

Le retour de Tocqueville :

Faut-il abandonner Tocqueville aux sociologues et aux littéraires ?¹

L'année 2005 est celle du Bicentenaire de la naissance d'Alexis de Tocqueville, célébré dans la Normandie de ses aïeux par un colloque international et, à Paris, par des cérémonies à l'Institut : Académie des sciences morales et politiques et Académie française où il avait été élu en 1838 et en 1841, après avoir été élu député en 1839, quatre ans après la publication de la *Démocratie en Amérique*. Edité à 500 exemplaires, ce livre qui a fondé une notoriété américaine, jamais démentie, est celui d'un magistrat envoyé en mission officielle d'avril 1831 à février 1832, pour étudier le système pénitentiaire. Avec son ami, Gustave de Beaumont, ils publient en janvier 1833, un rapport présentant les avantages du système cellulaire américain où la solitude est compensée par l'obligation d'un travail qui réussit à faire que les prisons ne pèsent pas sur le budget public. Mais, comme Tocqueville l'avouera, les prisons n'avaient été qu'un prétexte pour étudier un pays où la démocratie, loin d'être un avenir risqué, était un présent de libertés ordonnées et paisibles.

La Révolution de 1848 sera-t-elle sa chance ? Elle le transforme d'abord en élu émerveillé du suffrage universel, puis en rédacteur malheureux d'une Constitution, qui le fera un bref ministre des affaires étrangères, conduit à démissionner devant les préparatifs d'un coup d'état qu'il refuse. Revenu à ses études, il publie en 1856, *L'Ancien régime et la Révolution* qui fait découvrir l'ancienneté d'une centralisation administrative que Bonaparte n'a fait que continuer. Immédiat, le succès sera bref, entièrement oublié de la République parlementaire et centralisée des lois de 1875, seule enseignée par les nouveaux professeurs de droit -Esmein, Duguit, Hauriou, Capitant et Vedel- pour ne citer que les morts. Héritier de Montesquieu et Malesherbes son aïeul, Tocqueville, ce *magistrat des libertés* ne parlait plus qu'une langue morte aux Français.

Aujourd'hui les choses sont différentes : grâce à Raymond Aron, pour les sociologues des années soixante, à François Furet pour les historiens des années 80 et surtout à Françoise Melonio pour les Lettres des années 2000, Tocqueville, enfin publié dans des éditions d'accès facile, attend l'analyse des juristes. Et d'autant que la constitutionnalisation de la Vème République- la fameuse « Politique saisie par le droit » de Louis Favoreu- nous rapproche non seulement de la pratique judiciaire des vieux Parlements, mais aussi de la nature double d'un légitimisme capétien, ainsi défini par Montesquieu: *c'était un principe fondamental de la monarchie que ceux qui étaient sous la puissance militaire de quelqu'un étaient aussi sous sa juridiction civile*². Et nous verrons les conclusions civiques et judiciaires que Tocqueville en tira pour juger de l'Occupation militaire du Canada français par les Anglais, de l'Algérie musulmane par les Français aussi bien que celles que nous pouvons en tirer pour renouveler l'analyse des crises françaises de 1940 ou 1958.

Avant de continuer, j'insiste sur la qualité des documents mis à la disposition de la recherche par le travail historique. D'abord Malesherbes dont les archives, enfin ouvertes, signifient que la biographie de Pierre Gros-Claude, longtemps interdite, est maintenant tombée dans le droit commun³. Ce qui permet de prendre la mesure de l'immense travail préparatoire des lumières françaises et aristocratiques qui ont précédé une Révolution dont Tocqueville dira qu'elle a proclamé mais non inventé les principes. Chrétien-Guillaume de Lamoignon de Malesherbes, ami de Rousseau et directeur de la Librairie avait, malgré la

1 : Francois MELONIO : *Tocqueville et les Français*, Aubier, 1993 a étudié l'oubli et Serge AUDIER, le retour : *Tocqueville retrouvé, genèse et enjeux du renouveau tocquevillien français*, VRIN, 2004

² MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XXX, chap. 17, La Pléiade, Paris, 1951, p.908.

³ Pierre Gros-Claude : Malesherbes, témoin et interprète de son temps, Risbacher, Paris, 1961.

censure, aidé à la publication de l'*Encyclopédie* : et nous pouvons lire leur correspondance. Magistrat et président de la Cour des aides, il résista à l'arbitraire des impôts de Louis XV, appela jusqu'à en être exilé, à la consultation de la nation, convoquée en ses Etats-généraux ; et nous lisons les remontrances de 1771. Devenu ministre de Louis XVI, il va lutter contre les lettres de cachet, restituer en 1787 l'état-civil aux non catholiques, démissionner puis revenir devant la Convention pour défendre son roi. Issu de la tradition « politique » qui, au nom des *Lois fondamentales du royaume*, avaient soutenu Henri IV contre la Sainte ligue catholique, Malesherbes, guillotiné en 1794, est très éloigné du repentir doloriste des légitimistes du XIXème siècle bâtissant la chapelle expiatoire, proche du futur boulevard Malesherbes. Comme son aïeul, Tocqueville se voudra fidèle d'une France politique qui soit libre et patriote.

Nous pouvons le suivre grâce aux dernières publications de Françoise Melonio : *Lettres choisies*⁴ - véritable biographie par la correspondance- et trois volumes *La pléiade* qui faisant une large place aux carnets de voyage, aux inédits et repentirs, permettent d'entrer dans les arcanes du raisonnement évacué des œuvres publiées de son vivant. Ainsi découvre-t-on l'imprégnation d'une éducation légitimiste⁵, le dialogue avec un père qui, ancien préfet, est interrogé sur la centralisation⁶ ou le choc d'une arrivée à New York où un ancien ambassadeur en France leur explique le rôle des avocats dans un pays sans vrai gouvernement où, avec les magistrats dont ils sont proches, ils jouent le rôle de la « résistance » : et l'intérêt de ces publications croisées est de lire le carnet du 10 juin notant la conversation avec M.Gallatin qui explique⁷, puis la lettre du 20 juin écrivant sa surprise à Ernest de Chabrol⁸, son collègue au tribunal de Versailles, toutes choses qui seront reprises dans le chapitre VIII de la première Démocratie traitant de « l'esprit légiste aux Etats-Unis et comment il sert de contrepoids à la démocratie » dans un pays où « ils font barrière aux écarts »⁹.

Après ces préliminaires, je voudrais développer deux exemples : 1) le rôle de la Cour constitutionnelle américaine comparé à celui des vieux Parlements français ; 2) le lien entre occupation militaire et système judiciaire.

1) Comparaison entre le Parlement de Paris et la Cour Constitutionnelle

Alexis de Tocqueville est né en 1805, dans une famille aristocratique qui, refusant d'émigrer, avait assez souffert pour avoir le sens aigu de la fin de « l'ancienne monarchie », tout en gardant la fidélité patriote au territoire des aïeux. Il y verra l'origine de son « équilibre » entre un passé, pour lequel il n'a « ni haine, ni jalousie » et un avenir voué à une démocratie « dont il n'a reçu nulle injure »¹⁰. Les Tocqueville représentaient la vieille noblesse militaire d'une Normandie qui, au Moyen Âge, avait conquis l'Angleterre et la Sicile, tandis que les Lamoignon représentaient la classe des légistes qui, depuis le XVIème siècle, s'étaient imposés par leur travail et leur compétence. Le privilège d'Alexis sera cette double mémoire qui le dota du détachement nécessaire pour mesurer d'un côté la décadence de la vieille noblesse militaire, réduite au gouvernement honorifique des villes, et de l'autre la montée en puissance d'une magistrature, elle-même concurrencée par celle des « bureaux » qui, eux, ne relevaient que l'Intendant, nommé par le Conseil du roi. Si bien qu'après avoir été follement populaire en raison de sa volonté de représenter une nation sans voix, la vieille magistrature sera finalement brisée par son orgueil et ses exagérations. A la différence des

⁴ Alexis de TOCQUEVILLE, *Lettres choisies, Souvenirs*, Gallimard Quarto, 2003, sous la direction de Françoise Melonio et Laurence Guellec.

⁵ Dans les lettres à sa mère ou à l'abbé Lesueur, son précepteur mort pendant son voyage.

⁶ *Lettres choisies*, 7 octobre 1831, page 227

⁷ *La Pléiade*, tome I, page 32

⁸ *Lettres choisies*, page 189-90

⁹ *La Pléiade* tome II page 300-10.

¹⁰ Lettre à Henri Reeve, mars 1837, publiciste anglais et traducteur de *La Démocratie*, pour qui il se situe.

juges américains, assez heureux pour que le pouvoir constituant sache inventer le contrôle de constitutionnalité.

Juge auditeur à Versailles en 1827, Alexis est aussitôt sensible à la *diminutio capitis* des magistrats, fonctionnarisés depuis Bonaparte. *La Démocratie* de 1835¹¹ l'évoque brièvement, la *London Review* de Stuart Mill plus explicitement en 1836 puisqu'il cite Malesherbes « parlant au nom d'une des premières cours du royaume »¹². Pour les Anglais, il est factuel : en 1770, le président de la Cour des aides rappela au roi Louis XV qu'il existait des « droits inviolables » qui « appartenaient à une nation » qui devait être « interrogée et écoutée ». Le but était de montrer aux Anglais que dans la France de 1789, la liberté n'était pas une nouveauté puisqu'elle avait été revendiquée par une aristocratie élevée dans le sens de l'honneur et de la fidélité aux lois fondamentales. La Révolution avait moins inventé, qu'accélééré et donné l'éclat de la proclamation, à des idées de liberté et d'égalité qui étaient celles de la révolution européenne en marche depuis...le XIVème siècle. Mais, sachant la suite malheureuse pour des magistrats, souvent envoyés à la guillotine, Tocqueville nuance: « ce goût de la liberté se manifestait du reste ...par des efforts individuels plutôt que par des entreprises collectives, par une opposition souvent puérile et déraisonnable plutôt que par une résistance grave et systématique » Et dans ses écrits posthumes, l'outrance de Parlements de 1787-88 refusant les réformes, en croyant parler au nom d'une nation, est mal jugée.

La mémoire des échecs familiaux, explique la joie d'avoir rencontré en Amérique une République tempérée par la Justice¹³. Alerté par les conversations, dont les Carnets donnent le fil et, éclairé par la lecture du *Federalist* où avaient dialogué Hamilton et Madison, *La Démocratie de 1835* compare le passé du Parlement de Paris et le présent de la Cour suprême de façon plus technique : d'un côté un pouvoir judiciaire, lancé dans une action politique désordonnée ; de l'autre un pouvoir d'arbitrage, limité par un « cercle » d'attributions puisque « le juge américain ne peut se prononcer que s'il y a litige ; il ne s'occupe jamais que d'un cas particulier ; et, pour agir, il doit attendre qu'on l'ait saisi¹⁴ ». A cette règle générale de la magistrature, s'ajoute ici « l'immense pouvoir politique » qu'est le droit à « fonder ses arrêts sur la Constitution plutôt que sur les lois » En d'autres termes, le droit de ne pas appliquer les lois inconstitutionnelles puisque, à la différence de la France écrit-il (!), c'est parce que la Constitution fédérale est toujours révisable, qu'elle a été hissée au rang de référence ultime.

Tel est le secret, évidemment moins neuf aujourd'hui que pour les lecteurs de 1835, au fondement de ce miracle d'une démocratie modérée, d'un pays où l'esprit légiste a investi la société au point de servir de « contrepoids à la démocratie » et donc de « frein à la tyrannie de la majorité »¹⁵. Avec Montesquieu, Tocqueville est sensible aux climats, aux mœurs, aux circonstances qui pèsent et transforment des institutions, qu'il est toujours délicat de transférer hors de leur contexte d'origine. De cette prudence, est souvent sorti le portrait d'un Tocqueville peu intéressé par les institutions. Rien n'est plus faux et les juristes doivent savoir que les inédits, enfin publiés, livrent une mine de renseignements sur les raisonnements

¹¹ *La Pléiade*, tome II page 110. .

¹² *Etat politique et social de la France, avant et après 1789*, *La pléiade*, tome III page 37. La question est reprise au chapitre III des *Considérations sur la Révolution : Comment le Parlement à l'aide des précédents renversa la monarchie*, publication posthume reprise avec des compléments dans *La Pléiade*, tome III p.470 et ss, où Louis XVI est heureusement crédité aussi bien d'avoir proposé de bonnes réformes(impôts, édits des grains etc..) que d'avoir refusé de partager le pouvoir législatif avec un corps irresponsable et sans mandat

¹³ *La pléiade*, tome II, page 969 où sont publiés les brouillons rédigés mais laissés de côté pour l'édition des chapitres V (nécessité d'étudier ce qui se passe dans les états particuliers avant de parler du gouvernement de l'union) et VI Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique – *La pléiade* pages 63 et ss et 109 et ss.)

¹⁴ *La Pléiade*, tome II, p111

¹⁵ *De la démocratie en Amérique*, *La Pléiade*, tome II, page 302.

antérieurs à la rédaction. Expert de chaque pays, il veut tout savoir et d'abord le régime la justice, en particulier la place du jury dont il pense qu'après la représentation, il est l'autre face d'une souveraineté d'un peuple doté d'initiative, ce qu'on appellerait le *bottom up*. Et le reste suit: libertés locales, régime de la presse et Instruction publique à dispenser largement, car la Démocratie a besoin de lumières. Puisque la malheureuse histoire de la France a voulu qu'une révolution de la liberté se soit terminée en despotisme militaire, il tourne son regard vers les pays neufs : Canada où une population française oubliée depuis 1763, a prospéré autour d'un clergé démocrate et patriote ; Algérie où, à l'inverse, coexiste une population européenne clairsemée et une population musulmane, nombreuse. Et d'interroger l'avenir des deux modes de colonisations : l'anglaise et la française.

2) Deux types de colonisation : Anglais au Canada et Français en Algérie

Issu d'une famille légitimiste, Tocqueville est un homme humilié dans son patriotisme : par les traités de 1763 qui ont privé la monarchie de son empire colonial- le Canada et l'Inde où il rêva d'aller. Mais aussi par les traités de 1815 qui limitant la France en Europe, l'obligent à défendre son statut de grande puissance, en Afrique. Et si la présence française au Canada est un vestige dont il n'ose pas penser qu'il ait un avenir, la présence française en Algérie est au contraire une aventure qui l'a fait rêver, même si le désenchantement est assez vite venu.

Le Canada français : quel avenir ?

Tocqueville est en Amérique en 1831, soixante huit ans après le traité où la mer patrie avait abandonné, quelques arpents de neige peuplés de quelques 60.000 Français qui, loin de dissoudre comme imaginé, étaient devenus 600.000 en gardant une très forte identité. Au Québec, où les Canadiens sont si français, tout est différent de la France de 1830: là, règne une religion catholique, très pratiquée et respectée qui, sans superstition, ni *ex voto*, ni madones aux coins de rue, émeut l'agnostique qu'il est devenu mais sans la moindre indulgence pour les protestants divisés en sectes. Au Québec il n'y a pas de couvents d'hommes, mais des religieuses qui, toutes dévouées à l'éducation et aux soins, sont respectés même des Anglais. Les terres sont bien cultivées et les maisons prospères font voir une population vigoureuse et saine qui, entretenant de bons rapports avec les Indiens, montre ce caractère « bon enfant » et proche de l'ancienne France, qui lui fait écrire que la *nouvelle France* n'est pas là où on le croit. Démocrate et libéral, le clergé est à la tête du combat contre les Anglais, mené pour « notre religion, notre langue, nos lois » comme l'écrit le journal local animé de la haine contre les Anglais qui accaparent places et richesses commerciales.

Cette population cherche-t-elle à s'affranchir de la tutelle anglaise ? Va-t-elle engendrer l'homme de génie qui la conduira au sursaut ? Tocqueville n'y croit guère en raison de *l'esprit de clocher*, du retard de l'éducation et de l'absence général de lumières. Premiers arrivés, les Français, pensaient l'éducation générale inutile. Venus ensuite, les Anglais l'ont gardée pour eux, en la liant à une langue et une religion qui étaient refusées. Il n'y avait donc que quatre ans qu'un plan d'instruction primaire avait été établi pour les Français et les conséquences étaient lourdes. En particulier dans le système judiciaire

A son habitude, Tocqueville va assister à un procès où la découverte du burlesque illustre le drame d'un pays occupé. S'il note que la coutume de Paris est restée en vigueur au civil jusqu'en 1810, il voit aussi le résultat de l'absence d'une école de droit, formant de vrais avocats alors que pour avoir le titre ici, il suffit de cinq années de formation pratique chez un avocat en exercice. Le procès à juger était une affaire de diffamation. Dans une salle dominée par la peinture des armes britanniques, l'avocat du diffamé plaidait en anglais, celui de l'accusé en français et le juge en robe et rabat, traduisait ou rectifiait jusqu'à ce que les deux parties s'échauffent en mêlant les deux langues. La déception est venue des avocats, si éloignés de leurs confrères de Boston : ici, ni distinction ni talent, mais seulement

les armées ne sauraient assurer la durée d'établissement. Quelle conclusion en tirer pour la France républicaine d'aujourd'hui ? Il me semble que ce Tocqueville retrouvé devrait aider à la réévaluation de l'histoire civique et juridique d'une France républicaine, longtemps restée plus légaliste, parlementaire et centralisée, que légitimiste au sens de patriote, constitutionnelle et judiciaire : victorieuse en 1918, la République légale des lois de 1875, n'a pas su utiliser ce succès militaire pour « élever dans ses bras » ni les femmes qui, à l'arrière, avaient permis à la vie de continuer ni les indigènes qui avaient été au front. Si bien que, vaincue en juin 1940, la République parlementaire n'a pas vu que l'abdication patriote entraînait l'abdication judiciaire puisque l'Armistice livrait les armes et ouvrait les prisons

Victorieuse en 1945, la République de 1946 n'a pas plus « élevé dans ses bras » les Algériens, si nombreux dans l'Armée d'Afrique. Pas plus qu'en 1848 ou 1875, les Français Musulmans n'accéderont à l'égalité des droits civiques, limités aux Français en 1848, aux juifs en 1871. Les Français musulmans- hommes et femmes- attendront 1958 sans que leur combat soit terminé.

Comme prévu par Tocqueville, écartelé entre fanatisme et principes de la Révolution, un des deux peuples aura du mourir : ce fut celui des Français d'Algérie, bientôt suivis des Algériens restés fidèles à la France. Souhaitons qu'au XXIème siècle Français et juristes se montrent plus lucides quant au principe fondamental du légitimisme tocquevillien, unissant patriotisme constitutionnel et régime des libertés ; régime qui, oublié de la France de la Révolution, des deux Républiques, des deux Restaurations comme des deux Bonapartes, il aura eu la joie de découvrir lors de son voyage dans *la démocratie en Amérique*.