

roi d'un territoire vaste et fertile est moins bien nourri, logé et vêtu qu'un journalier en Angleterre¹. »

On doit donc distinguer deux grandes périodes dans l'histoire de la propriété privée. Première période : « dans les commencements », « lorsque le monde entier était une Amérique », c'est le travail qui donnait un droit de propriété à son auteur en l'autorisant à séparer de la possession commune le résultat de son travail ; pendant cette longue période, les biens communs constituaient la part la plus importante et l'appropriation privée se limitait aux choses dont chacun pouvait faire usage pour sa propre consommation. Seconde étape : l'accroissement de la population et des ressources, combinant ses effets à l'usage de la monnaie, a eu pour conséquence de raréfier la terre et de lui conférer une valeur qu'elle n'avait pas auparavant ; les différentes nations ont alors, « par le contrat et l'accord », « établi cette propriété dont le travail et l'industrie avaient été les premiers fondements »².

La propriété après Locke

Comme sur le problème de la fondation des droits, le libéralisme post-lockéen cherchera à justifier le droit de propriété sans le dériver de l'obligation faite par la loi de nature. Certes, dans l'article « Droit naturel » (1765), Quesnay soutiendra, contre Hobbes et à la suite de Locke, que le droit naturel de chaque homme se réduit « aux choses dont il peut obtenir la jouissance », ce qui équivaut dans la réalité à « la portion qu'il peut se procurer par son travail »³. Le travail apparaît alors comme l'action par laquelle l'homme met à sa disposition les biens dont il a besoin pour sa jouissance.

Mais déjà l'invocation de la « loi naturelle » se fait très générale et doit autant, sinon davantage, à Malebranche qu'à Locke⁴. Elle disparaît purement et simplement dans la justification du droit de propriété donnée par

1 *Ibid.*, § 41, p. 32. Dans le même sens, le § 37, p. 29 : « Car je demande si, dans les forêts sauvages et les terres incultes de l'Amérique, qui sont laissées à l'état de nature, sans amendement, labours ni cultures, je demande donc si mille acres donneront aux pauvres et misérables habitants autant de biens nécessaires à la vie que ne le feront dix acres d'une terre également fertile dans le Devonshire, c'est-à-dire là où elle est fort bien cultivée. »

2 Pour la distinction de ces deux périodes, voir le § 45, *ibid.*, p. 34.

3 F. QUESNAY, *Physiocratie*, p. 73.

4 P. STEINER, *La « Science nouvelle » de l'économie politique*, op. cit., p. 98.

Benjamin Constant au début du XIX^e siècle. Les *Principes de politique* (1815) font une place particulière au droit de propriété. Le chapitre XV (« De l'inviolabilité des propriétés ») rappelle que la « jouissance de la propriété » fait partie des droits individuels qui sont « indépendants de toute autorité sociale ou politique », mais c'est pour ajouter tout aussitôt que le droit de propriété doit être distingué des autres droits individuels (la liberté personnelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, la garantie contre l'arbitraire). Car, s'il est vrai que ce droit est indépendant de toute autorité sociale ou politique, il n'est pas pour autant indépendant de toute convention (contrairement à ce que Locke soutient). La propriété n'est rien d'autre qu'une convention sociale : « La société a trouvé que le meilleur moyen de faire jouir ses membres des biens communs à tous, ou disputés par tous avant son institution, était d'en concéder une partie à chacun, ou plutôt de maintenir chacun dans la partie qu'il se trouvait occuper, en lui en garantissant la jouissance¹. »

Mais, pour être d'origine conventionnelle, la propriété n'en est pas moins « inviolable » et « sacrée ». Certes, la société a sur elle des droits qu'elle n'a pas sur ces autres droits (la liberté, la vie, et les opinions de ses membres). Reste que « la propriété se lie intimement à d'autres parties de l'existence humaine, dont les unes ne sont pas du tout soumises à la juridiction collective, et dont les autres ne sont soumises à cette juridiction que d'une manière limitée² ». On a là une relative dissociation de la liberté et de la propriété que Locke avait tenté de réunir sous la dénomination générale de « propriété » : l'autorité politique a des droits sur la propriété, mais, s'il est dangereux de porter atteinte aux biens des personnes, c'est parce que « l'arbitraire sur la propriété est bientôt suivi de l'arbitraire sur les personnes³ », et non parce que la propriété est en elle-même une extension directe de la personne.

En revanche, on trouve chez R. Nozick une reprise directe de l'idée lockéenne de la propriété de soi, mais complètement autonomisée par rapport aux limites définies par la loi naturelle. Or cette autonomisation n'est pas sans altérer la substance du rapport à soi-même que Locke avait cherché à penser sous l'expression de « propriété de soi ». Nozick rattache directement cette idée à l'affirmation selon laquelle l'individu est une « fin en soi ». Selon lui, être une telle fin exclut que l'on soit réduit au statut de simple ressource pour autrui à la façon dont un esclave est une ressource

1 B. CONSTANT, *De la Liberté chez les Modernes*, Hachette, Paris, 1980, p. 375-376.

2 *Ibid.*, p. 377.

3 *Ibid.*, p. 377.

pour son maître, tout en impliquant qu'on soit son propre maître. Cependant, cette maîtrise sur soi-même est l'exact *analogon* du rapport entre le maître et son esclave. C'est là l'idée d'un droit de propriété absolu et arbitraire sur soi-même qui est aux antipodes de la thèse lockéenne d'une indisponibilité de la vie humaine. Fort logiquement, Nozick infère de cette propriété absolue de soi-même une propriété non moins absolue des « actifs naturels » (talents, aptitudes, facultés) ainsi que des produits de l'exercice de ces aptitudes. Formellement, il s'agit de la même extension de la propriété aux actions et à leurs résultats que celle qu'opérait Locke. Mais, comme le droit de propriété qu'un individu a sur lui-même est un droit absolu et inconditionnel, le droit de propriété qu'il a sur les produits de l'exercice de ses aptitudes est également absolu et inconditionnel. L'argument est convoqué pour fonder la condamnation de principe de toute « justice redistributive » : toute tentative visant à compenser les inégalités dans la répartition des « actifs naturels » par des prélèvements sur les revenus des plus favorisés équivaut en effet à s'attribuer un droit de propriété sur la personne d'autrui qui est en contradiction avec le principe de la propriété de soi-même¹. Dès lors que d'autres individus peuvent élever des revendications sur le fruit de mes aptitudes, ils s'arrogent en effet un droit de propriété sur moi, dans la mesure où le fruit de mes aptitudes fait partie intégrante de ma propre personne. Mais il y a plus. Nozick interprète très librement la double condition mise par Locke à l'appropriation privée (non-gaspillage et reste suffisant pour les autres tant en quantité qu'en qualité). Il dégage ce que W. Kymlicka appelle très justement un « principe d'acquisition initiale » susceptible de valider les transferts ultérieurs de propriété d'un individu à un autre. De tels transferts ne peuvent être justifiés que si, à l'origine, les biens extérieurs ont été acquis de manière juste par les individus. Le principe d'acquisition initiale est donc un principe de justification des premières acquisitions. L'argumentation construite par Nozick diffère sur deux points essentiels de celle de Locke. En premier lieu, Nozick fait l'hypothèse qu'à l'origine le monde extérieur n'appartient à personne, alors que Locke part de l'hypothèse selon laquelle ce même monde appartient à tous. À elle seule, cette différence rend manifeste l'épuisement de la référence à Dieu, dans la mesure où, faut-il le rappeler, c'est Dieu qui donne aux hommes le monde en commun. Il faut

1 Comme le dit Nozick des principes de justice distributive défendus notamment par Rawls : « Ces principes supposent un glissement à partir de la notion d'autopropriété, ou de propriété de soi-même des libéraux classiques, vers une notion de droits de propriété (partielle) sur d'autres gens. » (*Anarchie, État et Utopie, op. cit.*, p. 215.)

donc expliquer comment la propriété de soi reconnue à l'« individu séparé » entraîne un droit de propriété sur un monde extérieur initialement dépourvu de propriétaire. Nozick fait alors du travail le fondement de l'appropriation privée de ce qui n'appartient originellement à personne : c'est le fait que quelqu'un soit propriétaire de son travail qui justifie l'appropriation d'une chose auparavant non possédée¹. En second lieu, Nozick ne retient de Locke que la première limite, celle du reste suffisant pour les autres, désignée par lui du nom de « clause lockéenne » et promue au rang de critère de la légitimité d'une acquisition. Significativement, il reformule cette condition : il suffit que l'acquisition par un individu d'une chose auparavant non possédée ne détériore pas la position des autres pour qu'elle soit légitime. En cas de détérioration de cette situation, elle devient illégitime. Deux exemples chargés d'illustrer l'illégitimité de l'appropriation méritent d'être retenus. Une personne n'a pas le droit de s'approprier le seul trou d'eau qui existe dans un désert et de faire payer l'eau à sa guise ; de la même manière, une personne ne peut pas plus faire payer l'eau à sa guise si elle possède un puits et que tous les puits du désert sont asséchés à l'exception du sien. Toutefois, Nozick précise aussitôt dans une note en bas de page que la situation serait très différente si ce puits ne s'asséchait pas en raison de précautions spéciales prises pour empêcher cela² ; car cette exception serait due au travail, et non au hasard des variations climatiques. On est donc en droit d'en conclure qu'il aurait alors le droit de faire payer l'eau à sa guise, même si cela avait pour conséquence que des individus meurent de soif faute de pouvoir acquitter le prix fixé par lui. De toute évidence, on est là très loin de la condition lockéenne du reste suffisant pour les autres. La justification du droit de propriété tentée par Nozick ne concède qu'une limite bien tenue, affaiblie de surcroît par la disparition de toute référence à l'obligation de ne pas priver les autres hommes des moyens de leur conservation.

En définitive, si le concept de « propriété de soi » occupe une place charnière dans la pensée de Locke, c'est dans la mesure où il permet de faire de l'appropriation privée par le travail l'instrument de la réalisation du devoir d'autopréservation.

1 « La propriété aspire tout le reste », *ibid.*, p. 218.

2 *ibid.*, p. 225.

La nature du « pouvoir suprême »

Comment articuler cette déduction du droit de propriété à partir de la loi naturelle à l'institution du gouvernement ? Il faut ici se rappeler ce que nous avons dit plus haut sur les trois limites de la souveraineté généralement invoquées par les juristes, à savoir les « lois fondamentales », la « loi naturelle » et la « fin générale » assignée au pouvoir politique. Locke récuse l'argumentation historique s'appuyant sur la notion de l'« Ancienne Constitution » (l'équivalent anglais des « lois fondamentales du royaume ») qui était mise en avant par les secteurs modérés du parti Whig¹. Il est donc conduit à lier indissolublement les deux autres limites : le pouvoir gouvernemental se voit en conséquence fondé doublement, sur la loi naturelle et sur la mission qui lui a été confiée lors de son institution, et cette double fondation constitue une double limitation. Le chapitre XI du *Second Traité*, intitulé « De l'étendue du pouvoir législatif », se conclut ainsi par l'affirmation que le pouvoir législatif, qui est de tous les pouvoirs du gouvernement le pouvoir fondamental, est limité « par la mission qui lui a été confiée par le peuple et par la loi de Dieu et de la nature² ». Toute la question est donc de déterminer la nature de cette mission, ce qui revient très exactement à déterminer la fin en vue de laquelle tout gouvernement est institué, c'est-à-dire la raison qui motive les hommes à sortir de l'état de nature pour s'unir en une société politique.

L'état de nature tel que Locke le conçoit est déjà traversé par des relations d'intérêt entre des individus propriétaires susceptibles d'échanger et de contracter³. Cependant, la jouissance par chaque individu de la propriété qu'il détient reste dans cet état « très incertaine et peu garantie ». Trois choses font en effet défaut : tout d'abord, « une loi établie, stable et reconnue » permettant de trancher tous les différends surgissant entre les individus ; ensuite, « un juge reconnu et impartial » qui soit habilité à trancher ces différends conformément à la loi établie ; enfin, le pouvoir d'assurer l'exécution de la sentence rendue par le juge⁴. On se souvient que l'homme possède dans l'état de nature deux pouvoirs fondamentaux : le pouvoir de faire tout ce qu'il juge propre à sa préservation et à celle du reste

1 J. LOCKE, *Second Traité*, *op. cit.*, Introduction, p. LXXV.

2 *Ibid.*, § 142, p. 103.

3 *Ibid.*, § 14, p. 12.

4 *Ibid.*, p. 90-91. Pour ce qui est du premier défaut, rappelons que l'immédiate intelligibilité de la loi de la nature n'empêche nullement les hommes de l'ignorer, soit faute de l'étudier, soit en raison de l'égarement dû à leurs intérêts. Elle implique par contre qu'ils soient toujours coupables de cette ignorance.

du genre humain, ou « pouvoir législatif naturel », ainsi que le pouvoir de punir les transgressions de la loi naturelle, ou « pouvoir exécutif naturel ». Chacun y est « à la fois le juge et l'agent d'exécution de la loi de nature ». Voilà pourquoi les hommes ne peuvent se satisfaire de cette condition « remplie de craintes et de continuel dangers ».

De là on peut inférer tout à la fois la fin poursuivie par les hommes quittant l'état de nature et le moyen leur permettant d'y parvenir. En premier lieu, la « grande fin » : « la fin essentielle que poursuivent les hommes qui s'unissent pour former une république, et qui se soumettent à un gouvernement, c'est la préservation de leur propriété¹ », étant entendu que le mot de propriété doit ici s'entendre au sens de la dénomination « générale » qui a été définie plus haut. La préservation de la propriété s'identifie en ce sens à la préservation des personnes qui font partie de la société et renvoie directement à la loi naturelle, celle de la préservation de soi et des autres hommes. On vérifie par là que la loi de nature ne cesse pas de valoir avec l'entrée dans la société politique. En second lieu, le « grand instrument » ou le « grand moyen » : puisque seules des lois établies peuvent garantir cette préservation, il faut de toute nécessité commencer par s'accorder sur ceux auxquels le pouvoir de faire des lois sera confié. Il s'ensuit que, « dans toutes les républiques, la première et fondamentale loi positive est donc l'établissement du pouvoir législatif² ». Cependant, attendu que la mission confiée au pouvoir législatif ne l'a été qu'en vue d'atteindre une certaine fin, le peuple est détenteur d'un pouvoir de destituer le législatif lorsqu'il en vient à agir en contradiction avec cette fin.

L'acte d'établir le pouvoir législatif comme pouvoir suprême est donc l'acte de constitution de la république (*civitas* ou *commonwealth*). En vertu de cet acte, chaque homme remet les deux pouvoirs dont il dispose dans l'état de nature, tant celui de faire ce qu'il estime nécessaire à sa propre préservation que celui de punir quiconque transgresserait la loi de nature. On aura reconnu la structure classique du contrat. L'obligation que chacun contracte envers tous les autres vaut engagement de se soumettre dorénavant aux décisions de la majorité, puisque seul le « consentement de la majorité » peut donner à une communauté la force d'agir dans une seule direction³. En conséquence, il n'y a place que pour un seul contrat, celui par lequel chacun décide de s'unir avec tous ceux qui, comme lui,

1 *Ibid.*, § 124, p. 90.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, § 96, p. 71.

acceptent le « principe de majorité¹ ». L'acte par lequel chacun s'engage à faire de la communauté cet arbitre commun en se soumettant à la décision de la majorité suffit à former un corps politique. Une fois formée, cette société devra confier les pouvoirs législatif et exécutif à des instances désignées à cet effet. Si donc le consentement de chacun au principe de majorité fait de lui le membre d'une république, c'est le consentement du peuple qui fait les gouvernements légitimes.

Dans ces conditions, on peut s'interroger sur la teneur de l'opposition entre sujet d'intérêt et sujet de droit telle que M. Foucault l'explique dans sa Leçon du 28 mars 1979². Le sujet qui contracte est, nous dit-il, un sujet de droit en ce qu'il renonce à l'exercice privé des pouvoirs dont il est naturellement titulaire ; c'est cette renonciation à soi-même qui l'institue comme sujet de droit en le scindant pour ainsi dire de lui-même comme détenteur de « droits naturels ». Tout à l'opposé, ce qui caractérise le sujet d'intérêt, c'est précisément qu'il suit son propre intérêt jusqu'au bout, qu'il cherche à le maximiser par tous les moyens, car c'est seulement à la condition que chacun agisse ainsi que les différents intérêts privés s'accorderont entre eux spontanément et involontairement, sans qu'il soit nécessaire de passer par une quelconque forme de renonciation. Par conséquent, alors que la théorie juridique du contrat articule renonciation à soi, transcendance du sujet de cette renonciation par rapport au « sujet naturel » et accord des volontés, l'analyse du marché faite par l'économie politique permet de dégager une logique toute hétérogène de l'intensification de l'intérêt égoïste qui exclut toute transcendance et qui ouvre sur un accord spontané des intérêts³. À suivre cette analyse, « le marché et le contrat fonctionnent exactement à l'inverse l'un de l'autre », si bien que le sujet du marché (*Homo oeconomicus*) et le sujet du contrat (*Homo juridicus* ou *Homo legalis*) sont absolument hétérogènes l'un à l'autre et non superposables⁴. Tout le problème est que, comme le note également M. Foucault, l'on peut faire remonter à Locke lui-même l'apparition d'un sujet défini par ses choix individuels irréductibles et intransmissibles, ce qui est précisément constitutif du sujet d'intérêt⁵. Nous avons nous-même souligné le rôle prépondérant que l'*Essai sur l'entendement humain* fait jouer aux sensations de

1 *Ibid.*, § 99, p. 73.

2 M. FOUCAULT, *NBP*, op. cit., p. 275-280.

3 Sur cette logique, cf. *supra*, chap. 1.

4 M. FOUCAULT, *NBP*, op. cit., p. 279-280.

5 *Ibid.*, p. 275-276.

du genre humain, ou « pouvoir législatif naturel », ainsi que le pouvoir de punir les transgressions de la loi naturelle, ou « pouvoir exécutif naturel ». Chacun y est « à la fois le juge et l'agent d'exécution de la loi de nature ». Voilà pourquoi les hommes ne peuvent se satisfaire de cette condition « remplie de craintes et de continuel dangers ».

De là on peut inférer tout à la fois la fin poursuivie par les hommes quittant l'état de nature et le moyen leur permettant d'y parvenir. En premier lieu, la « grande fin » : « la fin essentielle que poursuivent les hommes qui s'unissent pour former une république, et qui se soumettent à un gouvernement, c'est la préservation de leur propriété¹ », étant entendu que le mot de propriété doit ici s'entendre au sens de la dénomination « générale » qui a été définie plus haut. La préservation de la propriété s'identifie en ce sens à la préservation des personnes qui font partie de la société et renvoie directement à la loi naturelle, celle de la préservation de soi et des autres hommes. On vérifie par là que la loi de nature ne cesse pas de valoir avec l'entrée dans la société politique. En second lieu, le « grand instrument » ou le « grand moyen » : puisque seules des lois établies peuvent garantir cette préservation, il faut de toute nécessité commencer par s'accorder sur ceux auxquels le pouvoir de faire des lois sera confié. Il s'ensuit que, « dans toutes les républiques, la première et fondamentale loi positive est donc l'établissement du pouvoir législatif² ». Cependant, attendu que la mission confiée au pouvoir législatif ne l'a été qu'en vue d'atteindre une certaine fin, le peuple est détenteur d'un pouvoir de destituer le législatif lorsqu'il en vient à agir en contradiction avec cette fin.

L'acte d'établir le pouvoir législatif comme pouvoir suprême est donc l'acte de constitution de la république (*civitas* ou *commonwealth*). En vertu de cet acte, chaque homme remet les deux pouvoirs dont il dispose dans l'état de nature, tant celui de faire ce qu'il estime nécessaire à sa propre préservation que celui de punir quiconque transgresserait la loi de nature. On aura reconnu la structure classique du contrat. L'obligation que chacun contracte envers tous les autres vaut engagement de se soumettre dorénavant aux décisions de la majorité, puisque seul le « consentement de la majorité » peut donner à une communauté la force d'agir dans une seule direction³. En conséquence, il n'y a place que pour un seul contrat, celui par lequel chacun décide de s'unir avec tous ceux qui, comme lui,

1 *Ibid.*, § 124, p. 90.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, § 96, p. 71.

acceptent le « principe de majorité¹ ». L'acte par lequel chacun s'engage à faire de la communauté cet arbitre commun en se soumettant à la décision de la majorité suffit à former un corps politique. Une fois formée, cette société devra confier les pouvoirs législatif et exécutif à des instances désignées à cet effet. Si donc le consentement de chacun au principe de majorité fait de lui le membre d'une république, c'est le consentement du peuple qui fait les gouvernements légitimes.

Dans ces conditions, on peut s'interroger sur la teneur de l'opposition entre sujet d'intérêt et sujet de droit telle que M. Foucault l'explicite dans sa Leçon du 28 mars 1979². Le sujet qui contracte est, nous dit-il, un sujet de droit en ce qu'il renonce à l'exercice privé des pouvoirs dont il est naturellement titulaire ; c'est cette renonciation à soi-même qui l'institue comme sujet de droit en le scindant pour ainsi dire de lui-même comme détenteur de « droits naturels ». Tout à l'opposé, ce qui caractérise le sujet d'intérêt, c'est précisément qu'il suit son propre intérêt jusqu'au bout, qu'il cherche à le maximiser par tous les moyens, car c'est seulement à la condition que chacun agisse ainsi que les différents intérêts privés s'accorderont entre eux spontanément et involontairement, sans qu'il soit nécessaire de passer par une quelconque forme de renonciation. Par conséquent, alors que la théorie juridique du contrat articule renonciation à soi, transcendance du sujet de cette renonciation par rapport au « sujet naturel » et accord des volontés, l'analyse du marché faite par l'économie politique permet de dégager une logique toute hétérogène de l'intensification de l'intérêt égoïste qui exclut toute transcendance et qui ouvre sur un accord spontané des intérêts³. À suivre cette analyse, « le marché et le contrat fonctionnent exactement à l'inverse l'un de l'autre », si bien que le sujet du marché (*Homo oeconomicus*) et le sujet du contrat (*Homo juridicus* ou *Homo legalis*) sont absolument hétérogènes l'un à l'autre et non superposables⁴. Tout le problème est que, comme le note également M. Foucault, l'on peut faire remonter à Locke lui-même l'apparition d'un sujet défini par ses choix individuels irréductibles et intransmissibles, ce qui est précisément constitutif du sujet d'intérêt⁵. Nous avons nous-même souligné le rôle prépondérant que l'*Essai sur l'entendement humain* fait jouer aux sensations de

1 *Ibid.*, § 99, p. 73.

2 M. FOUCAULT, *NBP*, *op. cit.*, p. 275-280.

3 Sur cette logique, *cf. supra*, chap. 1.

4 M. FOUCAULT, *NBP*, *op. cit.*, p. 279-280.

5 *Ibid.*, p. 275-276.

plaisir et de douleur dans la détermination de la conduite des hommes¹. Faut-il dès lors se résoudre à prêter à Locke une conception duelle du sujet, tantôt sujet d'intérêt mû par les sensations de plaisir et de douleur – ce serait le sujet de l'*Essai* –, tantôt sujet de droit renonçant à soi – ce serait le sujet du *Second Traité* ? En réalité, le sujet qui contracte pour former une société politique est en un sens toujours « intéressé », même si cet intérêt n'a pas l'immédiateté de celui qui guide les acteurs du marché. Outre que la renonciation à laquelle il consent n'est pas totale, ce sujet rationalise son intérêt bien loin de le sacrifier².

Entre partisans du contrat originel et promoteurs d'une rationalité politique strictement ordonnée aux intérêts, il est une autre divergence beaucoup plus sérieuse. Il convient de se reporter à la critique que Hume adresse au système de J. Locke dans le bref essai intitulé *Of the Original Contract* pour mieux cerner l'enjeu de cette controverse. En fait, la question de fond est celle du fondement de l'obligation. Certes, Hume commence par mettre en doute le fait que les gouvernements aient pour origine le consentement du peuple, en faisant valoir que le plus souvent les nouveaux gouvernements sont établis par la conquête ou l'usurpation, c'est-à-dire par la force³. Mais, très vite, sa critique se concentre sur le fondement du devoir d'obéissance aux magistrats (*duty of allegiance*) : pourquoi, demande-t-il, fonder ce devoir sur le devoir de respect de ses promesses (*duty of fidelity*), en supposant que chacun s'est engagé à obéir au gouvernement ? Car, si l'on demande : « Pourquoi sommes-nous obligés à tenir parole ? », il apparaît que cette obligation, tout comme la première, est fondée sur « les intérêts généraux ou nécessités générales de la société⁴ ». Par là l'obligation de respecter le supposé « contrat originel » se trouve privée de toute transcendance : on n'est pas tenu de respecter le contrat en raison de la contrainte morale intérieure à tout engagement, mais en raison de l'intérêt qu'on y trouve. Ce qui emporte cette conséquence que l'obligation cesse avec l'intérêt : « Si l'intérêt produit d'abord l'obéissance au gouvernement, l'obligation d'obéir doit cesser quand cesse l'intérêt, à un degré

1 Cf. *supra*, chap. 1.

2 Évoquant la conception du juriste William Blackstone, auquel Bentham, qui fut d'abord son élève à Oxford, s'opposa directement, M. Foucault dit ainsi que le sujet qui contracte est « le sujet d'un intérêt en quelque sorte épuré, devenu calculateur, rationalisé », *NBP*, op. cit., p. 277.

3 D. HUME, « Du contrat originel », in *Quatre Essais politiques*, Éditions Trans-Europe-Express, Toulouse, 1981, p. 9.

4 *Ibid.*, p. 17.

considérable et dans un nombre considérable¹. » La différence entre le sujet du contrat et le sujet d'intérêt ne consiste donc pas dans le fait que le sujet du contrat renonce à son intérêt, car le sujet juridique renonce à sa liberté naturelle par intérêt. Elle consiste, d'une part, dans la différence entre l'intérêt immédiat et l'intérêt rationalisé, et, d'autre part, en ceci que l'obligation de respecter le contrat a un caractère moral irréductible à l'intérêt, qui renvoie lui-même chez Locke à la transcendance de la loi de nature. En tout état de cause, cette irréductibilité du sujet de droit au sujet d'intérêt met en évidence les tensions qui travaillent de l'intérieur le sujet lockéen².

Les limites du gouvernement

Si telle est la nature du contrat qui fonde toute union politique, quelles sont les limites qui en découlent relativement au pouvoir du gouvernement ? Cette question est explicitement abordée dans le chapitre XI du *Second Traité* qui traite des limites imposées au pouvoir suprême de « n'importe quelle république », soit au pouvoir législatif. Ces limites, ou impossibilités de droit, sont au nombre de quatre. La première consiste en l'exigence de « gouverner d'après des lois stables et promulguées, qui ne doivent pas varier au gré des cas particuliers³ », ce qui exclut le recours à des « décrets improvisés et arbitraires⁴ ». Cette première exigence s'impose si l'on veut vraiment sortir de l'incertitude inhérente à l'état de nature : pour cela chacun doit savoir jusqu'où s'étend sa « propriété », puisque l'état civil n'est institué que pour préserver cette propriété. Mais elle

1 D. HUME, *Traité de la nature humaine*, traduction A. Leroy, Aubier, Paris, liv. III, II^e partie, section IX, p. 676, cité in M. FOUCAULT, *NBP*, op. cit., p. 292, note 19.

2 Plus largement, il faudrait prolonger les remarques esquissées ici en s'interrogeant sur le type d'unité que l'on peut reconnaître à ce sujet. En effet, outre la différence dont il vient d'être question, il faudrait examiner celle qui existe entre le membre de l'état (citoyen) et le membre d'une Église (croyant) à partir des arguments de la *Lettre sur la tolérance* (1686). Certes, la différence de nature entre ces deux types d'associations est aisée à établir : l'état use de la contrainte pour défendre les intérêts temporels du peuple, l'Église doit s'interdire un tel recours dans la mesure où elle est instituée en vue du salut de l'âme. Reste que, en cas de conflit entre la conscience et les lois civiles, c'est à l'injonction de sa conscience que le croyant doit obéir. Comme on le verra au chap. 13, la démocratie libérale héritera pour une grande part de ces différenciations internes au sujet lockéen en consacrant une certaine forme de séparation des sphères d'existence (économique, politique, religieuse).

3 J. LOCKE, *Second Traité*, op. cit., § 142, p. 104.

4 *Ibid.*, § 136, p. 98.

renvoie de plus à l'idée que les lois positives « ne sont justes que dans la mesure où elles se fondent sur la loi de la nature, d'après lesquelles il faut les régler et les interpréter ¹ ». Locke juge sévèrement la fantaisie qui semble avoir présidé à l'élaboration de « la plus grande part des lois civiles des différents pays ² ». Il se montre en particulier hostile à la multiplication des lois ainsi qu'au système de la *Common Law*, système qui conduit selon lui à une accumulation incohérente de législations très différentes dans leur inspiration au seul motif qu'elles sont également consacrées par la coutume. La deuxième limite imposée au pouvoir législatif est que les lois « ne doivent avoir aucune autre fin, en dernière instance, que le bien du peuple ³ », ou encore le « bien public de la société ⁴ ». En d'autres termes, ce pouvoir « n'est ni ne saurait être en aucune manière un pouvoir arbitraire sur les vies et les biens du peuple ⁵ ». Là encore, la fin que constitue le bien du peuple ne prend tout son sens qu'à la lumière de la loi naturelle. Ce que chacun remet entre les mains de la communauté, c'est seulement le pouvoir de juger des moyens propres à la préservation de notre vie et de celle du genre humain, pouvoir qui est donné par la loi naturelle en qualité d'instrument de son accomplissement. Ce faisant, personne n'a abandonné un pouvoir d'attenter à sa vie ou d'enlever à un autre sa vie et sa propriété, pour la bonne raison que ce pouvoir serait en contradiction avec les obligations de la loi naturelle. Le pouvoir législatif ne peut donc « avoir le droit de détruire les sujets, de les réduire en esclavage, ou de les appauvrir à dessein ⁶ ». Ce qui ne veut rien dire d'autre que les lois de nature continuent de valoir après la formation de la société. La troisième limite consiste en ce que « le pouvoir suprême ne peut enlever à aucun homme aucune partie de sa propriété sans son propre consentement ⁷ ». On ne manquera pas de reconnaître là le grand principe de l'opposition à la monarchie absolue au cours du xvii^e siècle : *No taxation without consent*. Mais l'essentiel est que fin de l'institution du gouvernement et obligation faite par la loi naturelle coïncident de nouveau dans la justification de cette limite. Le gouvernement n'est en effet institué que pour préserver et garantir la propriété des particuliers. Il a donc « le pouvoir de faire des lois pour la réglementation de la propriété (*for the regulation of property*) des sujets les uns par

1 *Ibid.*, § 12, p. 11.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, § 142, p. 104.

4 *Ibid.*, § 135, p. 98.

5 *Ibid.*, p. 97.

6 *Ibid.*, § 135, p. 98.

7 *Ibid.*, § 138, p. 101.

rapport aux autres », mais en aucune manière celui de prendre pour lui-même tout ou partie de la propriété de ses sujets sans leur consentement : « En effet, quelle propriété me reste-t-il sur ce qu'un autre a le droit de me prendre quand il lui plaît ¹ ? » Or violer ainsi la « loi fondamentale de la propriété », c'est attenter à la loi de nature qui commande à chacun de s'approprier par son travail tout ce qui est nécessaire à sa préservation. Quatrième et dernière limite : le législatif « ne peut transférer à personne d'autre le pouvoir de faire des lois ». Ce pouvoir a été transmis aux législateurs par une « concession positive » du peuple, ces derniers ne le détiennent qu'en vertu de cette délégation. En conséquence, ils disposent bien du pouvoir de faire des lois, mais non du pouvoir de faire des législateurs, lequel appartient au seul peuple ². Cette dernière limite peut être directement déduite du principe selon lequel « la communauté est toujours le pouvoir suprême ³ ». Elle reste seul juge de la conformité des actes des législateurs à la mission qu'elle leur a confiée, elle est seule habilitée à les déposer s'ils venaient à manquer à cette mission.

Le « grand art du gouvernement »

En définitive, le gouvernement est limité par la mission donnée par le peuple (protéger les propriétés) et par la loi naturelle (obligation de se préserver et de préserver le genre humain), et, seulement dans cette mesure, par les droits des individus. Quel rapport faut-il établir entre cette détermination des limites de droit et ce que M. Foucault appelle proprement la « gouvernementalité » ? On pourrait penser que la théorie toute juridique du gouvernement élaborée par Locke lui fait ignorer une telle question. En fait, il n'en est rien. La politique telle que l'entend ce dernier va bien au-delà d'une simple approche en termes de droit naturel. Un passage de *Some Thoughts Concerning Reading and Study for a Gentleman* l'affirme explicitement :

La Politique comprend deux parties très différentes l'une de l'autre ; la première renferme l'origine des sociétés, la naissance et l'étendue du pouvoir politique, tandis que l'autre renferme l'art de gouverner les hommes en société... Quant à cette seconde partie de la Politique qui concerne l'art du

1 *Ibid.*, § 140, p. 103.

2 *Ibid.*, § 141, p. 103.

3 *Ibid.*, § 149, p. 109.