

Loi et action de la loi dans *L'Esprit des lois**

Si Montesquieu a écrit, avec *L'Esprit des lois*, l'un des deux chefs-d'œuvre de la pensée du politique en français, l'autre étant évidemment le *Contrat social* de Rousseau, force est de constater en même temps que ce maître livre n'offre pas une philosophie systématique. C'est plutôt à un traité dont la forme et l'enchaînement ne se déduisent pas d'un plan systématique, ou du moins pas complètement, qu'on se voit confronté. On ne trouvera donc pas d'exposé systématique des rapports de la loi et de l'action qui, par exemple, permettraient de savoir de quel type d'action la loi relève ou de quelles circonstances cette action pourrait relever. D'un côté donc, l'immense recherche sur les raisons des lois dans l'ensemble de leurs rapports et de leur rapport à la raison¹, et de l'autre côté, apparemment du moins, des remarques isolées en tout cas sur la notion d'action et sur ce que peut signifier l'action pour la loi, soit qu'elle s'applique à des actions, soit qu'elle soit envisagée elle-même comme une action. Mais la force et la cohérence de la pensée de Montesquieu, pour n'être pas sur ce point visibles explicitement et systématiquement, n'en existent pas moins. Il est donc possible, à force d'attention et de circulation dans l'œuvre, de retrouver le fil qui permet de saisir les relations construisant le lien entre la loi et l'action.

* Communication présentée lors du Colloque franco-allemand de l'Université de Reims, octobre 1997.

1. « 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 », *De l'esprit des lois* Livre I, chapitre 3, éd. Robert Derathé, Garnier, 1973, 2 tomes, t. 1, p. 12. Désormais, je citerai en abrégé en *EL*, suivi des numéros du Livre et du chapitre.

La loi face à l'anthropologie générale de l'agir

Il faut partir du Livre I, «Des lois en général», livre qui a fait couler beaucoup d'encre et qui, comme on le sait bien maintenant, de longtemps considéré comme métaphysique, voire comme trop métaphysique, a dorénavant repris toute sa place et son importance dans les travaux récents. C'est le livre d'introduction, du projet intellectuel pourrait-on dire, et il laisse entendre ses effets et sa cohérence jusque très loin dans l'œuvre. Dans le premier chapitre, Montesquieu redéploie la vieille théorie de l'échelle des êtres, depuis Dieu jusqu'aux plantes et aux minéraux, dans un rapport nécessaire à la loi. Il y a donc une place, au sein du «monde intelligent», pour les hommes, et c'est ce qui permet de penser qu'il y a bien ouverture sur une anthropologie fondamentale.

Tous les êtres, divinité comprise, suivent leurs lois, c'est-à-dire les lois qui leur sont propres. Mais tous les êtres ne suivent pas leurs propres lois de la même façon: Dieu agit selon les règles qu'il a lui-même créées, le monde «formé par le mouvement de la matière» suit «des règles constantes, ou il serait détruit» (*EL*, I, 1). Dans cet ordre d'idées, et pour ce qui nous intéresse, le rapport des hommes à leurs propres lois, considérées ici dans leur sens le plus général, révèle une particularité du «monde intelligent» qui se trouve n'être pas «aussi bien gouverné que le monde physique» (*ibid.*). Le monde physique entretient un rapport invariable à ses propres lois, elles-mêmes invariables, tandis que le monde intelligent ne «suit pas constamment» (*ibid.*) les siennes. La raison en est que «les êtres particuliers intelligents sont bornés par leur nature, et par conséquent sujets à l'erreur» et qu'«il est de leur nature qu'ils agissent par eux-mêmes» (*ibid.*). Conséquemment, les hommes «ne suivent pas constamment leurs lois primitives» et «celles même qu'ils se donnent, ils ne les suivent pas toujours» (*ibid.*). On voit ici que Montesquieu pose une anthropologie fondamentale qui définit le rapport des hommes à leur propre agir. Agir qui comporte aussi bien le fait de faire des lois, de se donner des lois, mais qui en même temps se révèle corrélé au fait de ne pas les suivre toujours. Il y a, en quelque sorte, une dimension anti-régulatrice impliquée par cette anthropologie au sein même du fait régulateur.

La nécessité d'une régulation et l'existence d'une régulation sont posées en même temps qu'est constaté le «viol» et le «changement» perpétuel des lois qui sont censées assurer cette régulation. Pour preuve que c'est bien de cette anthropologie fondamentale que vient ce bouleversement permanent de l'homme suivant sa nature et agissant par lui-même, on observera que les lois de Dieu aussi bien que les lois que l'homme «éta-

blit lui-même» sont violées. Il s'agit bien d'une conduite générale avant telle ou telle société particulière. Anthropologie précisée dans sa double nature pourtant: «Il faut qu'il se conduise: et cependant il est un être borné; il est sujet à l'ignorance et à l'erreur, comme toutes les intelligences finies; les faibles connaissances qu'il a il les perd encore. Comme créature sensible, il devient sujet à mille passions» (*EL*, I, 1). Nécessité de la conduite et incapacité à se conduire: c'est entre ces deux aspects que la régulation doit intervenir. Et Montesquieu de citer les lois de la religion (par Dieu), de la morale (par les philosophes), les lois politiques et civiles (par les législateurs) (I, 1). Le fait qu'il n'y ait pas ici de distinction opérée entre toutes ces lois qui ne fonctionnent pas de façon similaire et qui ne sont pas du tout de même nature montre que c'est bien leur dimension de régulation qui est visée, comme étant leur aspect commun essentiel. Montesquieu ouvre donc un espace où la loi va participer à la régulation des conduites, régulation au sens le plus général. Et à tel point même qu'on peut presque voir dans l'action de *réguler* le sens le plus général de la loi.

Dans le fond, deux réflexions peuvent se tirer de ce préalable initial. D'abord, la question du maintien de cette anthropologie fondamentale. Disons qu'elle restera active durant tout le livre – il n'y a aucune raison qu'elle disparaisse, et on se doit donc d'attendre de la cohérence de l'ouvrage qu'il montre des traces, ailleurs, de cette anthropologie fondamentale. Ensuite, il faut comprendre que la loi ne participera pas à cette régulation de l'action des hommes, sans être elle-même soumise à cet autre agir fondamental qui veut que les hommes «agissent par eux-mêmes». Si la loi doit être action, elle ne pourra l'être à partir de rien, mais seulement à partir d'un agir qui existe et perdure. Du coup, deviennent solidaires en tout point d'application et de conception ayant trait à la loi, ce qui relève de l'*action de la loi* ou de la *réaction à la loi* et ce qui relève d'un agir général rémanent *sous la loi*. Il ne faut donc pas surinterpréter la tonalité très augustinienne, caractéristique de la fin du XVII^e siècle, qui décrit un homme essentiellement en proie aux erreurs et aux passions (*EL*, I, 1), parce que finalement, sur ce plan fondamental et préalable s'adosse un «homme en société» par définition régulé par la forme *loi*.

On peut vérifier dès maintenant la constance de conception qui anime Montesquieu sur ce point en regardant ce que deviennent ces hypothèses dans la présentation de l'«état de nature» du Livre I. Soulignons d'entrée le paradoxe de cette recherche. En effet, ce qui frappe dans cet état de nature, c'est que les lois naturelles qui le caractérisent, «celles qui dérivent uniquement de la constitution de notre être», s'appuient sur une faiblesse

fondamentale de l'homme dans cet état. Il est timide, comparé à l'homme sauvage trouvé dans les bois, peu agressif et non dominateur – on reconnaît dans ce point de vue de Montesquieu l'adversaire résolu de Hobbes qu'il était largement. Les quatre lois naturelles – la paix, le besoin de se nourrir, de se reproduire, et le désir de vivre en société – se réalisent sans effort en quelque sorte, si bien qu'on semble loin de la tension que pourrait représenter l'homme ne suivant pas ses propres lois. Et donc l'état de nature semble hors du schéma général. En fait, il y reste si on veut bien considérer que s'opère une neutralisation de cet agir anti-régulatif par lui-même. Les lois qui contiennent et conduisent cet homme semblent agir d'elles-mêmes parce que le niveau de l'action de l'homme naturel est si faible qu'il n'a que faiblement besoin d'être régulé. La faiblesse même de l'état de nature est en elle-même une forme de régulation: réciprocité dans la crainte et égalité dans la faiblesse. C'en est vrai dans une proportion telle, qu'on peut décrire l'état de nature entièrement par la négative de l'agir humain passionnel ou ignorant – faiblesse, timidité, crainte, fuite. Il y a une sorte d'infra-sociabilité négative à désordre retreint et fondée sur un niveau infra-passionnel. Là où on pouvait croire que nos réflexions ne pourraient pas se maintenir, il semble au contraire qu'on puisse constater qu'elles ont toute leur validité.

Le passage à la société change tout, mais sans changer ce rapport de régulation par les lois sur fond d'un agir de l'homme conforme à sa nature et anti-régulatif. On y voit les hommes perdre leur faiblesse, leur sentiment naturel d'égalité qui en découlait, et on voit essentiellement que «l'état de guerre commence» (*EL*, I, 3). Les lois dites positives (de *ponere leges* – les lois posées par les hommes) sont l'expression de cette nécessité de régulation supplémentaire en quelque sorte dictée par la guerre sociale générale – guerre «de nation à nation» d'où le droit des gens, guerre des particuliers entre eux d'où le droit politique et le droit civil. L'invention de ces lois, dans cette généalogie fondamentale du Livre I, se fait dans la même nécessité que celle qui manifeste la nature de l'agir humain ignorant et passionné. C'est une nécessité de maintien de la société qui produit sous la forme de l'invention nécessaire des lois, la loi même de sa conservation. C'est pourquoi on voit Montesquieu insister sur le droit des gens des Iroquois, dès ce moment, ce qui a pour effet de rendre universel la nécessité de conduite selon des lois, et même lorsque ces lois n'ont pas l'allure de lois identifiables parce qu'identifiées. En effet, les Iroquois mangeant leurs prisonniers appliquent par là un «droit des gens», autant qualifiable comme tel qu'un autre – la différence étant cependant qu'il «n'est pas fondé sur les vrais principes» (*EL*, I, 3). La nécessité régulatrice

emprunte une voie peut-être étrange, mais néanmoins marquée par une nécessité absolument semblable et productrice d'une extension du domaine de la loi².

Il ne faudrait pas, en outre, accuser trop vite la société, même si le passage de l'état de nature à l'état de société semble bien impliquer un surcroît de désordre. C'est plutôt Rousseau, et plus tard, qui empruntera cette voie. En réalité, l'homme ne fait que suivre sa nature, au sens où le développement de la «force», instance de guerre, ne peut se comprendre que comme un développement de la connaissance. Rappelons que ce qui écarte l'idée de domination chez les hommes à l'état de nature, c'est qu'il s'agit d'une idée «si composée, et [qui] dépend de tant d'autres idées, que ce ne serait pas celle qu'il aurait d'abord» (*EL*, I, 2). D'ailleurs les hommes «parviennent encore à avoir des connaissances» (*ibid.*), préalable au passage à la société. Du coup, Montesquieu pousse même la continuité entre les deux états jusqu'à penser que c'est le désir même de vivre en société qui est une loi naturelle. La société résulte de l'accumulation des connaissances à quoi s'ajoute ce désir de sociabilité. On peut donc voir que le passage à la société déplace le problème de la nature interchangeable de l'agir humain, et le déplace par l'introduction des lois positives qui, par définition, n'existent que dans cet état. Apparaît, corrélativement à cet agir de l'homme selon sa nature, celui de l'action de la loi sur cet agir fondamental et universel. De ce point de vue, la rationalité générale des lois envisagée au Livre I, comme étant celle de lois «tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que ce [serait] un très grand hasard si celles d'une nation [pouvaient] convenir à une autre» (*EL*, I, 3), est aussi à comprendre comme ce qui, dans l'action de la loi à l'intérieur d'une société, devra se conformer à des hommes et à leurs actions. Du coup, elles auront affaire en chaque homme, à la fois avec l'homme universel, ignorant et passionné, et avec l'homme affecté par des facteurs particuliers et à isoler comme tels. C'est donc ainsi que, par une sorte de paradoxe, ce fond anthropologique ne se révèle pas producteur d'abstraction irréductible ou de métaphysique générale, mais au contraire de soubassement empirique à l'action des lois positives sur les actions des hommes.

2. C'est le projet même indiqué par la Préface; «J'ai d'abord examiné les hommes, et j'ai cru que, dans cette infinie diversité de lois et de mœurs, ils n'étaient pas uniquement conduits par leurs fantaisies», *EL*, p. 5.

La loi comme régulation de l'action (la typologie politique)

Les lois vont donc sans cesse *buter* sur cet agir par eux-mêmes des hommes, loi irréductible et non modifiable. Agir qui, au final, comporte les deux aspects principaux que sont l'ignorance (et donc le rapport ignorance/connaissance), et les passions (et donc le rapport passions/correction). Il faut souligner d'emblée que Montesquieu ne se place pas du tout dans un schéma *moraliste*, c'est-à-dire dans un schéma de réduction des passions. Il ne s'agit pas d'adosser les lois à un homme meilleur, rendu meilleur, pour lequel il y aurait *réduction* des passions par l'analyse en vue d'une ultérieure *correction* dans les faits. L'insistance de l'Avertissement, ajouté dans l'édition posthume de 1757, à distinguer vertu politique et vertu morale, et à dire que *L'Esprit des lois* traite de la première et non de la seconde, peut servir de preuve suffisante et nécessaire. La régulation dont nous parlons ne s'opérera pas en vue d'une réduction des passions à un état acceptable pour une cité rationnelle. L'affirmation de cet agir humain passionnel et ignorant doit donc être maintenue avec toute la force d'une assertion agissante.

La typologie politique de Montesquieu tient d'ailleurs tout à fait compte de cette assertion. On sait qu'y sont distingués la nature du gouvernement et son principe. Dès les premières explications sur la nature du gouvernement, on peut voir que la typologie politique entretient bien une relation avec le niveau du rapport ignorance/connaissance des gouvernés et des gouvernants. Pour cela, il est vrai qu'il faut prêter attention à des éléments de pensée qui n'ont pas l'air d'être au centre de la pensée exprimée. La démocratie en est un excellent exemple, gouvernement où «le peuple en corps a la souveraine puissance» (*EL*, II, 2). En effet, au cœur de la nature de la démocratie, se trouve la capacité naturelle du peuple à choisir ceux qui vont gouverner. Le peuple démocratique sait qu'il ne peut pas gérer lui-même mais sait *qui* doit gérer. Il ne peut gérer car il a «toujours trop d'action, ou trop peu» (*ibid.*). On voit ainsi le peuple, non pas méprisé en fonction d'une ignorance doublée d'une incapacité, mais loué pour sa capacité propre. Le peuple, qui est toujours ici le peuple romain historique, est constitué par un certain niveau de rapport entre ignorance et connaissance. Et de plus, s'il ne peut gérer, s'il n'a pas le niveau d'*action* adéquat, c'est parce qu'il est de la nature du peuple «d'agir par passion» (*EL*, II, 2). On voit que la nature de la démocratie et la nature du peuple sont strictement entrelacées. La nature de la loi démocratique – et cela va jusqu'à la nécessité du suffrage public en démocratie, justifiable parce qu'il faut que le «petit peuple soit éclairé par les principaux» (*ibid.*) – est

déterminée par la nature de l'action du peuple. La loi, pour bien agir elle-même, doit donc se conformer à cette action préalable, action par passion pourrait-on dire en raccourci. De même, pour les autres formes de gouvernement: l'aristocratie doit être constituée de façon qu'elle modère «l'ambition de quelques-uns» (*EL*, II, 3), la monarchie instaure les pouvoirs intermédiaires pour éviter la «volonté momentanée et capricieuse d'un seul» (*EL*, II, 4), le despotisme est l'exaltation des «passions les plus brutales» formant un «homme à qui ses cinq sens disent sans cesse qu'il est tout, et que les autres ne sont rien» donc «paresseux, ignorant, voluptueux» (*EL*, II, 5). La loi se rapporte nécessairement à ce fond anthropologique et s'y rapporte pour une régulation (démocratie, aristocratie, monarchie) ou pour une absence de régulation laissant à un champ passionnel surplombé par une crainte puissante le soin de ce qui apparaît plutôt comme des *effets* de régulation (despotisme). La *nature* dans la typologie politique n'existe pas sans être étroitement articulée à l'anthropologie fondamentale.

En un deuxième sens, la typologie politique s'articule à ce point de butée anthropologique. Chaque forme de gouvernement a un *principe*³ en plus d'une *nature* que Montesquieu définit comme étant «ce qui le fait agir» (*EL*, III, 1) – la nature étant ce qu'il est, sa «structure particulière», le principe étant «les passions humaines qui le font agir» (*ibid.*). Le principe est une passion et son organisation sera donc l'organisation d'une passion par la loi et les lois. C'est même en prenant tout à fait au sérieux cette dimension passionnelle du principe qu'on peut se rendre le mieux attentif aux difficultés particulières tenant à cette organisation. Ainsi la vertu, principe de la démocratie à l'antique, qui est «renoncement à soi-même» est «une chose très pénible» parce qu'elle est «l'amour des lois et de la patrie», la «préférence continuelle de l'intérêt public au sien propre» (*EL*, IV, 5). C'est donc une passion difficile à soutenir, passion qui absorbe toutes les autres et les concentre en elle-même⁴, chose que Voltaire, dans ses notes marginales à *L'Esprit des lois*, ne comprenait pas. Il doute (ou réfute ironiquement) de cette absorption des passions par l'unique passion vertueuse démocratique lorsqu'il fait mine de s'interroger: «mais il y a tant de sortes de vertu?»⁵. De même, l'aristocratie est un régime instable,

3. Sur la notion de «principe», voir Pierre Rétat, «La notion de «Principe» chez Montesquieu», *Commentaire*, printemps 1982, volume 5, n° 17, p. 129-134.

4. Je me permets de renvoyer ici à mon article «Poétique et politique de la démocratie: introduction à la fonction de représentation de la vertu chez Montesquieu», *Démocratie et représentation*, Actes du Colloque d'Albi, nov. 1994, Kimé, 1995, p. 19-44.

5. Note marginale au premier alinéa de V, 2, cité par R. Galliani, «Quelques notes inédites de Voltaire à l'*Esprit des lois*», *Studies on Voltaire*, 163, 1976, p. 7-18, p. 15. Le Voltaire du *Dictionnaire*

profondément contradictoire puisque fondé sur la capacité du corps de nobles gouvernant à s'autoréguler: «Mais autant qu'il est aisé à ce corps de réprimer les autres, autant est-il difficile qu'il se réprime lui-même. Telle est la nature de cette constitution, qu'il semble qu'elle mette les mêmes gens sous la puissance des lois, et qu'elle les en retire» (*EL*, III, 4). L'instabilité est bien à comprendre, on le voit, comme interne au corps gouvernant lui-même, et non comme résultant de la confrontation du peuple et des nobles: elle est bien depuis l'intérieur des passions elles-mêmes l'effet de leur forme d'agissement fondamental. C'est le rapport entre l'organisation de l'action par les lois fondamentales du régime et l'agir fondamental qui est contradictoire. La solution est la modération, vertu moindre que la vertu politique, qui seule peut produire une passion modérée.

La régulation par la loi, et par la loi propre à chaque forme de gouvernement, est donc une régulation des passions par une passion fondamentale, vertu, honneur ou crainte. On peut même, à partir de là, suivre le trajet spécifique de chaque passion particulière à l'intérieur de chaque forme de gouvernement. Prenons l'ambition par exemple. On la voit suspendue et *remodelée* par la vertu – «[...] on y a de l'ambition, sans espérance d'être mieux» (*EL*, IV, 6) chez Lycurgue – elle doit être modérée dans l'aristocratie – elle est exaltée et régulée dans la monarchie où elle a «de bons effets» et «donne la vie à ce gouvernement» (*EL*, III, 7) – et enfin, elle est niée dans le despotisme qui suppose l'obéissance et l'ignorance (cf. *EL*, IV, 3). Justement, ces différences laissent supposer que toute forme politique n'est pas égale à une autre. L'admiration républicaine et la préférence monarchique cohabitent chez Montesquieu. Mais ce n'est qu'une première façon de répondre. Une autre s'attacherait à relever une troublante analogie. D'un côté, l'anthropologie fondamentale du Livre I dit des hommes qu'il est de leur «nature qu'ils agissent par eux-mêmes», d'un autre côté il est dit que l'honneur monarchique travestit les passions à son profit de sorte qu'il fasse «mouvoir toutes les parties du corps politique» et qu'il «les lie par son action même», ce qui produit cette merveille d'économie du politique que «chacun va au bien commun, croyant aller à ses

philosophique, encore «bien disposé envers les républiques» dit René Pomeau, indique cependant dès ce moment quel est le «véritable vice d'une république civilisée»: il se trouve dans «[...] la fable turque du dragon à plusieurs têtes et du dragon à plusieurs queues. La multitude des têtes se nuit, et la multitude des queues obéit à une seule tête qui veut tout dévorer», cité par René Pomeau, *Politique de Voltaire*, Paris, Armand Colin, 1970 (1963), p. 184. On sait que Voltaire *historien* préférera la monarchie comme régime pour le présent. Voir aussi l'analyse d'Henri Lagrave «Voltaire juge de Montesquieu: le *Commentaire sur L'Esprit des lois* (1778)», *La Fortune de Montesquieu. Montesquieu écrivain*, textes réunis par Louis Desgraves, Bordeaux, Bibliothèque municipale, 1995, p. 107-118, en particulier sur la «vertu», p. 116.

intérêts particuliers» (*EL*, III, 7). L'action de l'honneur a l'air d'*épouser* au plus près la formulation du Livre I, dans la mesure où le type de régulation qu'il produit semble laisser les hommes agir par eux-mêmes. La différence est que cet *agir par soi-même* se retrouve ici au sein du système particulièrement artificiel de l'honneur – «philosophiquement parlant, c'est un honneur faux» (*EL*, II, 7) – mais en même temps il reproduit en quelque sorte artificiellement un agir qui a l'air *naturalisé* et qui donne l'impression de ne répondre que de lui.

Tout cela laisse peut-être le sentiment que le domaine d'action de la loi est dans le fond très restreint et qu'il ne peut se développer que sur ce fond passionnel inaliénable et préalable. On se tromperait pourtant si l'on devait croire et déduire qu'il n'y a pas d'*action* de la loi. Simplement, il faut considérer que celle-ci est circonscrite. À l'inverse du droit naturel classique qui s'essaie à déduire de la raison les meilleures lois possibles, mettant au premier plan un véritable devoir-être des lois, Montesquieu organise l'empirique des lois à partir de l'empirique de la diversité elle-même. Mais il ne perd pas de vue cet arrière-plan anthropologique fondamental qui implique que les lois positives, empiriquement constatables et répertoriables, doivent, si ce n'est se plier à cet agir préalable, du moins en tenir compte. La butée que constitue cet agir passionnel laisse à la loi le domaine et l'efficace du mode de régulation de toutes les passions particulières. Si la vertu est amour de l'égalité et de la frugalité, il reste qu'il faut bien *produire* cet amour: «[...] pour que l'on aime l'égalité et la frugalité dans une république, il faut que les lois les y ait établies» (*EL*, V, 4). Dans le despotisme, l'action de la loi est nulle ou quasi nulle, car il n'y a quasiment pas de lois – il s'agit de démultiplier les passions chez un seul jusqu'à l'état du caprice qui représente l'instantanéité de la volonté, et d'anéantir ces mêmes passions chez tous les autres. Et dans la monarchie, l'honneur seul ne peut tout faire, mais, «joint à la force des lois», il peut «conduire au but du gouvernement comme la vertu même» (*EL*, III, 6). La «bonne police» des lois s'applique au peuple car il faut toujours pouvoir réguler l'extrême possible – ce qui fait défaut aux princes despotiques qui «n'ont rien qui puisse régler le cœur de leurs peuples, ni le leur» (*EL*, V, 11). On en arrive au point où le problème se retourne, et où il devient tout aussi important de savoir ce qu'on va faire de la loi, avec la loi, de sorte qu'on réalise que l'expression action *de* la loi n'est valide qu'à la condition de ne pas la séparer de tout ce qui va être action *en vue de construire* la loi.

La loi comme acte de connaissance

Si la loi peut avoir une action, elle n'est cependant pas la seule «institution», puisque Montesquieu met aussi bien sous cette catégorie les lois que les mœurs. On se trouve donc, dans *L'Esprit des lois*, placé devant une concurrence entre les lois et les mœurs, sachant que les mœurs sont aussi un mode de régulation. Sur cette question, Catherine Larrère a montré que l'originalité de Montesquieu en la matière avait été, non pas de reprendre le problème classique de la régulation par les mœurs ou par les lois, mais «de ne pas prendre parti pour l'une ou l'autre des régulations» et de «produire le concept de leur distinction, mettant ainsi à jour la confusion qui se cache dans la volonté d'établir ou de rétablir les mœurs»⁶. Pour revenir sur la distinction des régulations, distinction ancienne, on suivra encore un instant Catherine Larrère quand elle rappelle l'opposition entre l'*eunomia*, «le bon ordre, l'ensemble harmonieux d'us et de coutumes dans lequel les hommes s'intègrent», qui est la régulation par les mœurs, et l'*isonomia*, régulation par les lois, «faite par des citoyens qui ont également part au pouvoir»⁷. Le rappel de ces deux modalités, incontestablement présentes à l'esprit de Montesquieu, fait apparaître du même coup que cette distinction se superpose dans *L'Esprit des lois* à celle qui distingue un régime du politique réservé à l'antiquité d'un régime qui convient aux temps modernes. République pour les temps anciens (démocratie ou aristocratie), monarchie pour les temps modernes et, à chaque époque sa régulation, comme semble le dire cette comparaison: «Les lois [en monarchie] y tiennent la place de toutes ces vertus, dont on n'a aucun besoin; l'État vous en dispense: une action qui se fait sans bruit, y est en quelque façon sans conséquence» (*EL*, III, 5).

Mais le monde historique de *L'Esprit des lois* ne se restreint pas à cette opposition des temps antiques et des temps modernes. Le Moyen Âge est fortement présent à travers les fameux derniers livres historiques de

6. Catherine Larrère, «Droit et mœurs chez Montesquieu», *Droits*, Revue française de théorie juridique, 19, avril 1994, PUF, p. 11-22, p. 11. Montesquieu, rappelle-t-elle de surcroît, indique nettement la différence entre lois et mœurs, au rebours d'une tradition qui, d'Hérodote à Montaigne, confondait lois, coutumes et mœurs dans le terme de *nomoi*: pour Montesquieu, les lois sont, «établies» tandis que les mœurs sont «inspirées» et les mœurs sont «des usages que les lois n'ont point établis ou n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu établir» (*EL*, XIX, 21). C. Larrère conclut: «Mais n'est-ce pas indiquer qu'entre lois et mœurs il y a plus qu'une différence de mode d'établissement, que ce sont des «choses naturellement distinctes» (XIX, 21), parce que leur mode d'action est distinct?», p. 11.

7. C. Larrère, art. cité, p. 12. On trouvera une analyse importante de l'opposition entre l'*eunomia* solonienne et l'*isonomia* clisthénienne dans le livre de Pierre Lévêque et Pierre Vidal-Naquet, *Clisthène l'Athénien – Sur la représentation de l'espace et du temps en Grèce de la fin du VI^e siècle à la mort de Platon*, Macula, 1983 (1964).

l'ouvrage comme un entre-deux historique et problématique. Est-ce à dire que la féodalité a constitué un moment de pure formation ou de nécessaire transition et donc un monde sans régulation? Ce n'est pas la position de Montesquieu, ce qui nous autorise à nous demander à quelle régulation ressortit le monde féodal. Un exemple particulièrement net, extrait du maquis des lois féodales, permettra de s'engager vers une réponse. Il s'agit de celui des preuves judiciaires par le combat et par le feu et l'eau bouillante. Montesquieu pose d'abord clairement l'étonnement qui ne peut manquer de résulter de telles lois: «On sera étonné de voir que nos pères fissent ainsi dépendre l'honneur, la fortune et la vie des citoyens, de choses qui étaient moins du ressort de la raison que du hasard; qu'ils employassent sans cesse des preuves qui ne prouvaient point, et qui n'étaient liées ni avec l'innocence ni avec le crime» (*EL*, XXVIII, 17). Remarque d'autant plus importante qu'on sait tout l'espace que Montesquieu a accordé à une pensée et une pratique des droits de l'accusé, garanties nécessaires pour la plus extrême précision dans l'établissement de la liberté⁸. Or, Montesquieu explique que le combat était en réalité lié à «quelque raison fondée sur l'expérience», permettant en particulier de faire un partage nécessaire entre poltronnerie et courage, et sachant surtout que «dans une nation uniquement guerrière, la poltronnerie suppose d'autres vices» (*ibid.*). Quant à la preuve par le feu (ou l'eau bouillante), il faut rappeler qu'il s'agissait de voir trois jours après si quelque marque de brûlure restait ou pas. Montesquieu d'argumenter alors: «Qui ne voit que, chez un peuple exercé à manier les armes, la peau rude et calleuse ne devait pas recevoir assez l'impression du fer chaud ou de l'eau bouillante, pour qu'il y parût trois jours après?» (*ibid.*). On voit donc assez nettement que la loi n'est pas rationnelle si on la prend et pense seule, isolée en elle-même et confrontée à la pure raison. De fait, si on la fait apparaître avec en son centre un noyau tenant aux mœurs, comme c'est le cas ici, alors elle *redevient* en quelque sorte rationnelle. Loin que les mœurs médiévales affaiblissent la qualité de régulation de la loi par une régulation liée au hasard, ils en constituent à l'inverse le ressort rationnel. Montesquieu suggère un système mixte où la loi se tient à la frontière de mœurs qui en rendent raison.

Cela ne veut pourtant pas dire que Montesquieu donne quitus à cette loi pour solde de tout compte. En effet, celui qui s'est toujours refusé à fonder la justice sur la simple raison des lois positives, et qui a toujours

8. Lire sur ce point David W. Carrithers, «La philosophie pénale de Montesquieu», *Revue Montesquieu*, n° 1, 1997, p. 39-63.

adossé le concept à des «rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit» (*EL*, I, 1), donne un jugement nuancé sur cette modalité de régulation: «[...] 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). Protection *au final* de la liberté *et* désaccord avec la raison de l'équité cohabitent ici au sein d'une même forme historique de rationalité.

La liberté n'est pas simplement cette limite repoussée d'une tyrannie comme cela a pu apparaître dans cet exemple des preuves médiévales. Elle est aussi articulée par les limites que Montesquieu donne à toute forme d'extension de la loi. Si bien que la liberté sera à la fois interne à la loi, c'est-à-dire dépendante de sa constitution interne – ce sera la prise de position pour la proportion des peines et des délits bien avant Beccaria –, et externe, c'est-à-dire qu'il y va de la liberté de déterminer tout ce qui doit rester en dehors du domaine la loi. Montesquieu est on ne peut plus net lorsqu'il note par exemple que les lois «qui font regarder comme nécessaire ce qui est indifférent ont cet inconvénient qu'elles font considérer comme indifférent ce qui est nécessaire» (*EL*, XXIV, 14). La loi est, dans le fond, soumise elle-même à la connaissance, dans la mesure exacte où relève de la connaissance ce qui doit rester inaccessible à la loi ou ce qui peut au contraire constituer son domaine d'extension. Que la loi soit acte de connaissance autant qu'action sur les actions, était déjà suggéré discrètement dans le contexte majeur du Livre I. Montesquieu y soulignait en effet que les bêtes «n'ont point de lois positives, parce qu'elle ne sont point unies par la connaissance» (*EL*, I, 1). C'était bien souligner le lien entre loi et connaissance, outre la nécessité même qu'il y avait d'articuler l'échelle des êtres du point de vue de leurs lois propres.

Deux conséquences surgissent de tout cela. La première concerne le mode de correction qui peut être appliqué en vue d'une meilleure régulation: corriger par la loi ou par les mœurs, voilà quelle en est la formulation classique. Et la seconde se situe au niveau de l'exigence que va devoir rencontrer la composition des lois. Dans les deux cas, il paraît évident qu'intervient un rapport à la connaissance mobilisée dans l'acte qu'est la loi elle-même.

Si Montesquieu introduit à une pensée de la restriction du domaine de la loi, il introduit parallèlement, et en toute cohérence, une réflexion sur l'usage de la loi à des fins de correction. Et c'est d'abord au respect de la distinction des domaines qu'il soumet l'usage de la loi. Il donne, à propos

d'un chapitre sur Pierre le Grand, une précision qui est sans ambiguïté : « [...] lorsqu'un prince veut faire de grands changements dans sa nation, il faut qu'il réforme par les lois ce qui est établi par les lois, et qu'il change par les manières ce qui est établi par les manières: et c'est une très mauvaise politique de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières» (*EL*, XIX, 14). Pierre le Grand obligeait, par la loi, à «se faire tailler la barbe et les habits» et réprimait violemment les contrevenants. C'est en permettant aux femmes de s'habiller à l'européenne qu'il obtint ce qu'il voulait, les femmes faisant «goûter aux hommes» cette nouvelle manière. Changer les manières par des manières, changer les lois par des lois, voilà ce qu'est la bonne méthode. Dans ce respect des ordres d'institution se joue une véritable constante de la pensée de Montesquieu, celle d'une économie dans l'usage de la loi. Catherine Larrère a indiqué à ce sujet qu'il s'agit pour Montesquieu d'«agir sur les effets, plutôt que de contraindre les intentions, [d']accompagner les mouvements existants, non [de] s'y opposer de toute force» et, qu'en un mot emprunté à Montesquieu, il faut agir «d'une manière sourde et insensible» (*EL*, VI, 13)⁹. Cette économie dans l'usage coercitif en vue de la correction par la loi tient donc à deux choses corrélées : 1) l'application de la réforme au bon niveau d'intervention 2) l'impératif de liberté qui consiste à laisser en dehors de la loi ce qui ne relève pas d'elle – et Montesquieu de conclure à ce sujet: «La loi n'est pas pur acte de puissance; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort» (*EL*, XIX, 14). Il ne me semble pas interdit de penser qu'il y a là aussi la trace d'une continuité avec l'agir général des hommes dans sa nature propre et invariante. Il n'y a, en tout cas, pas de contradiction entre les deux niveaux de réflexion chez Montesquieu.

Enfin, Montesquieu consacre tout un Livre au travail du législateur. Le Livre XXIX s'intitule en effet «De la manière de composer les lois». C'est là qu'est exposée de la façon la plus explicite que la loi doit être acte de connaissance. Le «jugement de mœurs» (*EL*, V, 19) de la république antique était «un sentiment plus qu'une suite de connaissances» (*ibid.*) et Catherine Larrère a parfaitement raison de souligner qu'en conséquence ce jugement ne donne pas de critère clair et explicite pour départager le bien et le mal¹⁰. Montesquieu y oppose la qualification des crimes qui

9. C.Larrère, art. cité, p. 17.

10. C. Larrère, art. cité, particulièrement la section «Qualifier les crimes», p. 18-21, p. 19. Voir aussi du même auteur «Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria», *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Michel Porret éd., Travaux d'histoire éthico-politique, LVI, Droz, 1997, p. 89-108.

intervient avec l'installation de la monarchie à Rome. Qualifier les crimes veut dire donner une définition précise qui va engager tout le monde et clarifier les critères. Gain de liberté que le Livre XXIX, pour sa part, tâche de penser à partir de la composition des lois. Au premier abord, ce Livre explicite essentiellement et prioritairement qu'il faut au législateur un «esprit de modération» (*EL*, XXIX, 1). Quel rapport y a-t-il alors entre cette revendication de modération et la précision qualificative des crimes? Pour l'apercevoir, il faut bien mesurer que cet esprit de modération n'est pas celui d'un quelconque *juste milieu*, d'un moyen terme sur une échelle, même si Montesquieu précise que «le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites» (*ibid.*). Il y aurait à distinguer ce qui est *entre* et ce qui est *au milieu*: *entre* veut dire «loin des extrémités possibles», au milieu voudrait dire «à égale distance» dans une sorte de détermination scalaire d'un juste milieu. La modération est surtout ce qui se garde de l'excès, et de l'excès en tant qu'il fait déborder la loi de son domaine défini en vue du maximum de liberté. L'excès est l'acte de pure puissance dont il faut se garder, acte que la loi, fondamentalement, n'est pas. Ce serait l'arbitraire d'une *tabula rasa* où ne serait plus tenu compte d'aucun sol préexistant, agir général ou coutumes et mœurs établies depuis longtemps.

Il n'y a rien d'étonnant que le Livre XXIX définisse ensuite les divers registres pour lesquels l'acte de composer la loi doit éviter toute forme d'excès. Ce qui peut conduire d'ailleurs à reconnaître qu'une loi qui a l'apparence de l'excès n'en est pourtant aucunement coupable. Ainsi, Solon punissant ceux qui ne prennent pas parti dans une sédition n'est pas responsable d'un excès, mais attentif aux «circonstances dans lesquelles la Grèce se trouvait pour lors» – et le raisonnement de Montesquieu enferme parfaitement les raisons de Solon dans le filet des circonstances: «[...] il était à craindre que, dans une république travaillée par des dissensions civiles, les gens les plus prudents se missent à couvert; et que par là les choses ne fussent portées à l'extrémité» (*EL*, XXIX, 3). Tout le Livre XXIX n'a de cesse d'arracher la bonne compréhension de la modération de la loi aux figures de l'apparence, dont la moins dangereuse n'est pas celle qui, précisément, a l'apparence de l'extrémité. Et la revendication de la clarté, de la lisibilité de la loi, de la nécessité de son accès à «des gens de médiocre entendement» et à la «raison simple d'un père de famille» (*EL*, XXIX, 16), réunit dans le fond les deux nécessités conjointes qui doivent gouverner l'acte de composer des lois. Refus de l'excès de *subtilité* – «les lois ne doivent point être subtiles» –, règles simples, style simple et concis dont le modèle est fourni par la loi des Douze Tables («les enfants

les apprenaient par cœur») (*EL*, XXIX, 16) – et d'autre part un acte intellectuel net qui sert à «bien [fixer] les idées des choses» (*ibid.*), Louis XIV fournissant une fois de plus le contre-modèle à travers sa pratique des «cas royaux», pratique qui «fait rentrer dans l'arbitraire dont on venait de sortir» (*ibid.*)¹¹. Montesquieu, pour finir, n'a garde d'oublier qu'il y a un législateur à l'origine de l'acte intellectuel qu'est la loi. On y retrouve, circulairement, les passions qu'on avait mises au fondement de l'agir général des hommes du Livre I. En effet, les lois «rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur» et, quelquefois, ajoute encore Montesquieu, «elles passent au travers, et s'y teignent» tandis que, dans d'autres circonstances, «elles y restent et s'y incorporent» (*EL*, XXIX, 19). Si la loi est bien productrice de liberté, à la condition d'être ajustement et non puissance, il n'en est pas moins vrai qu'il y a une autre sorte d'acte de liberté qui se trouve à son origine, là où elle se compose et s'imagine à travers le filtre des passions et des préjugés auxquels il n'est pas en son pouvoir de se soustraire.

Jean-Patrice COURTOIS
Université Paris 7-Denis Diderot

11. Les cas royaux étaient «les causes civiles et criminelles réservées à la justice royale», note 14, p. 547 de l'édition de Robert Derathé. Marcel Marion souligne que pendant longtemps «le pouvoir royal s'était refusé à donner une énumération des cas royaux» parce que «les énumérer aurait été en effet les limiter, et la royauté avait intérêt à ce qu'ils fussent très extensibles», *Dictionnaire des institutions de la France aux XVI^e et XVII^e siècles*, Paris, Auguste Picard, 1923, p. 73-74. L'intérêt de Montesquieu pour les «cas royaux» apparaît très vite, dès les extraits de la *Collectio juris*. Voir sur ce point Iris Cox et Andrew Lewis, «Montesquieu observateur et étudiant en droit, Paris et Bordeaux, 1709-1721», *Cahiers Montesquieu*, n° 5, p. 55-63, en particulier p. 62.