From the SelectedWorks of Javier Agudo

April 2012

Locke et l'état d'exception: l'individu face à la majorité

Contact Author

Start Your Own SelectedWorks

Notify Me of New Work

Available at: http://works.bepress.com/javieragudo/8

Locke et l'état d'exception :
l'individu face à la majorité

Javier Agudo*

Introduction

Le libéralisme défendu par John Locke reconnaît la nécessité d'un pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans le cadre des situations d'exception: c'est la prérogative. Dans son *Deuxième Traité sur le Gouvernement Civil,* Locke reconnaît que même si les lois peuvent établir certaines limites à l'exercice de cette prérogative, la nature changeante et imprévisible du futur rendent impossible l'élimination totale de ce pouvoir discrétionnaire.

Cette vision éloigne Locke des thèses libérales rationnelles classiques, comme celles de Condorcet, Kant ou Kelsen, pour lesquelles la discrétion du souverain était inutile, puisqu'il devait se limiter a appliquer la loi en toutes circonstances. Néanmoins, la conception lockéenne de la prérogative diffère aussi des thèses purement absolutistes et décisionnaires du pouvoir discrétionnaire, telles que défendues par Hobbes ou Schmittt. Est-ce que Locke, considéré comme un des précurseur des droits fondamentaux, met en péril les libertés individuelles par sa théorie de la prérogative?

Pour Locke, la prérogative est limitée par le fondement selon lequel la société politique s'est constituée : la conservation de l'espèce et de la propriété. Le peuple conserve, en tout moment, le pouvoir souverain et aura le droit de résister et de détrôner le souverain, s'il exerce le pouvoir de manière arbitraire et à l'encontre de la finalité de la société.

Ce caractère intermédiaire de la prérogative lockéenne, ni soumis aux règles positives ni tombant dans l'absolutisme de l'exécutif est partagé par la plupart de ses commentateurs. Les principales divergences apparaissent quand il s'agit de déterminer si ce pouvoir discrétionnaire est dans un schéma constitutionnel émanant du contrat social, ou si en revanche, il est de nature extra-constitutionnel, soit que sa liaison est directe avec le peuple.

* Étudiant en Droit et Science politique à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

La première thèse, qui rapproche Locke des thèses positivistes, est défendue par des auteurs comme George Sabine[1], William Ebenstein[2] ou David Weaver[3]. Ils soutiennent que le pouvoir exécutif est toujours soumis au pouvoir législatif et que ce dernier doit, en dernier ressort, approuver son action. Par contre, pour des auteurs comme Pasquale Pasquino[4], Ross J. Corbett[5] ou Marc de Wilde[6], Locke propose la prérogative précisément pour surmonter les défaillances du pouvoir législatif. La prérogative doit être alors nécessairement extra-constitutionnelle, et limitée directement par la conscience du peuple.

Cependant, cette discussion est insuffisante pour répondre à la question ultime sur l'étendu de la prérogative : est-ce que Locke conçoit l'existence des droits individuels comme étant inaliénables, y compris dans l'état d'exception?

Pour répondre à cette question, il faut s'intéresser aux thèses de Wilmoore Kendall[7], un auteur qui questionne le libéralisme individualiste de Locke. Kendall considère que, dans la société civile lockéenne, l'individu est complètement soumis à la volonté de la majorité sociale. Le droit naturel devient le droit rationnelle, tel que dicté par le plus grande nombre des individus, et il reste donc soumis au pouvoir absolu de la communauté.

Dans cette étude, il sera démontrer que même si les thèses de Kendall semblent trop problématiques pour expliquer la conception globale de la société civil chez Locke, elles peuvent avoir une influence notable dans le cas de l'état exception. Précisément, c'est dans cet état ou les majorités sociales, voyant leurs propres conservations en péril, deviennent plus dangereuses pour l'individu.

Premièrement, il sera fait une présentation des causes qui mènent Locke à défendre l'existence de la prérogative, si bien qu'il est conscient de la nécessité de la limiter (I) ; ensuite, il sera argumenté en faveur des thèses situant la prérogative au niveau extra-constitutionnel, pour démontrer que dans son exercice, le souverain répond directement à la communauté (II) ; finalement, il sera apporté une nuance à la notion d' « absolutisme de la majorité », telle que décrite par Kendall, pour conclure que, effectivement, dans les cas de l'état d'exception, Locke semble s'éloigner de son image du précurseur des droits fondamentaux (III).

I. La nécessité de la prérogative

Pour analyser avec détail le concept de la prérogative chez Locke, il faut tout d'abord expliquer les causes pour lesquelles, à la différence d'auteurs comme Condorcet, Kant ou Kelsen, Locke considère que la loi positive est insuffisante pour gérer la communauté politique (A). Ensuite, on verra la définition précise que Locke donne a ce concept (occupant tout un Chapitre XIV du *Deuxième Traité*) et quelques exemples de son utilisation (B).

(A) L'insuffisance de la loi dans la gestion de la société politique

Locke donne trois raisons pour lesquelles la loi est insuffisante et doit être complétée par la prérogative :

1- Premièrement, il s'agit de la configuration propre du pouvoir législatif. Locke affirme que le pouvoir législatif ne peut pas s'assembler de manière constante :

§153 : « Il n'est pas nécessaire, ni à propos, que le pouvoir législatif soit toujours sur pied (...) »

§156 : « Des assemblées du pouvoir législatif perpétuelles, fréquentes, longues sans nécessité, ne pourraient qu'être à charge au peuple, et que produire avec le temps des inconvénients dangereux (…) »

2- Deuxièmement, pour Locke la loi est, de par sa propre nature, insuffisante pour gérer la l'activité sociale. Ayant une vocation générale, elle tend plutôt à mettre des limites à l'exécutif qu'à mener l'action. La loi est donc trop imprécise pour gérer l'activité politique et peut présenter des lacunes :

§159. « (…) les législateurs n'étant pas capables de prévoir tout, ni de pourvoir, par des lois, à tout ce qui peut être utile et nécessaire à la communauté (...) »

3- Locke résume ces deux défaillances du pouvoir législatif, en y ajoutant une troisième, la lenteur de la procédure législative :

§160. « (...) puisque dans quelques gouvernements le pouvoir législatif n'est pas toujours sur pied; que même l'assemblée de ce pouvoir est d'ordinaire trop nombreuse et trop lente à dépêcher les affaires qui demandent une prompte exécution; et qu'il est impossible de prévoir tout, et de pourvoir, par les lois, à tous les accidents et à toutes les nécessités qui peuvent concerner le bien public (...) »

Cependant, Locke admet que la complexification de la législation mènerait a une limitation progressive de la prérogative. Or, la nature incertaine des choses futures entrainent une impossible élimination totale de ce pouvoir discrétionnaire :

§157. « Les choses de ce monde sont exposées à tant de vicissitudes, que rien ne demeure longtemps dans un même état. Les peuples, les richesses, le commerce, le pouvoir sont sujets à de grands changements. Les plus puissantes et les plus florissantes villes tombent en ruine, et deviennent des lieux désolés et abandonnés de tout le monde; pendant que d'autres, qui auparavant étaient déserts et affreux, deviennent des pays considérables, remplis de richesses et d'habitants. »

Si la loi est insuffisante pour gouverner, il est donc nécessaire qu'il y ait un pouvoir discrétionnaire pour remédier à ces limitations.

(B) La prérogative, un pouvoir discrétionnaire pour le bien commun

Traditionnellement, la prérogative était tout pouvoir exercé par le Roi. Locke donne une nouvelle signification à ce concept tout en limitant profondément son champ d'action. Il définit la « prérogative » cinq fois dans différents paragraphes de son *Deuxième Traité* :

§158. « *Salus populi suprema lex (…)* La prérogative n'étant autre chose qu'un pouvoir qui a été remis entre les mains du Prince, afin qu'il pourvût au bien public dans des cas qui dépendent de conjonctures et de circonstances imprévues et incertaines; des lois fixes et inviolables ne sauraient sûrement servir de règle. Tout ce qui paraît manifestement être fait pour le bien du peuple et pour affermir le gouvernement sur ses fondements véritables, est, et sera toujours une prérogative juste. »

§160. « Le pouvoir d'agir avec discrétion pour le bien public, lorsque les lois n'ont rien prescrit sur de certains cas qui se présentent, ou quand même elles auraient prescrit ce qui doit se faire en ces sortes de cas, mais qu'on ne peut exécuter dans de certaines conjonctures sans nuire fort à l'État : ce pouvoir, dis-je, est ce qu'on appelle prérogative (...) »

§164. « (…) la prérogative ne saurait être fondée que sur la permission, que le peuple a donnée à ceux à qui il a remis le gouvernement, de faire diverses choses, de leur propre et libre choix, quand les lois ne prescrivent rien sur certains cas qui se présentent, et d'agir même quelquefois d'une manière contraire à des lois expresses de l'État, si le bien public le requiert, et sur l'approbation que la société est obligée de donner à cette conduite. »

§165. « (…) la prérogative n'est rien autre chose que le pouvoir de procurer le bien public, sans règlements et sans lois ».

§210. « la prérogative, qui se définit comme le pouvoir arbitraire, qui a été laissé au prince dans certains domaines, de faire au peuple du bien, mais non du mal (...) »

Pour clarifier la définition, on peut analyser les exemples donnés par Locke de ce que constitue la prérogative.

1- D'abord, le droit du Roi à réunir ou à dissoudre la Chambre législative constitue un exemple de prérogative. Locke propose la possibilité à ce que les temps de réunion du législatif soient prédéfinis dans la loi constitutionnelle :

§154. «(...) l'une, que la constitution originaire de l'assemblée demande qu'elle soit sur pied, et agisse de temps - et alors le en temps et dans de certains temps précis, pouvoir exécutif n'a autre chose à faire qu'à publier des ordres, afin qu'on élise les membres de l'assemblée, selon les formes accoutumées (...)»

Néanmoins, il considère qu'il est impossible pour le constituant de tout prévoir, donc il faut laisser cette prérogative aux mains de l'exécutif :

§156. « En effet, il n'est pas possible que les premiers instituteurs des sociétés aient si bien prévu les choses et aient été si maîtres des événements futurs, qu'ils aient pu fixer un temps juste et précis pour les assemblées du pouvoir législatif, et pour leur durée, en sorte que ce temps répondît aux nécessités de l'État. »

2- Ensuite, Locke ajoute à la prérogative le pouvoir de modifier le mode de désignation des représentants dans l'assemblée législative afin de l'ajuster aux changements de la population :

§157. « (…) si l'on considère que le simple nom d'une fameuse ville, dont il ne reste que quelques masures, au milieu desquelles il n'y a qu'une étable à moutons, et ne se trouve pour habitants qu'un berger, fait envoyer à la grande assemblée des législateurs, autant de députés représentatifs, que tout un comté infiniment peuplé, puissant et riche y en envoie. »

L'ancienne chambre législative ne saurait s'auto-restituer et donc un pouvoir, extérieur au législatif, est nécessaire pour le rétablir au profit du bien public. On peut souligner qu'en ce cas la prérogative constitue une sorte de pouvoir législatif laissé aux mains de l'exécutif :

§158. « si le pouvoir exécutif, (...) lorsqu'il s'agit d'en faire élire les membres, règle, non suivant la coutume, mais suivant la droite raison, le nombre de ses membres, dans tous les lieux qui ont droit d'être distinctement représentés, et qu'il communique ce droit à une partie du peuple qui, quelque incorporée qu'elle fût, n'y avait nulle prétention, et qu'il le lui communique à cause des avantages que la société en peut retirer; on ne peut dire qu'un nouveau pouvoir législatif ait été établi, mais bien que l'ancien a été rétabli, et qu'on a remédié aux désordres que la succession des temps avait insensiblement et inévitablement introduits. »

3- Finalement, Locke évoque deux exemples dans lesquels la prérogative permet à l'exécutif d'aller, exceptionnellement, à l'encontre des lois établies. Le première exemple est une attente à la propriété individuelle pour sauvegarder le bien commun : le souverain aurait le droit de détruire la maison d'un individu pour éviter la propagation d'un feu aux autres maisons des alentours. Le deuxième exemple, il s'agit du pouvoir du souverain d'aller à l'encontre des lois pour pardonner un individu qui le mérite:

§159. « En effet, plusieurs accidents peuvent arriver, dans lesquels une observation rigide et étroite des lois est capable de causer bien du préjudice, comme de ne pas abattre la maison d'un homme de bien pour arrêter le ravage d'un incendie; et un homme, en s'attachant scrupuleusement aux lois, qui ne font point distinction des personnes, peut faire une action qui mérite une récompense, et qui, en même temps, ait besoin de pardon ».

La définition et les exemples donnés par Locke supposent une rupture avec la conception traditionnelle de la prérogative royale. Comme plusieurs auteurs le soulignent, Locke a compris les enjeux exceptionnelles et constants auxquels la communauté politique peut être soumise dans l'État moderne. Il faut donc analyser ces apports lockens par rapport à la théorie de l'état d'exception.

II. La prérogative soumise exclusivement à la communauté sociale

Suite à ces définitions et exemples, Corbett et De Wilde affirment que deux caractéristiques lockéennes de la prérogative peuvent êtres dégagées. D'abord, chez Locke, il apparaitrait que la prérogative s'accroît : elle se normalise dans le temps et dans son niveau d'application, elle sort des bornes du schéma constitutionnel puisqu'elle peut aller au delà et à l'encontre des lois positives émanant du pouvoir législatif (A). De l'autre côté, la prérogative trouve une limite absolue dans le bien de la communauté sociale, spécialement dans la protection vitale de la société (B).

(A) La normalisation d'un état d'exception extra-constitutionnel

Comme le note De Wilde, il apparaitrait que pour Locke, l'état d'exception se normalise. Cela marque une claire transition vers la notion moderne des pouvoirs d'exception des gouvernements : les crises sont constantes et l'état d'exception est toujours une possibilité. Il est impossible pour le législatif de prévoir ces crises, parce que les changements sont constants et se présentes de différentes manières (§157, §160, vus antérieurement).

Selon De Wilde, l'État d’exception se normalise aussi dans son champ d'application. Locke considère que la prérogative caractérise l'action non seulement dans des situations d'énorme gravité pour toute la société, mais aussi dans des cas de nécessités plus conventionnelles. On a vu les exemples de l'incendie (§159) et de la réunion du pouvoir législatif (§156), situations qui ne représentent pas une risque majeur.

En outre, il apparaitrait que l’exécutif se détache du législatif dans l'exercice la prérogative. Cette caractéristique, l'extra-constitutionnalité de la prérogative, est sujette à beaucoup de controverses. Pour quelques auteurs, comme Weaver, la prérogative n'est pas extra-constitutionnelle puisqu'elle est un pouvoir autorisé à l’exécutif par la loi constitutionnelle. Une fois la situation d'exception terminée, le législatif pourrait ratifier l’exercice de la prérogative. Cette vision est justifiée principalement par le passage suivant (Locke) :

§159. « (…) celui qui fait exécuter les lois, étant revêtu de pouvoir, a, par les lois communes de la nature, le droit d'employer son pouvoir pour le bien de la société, dans plusieurs cas, auxquels les lois de l'État n'ont point pourvu, **jusqu'à ce que le pouvoir législatif puisse être dûment assemblé**, et y pourvoir lui-même ».

Cependant, Corbett affirme que si cette ratification législative serait envisageable dans les cas de certaines lacunes législatives, elle n'est pas possible dans les cas où le souverain agit à l'encontre des lois ou quand il modifie le mode de scrutin afin de restituer le pouvoir législatif (possibilité mentionné auparavant, §157). En effet, Locke conçoit que même si le peuple a pu, dans un moment donné, limiter par loi le champ d'action de la prérogative, cette limitation va à l'encontre de son propre bien :

§163. « Ainsi, ceux-là ont une très mauvaise idée du gouvernement, qui disent que le peuple a empiété sur la prérogative, lorsqu'il a entrepris de la déterminer et de la borner par des lois positives (…) Cela seulement doit être regardé comme une usurpation qui est nuisible et contraire au bien public ».

Pour Locke, la prérogative est précisément la façon de surmonter les limitations des lois positives, et donc de la loi constitutionnelle. La prérogative ne peut donc pas être un pouvoir conféré à l'exécutif par la loi constitutionnelle. La prérogative, comme le pouvoir fédératif, est dans les mains de l’exécutif parce que celui-ci détient le pouvoir de la contrainte. Mais la prérogative préexiste à la constitution sociale , elle est dans le champ de l'état de nature:

§159. « Cela fait que les lois mêmes, doivent, en certains cas, céder au pouvoir exécutif, ou **plutôt à la loi fondamentale de la nature et du gouvernement**, qui est, qu'autant qu'il est possible, tous les membres de la société doivent être conservés ».

Ce passage du *Deuxième Traité* semble, selon Corbett, assez explicite pour défendre la thèse de l'extra-constitutionnalité de la prérogative. L'exercice de la prérogative n'est pas en rapport avec le législatif mais directement en rapport à la communauté :

§168. « Qui jugera si le pouvoir exécutif a fait un bon usage de sa prérogative? je réponds, **qu'il ne peut y avoir de juge sur la terre** entre le pouvoir exécutif, qui, avec une semblable prérogative, est sur pied, et le pouvoir législatif, qui dépend, par rapport à sa convocation, de la volonté du pouvoir exécutif; qu'il n'y en peut avoir non plus entre le pouvoir législatif et le peuple ».

Or, l'extra-constitutionnalité de la prérogative n'implique pas qu'elle soit illimitée. La prérogative est limitée pour les mêmes raisons que les individus ont décidés de constituer un société civile : la protection de la propriété et surtout, la conservation de l'espèce.

(B) Le limite de la protection biologique de la société

En effet, Locke souligne que l'exercice de la prérogative est borné par la défense du bien commun : *Salus populi suprema lex* (§158). Il appartient au peuple, en tant que communauté sociale et détenteur du pouvoir originaire de juger la prérogative du souverain :

§168. « (…) soit que le pouvoir exécutif, ou le pouvoir législatif, lorsqu'il a la suprême puissance entre les mains, ait dessein et entreprenne de le rendre esclave et de le détruire, le peuple n'a d'autre remède à employer, en cette sorte de cas, aussi bien que dans tous les autres, dans lesquels il n'a point de juge sur la terre, que d'en appeler au Ciel »

§240. « Qui jugera si le Prince, ou la puissance législative, passe l'étendue de son pouvoir et de son autorité? (…) Je réponds, que c'est le peuple qui doit juger de cela »

L'appel au ciel est un euphémisme utilisé par Locke pour se référer au droit du peuple de prendre les armes. Ce droit de résistance du peuple est donc un contrepoids, aussi extra-constitutionnel, à la prérogative. Comme dit auparavant, la prérogative est gouvernée par le droit de la nature ; par conséquent, la résistance constitue le droit naturel de chacun à se défendre des excès du souverain.

Or, de la même manière que le pouvoir exécutif n'a pas le droit d'exercer de façon arbitraire la prérogative, le peuple ne peut non plus se révolter de manière arbitraire. Cela est illicite et constitue une rébellion :

§226. « En effet, la rébellion étant une action par laquelle on s'oppose, non aux personnes, mais à l'autorité qui est fondée uniquement sur les constitutions et les lois du gouvernement, tous ceux, quels qu'ils soient, qui, par force, enfreignent ces lois et justifient, par force, la violation de ces lois inviolables, sont véritablement et proprement des rebelles ».

Si on se demande qu'elle est la conception de Locke du « bien commun », De Wilde soutient que Locke présente un important apport moderne. Si pour les auteurs médiévaux, comme Thomas d'Aquin dans son « Summa theologiae », le bien commun était mis en relation avec une perfection morale, Locke parle en termes de « sécurité et préservation » :

§155. « Car, ayant établi cette assemblée, et l'ayant destinée à exercer le pouvoir de faire des lois, dans de certains temps marqués, ou lorsqu'il est nécessaire; si elle vient à être empêchée par la force, de faire ce qui est si nécessaire à la société, et en quoi la sûreté et la conservation du peuple consiste, le peuple a droit de lever cet obstacle par la force ».

En effet, chez Locke, la conservation de la vie semble avoir une valeure supérieure aux autres droits et aux impératifs moraux. Même un coupable doit être « conservé » s'il ne met pas en danger la société :

§159. « C'est pourquoi, celui qui tient les rênes du gouvernement, doit avoir, en divers cas, le pouvoir d'adoucir la sévérité des lois, et de pardonner quelques crimes, vu que la fin du gouvernement étant de **conserver tous les membres de la société**, autant qu'il se peut, des coupables doivent être épargnés, et obtenir leur pardon, lorsqu'on voit manifestement qu'en leur faisant grâce, on ne cause aucun préjudice aux innocents ».

De Wilde, faisant allusion à Michel Foucault[8], affirme que cette importance attachée à la conservation est une caractéristique du passage de l'âge classique à l'État moderne. La régulation et l'optimisation de la vie des individus deviennent une fonction principale pour le gouvernement : le bien ultime à protéger par le souverain n'est plus le domaine royal mais la population. Par conséquent, dans l'état d'exception, le sacrifice d'une vie peuvent être seulement justifiée par la sauvegarde de l'ensemble de la société (la « *Raison d'État* », selon Foucault).

C'est à ce moment qu'on arrive aux conséquences ultimes de la notion lockéenne de la prérogative. Jusqu'alors, même les auteurs qui considèrent que la prérogative est placée en dehors de la constitution voient ce pouvoir discrétionnaire limité par la « loi fondamentale de la nature et

du gouvernement » (§159). Le peuple, formé par des créatures « raisonnables » (§98, §124, §168), sera chargé de juger si les actions du Prince assurent sa propre préservation :

§240. « S'il n'y a rien de si raisonnable et de si juste dans les cas particuliers des hommes prives, pourquoi ne serait-il pas permis d'en user de même à l'égard d'une chose aussi importante qu'est le bonheur d'un million de personnes, et lorsqu'il s'agit de prévenir les malheurs les plus dangereux et les plus épouvantables; des malheurs d'autant plus à craindre qu'il est presque impossible d'y remédier, quand ils sont arrivés? »

Mais comment agit ce peuple ? Il décide par la majorité, soit par la loi du plus grande nombre. Pour analyser les implications ultimes et les périls de la notion de la prérogative chez Locke, il faut étudier le concept de majorité. Une conception largement revisitée par Wilmoore Kendall et qui met en doute le libéralisme individualiste normalement attaché a la figure de John Locke.

III. L'absolutisme de la majorité dans l'état d'exception

Dans cette dernière partie seront analysées les limites ultimes de la prérogative lockéenne. Il sera d'abord, à travers des thèses de Kendall, expliqué que l'individu se trouve face une communauté sociale toute-puissante et agissant par la majorité (A). Ensuite, il sera conclu que si la thèse absolutiste doit être nuancée dans le fonctionnement habituelle de la société, elle peut avoir de graves implications dans l'état d'exception (B).

(A) Kendall et la doctrine de la majorité

Wilmoore Kendall, dans son œuvre *« John Locke and the Doctrine of Majority Rule »*, met en question l'interprétation de Locke comme représentant de l'individualisme classique et des droits naturelles.

Selon Kendall, au delà de défendre les droits individuels, Locke soutient la défense des intérêts de la majorité, d'un « absolutisme majoritaire ». Les individus ont des droits seulement dans la mesure où la société leur en confère, et ces droits seront définis par la volonté même de la majorité. Les droits ne sont donc pas abstraits et absolus mais fonctionnels et changeables.

Kendall affirme que, chez Locke, « la loi naturelle est une loi qui commande aux individus de veiller à leur propre intérêts ». Locke affirme que le droit naturel est égal à la loi de la raison :

§12. « (…) il est très certain qu'il y a de telles lois, et que ces lois sont aussi intelligibles et aussi claires à une **créature raisonnable**, et à une personne qui les étudie, que peuvent être les lois positives des sociétés et des États ».

§136. « Car, les lois de la nature n'étant point écrites, et par conséquent ne pouvant se trouver que dans le cœur des hommes (...) »

Et c'est donc dans la société en tant que groupe de « créatures raisonnables », laquelle va définir les droits, que les individus sont soumis à leurs obligations et devoirs. Kendall trouve les exemples suivants dans le *Deuxième Traité :*

§87 « (…) là seulement se trouve une société politique, où **chacun des membres s'est dépouillé de son pouvoir naturel, et l'a remis entre les mains de la société**, afin qu'elle en dispose dans toutes sortes de causes, qui n'empêchent point d'appeler toujours aux lois établies par elle ».

§89. « Car de cette manière, ils autorisent la société dans laquelle ils entrent volontairement, confirment le pouvoir qu'y ont les Magistrats et les princes de faire des lois, selon que le bien public le requiert, et s'engagent encore à joindre leur secours à celui des autres s'il est nécessaire, pour la sûreté des lois et l'exécution des jugements, qu'i**ls doivent regarder comme leurs jugements et leurs arrêts propres** ».

§120. Pour comprendre encore mieux ceci, il est à propos de considérer que quelqu'un qui, au commencement, s'est incorporé à quelque communauté, a en même temps, **par cet acte, annexé et soumis à cette communauté les possessions qu'il a ou qu'il pourra acquérir,** pourvu qu'elles n'appartiennent point déjà à quelque autre gouvernement.

§129. Le premier pouvoir, qui est de faire tout ce qu'on juge à propos pour sa propre conservation et pour la conservation du reste des hommes, **on s'en dépouille, afin qu'il soit réglé et administré par les lois de la société**, de la manière que la conservation de celui qui vient à s'en dépouiller, et de tous les autres membres de cette société le requiert : et ces lois de la société resserrent en plusieurs choses la liberté qu'on a par les lois de la nature.

§130. « **Car un homme, étant alors dans un nouvel état** (...) **est obligé de se dépouiller de la liberté naturelle qu'il avait de songer et pourvoir à lui-même**; oui, il est obligé de s'en dépouiller, autant que le bien, la prospérité, et la sûreté de la société à laquelle il s'est joint le requièrent : cela est non seulement nécessaire, mais juste, puisque les autres membres de la société font la même chose.

§136. « C'est pour cette fin que **les hommes remettent à la société dans laquelle ils entrent, tout leur pouvoir naturel** (...) »

§243. « Donc, pour conclure, **le pouvoir que chaque particulier remet à la société dans laquelle il entre, ne peut jamais retourner aux particuliers pendant que la société subsiste, mais réside toujours dans la communauté** (...) »

Pour Kendall, ces exemples confirment que Locke rejette à ce que les individus aient des droit supérieures à ceux de la communauté. Mais il y a plus puisque Locke défend la majorité, soit la loi de plus grande nombre, comme méthode d'action de la société :

§95. « Quand un certain nombre de personnes sont convenues ainsi de former une communauté et un gouvernement, ils sont par là en même temps incorporés, et composent un seul corps politique, dans lequel **le plus grand nombre a droit de conclure et d'agir** ».

§96. « (…) mais cette société étant alors un corps, il faut que ce corps se meuve de quelque manière : or, il est nécessaire qu'il se meuve du côté où le pousse et l'entraîne la plus grande force, qui est **le consentement du plus grand nombre**; autrement il serait absolument impossible qu'il agit ou continuât à être un corps et une société, comme le consentement de chaque particulier, qui s'y est joint et uni, a voulu qu'il fût (...) »

§97. « Ainsi, chaque particulier convenant avec les autres de faire un corps politique, sous un certain gouvernement, s'oblige envers chaque membre de cette société, de s**e soumettre à ce qui aura été déterminé par le plus grand nombre**, et d'y consentir (...) »

§99. « Quiconque donc sort de l'état de nature, pour entrer dans une société, doit être regardé comme ayant remis tout le pouvoir nécessaire, aux fins pour lesquelles il y est entré, **entre les mains du plus grand nombre des membres** (...) »

§132 « **Le plus grand nombre**, comme il a déjà été prouvé, **ayant**, parmi ceux qui sont unis en société, **le pouvoir entier du corps politique**, peut employer ce pouvoir à faire des lois, de temps en temps, pour la communauté (...) »

Pour résumer, selon Kendall, Locke défend une démocratie majoritaire, la majorité ayant un pouvoir illimité et l'emportant sur l'individu. Mais que se passe-t-il avec les nombreuses limites que Locke introduit dans le deuxième traité, comme le rejet à ce qu'un individu puisse accepter un « pouvoir absolu et arbitraire » (§171) ou « la tyrannie » (§199)?

Selon Kendall, ces limitations son placées envers les gouvernants, et non face à la « société ». Le peuple est le juge suprême (§240) et il ne juge pas automatiquement de manière défavorable lorsque certaines limites établies sont transgressées, mais quand une majorité le ressent :

§168. « Et que personne ne s'imagine que ce droit et ce privilège des peuples soient une source de perpétuels désordres; car on ne s'en sert jamais que lorsque les inconvénients sont devenus si grands, que **le plus grand nombre** des membres de l'État en souffre beaucoup, et **sent** qu'il est absolument nécessaire d'y remédier »

§225. « (…) Mais si une longue suite d'abus, de prévarications et d'artifices, qui tendent à une même fin, **donnent à entendre** manifestement à un peuple, et **lui font sentir** qu'on a formé des desseins funestes contre lui, et qu'il est exposé aux plus grands dangers ; alors, il ne faut point s'étonner s'il se soulève, et s'il s'efforce de remettre les rênes du gouvernement entre les mains qui puissent le mettre en sûreté, conformément aux fins pour lesquelles le gouvernement a été établi (...) »

Dans la conception de Kendall (interprétant Locke), les individus et les gouvernements sont limités, mais non pas la majorité de la société. Cette conception a été défendu notamment par C. B. Macpherson[9], qui affirme que : « Le transfert des droits individuels était nécessaire pour avoir la puissance collective suffisante pour protéger le propriété. Locke pouvait se permettre ce transfert, puisque le contrôle de la société civile allait être aux mains des personnes avec des propriétés. Dans ces circonstances, l'individualisme devait et pouvait se soumettre sans péril à la suprématie collective ».

Cet analyse met en cause les lectures plus conventionnels de Sabine ou Ebenstein, qui situent Locke comme l'un des fondateurs de la notion libérale des droits individuels inaliénables. En effet, comme il sera démontré par la suite, les conséquences les plus importantes de cet « absolutisme de la majorité » peuvent apparaître précisément dans le champ de l'état d'exception, où les libertés fondamentales sont spécialement vulnérables.

(B) La majorité face à l'état d'exception

Suivant les arguments de Corbett et De Wilde, on a vu comment l'exercice de la prérogative se situe en dehors de la loi positive telle que promulguée par le législateur. La prérogative est externe au champ des « lois fixes et inviolables » (§158) du législatif, précisément pour surmonter les limitations de la loi face « à tous les accidents et à toutes les nécessités » (§160) qui peuvent affecter le bien public. Néanmoins, l'exercice le prérogative reste soumis à la bonne foi et au jugement du peuple (§240).

On voit donc que la prérogative est à la fois extra-constitutionnelle et soumise au jugement populaire. Par conséquent, on peut en déduire que c'est la communauté sociale qui, par la voie de la ratification de l'action du prince, exerce cette prérogative. C'est à dire que dans les temps

d’exception, lorsque le souverain est obligé de faire usage de son pouvoir discrétionnaire, l'individu n'est pas confronté à l'exercice habituel du pouvoir exécutif limité par le pouvoir législatif : il est confronté à la société elle même.

Si à cette conclusion, qui dérive de la nature extra-constitutionnelle de la prérogative, on ajoute « l'absolutisme de la majorité » dans le fonctionnement du peuple, tel qu'expliqué par Kendall, on peut en déduire les périls de la conception lockéenne de la prérogative.

Kendall affirme que les pouvoirs des individus et des gouvernements sont limités, mais non ceux de la majorité dans la société. Ainsi dans l'état d’exception, l'individu serait confronté à un pouvoir sans limites du souverain, ce dernier agissant dans l'intérêt de la majorité sociale.

A ce niveau de l'analyse, il faut introduire la critique la plus fréquente envers la thèse de l'absolutisme de la majorité. Comme le note Jerome Huyler[10], qui critique la vision de Kendall, Locke affirme tel que suit :

§135. « Car, enfin, personne ne peut conférer à un autre plus de pouvoir qu'il n'en a lui-même : or, **personne n'a un pouvoir absolu et arbitraire sur soi-même**, ou sur un autre, pour s'ôter la vie, ou pour la ravir à qui que ce soit, ou lui ravir aucun bien qu'il lui appartienne en propre (…) Les obligations des lois de la nature ne cessent point dans la société; elles y deviennent même plus fortes en plusieurs cas; et les peines qui y sont annexées pour contraindre les hommes à les observer, sont encore mieux connues par le moyen des lois humaines. Ainsi, les lois de la nature subsistent toujours comme des règles éternelles pour tous les hommes, pour les législateurs, aussi bien que pour les autres ».

Ici, il semble que l'on écoute le Locke défenseur des libertés individuelles inaliénables.

Or, analysons avec détaille l'extrait suivant, du Deuxième Traité, un paragraphe clé pour le développement de notre argumentation :

§139. « **Pour nous convaincre que le pouvoir absolu, lors même qu'il est nécessaire de l'exercer, n'est pas néanmoins arbitraire**, mais demeure toujours limité par la raison, et terminé par ces mêmes fins qui requièrent, en certaines rencontres, qu'il soit absolu, **nous n'avons qu'à considérer ce qui se pratique dans la discipline militaire. La conservation et le salut de l'armée et de tout l'État demandent qu'on obéisse absolument** aux commandements des officiers supérieurs; et on punit de mort ceux qui ne veulent pas obéir, quand même celui qui leur donne quelque ordre serait le plus fâcheux et le plus déraisonnable de tous les hommes; il n'est pas même permis de contester; et si on le fait, on peut être, avec justice, puni de mort; cependant, nous voyons qu'un sergent, qui peut commander à un soldat de marcher pour aller se mettre devant la bouche d'un canon, ou pour se tenir sur une brèche, où ce soldat est presque

assuré de périr, ne peut lui commander de lui donner un sol de son argent. Un général non plus, qui peut condamner un soldat à la mort, pour avoir déserté, pour avoir quitté un poste, pour n'avoir pas voulu exécuter quelque ordre infiniment dangereux, pour avoir désobéi tant soit peu, ne peut pourtant, avec tout son pouvoir absolu de vie et de mort, disposer d'un liard du bien de ce soldat, ni se saisir de la moindre partie de ce qui lui appartient en propre. **La raison de cela, est que cette obéissance aveugle est nécessaire pour la fin pour laquelle un général ou un commandant a reçu un si grand pouvoir, c'est-à-dire, pour le salut et l'avantage de l'armée et de l'État**; **et que disposer, d'une manière arbitraire, des biens et de l'argent des soldats, n'a nul rapport avec cette fin.**

On voit que l'identification entre « absolu et arbitraire », présent dans le §135 cité auparavant et dans beaucoup d'autres paragraphes du *Deuxième Traité* (§23, §137, §171, §172, §189) disparaît. Locke fait une distinction entre « absolu » et « arbitraire », le premier étant permis (« nécessaire »), le deuxième étant illicite.

En effet, « dans la discipline militaire » un individu doit obéir « absolument », parce que le salut de l'armée et « de tout l'État » est en péril. Et Locke de réaffirmer qu'une « obéissance aveugle » est nécessaire « pour la salut et l'avantage de l'armée et de l'État ».

Par contre « l'arbitraire », disposer de l'argent de soldats, est illicite, puisque « n'a nul rapport avec cette fin ». On voit que « l'arbitraire » est tout ce qui va à l'encontre des fins de la société. Toutefois, « l'absolu » peut être « nécessaire » pour sauvegarder ce fin.

Les conséquences de ce paragraphe sont très importantes pour ce qui trait à la prérogative lockéenne face aux individus. Le « général » (le souverain) ne peut pas exercer un pouvoir arbitraire « sur la brèche » (l'état d'exception), mais il peut et certaines fois doit, exercer un pouvoir absolu. En outre, le jugement de l'exercice de ce pouvoir absolu comme excessif ou adéquat sera exercé non par un tribunal, mais par l'opinion de la majorité du peuple.

Certains peuvent argumenter que la discipline militaire est extraordinaire et ne fait pas partie de la société civile en tant que telle. À cela, il est répondu que la prérogative lockéenne peut s'exercer dans la normalité civile, comme l'affirme De Wilde, mais aussi dans des temps d'exception, ce qui peut se caractériser précisément par une militarisation de la société puisque « le salut de tout l'État » est en péril.

On pourrait objecter aussi que le soldat a consenti à entrer dans l'armée et donc qu'il a accepté d'être soumis à ces conditions. Mais rappelons que Locke avait affirmé que « personne ne peut conférer à un autre plus de pouvoir qu'il n'en a lui-même : or, personne n'a un pouvoir absolu et

arbitraire sur soi-même » (§135). La contradiction est évidente : si la sauvegarde de l'État n'étant pas en péril, il semble que les thèses absolutistes de Kendall ne se soutiennent pas, elle gagnent toute leur force dans la situation d'exception.

En somme, Locke ne voit pas dans la vie du soldat une valeure intrinsèque et invulnérable. L'intérêt de la société permet qu'il soit soumis au pouvoir absolu du général, ce dernier ayant le droit de le mettre à mort « pour avoir désobéi tant soit peu ». De nos jours, la garantie effective des droits fondamentaux se manifeste précisément dans les temps où « le salut et l'avantage de l'armée et de l'État » sont en jeu. Si, selon Locke, un général a un « pouvoir absolu de vie et de mort » sur un soldat qui a quitté son poste, n'aurait-il aussi le pouvoir de torturer un terroriste qui possède une information vitale pour la sauvegarde de l'État?

La seule limite à ces actions seraient la méfiance du peuple et sa résistance. Or, la communauté agit par « la loi du plus grande nombre » et il est probable qu'une majorité des personnes soutiendraient une décision comme celle-ci, s'ils trouvaient que leurs vies sont en péril avec, par exemple, une attaque terroriste.

En outre, même dans les cas où ils voient une action illicite, Locke reconnaît qu'il est difficile à ce que le peuple dans son ensemble agisse pour défendre les droits des quelques uns d'entre eux :

§208. « (…) il ne faudrait point, dis-je, à l'égard même d'actes manifestes de tyrannie, user d'abord de ce droit, et troubler le gouvernement pour des sujets de peu d'importance. (...) étant aussi impossible à une personne, ou à peu de personnes, de troubler et renverser le gouvernement, lorsque le corps du peuple ne s'y croit pas intéressé, qu'il l'est à un fou et à un homme furieux, ou à un homme opiniâtre et mécontent, de renverser un État bien affermi; le peuple est aussi peu disposé à suivre les uns que les autres ».

Conclusion

L'héritage de la conception de Locke sur les droits individuels est non-univoque. Si bien que Locke dessine une ligne claire entre la société civile et les gouvernants, la ligne s'estompant quand l'individu est placé face à la communauté sociale.

Dans cette étude, j'ai essayé de démontrer que, si bien que les thèses de l'absolutisme démocratique de Kendall semblent exagérées dans le fonctionnement normal de la société civile, le

pouvoir de la majorité peut aller à l'encontre des droits individuels dans le cadre de l'état d'exception. En extrapolant la conception lockéenne de la discipline militaire à la société civile, on a vu qu'une majorité sociale pourrait ratifier une action absolue du souverain envers un particulier.

Cependant, je suis conscient que cette thèse présente un certain « chrono-centrisme ». De nos jours, la discipline militaire est une sorte d'extension de la société civile : la peine de mort est interdite, les femmes ont accès à celle-ci, les droits des homosexuels sont respectés, etc. Même les guerres semblent pouvoir se transformer en actions humanitaires, avec un scrutage constant de la presse. On pourrait donc argumenter que Locke étant un homme de son temps, les aspects militaires et civils sont complètement séparés. Or, si ça peut être le cas dans le fonctionnement normal de la société politique, il semble naïf de l'affirmer quand il s'agit de l'état d'exception.

En conclusion, quand la préservation de la société est en péril, Locke ne met pas en place des limites spécifiques pour limiter l'action envers les individus. On ne peut pas affirmer qu'il ne croyait pas en son existence : au contraire, il y a des évidences permettant de soutenir qu'il les concevait. Cependant, il a décidé de ne pas les mettre complètement en oeuvre dans son modèle du gouvernement civil :

§12. « Chaque offense commise dans l'état de nature, peut pareillement, dans l'état de nature, être punie autant, s'il est possible, qu'elle peut être punie dans un État et dans une république. **Il n'est pas de mon sujet d'entrer dans le détail pour examiner les degrés de châtiment que les lois de la nature prescrivent** : je dirai seulement qu'il est très certain qu'il y a de telles lois, et que ces lois sont aussi intelligibles et aussi claires à une créature raisonnable, et à une personne qui les étudie, que peuvent être les lois positives des sociétés et des États (...) ».

Notes

1. Sabine, George , "A History of Political Theory", 3rd ed. (New York: Holt, Rine-hart and Winston, Inc., 1961), pp. 529, 538.

2. Ebenstein, William, "Great Political Thinkers: Plato to the Present", 4th ed. (NewYork: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1969), p. 400.

3. Weaver, David R., "Leadership, Locke, and the Federalist", *American Journal of Political Science* (Apr. 1997): pp. 420–46.

4. Pasquino, Pasquale, "Locke on King's Prerogative", *Political Theory*, Vol. 26, No. 2 (Apr., 1998), pp. 198-208

5. Corbett, Ross J., "The Extraconstitutionality of Lockean Prerogative", *The Review of Politics* Vol. 68, No. 3 (Summer, 2006), pp. 428-448.

6. De Wilde, Marc, "Locke and the State of Exception: Towards a Modern Understanding of Emergency Government", *European Constitutional Law Review* (2010), 6 : pp 249-267 .

7. Kendall, Willmoore, "John Locke and the doctrine of majority-rule", University of Illinois Press, 1965

8. Foucault, Michel, 'Right of Death and Power over Life', in Paul Rabinow (ed.), *The Foucault Reader* (London, Penguin Books 1991), p. 259.

9. Macpherson, C. B., "The Social Bearing of Locke's Political Theory", in *Lockean and Berkeley Collection of Critical Essays* (C. Martin & D. Armstrong eds. 1968).

10. Huyler, Jerome, "Was Locke a liberal?", *Independent Review*, Vol. 1 Núm. 4, Marzo 1997