

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RMM&ID_NUMPUBLIE=RMM_051&ID_ARTICLE=RMM_051_0109

La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois

par Florent GUENARD

| Presses Universitaires de France | *Revue de Métaphysique et de Morale*

2005/1 - n° 45

ISSN 0035-1571 | ISBN 2-1305-5040-1 | pages 109 à 125

Pour citer cet article :

— Guenard F., La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois, *Revue de Métaphysique et de Morale* 2005/1, n° 45, p. 109-125.

Distribution électronique Cairn pour les Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois

RÉSUMÉ. — *Pour Diderot, il est illusoire de croire que l'on peut rationaliser le droit pénal, comme Beccaria le suggère, et proportionner les peines aux délits selon une échelle nécessaire. L'arbitraire du juge est pour Diderot moins un obstacle pour la justice qu'une condition de possibilité. Cette critique adressée au juriste italien semble pourtant ne pas s'accorder avec le rôle qu'il attribue au législateur : élaborer un code de lois pleinement rationnel, qui fasse abstraction de la diversité des coutumes et des opinions. La contradiction n'est qu'apparente : les deux propositions s'accordent, plus encore s'éclairent mutuellement. Elles se rejoignent dans une commune dénonciation du despotisme qui se cache derrière toute dévalorisation de la délibération.*

ABSTRACT. — *Diderot doesn't agree with Beccaria : he thinks it's impossible to consider criminal law as a complete rational system, which makes the punishment fit the crime in accordance with a necessary scale. According to him, the judge's decision is a condition for justice and not an impediment. However, these critics do not seem to be in accordance with the function he attributes to the legislator, who must write a code without considering the diversity of customs and opinions. But there is no contradiction between these two conceptions, which complement one another. They both denounce despotism which lies behind the deliberation's depreciation.*

Si Solon est considéré au siècle des Lumières comme le modèle du législateur accompli, s'il est donné comme exemple de l'homme politique attentif à l'application de la justice dans la cité, c'est parce qu'il a su, nous dit-on, distinguer le meilleur et le parfait, parce qu'il a compris que les lois, pour être bien exécutées, devaient être adaptées aux mœurs des citoyens. Or, si l'on discute pour déterminer ce qui fait la bonté des lois, on s'accorde à penser qu'une loi, civile ou pénale, qui n'est pas exécutée est rarement une bonne loi. Plutarque nous rapporte ce que Solon dit à Anarchasis : « On respecte un accord, si aucune des parties n'a intérêt à en transgresser les dispositions. Il en va de même pour mes lois : je les adapte à mes concitoyens afin de faire comprendre à tous que respecter la justice vaut mieux que transgresser la loi¹. » Voilà pourquoi

1. PLUTARQUE, *Vie de Solon*, V, in *Vies parallèles*, trad. A. M. Ozanam, Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, p. 203.

l'archonte athénien a donné à ses concitoyens les lois « les meilleures de celles qu'ils pouvaient accepter² ». Le génie de Solon, si l'on en croit Montesquieu, est bien d'avoir rendu les lois effectives en les accordant à l'esprit de la nation : car, souligne Montesquieu, « nous ne faisons rien de mieux que ce que nous faisons librement³ ».

La convenance des lois civiles aux mœurs est la meilleure garantie de leur exécution. Elle est aussi, par conséquent, un rempart contre la tyrannie : forcer les mœurs par les lois, c'est bien leur faire violence. À la convenance des lois civiles et des mœurs correspond, en matière de droit pénal, la modération des châtiments. Montesquieu y insiste au livre XII de *De l'esprit des lois* : « c'est [...] de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen⁴ ». Le citoyen, dans un régime modéré, peut être libre en droit, il ne l'est pas en fait si les lois criminelles sont fixées arbitrairement par le souverain. Voilà pourquoi Montesquieu propose de hiérarchiser les délits en les classant en quatre catégories selon un ordre de gravité croissante (les crimes contre la religion, contre les mœurs, contre la tranquillité, contre la sûreté). Voilà également pourquoi il faut qu'à chaque délit corresponde une peine déterminée, afin que l'association ne soit pas laissée au caprice du souverain. Quand la peine « descend de la nature de la chose », la liberté triomphe⁵. Sur ce point encore, Solon est un exemple : n'a-t-il pas modéré les lois d'Athènes qui permettaient de vendre les débiteurs, peine très largement excessive et disproportionnée ? Beccaria, dans son *Traité des délits et des peines*, reprend Montesquieu : la modération et la proportion des peines sont des principes intangibles sans lesquels le droit pénal ne peut être que le lieu de l'arbitraire et de l'injustice⁶.

2. *Ibid.*, XV, p. 210.

3. *De l'esprit des lois*, XIX, 5, *Œuvres complètes*, t. II, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, p. 559. Voir également XIX, 21, p. 571. Rousseau suit Montesquieu dans cet éloge : on obéit spontanément aux lois lorsqu'elles conviennent aux mœurs. Le législateur doit savoir approprier le code des lois au peuple de telle sorte que celui-ci y obéisse sans que le gouvernement ait à les imposer. Et c'est cette capacité d'adapter les lois sans les dénaturer qui définit la science du législateur. Si n'importe quel « écolier de droit » est capable de dresser un code de lois en tous points parfait, les grands esprits seuls savent distinguer le parfait et le meilleur (*Lettre à d'Alembert*, *Œuvres complètes*, t. V, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1995, p. 61. Sur la convenance des lois et des mœurs chez Rousseau, voir Gabrielle RADICA, « La loi, les lois, les mœurs chez Rousseau », *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg*, t. 11, printemps 2001, p. 153-184 ; nous nous permettons également de renvoyer au chapitre IX de notre ouvrage, *Rousseau et le travail de la convenance*, Paris, Honoré Champion, à paraître).

4. *De l'esprit des lois*, XII, 2, p. 431.

5. *Ibid.*, XII, 4, p. 433.

6. BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. M. Chevalier, Paris, GF-Flammarion, p. 72 s. Sur la dette de Beccaria à l'égard de Montesquieu, voir Robert DÉRATHÉ, « Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire », *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, série IV, t. III, 1965-1966, p. 85-100 ; Catherine LARRÈRE, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », dans *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, études rassemblées par Michel Porret, Genève, Droz, 1997, p. 89-108.

Catherine II de Russie, pour rédiger son *Instruction aux députés de Russie pour la confection des lois* (ou *Nakaz*), s'inspire de Montesquieu dans l'établissement des lois civiles accordées aux mœurs ; dans la rédaction des lois criminelles, elle tient compte des arguments de Beccaria⁷. Diderot lui répond dans ses *Observations sur le Nakaz* et prend le contre-pied de Montesquieu et de Beccaria : il récuse la distinction à propos des lois entre le meilleur et le parfait, il rejette le légalisme du juriste italien.

S'il est impératif pour Montesquieu comme pour Rousseau que les lois soient relatives aux mœurs, c'est bien que les unes et les autres sont séparées : les lois ne peuvent modifier les mœurs, et celles-ci s'opposent souvent à celles-là⁸. Les coutumes résistent aux lois : voilà pourquoi seules les manières changent les manières⁹, voilà pourquoi le gouvernement n'a prise sur les mœurs que par l'opinion publique¹⁰. Diderot semble s'opposer radicalement à une telle interprétation. Dans les *Observations sur le Nakaz*, il conteste la référence à Solon : la législation n'a pas à suivre l'esprit de la nation, « c'est à la législation à faire l'esprit de la nation¹¹ ». Il est vrai, comme l'a rappelé Catherine II dans son *Instruction*, que le grand Solon a suivi l'esprit de la nation. Mais, précise Diderot, il n'était pas despote et il n'avait pas « affaire avec un peuple serf et barbare¹² ».

Ces remarques se comprennent doublement. Il s'agit bien, en premier lieu, de mettre en garde Catherine II contre les principes de Montesquieu dont elle s'inspire dans son *Instruction*. Adapter les lois aux mœurs russes, c'est inévitablement dénaturer l'esprit même de la législation. Comment faire régner la liberté là où les mœurs sont serviles ? Comment introduire la civilisation là où les comportements sont barbares ? Des lois convenables au peuple russe ne peuvent être que des lois serviles et barbares. Ainsi, dans une telle situation, les lois parfaites sont les meilleures, c'est-à-dire les seules possibles. Assurément, le législateur doit tenir compte des circonstances ; et les circonstances en Russie imposent justement que l'on réforme les mœurs par une législation droite.

En second lieu, et plus généralement, les lois pour Diderot n'ont pas à s'adapter aux mœurs, car ce sont elles qui les forment. Les mœurs sont les

7. Sur la réception de Beccaria en Russie, voir Franco VENTURI, « Beccaria en Russie », *Europe des Lumières. Recherches sur le XVIII^e siècle*, Paris-La Haye, Mouton, 1981, p. 145-159.

8. Sur l'opposition des lois et des mœurs dans la philosophie moderne, voir Frédéric BRAHAMI, « Les lois et les mœurs dans le scepticisme moderne », *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg*, t. 11, printemps 2001, p. 69-93.

9. *De l'esprit des lois*, XIX, 14, p. 564.

10. *Lettre à d'Alembert*, p. 61.

11. *Observations sur le Nakaz*, 26, *Œuvres*, t. III, éd. L. Versini, Paris, Robert Laffont, 1995, p. 524. Laurent Versini signale que l'argument est repris dans l'*Histoire des deux Indes*, XIX, 14. Sauf indications contraires, les références à Diderot seront données dans cette édition.

12. *Ibid.*

« conséquences des lois¹³ ». Diderot est incontestablement légicentriste : un peuple qui n'a pas de lois n'a pas de mœurs. Les unes et les autres n'appartiennent pas à des réalités séparées, elles sont au contraire inextricablement liées. Pour cette raison, la tâche du législateur n'est pas de rendre les lois convenables aux mœurs, mais de proposer à la nation de bonnes lois, qui lui permettront d'avoir de bonnes mœurs. En d'autres termes, le législateur institue la nation.

Diderot refuse également la codification rationnelle des lois pénales telle que Beccaria la propose et dont Catherine II s'inspire dans son *Instruction*. S'il salue l'humanité qui se dégage du *Traité des délits et des peines*, il en critique la démarche. Beccaria veut faire triompher la raison là où règne l'arbitraire, il veut qu'à chaque délit corresponde une peine déterminée, afin que le droit pénal ne soit plus le règne du désordre et de l'abus, il veut que l'on observe avec rigueur la lettre de la loi, non qu'on l'interprète. Mais il ne voit pas que la complexité inhérente à la distribution des peines empêche une codification rationnelle de celles-ci ; il ne voit pas que le légalisme strict n'est pas nécessairement la condition de la plus grande justice.

Ce rejet des principes de Montesquieu et de Beccaria, qui inspirent les réformes législatives projetées par Catherine II, suscite un triple étonnement.

D'une part, il critique chez Montesquieu la séparation des lois et des mœurs alors qu'il s'agit bien pour lui, comme pour le président, de combattre le despotisme.

D'autre part, il est loin de partager l'enthousiasme des Lumières pour le *Traité des délits et des peines* alors que celui-ci est salué par tous comme une avancée considérable dans la lutte pour la liberté et la justice¹⁴.

Enfin, le légicentrisme de Diderot et sa critique du légalisme strict en matière pénale ne sont pas nécessairement compatibles. Au contraire : s'il n'y a de règle que de droit, ne faut-il pas s'en tenir à la lettre des lois ? Ne faut-il pas organiser le droit civil et pénal de telle sorte que le caprice du souverain en soit exclu ? N'y a-t-il pas alors une tension dans la pensée de Diderot entre le rôle qu'il attribue au législateur et celui qu'il attribue au magistrat ?

La tension n'est qu'apparente, les deux propositions s'éclairent mutuellement : nous pensons en effet que c'est la critique de Beccaria qui permet chez Diderot une juste compréhension de son légicentrisme et que c'est sa conception du rapport entre les lois et les mœurs qui permet de mesurer ce qu'il reproche au *Traité des délits et des peines*.

13. *Ibid.*, p. 525.

14. Voir par exemple VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre « Des délits et des peines », Œuvres complètes*, éd. Moland, t. XXV, Paris, Garnier frères, 1879, p. 539-540.

LA LOI, LA COUTUME, LA NATURE

Pour Catherine II, les instructions qu'elle rédige à l'adresse des députés chargés de rédiger un code de lois sont la preuve la plus manifeste qu'elle désire abdiquer son despotisme. Diderot en prend acte¹⁵. Mais cette abdication, aussi sincère soit-elle, reste selon lui formelle : « j'y vois le nom de despote abdicqué ; mais la chose conservée, mais le despotisme appelé monarchie¹⁶ ». Changer le nom, ce n'est pas changer la chose : le code, aussi parfait soit-il, suppose des conditions réelles d'application qui font défaut. Autrement dit, un tel code convient à une nation libre, et les Russes ne le sont pas. Catherine II reste despote tant qu'elle n'a pas affranchi le corps de la nation, tant qu'elle n'a pas mis fin au servage.

Or, à un peuple serf la liberté ne convient pas : il n'est qu'un despote pour gouverner les Russes tels qu'ils sont. Et un despote, même éclairé, même bon, ne rend pas ses sujets aptes à la liberté. Il leur fait oublier le sentiment de la liberté, comme un bon pâtre « il réduit ses sujets à la condition des animaux¹⁷ ». Comment sortir du cercle ? Précisément par la législation, qui doit réveiller la nation et instituer des mœurs propres à un peuple libre. La séparation opérée par Montesquieu (« les lois [sont] des institutions particulières et précises du législateur ; les mœurs et les manières, des institutions de la nation en général¹⁸ ») n'est donc pas ici de mise. On comprend alors les critiques que Diderot adresse à Catherine II : Solon n'est pas un exemple pour elle parce que la Russie n'est pas Athènes, des lois convenables aux mœurs russes sont inévitablement despotiques. En déguisant son despotisme derrière la pensée de Montesquieu, Catherine II le renforce.

L'argument cependant n'est pas seulement de circonstance : pour Diderot, les lois et les mœurs ne sont pas indépendantes les unes des autres. Il l'écrit dans ses *Observations*, il le répète dans l'*Histoire des deux Indes* : « Les mœurs sont bonnes lorsque les lois observées sont bonnes, mauvaises quand les lois observées sont mauvaises. Il n'y a point de mœurs lorsque les lois bonnes ou mauvaises ne sont point observées.¹⁹ » Les lois auxquelles on obéit ne sont pas nécessairement positives ; ainsi, les sauvages ont des mœurs parce qu'ils obéissent aux lois naturelles. Mais lorsque les lois naturelles ne sont pas respectées et lorsque les lois positives ne sont pas exécutées, la nation n'a pas de mœurs.

15. *Observations sur le Nakaz*, 2, p. 508.

16. *Ibid.*, 145, p. 578.

17. *Mélanges pour Catherine II*, XXIV, p. 275.

18. *De l'esprit des lois*, XIX, 14, p. 564.

19. *Observations sur le Nakaz*, 29, p. 525. Cette tripartition (bonnes mœurs, mauvaises mœurs, absence de mœurs) figure également dans le *Supplément au voyage de Bougainville* (*Œuvres philosophiques*, éd. P. Vernière, Paris, Garnier, 1990, p. 504).

C'est dire que les lois et les mœurs ne sont en rien indépendantes les unes des autres, comme elles le sont pour Montesquieu ou pour Rousseau – règnes séparés soumis à une règle de non-empiètement²⁰. C'est dire également que la question de l'obéissance aux lois est interprétée différemment par ces deux penseurs et par Diderot. Pour Montesquieu et Rousseau, les lois pour être exécutées doivent être convenables aux mœurs ; pour Diderot, les mœurs sont la conséquence de l'exécution des lois. Dans l'un et l'autre cas, les mœurs ne sont pas définies de la même manière. Pour Montesquieu, relèvent des mœurs toutes les règles non juridiques qui déterminent le comportement d'un peuple. Pour Diderot, les mœurs, comme il les définit dans le *Supplément au voyage de Bougainville*, sont une « soumission générale et une conduite conséquente à des lois bonnes ou mauvaises²¹ ». Les mœurs, ce sont donc les comportements à l'égard des lois, c'est-à-dire l'intériorisation des lois. Autrement dit, les mœurs ne sont pas *face* aux lois, elles sont le *rapport* aux lois. Les Tartares, qui n'avaient « ni lois ni coutumes ni usages fixes²² », ont adopté les comportements des Chinois lorsqu'ils les ont envahis parce qu'ils ont adopté leurs institutions.

S'il n'y a de mœurs que là où les lois sont exécutées, s'il n'y a de norme que de droit, c'est que la société, pour Diderot, est incapable de se régler par elle-même. La raison en est que les comportements, au sein d'une société, sont divers et variables. Diderot l'a lu dans Hobbes, comme le prouve le résumé qu'il fait de son anthropologie dans l'*Encyclopédie* : « Le bonheur est le passage perpétuel d'un désir satisfait à un autre désir satisfait. Les actions n'y conduisent pas toutes de la même manière. Il faut aux uns de la puissance, des honneurs, des richesses, aux autres du loisir, des connaissances, des éloges, même après la mort. De là la diversité des mœurs²³ ». Dans le chapitre XI du *Léviathan*, Hobbes appelle *mœurs* (en anglais, *manners*) les « qualités des hommes qui intéressent leur cohabitation pacifique et leur réunion²⁴ ». Le désir d'acquiescer est une inclination générale, que partagent tous les hommes. Mais chacun réalise différemment cette aspiration commune : l'idiosyncrasie passionnelle (l'expression est de Didier Deleule²⁵) détermine une variété innombrable de manières d'être. Cette diversité rend les hommes incapables de parvenir à une entente collective sur ce qu'il faut ou ce qu'il ne faut pas faire.

Pour Diderot, il est également une passion que les hommes ont tous en

20. L'expression est de Bertrand BINOCHÉ (*Introduction à « De l'esprit des lois »*, Paris, PUF, 1998, p. 170).

21. *Supplément au voyage de Bougainville*, p. 504.

22. *Histoire des deux Indes*, 4, p. 588.

23. *Encyclopédie*, article « Hobbisme ».

24. HOBBS, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 95.

25. Didier DELEULE, « De la diversité des mœurs. Une approche du chapitre 11 du *Léviathan* », *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg*, t. 11, printemps 2001, p. 49-68.

partage : c'est la quête du bonheur. Il l'écrit dans les *Éléments de physiologie* : « Il n'y a qu'une seule passion, celle d'être heureux. Elle prend différents noms suivant les objets²⁶. » Cette passion ne se détermine pas de manière univoque ; au contraire, elle connaît une individualisation poussée. Il est vrai que les passions des hommes sont infléchies par le climat : celui-ci est une « cause permanente » qui produit son effet sur tout, le régime, les mets, les goûts, etc.²⁷. Avec l'effet du temps, les hommes soumis aux mêmes déterminations géographiques ont les mêmes passions, prennent les mêmes habitudes. En témoignent les coutumes qui se forment au sein des nations. *Mais avoir des coutumes ce n'est pas avoir des mœurs*. La différence est essentielle aux yeux de Diderot. Les coutumes naissent au fil du temps, suivant les circonstances. Elles ne forment pas, pour une nation, un code uniforme et général, qui soumet chaque citoyen aux mêmes normes. Voilà pourquoi le droit coutumier est à la fois immense et contradictoire : les coutumes qui passent dans le droit écrit ont toutes leur histoire singulière, et celle-ci ne coïncide pas avec celle de la nation. Diderot a mis en garde Catherine II contre la tentation du souverain de transformer les coutumes en lois, erreur commise notamment par Charles VII en France²⁸.

Cependant, des lois qui ne tiennent pas compte des coutumes peuvent-elles réellement être exécutées, et donc donner des mœurs à la nation ? Diderot distingue coutumes et mœurs ; mais ne s'expose-t-il pas à l'objection formulée par Montesquieu, reprise par Rousseau ? Ne faut-il pas, en matière de législation, distinguer le meilleur et le parfait ? Diderot déplace la question : l'obéissance aux lois se joue en deçà de la coutume, *dans l'accord de la législation avec la nature*. L'*Encyclopédie*, à l'article « Législation », l'avait indiqué : « la meilleure législation est celle qui est la plus simple et la plus conforme à la nature, il ne s'agit pas de s'opposer aux passions des hommes ». Dans les *Observations sur le Nakaz*, Diderot est plus précis : « la nature a fait toutes les bonnes lois, c'est le législateur qui les publie. Je dirais volontiers aux souverains : “Si vous voulez que vos lois soient observées, qu'elles ne contrarient jamais la nature”²⁹. » Dans le *Supplément au voyage de Bougainville*, il distingue trois codes : le code de la nature, le code civil et le code religieux³⁰. Ces trois codes sont rarement en accord ; et les lois, qui se contredisent, ne peuvent être respectées. Autrement dit, on multiplie les méchants lorsqu'on invente des lois qui ne sont pas en accord avec ce que commande la nature, lorsqu'on oublie qu'un

26. *Éléments de physiologie*, Versini, t. I, p. 1299.

27. *Observations sur le Nakaz*, 24, p. 524.

28. *Mélanges pour Catherine II*, 7, p. 205.

29. *Observation sur le Nakaz*, 27, p. 525.

30. *Supplément au voyage de Bougainville*, p. 505.

code est antérieur à toute législation civile, à tout système religieux – un code dont le premier article est : « je veux être heureux³¹ ».

Le problème est ainsi transformé : l'observation des lois ne suppose pas leur convenance aux mœurs, mais leur accord à la nature, plus précisément aux lois de la nature. Si les lois ne sont pas observées, ce n'est pas parce qu'elles heurtent les mœurs, c'est parce qu'elles ne sont pas accordées entre elles – parce que les codes sont en conflit. L'effort du législateur doit porter sur cet accord, non sur la convenance des lois et des coutumes, qui n'ont aucune rationalité intrinsèque, qui sont trop diverses pour inspirer des mœurs générales et constantes³². Le bon législateur n'est pas tant celui qui sait observer les bons rapports que celui qui sait, dans l'élaboration des lois, faire abstraction des coutumes, comme l'architecte sait faire place nette en débarrassant le terrain sur lequel il veut construire des matériaux qui s'y sont accumulés³³.

LES DÉLITS ET LES PEINES : LA QUESTION DE L'ARBITRAIRE

Beccaria, dans son *Traité des délits et des peines*, recommande également au législateur une rupture avec les règles pénales qui viennent de la coutume. Elles sont considérées comme des lois alors qu'elles n'en ont pas la dignité : « Quelques restes des lois d'un ancien peuple conquérant, compilés sur l'ordre d'un prince qui régnait à Constantinople il y a douze siècles, mêlés ensuite avec des coutumes lombardes et englobés dans le volumineux fatras de commentateurs privés et obscurs : voilà ce qui forme la tradition d'opinions qui, dans une grande partie de l'Europe, porte néanmoins le nom de lois³⁴. » Il importe pour cette raison de rompre avec l'histoire et d'entreprendre une refondation rationnelle du droit pénal. Les lois criminelles en vigueur sont nées à l'occasion de circonstances qui se sont modifiées : « elles n'ont jamais été dictées par un observateur impartial de la nature humaine³⁵ ». C'est dans une telle position que Beccaria entend se placer : les bonnes lois ne peuvent être le fruit d'une lente évolution, mais d'une genèse qui déduit le code pénal de principes rationnels.

Le système pénal en vigueur dans l'Ancien Régime repose sur ce qu'on appelle l'arbitraire du juge : c'est lui qui qualifie le délit, c'est lui qui détermine

31. *Observations sur le Nakaz*, p. 525.

32. « Il n'y a de mœurs générales et constantes que celles qui ont la législation pour base » (*ibid.*, p. 528).

33. DIDEROT, *Mélanges pour Catherine II*, p. 218.

34. BECCARIA, *Des délits et des peines*, p. 53.

35. *Ibid.*, p. 60.

la peine. Or, la qualification des délits et leur gravité varient en fonction des circonstances, dont le juge doit savoir tenir compte. Autrement dit, le juge dans un tel système est législateur : c'est lui qui interprète le délit en fonction des circonstances dans lesquelles il s'est déroulé, et qui déterminent sa *nature*. Quand il existe des textes légaux qui fixent le rapport des délits et des peines, le juge reste maître de leur interprétation. La justice est donc liée au sens de l'équité des magistrats³⁶.

Cette confusion du magistrat et du législateur est la pire des choses pour Beccaria. Elle est une menace permanente contre la liberté. La justice ne peut pas reposer sur la seule capacité du juge à établir les circonstances. C'est la porte ouverte à l'opinion, au caprice, à la subjectivité, bref à l'arbitraire en son sens non technique, mais péjoratif³⁷. Le droit pénal ne doit pas reposer sur la *délibération* mais sur la *raison*. Par conséquent, Beccaria considère qu'il faut renforcer la légalité des peines, c'est-à-dire leur détermination par la loi écrite et promulguée. C'est elle qui doit fixer la qualification des délits, c'est elle qui doit déduire la peine de la nature du délit.

En d'autres termes, la justice en matière de droit pénal passe par la substitution de la *nécessité* à l'*arbitraire*. Cette nécessité est double. D'une part, le droit de punir est nécessaire ; sinon, il est tyrannique. Beccaria, s'inspirant explicitement de Montesquieu³⁸, montre que le châtement est fondé sur la nécessité de se garantir la sécurité. Toutes les peines qui ne tendent pas à servir la protection des personnes et des biens sont infondées. C'est pour cette raison que les hommes ont cédé une partie de leur liberté : sans cet engagement, l'union des intérêts particuliers ne peut être assurée. La légitimité du châtement fixe ainsi sa limite : tout ce qui dépasse en matière pénale la finalité du droit de punir est injuste. D'autre part, il faut que les peines soient proportionnées aux délits en fonction de leur utilité sociale : « plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être les obstacles qui les en écartent. Il doit donc y avoir une proportion entre les délits et les peines³⁹ ». On doit distinguer ainsi trois catégories d'infractions. Les délits les plus graves sont ceux qui menacent la société ; puis viennent les délits qui attentent à la sûreté personnelle de chaque individu ; enfin, dans un troisième groupe on range les atteintes à la tranquillité publique⁴⁰.

Diderot critique explicitement le système de Beccaria dans ses notes sur le *Traité des délits et des peines* et dans son compte rendu sur l'autre ouvrage du penseur

36. Sur l'esprit de l'arbitraire, voir Michel PORRET, *Le Crime et ses circonstances*, Genève, Droz, 1995, p. 1-36.

37. Selon Michel Porret, le terme « arbitraire » est progressivement devenu péjoratif à partir du début du XVIII^e siècle (*ibid.*, p. 20).

38. *Des délits et des peines*, p. 63.

39. *Ibid.*, p. 72.

40. *Ibid.*, p. 77 s.

italien, *Des recherches sur le style*. Ces textes sont regroupés dans le tome IV de l'édition Assézat des *Œuvres complètes* de Diderot⁴¹. L'éditeur y a également ajouté la lettre que le peintre Ramsay a envoyée à Diderot à propos du traité de Beccaria. Diderot avait projeté de l'envoyer à Beccaria, tant il jugeait fondées les objections du peintre anglais. Il reste que les arguments les plus convaincants figurent dans les *Observations sur le Nakaz – l'Instruction* de Catherine II se voulant une traduction en acte des principes du *Traité des délits et des peines*.

En matière de droit pénal, la position de Diderot est complexe. Il ne remet pas en cause le principe d'une séparation des peines en fonction de la nature des délits, particulièrement en matière de religion. Ainsi, il approuve Catherine II lorsque celle-ci souhaite ne pas punir l'impiété par des peines civiles, mais par l'excommunication⁴². Mais il considère que les arguments de Beccaria contre l'arbitraire des magistrats ne peuvent être totalement pertinents. Selon ce dernier, la liberté des citoyens est menacée par la délibération des juges et par la liberté qui leur est laissée d'apprécier délits et peines. Mais faire que le vrai juge soit le législateur, est-ce pour autant se délivrer du risque d'arbitraire (en un sens péjoratif) ? Pour ne pas être soumis aux caprices des magistrats, on risque de tomber dans ceux du législateur, si rien ne vient garantir le bien-fondé des lois qu'il propose. Si l'argument ne peut être directement objecté à Beccaria (qui fait l'hypothèse que le souverain, né d'un pacte, est pleinement légitime), il l'est pleinement à Catherine II : « On prend ici des précautions convenables contre le despotisme du magistrat, mais on n'en prend aucune contre le despotisme du souverain⁴³. » Le despotisme se déguise encore : réduire la part de décision qui appartient aux juges fait ici illusion. C'est se tromper sur la définition de la liberté politique : elle ne provient pas seulement, comme le croit Catherine II, de la sûreté que procurent les lois (un citoyen n'a pas à craindre ses concitoyens), il faut encore que chacun puisse être à l'abri des injures du souverain⁴⁴.

Allons plus loin : la liberté laissée aux juges d'apprécier la pénalisation des délits n'est-elle pas un rempart contre les injures du souverain ? *L'arbitraire des juges est bien un contre-pouvoir*. Charge au législateur de veiller à leur formation afin d'éviter les abus et les décisions infondées : « les meilleures lois sont vaines si le juge est mauvais, et les plus mauvaises lois peuvent être rectifiées par de bons juges⁴⁵ ». C'est dire que Diderot prend le contre-pied de Beccaria et de ce mouvement qui, à la fin du XVIII^e siècle, associe philosophes,

41. *Œuvres complètes*, t. IV, Paris, Garnier frères, 1875, p. 51-69. Sur l'interprétation de ces textes, voir Jacques PROUST, *Diderot et l'Encyclopédie*, Paris, Albin Michel, 1995, p. 500-502.

42. *Observations sur le Nakaz*, p. 526.

43. *Ibid.*, p. 537.

44. *Ibid.*, p. 523.

45. *Ibid.*, p. 536.

juristes, penseurs, hommes politiques, contre l'archaïsme d'une justice considérée comme tyrannique⁴⁶. Loin de condamner le pouvoir des juges, il le salue au nom d'un principe de réalité : la multiplication des instances délibératives est une garantie contre le despotisme du souverain.

Il faut ajouter à ces arguments la nécessité où l'on se trouve de pallier les insuffisances indépassables des lois pénales. Beccaria considère qu'il existe un rapport nécessaire entre le délit et la peine, et qu'une fois le crime qualifié le châtiment se déduit de la nature de la chose. Mais il ne voit pas que ce rapport est variable : « les circonstances doivent souvent faire varier les rapports des délits et des peines, parce qu'elles font varier la nature des délits⁴⁷ ». Déduire la peine du délit suppose que l'on puisse fixer la nature justement du délit. Mais un délit n'est lui-même qu'un *rapport à la loi civile*, et en tant que tel il n'a pas d'essence déterminée. Autrement dit, les circonstances du crime ne sont pas extérieures au crime lui-même : voilà pourquoi il est nécessaire qu'elles entrent dans le processus de qualification. Une même faute peut recevoir, selon les situations, des châtiments différents. Ainsi, il ne suffit pas de différencier les crimes qui attaquent la société et ceux qui attaquent les particuliers : car il faut également distinguer ce qui est attaqué (l'honneur, l'intérêt, la liberté, etc.)⁴⁸. De plus, l'importance de tel ou tel crime varie selon les États : par exemple, « il serait absurde de continuer la même peine aux assemblées clandestines dans un État républicain et dans un État despotique⁴⁹ ».

En outre, la loi ne peut pas prévoir tous les cas. Si on n'autorise pas le magistrat à modifier la loi, le coupable risque de ne pas être puni. Le droit pénal ne remplit plus alors sa fonction, et le législateur doit sans cesse réformer le code. Diderot donne l'exemple d'un voleur de grand chemin qui force un passant de lui acheter l'arme dont il le menace. L'acquéreur, une fois l'arme achetée, veut s'en servir contre le voleur, mais il se trouve que l'arme n'est pas chargée. Faut-il ne pas incriminer le voleur, et faire ensuite une « loi nouvelle qui défende de vendre des armes sur le grand chemin⁵⁰ » ? Comprendons bien : soit on élabore un code de lois sévère, très peu tolérant, qui, selon l'expression de Michel Foucault, tend à un « quadrillage pénal plus serré du corps social⁵¹ » et on risque de créer des délits⁵² ; soit on se contente d'un

46. Voir Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 75-134.

47. *Observations sur le Nakaz*, p. 528.

48. *Ibid.*, 61, p. 539.

49. *Ibid.*, 62, p. 539.

50. *Ibid.*, p. 536.

51. *Surveiller et Punir*, p. 80.

52. Le premier moyen pour empêcher les crimes est de n'en point créer d'imaginaires, souligne Diderot (*Observations sur le Nakaz*, p. 526). Remarquons que Diderot ne donne aucun critère pour distinguer les crimes qu'il considère comme réels de ceux qui sont selon lui imaginaires.

code moins intransigeant, qui ne peut prendre en compte tous les cas et on risque de laisser des coupables en liberté. Laisser aux juges la liberté d'interpréter les lois, en les tempérant, voire en les modifiant, est le seul moyen d'échapper à un tel dilemme.

L'arbitraire, en son sens technique, est donc indispensable à la justice pénale. Qui plus est, il est impossible d'exclure toute décision dans l'élaboration d'un code. La rigueur avec laquelle on se propose de rédiger le code des lois ne peut exclure tout arbitraire. Car la première peine, dans l'échelle des sanctions, est nécessairement arbitraire. C'est à partir d'elle que se déterminent toutes les autres, selon une hiérarchie qui a sa nécessité, mais qui reste subordonnée à cette décision initiale⁵³.

Nous l'avons souligné, Diderot ne veut pas douter de l'humanité qui se dégage du *Traité des délits et des peines*. Mais cette humanité est-elle bien comprise ? Car interdire au magistrat d'interpréter la loi, lui imposer un jugement réglé par un syllogisme (« la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation⁵⁴ »), c'est le réduire à être une « bête féroce » qui ne tient pas compte des circonstances⁵⁵. De même, la commisération impose de ne pas condamner à mort les coupables, comme l'affirme Beccaria. Mais n'y a-t-il pas plus d'inconvénients à suspendre la peine de mort qu'à la maintenir ? Diderot pose la question, avance plusieurs arguments sans véritablement trancher. D'abord, croire qu'on élabore des lois pénales pleines d'humanité parce qu'on interdit la peine capitale, c'est se voiler la face, ne serait-ce que pour des raisons quantitatives : car la peine capitale ne tue pas plus, dit Diderot, que « le vice, la fatigue, le bal, les fêtes, le péril, la courtisane gâtée, le cabriolet, la tuile, le rhume, le mauvais médecin⁵⁶ ». Ensuite, on peut trouver des arguments qui soutiennent le recours à la peine capitale. Ainsi, l'humanité n'est pas un bon critère pour juger de la peine de mort : d'une part, le sentiment que l'on éprouve devant la mise à mort d'un condamné ne prouve pas son injustice ; d'autre part, Beccaria n'est pas conséquent avec son propre critère, puisqu'il propose de remplacer la peine capitale par l'emprisonnement à vie, considérant que ce dernier effraie davantage et qu'en cela il est plus efficace⁵⁷.

En outre, Diderot montre que le pacte social et la peine de mort ne sont pas strictement incompatibles⁵⁸. Car Beccaria considère précisément qu'on ne peut

53. *Ibid.*, p. 539. Voir également l'article « Châtiment » de l'*Encyclopédie*.

54. *Des délits et des peines*, IV, p. 67.

55. *Observations sur le Nakaz*, p. 535.

56. *Ibid.*, p. 540.

57. Notes sur le « *Traité des délits et des peines* », *Œuvres complètes*, t. IV, Paris, Garnier frères, 1875, p. 67. Le passage concerné dans le traité *Des délits et des peines* est p. 128.

58. *Ibid.*

pas concéder par contrat le pouvoir de tuer. Il y a au moins deux bonnes raisons à cela : le sacrifice minimal de liberté que chacun consent pour former l'association civile est incompatible avec le consentement à être mis à mort en cas de crime ; et l'homme n'ayant pas le droit de se tuer lui-même, il ne peut donner au souverain un droit qu'il n'a pas⁵⁹. Tout dépend, on le comprend, de l'origine que l'on assigne au droit de punir. Si on considère, comme le fait Beccaria, qu'il est strictement d'origine contractuelle, alors on doit condamner la peine de mort comme illégitime : elle entre en contradiction avec le droit naturel. Hobbes a soulevé le problème et y a répondu : les hommes dans l'institution de la République n'ont pas abandonné leur droit de se défendre et par conséquent le droit de punir qui appartient à l'État ne peut provenir d'un don des sujets. Mais, en s'associant, ils se sont dessaisis de leur droit de châtier, et ont par là fortifié celui du souverain ; et celui-ci peut légitimement aller jusqu'à condamner à mort le coupable⁶⁰. Locke examine la question autrement : il y a en chacun un droit de punir celui qui a violé les lois de la nature, parce que celui qui le fait ne se conduit plus selon la raison et selon la justice, qu'il devient par là dangereux pour le genre humain, que chacun doit par conséquent le punir selon le droit naturel qu'il a de conserver le genre humain. Le meurtrier doit être condamné à mort, parce qu'il est nécessaire de détourner les autres hommes du crime⁶¹.

Beccaria ne veut considérer le droit de punir ni comme un attribut de la souveraineté nécessaire à l'exercice de sa fonction (Hobbes), ni comme une extension du droit naturel (Locke). Il naît du pacte, et en conséquence ne peut aller selon lui jusqu'à la peine de mort, car on ne peut consentir à sa propre mort. C'est une erreur selon Diderot : c'est justement parce que la vie est le plus grand bien que l'on consent à ce qu'on l'ôte à celui qui l'ôterait aux autres. L'erreur est de croire que dans un tel consentement, on admet qu'on puisse soi-même être condamné à mort. Le contrat procède de l'intérêt bien compris : j'admets la peine capitale comme le plus sûr moyen de garantir la sûreté, et je suis persuadé, le faisant, que jamais je n'y serai exposé, par conséquent que les lois seront en ma faveur. La peine de mort peut donc tout à fait trouver son origine dans le contrat. Diderot répète là l'argument de Pufendorf : je ne peux croire, lorsque je consens à la peine capitale, que je puis y être condamné⁶².

Ces critiques de Beccaria sont-elles pleinement accordées au légicentrisme dont Diderot fait preuve dans ses *Observations sur le Nakaz* ? On peut légiti-

59. *Des délits et des peines*, p. 126.

60. HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, p. 332.

61. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, chap. II, trad. D. Mazel, Paris, GF-Flammarion, 1992, p. 143 s. Sur le droit de punir chez Hobbes et chez Locke, voir Jean TERREL, *Les Théories du pacte social*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, p. 183-185 et 290-291.

62. *Le Droit de la nature et des gens*, VIII, chap. III. Voir Jean TERREL, *Les Théories du pacte social*, p. 318-321.

mement en douter : car ne peut-on penser que Diderot n'est pas pleinement cohérent lorsqu'il en appelle à la fois au code des lois et à la discrétion du juge – autrement dit à la lettre des lois et à l'esprit des lois, à la rationalisation de la législation et à l'arbitraire du magistrat ?

CLASSER, JUGER, PUNIR

Cependant, l'apparente incohérence se dissipe lorsqu'on s'efforce de comprendre pourquoi, contre la pensée de son siècle, Diderot veut revaloriser l'idée d'arbitraire, en son sens technique.

Car ce que dénonce Diderot chez Beccaria, c'est sa volonté de parvenir à une classification parallèle des crimes et des châtiments, qui proportionne les uns aux autres et par conséquent qui rend la sentence du juge nécessaire, une fois le crime qualifié. Beccaria est ici le porte-parole des penseurs et des juristes qui veulent en terminer avec la casuistique de l'Ancien Régime, où la peine variait selon les circonstances et l'intention. Foucault remarque que cette classification générale trouve son modèle scientifique dans l'*histoire naturelle* : « on cherche à constituer un Linné des crimes et des peines, de manière que chaque infraction particulière, et chaque individu punissable, puissent tomber sans aucun arbitraire sous le coup d'une loi générale⁶³ ». On suggère ainsi de constituer des tables où chaque espèce de crime sera distinguée, de telle sorte que tout délit puisse y être référé. On suggère également de constituer une table équivalente pour les châtiments et de mettre ces tables en correspondance. Cette double taxinomie, souligne Foucault, est supposée résoudre le problème de l'application de lois fixes à des individus singuliers.

La critique par Diderot de Beccaria rejoint sa défiance à l'égard de l'histoire naturelle et de toutes les tentatives de classification. *Le Rêve de d'Alembert* l'a souligné : la nature est inclassable parce qu'elle est indivisible. Le monde est un tout fluctuant, où rien n'a d'essence déterminée : « Toute chose est plus ou moins une chose quelconque, plus ou moins terre, plus ou moins eau, plus ou moins air, plus ou moins feu ; plus ou moins d'un règne ou d'un autre... donc rien n'est de l'essence d'un être particulier⁶⁴. » C'est la notion même d'individu qu'il faut nier : le dynamisme universel des flux dissipe toutes limites. Dès lors, classifier, c'est arrêter des formes qui ne sont pas par essence définies, c'est, comme le dit Gerhard Stenger, constituer en partie ce qui n'est que relation⁶⁵.

63. *Surveiller et Punir*, p. 102.

64. *Le Rêve de d'Alembert*, Versini, t. I, p. 636.

65. Gerhard Stenger, *Nature et liberté chez Diderot après l'« Encyclopédie »*, Paris, Universitas, 1994, p. 173 s.

Il ne s'agit pas de dire que toute tentative de mise en ordre est vouée à l'échec, mais de comprendre que notre connaissance est nécessairement partielle et défectueuse, parce qu'elle prend appui sur des fondements inadéquats. *Autrement dit, tout système de connaissance est nécessairement arbitraire.* Diderot en est persuadé dès l'Encyclopédie, où dans le *Prospectus* il est dit que « la nature ne nous offre que des choses particulières, infinies en nombre et sans aucune division fixe et déterminée⁶⁶ ». Ce qui vaut pour le monde naturel vaut tout autant pour l'espace social, où la mobilité des passions, la diversité des intérêts, la variabilité des intentions empêchent de donner une valeur absolue à une quelconque classification.

Doit-on alors se résoudre à considérer comme vaine toute tentative de connaissance ? Ce n'est pas l'intention de Diderot. Ce dont il faut fermement douter, c'est de l'adéquation des mots aux choses. Cela ne signifie pas que les mots sont sans pertinence : l'essentiel est bien qu'ils s'accordent entre eux. Croire en l'adéquation des mots aux choses, c'est tomber dans une double illusion. Une illusion *substantialiste* d'abord : car c'est penser que les choses existent, alors que tout n'est que flux et relations. Une illusion *réaliste* ensuite : car c'est penser qu'un système n'a de valeur que s'il colle aux choses, alors que sa valeur dépend non de l'adéquation aux choses, mais de son ordre intrinsèque.

Or, c'est dans cette double illusion que tombe Beccaria quand il croit régler le droit pénal par une échelle fixe des délits et des peines, déterminée en fonction de leur nature intrinsèque. *Illusion substantialiste* : les délits n'existent pas de manière fixe et déterminée, ils sont relatifs, fonction de l'appréciation sociale. *Illusion réaliste* : la classification proposée enveloppe une part d'arbitraire. Le tort de Beccaria n'est pas de proposer cette double classification, mais de dissimuler la part de décision que tout code enveloppe. Et c'est aussi dans une telle double illusion que tombent ceux qui, comme Montesquieu, comme Rousseau, prônent la convenance des lois et des mœurs. *Illusion substantialiste* : les mœurs n'existent pas de manière séparée, elles sont relation aux lois. *Illusion réaliste* : l'important n'est pas la convenance des lois et des mœurs, mais l'accord des lois entre elles qui forment un code et la compatibilité des codes entre eux. Et tout code enveloppe une part d'arbitraire, puisqu'il renvoie à la décision du souverain.

Cette double illusion a des conséquences politiques majeures, qu'on peut lire selon Diderot dans l'*Instruction* de Catherine II. Dans l'un et l'autre cas, on croit pouvoir régler l'action du souverain par la nature des choses, de telle sorte qu'elle en devienne purement rationnelle, pleinement fondée. Il n'est pas éton-

66. Cité dans Jacques PROUST, « Diderot et le système des connaissances humaines », *Studies on Voltaire*, 256, 1988, p. 117-127.

nant, dans cette perspective, que la critique de Beccaria dans les *Observations sur le Nakaz* s'accompagne d'une mise en garde contre le système de Lemercier de La Rivière. Diderot a dans un premier temps encensé le penseur physiocrate, il a vanté la simplicité de son système, la rigueur de ses déductions, l'a appelé « Solon » et en a recommandé la lecture à Catherine II. Mais sous l'influence de Galiani, qui établit que les lois ne sont pas nécessaires, qu'elles ne sont pas la transcription de l'ordre naturel, Diderot prend ses distances avec *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*⁶⁷.

Catherine II s'inspire de Lemercier : les lois naturelles sont évidentes, et le souverain éclairé, comme le souligne le penseur physiocrate, suit cette évidence. Le despote arbitraire devient despote légal⁶⁸. Diderot considère que l'évidence n'est pas une réelle contre-force. Il est difficile, voire impossible, de la généraliser, elle ne prend pas en compte dans la déduction qu'elle conduit les passions et les intérêts ; et les vraies contre-forces ne sont pas dans la raison, mais dans les institutions⁶⁹. Le système de Lemercier est comme une montre qu'on aurait construite sans avoir calculé les frottements⁷⁰ ; et la politique, c'est justement l'art de prendre en compte les frottements.

Suivre Beccaria et Lemercier, c'est penser que le despotisme n'est plus monstrueux lorsqu'il n'est plus arbitraire, *c'est plus encore substituer l'évidence à la décision, la déduction à la délibération*. Diderot dénonce cette substitution. D'une part, parce que Catherine II y cache son absolutisme. D'autre part, parce que la politique est par excellence le lieu de la délibération. Il l'a souligné dès le début de ses *Observations* : « Il n'y a de vrai souverain que la nation » et les lois qu'elle élabore « ne sont plus les volontés arbitraires d'un seul, ce sont celles d'un nombre d'hommes qui ont consulté entre eux sur leur bonheur et sur leur sécurité⁷¹ ». On l'a souligné, Beccaria (et en cela, il théorise un sentiment qui est largement répandu à la fin du XVIII^e siècle) condamne l'usage du libre arbitre chez le magistrat parce qu'il donne lieu à des décisions infondées. L'arbitraire en son sens technique est confondu avec l'arbitraire en son sens péjoratif. Diderot prône implicitement une dissociation des deux termes : car il est nécessaire de réinstaller la capacité de juger et de décider au cœur même de la politique. Ce qui est arbitraire, en un sens péjoratif, c'est la décision sans délibération du despote non impliqué, « impartial », comme le dit Beccaria, qui juge d'après ce qu'il croit être la nature des choses. Autrement dit, ce qui est

67. Voir sur ce point Gerhardt STENGER, *Nature et liberté chez Diderot après l'« Encyclopédie »*, p. 162 s.

68. LEMERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Paris, Fayard, 2001, p. 48 s., p. 70 s., p. 175 s.

69. *Observations sur le Nakaz*, p. 517.

70. *Ibid.*, p. 521.

71. *Ibid.*, p. 507.

arbitraire en politique, ce ne sont pas les lois qui ne tiennent compte ni des mœurs ni de l'échelle des délits et des peines, mais c'est la prise de décision qui cherche un fondement ailleurs que dans l'opinion éclairée des citoyens.

On comprend l'intérêt qu'il y a à ne pas dissocier les propos de Diderot sur les rapports entre les lois et les mœurs et les critiques qu'il adresse au traité de Beccaria. Loin d'être incompatibles, son légicentrisme et son refus d'un légalisme radical s'éclairent mutuellement : si Diderot est légicentrisme, c'est parce qu'il refuse le recours au savoir ou à la nature des choses contre la délibération ; et s'il critique Beccaria, ce n'est pas parce qu'il est resté insensible aux dérives du système judiciaire de l'arbitraire, mais parce qu'il entend dénoncer la confusion entre le politique et le pénal implicite dans les propos du juriste italien. On ne doit pas se tromper d'objet : les lois pénales ne doivent avoir pour objet que la sûreté des citoyens. La liberté politique se joue *dans l'obéissance des citoyens à la loi, non dans la pénalisation de la désobéissance aux lois* : « il est rare qu'un peuple se soumette sincèrement à des lois qu'on lui impose ; il les aimera, il les respectera, il y obéira, il les défendra comme son propre ouvrage, s'il en est l'auteur⁷² ». La liberté des citoyens tient à leur capacité de consulter entre eux « sur leur bonheur et sur leur sécurité ». Le despote ne peut pas être éclairé : *au philosophe-roi, il faut préférer le modèle aristotélicien de la délibération collective qui fixe les principes de la législation*. Car, si on peut douter que le législateur soit toujours apte à saisir l'esprit de la nation, on ne doute pas que les lois sont convenables lorsque la nation les produit.

Florent GUENARD

*Centre d'histoire de la philosophie moderne
et contemporaine – EA 373*

72. *Ibid.*