *L'Esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, p. 18). Cette thèse est critiquée par D. de Casabianca dans sa thèse intitulée *Le sens de l'esprit. Les sciences et les arts : formation du regard dans « L'Esprit des lois »*, Université d'Aix-Marseille I, 2002. Montesquieu refuserait la théorie des probabilités appliquées au domaine moral : « Le mathématicien ne va que du vrai au vrai, du faux au vrai par les arguments *ab absurdo*. Ils ne connaissent pas ce milieu, qui est le probable, le plus ou le moins probable. Il n'y a pas, à cet égard, de plus ou de moins dans les mathématiques » (*Pensées*, n° 172). Il est vrai que tout ne peut être appréhendé sous l'aspect quantitatif dans le domaine politique (l'économie faisant figure de cas à part). Montesquieu faisait déjà cette remarque à propos de la médecine : « Il faut se garder d'introduire la géométrie dans la médecine, car la première porte sur le *quantum* et la seconde sur le *quale* » (*Spicilege*, n° 575). *L'Esprit des lois* refuserait ainsi l'introduction de procédures de mesure qui nierait l'appréhension de la singularité. Le législateur, semblable au médecin, doit renoncer à l'attitude du géomètre, qui juge selon des règles, pour exercer son discernement en fonction des cas. Le *plus* et le *moins* dont parle Montesquieu ne pourrait donc être appréhendé mathématiquement, et le milieu ne pourrait être approché par le calcul d'une moyenne statistique (variation quantitative par rapport à une norme, calcul des chances). Selon D. de Casabianca, « envisager les proportions permet de fixer les limites qu'impose la situation et d'examiner, dans ces limites, comment peut varier la législation, pour qu'elle soit la plus propre possible à produire les effets visés » (t. I, p. 249). Cependant, il faut noter que certains rapports sont bien

II. Justice et égalité : de Aristote à Montesquieu

La question invite à examiner le devenir, dans la philosophie politique de Montesquieu, de la théorie aristotélicienne de la justice. Dans *L'Esprit des lois*, la critique du pire régime se substitue en effet à la détermination du meilleur régime – du régime le plus juste⁵³. L'ouvrage propose une théorie immanente des normes : la modération, seul véritable bien politique, se justifie par les maux « infinis » de son contraire, le despotisme⁵⁴. Or cette inversion est porteuse de conséquences cruciales : *la question des rapports entre justice et rationalité devient celle des rapports entre modération et rapports (de proportion notamment) voués à préserver la liberté politique et civile*. Certes, l'art politique modéré doit préserver une *juste mesure* entre deux extrêmes, par excès et par défaut : « 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 ; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours *entre deux limites* »⁵⁵. Mais la problématique aristotélicienne du bien politique – le juste – se trouve transposée dans le champ moderne : la fin de tout gouvernement n'est plus d'accomplir l'excellence propre de l'homme, mais de protéger ses droits face à la violence d'autrui et aux risques d'abus de pouvoir⁵⁶. Montesquieu insiste sur la pluralité des biens en politique (XXVI, 2), c'est-à-dire sur la pluralité des formes possible de la modération associée à la *convenance* des lois aux mœurs : ce qui convient à un peuple n'aura pas besoin de lui être imposé par violence, réelle ou symbolique⁵⁷.

Ce déplacement à l'égard de la problématique classique se mesure dans l'attention nouvelle conférée au pouvoir de punir, dont dépend « principalement » la liberté du citoyen (XII, 2). Face à la cruauté despotique, qui traduit l'excès et l'arbitraire et détruit les rapports entre les choses⁵⁸, le pouvoir modéré est celui qui minimise la coercition ou la violence

théoriquement mesurables ; Montesquieu pense bien une forme d'équivalence, fût-elle qualitative, entre grandeurs physiques et grandeurs morales.

⁵³ B. Binoche parle à juste titre de « politique négative » (*Introduction à « De l'esprit des lois » de Montesquieu, op. cit.*). Sur la philosophie politique de Montesquieu comme fuite du mal plutôt que recherche du bien, voir P. Manent, *La cité de l'homme*, Paris, Champs Flammarion, 1997, chap. 1-2. Sur la cruauté despotique comme nouvelle figure du mal, voir J. Shklar, *Les vices ordinaires*, trad. F. Chase, Paris, P.U.F., 1989, chap. 1, 3, 5.

⁵⁴ Voir S. Krause, « Despotism dans the *Spirit of the laws* », dans *Montesquieu Science of Politics*, D. Carrithers, M. Mosher et P. Rahe édés., Lanham, Bulder, New York, Oxford, Rowman & Littlefield, 2001, p. 231-271.

⁵⁵ *EL*, XXIX, 1. En politique, le mieux est l'ennemi du bien : « Les lois extrêmes dans le bien font naître le mal extrême » (XXII, 21). Un principe anthropologique fonde ce mot d'ordre politique : « les hommes s'accommodent presque toujours mieux des milieux que des extrémités » (XI, 6). En infléchissant l'aristotélisme, Montesquieu conjure ainsi l'effroi pascalien face à la disproportion de l'homme entre deux infinis – l'homme, « milieu entre rien et tout », étant incapable de juger (*Pensées*, Br. 72).

⁵⁶ T. Pangle insiste surtout sur la sûreté face aux autres concitoyens, faisant de Montesquieu un disciple masqué de Hobbes (*Montesquieu's Philosophy of Liberalism*, Chicago, The Chicago University Press, 1977 en partic. p. 55). B. Manin montre que Montesquieu redoute plus encore l'insécurité issue du pouvoir lui-même (« Montesquieu et la politique moderne », dans *Cahiers de Philosophie politique*, Reims, n° 2-3, OUSIA, 1985, p. 197-229, republié dans *Lectures de L'Esprit des lois, op. cit.*, p. 171-231). Il faut ajouter que Montesquieu, à la différence de Locke, s'intéresse à l'*opinion* qu'ont les hommes de leur sûreté ; parce que l'homme est sujet de mœurs autant que sujet de droit, les droits qu'il conçoit sont collectifs et non simplement individuels (voir *EL*, livre XIX).

⁵⁷ L'inverse relève de l'exception : « La loi d'Amphictyon [déclarant un principe de représailles violentes par destruction de villes à la guerre] était juste, mais elle n'était pas prudente » (*EL*, XXIX, 5). La loi de l'ostracisme en revanche « fit mille maux, parce qu'elle fut faite sans prudence » (XXIX, 7). Sur la violence symbolique qui permet de définir une « tyrannie d'opinion », voir *EL*, XIX, 3 ; XIX, 14 (c'est l'exemple célèbre du volontarisme législatif de Pierre le Grand).

⁵⁸ Ainsi à propos de la loi des Douze tables qui permettait au créancier de couper en morceaux le débiteur insolvable et dont la justification était fondée sur un faux principe de rationalité (l'atrocité de la loi

nécessaire à l'obéissance. La sévérité inique des sanctions traduit dans la loi un défaut de raison, c'est-à-dire de prudence⁵⁹. Mais afin d'éviter la corruption des régimes et leur devenir despotique, *tous* les pouvoirs de l'Etat susceptibles d'abus (pouvoir politique, civil, militaire, fiscal⁶⁰) doivent être limités. Pour que le concept de modération soit opératoire, il faut savoir quels sont les extrêmes entre lesquels varie leur exercice et comment composer ces extrêmes afin de déterminer le juste milieu qui constitue le bien politique, en situation⁶¹. Or transparait ici la distance prise à l'égard de l'aristotélisme politique : la juste mesure se définit désormais au regard de la rationalité des *rappports* de corrélation entre les phénomènes inhérents à la nature des choses, afin d'éviter l'abus de pouvoir. Déterminer la justice comme *modération* et la vertu de justice comme *esprit de modération* ne suffit donc pas à faire de Montesquieu le simple continuateur d'Aristote. La théorie de la prudence s'articule désormais à une philosophie du jugement. L'esprit se définit par l'aptitude à cerner les rapports qui existent entre les choses : la mise en rapport doit être fidèle à la « juste proportion » et à la « juste valeur des choses »⁶². De ce fait, le législateur modéré n'est pas seulement celui qui examine, entre plusieurs seuils, comment peut varier la législation afin de produire les effets visés ; il est aussi celui qui respecte les justes rapports en arbitrant en vue de la sûreté envisagée d'un double point de vue (conservation de l'Etat, liberté des sujets).

Paradoxalement, la définition originale de la loi (« rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses ») conduit de la sorte à une politique normative : *la justice paraît liée à une certaine figure de la nécessité, contre l'imaginaire de la vaine gloire des princes*. La guerre juste est proportionnée au risque réel (et non imaginaire) encouru contre les « principes arbitraires de gloire, de bienséance, d'utilité » (X, 2) ; la sanction pénale juste est proportionnée au mal réel commis contre la société et non à un mal imaginaire – offense à la gloire du prince ou de la divinité (XII, 4) ; l'impôt juste, enfin, est proportionné aux besoins réels de l'Etat et non à ses besoins imaginaires ou à sa vaine gloire (XIII, 1)⁶³. Dans tous les cas, la justice proportionnelle, accordée à la nécessité et fondée sur la réciprocité, est dite puisée « dans la raison », c'est-à-dire « dans la nature »⁶⁴ ; outrepasser cette nécessité revient à sombrer dans

empêche d'emprunter au-delà de ses facultés) : « Les lois les plus cruelles seront donc les meilleures ? Le bien sera l'excès, et tous les rapports des choses seront détruits ? » (EL, XXIX, 2). Voir XI, 6 et *Pensées*, n° 1292 : « les extrêmes et les excès ne sont pas faits pour être le cours ordinaire des choses ».

⁵⁹ « C'est un malheur du gouvernement lorsque la magistrature se voit contrainte de faire ainsi des lois cruelles. C'est parce qu'on a rendu l'obéissance difficile que l'on est obligé d'aggraver la peine de la désobéissance, ou de soupçonner la fidélité. Un législateur prudent prévient le malheur de devenir un législateur terrible » (EL, XV, 16).

⁶⁰ C'est le plan des livres IX à XIII, que l'on peut aussi ressaisir selon la tripartition droit des gens (IX-X) ; droit politique (XI) ; droit civil (XII).

⁶¹ EL, XXIX, 1. Voir l'excellente analyse de B. Binoche, *op. cit.*, p. 245-286.

⁶² C'est l'éducation qui proportionne les idées « à la juste valeur des choses. Or le plus ou moins d'idées, le plus ou moins de justesse que l'on met dans leur rapport, doit beaucoup diversifier les esprits » (*Causes*, dans *Œuvres complètes*, A. Masson éd., Paris, Nagel, t. III, p. 415). La bonne éducation « met en proportion » les idées et produit leur harmonie (p. 418). On trouve un excellent exemple de production de l'évaluation grâce à l'éducation à propos de la monarchie : « On n'y juge pas les actions des hommes comme bonnes, mais comme belles ; comme justes, mais comme grandes ; comme raisonnables, mais comme extraordinaires » (EL, IV, 2). Les valeurs dépendent de la grandeur mesurée symboliquement dans la réputation, ou le *crédit* d'un homme, qui désigne son cours dans le « monde ». Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à nos précédents ouvrages (*Montesquieu. Les « Lettres persanes »*, Paris, P.U.F., 1997 ; *Montesquieu. Pouvoirs, richesses et sociétés*, *Montesquieu. Pouvoirs, richesses et sociétés*, Paris, P.U.F., 2004, chap. 1).

⁶³ Il reste que ce nécessaire lui-même se définit en situation ; les besoins varient (EL, XIV, 10 ; XXI, 3). Montesquieu n'est pas Rousseau, d'autant qu'il parle de laisser au peuple un « nécessaire abondant »... (XIII, 7). Il faut souligner aussi que l'imaginaire de la gloire doit animer au contraire *les sujets* des monarchies mus par l'honneur (IV, 2), que ce soit dans le luxe (VII, 4) ou dans la prévention des crimes (VI, 9, 21).

⁶⁴ Voir EL, XII, 4 : la peine de mort « est tirée de la nature de la chose, puisée dans la raison et dans les sources du bien et du mal ». Et à propos de toute cette qualification des crimes et des peines : « Tout ce

l'arbitraire et le caprice – figure despotique de l'injustice « contre-nature ». Le mot d'ordre de *L'Esprit des lois* apparaît ici. Chez le législateur humain comme plus tôt chez le législateur divin (I, 1), la sagesse doit éclairer la puissance : dans les Etats modérés (non despotiques), « la loi n'est pas un pur acte de puissance » (XIX, 14). La théorie de la justice est indissociable, chez Montesquieu, d'une théorie de la rationalité : pour que la loi ne soit pas un « pur acte de puissance » (XIX, 14) qui ferait éprouver aux sujets leur servitude, elle doit éviter l'arbitraire ou l'abus de pouvoir. La loi ne peut se définir par la seule volonté du souverain ; l'éclairer par la raison revient à appliquer, en situation, les rapports inhérents à la nature des choses.

III. Le juste prix du droit

Il reste à préciser les modalités de cette rationalisation du juste, qui vise à optimiser la sûreté⁶⁵. Notre hypothèse est la suivante : à plusieurs reprises, *Montesquieu pense cette rationalisation du juste comme détermination d'un juste prix*. Alors que la justice des échanges suppose l'égalité des citoyens⁶⁶, les justices pénale et fiscale sont pensées comme des échanges entre le citoyen et l'Etat⁶⁷. La première fixe le juste prix des biens en fonction des besoins et des intérêts réciproques des hommes ou des nations ; les secondes, le juste prix de la sûreté acquitté par le citoyen à l'Etat. Dans tous les cas, en pensant la politique dans l'horizon de la corruption despotique, Montesquieu infléchit la théorie aristotélicienne de la justice à la lumière de la problématique moderne du pouvoir, toujours en instance d'abus.

L'analyse de la justice dans les échanges se déploie d'abord dans un mouvement de continuité et de rupture avec l'aristotélisme. Dans les transactions volontaires, la justice prend le sens d'une réciprocité fondée sur une péréquation préalable qui homogénéise et rend commensurables les biens ; les prestations doivent être équivalentes en quantité et en qualité⁶⁸. Mais dans *L'Esprit des lois*, la concurrence se substitue au « juste prix » des scolastiques déterminé par l'autorité publique ou le consentement commun : « c'est la concurrence qui met un *prix juste* aux marchandises, et qui établit les *vrais rapports* entre elles » (XXII, 10). Non seulement la valeur des marchandises est fixée selon l'offre et la demande, à proportion des besoins des échangistes qui négocient les prix⁶⁹, mais la valeur de la monnaie elle-même, marchandise *et* signe faisant office de mesure commune, dépend

que je dis est puisé dans la nature, et est très favorable à la liberté du citoyen ». Voir *EL*, XIII, 8 : « la peine naturelle, celle que la raison demande... »

⁶⁵ Sur cette idée d'optimisation des contraintes de l'Etat, voir J. Elster, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Paris, Aubier, 1975.

⁶⁶ « Le commerce est la profession des gens égaux » (*EL*, V, 8). Dans les monarchies, il importe que les hommes en position de pouvoir (le prince ou les grands) ne fassent pas le commerce, ce qui fausserait les échanges (XX, 19-22).

⁶⁷ Nous laisserons de côté ici la question de la transposition chez Montesquieu, de la thématique de la justice distributive, qui fait place au problème de l'articulation du droit politique et du droit civil dans la typologie des gouvernements. Voir notre article « Aristote » du Dictionnaire Montesquieu ; sous la direction de C. Larrère et de C. Volpillac-Auger, à paraître chez Champion.

⁶⁸ Voir *Ethique à Nicomaque*, V, 8.

⁶⁹ *EL*, XX, 2. Voir XXII, 1 : « il y a cette différence, que, dans le cas de l'achat, le commerce se fait à proportion des besoins de la nation qui demande le plus ; et que, dans l'échange, le commerce se fait seulement dans l'étendue des besoins de la nation qui demande le moins, sans quoi cette dernière serait dans l'impossibilité de solder son compte ». L'estimation procède d'une évaluation du besoin des marchandises et c'est l'usage du bien qui détermine la quantité du signe destiné à acquitter sa possession : « Les noirs de la côte d'Afrique ont un signe des valeurs, sans monnaie : c'est un signe purement idéal, fondé sur le *degré d'estime* qu'ils mettent dans leur esprit à chaque marchandise, à *proportion du besoin qu'ils en ont*. Une certaine denrée ou marchandise vaut trois macutes ; une autre, six macutes ; une autre, dix macutes : c'est comme s'ils disaient simplement trois, six, dix. *Le prix se forme par la comparaison qu'ils font de toutes les marchandises entre elles* » (XXII, 8).

des rapports entre l'offre et la demande⁷⁰. A la valeur positive du numéraire, assignée par l'ordonnance du prince, se conjugue sa valeur relative, fixée par l'« estime » des négociants (XXII, 10). Dans les sociétés marchandes, l'évaluation de la monnaie procède ainsi d'une *comparaison* ; elle se détermine à la fois dans le rapport aux marchandises que l'étalon de mesure représente et dans le rapport aux autres monnaies, établis au jour le jour dans les opérations de change. Telle est la raison pour laquelle les opérations de dévaluation arbitraires échouent chez les modernes : « Le change a appris au banquier à comparer toutes les monnaies du monde, et à les mettre à leur *juste valeur* ; le titre des monnaies ne peut plus être un secret » (XXII, 13). Selon Montesquieu, cette juste valeur est inhérente à la « nature des choses » qui désigne l'ajustement des rapports de proportion selon les lieux et les temps⁷¹. L'injustice (l'arbitraire, la violence) despotique tient à ce que celui-ci ne respecte pas ces rapports – instaurant la défiance ou le sentiment d'insécurité – là où la justice est associée au respect des rapports – d'où naît la confiance, ressort de l'économie, associée au sentiment de sécurité de sa propriété⁷². En matière monétaire comme ailleurs, l'usage discrétionnaire du pouvoir conduit à l'impuissance du prince et à la misère du peuple : « Ainsi le prince ou le magistrat ne peuvent pas plus taxer la valeur des marchandises, qu'établir, par une ordonnance, que le rapport d'un à dix est égal à celui d'un à vingt. Julien ayant baissé les denrées à Antioche, y causa une affreuse famine »⁷³.

En tant qu'échange, l'impôt relève d'une logique analogue : « Les revenus de l'Etat sont une portion que chaque citoyen donne de son bien pour avoir la sûreté de l'autre, ou pour en jouir agréablement » (XIII, 1). De même que dans le cas de la guerre⁷⁴, sa justice est indexée sur la nécessité, en continuité et en rupture avec la tradition scolastique. Contre la logique machiavélienne de la raison d'Etat, le politique modéré doit déterminer ici le *juste prix de la sûreté*, qui concilie deux impératifs concurrents, celui de la protection des sujets et celui de la conservation ou de la puissance de l'Etat. Richelieu, symbole de l'absolutisme, considérerait-il que la justice de l'impôt dépend d'une « proportion géométrique » entre les subsides et les nécessités de l'Etat ? Ces « nécessités » incluaient alors tout ce qui est nécessaire à la subsistance du royaume « en sa grandeur et en sa gloire »⁷⁵. Or Montesquieu récuse cette logique de la vaine gloire : comme plus tôt contre la politique de conquête⁷⁶, l'alliance entre sagesse (en vue de l'extension de la puissance) et prudence (qui borne cette puissance) est constitutive de la modération. La politique relève d'un calcul d'optimisation :

⁷⁰ L'inflation liée à l'afflux d'argent américain s'explique par une rupture de proportion entre l'offre et la demande de monnaie : « Une grande quantité d'argent fut tout à coup portée en Europe : bientôt moins de personnes eurent besoin d'argent ; le prix de toutes choses augmenta, et celui de l'argent diminua : *la proportion fut donc rompue* » (EL, XXII, 6).

⁷¹ « Le change de toutes les places tend toujours à se mettre à une certaine proportion ; et cela est dans la nature de la chose même » (EL, XXII, 10) ; voir XXII, 12 : « on ne fit que ce que demandait la nature des choses, et *rétablir la proportion* entre les métaux qui servaient de monnaie ».

⁷² Voir par exemple EL, V, 14-15 ; XII, 23.

⁷³ EL, XXII, 7. Voir XXI, 20.

⁷⁴ Seule la légitime défense justifie l'usage de la violence : « un Etat fait la guerre, parce que sa conservation est juste comme toute autre conservation [...] Le droit de la guerre dérive donc de la nécessité et du juste rigide. Si ceux qui dirigent la conscience ou les conseils des princes ne se tiennent pas là, tout est perdu ; et lorsqu'on se fondera sur des principes arbitraires de gloire, de bienséance, d'utilité, des flots de sang inonderont la terre » (EL, X, 2). A comparer à Cicéron, *Traité des devoirs*, I, XII, § 38.

⁷⁵ Richelieu, *Testament politique*, (1688), Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1985, p. 383. « Il faut qu'il y ait, ainsi que je l'ai déjà remarqué, de la proportion entre ce que le prince tire de ses sujets, et ce qu'ils lui peuvent donner, non seulement sans leur ruine mais sans une notable incommodité » (p. 375-376).

⁷⁶ La monarchie doit respecter une juste mesure de son étendue territoriale : « comme les monarques doivent avoir de la sagesse pour augmenter leur puissance, ils ne doivent pas avoir moins de prudence afin de la borner. En faisant cesser les inconvénients de la petitesse, il faut qu'ils aient toujours l'œil sur les inconvénients de la grandeur » (EL, IX, 6).

« Il n’y a rien que la sagesse et la prudence doivent plus régler que cette portion qu’on ôte et cette portion qu’on laisse aux sujets » (XIII, 1). Mais au delà de sa quantification adéquate, l’impôt modéré repose, de façon qualitative, sur un mode de perception favorable au sentiment de sûreté. Là où l’impôt sur les marchandises doit être proportionnel à la valeur des marchandises afin que les sujets n’éprouvent pas un sentiment de servitude⁷⁷, l’impôt sur les personnes doit donc être proportionné aux besoins (plutôt qu’aux biens) : « Dans l’impôt de la personne, la proportion injuste serait celle qui suivrait exactement la proportion des biens. [A Athènes, la] taxe était juste, quoiqu’elle ne fût point proportionnelle : si elle ne suivait pas la proportion des biens, elle suivait la proportion des besoins »⁷⁸. Telle est la justice ou la rationalité de l’impôt : ce que le peuple donne en échange de sa sûreté ne doit pas remettre en cause l’opinion qu’il éprouve de sa sûreté. L’échange relève d’un calcul opéré dans l’esprit des hommes, calcul où la liberté peut être conçue comme « dédommagement » de la propriété soustraite par l’impôt⁷⁹. Le politique modéré doit donc respecter la proportionnalité entre impôt et liberté afin d’éviter les révoltes⁸⁰. Dans l’impôt sur les marchandises, toute rupture de proportion entre le droit imposé et la valeur des choses est éprouvée comme rupture de la rationalité politique et marque de servitude :

Pour que le prix de la chose et le droit puissent se confondre dans la tête de celui qui paie, il faut qu’il y ait quelque rapport entre la marchandise et l’impôt ; et que, sur une denrée de peu de valeur, on ne mette pas un droit excessif. Il y a des pays où le droit excède de dix-sept fois la valeur de la marchandise. Pour lors, le prince ôte l’illusion à ses sujets ; ils voient qu’ils sont conduits d’une manière qui n’est pas raisonnable ; ce qui leur fait sentir leur servitude au dernier point (XIII, 8).

Si la politique juste (selon la *nature*⁸¹) favorise simultanément l’intérêt des gouvernés et celui des gouvernants⁸², c’est qu’elle met le *juste prix* à la sûreté qu’elle procure.

L’analyse de la justice pénale permet enfin de confirmer cette conception de la mesure du droit. Le principe de nécessité préside à l’analyse de la justice fondée sur la connaissance qualitative et quantitative des rapports entre les choses, au fondement de la

⁷⁷ Le prince doit éviter de taxer excessivement les marchandises qui entraînerait la confiscation en cas de fraude : en ce cas, « toute la proportion des peines est ôtée », ce qui fait éprouver aux sujets le sentiment de leur servitude (EL, XIII, 8).

⁷⁸ EL, XIII, 7. Dans certains cas, l’impôt doit prendre à chacun selon ses besoins ; dans d’autres, il doit prendre à chacun selon sa richesse ou sa puissance. Voir EL, IX, 3 : « Les villes de Lycie payaient les charges selon la proportion des suffrages. Les provinces de Hollande ne peuvent suivre cette proportion ; il faut qu’elles suivent celle de leur puissance ».

⁷⁹ Dans les Etats extrêmement libres, comme l’Angleterre, les hommes acquittent sans peine les charges les plus lourdes ; dans les Etats despotiques, la modicité des tributs compense la servitude (EL, XIX, 27). *A contrario*, « Il y a, dans les Etats modérés, un dédommagement pour la pesanteur des tributs : c’est la liberté. Il y a dans les Etats despotiques un équivalent pour la liberté : c’est la modicité des tributs » (XIII, 12). Sur ces rapports de « dédommagement » ou de « compensation » entre propriété et liberté, voir XVIII, 1-2 ; XXI, 3. On se reportera utilement à J. Svagelski, *L’idée de compensation en France, 1750-1850*, Lyon, L’Hermès, 1981.

⁸⁰ « Règle générale : on peut lever des tributs plus forts, à proportion de la liberté des sujets ; et l’on est forcé de les modérer, à mesure que la servitude augmente. Cela a toujours été, et cela sera toujours. C’est une règle tirée de la nature, qui ne varie point : on la trouve par tous les pays, en Angleterre, en Hollande et dans tous les États où la liberté va se dégradant jusqu’en Turquie » (EL, XIII, 12, n. s.).

⁸¹ La nature se substitue ici à la Providence : « La nature est juste envers les hommes. Elle les récompense de leurs peines ; elle les rend laborieux, parce qu’à de plus grands travaux elle attache de plus grandes récompenses. Mais, si un pouvoir arbitraire ôte les récompenses de la nature, on reprend le dégoût pour le travail, et l’inaction paraît être le seul bien » (EL, XIII, 2).

⁸² Le traitement inique des sujets nuit à la puissance du prince : « À l’égard de la solidité entre les habitants du même village, on a dit qu’elle était raisonnable, parce qu’on pouvait supposer un complot frauduleux de leur part ; mais où a-t-on pris que, sur des suppositions, il faille établir une chose *injuste par elle-même et ruineuse pour l’État ?* » (EL, XIII, 18, n. s.).

liberté⁸³. Définie comme opinion que l'on a de sa sûreté, celle-ci est proportionnelle au nombre (quantité) et aux modalités (qualité) des procédures judiciaires qui permettent de protéger les droits individuels, en particulier l'innocence⁸⁴. Dans les Etats modérés, la juste mesure se pense entre deux seuils du « trop » et du « trop peu » – impératifs concurrents déterminés en fonction des deux fins essentielles du droit (protection de la propriété, protection de la liberté) :

Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu ; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté (VI, 2).

Dans la justice comme dans l'impôt, il s'agit donc de déterminer le *juste prix de la sûreté* – protection des personnes et des biens ; dans les deux cas, il s'agit d'optimiser des contraintes concurrentes (sûreté du citoyen à l'égard des autres citoyens *et* à l'égard de l'Etat). Selon Montesquieu, la préservation de la liberté suppose d'abord la mise en place d'une échelle graduée dérivée de la nature des choses, qui institue un rapport d'homogénéité conceptuelle entre nature des peines et nature des crimes⁸⁵ ; le législateur doit ordonner les différences selon des classes et suivant une hiérarchie ordinale. Mais la modération requiert également l'instauration d'une proportion quantitative entre crimes et peines⁸⁶, qui articule les différentes sanctions (physiques, monétaires ou symboliques). Là encore, l'utilité sociale de la peine – sa nécessité – est sa seule justification. Au-delà commence l'arbitraire, et donc le sentiment de la servitude : « Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique »⁸⁷. Si l'instance lésée par le crime est la société et non plus le Souverain ou la Divinité, la justice n'a plus à réparer un mal imaginaire (potentiellement infini) par une peine démesurée⁸⁸ ; elle peut s'indexer de façon proportionnée aux maux occasionnés.

Encore faut-il déterminer la mesure des dommages et de leurs réparations – question classique de l'évaluation des actions, de la commensurabilité et de la mesure des torts et des

⁸³ « Les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays, et que l'on acquerra dans d'autres, sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels, intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde. Ce n'est que sur la pratique de ces connaissances que la liberté peut être fondée » (EL, XII, 2). Voir VI, 2 : « On entend dire sans cesse qu'il faudrait que la justice fût rendue partout comme en Turquie. Il n'y aura donc que les plus ignorants de tous les peuples qui auront vu clair dans la chose du monde qu'il importe le plus aux hommes de savoir? ».

⁸⁴ « On voit que dans les républiques il faut pour le moins autant de formalités que dans les monarchies. Dans l'un et dans l'autre gouvernement, elles augmentent *en raison du cas* que l'on y fait de l'honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens » (EL, VI, 2).

⁸⁵ « 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 » (EL, XII, 4). A cet égard, la position de Montesquieu allie un point de vue rétributiviste au point de vue utilitariste (voir D. Carrithers, « La philosophie pénale de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n°1, 1997, p. 39-64).

⁸⁶ Montesquieu consacre deux chapitres à cette échelle : « De la juste proportion des peines avec le crime » ; « Que la liberté est favorisée par la nature des peines et leur proportion » (EL, VI, 16 ; XII, 4). La proportion peut parfois être quantifiable, lorsque la monnaie joue le rôle d'équivalent : « Les peines pécuniaires ne peuvent-elles pas se proportionner aux fortunes ? » (VI, 18). Ce n'est pas le cas, en revanche, des peines symboliques (l'infamie).

⁸⁷ EL, XIX, 14. On sait l'importance de Beccaria dans la diffusion européenne de ce principe (voir *Des délits et des peines*, 1764).

⁸⁸ M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 53. Voir C. Larrère, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », dans *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, M. Porret éd., Genève, Droz, 1997, p. 89-108.

sanctions. Quel étalon permettra de déterminer la grandeur des crimes et des peines, de les comparer, de les classer, de les hiérarchiser voire de les quantifier ? Quelle sera ici la balance adéquate ? L'originalité de la thèse mérite d'être soulignée : *la mesure du juste ne dépend pas seulement de la typologie des constitutions, mais également de l'esprit général des peuples*. Projetant les grandeurs morales sur les grandeurs physiques, certains peuples « barbares » prétendaient rendre une justice exacte :

Nos pères, les anciens Germains, habitaient un climat où les passions étaient très calmes. Leurs lois ne trouvaient dans les choses que ce qu'elles voyaient, et n'imaginaient rien de plus. Et comme elles jugeaient des insultes faites aux hommes par la grandeur des blessures, elles ne mettaient pas plus de raffinement dans les offenses faites aux femmes. La loi des Allemands est là-dessus fort singulière. Si l'on découvre une femme à la tête, on paiera une amende de six sols ; autant si c'est à la jambe jusqu'au genou ; le double depuis le genou. *Il semble que la loi mesurait la grandeur des outrages faits à la personne des femmes, comme on mesure une figure de géométrie* ; elle ne punissait point le crime de l'imagination, elle punissait celui des yeux⁸⁹.

Le législateur, à cet égard, n'est pas un empire dans un empire ; l'esprit des lois dépend de l'esprit général ; les institutions sont tributaires des rapports sociaux, des formes de domination et des conditions matérielles d'existence des hommes⁹⁰. Apparaît ici l'articulation entre histoire du droit et philosophie du droit : la rationalité des lois est circonstancielle⁹¹ ; la mesure du juste varie selon l'*esprit* des nations – définie de façon nominaliste comme leur disposition d'esprit⁹². Mettant fin à l'état de nature, les « compositions » des peuples barbares établirent le *juste prix* susceptible de réparer le mal commis – l'indemnisation opportune afin de rétablir l'équilibre et la paix civile :

[...] on voit que les sages des diverses nations barbares songèrent à faire par eux-mêmes ce qu'il était trop long et trop dangereux d'attendre de la convention réciproque des parties. *Ils furent attentifs à mettre un prix juste à la composition* que devait recevoir celui à qui on avait fait quelque tort ou quelque injure. Toutes ces lois barbares ont là-dessus une *précision admirable* : on y distingue avec finesse les cas, on y pèse les circonstances ; la loi se met à la place de celui qui est offensé, et demande pour lui la satisfaction que, dans un moment de sang-froid, il aurait demandée lui-même⁹³.

Avant Nietzsche⁹⁴, Montesquieu insiste ainsi sur le rôle social de la mesure qui établit des prix, mesure des valeurs, invente des équivalences. La généalogie fait apparaître l'échange

⁸⁹ EL, XIV, 14, n. s. En tant que peuples du Nord, les Germains sont dépourvus d'imagination (voir EL, XIV, 2).

⁹⁰ EL, XIV, 10 ; XVIII, 1-16. Sur le rapport de Montesquieu à la théorie marxiste du droit, voir R. L. Meek, *Social Science and the Ignoble Savage*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, p. 31-35.

⁹¹ Montesquieu juge de la conformité de l'esprit des usages ou des lois à l'esprit d'un peuple : « Je dis donc que, dans les circonstances des temps où la preuve par le combat et la preuve par le fer chaud et l'eau bouillante furent en usage, il y eut un tel accord de ces lois avec les mœurs, que ces lois produisirent moins d'injustices qu'elles ne furent injustes ; que les effets furent plus innocents que les causes ; qu'elles choquèrent plus l'équité qu'elles n'en violèrent les droits ; qu'elles furent plus déraisonnables que tyranniques » (EL, XXVIII, 17). Voir aussi XXIX, 14 : « Qu'il ne faut point séparer les lois des circonstances dans lesquelles elles ont été faites ».

⁹² Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre article : « Montesquieu et l'histoire : théorie et pratique de la modération », dans *Le sens du devenir historique*, B. Binoche et F. Tinland eds., Paris, Champvallon, 2000, p. 53-75.

⁹³ EL, XXX, 19, n. s. Il n'est pas anodin que cette justice soit d'emblée une justice d'ordres, complexe et qualitative en ce qu'elle distingue la qualité des personnes : « La différence des conditions en mettait une dans les compositions [...] La grandeur de la composition, établie sur la tête d'un homme, faisait donc une de ses grandes prérogatives ; car, outre la distinction qu'elle faisait de sa personne, elle établissait pour lui, parmi des nations violentes, une plus grande sûreté » (*ibid.*).

⁹⁴ Voir Nietzsche, *La généalogie de la morale*, trad. I. Hildebrand et J. Gratién, Paris, Gallimard, 1971, Première dissertation, §8, p. 76 : « toute chose a son prix, tout peut être payé ». Nietzsche mentionne notamment les compositions barbares.

aux sources de la justice. Dans les sociétés de pasteurs, la justice peut être exacte car la valeur des personnes se mesure comme celle des animaux ou des choses :

Toutes ces compositions étaient fixées à prix d'argent. Mais, comme ces peuples, surtout pendant qu'ils se tinrent dans la Germanie, n'en avaient guère, on pouvait donner du bétail, du blé, des meubles, des armes, des chiens, des oiseaux de chasse, des terres, etc. *Souvent même la loi fixait la valeur de ces choses*, ce qui explique comment, avec si peu d'argent, il y eut chez eux tant de peines pécuniaires.

Ces lois s'attachèrent donc à marquer *avec précision* la différence des torts, des injures, des crimes, afin que chacun connût *au juste* jusqu'à quel point il était lésé ou offensé ; qu'il sût *exactement* la réparation qu'il devait recevoir, et surtout qu'il n'en devait pas recevoir davantage⁹⁵.

Au-delà de la *réparation*, le principe de compensation fondé sur la proportion se retrouve de même dans la *sanction* vouée à indemniser l'atteinte à la paix et à la sûreté civile. Avant l'existence de l'Etat, la sûreté des individus dépend de la justice des puissants, ce qui justifie le prix (*fredum*) que le coupable devait payer en sus de la composition afin d'indemniser le seigneur de sa protection : « La grandeur du *fredum* se proportionna à la grandeur de la protection » (XXX, 20). A l'origine du droit pénal, Montesquieu pose donc le principe d'un échange réel entre tort et réparation, prix acquitté et service reçu. Proportionnant la nature des peines à celle des crimes, le législateur modéré, suivant l'esprit général des peuples, détermine une justice qu'il ne crée pas⁹⁶.

La confrontation avec Durkheim, qui confère à Montesquieu le statut de précurseur de la sociologie, est sur ce point révélatrice. Subordonnant l'art politique à la science politique, le sociologue tente de préserver la science sociale des jugements de valeur – de l'idéal de la justice qui était au cœur de la philosophie politique « classique ». A la question de savoir si la réprobation sociale (la peine) face à l'offense aux sentiments collectifs (le crime) est juste ou rationnelle, il oppose une fin de non-recevoir : « nous n'avons pas à entrer dans ces discussions ; nous cherchons à déterminer ce qui est ou a été, non ce qui doit être »⁹⁷. Mesurant les valeurs à l'aune des faits, réduisant la justice au droit et le droit à l'expression des mœurs, la *Division du travail social* explore les précautions prises afin de « proportionner aussi exactement que possible » les sanctions à la gravité du crime⁹⁸. Parce que la sanction dépend directement de l'intensité de la réaction collective, Durkheim peut faire l'économie du législateur : « Puisque la gravité de l'acte criminel varie en fonction des mêmes facteurs, la proportionnalité que l'on observe partout entre le crime et le châtement s'établit donc avec une spontanéité mécanique, sans qu'il soit nécessaire de faire des supputations savantes pour la calculer »⁹⁹. C'est ce que Montesquieu n'a pas été jusqu'à dire. Bien qu'il ait contribué à démystifier la figure du législateur, le philosophe n'est pas allé

⁹⁵ *Ibid.*, n. s. Voir *EL*, XXII, 2. Montesquieu mentionne ailleurs l'évaluation des hommes dans les temps primitifs (barbares) : « Dans ces temps-là, on regardait les hommes comme des terres » (XXI, 20). Dans les sociétés marchandes et non guerrières, la situation s'inverse : c'est la justice des rapports sociaux qui est subordonnée à la logique de l'échange. Ainsi les hommes retrouvent-ils l'esprit de *justice exacte* qui se traduit par une stricte réciprocité – tout service devant recevoir un « dédommagement », « chacun pour sa quote-part » (XX, 2).

⁹⁶ L'esprit général renvoie à la genèse impersonnelle des lois : « il se forme, dans chaque pays, une espèce de génération de lois. Les peuples, comme chaque individu, ont une suite d'idées, et leur manière de penser totale, comme celle de chaque particulier, a un commencement, un milieu et une fin » (*Pensées*, n° 1794). Mais cette définition n'engendre pas de vision organiciste de l'histoire d'un peuple. Voir F. Markovits, « Hegel et le droit naturel », *Critique*, n° 314, juillet 1973, p. 636-658 ; B. Binoche, « Ni Hegel ni Montesquieu », *Kairos*, n° 14, 1999, p. 9-27.

⁹⁷ Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1998, I, 2, p. 55.

⁹⁸ « C'est la preuve que nous sommes restés fidèles au principe du talion, quoique nous l'entendions dans un sens plus élevé qu'autrefois. Nous ne mesurons plus d'une manière aussi matérielle et grossière ni l'étendue de la faute, ni celle du châtement ; mais nous pensons toujours qu'il doit y avoir une équation entre ces deux termes » (*ibid.*, p. 56).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 69-70.

jusqu'à faire des mœurs les causes efficientes des lois¹⁰⁰. Exposant un savoir finalisé des normes irréductible à une science des lois¹⁰¹, Montesquieu demeure conseiller du prince, pourvoyeur de règles et de maximes. Ainsi le mal politique suprême infligé par l'Etat (la peine de mort) se justifie-t-il comme sanction rationnelle d'un acte qui porte atteinte au *bien* politique par excellence – la liberté entendue comme sûreté des personnes ou des biens¹⁰². Dans une optique normative, la mort est le juste prix de l'atteinte à la justification principale de l'Etat et à la fonction essentielle du droit : « C'est une espèce de talion, qui a fait que la société refuse la sûreté à un citoyen qui en a privé, on a voulu en priver un autre » (XII, 4).

En dernière instance, la théorie de la justice tout entière peut ainsi se penser comme une théorie du *juste prix* déterminé dans l'échange. La difficulté de l'interprétation, en l'occurrence, ne tient pas à une possible tension entre une conception objectiviste de la justice fondée sur la nature des choses – dans la continuité de l'aristotélisme et du thomisme – et la voie moderne des droits subjectifs. Faisant porter le message du contractualisme moderne par les peuples conquérants du Nord qui apportèrent la liberté en fondant les monarchies européennes¹⁰³, Montesquieu soutient que l'Etat policé vise la protection de la personne et des biens : « Comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles. Ces premières lois leur acquièrent la liberté ; les secondes, la propriété »¹⁰⁴. A défaut de proposer une véritable théorie du contrat, *L'Esprit des lois* met en lumière la nature de l'échange qui est à l'origine de l'Etat ; il théorise l'*utilité sociale* du gouvernement, voué à la protection des droits¹⁰⁵. Or ces droits sont eux-mêmes déterminés par l'usage des hommes, en fonction de leur « esprit » ou de leurs mœurs. Propriété et liberté sont à la fois des *valeurs* (les fins mêmes de l'Etat policé) et des *variables* (selon l'état de la société, selon la nature physique et morale des choses). Il y a là un véritable coup de force théorique, qui rend possible l'unification de la théorie de la justice dans *L'Esprit des lois* et en révèle la portée normative : la mesure du droit dépend de l'évaluation des personnes et des choses, tributaire de l'esprit général. Si « toutes les choses ont deux valeurs : une valeur intrinsèque, et une valeur d'opinion »¹⁰⁶, la valeur des personnes et des choses se détermine non par nature mais par convention, en fonction de la diversité des régimes politiques et de la forme historique des rapports de domination. Le juste prix des droits est évalué en situation : à chaque forme de rationalité pratique correspond une conception déterminée de la justice¹⁰⁷. Aucun droit n'est intangible, pas

¹⁰⁰ E. Durkheim, « La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale », dans *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie*, Paris, Marcel Rivière, 1966, chapitre IV.

¹⁰¹ Voir *Pensées*, n° 1940.

¹⁰² La liberté est ce bien « qui fait jouir des autres biens » (*Pensées*, n° 1574)

¹⁰³ « Le Goth Jornandès a appelé le nord de l'Europe la fabrique du genre humain. Je l'appellerai plutôt la fabrique des instruments qui brisent les fers forgés au midi. C'est là que se forment ces nations vaillantes, qui sortent de leur pays pour détruire les tyrans et les esclaves, et apprendre aux hommes que, la nature les ayant faits égaux, la raison n'a pu les rendre dépendants que pour leur bonheur » (*EL*, XVII, 5).

¹⁰⁴ *EL*, XXVI, 15. Ce point paraît problématique dès lors que la république suppose lois agraires, lois somptuaires et lois de succession, c'est-à-dire subordination du droit civil au droit politique, des biens particuliers au bien public. Mais une fois définie politique la propriété, celle-ci est sûre, et même plus sûre que dans les monarchies (voir *EL*, XX, 4).

¹⁰⁵ C'est pourquoi il existe des lois injustes témoignant d'une violence de l'Etat, qui, bien qu'elles s'expliquent, ne s'excusent pas. Ainsi, « Une loi d'Athènes voulait que, lorsque la ville était assiégée, on fit mourir tous les gens inutiles. C'était une abominable loi politique, qui était une suite d'un abominable droit des gens » (*EL*, XXIX, 14).

¹⁰⁶ *Causes, op. cit.*, p. 418.

¹⁰⁷ Voir A. MacIntyre, *Quelle justice, quelle rationalité ?*, trad. M. Vignaux d'Hollande, Paris, P.U.F., 1993.

même la liberté¹⁰⁸ ; aucun droit n'est absolu, car tous procèdent d'une détermination empirique, selon le naturel des peuples¹⁰⁹ ; tout peut s'estimer, selon les circonstances, à son *juste prix*. C'est ce qui permet *in fine* de rationaliser la justice – conformément à l'utilité qu'ont les princes à commander aux hommes et conformément à l'utilité qu'ont les hommes à obéir aux lois¹¹⁰.

*

Montesquieu abandonne donc la dimension « transcendantale » des valeurs et l'ordre finalisé d'un *cosmos* susceptible de fonder l'ordre politique sur un ordre naturel – celle d'une justice par nature – au profit d'un historicisme assumé. Mais il ne renonce pas pour autant à enraciner la justice dans un ordre objectif – celui de la nature des choses. Les rapports de proportion qui se déterminent différenciellement dans chaque Etat et dans chaque société sont des rapports objectifs que l'art politique doit épouser. L'enjeu est d'importance : la théorie straussienne tout autant que ses critiques contemporaines doivent prendre en compte la place singulière de *L'Esprit des lois* au sein de la modernité politique¹¹¹. Chez Montesquieu, la critique du positivisme ne conduit ni au retour à la conception classique du droit naturel, ni à la volonté d'imposer une politique universaliste des droits de l'homme : le relativisme juridique ne mène pas au nihilisme (l'équivalence des valeurs) ; il n'appelle ni restauration de la transcendance d'un ordre naturel ou idéal, ni instauration d'une transcendance de la subjectivité. La normativité juridique demeure inscrite dans la nature des choses, *mais cette nature des choses est elle-même historique*¹¹². La philosophie du droit est indissociable de l'histoire du droit, le tribunal de la raison du tribunal de l'histoire. Le statut de la rationalité politique s'en trouve redéfini : l'ambition de mettre le « juste prix » aux

¹⁰⁸ Le paradoxe est saisissant : en soi, la liberté de l'homme est d'un prix infini, ce qui exclut son aliénation (l'échange contre quelques biens que ce soit est inique, car la liberté, « est sans prix pour celui qui la vend », *EL*, XV, 2). A l'un de ses correspondants ultérieurs, Grosley qui objectait l'existence d'un prix de la liberté du débiteur à l'égard de son créancier, Montesquieu répond que « c'est une mauvaise vente que celle du débiteur insolvable qui se vend : il donne une chose inestimable pour une chose de néant » (Lettre à Grosley du 8 avril 1750, dans *Œuvres complètes*, A. Masson éd., Paris, Nagel, t. III, 1955, p. 1294). Mais l'échange n'est injuste que là où la liberté de la personne peut effectivement posséder une valeur dans les pays despotiques comme la Russie, la liberté civile, en l'absence de liberté politique, « ne vaut rien » (XV, 6). On se reportera également à la perspective qui paraît « utilitariste » plutôt que « déontologique » de Montesquieu au chapitre 19 du livre XII : « Il y a, dans les Etats où l'on fait plus de cas de la liberté, des lois qui violent contre un seul, pour la garder à tous [...] il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des Dieux ». D'autres interprétations de ce texte sont cependant possibles. Nous remercions vivement C. Larrère d'avoir attiré notre attention sur ce point, ainsi que pour toutes ses remarques qui nous ont permis de préciser notre pensée dans cet article.

¹⁰⁹ La propriété se définit en fonction du mode de subsistance des hommes ; elle n'existe pas comme titre juridique chez les peuples nomades, sauvages ou barbares, chasseurs ou pasteurs. Afin de trancher les différends qu'elle suscite, la genèse du droit civil suit celle de propriété, foncière puis mobilière, dans les sociétés agricoles et marchandes (*EL*, XVIII, 8, 13). De même la valeur et la forme de la liberté varient, selon qu'elle est naturelle (dans les sociétés sans droit) ou politique, selon quelle se pense comme liberté particulière ou « liberté publique », partie de la souveraineté (dans les démocraties, XV, 2).

¹¹⁰ Tel est le « dessein » de Montesquieu exprimé dans la préface de *L'Esprit des lois*.

¹¹¹ Dans *Droit naturel et Histoire*, Strauss n'accorde qu'une place infime à Montesquieu, en en faisant, paradoxalement, un critique du rationalisme thomiste : « On ne peut pas comprendre une œuvre comme *L'Esprit des lois* de Montesquieu, si l'on méconnaît qu'il a été dirigé contre la doctrine thomiste du droit naturel. Montesquieu a essayé de redonner à l'art politique une portée que le thomisme avait considérablement restreinte » (Paris, Champs Flammarion, 1986, p. 151). Ce passage clôt le chapitre consacré au « droit naturel antique », avant celui que Strauss consacre au « droit naturel moderne » (Hobbes, Locke) que Rousseau mettra en crise. Montesquieu serait-il plus proche en esprit des classiques que des modernes ? Voir *a contrario* l'interprétation, pourtant straussienne, de T. Pangle, *Montesquieu's Philosophy of Liberalism*, *op. cit.* et P. Manent, *La cité de l'homme*, *op. cit.*, chap. 1 et 2.

¹¹² M. Villey, au demeurant, ne nie pas ce point.

valeurs et aux choses ne procède pas d'un volontarisme jugé prométhéen¹¹³ ; elle procède d'une redéfinition de l'aspiration antique à fonder la justice sur l'égalité au regard d'une conception moderne des rapports entre pouvoir et liberté.

¹¹³ On renverra à l'analyse de la position straussienne par L. Ferry et A. Renaut : « Le tribunal de la raison retrouve son autorité, étant entendu, bien sûr, qu'il s'agit là d'une raison capable de s'ouvrir à l'observation d'un ordre inscrit dans la nature elle-même et non comme chez les Modernes, d'une raison tentant présomptueusement de maîtriser la nature et de mettre le prix aux choses » (*Philosophie politique*, Paris, P.U.F., t. III, 1999, p. 54).