

À propos de la conquête: droit et politique chez Montesquieu

Le but de cet article est de décrire les modifications intervenues entre la première édition des *Lettres persanes* (1721) et *L'Esprit des lois* (1748) en ce qui concerne le droit de guerre et de conquête. Il s'agira ensuite de montrer que la prise en compte de la manière dont Montesquieu en 1721, 1734 et 1748 décrit et classe les divers cas de conquête ne suffit pas à expliquer ces changements.

Le droit de guerre et de conquête: 1721, 1748, 1758

L'édition des *Lettres persanes* de 1758 comporte deux corrections importantes de la lettre 92 de la première édition. C'est la rédaction des chapitres 2 et 3 du livre X de *L'Esprit des lois* qui explique ces corrections.

Le droit de guerre

En 1721, Montesquieu parle de guerre juste et limite l'usage légitime de ce terme de la manière suivante:

Il n'y a que deux sortes de guerres justes: les unes, qui se font pour repousser un Ennemi, qui attaque: les autres pour secourir un Allié, qui est attaqué¹.

Ce texte semble exclure catégoriquement tout droit à engager une guerre préventive, alors que Grotius, tout en refusant ce droit en règle

1. *LP*, 92, édition de 1721, dans *Œuvres complètes de Montesquieu*, t. 1, Oxford, Voltaire Foundation, 2004, p. 386.

générale, finit par l'admettre si on a la certitude que l'autre a le pouvoir et la volonté de vous attaquer. Grotius commence par utiliser la distinction du juste et de l'utile, c'est-à-dire du droit et de la politique, qu'il a exposée à la fin des Prolégomènes :

Je me suis abstenu de traiter des choses qui relèvent d'une autre étude, comme celles qui enseignent ce qu'il convient de faire à partir de la pratique [*ex usu*], parce qu'elles relèvent d'un art spécifique, l'art politique: ainsi Aristote a raison d'en traiter à part, sans rien y mêler d'étranger, au contraire de Bodin qui confond cet art avec l'art de notre droit. Cependant j'ai en quelques passages fait mention de ce qui est utile, mais en passant et pour le distinguer plus clairement de la question du juste².

La crainte qu'on éprouve devant une puissance qui croît au point de pouvoir devenir nuisible si on la laisse grandir est un motif politique qui peut nous conduire à juger utile d'attaquer, mais il doit exister par ailleurs une autre cause juste pour qu'on ait le droit de le faire :

[...] on ne doit nullement admettre ce que certains ont transmis, que, selon le droit des gens, il est correct de prendre les armes pour diminuer une puissance qui croît, qui pourrait nuire si elle augmentait trop. J'avoue que, dans une délibération au sujet de la guerre, cet argument intervient, non en raison du juste, mais en raison de l'utile, de telle manière que si la guerre est juste pour un autre motif, on jugera prudent de l'entreprendre pour cette raison³.

Vingt chapitres plus loin, il rappelle que la crainte de la puissance du voisin n'est pas une cause juste suffisante et ajoute, sur le terrain du droit, que la défense est juste si elle est nécessaire et qu'elle est nécessaire si on a la certitude morale que l'autre a non seulement le pouvoir mais aussi l'intention de nous nuire :

[...] nous avons dit plus haut que la crainte d'une puissance voisine ne suffisait pas. En effet, pour que la défense soit juste, il faut qu'elle soit nécessaire, ce qu'elle n'est pas si elle n'est pas fondée non seulement sur la puissance mais aussi sur l'intention, fondée comme certaine, de cette certitude qui peut exister en matière morale⁴.

C'est le genre de position que Montesquieu adopte un peu plus tard, vers 1725, en critiquant Hobbes: s'« il est faux, comme il l'écrit, que la défense entraîne *nécessairement* la nécessité d'attaquer »⁵, il peut subsister des cas où la guerre préventive est nécessaire. Selon *L'Esprit des lois*, le droit des sociétés à se défendre « entraîne quelquefois la nécessité d'attaquer »⁶.

2. *Le Droit de la guerre et de la paix* (désormais *DGP*), trad. J. Barbeyrac, Caen, Publications de l'Université de Caen, 1984, Prolégomènes, § 59.

3. *DGP*, II, 1, § 17. C'est à ce texte que Barbeyrac fait allusion dans la note (voir la fin de cet exposé) où il commente le texte des Prolégomènes qui vient d'être cité.

4. *DGP*, II, 22, § 5. Position reprise par Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Caen, Publications de l'Université de Caen, 1987, VIII, 6, § 5.

5. *MP*, 1266, texte qui n'a pu entrer dans le *Traité des devoirs* qui est de 1725. (Nous soulignons.)

6. *EL*, X, 2.

La référence grotienne à une intention avérée de nuire ou d'attaquer disparaît : il suffit que l'attaque soit le seul moyen d'empêcher l'autre de vous détruire. Or, en 1758, Montesquieu n'a pas corrigé sur ce point le texte initial de 1721, sans doute parce qu'il ne l'a pas jugé faux en son principe, une des justifications de la guerre étant, de 1721 à 1758, la nécessité et la légitimité de la défense naturelle. La première correction qui nous intéresse concerne le texte où la guerre juste, définie comme nous venons de le voir, est classée dans une hiérarchie des actes de justice selon le degré de sévérité. Voici le texte de 1721 :

Dans le Droit public l'acte de Justice le plus severe, c'est la guerre ; puisque son but est la destruction de la societé⁷.

Pris dans sa lettre, ce texte affirme que toute guerre, juste ou injuste, a pour but la destruction de la société (et non simplement des soldats ennemis ou de l'État avec lequel on est en guerre) ; le fait que la guerre soit juste ne change rien à ce but, car c'est justement lui qui permet de considérer que la guerre, quand elle est juste, est l'acte de justice le plus sévère. De ce fait, le droit de faire la guerre est nécessairement aussi celui d'en réaliser le but qui est la destruction de la société. Voici la version corrigée de ce passage en 1758 :

Dans le Droit public l'acte de Justice le plus severe, c'est la guerre ; puisqu'elle peut avoir l'effet de détruire la societé⁸.

D'une part, on passe d'un but volontaire à une conséquence qui peut être involontaire, d'autre part, cette conséquence peut ne pas se réaliser. Il en résulte que le droit de faire la guerre n'inclut plus nécessairement celui de détruire la société. En 1721, la question est de savoir si le but volontaire de destruction va ou non se réaliser n'est pas posée, il s'agit seulement de savoir dans quel cas vouloir détruire une société par la guerre est juste : pour que ce but soit juste, « il faut toujours que la peine soit proportionnée à la faute »⁹. C'est une logique proche de celle de Grotius et de Locke où l'autodéfense est un acte de punition.

En 1758, les références de 1721 à la punition ne sont pas corrigées. Montesquieu a conservé le texte primitif selon lequel la guerre juste est punitive, une punition qui doit se passer, comme dans l'état de nature décrit par Locke, d'un tribunal indépendant des sociétés en conflit. Or dans *L'Esprit des lois*, au moins au livre X¹⁰, la référence explicite à la guerre

7. OC, t. 1, p. 387.

8. Lettre 92 (58, 95), OC, t. 1, p. 387, lignes 24-25.

9. OC, t. 1, p. 386-387.

10. En fait, l'expression « guerre juste » n'apparaît jamais dans *L'Esprit des lois*.

juste et à cette logique punitive a disparu : il est seulement question de la nécessité et du droit, pour une société, de se défendre contre la menace de destruction, alors même que la comparaison de 1721 entre les particuliers (qui la plupart du temps peuvent faire appel à un tribunal) et les sociétés (qui ne le peuvent pas) est maintenue¹¹.

Avant de passer à la question du droit de conquête, faisons le point à propos des changements qui interviennent dans *L'Esprit des lois* et qui expliquent cette première correction de la lettre 92 dans l'édition de 1758. La problématique de 1721 est une problématique de la guerre juste, ce terme impliquant une dimension punitive : il ne s'agit pas seulement pour un peuple de se défendre et de défendre ses alliés, mais, en exerçant ce droit de défense naturelle, de punir l'agresseur, punition qui peut aller dans les cas les plus graves jusqu'à un acte de justice, qui a pour but la destruction de la société coupable. En 1748, le droit de se défendre n'est plus le droit de punir, le droit de pratiquer l'acte de justice le plus sévère qui implique le droit de détruire les hommes et la société qu'ils forment. Cette modification a des effets complexes : d'un côté il est si nécessaire et si juste pour une société de se défendre et d'éviter la destruction que la guerre préventive, qui n'était pas envisagée en 1721, peut devenir légitime. D'un autre côté, la légitimité des dommages qu'on peut causer à l'ennemi n'est plus mesurée par la gravité d'une faute commise que l'on doit punir, mais par le calcul de ce qui est nécessaire à la préservation de soi. Le but légitime n'est pas directement la destruction des ennemis ou de la société ennemie, mais l'efficacité défensive qui passe par la victoire, les dommages causés à l'ennemi étant des effets malheureux inévitables.

Le droit de conquête

C'est à propos du droit de conquête que la correction la plus importante intervient. Voici le texte de 1721 :

Le Droit de Conquête n'est pas un Droit. Une Société ne peut être fondée que sur la volonté des Associez : si elle est détruite par la Conquete, le Peuple redevient libre : il n'y a plus de nouvelle Société ; & si le Vainqueur en veut former, c'est une tyrannie¹².

Alors qu'il vient d'admettre la légitimité d'un acte de justice dont le but est de détruire une société, Montesquieu, en 1721, refuse de manière catégorique tout droit de conquête, alors même qu'avant lui les tenants d'une

11. *EL*, X, 2.

12. *OC*, t. I, p. 388.

problématique punitive comme Grotius ou Locke allaient de la guerre juste au droit de conquête. Or Montesquieu se sépare de Locke en lui empruntant l'argument selon lequel «[u]ne Société ne peut être fondée que sur la volonté des Associez». On peut reconstituer son argumentation de la manière suivante. Un acte de justice peut conduire à la guerre, à la victoire et même à la destruction de la société. Cependant le droit de détruire la société n'est pas celui de détruire le peuple. Comment entendre cette distinction entre peuple et société? Puisque le mot «société» désigne dans ce texte une association, on peut comprendre, en s'appuyant aussi sur les lettres 91 et 76¹³, qu'une guerre juste victorieuse peut légitimement détruire tout ce qui, dans les relations sociales, est né de l'association volontaire: la société est plus que les institutions politiques mais ne s'étend pas à ce qui excède l'association, par exemple la relation d'un père avec son fils. Puisque la guerre victorieuse et destructrice peut être un droit alors que la conquête ne l'est pas, il faut nécessairement que la conquête consiste soit à prétendre conserver l'ancienne société mais en remplaçant la volonté de ses membres par celle du vainqueur, ce qui est illégitime puisqu'une société a pour seul fondement légitime possible la volonté des associés, soit à vouloir former une nouvelle société sans la volonté de ses membres, ce qui est illégitime pour la même raison.

Locke ouvre le chapitre sur les conquêtes en développant un point de vue en apparence très proche de celui de Montesquieu:

[...] les *conquêtes* sont aussi éloignées d'être l'origine et le fondement des États, que la démolition d'une maison est éloignée d'être la vraie cause de la construction d'une autre en la même place. À la vérité, la destruction de la forme d'un État prépare souvent la voie à une nouvelle, mais *sans le consentement du peuple*, on ne peut jamais ériger aucune nouvelle forme de gouvernement¹⁴.

Destruction de la société chez Montesquieu, destruction du gouvernement et même de la société chez Locke, les gens « n'étant plus capables de se défendre, de se soutenir, de demeurer un seul corps entier et indépendant »¹⁵: Montesquieu est sur ce point très proche de Locke, avec cependant cette possible différence que Locke entend par société la société

13. Premier paragraphe de la lettre 91 (94), selon lequel les hommes « naissent tous liez les uns aux autres » (OC, t. 1, p. 384). Selon la lettre 76 (129), la puissance ou plutôt la magistrature paternelle est la seule « qui ne depend pas des conventions, & qui les a même precedées » (p. 349).

14. *Traité du gouvernement civil*, trad. David Mazel, Paris, GF-Flammarion, 1691, chap. 16, § 175. Voici le texte anglais: «[...] conquest is so far from setting up any government as demolishing a house is from building a new one in the place. Indeed, it often makes way for a new frame of commonwealth by destroying the former; but without the consent of the people, can never erect a new one. »

15. « Not being able to maintain and support themselves as one entire and independant body » (*ibid.*, chap. 19, § 211).

politique, alors que Montesquieu peut lui donner un sens plus large. Il est également proche de Locke quand il refuse au vainqueur le droit de substituer sa volonté au consentement du peuple pour former une nouvelle société. Locke admet cependant une légitimité limitée de la conquête, lorsque la victoire a favorisé le côté qui a le droit avec lui : il y a dans ce cas exercice légitime d'un pouvoir punitif despotique sur un vaincu qui s'est mis au ban de l'humanité et a déchu au rang de l'animal parce qu'il a violé la loi de nature. Montesquieu s'écarte donc de Locke quand il affirme de manière abrupte : « Le Droit de Conquête n'est pas un Droit. » Cela veut dire que la conquête n'est plus, comme dans le texte de Locke, l'exercice d'un pouvoir despotique sur la personne et les biens des vaincus, mais l'usage de ce pouvoir de contrainte pour conserver l'association ou en recréer une, ce qui excède pour Locke le droit de conquête et le droit en général et qui est, pour Montesquieu, ce faux droit de conquête qui n'est pas un droit.

Voici maintenant la version corrigée de 1758 :

La conquête ne donne pas un droit par elle-même. Lorsque le peuple subsiste, elle est un gage de la paix et de la réparation du tort : et détruit, ou dispersé, elle est le monument d'une tyrannie¹⁶.

Montesquieu s'efforce de corriger le texte de 1721 en évitant de souligner trop fortement la discontinuité : il n'écrit pas, comme dans *L'Esprit des lois*, qu'il y a un droit de conquête, mais suggère plutôt (sans l'écrire directement et explicitement) que la conquête peut donner un droit qui ne tient pas à la conquête mais à ses effets. Deux effets sont distingués et opposés : le second (la destruction ou la dispersion du peuple) est manifestement contraire au droit, le premier (la conservation du peuple) est légitime. Si la distinction entre le peuple et la société n'est plus utilisée de manière explicite, le second effet implique la destruction de la société, qui est dans ce texte nettement contraire au droit, alors qu'elle pouvait être légitime en 1721. Le premier effet, la conservation du peuple vaincu, permet à la conquête de garantir la paix entre les peuples vainqueur et vaincu. Le texte ne dit pas si la conservation du peuple vaincu dans cette paix, qui implique une part de contrainte et de domination, est compatible ou non avec le maintien ou la reconstitution de liens d'association volontaire à l'intérieur du peuple vaincu.

Pour comprendre cette correction relativement elliptique, il faut se tourner vers le chapitre que *L'Esprit des lois* consacre au droit de conquête.

16. OC, t. I, p. 387-388, lignes 45-55.

Selon ce chapitre, les conditions du droit de conquête résident en même temps dans l'origine et dans les effets de la conquête :

Du droit de la guerre dérive celui de conquête, qui en est la conséquence ; il en doit donc suivre l'esprit.

Lorsqu'un peuple est conquis, le droit que le conquérant a sur lui suit quatre sortes de lois : la loi de la nature, qui fait que tout tend à la conservation des espèces ; la loi de la lumière naturelle, qui veut que nous fassions à autrui ce que nous voudrions qu'on nous fit ; la loi qui forme les sociétés politiques, qui sont telles que la nature n'en a point borné la durée ; enfin la loi tirée de la chose même. La conquête est une acquisition ; l'esprit d'acquisition porte avec lui l'esprit de conservation et d'usage, et non pas celui de destruction¹⁷.

En amont, le droit de conquête dérive du droit de guerre : la guerre doit donc être conforme au droit pour que la victoire donne droit à conquérir. Mais Montesquieu insiste beaucoup plus sur les effets de la conquête : en effet, le relatif éloge des conquêtes des barbares du Nord et d'Alexandre ne peut guère se comprendre à partir du droit de faire la guerre et de la justification possible de certaines guerres préventives, Montesquieu n'évoquant explicitement que la manière de traiter les peuples vaincus. C'est le fait de traiter les vaincus selon le véritable droit des gens qui est décisif pour fonder le droit de conquête et non la conformité de la guerre aux fins légitimes de la défense naturelle.

Si on privilégie comme le fait Montesquieu la manière de traiter le peuple vaincu, le droit du conquérant suppose qu'il respecte quatre sortes de lois : « la loi de la nature » qui tend à la conservation des espèces vivantes dont Montesquieu emprunte l'idée au droit romain ; la loi de la raison qui oblige les êtres raisonnables à respecter la règle d'or de la réciprocité ; le fait que la nature n'a pas borné la durée des sociétés politiques ; et enfin la règle qui dérive de la nature même de la conquête, qui, étant une acquisition, se contredit dès qu'elle détruit au lieu d'acquérir. On reviendra dans un instant sur la relative hétérogénéité de cet ensemble de lois : la référence, à travers la loi de la lumière naturelle, au droit naturel moderne est encadrée, d'une part, par un retour à une tendance des vivants et, à travers elle, au droit romain et au stoïcisme, et d'autre part, par deux références à des lois qui dérivent de la nature des choses, que ces choses soient les sociétés politiques ou la conquête elle-même. Ainsi défini, le droit de conquête permet d'évaluer les quatre traitements possibles des vaincus : le conquérant peut à bon droit exercer le gouvernement civil et politique en conservant au peuple conquis ses lois, il peut même, semble-t-il, ne plus lui conserver ses lois et lui imposer un nouveau gouvernement ; mais le droit de conquête ne permet ni d'exterminer les vaincus ni de détruire leur société en les

17. *EL*, X, 3.

dispersant. La comparaison avec le texte de 1721 est éclairante. Le droit à détruire éventuellement la société, qui relevait au départ du droit de guerre et non du droit de conquête, disparaît en 1748, si bien que les conditions de légitimité deviennent en ce domaine plus restrictives. D'un autre côté, Montesquieu reconnaît en 1748 ce qu'il refusait catégoriquement en 1721, un droit du conquérant, qui consiste à conserver la société vaincue par le moyen paradoxal d'une dose variable de servitude provisoire: si on prend ce mot société au sérieux et si on suppose que la société, en 1748 comme en 1721, implique un certain consentement des associés, cela implique un mélange de contrainte et de consentement, ce consentement pouvant se manifester par le fait que le souverain gouverne les vaincus selon leurs propres lois (première manière de traiter les vaincus, conforme, dit Montesquieu, au droit des gens que nous suivons aujourd'hui) ou par le fait que le gouvernement entièrement nouveau imposé par le vainqueur ne détruit pas la société antérieure, qui implique nécessairement un certain consentement de ses membres. Les conditions de légitimité en 1748 sont donc en même temps plus et moins restrictives: plus restrictives, parce que la problématique punitive de la guerre juste est abandonnée et que la seule fin qui légitime une guerre est la nécessité de se défendre; moins restrictives au nom de cette même nécessité, qui conduit à admettre certaines guerres préventives, et au nom de la conservation de la conquête qui conduit en même temps à condamner la destruction de la société formée par les vaincus et à admettre au moins provisoirement le degré de servitude politique et même civile qui est nécessaire à la conservation.

À la recherche d'une explication

Pour expliquer ces modifications qui concernent le droit, on peut tenter de comparer ce qui est dit des conquêtes en 1721, 1734 et 1748, du point de vue de l'histoire, de l'économie et de la politique. En 1721, la lettre 117 (121) traite des colonies et des conquêtes espagnole et portugaise; la lettre 125 (131) évoque l'histoire des républiques et distingue à grands traits quatre formes d'expansion: la colonisation grecque, la conquête romaine, la conquête des peuples du Nord qui libérèrent l'Europe du joug romain et la conquête des peuples d'Asie qui apportent la servitude; enfin la lettre 130 (136) fait de l'Angleterre une «Nation impatiente [...] qui, Maîtresse de la Mer [...], mêle le Commerce avec l'Empire»¹⁸.

18. OC, t. 1, p. 493.

Par rapport à ces fragments d'analyse, d'importants changements interviennent entre 1721 et 1748 : l'étude détaillée de la conquête romaine dans les *Romains* (1734) et dans *L'Esprit des lois* (1748), qui marque une nette inflexion critique ; la prise en compte des conquêtes d'Alexandre ; l'approfondissement de l'étude des conquêtes barbares et de leurs effets ; l'approfondissement de l'étude des interactions entre conquête, empire et commerce¹⁹.

Sans prise en compte de ces nouveaux développements, la nouvelle théorie du droit de conquête ne peut pas être bien comprise. Toute la question est de savoir si ces changements sont une explication suffisante. Dès 1721, Montesquieu esquisse une comparaison des formes d'expansion, qui est très éloignée d'une condamnation globale qui expliquerait trop aisément le refus du droit de conquête. Dès 1721, Montesquieu critique la destruction des sociétés : c'est parce qu'il juge désastreuse cette conséquence de la guerre qu'il donne une définition très restrictive de la guerre juste. Pour tenter d'expliquer sa démarche au livre X de *L'Esprit des lois*, il faut donc formuler une hypothèse complémentaire.

Comme on l'a vu plus haut, l'argumentation de Grotius à propos des guerres préventives est solidaire de la distinction fondamentale qu'il veut préserver, dans un rapport polémique avec Bodin, entre l'*ars politica* et l'*ars juris*, c'est-à-dire, selon la traduction de Barbeyrac, entre la science politique, dont l'objet est l'utile, et la science du droit, dont l'objet est le juste. Locke reprend et transforme cette distinction : la science de la morale et du droit devient démonstrative, par emprunt à Hobbes de l'argument du fabricant, et laisse donc place à une politique non scientifique, fondée sur la simple prudence²⁰. Locke traite donc de la conquête, dans le *Second traité*, en se plaçant exclusivement au point de vue des principes de la loi naturelle. Quand il aborde la question de la guerre et de la conquête dans les *Lettres persanes*, Montesquieu respecte cette distinction entre le droit et la politique : les lettres 91 (94) et 92 (95) traitent du droit public et du droit des gens d'un point de vue uniquement juridique, sans faire intervenir les considérations politiques d'utilité dont il est fait état dans les lettres 117 (121), 125 (131) et 130 (136). Il faut éviter deux équivoques. Distinguer droit et politique, juste et utile, ne revient pas à distinguer les questions de fait et les questions de droit, ou encore les jugements de fait

19. Voir les articles de C. Larrère, M. Mosher, M. Platania et C. Spector dans le présent recueil.

20. Locke, *Journal*, 26 juin 1681 (ms. Locke, fs 5, f° 77-83), dans *An Early Draft of Locke's Essay together with excerpts of his Journals*, R. I. Aaron et J. Gibb éd., Oxford, Clarendon Press, 1936, p. 116-118. Il existe une traduction française de ce passage dans James Tully, *Locke. Droit naturel et propriété*, Paris, PUF, 1992, p. 56-57.

et les jugements de valeur. Les considérations politiques chez Grotius comme chez Montesquieu sont normatives. D'autre part, il ne s'agit pas d'affirmer que Montesquieu défend explicitement en 1721, comme Grotius et Locke, une épistémologie qui sépare la politique et le droit : comme le remarque Céline Spector dans un texte récent consacré à la « mesure du droit » dans *L'Esprit des lois*, l'amorce de la réflexion sur la justice et la loi qui contribue à ébranler la séparation de la politique et du droit se trouve déjà dans les *Lettres persanes* : « La justice est un rapport de convenance, qui se trouve réellement entre deux choses. »²¹ Il s'agit simplement de constater que les points de vue du droit et de la politique, de la justice et de l'utilité restent séparés en 1721 quand il est question de guerre et de conquête.

Que se passe-t-il en cette matière au livre X de *L'Esprit des lois*? À première lecture, on peut avoir le sentiment que Montesquieu continue à juxtaposer le point de vue du droit, qui semble dominer presque jusqu'au terme des trois premiers chapitres, et le point de vue politique, qui semble dominer à partir du chapitre 4. Tout en critiquant de manière très sévère « les auteurs de notre droit public », Montesquieu semble donc continuer à pratiquer la distinction grotienne du droit et de la politique. En réalité, cette distinction est ébranlée dès les trois premiers chapitres. En voici quelques indices.

– Pour fonder le droit de guerre au chapitre 2, Montesquieu combine la nécessité et le juste rigide, et cette distinction est reprise immédiatement quand sont évoqués « ceux qui dirigent la conscience ou les conseils du prince » : la décision de faire la guerre relève donc en même temps de considérations juridiques et morales et de considérations politiques, sans que ce point soit encore décisif, puisque Grotius évoque lui aussi ces deux sortes de raisons, mais en les distinguant et en les hiérarchisant.

– Le dernier paragraphe du chapitre 2 traite des effets politiques de la pratique de la justice en matière de guerre : la réputation de justice acquise par un prince qui suivrait le véritable droit de guerre « pourrait augmenter les forces de son État » tout de même que la réputation de sa puissance. Cela interdit toute distinction trop rigide entre la politique et le droit.

– C'est bien sûr le second paragraphe du chapitre 3²² qui est décisif. Les quatre sortes de lois que suit le droit du conquérant forment, comme on l'a noté plus haut, un ensemble hétérogène. La loi de la lumière naturelle

21. LP, 81 (83), dans OC, t. 1, p. 359. Voir Céline Spector, « Quelle justice, quelle rationalité? La mesure du droit dans *L'Esprit des lois* », *Montesquieu en 2005*, Catherine Volpilhac-Augier éd., Oxford, Voltaire Foundation, 2005, p. 222.

22. EL, X, 3, cité plus haut.

est la seule de ces quatre sortes de lois dont Montesquieu écrit qu'elle « veut que nous fassions ». Dans les trois autres cas, on a affaire à des effets (la loi de nature « fait que tout tend à la conservation des espèces ») qui peuvent être involontaires et qui peuvent être des conséquences de ce qu'est une chose (une société politique) ou de sa nature (la nature de la conquête). Dans le cas du principe rationnel de réciprocité que Montesquieu emprunte au droit naturel moderne, on a affaire à un impératif juridique qui vient *de l'extérieur* limiter le mal inévitable que le vainqueur a fait et fera au peuple vaincu. Toutes les autres lois sont immanentes aux pratiques qu'il s'agit de régler : en tant qu'elle est une acquisition, la conquête a une nature qui est pour elle une norme (quatrième sorte de lois) ; le conquérant appartient à une des espèces vivantes, or « tout tend à la conservation des espèces », si bien que la loi de la nature est ici une tendance immanente à la nature comme totalité des espèces ; enfin, à l'intérieur de cette totalité naturelle, se forment entre les hommes des sociétés politiques qui tendent à se conserver puisque « la nature n'en a point borné la durée ».

– Ce chapitre contient une critique très sévère des « auteurs de notre droit public » qui ont supposé dans les conquérants un droit de tuer. Cette critique semble se tenir exclusivement sur le terrain du droit. Or Montesquieu enchaîne en passant du droit de tuer au droit de réduire en servitude, mais cette fois-ci, la conséquence mal fondée, qui consiste à aller du droit de tuer au droit d'asservir, est l'œuvre des politiques et non plus des juristes. Voilà qui peut étonner. En effet, nous n'avons pas quitté le droit pour passer à la politique : au chapitre 2 du livre XV où le problème est repris, la thèse qui va du droit de tuer au droit d'asservir est attribuée au droit des gens des Romains, tel qu'il est en même temps théorisé et pratiqué. À cet égard, il est difficile de penser que Montesquieu veut simplement éviter une répétition et évoque les « politiques » en faisant totalement abstraction du sens courant du terme, selon lequel un politique est « celui qui s'applique à la connaissance du gouvernement des États, qui fait comme une étude particulière du maniement des affaires publiques »²³.

En dehors du livre X, Montesquieu parle une fois des politiques au livre XI pour passer de l'embarras visible d'Aristote quand il parle de la monarchie à « la manière de penser des autres politiques »²⁴ grecs, et il oppose à deux reprises, au livre III et au livre XXIII, les politiques grecs et

23. *Académie*, 1718, *Catalogue*, n° 2449.

24. *EL*, XI, titre du chapitre 10.

les politiques d'aujourd'hui²⁵. Dans le cas des politiques grecs, qu'ils valorisent la vertu comme principe du gouvernement populaire²⁶, qu'ils soient incapables d'imaginer « la vraie distribution des trois pouvoirs dans le gouvernement d'un seul »²⁷ ou qu'ils nous parlent toujours de ce grand nombre de citoyens qui travaille, c'est-à-dire déstabilise les républiques²⁸, ce ne sont pas, au sens étroit, des théoriciens du droit; en ce qui concerne les politiques d'aujourd'hui, Montesquieu en parle toujours, en dehors du livre X, en utilisant des formules restrictives qui peuvent suggérer au lecteur qu'ils ont une vision trop étroite de la politique, qui sépare, précisément, le juste et l'utile: au livre III, les politiques d'aujourd'hui « ne nous parlent que de manufactures, de commerce, de finances, de richesses et de luxe même »; au livre XXIII, ils ne nous parlent que des moyens propres à augmenter le nombre des citoyens. La critique, si critique il y a, ne consiste pas à regretter l'importance que les politiques modernes accordent à ces questions économiques et démographiques, mais à proposer une définition de la politique qui ne sépare pas le juste et l'utile.

Au livre X, il s'agit de politique étrangère, et Montesquieu évoque de nouveau les politiques en ouvrant le chapitre 4:

Au lieu de tirer du droit de conquête des considérations si fatales, les politiques auraient mieux fait de parler des avantages que ce droit peut quelquefois apporter au peuple vaincu.

Au chapitre 3, la critique du droit d'asservir d'un point de vue étroitement juridique est presque absente: l'argumentation juridique précise et détaillée est exposée seulement au livre XV. Dans ces chapitres 3 et 4 du livre X, il s'agit plutôt de la nature de la conquête: si elle est une acquisition, son objet est la conservation, et c'est à partir de cet objet qu'on peut calculer qu'une servitude provisoire est pour un temps nécessaire. Critiquer « les auteurs de notre droit public » et ensuite « les politiques », c'est donc refuser, de manière délibérée, de séparer ce que disent les juristes du droit de conquête et ce qu'en disent les politiques. Les politiques, ce ne sont pas ceux qui gouvernent en tant que tels, mais ceux qui réfléchissent sur la pratique des gouvernants, par exemple sur la manière dont ils traitent les vaincus: peu importe que les politiques gouvernent eux-mêmes, qu'ils soient des conseillers ou qu'ils se contentent d'étudier, l'essentiel est que leur connaissance soit liée à la pratique qu'elle réfléchit. Ce que disent les politiques dépend donc de la pratique qu'ils ont sous les yeux et qu'ils

25. *EL*, III, 3; XXIII, 26.

26. *EL*, III, 3.

27. *EL*, XI, II.

28. *EL*, XXIII, 26.

réfléchissent, politique dont le droit des gens effectivement pratiqué, qui souvent s'écarte des vrais principes²⁹, fait à l'évidence partie : les politiques modernes, écrit Montesquieu immédiatement après le texte qui vient d'être cité, « auraient mieux senti » les avantages que le droit de conquête peut quelquefois apporter au peuple vaincu « si notre droit des gens [plus proche des vrais principes que celui des Romains ou des Iroquois] était exactement suivi, et s'il était établi sur toute la terre ». De même, une manière de traiter les vaincus, actuelle ou longtemps pratiquée dans l'histoire, se réfléchit dans les théories juridiques. Comme il y a un lien entre les pratiques anciennes et modernes et les erreurs de auteurs modernes du droit public, il y a aussi un lien entre « la conduite que les Romains tinrent pour soumettre tous les peuples » et leur droit des gens : au chapitre VI des *Romains*, Montesquieu met cette conduite en relation avec des « principes toujours constans »³⁰, des « maximes » ou encore un « plan », ce qui signifie que nous n'avons pas seulement affaire à une pratique aveugle mais à une conduite réfléchie qui aboutit à des maximes ou à un « plan » que d'autres, les Espagnols ou Louis XIV, auraient pu suivre³¹. Montesquieu décrit ici une politique très proche de celle que Barbeyrac, en commentant la distinction grotienne de la politique et du droit dans les *Prolégomènes*, attribue aux « machiavellistes » :

La bonne Politique ne doit rien autoriser contre les Règles invariables du Juste; & celle des *Machiavellistes*, qui a pour principe uniquement l'utilité de l'Etat, ou de ceux qui le gouvernent, est une Politique fausse & abominable. Mais ce sont toujours deux choses différentes que le *Juste* & l'*Utile*, en matière même de Politique; et un seul exemple tiré de la matière même de cet Ouvrage le fera comprendre aisément. Pour entreprendre légitimement la Guerre, il faut avant toutes choses qu'on ait un juste sujet de s'y engager. Mais, quelques bonnes que soient les raisons justificatives, si les circonstances ne permettent pas de prendre les armes sans préjudice du Bien Public, si l'on court risque de perdre autant ou plus qu'on ne gagnera; on commet alors une faute contre la bonne Politique³².

Pour Grotius et Barbeyrac, on répond à cette abomination en respectant la distinction et la hiérarchie entre la politique et le droit. En critiquant les théories des juristes romains et modernes à propos de la conquête et la guerre et la manière dont ces théories sont appliquées, Montesquieu montre que le droit, dans sa théorie et sa pratique, est inséparable d'une politique. On ne peut donc se préserver du machiavélisme en suivant

29. *EL*, I, 3.

30. *OC*, t. 2, p. 135.

31. Il est question deux fois de ces maximes, p. 135 et 137 : à noter que selon Naudé, les Français appellent *maximes d'État* ce que les Italiens appellent *raison d'État* (*Considérations politiques sur les coups d'État*, Paris, Les Éditions de Paris, 1988, p. 98).

32. *DGP*, *Prolégomènes*, § 59, note 1 consécutive au texte de Grotius cité au début de l'article.

Barbeyrac. Mieux vaut refuser de séparer le juste et l'utile, déterminer le droit du vainqueur en tenant le plus grand compte de ce qui est utile aux deux peuples ou États en relation. Il faut donc prendre en compte les conséquences sur l'un et l'autre de la guerre, de la victoire et de l'acquisition qui en résulte. De ce fait, la norme juridique ne vient pas seulement limiter de l'extérieur la pratique politique. C'est l'examen de la pratique politique elle-même, de ses fins et de ses conséquences, qui permet d'édicter des règles qui permettent en retour de dire si une certaine manière de traiter les vaincus est ou n'est pas conforme à la règle. On peut à partir de là mieux expliquer pourquoi les guerres préventives peuvent être conformes au droit de la guerre, pourquoi détruire une société est injuste et pourquoi il existe un droit de conquête.

Jean TERREL