

La philosophie pénale de Montesquieu*

D.W. CARRITHERS

Bien que Montesquieu soit, incontestablement, une des figures majeures de la philosophie politique, et bien qu'il se soit vivement intéressé au rapport entre la liberté et les lois criminelles, on a, cependant, étonnamment peu écrit sur sa justification philosophique des peines. Parmi ceux qui ont étudié sa pensée, nombreux sont ceux qui ont manifesté leur intérêt pour le contenu des livres VI et XII de *L'Esprit des lois* (1748), qui traitent des libertés civiles en général, et plus particulièrement de la proportion convenable entre le crime et sa punition. On ne s'est cependant guère interrogé sur les fondements philosophiques à partir desquels Montesquieu envisageait le crime et sa punition. Cela tient sans doute à ce que Montesquieu n'est généralement pas considéré comme un «philosophe», à proprement parler. Il ne fut certes pas un «philosophe» systématique, à la manière d'un Hobbes, d'un Locke, d'un Leibniz ou d'un Kant, et il ne s'est pas préoccupé d'inclure, dans *L'Esprit des lois*, quelque formulation explicite des principes philosophiques qui sous-tendent la punition. Si l'on y accorde une attention suffisante, cependant, on peut certainement découvrir, dans *L'Esprit des lois*, la philosophie pénale de Montesquieu. Nous nous proposons donc, dans cet article, de mettre en relation les remarques disjointes, les réflexions esquissées par Montesquieu tout au long de son grand œuvre, afin de reconstruire une vision, aussi claire que possible, de sa philosophie pénale. Auparavant, cependant, il est souhaitable de faire une rapide présentation des différentes philosophies pénales.

* Traduit de l'anglais (États-Unis) par Catherine Larrère.

Les philosophies pénales

Schématiquement, les philosophies pénales se partagent en deux grandes catégories : l'une est utilitariste, l'autre, rétributive. Selon la conception utilitariste, les peines sont, au mieux, un mal nécessaire et le droit de punir ne peut être dérivé que de ses conséquences utiles. Ce n'est que s'il résultait de son absence un plus grand mal pour la société tout entière que la punition peut être justifiée. C'est une tout autre justification qu'avance la position rétributive. Les rétributivistes ne font pas dépendre la justification des peines des estimations conséquentialistes des utilitaristes, mais de considérations de mérite, de ce qui revient à chacun. Le rétributivisme est une attitude orientée par la justice, et qui affirme que les criminels doivent être punis pour ce qu'ils ont fait, même si cela n'a aucune conséquence dissuasive pour les autres¹.

Une analyse attentive suggère que Montesquieu a combiné les deux approches, utilitariste et rétributive, dans *L'Esprit des lois*. Il était visiblement convaincu qu'en infligeant une peine on pouvait accomplir à la fois des buts utilitaristes et des buts orientés vers la justice². A cela s'ajoute l'orientation fortement libérale de sa présentation. Il soutient que, pour être justifiable, tout système de punition doit permettre la plus grande extension possible de liberté : en ne criminalisant que les actions qui portent atteinte à la paix et à l'ordre public, en protégeant les droits des accusés, en modérant les peines, de façon à ce qu'elles s'accordent au degré correspondant de gravité du crime. Montesquieu fut donc à la fois utilitariste, rétributiviste et libéral dans son approche de la question des peines. Dans la conception rétributive, il trouvait l'essence du droit de punir, tandis que ses préoccupations utilitaristes et libérales lui permettaient de mettre en forme sa conception de l'échelle des peines, et de justifier le besoin de protéger les droits des accusés³.

1. On trouvera un résumé utile des différentes sortes de rétributivisme chez Mark Tunick, *Punishment. Theory and Practice* (Berkeley, University of California Press, 1992), p. 84-106.

2. Cela n'a rien d'exceptionnel. Les théoriciens associent fréquemment une motivation utilitariste avec une motivation rétributive de la punition. Ainsi Pufendorf avait-il soutenu : « j'entends par le mot de peine, un mal que l'on souffre à cause du mal que l'on a fait volontairement » et « le but des peines [...] est de détourner les hommes du crime par la crainte de ses suites ». Voir Pufendorf, *Les Devoirs de l'homme et du citoyen* (trad. Barbeyrac, 1707), livre II, chapitre XIII, reprint Caen, 1984, 2 vol., II, p. 128-129.

3. Voir par exemple la justification des formalités de la justice dans l'exécution des peines, *EL*, VI, 2.

Théorie du contrat social et droit de punir

A l'époque où Montesquieu s'intéressait à la question, la justification la plus courante du droit de punir avait recours à la théorie du contrat social. Cette théorie mettait l'accent sur la création volontaire d'une autorité souveraine ayant le pouvoir de juger les infractions à la loi, à la suite de l'abandon, volontaire et collectif, d'une partie de la liberté dont les individus avaient joui dans l'état de nature. L'objectif d'un tel abandon était de renforcer la sûreté. L'état de nature n'ayant été gouverné que par la loi naturelle, sans autorité établie pour maintenir la paix, le premier état prépolitique qu'avait connu l'humanité s'était révélé être, au mieux, incertain et précaire, et au pire, c'était l'état de guerre de tous contre tous qu'avait décrit Hobbes.

A la différence de théoriciens comme Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau et Beccaria, Montesquieu n'eut pas recours à la théorie du contrat social dans *L'Esprit des lois*, que ce soit pour justifier les peines ou pour expliquer les origines du gouvernement (démarche que les historiens de l'école écossaise ont tout particulièrement relevée⁴). Bien qu'il ait, à l'occasion, parlé de la condition des individus dans l'état de nature, tout particulièrement, mais non exclusivement dans le livre I de *L'Esprit des lois*, il l'a fait principalement pour réfuter ce qui lui semblait être la thèse de Hobbes : que la justice doit son origine à la loi positive, non à la loi naturelle⁵. Montesquieu croyait fermement que l'on trouvait dans la loi naturelle les paramètres de ce qui pouvait être permis dans la conduite humaine, et que la loi positive ne devait pas contrevenir aux critères de la loi naturelle. Il s'abstint, cependant, de retracer l'origine des sociétés politiques jusqu'à un moment contractuel. Nous devons donc chercher ailleurs les indices de sa philosophie pénale. Un excellent point de départ est son examen de «l'échelle des peines», débat théorique qui agita l'Europe dans les décennies qui suivirent la publication de son livre, et qui fut conçue pour établir le rapport convenable entre le crime et la peine⁶.

4. Voir la pensée 1944 dans *Œuvres complètes*, éd. Roger Caillois, 2 vol. (Paris, Gallimard; Bibliothèque de la Pléiade, 1949, 1951), I, p. 1471; Masson n° 469. Sur son influence sur les Écossais, voir David Carrithers, «The Enlightenment Science of Society», dans *Inventing Human Science. Eighteenth-Century Domains*, ed. Christopher Fox, Roy Porter, Robert Wolker (Berkeley, University of California Press, 1995), p. 247-249; 255-259. Pour la relation entre Montesquieu et Beccaria, voir Catherine Larrère, «Beccaria et Montesquieu, droit de punir et qualification des crimes», dans *Cesare Beccaria et la culture juridique de son temps*, études réunies par Michel Porret, Genève, Droz, 1997, p. 89-108 et Jean Pandolfi, «Montesquieu et Beccaria» dans *Europe*, LV, 574 (1977), p. 41-51.

5. Voir la façon dont Montesquieu lui-même explique son objectif dans sa *Défense de L'Esprit des lois* (1750), dans *Œuvres complètes*, ouvr. cité, II, p. 1122.

6. Sur la large influence de Montesquieu, voir Michel Foucault, *Surveiller et punir* (Paris, Gallimard, 1975), p. 106-134.

L'échelle des peines

Montesquieu a discuté de l'échelle des peines dans deux parties bien séparées de *L'Esprit des lois*. D'abord au livre VI, dont la tournure est utilitariste : « Il est essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles », affirme-t-il, « parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre, ce qui attaque plus la société, que ce qui la choque moins » (VI, 16). Seule une proportion convenable entre les crimes et les peines peut signaler au malfaiteur éventuel qu'il s'expose à subir une peine correspondant à la gravité du crime qu'il commettrait contre les personnes ou les biens. Ne serait donc pas du tout une politique pénale saine, celle qui appliquerait le même niveau de punition à une large variété d'infractions, allant des crimes mineurs jusqu'aux plus graves des forfaits, comme cela avait été le cas, aussi bien en France qu'en Angleterre. Réserver la plus dure des peines, la peine de mort, aux crimes les plus graves, aurait l'effet désiré, concluait Montesquieu, de détourner les individus de commettre les pires des crimes, ceux qui menacent la vie des personnes et les biens. Avec une échelle graduée – et en prêtant, comme il le fait, un modèle de comportement rationnel au criminel – les individus pouvaient décider de commettre des crimes moins graves, mais ils y regarderaient à deux fois avant de commettre des crimes capitaux, touchant les personnes et les biens.

« C'est un grand mal parmi nous », se lamentait ainsi Montesquieu, « de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine ». Bien meilleure, affirmait-il, était la pratique observée en Chine, où « les voleurs cruels sont coupés en morceaux, les autres non : cette différence fait que l'on y vole, mais que l'on n'y assassine pas » (VI, 16)⁷. Tout aussi mal orientés étaient, selon Montesquieu, les systèmes juridiques qui appliquaient la peine de mort non seulement aux crimes contre la sûreté de l'État mais aussi aux simples calomnies contre des dirigeants (VI, 16), ou qui, comme à Venise, faisaient relever de la peine capitale aussi bien le simple fait de porter une arme à feu que son usage effectif pour commettre un crime (XXVI, 24).

7. Il est techniquement vrai que, selon l'Ordonnance criminelle de 1670, la peine de mort pouvait être appliquée aussi bien au vol de grand chemin, qu'au vol de grand chemin aggravé de meurtre, mais dans le premier cas, le recours à la peine de mort resta rare. De tels cas de vols de grands chemins sont jugés en cours prévôtales sans possibilité d'appel. Pour une étude de ces cours dans une région de France, voir Iain A. Cameron, *Crime and Repression in the Auvergne and the Guyenne, 1720-1790* (Cambridge, Cambridge University Press, 1981).

Comme Beccaria après lui, Montesquieu a fait preuve de la plus grande confiance dans la capacité dissuasive de peines bien proportionnées et suffisamment portées à la connaissance du public. Que les peines soient une façon de contrôler la criminalité, voilà qui oriente de façon décisive sa conception des lois criminelles. C'est également vrai des autres fondateurs de ce que l'on appelle l'école classique de jurisprudence⁸. Montesquieu pensait que les actes criminels relevaient d'un choix conscient. Dans les *Lettres persanes*, il avançait l'idée que «les hommes peuvent faire des injustices, parce qu'ils ont intérêt de les commettre, et qu'ils préfèrent leur propre satisfaction à celle des autres [...]. Nul n'est mauvais gratuitement ; il faut qu'il y ait une raison qui détermine, et cette raison est toujours une raison d'intérêt»⁹. En conséquence, Montesquieu était convaincu qu'un ensemble convenable de punitions pouvait littéralement prévenir les crimes en s'imposant à l'intérêt particulier. «Il y a des moyens pour empêcher les crimes : ce sont les peines», écrivait-il (XIX, 14).

Manifestement, le modèle que Montesquieu s'était forgé du criminel n'était pas celui du déviant, du sociopathe, de l'homme en colère contre la société, ni de l'individu en proie à des impulsions violentes auxquelles il ne peut résister. Il regardait plutôt le criminel comme un être rationnel, qui connaît les risques de la peine, et qui fait des choix conscients quant à la possibilité de commettre tel ou tel crime. Ignorant l'accent que mettait le droit criminel français sur la nécessité de faire reposer le caractère criminel sur le *dol*, la *mens rea*, ou l'esprit coupable, Montesquieu traitait toujours la conduite criminelle comme une affaire de libre choix. Il ne suggérait pas de prendre en compte un large éventail de circonstances dans la détermination de la sentence applicable à chaque cas individuel¹⁰, et il croyait manifestement qu'un ensemble convenablement gradué de peines

8. Pour une introduction à cette école classique, voir Bob Roshier, *Controlling Crime. The Classical Perspective in Criminology* (Chicago, Lyceum Books, 1989).

9. *Lettres persanes*, LXXXIII ; *Œuvres complètes*, ouvr. cité, I, p. 256.

10. Contrairement à l'approche de Montesquieu, la pratique dominante en France, pour établir la sentence, consistait, pour les juges, à établir d'abord l'intention malveillante puis, pour décider de la sentence, à regarder au-delà du tort commis, afin de prendre en considération l'âge, le sexe, la condition, les relations entre l'accusé et la victime, les capacités de discernement de l'accusé, et les circonstances générales entourant le crime. Pour beaucoup d'observateurs cet «arbitraire» des juges n'avait pas de connotations péjoratives car il autorisait les juges à moduler les peines selon la singularité des cas. Il autorisait également les juges à se montrer plus indulgents à l'égard des femmes criminelles. Voir Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit pénal* (Paris, Presses Universitaires de France, 1990), p. 172-177 ; Richard M. Andrews, *Law, Magistracy, and Crime in Old Régime Paris, 1735-1789* (Cambridge, Cambridge University Press, 1994), p. 285-289 ; Julius R. Ruff, *Crime, Justice and Public Order in Old Régime France. The Sénéchaussée of Libourne and Bazas, 1696-1789* (London, Croom Helm, 1984), p. 70 ; et Michel Porret, *Le Crime et les circonstances – De l'esprit de l'arbitraire au siècle des lumières* (Genève, Droz, 1995).

pouvait dissuader des individus rationnels et calculateurs de commettre les crimes auxquels les peines les plus sévères étaient attachées. Quelque doute que l'on puisse avoir sur la pertinence de semblables hypothèses psychologiques pour expliquer les conduites criminelles, elles nous aident à comprendre pourquoi Montesquieu – suivi plus tard par Beccaria – attachait tant d'importance à ce que l'on fasse connaître un ensemble bien écrit et bien ordonné de peines bien échelonnées.

Que Montesquieu se soit fait l'avocat d'une échelle graduée de peines proportionnées à la gravité des crimes commis, ne signifie nullement que son point de vue soit exclusivement utilitariste ou conséquentialiste. Il croyait que la dissuasion n'était qu'un des divers objectifs que l'on peut atteindre en adaptant l'échelle des peines à la spécificité des crimes. Comme l'utilitariste, le rétributiviste croit à la nécessité d'accorder la nature de la peine à la gravité des crimes. Que la punition appliquée en retour au crime soit de nature semblable et de grandeur égale, voilà qui va créer un système pénal juste, liant sévérité des peines et gravité des crimes, et, pour Montesquieu, réaliser la justice était un objectif encore plus important que parvenir à dissuader. Dans une large mesure, une échelle graduée des peines permet de réaliser les buts des rétributivistes tout autant que ceux des utilitaristes, car la même échelle qui sert à détourner du plus odieux des crimes est aussi celle qui respecte la justice en échelonnant la sévérité des peines. La peine dépend de l'établissement d'un rapport : elle est rétribution justement accordée au degré de mal que les malfaiteurs ont causé¹¹.

Quelque désireux qu'ait été Beccaria de faire de Montesquieu son pré-décesseur utilitariste, ce serait mal comprendre celui-ci que de ne pas reconnaître le rôle clé que les thèmes rétributivistes ont joué dans sa discussion de l'échelle des peines. En fin de compte, il était tout aussi préoccupé par l'accomplissement de la justice que par la dissuasion. La nécessité que justice fût rendue justifiait pour lui le droit de punir (VI, 2 ; XII, 4). En outre, à la différence de Beccaria, il n'a pas donné une définition utilitariste de la justice, en qualifiant de « justes » les peines qui offrent la dissuasion minimale nécessaire pour préserver le lien social¹². Montesquieu

11. Il y a manifestement, cependant, une différence importante entre utilitaristes et rétributivistes dans leur approche de l'échelle des peines. Un rétributiviste comme Montesquieu, mettant l'accent sur ce que l'on mérite, suggérera la nécessité d'une proportion à peu près exacte entre le crime et la peine, alors qu'un utilitariste, préoccupé de dissuasion, exigera que le désavantage auquel expose la peine soit légèrement supérieur au profit escompté du crime.

12. « Et, par justice, je n'entends rien d'autre que le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers », Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), traduit de l'italien par Maurice Chevallier, intr. par F. Venturi (Genève, Droz, 1965), §II, p. 10.

croyait fermement que les principes de justice étaient antérieurs aux lois positives (I, 1) et sa position rétributiviste à l'égard des peines, laquelle est orientée vers la justice, est particulièrement nette lorsqu'il examine la quatrième classe de crimes, laquelle inclut les crimes qui méritent la peine capitale et qui consistent en actions nocives pour la sûreté des personnes et des biens. Selon la classification de Montesquieu, les crimes de cette quatrième et dernière catégorie sont ceux qui, «troublant la tranquillité, attaquent en même temps la sûreté» (XII, 4). En examinant des crimes aussi graves que ceux-ci, Montesquieu a utilisé le vocabulaire rétributiviste qui est celui de la punition conçue comme une *lex talionis*. De lourdes peines pour des crimes contre les personnes et les biens, sont, concluait-il, «une espèce de talion, qui fait que la société refuse la sûreté à un citoyen qui en a privé, ou qui a voulu en priver un autre». Une telle peine «est tirée de la nature de la chose, puisée dans la raison et dans les sources du bien et du mal» (XII, 4).

La justification libérale de l'échelle des peines

Mais il y a un élément plus important encore que les points de vue utilitaristes et rétributivistes de Montesquieu, dans son approche de ces problèmes : c'est l'orientation résolument libérale qui lui fit affirmer qu'aucun gouvernement ne devrait infliger des peines disproportionnées à la gravité du crime commis, car agir de la sorte serait détruire la liberté. Ayant défini la liberté comme «la sûreté» ou «l'opinion que l'on a de sa sûreté», Montesquieu affirmait que «cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées». Donc, concluait-il, c'est «de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen» (XII, 2). Rien n'est plus important pour le genre humain que les «règles» que l'on peut tenir dans les «jugements criminels». Le but de ces règles doit être de rendre aussi durables que possible la liberté et la sûreté (XXIX, 1).

Si l'échelle graduée des peines devait permettre d'atteindre les buts utilitaristes et rétributivistes, Montesquieu croyait en outre qu'elle devait empêcher un usage tyrannique du pouvoir de punir. Quand la peine se tire de la nature même du crime, alléguait-il, cela ne laisse plus place à l'exercice d'un pouvoir arbitraire : «c'est le triomphe de la liberté» (XII, 4). C'est là une affirmation souvent répétée dans la littérature française sur le droit criminel dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Là où n'existe pas une échelle des peines équitable, les pénalités risquent d'être

l'expression de la colère de l'autorité souveraine et seront excessives. L'approche libérale qu'avait Montesquieu de la question des peines impliquait que l'on décriminalise les offenses à l'intérieur d'une sphère protégée de choix et de préférences personnels. La loi ne doit pas être autorisée à sortir de ses limites légitimes. La liberté ne peut être réalisée, insistait Montesquieu, que là où les individus jouissent de leur pleine capacité d'action dans tous les secteurs de la conduite humaine qui ne sont pas soumis aux devoirs et aux obligations imposées par la loi. «La liberté consiste principalement, affirmait Montesquieu, à ne pouvoir être forcé à faire une chose que la loi n'ordonne pas»¹³ (XXVI, 20). Il ne faut pas étendre indéfiniment le domaine de ce qui est du ressort de la loi. Dans un passage bien connu que Beccaria allait citer dans son chapitre sur le droit de punir, Montesquieu déclarait : «Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n'est pas un pur acte de puissance» (XIX, 14)¹⁴.

Ce fut tout d'abord dans le livre XII de *L'Esprit des lois*, qui a pour titre «Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen», que Montesquieu se montra particulièrement soucieux d'une liberté définie par l'absence de contraintes, injustes ou arbitraires, à la capacité d'agir. C'est alors qu'il distingua la liberté comme un des principaux buts du gouvernement et suggéra qu'il n'y a pas d'objet qui mérite plus de considération que de mettre les individus innocents à l'abri d'accusations erronées. En conséquence, ceux qui interviennent comme témoins dans un procès, comme ceux qui prononcent la sentence, ne doivent pas avoir de préjugés contre les accusés. En outre, les accusés doivent avoir le droit d'être entendus pour leur défense¹⁵, et il faut décourager les faux témoignages, car si «l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus»¹⁶ (XII, 2). Dans les gouvernements modérés

13. Aussi en arrive-t-il à une formulation classique du concept négatif de liberté tel que Isaiah Berlin l'a défini dans son *Éloge de la liberté* (trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 1988), p. 171 : «la liberté politique n'est que l'espace à l'intérieur duquel un homme peut agir sans que les autres l'en empêchent». Cela ne rendait certainement pas compte cependant de l'intégralité de sa conception de la liberté, qui en incluait tout aussi bien le concept positif, mettant l'accent sur la relation de la liberté au gouvernement de la loi. Une formulation très proche de celle de Montesquieu se trouve dans l'article 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 : «la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société».

14. Pour une formulation très proche, voir l'article 8 de la *Déclaration* française : «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires».

15. En France, l'accusé était entendu, mais l'instruction était une procédure secrète. En outre, les accusés n'avaient pas droit à une assistance judiciaire, sauf en appel. Voir Adhémar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours* (Paris, L. Larose et Forsel, 1882), p. 228-246. On trouve, plus tard, un condensé de la préoccupation pour le droit des accusés dans *Le Sang innocent vengé* (1781) de Jacques-Pierre Brissot.

16. Ce qui implique la possibilité de réviser un témoignage. Or la procédure alors existante en France (l'Ordonnance de 1670) dissuadait les témoins de revenir sur leurs témoignages. Ceux en effet qui, après un certain moment de la procédure, se rétractaient, étaient «poursuivis et punis comme faux-témoins». Voir Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 236.

(républiques ou monarchies), les formalités de la justice devaient être nombreuses, et les procès tout sauf rapides. En France, par exemple, l'Ordonnance criminelle de 1670 imposait un si grand nombre de formules procédurales dans les procédures judiciaires, pendant l'instruction comme au cours des procès, que Montesquieu prétendit qu'il avait eu du mal à les maîtriser lorsqu'il était Président à mortier au Parlement de Bordeaux. Les règles qui gouvernent la propriété et les différentes sortes de biens doivent être particulièrement complexes, et l'observation des formalités et des règles doit avoir pour objectif de sauvegarder une liberté qui n'existe pas dans les États despotiques où la loi civile est soit tronquée, soit même inexistante (VI, 2).

Comme Montesquieu le fit ressortir au livre XI, puis, à nouveau, au livre XXIX de *L'Esprit des lois*, la liberté ne peut exister et se maintenir que si l'on peut aisément connaître le contenu des lois criminelles, ce que permet l'existence d'un code de lois clairement rédigé et accompagné des règles appropriées de procédure, ayant pour objectif de protéger des accusés qui peuvent être innocents. En outre, les lois doivent être suffisamment claires pour permettre aux individus de savoir à l'avance si leurs actions sont criminelles ou non : cette proposition est fondamentale pour comprendre plus profondément comment on doit procéder en matière de droit. Ainsi toutes les lois qui définissent le crime de lèse-majesté comme un manque de respect à l'égard du souverain sont inmanquablement despotiques, puisqu'elles sont à la fois vagues et trop étendues (XII, 7-13). Autre exemple de loi que son caractère trop vague devrait faire considérer comme nulle, celle que promulga l'empereur Honorius et qui «punissait de mort celui qui achetait comme serf un affranchi, ou qui aurait voulu l'inquiéter». Ce qui pourrait causer de l'inquiétude à un homme, remarquait Montesquieu, devait dépendre «entièrement du degré de sa sensibilité» (XXIX, 16).

En se livrant à cette approche libérale de la question des crimes et de leurs peines, Montesquieu ne se proposait pas de montrer que, pour que justice soit faite, le criminel devait recevoir une certaine punition en retour du crime qu'il avait perpétré, et il ne se donnait pas la dissuasion comme unique objectif; mais il considérait manifestement que ces objectifs, rétributivistes aussi bien qu'utilitaristes, d'une justice pénale étaient importants. Plus exactement son idéal libéral était un système judiciaire où le nombre des actions considérées comme criminelles serait réduit au minimum, mais où il y aurait en place des procédures judiciaires équitables et aptes à maximiser la liberté. Aussi suggérait-il que ce n'était que dans les gouvernements despotiques, dépourvus de toute modération, que

la sévérité des peines devait prendre le pas sur la prévention des crimes ; il mit l'accent sur la nécessité de procédures criminelles, lentes, longues et complexes, protégeant les droits des accusés ; il établit un lien direct entre la modération des peines et le respect de la liberté ; il nia que des supplices aussi sauvages que celui de la roue puissent avoir des effets dissuasifs ; il défendit l'idée que l'on ne devait infliger des peines de talion qu'en dernier recours, lorsque la légalité ne pouvait être autrement respectée ; il fit part de son admiration pour la façon dont les peuples germaniques primitifs évitaient les peines corporelles ; il s'éleva contre l'usage de la torture pour obtenir des aveux ; et il soutint que les poursuites pour sorcellerie, magie ou hérésie ouvraient la porte à tous les abus, parce qu'elles ne portaient pas sur les actes, mais sur la personnalité, ou l'idée qu'on s'en était faite, de celui que l'on accusait ainsi. Il ajouta à cela l'idée que, pour éviter tout abus despotique du pouvoir, le crime de lèse-majesté devait être très strictement défini et devait être jugé par des cours régulières plutôt que par des commissaires spécialement nommés¹⁷ ; il soutint que seules les « paroles jointes à une action » devaient être punies ; il se fit l'avocat de la décriminalisation de la calomnie lorsqu'elle était dirigée contre des personnes au pouvoir ; il critiqua les lois qui obligeaient les débiteurs à répondre de leurs dettes par des châtimens corporels ou par la servitude ; et il a condamné les lois qui menaçaient de la peine capitale ceux qui ne dénonçaient pas les conspirations, même s'ils n'y avaient pas participé (VI, 1-2, 9, 12, 18, 19 ; XII, 5, 7, 11, 13, 17, 21, 22).

Manifestement, nous avons dans le livre XII de *L'Esprit des lois* un aperçu d'un Montesquieu réformateur des lois criminelles, voué à la cause de la liberté, ce qui vient compléter nos aperçus précédents du Montesquieu rétributiviste, et théoricien de la dissuasion. Ayant été auparavant lui-même juge dans le système inquisitoire français qui chargeait les juges à la fois de mener l'enquête et d'établir les faits, et n'accordait la conviction que si elle reposait sur le témoignage de deux témoins¹⁸ ou sur les propres aveux de l'accusé, il distingua, pour le louer, le système judiciaire anglais où l'accusé était jugé par un jury composé de ses pairs¹⁹

17. Malgré l'opposition des Parlements, les monarques français pouvaient désigner des juges spécialement commis pour juger un procès, et on ne pouvait pas faire appel de leurs décisions. Voir Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 258.

18. La seule présence du témoignage de deux témoins visuels ne suffisait pas, cependant, à assurer la conviction. Une enquête attentive sur le crime précédait les témoignages des témoins, et, en l'absence d'aveux de l'accusé, il devait y avoir, en sus des témoignages visuels, des preuves, matérielles ou circonstanciées, convaincantes, ou une preuve écrite de la culpabilité. Voir Andrews, *Law, Magistracy, and Crime*, p. 439, 442-443.

19. Plus tard les jurys furent défendus par le chevalier de Jaucourt dans l'article « Pairs » de l'*Encyclopédie*, ainsi que par Voltaire, Condorcet, Linguet, Dupaty, Bergasse et Marat, entre autres.

(XI, 6). Il s'abstint, cependant, de dénoncer un certain nombre de règles de procédure françaises. Il ne critiqua ni celle qui empêchait les accusés d'entendre les charges retenues à leur encontre à l'ouverture de leur procès, ni celle qui obligeait l'accusé à témoigner²⁰, ni l'interdiction faite par l'Ordonnance de 1670 à l'accusé, avant appel, de consulter un avocat, ni au droit du procureur du roi de faire appel, devant le Parlement de sa juridiction, des verdicts qu'il jugeait trop indulgents. Pas plus qu'il n'attaqua explicitement les verdicts de «mise hors cour» qui n'acquittait pas pleinement des accusés dont la culpabilité n'avait pas pu être prouvée, ni les verdicts de «plus amplement informé» qui relaxaient les accusés mais les soumettaient à de nouvelles poursuites au cas où des preuves supplémentaires seraient découvertes, tout en les soumettant, en même temps, à la «mort civile» qui leur interdisait d'exercer des fonctions publiques, de témoigner en cour, ou de faire un testament²¹. On peut cependant inférer son opposition à tous ces points du fait qu'il ne cite pas semblables sentences parmi les peines qu'il recommande pour les quatre catégories de crimes qu'il examine.

La classification des crimes

Nulle part le libéralisme de la philosophie pénale de Montesquieu n'est si manifeste que dans son désir de décriminaliser certaines offenses considérées comme des crimes par le droit français d'alors. Il croyait qu'il n'y a pas d'offense criminelle là où des actes, qui ne causent par ailleurs aucun dommage, semblent simplement détestables à certains, ou sont désapprouvés par le pouvoir en place. Les manières et les mœurs, affirmait-il dans des passages auxquels Beccaria et les autres réformateurs allaient prêter la plus grande attention, devraient être considérées comme entièrement extérieures au domaine de la législation. Les mœurs et les manières que le gouvernement juge être insatisfaisantes ou déplaisantes doivent être changées seulement par une politique qui inspirerait «d'autres mœurs et d'autres manières», plutôt que par l'imposition de sanctions criminelles à ceux qui s'y tiennent (XIX, 14).

20. En plus d'être obligés à témoigner, les accusés devaient prêter serment, ce qui conduisit Lamoignon, premier Président du Parlement de Paris, à se plaindre, au moment de l'élaboration de l'Ordonnance criminelle de 1670, que les accusés étaient contraints de choisir entre le parjure et l'auto-accusation. Voir Carbasse, *Droit pénal*, p. 177.

21. Ruff, *Crime, Justice, and Public Order*, p. 58.

En divisant les crimes en quatre catégories distinctes, qui allaient du moins grave, la mauvaise conduite religieuse, aux crimes les plus graves menaçant la propriété et les biens, Montesquieu se plaçait bien en avant de la criminologie française en vigueur. Il n'existait aucune échelle des peines de cette sorte dans la France du XVIII^e siècle. L'article 13 de l'Ordonnance criminelle de 1670 classait les peines selon un ordre de sévérité, mais elle ne reliait pas ces peines à des crimes déterminés. Les édits royaux sur la question des peines, avant comme après 1670, mentionnaient souvent des peines déterminées pour des crimes déterminés, parfois même précisaient les peines impératives, mais ces édits ne constituaient certainement pas, même réunis, ni une liste exhaustive de tous les crimes possibles, ni une véritable échelle des peines. Aussi laissait-on aux juges français une très grande latitude dans leur capacité de choisir la peine disponible²².

Le plus bas niveau des crimes, dans l'échelle des peines de Montesquieu, comprenait ceux qui touchaient la religion. Vigoureusement opposé à ce que l'on confonde la notion religieuse de péché et la notion séculière de crime, Montesquieu développa une argumentation en faveur de la décriminalisation des offenses religieuses, bien avant que Beccaria en Italie, Voltaire en France, ou Jefferson en Amérique, se lancent dans la même croisade. Il considérait les péchés comme des choses qui blessaient la divinité et la communauté religieuse. Les crimes, en revanche, représentaient une menace réelle et tangible contre la sécurité des individus ou du gouvernement. Étant donné que les crimes contre la religion se passent entre les hommes et Dieu, «il n'y a point de matière de crime : tout s'y passe entre l'homme et Dieu, qui sait la mesure et le temps de ses vengeances». Les gouvernements doivent s'abstenir d'essayer de venger la divinité car autoriser les hommes à mener les batailles de Dieu risque de déchaîner des sentiments à peu près impossibles à contrôler (XII, 4).

Montesquieu ne considérait pas le sacrilège ou le blasphème – ni même l'hérésie, bien que le cas soit un peu plus complexe – comme étant en eux-mêmes des crimes. Pour le fidèle, de telles offenses religieuses attaquaient au sacré, mais cela ne les élevait pas au niveau des crimes. En conséquence, il considérait que, là où la religion était atteinte, il n'y avait d'autres peines justes que l'excommunication prononcée par une cour ecclésiastique, le

22. Voir Carbasse, *Droit pénal*, p. 217-218 et Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 243-244. Même quand des textes législatifs existent, ils «ne sont jamais complètement appliqués par les parlements» (Carbasse, p. 251).

mépris pour le fautif, et le refus de s'associer avec lui. Toujours prudent et modéré, il inclut une mise en garde en ce qui concerne l'hérésie, remarquant, «Je n'ai point dit ici qu'il ne fallait point punir l'hérésie ; je dis qu'il faut être très circonspect à la punir» (XII, 5). Dans un chapitre mordant et justement célèbre où il dénonce l'Inquisition espagnole, il fait appel à l'ironie la plus raffinée pour tourner en dérision la bonne conscience de la chrétienté dans sa façon de purger la surface de la terre des Juifs infidèles. Cela ne pouvait avoir d'autre effet, était-il convaincu, que de déplaire au Dieu même que les Juifs comme les chrétiens déclarent adorer (XXV, 13). En outre, Montesquieu pensait que les poursuites contre l'hérésie étaient toujours problématiques, car la défense des positions théologiques s'accompagne trop souvent «d'une infinité de distinctions, interprétations, limitations»²³. Si bien que, plus un peuple est ignorant, plus il est susceptible de porter de fausses accusations d'hérésie (XII, 5).

Anticipant une argumentation dont aussi bien le *Bill for Establishing Religious Freedom* (1777) de Jefferson que le *On Liberty* (1859) de John Stuart Mill consacreront l'importance, Montesquieu suggérait que, à supposer qu'il existe des vérités religieuses et que Dieu nous les ait fait connaître, de telles vérités devaient triompher, non par la force coercitive de l'État, mais par la seule force de la conviction, en gagnant les cœurs et les esprits des hommes. Employer des moyens aussi draconiens, pour imposer l'orthodoxie, que de brûler les présumés infidèles sur le bûcher ne pouvait conduire qu'à une seule conclusion : sans l'aide des supplices du pouvoir, la vérité est impuissante²⁴ (XXV, 13).

Dans sa conclusion sur les crimes contre la religion, Montesquieu restait ferme sur ses positions, qui étaient hardies, et en opposition avec le droit français existant : «Il faut éviter les lois pénales en fait de religion

23. Pour des analyses pénétrantes des positions de Montesquieu sur l'hérésie, voir Jean Ehrard, «Montesquieu et l'Inquisition», *Dix-huitième siècle*, XXIV (1992), p. 333-344 et Mark Waddicor, *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1970), p. 146-148.

24. Les recommandations de Montesquieu étaient à cent coudées de la politique en vigueur. Un édit royal de 1682 avait imposé la peine de mort pour les sacrilèges, bien qu'il ait été modéré par un édit ultérieur de 1724 y substituant la condamnation aux galères pour les hommes, et l'enfermement à l'hôpital pour les femmes. Le crime de blasphème avait été réglé par des ordonnances de 1510, 1651 et 1666, et suivant les circonstances, cela pouvait entraîner la punition du carcan, ou le bannissement, ou des amendes, ou quelque combinaison des trois (Rebecca Kingston, *Montesquieu and the Parlement of Bordeaux* (Genève, Droz, 1996), p. 122-125 – ou même la mort, d'après l'édit royal de 1666 sur les «blasphèmes énormes», comme dans la très célèbre affaire du chevalier de la Barre. (Carbasse, *Droit pénal*, p. 257). Dans la réalité des faits, cependant, la plupart des cas de blasphème étaient délibérément ignorés par les Cours françaises au XVIII^e siècle et considérés comme «une simple manie de langage d'où la volonté d'offense religieuse était absente» (Carbasse, p. 259). Le point de vue de Montesquieu sur la décriminalisation des offenses religieuses a été largement répercuté dans les *Cahiers* rédigés pour préparer les États-généraux de 1789. Le code pénal de septembre 1791 a décriminalisé l'hérésie et la sorcellerie, en même temps que tous les autres crimes religieux.

[...] [L]’histoire nous apprend assez que les lois pénales n’ont jamais eu d’effet que comme destruction »²⁵ (XXV, 1, 2). Ces lois pénales inspirent la crainte qui influence souvent les conduites humaines, mais la peur des peines séculières risque d’être effacée par la peur encore plus grande de la damnation éternelle qui attend ceux qui ne se conforment pas à la loi de Dieu telle qu’ils la perçoivent. Par suite, les peines les plus dures en matière de religion ne seront pas prises en considération et leur seul effet sera que «les âmes deviennent atroces» (XXV, 12).

Selon Montesquieu, la loi religieuse et la loi civile devraient tirer leur origine de deux domaines complètement séparés²⁶ : «Il y a donc différents ordres de lois ; et la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer [...] On ne doit point statuer par les lois divines ce qui doit l’être par les lois humaines ; ni régler par les lois humaines ce qui doit l’être par les lois divines» (XXVI, 1-2). Les Romains avaient donc raison de punir ceux qui commettaient des vols dans des enceintes sacrées de la même façon qu’ils punissaient les autres voleurs, laissant au droit religieux le soin de déterminer la peine encourue pour le sacrilège perpétré (XXVI, 8). Exactement comme Jefferson et d’autres en viendront plus tard à conclure, Montesquieu avait compris que, dans une telle séparation, la religion se trouvait protégée. Ce n’est que lorsque les lois religieuses entrent effectivement en conflit avec les lois civiles, que celles-ci peuvent y trouver motif à empiéter sur le domaine religieux (XXVI, 10).

La seconde grande catégorie de crimes, dans la classification de Montesquieu, concernait les atteintes au code moral d’une société, lorsqu’elles engagent des conduites impliquant des adultes consentants, sans que la tranquillité ou la sûreté des individus soit mise en cause

25. Ayant été assigné à la chambre criminelle du Parlement de Bordeaux (la Tournelle) pendant dix ans et demi, Montesquieu savait de source directe les effets destructeurs des lois pénales en matière de religion. En 1716, par exemple, le Parlement de Bordeaux avait condamné aux galères à vie un certain Jean Martin, brasseur, et un certain Jean Miller, marchand, qui avaient organisé une assemblée de protestants (Kingston, *Montesquieu*, p. 111). Pendant l’intolérante décennie, qui culmina, dans les années quatre-vingt, avec la révocation de l’édit de Nantes, le Parlement de Bordeaux avait fermé aux protestants l’accès aux emplois publics et à certaines professions, avait ordonné la destruction des temples protestants, et avait envoyé des troupes prendre leurs quartiers dans les maisons des protestants (Ruff, *Crime, Justice, and Public Order*, p. 161-162). La loi française existante, qu’attaquait Montesquieu, telle que François Serpillon la résumait dans son *Code criminel ou commentaire de l’Ordonnance de 1670*, 4 vol. (Lyon, 1767), I, p. 194, reposait sur la proposition suivante : «L’Église et la religion sont sous la protection des rois et par conséquent de la justice royale ; rien n’est plus important pour la tranquillité de l’État que le maintien de la religion».

26. Pour un commentaire sur cette distinction, voir Jean Ehrard, «Présence-absence de l’individu dans la pensée de Montesquieu», dans Gian Mario Cazzania et Yves-Charles Zarka, *L’Individu dans la pensée moderne, XVI^e-XVIII^e siècles*, Pise, Edizioni ETS, 1995, p. 643-658.

(XII, 4). Pour de semblables crimes, comme par exemple l'adultère, la polygamie, ou l'inceste, il n'existait pas alors en France, le plus souvent, de règlements arrêtés. En conséquence, les juges disposaient d'une grande latitude dans la détermination de la sentence à appliquer à ceux qui étaient coupables de ces crimes. Dans ce domaine juridique, Montesquieu ne va pas jusqu'à demander une complète décriminalisation. Il était très manifestement choqué, cependant, par les peines excessives, déplorant, par exemple, que l'homosexualité puisse être punie «de la peine du feu»²⁷ (XII, 6-7). Comme Beccaria l'affirmerait plus tard, Montesquieu notait que les fausses accusations d'homosexualité étaient difficiles à réfuter²⁸. En matière de crimes contre les mœurs, Montesquieu affirmait que les peines devaient être, comme c'était le cas pour toutes les sortes de crimes, «tirées de la nature de la chose». Ce qu'il fallait dans ce cas, c'était des peines modérées, «pour réprimer la témérité des deux sexes». Les peines appropriées aux atteintes aux mœurs, devaient être «la privation des avantages que la société a attachés à la pureté des mœurs, les amendes, la honte, la contrainte de se cacher²⁹, l'infamie publique, l'expulsion hors de la ville et de la société»³⁰ (XII, 4). La combinaison précise des peines à appliquer devrait être laissée à l'appréciation des magistrats, comme cela se passait, de fait, dans les procédures françaises d'alors.

Montesquieu n'a certainement pas conclu qu'il ne devait pas y avoir de sanctions pénales là où les mœurs étaient en cause. Il n'a pas tracé une ligne de démarcation précise entre les actes privés impliquant la moralité

27. J. de Damhoudère, dans sa *Pratique judiciaire ès causes criminelles* (Louvain, 1555), et C. Le Brun de La Rochette dans son *Procès civil et criminel* (Rouen, 1619), avaient expliqué que brûler sur le bûcher était infligé dans l'intention de purger l'individu et la société, et était une anticipation des flammes de l'enfer. Une punition aussi sévère, cependant, de la sodomie ou d'autres «crimes contre nature», devint exceptionnelle après le seizième siècle. Entre 1715 et 1791, par exemple, six sodomites furent condamnés à être brûlés à Paris, et presque tous avaient commis d'autres crimes capitaux, comme le viol, le meurtre, l'enlèvement, la vente ou le meurtre d'enfants. Après 1667 les crimes «contre nature» relevèrent de plus en plus de la juridiction du Lieutenant de Police, plutôt que des cours royales, et furent traités avec prudence et discrétion par ces autorités. En général, seuls les cas les plus flagrants de «crimes contre nature» qui créaient un scandale public notoire étaient punis, bien que les membres de la famille du criminel pussent rechercher une incarcération par lettre de cachet, pour mater un récalcitrant insensible au contrôle familial (Carbasse, *Droit Pénal*, p. 270-271).

28. Pour Beccaria sur ce point, voir *Des Délits et des peines* §XXI, ouvr. cité, p. 58.

29. Les femmes condamnées pour adultère étaient souvent enfermées dans un couvent ou dans quelque autre communauté religieuse. Si, au bout d'une période de deux ans, elles n'avaient pas été pardonnées par leur mari, elles devaient être «tondues et voilées» en préparation d'un enfermement religieux de longue durée (voir Gérard Aubry, *La Jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI* (Paris, R. Pichon, 1971), p. 195).

30. Dans les cas étudiés par Julius Ruff, 57,7% des condamnations infligées par les sénéchaussées de Libourne et de Bazas «comprenaient soit le bannissement soit quelque forme d'enfermement» tels que le dépôt de mendicité pour les vagabonds ou la maison de force pour les criminelles (Ruff, *Crime, Justice, and Public Order*, p. 60).

et les actes publics impliquant les actions des citoyens. Si l'on pouvait fort bien sanctionner pénalement des actes privés immoraux, c'est que de telles conduites pouvaient avoir des répercussions sur l'ordre public, ou même sur la stabilité du gouvernement, tout particulièrement dans les gouvernements républicains où le manque de pureté des mœurs pouvait affecter la volonté des individus de placer les nécessités du bien commun au-dessus de leurs propres désirs égoïstes (V, 7; VII, 10). Les atteintes à la moralité, cependant, du moment que ceux qui s'y livrent y consentent, ne devraient pas être punies aussi sévèrement que les crimes qui nuisent, ou menacent de nuire à la vie ou à la propriété³¹.

Dans la troisième catégorie de son échelle des peines, Montesquieu classe les actes qui «choquent la tranquillité publique» : il entend par là les «choses qui contiennent une simple lésion de police» (XII, 4). En France, sous l'Ancien Régime, les atteintes à l'ordre public étaient jugées par des cours prévôtales sous la juridiction du Lieutenant Général de Police plutôt que par des cours royales, une pratique sur laquelle Montesquieu ne s'est jamais explicitement prononcé, que ce soit pour l'approuver ou pour la critiquer³². Selon Montesquieu, les peines des crimes contre la tranquillité devaient, à nouveau, être «tirées de la nature de la chose» et donc «se rapporter à cette tranquillité, comme la prison³³, l'exil, les corrections et autres peines qui ramènent les esprits inquiets et les font rentrer dans l'ordre établi» (XII, 4). Toutes ces atteintes, qui ne sont que simples «matières de police», ne devraient pas être traitées, remarquait-il, sur le même pied que des crimes beaucoup plus graves qui menacent la sûreté des individus ou de la société (XXVI, 24).

31. Selon l'article 13, titre 25 de l'Ordonnance criminelle de 1670, les atteintes aux mœurs exposaient à des peines «infamantes» plutôt qu'«afflictives» ou «capitales». Semblables peines infamantes pouvaient comprendre des amendes, une réprimande sévère, la présence forcée au supplice (habituellement la peine capitale), ou la honte publique; les autorités étaient libres quant au choix de ces peines et la façon de les combiner. On obligeait souvent les adultères à une chevauchée à la vue de tous, juchés à l'envers sur un âne dont ils regardaient la croupe, les pieds et les chevilles liés par une corde et portant une pancarte annonçant le crime qu'ils avaient commis. A ces pénalités pouvaient s'ajouter le fouet ou le bannissement. En plus de toutes ces peines infamantes, on pouvait y joindre l'infamie légale comme c'était le cas pour les peines capitales ou afflictives. En conséquence, l'individu ainsi frappé d'infamie ne pouvait plus jamais être retenu pour témoigner dans des procès civils ou criminels, n'avait plus accès aux fonctions ou aux commissions publiques, et était immédiatement et pour toujours déchu de l'exercice des fonctions qu'il occupait au moment de sa condamnation (Andrews, *Law, Magistracy, and Crime*, p. 308-311). Parfois, cependant, on n'appliquait pas l'Ordonnance de 1670, et des peines afflictives, voire même la peine capitale, étaient utilisées contre des offenses aux mœurs. En 1716, par exemple, le Parlement de Bordeaux infligea une peine de galères de dix ans à un individu qui avait engrossé sa belle-sœur (Kingston, *Montesquieu*, p. 114). Cependant, parmi les 1141 cas étudiés par Ruff, deux seulement entraînèrent la peine capitale pour crime contre les mœurs (Ruff, *Crime, Justice, and Public Order*, p. 59).

32. Kingston, *Montesquieu*, p. 111.

33. Une très vaste littérature montre que Foucault s'est trompé en affirmant que la prison, comme

La quatrième catégorie concerne les crimes qui exposent à la peine de mort. A la différence de Beccaria, Montesquieu ne s'est pas opposé à la peine de mort. Il a bien recommandé d'en réduire de façon drastique l'application, cependant, par rapport aux pratiques en cours, en la restreignant aux seuls cas de trahison, de meurtre, de tentative de meurtre, et à une certaine catégorie de crimes contre la propriété lorsque le criminel, faute d'être propriétaire de biens, ne pouvait être frappé dans ceux-ci³⁴ (XII, 4). Usant explicitement d'un langage rétributiviste, il affirmait : « Un citoyen mérite la mort lorsqu'il a violé la sûreté au point qu'il a ôté la vie ou qu'il a entrepris de l'ôter ». La peine de mort pour des crimes qui menacent directement la sûreté des individus ou de l'État est « tirée de la nature des choses, puisée dans la raison et dans les sources du bien et du mal » (XII, 4).

Montesquieu ne s'est pas limité à une justification rétributiviste de la peine de mort. Comme beaucoup d'autres à son époque, il croyait manifestement que la peine de mort, placée au sommet d'une échelle des peines correctement graduée, pouvait jouer un rôle dissuasif crucial. « Cette peine de mort, affirme-t-il, est comme le remède de la société malade » (XII, 4). Là où l'homicide prévaut, il faut appliquer le remède ultime. Il conclut, cependant, que la peine capitale est « très favorable à la liberté du citoyen », car la capacité dissuasive de ce châtement ultime est ce qui protège tous les citoyens, le meurtrier compris, de la vengeance d'agresseurs éventuels (XV, 2). Mettant nettement en opposition les lois concernant la peine de mort et celles établissant l'esclavage, il approuvait celles-là et rejetait celles-ci, selon l'argument que la loi qui établit l'esclavage ne peut jamais être utile à ceux qu'elle asservit (XV, 2). Convaincu que la peine de mort se justifie vraiment pour certains crimes odieux, Montesquieu, en parfaite bonne foi, concluait son analyse des quatre catégories de crimes et des peines qui leur étaient liées, incluant la peine de mort, par cette affirmation : « Tout ce que je dis est puisé dans la nature, et est très favorable à la liberté du citoyen » (XII, 4).

mode de punition, a été soudainement inventée à la fin du XVIII^e siècle. Voir par exemple Richard F. Hamilton, *The Social Reconstruction of Reality. Validity and Verification in the Scholarly Community* (New Haven, Yale University Press, 1996), p. 171-196. Pour une analyse développée des origines et du développement du système carcéral français, voir Andrews, *Law, Magistracy, and Crime*, p. 330-374.

34. Beccaria n'a pas complètement exclu la peine de mort. Il en a réservé l'application aux cas où il n'y avait pas d'autres moyens d'éviter une révolution, ou bien lorsque aucun autre motif ne pouvait « dissuader les autres de commettre des crimes » (SXXVIII, ouvr. cité, p.49).

Montesquieu a manifestement donné des justifications à la fois rétributivistes et utilitaristes de la peine de mort³⁵. Il a jugé cependant qu'il n'était pas aussi naturel d'appliquer la peine de mort aux crimes contre les biens que d'exécuter un meurtrier, et il ne justifia son usage pour de tels crimes qu'en affirmant que dans les sociétés où les fortunes n'étaient ni égales ni communes – c'est-à-dire dans toutes les sociétés connues jusque-là, à l'exception de quelques utopies – ceux qui perpétraient des crimes graves contre les biens ne disposaient généralement pas des biens nécessaires pour permettre une restitution. Il suggérait ainsi que la peine capitale pouvait être, dans certaines circonstances, tout ce qui restait pour infliger une peine d'un degré de gravité égal à celui du crime lui-même (XII, 4).

Montesquieu, en cela, était tout aussi peu disposé à rejeter la peine de mort que ne l'étaient Voltaire, Diderot, Rousseau, d'Holbach, ou Condorcet – ou, en la matière, les auteurs du nouveau Code criminel de 1791³⁶. Il s'est cependant montré extrêmement critique quant à l'usage excessif de cette peine. Il a loué les peuples germaniques primitifs, en qui il voyait l'origine de la liberté européenne, d'avoir préféré les peines pécuniaires aux châtiments corporels. «Ces hommes guerriers et libres estimaient que leur sang ne devait être versé que les armes à la main», affirmait-il. Ils ne «connaissaient que deux crimes capitaux : ils pendaient les traîtres et noyaient les poltrons» (XXX, 19). Même dans les cas de meurtre, notait-il, les lois des tribus germaniques avaient souvent établi des compensations monétaires car ils jugeaient les actes de restitution

35. Son analyse ne reflète pas le fait que, dans le lexique français des peines établi par l'Ordonnance de 1670, et les édits royaux qui l'ont suivie, la peine capitale n'était pas nécessairement la mort, mais, plutôt, selon les circonstances, les galères à perpétuité, la question, ou le bannissement à vie du royaume (voir Andrews, *Law, Magistracy, and Crime*, p. 310). Le registre des appels du Parlement de Bordeaux, dans les années mêmes où Montesquieu siégeait dans cette division de la cour, la Tournelle, qui était chargée des affaires criminelles, révèle que l'on préférait nettement les condamnations aux galères, à vie ou pour une période déterminée, plutôt que l'exécution. Sur 117 appels de condamnations à mort faits, depuis des cours inférieures, devant le Parlement de Bordeaux entre 1715 et 1724, vingt-neuf furent commués en condamnation aux galères. Cette pratique n'indiquait pas, cependant, une hostilité de principe contre la peine de mort. Elle faisait plutôt partie d'une tendance générale pour réduire la sévérité des peines infligées par les cours inférieures, car, là où les cours inférieures avaient condamné aux galères, le Parlement commuait souvent ces condamnations en bannissement ou en flagellation. Sur les cinquante et un appels de condamnations aux galères entre 1715 et 1724, dix-neuf seulement furent maintenues, et parmi celles-ci, quatre furent réduites à des durées plus courtes (Kingston, *Montesquieu*, p. 123-124).

36. Pour Voltaire, d'Holbach et Condorcet, voir John Lough, *The Philosophes and Post-Revolutionary France* (Oxford, Clarendon Press, 1982), p. 155, 161-162, 164. Pour Diderot, voir ses *Observations sur le Nakaz*, § LXII (*Œuvres politiques*, éd. Paul Vernière, Paris, Garnier, 1963, p. 395). Pour Rousseau, voir le *Contrat social*, II, 5. Pour le maintien de la peine de mort dans le code de 1791, voir Antoinette Wills, *Crime and Punishment*, dans *Revolutionary Paris* (Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1981), p. 39.

plus utiles aux familles des victimes que la peine capitale. Tout acte de vengeance suivant l'acceptation d'un tel règlement du conflit était considéré lui-même comme un crime, et on considérait également que celui qui refusait d'offrir ou d'accepter la satisfaction avait commis un crime (XXX, 19).

Montesquieu semble parfois revenir sur ce qu'il a écrit ailleurs. Bien qu'il faille indiscutablement voir en lui un partisan de la peine de mort pour certains crimes particulièrement odieux, et bien qu'il fasse explicitement référence à la loi du talion pour la justifier, il manifeste cependant sa réprobation pour des peines qui ne sont finalement que des représailles, et il y voit une caractéristique des États despotiques. Les États despotiques usent de la loi du talion, affirme-t-il, parce qu'ils aiment les lois simples. Les gouvernements modérés n'y ont que très rarement recours, et ils en modèrent presque toujours l'usage par des mesures de grâce. Dans les monarchies européennes modernes, avertissait Montesquieu, les princes qui souhaitent éviter les actes despotiques devraient modérer les condamnations les plus cruelles au talion, tout particulièrement quand des nobles, motivés par l'honneur, jugent nécessaire de faire ce que les lois interdisent (VI, 21). Il ne croyait pas que la capacité dissuasive des peines serait atténuée si l'on faisait de temps en temps preuve de clémence ; dans les gouvernements monarchiques, en effet, la honte de la punition frappe les esprits aussi profondément que le font des châtiments physiques dans les États despotiques, où la brutalité des peines a endurci les individus³⁷ (VI, 21). Montesquieu loue les Romains d'avoir abandonné la peine de mort, et note qu'ils aimaient la modération des peines. Il y voyait l'influence de la constitution républicaine d'avant l'époque des guerres civiles. Les républiques, observait-il, tendent à la «douceur des peines», et accordent en plus à «un accusé de se retirer avant le jugement», pour échapper au châtimement (VI, 15).

Il ne faut certainement jamais oublier, lorsqu'il s'agit d'exposer la théorie de Montesquieu, l'importance déterminante des différents types de gouvernement dans les facteurs qui influencent le contenu des systèmes juridiques. Sa conception générale est que les lois civiles qui conviennent à un gouvernement dépendent des institutions et du droit politiques en place (XXIX, 13). Aussi, à un moment de son étude du droit pénal,

37. Il y a un contraste frappant entre les recommandations de Montesquieu pour un usage approprié de la clémence royale et la position de Beccaria. Voir *Des délits et des peines*, §XLVI, ouvr. cit., p. 79-80. En France, la grâce royale intervenait, entre autres choses, pour éviter la peine capitale en cas d'homicide accidentel ou de légitime défense (Ruff, *Crime, Justice, and Public Order*, p. 62-63).

affirme-t-il tout uniment que «les peines tiennent à la nature du gouvernement» (VI, 15). Après l'expulsion des decemvirs, lorsqu'ils révisèrent la Loi des douze Tables, les Romains s'efforcèrent ainsi d'expurger les lois criminelles de tous les supplices cruels et barbares qui avaient pu convenir à l'époque de la royauté mais manquaient complètement de la modération qui s'accordait à la Rome républicaine ³⁸.

La modération des peines

Montesquieu fut, à l'avant-garde du mouvement des Lumières, favorable à la modération des peines. «Il serait aisé de prouver, affirmait-il, que, dans tous ou presque tous les États d'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté» (VI, 9). Sans doute allait-il vers la modération en partie à cause de l'inhumanité et de la barbarie de bien des peines en usage à son époque. Dans le chapitre consacré à la composition des lois qui ouvre le livre XXIX, il remarque que tout ce qu'il s'était proposé, en écrivant ce traité sur les lois, avait été de prouver que «l'esprit de modération» doit prévaloir parce que «le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites» (XXIX, 1). Sur ce seul principe de l'éloignement des extrêmes, en l'absence de toute autre considération inclinant à la modération, Montesquieu était conduit à s'opposer aux peines excessivement brutales. En rendant compte de cette partie de la loi romaine des douze Tables autorisant un créancier à couper en morceaux un débiteur insolvable, il s'écriait : «Les lois les plus cruelles seront donc les meilleures? Le bien sera l'excès, et tous les rapports des choses seront détruits?» (XXIX, 2) ³⁹.

Anticipant cette fois sur Beccaria, Montesquieu était convaincu que des peines plus indulgentes pouvaient avoir un effet dissuasif aussi fort que des peines extrêmement dures, car c'est bien plus la certitude du châtiement que sa sévérité qui dissuade (VI, 12). Même l'invention de la roue, affirmait Montesquieu, n'avait pas diminué la fréquence des vols de grands chemins, sinon pendant une très courte période; de la même

³⁸. Le contre-modèle dans l'histoire romaine devient ainsi Sylla, que Montesquieu accuse d'avoir confondu «la tyrannie, l'anarchie et la liberté» en faisant les lois cornéliennes (VI, 15). Montesquieu s'intéressait au rôle de Sylla dans la destruction de la liberté à Rome et, de fait, composa dans sa jeunesse un *Dialogue de Sylla et d'Eucrate* (entre 1724 et 1726).

³⁹. Montesquieu, cependant, devait reconnaître que la présentation de cet aspect de la loi des douze Tables reposait sur une erreur, et que ce qui était vraisemblable était la division de la somme gagnée en vendant le débiteur comme esclave (XIX, 2, note).

façon, l'établissement de la peine de mort contre les déserteurs dans l'armée française a eu peu d'effet sur la désertion. Étant donné que les soldats craignent la honte plutôt que la mort, une peine plus efficace, affirmait Montesquieu, aurait été de fendre le nez du déserteur ou de lui couper les oreilles, si bien qu'il serait marqué d'infamie pour toute sa vie, une suggestion qui nous rappelle qu'il ne faut pas exagérer l'humanitarisme, à l'époque des Lumières, de réformateurs du droit pénal comme Montesquieu⁴⁰. Celui-ci considérait généralement que la brutalité des peines ne faisait qu'avilir ceux qui les subissaient, tout en ayant l'effet pervers d'inciter ces individus à commettre des crimes, en signe de représailles contre la violence qui les avait frappés⁴¹.

Les effets dissuasifs des peines, Montesquieu en était convaincu, dépendent des mentalités de ceux à qui on les applique. Il n'est pas nécessaire de brutaliser les peuples par la peur de supplices cruels et barbares, comme le carcan ou la roue, car la crainte de peines moindres, et moins douloureuses, peut être tout aussi efficace : ainsi la perte du statut social ou la seule humiliation d'être catalogué comme un malfaiteur peuvent dissuader aussi sûrement que la douleur de la peine (VI, 12). Chez les anciens Germains, observait Montesquieu, c'était une telle marque d'infamie «d'avoir abandonné son bouclier dans le combat», que plusieurs, «après ce malheur, s'étaient donné la mort» (XXVIII, 21).

Selon Montesquieu, le système de punition en vigueur dans une société n'était rien d'autre qu'une indication du «caractère de l'esprit humain» (XXV, 12). Il ne pouvait qu'exécrer la cruauté du système japonais, où il voyait le comble de la barbarie. Les Japonais avaient poussé à l'extrême la violence répressive parce qu'ils avaient à tort considéré tous les crimes comme des affronts directs à l'empereur. Étant donné que l'empereur était réputé propriétaire de tous les biens, on considérait que toute violation de la loi menaçait ses intérêts personnels. Par suite, la loi japonaise cherchait à venger l'empereur, ce qui conduisait nécessairement à infliger des peines aussi excessives que lorsque l'on cherche à venger la Divinité. La vengeance menée au nom d'une autorité politique ou religieuse extrême ne pouvait connaître de limites, remarquait sagement Montesquieu.

40. Cette défense des peines de mutilation à laquelle se livre Montesquieu peut sans doute refléter le fait que les soldats français étaient souvent impliqués dans des actes criminels, en partie parce qu'ils étaient souvent recrutés dans les rangs des condamnés, comme c'était le cas du célèbre Nanotes, condamné aux galères à vie pour viol, mais qui fut libéré en 1707, pour servir dans l'armée ; après quoi, il déserta, fut à nouveau condamné aux galères pour désertion, et une fois encore autorisé à se ré-enrôler, après quoi il commit de nouveau un viol (Voir Kingston, *Montesquieu*, p. 115). Toutes les peines comprenant des mutilations furent retirées du droit français dans le code pénal de 1791.

41. Voir la *Pensée* 1102 (*Œuvres complètes*, ouvr. cité, I, p. 1286), Masson, n° 29.

Les Japonais, affirmait Montesquieu, avaient glissé dans un abîme moral en criminalisant des actions qui provenaient du plus fondamental des instincts humains, celui de l'autoconservation. Mentir à un magistrat, par exemple, était, au Japon, un crime capital. Le despotisme japonais, concluait Montesquieu, s'était surpassé lui-même, en matière de cruauté⁴² ! Hasarder de l'argent au jeu était également un crime capital. Cependant, ces lois atroces n'ont pas non plus produit l'effet désiré : elles ont eu «plus de fureur que de force». Elles étaient si outrées que les gens frémissaient à l'idée qu'on pourrait réellement les mettre à exécution (VI, 13). Cela devrait toujours être le cas, suggérait Montesquieu, là où les peines ne sont pas correctement harmonisées avec les crimes. Dans ces circonstances, même les autorités publiques chercheront à éviter l'application de lois aussi dures. Montesquieu développait son argumentation dans différents contextes. Il remarquait, par exemple, qu'à un moment de l'histoire romaine, le Sénat s'opposa à une loi qui visait à contenir les brigues, donnant comme argument que bien qu'elle fût susceptible de jeter «la terreur dans les esprits», elle aurait véritablement comme effet que personne ne voudrait porter une accusation, «au lieu qu'en proposant des peines modiques, on aurait des juges et des accusateurs» (VI, 14).

Montesquieu considérait également que des peines excessivement brutales étaient contre nature. «Suivons la nature, conseillait-il, qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau, et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir. Que s'il se trouve des pays où la honte ne soit pas une suite du supplice, cela vient de la tyrannie qui a infligé les mêmes peines aux scélérats et aux gens de bien» (VI, 12). Il reconnaissait que les gouvernements despotiques auraient sans doute recours à de lourdes peines puisque le principe de ces gouvernements était la peur. «Dans les États modérés», cependant, «l'amour de la patrie, la honte et la crainte du blâme, sont des motifs réprimants qui peuvent arrêter bien des crimes. La plus grande peine d'une mauvaise action sera d'en être convaincu. Les lois civiles y corrigeront donc plus aisément et n'auront pas besoin de tant de force» (VI, 9). Une autre raison pour modérer les peines, qui s'appliquait particulièrement aux républiques, était l'argument que l'on ne peut faire «de grandes punitions» sans donner par inadvertance plus de pouvoir à ceux qui ont la charge de punir qu'il n'est conve-

42. Dans son *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law*, ouvr. cité, p. 138, Mark Waddicor a suggéré que, en critiquant les Japonais, Montesquieu critique indirectement le code pénal français qui, de la même façon, ne prenait pas en considération la réhabilitation comme un des buts de la législation criminelle.

nable dans une république. La concentration des pouvoirs est dangereuse aux républiques, et ceux qui cherchent à venger la république, affirme Montesquieu, finissent trop souvent par être des tyrans qui ne cherchent qu'à se venger eux-mêmes (XII, 18).

Il n'y avait aucune preuve historique, selon Montesquieu, qui puisse venir à l'appui de l'idée que la dureté des peines était plus dissuasive qu'une échelle des peines convenablement graduée pour n'imposer les peines les plus graves qu'aux crimes véritablement odieux. Aucun accroissement de la criminalité, remarquait-il, n'avait suivi le remplacement de l'abusives lois des douze Tables par la loi Valérienne, puis par la loi Porcie (VI, 11). En outre, Montesquieu croyait que des peines trop dures ne permettent pas la réhabilitation du condamné. Au contraire, la sévérité produit souvent dans la populace une réaction hostile qui menace la stabilité du gouvernement, particulièrement dans les États despotiques où tout espoir de pardon est refusé. La vengeance a pour but, notait-il dans une de ses *Pensées*, de faire souhaiter aux criminels de ne pas avoir commis de crimes. En fait, cependant, jamais la vengeance ne peut avoir un tel résultat. Au contraire, les peines qui ne sont que vengeance font souhaiter aux criminels de recommencer⁴³. Aussi sont-elles contre-productives. Ce n'est pas la vengeance, mais plutôt le pardon, qui a le plus de chance de conduire au repentir. La capacité à pardonner, et non la colère, inspirera le châtiement approprié au malfaiteur et ramènera les âmes errantes dans la communauté politique⁴⁴. Montesquieu se faisait l'avocat du pouvoir de la clémence dans les États modérés, particulièrement dans les monarchies où l'honneur a tellement d'importance que «la disgrâce y est un équivalent de la peine; les formalités mêmes des jugements y sont des punitions.» Dans ces États, la sûreté des grands fait partie de la nature du gouvernement (VI, 21).

Quelles conclusions porter sur la philosophie pénale de Montesquieu? D'abord qu'il ne cherchait pas à élaborer une position systématique à partir d'un point de vue philosophique déterminé. Il n'était ni un pur rétributiviste, ni un pur théoricien de la dissuasion, car il pensait que les deux points de vue n'étaient pas exclusifs l'un de l'autre. Le rétributivisme, cependant, semble avoir été une référence centrale dans sa philosophie

43. Pensée 1102, *Œuvres Complètes*, ouvr. cité, I, p.1286, Masson, n° 29.

44. Pour une position opposée rejetant le pardon, voir Beccaria, *Des délits et des peines*, §XLVI, p.79-80.

pénale. Du besoin de justice se tirait selon lui l'essentiel du droit de punir, tandis que l'utilitarisme lui servait de fil conducteur pour établir le besoin d'une échelle graduée des peines, élaborée pour dissuader des crimes les plus odieux. Bien que Beccaria se réfère à lui comme à un utilitariste bon teint, Montesquieu n'aurait jamais été d'accord avec Jeremy Bentham qui soutenait que le fondement de toutes les actions morales devait être «ce principe qui approuve ou désapprouve toute action, quelle qu'elle soit, selon sa tendance apparente à augmenter ou à diminuer le bonheur de la partie qui est intéressée à la question»⁴⁵. Il est arrivé à Montesquieu de donner des justifications utilitaristes de l'échelle des peines, mais on ne peut pas dire que la dissuasion ait été l'argument fondamental ou opératoire de sa philosophie pénale.

Manifestement, Montesquieu n'hésite jamais à juxtaposer divers arguments et justifications des peines afin d'explorer le plus largement possible toute la variété des avantages et des désavantages des différentes façons de punir. Parce qu'il inclinait fortement au rétributivisme, cependant, il était porté à croire que les individus pouvaient être tenus pour comptables de leurs actions, car la justice n'exigeait pas moins. Il insistait ainsi sur la liaison étroite entre la peine et le mérite. Il était persuadé que la peine n'était pas simplement l'affaire de règles arbitraires, faites par les hommes, mais relevait de questions morales plus profondes, qui transcendaient les temps et les lieux. Développer une autre argumentation aurait conduit à supposer un univers dépourvu de lois naturelles où les actions pouvaient être considérées comme illégales, mais jamais comme immorales. Tel n'est pas le monde moral dans lequel Montesquieu aurait voulu vivre ou qu'il aurait approuvé. Bien qu'il n'ait été en aucune façon prêt à lier inextricablement la justice à une divinité, comme l'avaient fait beaucoup de théoriciens du droit naturel, il croyait néanmoins en un principe absolu de justice, antérieur aux lois positives que font les hommes, et il considérait que la punition prêtait la main à la justice.

Toutefois ce n'est que là où un mal réel est fait ou menace, que Montesquieu considérait que la peine était nécessaire. Des actions qui n'atteignent que les sentiments ou les opinions des autres gens ne peuvent être considérées comme des crimes, et ne méritent pas qu'on les punisse. Nous voyons ainsi, dans sa classification des crimes, son désir de protéger la liberté contre l'intervention de l'État. Sans doute n'a-t-il en aucune façon délimité un domaine privé aussi protégé que celui dont Mill se fera

45. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), chapitre I, section II.

l'avocat dans *On Liberty* (1859) ; néanmoins, il a suggéré la décriminalisation de la magie et du blasphème, avançant en même temps que, là où des actions ou des conduites se bornent à offenser les sensibilités ou à troubler la tranquillité publique, sans menacer la sécurité des biens ou des personnes, il ne faut que des peines modestes. En somme, la philosophie pénale éclectique de Montesquieu semble avoir été une tentative originale pour critiquer le système pénal de son époque, à l'aide d'arguments divers dont la cohérence philosophique d'ensemble ne peut être établie.

Montesquieu s'est livré à une analyse de l'échelle des peines, en distinguant quatre catégories de crimes, rangés selon une hiérarchie ascendante de gravité, et en leur faisant correspondre les peines proportionnées. La nouveauté de cette présentation vient de ce qu'il a délibérément évité de reprendre la division existant alors en France entre peines capitales, afflictives, infamantes et non infamantes, division prescrite par l'Ordonnance criminelle de 1670. L'échelle des peines que proposait Montesquieu était nettement plus modérée que les pratiques pénales alors en vigueur en France, et ignorait de façon marquante un grand nombre des peines alors appliquées, comme le fouet, le pilori, les galères, à vie ou à temps, la torture – peines qui toutes disparurent du droit français avec le code pénal révolutionnaire de 1791. Montesquieu a ainsi fait une tentative originale pour redéfinir les peines en usage, en les rendant beaucoup plus modérées. Il était pleinement convaincu qu'une telle réforme pouvait être accomplie sans que soient remises en cause ni les fonctions rétributivistes, ni les fonctions utilitaristes des lois criminelles.

David W. CARRITHERS
University of Tennessee at Chattanooga