

ENTRE DROIT DE L'ÉTAT ET DROITS DE LA SOCIÉTÉ: LE CHOIX DE TOCQUEVILLE¹

Lucien Jaume

- I. Au sortir de l'Empire: les rapports entre la société et l'Etat
- II. Tocqueville: un autre choix du mode de gouvernement
- III. Conclusion: le droit chez Tocqueville

- 1) Droit de l'Etat et droits de la société : la question ainsi formulée revient à analyser la situation de Tocqueville par rapport à un débat essentiel de son temps. Sur le plan de la méthode d'approche, il s'agit ici d'écartier un danger dans le fond et dans la forme : traiter cet auteur et cet acteur politique comme de plain-pied avec notre temps, pratiquer une lecture de « familiarité », en réalité propice aux contresens et aussi aux manœuvres de « recrutement idéologique ». Je ne propose pas non plus de lire Tocqueville comme s'il était un philosophe, prenant place dans la galerie des philosophes du politique, mais comme un théoricien de la démocratie qui se tient en alerte sur les enjeux importants de son époque et qui, pour cela, pratique la comparaison entre la République américaine et la monarchie constitutionnelle française. Mais, insister sur l'historicité de la pensée de Tocqueville n'implique pas de lui attribuer un caractère « périmé ». Il s'agit seulement de comprendre à quelles questions, à quelles options de ses contemporains, sur le terrain des droits individuels et des libertés publiques, il entendait répondre, même si, généralement, il ne nous présente pas ce débat comme tel et de façon explicite dans *De la démocratie en Amérique*.
2. En ce qui concerne le contexte à considérer, il faut ajouter qu'il n'y a pas une *doctrine* libérale en France, au XIXe siècle, mais seulement une culture libérale. La démarche d'investigation que j'ai défendue ailleurs consiste à étudier en priorité les enjeux *institutionnels* (presse, justice, enseignement, etc.) autour desquels se forment des courants libéraux différenciés et vis-à-vis desquels il pratiquent un débat, parfois très animé. En effet, plus encore que la question de la Révolution et la phase dramatique de la Terreur, la grande préoccupation à laquelle doivent répondre les libéraux français est : *que faire des institutions de l'Empire ?*². Or, cette question se pose à eux dans un contexte complexe :

¹ Texte issu d'une communication au colloque « L'œuvre juridique de Tocqueville » (Douai, 13 novembre 2003), à paraître aux Presses Universitaires d'Artois. Cette version est remaniée sur plusieurs points. Mes remerciements vont au professeur et doyen Charles Coutel, organisateur du colloque avec Manuel Carius et Tanguy Le Marc'Hadour.

² Voir par exemple Rudolf Von Thadden, *La centralisation contestée*, Arles, Actes Sud, 1989. J'ai étudié cette perspective de la formation des libéralismes en France dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997. Pour la méthode développée, voir, publiée en espagnol, la communication du colloque de Naples « Per una storia dei concetti

le sentiment de débâcle (la chute de l'Empire, puis les Cent Jours), l'invasion par les puissances étrangères qui pèse sur les débuts de la Restauration, l'énigme créée par l'autorité de Napoléon, une énigme qui ne va cesser d'interpeller la réflexion de Tocqueville car elle est remise en scène de façon spectaculaire par l'établissement du Second Empire, et enfin une grande richesse mais aussi une grande confusion dans le climat intellectuel entre 1814 et 1830. En somme, les Français, quelles que soient leurs préférences politiques, sont amenés à se poser la question : qui sommes-nous et que voulons-nous après dix années de Révolution, quinze années de pouvoir « despotique » mais stabilisateur - du moins en apparence - des conquêtes de la Révolution, et, au total, six ou sept textes constitutionnels ?

3. Formant sa pensée de jeunesse vers les années 1825-1830, partant aux Etats-Unis en 1830, juste après la révolution de Juillet, Tocqueville hérite des interrogations qui habitent la période de la Restauration. Il ne le montre cependant pas de façon directe, puisqu'il ne publie rien, à ce moment, qui soit de type « conjoncturel » ; pourtant, dans la distance prise avec la France, c'est bien de son pays qu'il traite dans son ouvrage sur la démocratie américaine, c'est bien à la France qu'il songe en s'embarquant pour l'Amérique avec Gustave de Beaumont³.
4. Dans un premier temps, on essaiera donc d'évaluer la question principale ou les données du problème qui se présentaient au sortir de l'Empire, c'est-à-dire, pour schématiser, un régime prétendant assurer l'ordre post-révolutionnaire, sans accorder de confiance à la liberté. On étudiera ensuite la position adoptée par Tocqueville, qui consiste, à la différence de certains libéraux de son temps (Guizot, l'orléanisme), à défendre avec constance les droits de l'individu, mais aussi les « droits de la société » que l'orléanisme, à la fois, s'approprie et assimile au pouvoir étatique. En d'autres termes, Tocqueville retrouve dans l'interpénétration société/Etat défendue par Guizot un héritage de Napoléon.
5. Pour conclure, on s'interrogera sur la place et la portée du *droit* au sein de la pensée de Tocqueville qui se veut en prise sur les enjeux de l'époque : l'importance mais aussi la relativisation du droit vont de pair chez lui.

I. Au sortir de l'Empire: les rapports entre la société et l'Etat

6. La Révolution française ne met pas fin à une certaine conception de l'Etat mais au contraire la revivifie : parce qu'il est celui qui définit *l'intérêt général*, en est le gardien et en surveille les réalisations, l'Etat est conçu

giuridici e politici europei » (février 2003) : « El pensamiento en acción : por otra historia de las ideas políticas », *Ayer*, n° 53, Madrid, Marcial Pons, 2004 (1), pp. 109-130.

³ Dans les deux cas, la correspondance en fait foi : à sa famille et à des proches, Tocqueville livre certains éléments de son interrogation personnelle, et, à divers correspondants, après la publication de *Démocratie en Amérique*, il confiera qu'il n'a cessé de songer à la France, pour une comparaison permanente quoique souvent implicite. On lira de Françoise Mélonio, « Tocqueville entre révolution et démocratie », introduction à Tocqueville, *Lettres choisies. Souvenirs*, éd. par F. Mélonio et L. Guellec, Paris, Quarto/Gallimard, 2003.

comme apte à surmonter toutes les divisions. Il s'agit aussi bien des divisions religieuses (souvenons-nous de l'Edit de Nantes), des conflits entre « factions » (comme on dit sous la Révolution française) et des divergences d'intérêt entre les citoyens et l'administration. D'où l'importance en France de l'Etat *administratif* et de ce que Napoléon appellera les « masses de granit », destinées à organiser une société qu'il décrit comme sortant « en poussière » de la tourmente révolutionnaire. L'Etat administratif, par différence avec l'Etat du constitutionnalisme⁴ recherche avant tout l'obéissance et l'uniformité ; il peut promouvoir l'égalité, comme ce fut le cas en France, mais entend définir en dehors de l'avis des citoyens ce qui est bon pour eux. Tandis que l'Etat libéral et constitutionnel s'appuie sur l'initiative individuelle et s'en remet à la *répression* pour les cas de violation envers la loi, l'Etat administratif préfère les mesures de *prévention*, indiquant à l'avance, aux individus, ce qu'ils ont à faire. Remplacer la prévention par la répression fut un combat incessant du courant de Constant, Tocqueville et Laboulaye.

7. En outre, dès la rédaction, en 1789, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, on voit qu'il existe dans la perspective du légicentrisme français, une forte tension entre l'émancipation de l'individu et l'autorité de l'Etat, et c'est par rapport à cette tension que le libéralisme doit opérer ses choix : jusqu'à quel point convient-il de fortifier les droits individuels en matière d'opinion, de presse, d'associations, de liberté de l'enseignement - mais aussi, au titre des grandes libertés publiques ou garanties du citoyen, la décentralisation, le jury en matière criminelle et la justice administrative ? Le choix fait par les gouvernements de Louis XVIII, dans le cadre de la Charte de 1814, est de garder les institutions de l'Empire, tout en tentant de les assouplir ; c'est aussi le choix des doctrinaires, dont Guizot est le principal théoricien. Ce tournant essentiel pèse sur tout le devenir du libéralisme français, dans ses composantes diverses.
8. La tension entre droit de la société et droits de l'Etat peut aussi être considérée sous l'angle du *droit de juger*, dans l'individu et chez le citoyen ; par l'exercice de son jugement, le citoyen contrôlera la façon dont il est gouverné : soit de façon directe, à travers le vote, la presse, la liberté électorale de réunion (dont l'Angleterre offre des exemples très poussés à l'époque), soit de façon médiate, par une responsabilité des ministres effective (grande pierre d'achoppement depuis la Révolution)⁵. Les gouvernements issus de la Charte se montrent avant tout désireux d'assurer un *contrôle* par l'Etat, au moyen des préfets et de l'ensemble du

⁴ Il faut entendre ici par constitutionnalisme une technique assurant la limitation des pouvoirs et la suprématie de la constitution sur les lois ordinaires, par exemple à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi.

⁵ Voir mon étude sur la façon dont Benjamin Constant traite la question au début du régime de la Restauration, puis au moment de l'Acte additionnel : Introduction et notes à *De la responsabilité des ministres*, in Benjamin Constant, *Œuvres complètes*, Tübingen, Max Niemeyer, t. IX-1, 2001, pp. 415-496.

système administratif, qui pèse sur les formes politiques et sur la société civile⁶.

9. Par exemple, le jury criminel, y compris en matière de presse, est une revendication des libéraux, mais la tentation est forte de soumettre la désignation des jurés au choix libre du préfet et du parquet. De même pour la liberté de presse: les trois grandes lois doctrinaires de 1819 abandonnent le système de la *censure* des journaux, c'est-à-dire l'examen préalable des articles (mesure de prévention), mais, par ailleurs, elles établissent un filtrage sévère parmi ceux qui souhaitent ouvrir un journal, en obligeant à déposer un « cautionnement », en d'autres termes une réserve en capital⁷. Cette disposition subsistera jusqu'à la fin du XIXe siècle, la loi de 1881 sur la presse y mettant un point final. Or, il faut bien voir que c'est au nom des droits de la société que le groupe doctrinaire introduit le cautionnement dans la législation des journaux : des garanties de solvabilité financière (en prévision de poursuites judiciaires), mais aussi de respectabilité sociale sont par là requises. Le cautionnement en matière de presse est le corrélat du cens en matière électorale.

10. Il me semble que le grand partage qui s'établit sous la Restauration est entre le courant fondé par Mme de Staël et Benjamin Constant, d'un côté, c'est-à-dire le libéralisme de Coppel, et, par ailleurs, le courant de Guizot, des doctrinaires, ensuite de l'orléanisme. Le concept proposé dans *L'individu effacé*⁸, le « droit de juger de son droit », reconnu ou refusé à l'individu, apparaît comme la clef des divergences majeures entre ces deux courants⁹. Le libéralisme de Coppel est un libéralisme de l'individu, mais aussi du sujet politique et moral, et des droits de la conscience (source protestante), avec, pour complément, un ordre constitutionnel modérateur¹⁰. Le libéralisme des doctrinaires conçoit une société organisée grâce à des groupes, des corps et des notables, et selon une structure hiérarchisée où « l'élite » de l'Université, de la presse, de la magistrature et de l'administration (bien plus, en réalité, que la bourgeoisie d'affaires) doit contrôler le pouvoir dans l'Etat central et, localement, développer ses réseaux d'influence. Il est caractéristique qu'en mai 1819, lorsqu'il défend le projet de loi du gouvernement sur le cautionnement des journaux, Guizot désigne la situation de la société française par le terme

⁶ Il faut rappeler que le maire n'est pas une personnalité élue mais désignée par le pouvoir central.

⁷ Sur les lois de 1819, voir L. Jaume, « Heurs et malheurs de la liberté de presse », in *Liberté, libéraux et constitutions*, sous dir. J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 43-59.

⁸ On peut trouver la formulation de ce concept chez Locke et chez Kant, du fait de leur intérêt en philosophie pour le rapport entre le sujet individuel et la loi.

⁹ Mais aussi le troisième courant, celui du catholicisme libéral (Lamennais, Lacordaire, Montalembert) qui ne peut être traité ici. Voir les éléments donnés dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, éd. cit.

¹⁰ La théorie du « pouvoir neutre » chez Constant est un exemple de la réflexion de Coppel sur le constitutionnalisme. Il existe en fait tout un ensemble de réflexions allant dans ce sens : l'examen des constitutions chez Mme de Staël, chez Sismondi ou chez Constant occupe une grande part de leur vie et de leurs œuvres, à la suite du grand inspirateur du groupe, Jacques Necker. Voir L. Jaume (sous dir.), *Coppel, creuset de l'esprit libéral*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

de « susceptibilité sociale ». La susceptibilité, terme médical, signifiait la « disposition à ressentir les influences, à contracter les maladies » (Littré). Pour Guizot, la presse est une « influence » qui peut servir les adversaires ultras, ou les partis radicaux, et qu'il importe donc de remettre aux mains du groupe des modérés. A Benjamin Constant, qui lui apporte la contradiction, le même jour, et conçoit la presse comme un moyen de contrôle exercé sur le pouvoir ainsi qu'un instrument de transmission des doléances, en tout cas au service de l'individu, Guizot répond, sur un ton professoral :

11. « (...) il n'y a plus aujourd'hui en France que le gouvernement et des citoyens ou des individus. La puissance publique est la seule qui soit réelle et forte. Il n'existe presque plus aucune de ces puissances intermédiaires ou locales qui créent ailleurs soit le patronage aristocratique soit les liens des corporations soit les privilèges particuliers, et qui, exerçant dans leur ressort des droits avoués et une force positive, dispensent le pouvoir central d'une partie des soins nécessaires pour que l'ordre soit maintenu partout »¹¹.
12. L'autre modèle, auquel Guizot fait allusion (par l'emploi du terme « ailleurs »), un modèle dans lequel il existe des « puissances intermédiaires », au lieu du face à face entre l'individu « atomique » et le pouvoir, c'est, bien entendu, l'Angleterre. Fascinant souvent les libéraux français, l'Angleterre est le pays d'une aristocratie de fonction (et non pas, purement et simplement, de naissance), qui, localement, exerce le patronage, assure la promotion sociale des individus de talent et mène à bien les tâches administratives à titre gratuit¹². Tocqueville va s'abstraire de cette comparaison permanente que les libéraux font avec l'Angleterre, pour mener l'examen à la lumière de l'expérience américaine. En observant cette « société d'individus », lieu d'une forte « susceptibilité » aggravée par une centralisation administrative telle que tout conflit de la société avec l'administration, sur un point du territoire, retentit sur le gouvernement, Guizot tire la conclusion que la presse doit être un élément d'ordre. Au service de la centralisation politique et administrative, la presse devra elle-même être centralisée : dirigée par quelques grands partis (deux ou trois), gérée financièrement et intellectuellement par les couches les plus aisées¹³.
13. Il est remarquable que, dans ces années 1820, le jeune Guizot parle comme Auguste Comte : il faut, au sein de l'« anarchie intellectuelle » qui

¹¹ Guizot, projet de loi sur le cautionnement des journaux, 3 mai 1819, *Archives parlementaires*, 2^{ème} série, t. XXIV, p. 166.

¹² Voir la comparaison que j'ai esquissée dans *Historia constitucional*, juin 2003, n° 4: «Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais».

¹³ Voir le discours de Royer-Collard, du même jour : il y a des « entrepreneurs » de presse. Tout journal doit donner des « garanties » à la société : « Cette entreprise, est-ce une opinion ? non, c'est une profession. (...) Etablir un journal et publier une opinion (...), ce n'est pas la même chose. L'établissement d'un journal diffère de la simple publication en ce qu'il implique nécessairement une spéculation à la fois politique et commerciale » (dans Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard*, Paris, Didier, 1861, t. 1, p. 483).

est le fait de la société française, un « pouvoir social »¹⁴, et, comme disent aussi les deux auteurs, un gouvernement qui soit « chef de la société ». Comte ajoutera, il est vrai, les concepts de « phase critique » et de « phase organique » ; c'est, en tout cas, la préoccupation de l'ordre ainsi que la crainte d'une expansion sans frein de *l'individualisme* qui unit dans cette période le philosophe et le futur homme d'Etat.

II. Tocqueville: un autre choix du mode de gouvernement

14. On ne comprendra pas pleinement la pensée de Tocqueville, si l'on ne mesure pas à quel point il hérite des données de ce débat. Il est clairement du côté de Constant répondant à Guizot en mai 1819, à la Chambre des députés ; par exemple, lorsqu'il écrit à la fin de la seconde *Démocratie* que le projet urgent est de « conserver à l'individu le peu d'indépendance, de force, d'originalité, qui lui restent ; le relever à côté de la société et le soutenir en face d'elle »¹⁵. Il énonce, dans le même passage, les moyens indispensables pour parvenir à cette fin, et qui avaient déjà été ceux que formulait Constant : la presse, le jury, l'indépendance judiciaire, la liberté d'association¹⁶. Tocqueville prend soin de préciser que le pouvoir judiciaire est une ressource pour l'individu, au service de l'individu en société, et cela doit être notamment le cas vis-à-vis de l'administration, conçue comme détentrice de l'intérêt général¹⁷.
15. Cependant, si Tocqueville hérite de ce débat et opère un tel choix, son originalité personnelle est de reprendre la question par une voie plus indirecte (si bien que les commentateurs ne perçoivent pas toujours le contexte) ou plus médiatisée : la comparaison se mène, de façon souvent implicite et parfois explicite, par rapport à la République américaine. Du coup, et parce que la référence n'est plus l'Angleterre - alors qu'elle est obsessionnelle depuis Montesquieu et Delolme -, Tocqueville n'adopte pas la problématique de la « nouvelle aristocratie », l'introuvable classe gouvernante, que d'innombrables écrits invoquent durant la Restauration, sous Juillet, puis après le second Empire¹⁸. S'il redoute lui aussi ce que les publicistes de la Restauration ont appelé la « dissolution sociale », et s'il reprend, à ce titre, la mise en question de l'individualisme

¹⁴ Tocqueville va reprendre l'expression car elle est adéquate à sa vision de la démocratie comme forme de société.

¹⁵ *De la démocratie en Amérique*, éd. par F. Furet, Paris, GF, 1981, t. 2, p. 396. Désormais on désignera l'ouvrage de 1835 par *Démocratie en Amérique I* et celui de 1840 par *Démocratie en Amérique II*.

¹⁶ Pour la place de Constant dans le grand débat sur la liberté d'association, voir notre étude : « Une liberté en souffrance : l'association au XIXe siècle », in *Associations et champ politique*, sous dir. C. Andrieu, G. Le Béguec, D. Tartakowsky, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 77-100.

¹⁷ « Il est de l'essence du pouvoir judiciaire de s'occuper d'intérêts particuliers et d'attacher volontiers ses regards sur de petits objets qu'on expose à sa vue. (...) La force des tribunaux a été de tout temps la plus grande garantie qui se puisse offrir à l'indépendance individuelle, mais cela est surtout vrai dans les siècles démocratiques ; les droits et les intérêts particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir judiciaire ne grandit et ne s'étend à mesure que les conditions s'égalisent » (*Démocratie en Amérique II*, éd. cit., pp. 392-393).

¹⁸ Sur l'idée de l'aristocratie indispensable voir le chapitre, pp. 288-319, dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, éd. cit.

démocratique, néanmoins, il ne croit pas au « gouvernement des classes moyennes »¹⁹, en tant qu'expression d'une aristocratie nouvelle. Citons, sur ce thème, un grand représentant de l'orléanisme (qui a d'abord été défenseur de la branche aînée des Bourbons), plusieurs fois ministre, homme de talent, Salvandy :

16. « Plus la société française est démocratique par ses mœurs et par ses lois, plus il faut lui demander que son gouvernement ne le soit pas, pour résister à ce flux et reflux de trente-deux millions d'hommes égaux et libres »²⁰.
17. A ce titre, Salvandy se plaint que le gouvernement de Juillet renonce, en 1831, à l'hérédité de la pairie, car c'était l'une des expressions de la « nouvelle aristocratie ». Guizot s'y était d'ailleurs lui aussi opposé, sans trop de convictions en fait mais avec des arguments caractéristiques²¹.
18. Il est vrai cependant que Tocqueville a conçu un apport « aristocratique » qui pourrait pondérer les emportements d'une démocratie où les différences de rang ont disparu : il s'agit des « légistes », tels qu'il les observe aux Etats-Unis. Les légistes forment un véritable corps, explique Tocqueville, ils ont un secret mépris du gouvernement populaire, ils possèdent le sens des traditions, ce qui est décisif en Amérique puisque le droit repose sur la pratique du *précédent*, à la différence du droit romain continental et européen²².
19. Mais surtout, chez Tocqueville, la réponse aux problèmes de la société post-révolutionnaire passe par l'acceptation du suffrage universel - il refuse, en cela, l'attachement orléaniste au vote censitaire - et, de façon plus générale, par le primat des « droits de la société » face au législateur et, surtout, face à la puissance administrative. La défense d'une nécessité inhérente à la société ne suppose pas, comme chez les doctrinaires, l'assimilation avec le pouvoir d'Etat, bien au contraire.

¹⁹ Sur ce point, dans ses manuscrits, il critique explicitement Guizot : « Je ne crois pas à l'organisation définitive du gouvernement pour les classes moyennes, et si je la croyais possible, je m'y opposerais » (dans *Œuvres*, La Pléiade, t. 2, sous la dir. A. Jardin, Paris, Gallimard, 1992, p. 1179, manuscrit de *Démocratie en Amérique* ; également et nommément contre Guizot, pp. 1122-1123, « l'impossibilité et le péril du gouvernement des classes moyennes »).

²⁰ Salvandy, *Vingt mois ou la révolution de 1830 et les révolutionnaires*, Paris, G. Barba, 1832, p. 44. Ce livre a connu plusieurs éditions depuis 1831 jusqu'en 1855, avec des ajouts et quelques variations dans le titre.

²¹ Sur ce débat, on peut consulter P. Rosanvallon, *La monarchie impossible*, Paris, Fayard, 1994 et notre étude « La conception sismondienne du gouvernement libre comparée à la vision française », in *Sismondi e la civiltà toscana*, sous dir. Francesca Sofia, Florence, Leo Olschki, 2001, pp. 213-230. Voir particulièrement, pour les arguments de Guizot, pp. 220-221.

²² Cf. le chapitre 8 de la deuxième partie dans *Démocratie en Amérique I* : « De ce qui tempère, aux Etats-Unis, la tyrannie de la majorité. (...) De l'esprit légiste aux Etats-Unis et comment il sert de contrepoids à la démocratie ». C'est donc en ce sens, fonctionnel, de contrepoids à la logique démocratique (tyrannie de la majorité) que Tocqueville qualifie les légistes de corps aristocratique. C'est l'un des passages les plus intéressants sur le rôle futur du droit dans le monde démocratique à venir, comme le montre bien Charles Coutel dans sa communication au colloque (« L'esprit légiste selon Tocqueville »).

20. Par ailleurs, le primat des droits de la société n'est pas non plus d'ordre purement juridique et normatif, il ne conduit pas à prôner une Déclaration des droits prolongeant ou transformant celle de 1789 ; rien, à vrai dire, de l'ordre du volontarisme juridique. Pour Tocqueville, il existe une réalité de type sociologique, donnée historiquement, qui est déjà à l'œuvre et qu'il convient d'appuyer. C'est en ce sens que Tocqueville désigne la démocratie comme un « état social », qu'il faut bien distinguer de « l'état politique », c'est-à-dire de la démocratie comme forme de gouvernement.
21. Tocqueville prend pour objet l'état social démocratique (mœurs, manières et opinion publique) en Amérique, non pour pousser à imiter les données américaines²³, mais afin d'y puiser une inspiration, des ressources prudentielles dans la réforme de la situation française.
22. On remarquera que Tocqueville abandonne cette distinction entre « état social démocratique » et « état politique » dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, comme François Furet l'avait montré²⁴, car chez lui les concepts ne sont jamais absolus mais seulement différentiels, en même temps que liés à un moment historique. Dans son dernier ouvrage, il définit la démocratie comme une forme politique, et uniquement comme telle. Pourquoi ce changement spectaculaire? ²⁵ La raison probable est qu'il ne s'agissait plus, cette fois, de comparer l'Amérique à la France, mais, en quelque sorte, de comparer la France à elle-même, à travers le gouffre de la Révolution, gouffre cependant traversé par un « fleuve » souterrain, qui permet au préfet de donner la main à l'intendant d'Ancien Régime, selon les expressions de l'auteur²⁶.
23. On pourrait dire que le choix effectué par Tocqueville - le primat du droit de la société - est fondé sur l'observation, comme chez les doctrinaires. Mais ce n'est pas la même observation, ni la même analyse : les amis de Guizot (comme Barante, Victor de Broglie ou Rémusat)²⁷ tentent de gérer une « démocratie » des classes moyennes à partir de sa « tête » ; d'où l'idée du « gouvernement des esprits » (formule de Victor Cousin, que reprend Guizot), l'importance attachée à l'instruction publique et au contrôle des associations. Tocqueville propose (mais sans pouvoir appliquer ces idées lorsqu'il est député ou ensuite ministre de Louis-

²³ « Ceux qui, après avoir lu ce livre, jugeraient qu'en l'écrivant j'ai voulu proposer les lois et les mœurs anglo-américaines à l'imitation de tous les peuples qui ont un état social démocratique, ceux-là auraient commis une grande erreur ; ils se seraient attachés à la forme, abandonnant la substance même de ma pensée » (*Démocratie en Amérique I*, éd. cit., pp. 424-425).

²⁴ F. Furet, « Tocqueville et le problème de la Révolution française », dans *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978.

²⁵ En ajoutant que dans *Démocratie en Amérique*, comme l'a montré J. Schleifer (*The making of Tocqueville's « Democracy in America »*, Chapel Hill, The University of North Carolina, 1980, pp. 263-274), le terme démocratie n'est nullement stabilisé (huit usages distincts).

²⁶ Voir *L'Ancien Régime et la Révolution*, livre II, chap. 6 : « Ils semblent se donner la main à travers le gouffre de la révolution qui les sépare », *Œuvres*, La Pléiade, éd. par F. Furet et F. Mélonio, t. 3, Paris, Gallimard, 2004, p. 104.

²⁷ Voir D. Roldan, *Charles de Rémusat. Certitudes et impasses du libéralisme doctrinaire*, Paris, L'Harmattan, 1999 et, du même auteur, *La pensée politique doctrinaire sous la Restauration. Charles de Rémusat. Textes choisis*, Paris, L'Harmattan, 2003.

Napoléon) des moyens plus individualisés, plus différenciés. En réalité, Tocqueville ne croit pas à l'efficacité du volontarisme : la démocratie sera libre si les mœurs acquises s'y prêtent. En fait, les doctrinaires, qui prétendent « constater » la souveraineté de la raison²⁸ au sein de la société, l'extraire par la représentation et la traduire dans sa « vérité », sont infiniment plus portés à l'artifice législatif : ils cherchent le « seuil de capacité » ou, plus précisément, la limite qui permet de présumer une incapacité dans la conduite des choix électoraux. Or, c'est visiblement à cette option, qui fait fi de l'initiative individuelle et construit un pouvoir très artificiel, que pense Tocqueville, dans l'une des pages les plus âpres de *Démocratie en Amérique II* :

24. « On ne doit pas oublier que c'est surtout dans le détail qu'il est dangereux d'asservir les hommes. (...) La sujétion dans les petites affaires se manifeste tous les jours, et se fait sentir indistinctement à tous les citoyens.. Elle ne les désespère point ; mais elle les contrarie sans cesse, et elle les porte à renoncer à l'usage de leur volonté. (...) En vain chargerez-vous ces mêmes citoyens, que vous avez rendus si dépendants du pouvoir central, de choisir, de temps à autre, les représentants de ce pouvoir, cet usage si important, mais si court et si rare de leur libre arbitre n'empêchera pas qu'ils ne perdent peu à peu la faculté de penser, de sentir et d'agir par eux-mêmes »²⁹.
25. La divergence avec ce « libéralisme d'Etat » qu'est la vision doctrinaire, et en fait orléaniste, se montre particulièrement sur deux questions : la justice administrative, la liberté de presse. Disons quelques mots sur le point de vue de Tocqueville en la matière.
26. 1) On ne s'étendra pas outre mesure sur la naissance du droit administratif et son lien avec le rôle du Conseil d'Etat³⁰. Il faut seulement rappeler que le contentieux administratif était devenu sous la Restauration, puis sous la monarchie de Juillet, le thermomètre du respect des libertés, et, avant tout, du droit de propriété. Les conflits entre les particuliers et l'administration pouvaient-ils être remis au juge ordinaire ou devaient-ils faire l'objet d'une juridiction spéciale (le Conseil d'Etat) et d'un droit exorbitant, non créé par le législateur représentant de la société (ou de la nation) ? Les partisans de cette dernière conception, qui l'emportèrent sous Juillet³¹, faisaient état d'un axiome devenu célèbre, créé par une personnalité très respectée, le président Henrion de Pansey : « Juger l'administration, c'est encore administrer ». En vertu de ce principe, ainsi que de la prétention étatique à être le gardien de l'intérêt

²⁸ Voir, par exemple, de P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.

²⁹ *Démocratie en Amérique II*, éd. cit., pp. 387-388.

³⁰ Dans le colloque où cette communication a été donnée, la question est traitée par Claude Courvoisier : « Tocqueville et la formation du droit administratif ».

³¹ Voir L. Jaume, « Les libéraux et la justice administrative sous Juillet : craintes et ambiguïtés », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, sous dir. O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé, Paris, LGDJ et Publications de l'Université de Rouen, 2001, pp. 137-149.

général, le contentieux de l'administration fut réservé au Conseil d'Etat³². A cela s'ajoutait le fameux privilège de juridiction des fonctionnaires, créé par la Constitution de Bonaparte (article 75 de la Constitution de l'an VIII) : eux aussi bénéficiaient de la protection vigilante du Conseil d'Etat³³.

27. D'un point de vue de publiciste et de penseur libéral, Tocqueville s'est maintes fois exprimé contre ces dispositions qui semblaient conférer à l'Etat une justice de type léonin : « Le droit de poursuivre les agents du pouvoir devant la justice, ce n'est pas une partie de la liberté ; c'est la liberté même, la liberté dans ce qu'elle a de plus clair et de plus tangible »³⁴.
28. Et, cette fois, du point de vue de l'historien, Tocqueville écrira dans *L'Ancien Régime et la Révolution* que « la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime »³⁵. La puissance royale, en effet, avait soin de soustraire aux juridictions ordinaires les affaires où, comme l'on disait, « l'intérêt de l'Etat est engagé ».
29. Au total, Tocqueville considère donc que la prétention à garantir l'intérêt général contre les attaques égoïstes de l'intérêt particulier n'est souvent qu'une rhétorique cachant les intérêts de pouvoir de ceux qui gouvernent : l'Etat affirmait un droit spécifique qui tournait davantage à son bénéfice, et à ceux de son personnel administratif ou politique, qu'à celui de la société dont il se voulait le défenseur³⁶.
30. 2) De même que la société américaine ne connaissait pas le contentieux administratif à la française, Tocqueville souligne en matière de droits de la presse l'étrangeté des lois françaises, depuis les textes de 1819 évoqués plus haut, relayés ensuite par un abondant dispositif répressif, qui gonflera encore sous la monarchie de Juillet. Comme l'explique un chapitre de *Démocratie en Amérique II*³⁷, la vie de la presse est étroitement liée à la présence ou à l'absence de la centralisation. Les journaux se multiplient là où « les pouvoirs locaux sont nombreux », comme en Amérique, avec « le fractionnement extraordinaire du pouvoir administratif ». Le journal est donc un moyen de réunir des individus égaux, séparés par de grandes

³² Lequel en théorie n'était pas le juge effectif mais le simple conseiller du pouvoir exécutif. Nous simplifions la question de la « justice retenue ».

³³ Pour un bilan sur cette question : Jean-Louis Mestre, « La garantie des fonctionnaires », dans *Liberté, libéraux et constitutions*, sous dir. J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

³⁴ Article anonyme du *Commerce*, 16 février 1845, reproduit dans Tocqueville, *Œuvres complètes*, III-2, Paris, Gallimard, 1985, p. 156.

³⁵ C'est le titre du chapitre 4, livre II. Dans l'édition de la Pléiade, *Œuvres*, t. 3, 2004, p. 96.

³⁶ Dans les faits, le droit administratif, marque de l'originalité française, et le Conseil d'Etat (doté de la justice déléguée, par les républicains, en 1872) l'ont emporté. Bien que les controverses ne soient pas éteintes aujourd'hui, il est généralement reconnu que le Conseil d'Etat, créateur du droit administratif à travers sa jurisprudence, a fait preuve de sagesse et d'équité. Une technique comme le recours pour abus de pouvoir a fait la preuve de sa fécondité auprès des justiciables. Il n'est pas sûr que, devant les nouvelles garanties apportées et la création ensuite de véritables tribunaux administratifs, Tocqueville aurait maintenu ses critiques.

³⁷ *Démocratie en Amérique II*, éd. cit., pp. 144-145.

distances, qui ont besoin pour se former un jugement de trouver une information commune et de ressentir la présence du tout national dans les diverses parties. En France, les discussions sans fin sur la liberté de la presse (40 lois entre 1814 et 1881 !) montrent que les équipes gouvernantes ont une conception à la fois centraliste, hiérarchique et élitiste du journal : ce dernier doit venir d'en haut, si l'on peut dire, communiquer aux provinces le « la » émis par le diapason politique (les Chambres et le pouvoir exécutif).

31. Le journaliste, personnage qui se sait important, n'hésite pas, en France, à traiter de grands sujets « philosophiques ». D'où des moyens de contrôle sur les organes de presse que tous les pouvoirs, même libéraux, cherchent à se procurer. Dans un passage de *Démocratie en Amérique I*, Tocqueville souligne toute la différence entre les deux pays : « Aux Etats-Unis, il n'y a pas de patentes pour les imprimeurs, de timbre ni d'enregistrement pour les journaux ; enfin la règle des cautionnements est inconnue. Il résulte de là que la création d'un journal est une entreprise simple et facile »³⁸.
32. En effet, le journal, note Tocqueville, n'est pas considéré en Amérique comme un produit rare et de haute valeur : la concurrence, la vie locale, la qualité médiocre des articles, la recherche des petits faits plutôt que des grandes idées sont autant de facteurs qui empêchent de surévaluer le rôle du journaliste. Toute la description de Tocqueville mérite d'être lue³⁹. Mais la conséquence n'est pas, selon l'auteur, que la presse américaine serait dénuée d'influence : « Réduite à ces seules ressources, la presse exerce encore un immense pouvoir en Amérique. Elle fait circuler la vie politique dans toutes les portions de ce vaste territoire »⁴⁰. Finalement, par le moyen des journaux, il existe bien chez les Américains un « tribunal de l'opinion ». On peut même dire que la *souveraineté du peuple* n'a de réalité que par la liberté et la concurrence entre les journaux : Tocqueville exprime cette idée dans les deux passages de *Démocratie en Amérique* cités ci-dessus et dans bien d'autres. Il instruit en cela le procès des élites françaises, qui, du premier Empire jusqu'à celui de Napoléon III, chercheront à contrôler un « pouvoir » (un « quatrième pouvoir ») qu'ils redoutent. L'imprimerie, et notamment la presse périodique, est un véritable *droit de la société* que le pouvoir supporte avec impatience, mais qu'il ne peut restreindre qu'en invoquant encore ce droit de la société : on le voit bien en étudiant les débats parlementaires sur les divers projets de lois restrictifs. On invoque la tranquillité publique, les bonnes mœurs, la vie privée, la dignité du chef de l'Etat français, les opinions conservatrices de la paix sociale, etc.

III. Conclusion: le droit chez Tocqueville

33. En quel sens peut-on parler d'une pensée juridique chez Tocqueville ? Plus qu'un théoricien du droit, il est un observateur des institutions, et,

³⁸ *Ibid.*, p. 269.

³⁹ *Ibid.*, pp. 270-271.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 271.

pourrait-on dire, du jeu institutionnel-juridique : on le voit bien dans son analyse du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis, et notamment de la capacité donnée à tout juge américain, à tout degré, de suspendre l'application de la loi ; on le voit aussi dans l'étude du fédéralisme, ou encore du jury - questions qui passionnent Tocqueville parce que, là aussi, la comparaison avec la France est riche de contrastes⁴¹. Cet intérêt se confirme également dans les comptes rendus ou les rapports académiques que l'on trouve rassemblés au tome XVI des *Œuvres complètes* ⁴².

34. En fait, comme chez Montesquieu, Tocqueville ne sépare pas la question du droit de celle des mœurs, des coutumes et de l'« état social » dans lequel ce droit prend vie. Il est sociologue tout autant que théoricien du droit. Dans sa pratique de député, il a été amené à s'exprimer sur le droit constitutionnel, lorsque, en 1848, il est élu membre de la commission chargée de préparer le projet de constitution⁴³. Il devra s'exprimer aussi sur le projet de révision, par suite des projets inquiétants de Louis-Napoléon. Mais, dans ces deux circonstances, Tocqueville commet des erreurs d'appréciation spectaculaires, et qui auront de graves conséquences : nous renvoyons à notre étude sur ces questions où l'opportunité politique et l'appréciation juridique ne cessent d'interférer⁴⁴.
35. Comme il le montre dans sa discussion à la fin de *Démocratie en Amérique I* (comparaison des lois, des mœurs et des causes physiques au titre de facteurs explicatifs)⁴⁵, Tocqueville est, en matière de pensée du droit, tout autant sociologue que juriste parce que, avant tout, il est un analyste des *mœurs*, au sens des grands essayistes du XVIIe et du XVIIIe siècle⁴⁶.

⁴¹ Voir mon étude : « Tocqueville et la perspective libérale sur le jury », in *La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Association française pour l'histoire de la Justice, Paris, La Documentation Française, 2001, pp. 111-124.

⁴² *Mélanges*, éd. établie, présentée et annotée par F. Mélonio, t. XVI des *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1989. Voir un article concernant le livre de Lebastard-Delisle sur le droit romain, un rapport sur le même auteur, également sur la question du jury traitée par J.-L. Couppey, un rapport sur L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif*, et surtout le rapport sur l'ouvrage de son ami Théodore Sedgwick, où Tocqueville insiste sur les pouvoirs du juge américain.

⁴³ Voir ses interventions et la reproduction (partielle) des débats : *Œuvres complètes*, III-3, Paris, Gallimard, 1990, éd. par A. Jardin, p. 55 et suiv.

⁴⁴ « Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848 », *Revue française de science politique*, 41(6), décembre 1991, pp.739-755. A paraître en espagnol, dans *Pensamiento de Tocqueville*, sous dir. D. Roldán .

⁴⁵ Deuxième partie, chap. 9 : « Les lois et les mœurs suffiraient-elles pour maintenir les institutions démocratiques autre part qu'en Amérique ? ». Voir l'ensemble : éd. cit., t. 1, pp. 413-420.

⁴⁶ Voir l'ouvrage récent de Jean-Louis Benoît, *Tocqueville moraliste*, Paris, Honoré Champion, 2004. Il est amusant de noter qu'à l'âge de 22 ans, lorsqu'il vient d'être nommé juge auditeur à Versailles, Tocqueville exprimait à son ami Kergorlay ses réserves envers la tournure d'esprit juridique : je crains, explique-t-il, « de devenir avec le temps une machine à droit, comme la plupart de mes semblables [du tribunal], gens spéciaux, s'il en fut jamais, aussi incapables de juger un grand mouvement et de conduire une grande opération qu'ils sont propres à déduire une suite d'axiomes et à trouver des analogies et des antinomies » (*Œuvres complètes*, XIII-1, Paris, Gallimard, 1977, p. 108, lettre à Kergorlay du 23 juillet 1827).

36. Moins constitutionnaliste que Benjamin Constant, au sens où il a moins de foi dans l'autonomie des formes juridiques, Tocqueville relève cependant du même courant : les droits présents dans la société ne requièrent pas un Etat faible, mais un Etat qui, proprement constitutionnel, est fort dans son domaine et seulement dans son domaine⁴⁷. C'est à cette condition que l'individu des sociétés modernes garde liberté et dignité.

⁴⁷ Pour comparaison, rappelons la critique adressée par Constant à Godwin : « Le gouvernement n'étant selon lui qu'un mal nécessaire, il a conclu qu'il n'en fallait que le moins possible. C'est une seconde erreur. Il n'en faut point hors de sa sphère ; mais, dans cette sphère, il ne saurait en exister trop. La liberté gagne tout à ce qu'il soit sévèrement circonscrit dans l'enceinte légitime ; mais elle ne gagne rien, elle perd au contraire à ce que, dans cette enceinte, il soit faible ; il doit toujours y être tout-puissant » (B. Constant, *De la liberté chez les modernes*, passage des *Mélanges de littérature et de politique*, éd. M. Gauchet, Pluriel, Le Livre de Poche, LGF, 1980, p. 567). Tocqueville a parfois exprimé la même idée.