

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca

**Le droit et les juristes dans une
«société libre et démocratique»,
selon Alexis de Tocqueville**

Guy Rocher^[1]

INTRODUCTION 1013

I. LA LIBERTÉ ET LA DÉMOCRATIE, SELON TOCQUEVILLE 1014

II. LA MÉTHODE SOCIOLOGIQUE DE TOCQUEVILLE 1017

III. LE MODÈLE THÉORIQUE: DE MONTESQUIEU À TOCQUEVILLE 1018

IV. LE DROIT DANS LES RÉGIMES ARISTOCRATIQUES ET LES

DÉMOCRATIES 1019

V. CONTRIBUTION DU DROIT AU RENFORCEMENT DE LA

DÉMOCRATIE AMÉRICAINE 1021

VI. DROIT ET ÉCONOMIE 1024

VII. LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX 1027

VIII. SOCIOLOGIE DE LA PROFESSION JURIDIQUE 1030

IX. LA SOCIOLOGIE DU DROIT DE TOCQUEVILLE 1032

cherche maintenant à assimiler. Le problème est particulièrement posé aux tribunaux qui ont à délimiter et à interpréter cette notion nouvelle. Au cours des dernières années où il exerça ses fonctions à la Cour suprême du Canada, le juge Jean Beetz eut quelques occasions de réfléchir à l'interprétation de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*^[2] où a été déposée cette formulation.

En apparence simple et limpide, cette notion cache bien des problèmes qu'elle ne révèle pas au premier regard. L'une et l'autre des deux notions, la liberté et la démocratie, sont complexes en elles-mêmes. Chacune a fait l'objet de nombreux débats théoriques et pratiques, depuis la Grèce classique jusqu'à nos jours. Et le fait de les accoupler et d'en faire d'un même souffle les traits caractéristiques d'une «société» vient ajouter encore à la complexité du sujet.

Dans ce contexte juridique nouveau, auquel fut confronté Jean Beetz, il ne paraît pas hors de propos d'évoquer les travaux d'un juriste et penseur du XIXe siècle qui compte parmi ceux qui ont le plus contribué à la réflexion sur la liberté et sur la démocratie, Alexis de Tocqueville (1805-1859). Celui-ci est avant tout connu par ses deux ouvrages principaux: *De la démocratie en Amérique* (paru en deux tomes en 1835 et 1840) qui le rendit déjà célèbre au début de la trentaine, et *L'Ancien régime et la révolution* (paru en 1856). Aujourd'hui, l'ensemble de ses *Oeuvres complètes*, comprenant ses discours, ses souvenirs, ses notes de voyage, sa correspondance nous est maintenant accessible^[3]. Sa biographie est bien connue^[4] et son oeuvre a fait l'objet d'un grand nombre d'analyses^[5].

Déjà en 1959, à l'occasion des manifestations qui marquèrent le centenaire de la mort de Tocqueville, René Rémond disait: «[d]epuis bientôt cent-vingt-cinq ans que les commentateurs célèbrent à l'envi la nouveauté de l'oeuvre de Tocqueville, on n'a plus guère de chance d'être original en affirmant son originalité»^[6]. Et depuis lors, les travaux sur Tocqueville n'ont cessé de se multiplier. Il peut paraître audacieux d'ajouter encore. Pourtant, cette oeuvre riche et subtile mérite toujours qu'on y revienne, car on ne cesse d'y découvrir d'autres facettes et de nouvelles dimensions.

C'est la sociologie du droit inscrite dans l'oeuvre de Tocqueville que je voudrais ici mettre en lumière. Si l'on considère Tocqueville comme un des pères de la sociologie, on n'a pas l'habitude de le ranger parmi les fondateurs de la sociologie du droit. Il y a pourtant dans l'oeuvre de Tocqueville, surtout dans son analyse de la démocratie américaine, les éléments d'une théorie et d'une méthode de la sociologie du droit. Nous allons tenter de les dégager.

Comme Montesquieu, qui fut une de ses principales sources d'inspiration „, comme on le verra plus loin „, Alexis de Tocqueville étudia le droit. Il le pratiqua très sérieusement au début de sa carrière, avant d'entrer dans une vie politique assez agitée et d'entreprendre entre-temps des travaux de recherche qui occupèrent une importante partie de sa vie. Si ces travaux de recherche ont mérité à Tocqueville d'être compté parmi les précurseurs de la sociologie (un terme qu'il n'a lui-même jamais employé), il est indubitable qu'ils portent l'empreinte de ses études juridiques et de sa pratique du droit.

Cependant, pour bien comprendre la sociologie du droit de Tocqueville, il y a lieu de préciser d'abord quelles furent les convictions profondes de Tocqueville à l'égard de la démocratie et de la liberté. Nous pourrons ensuite faire état de la manière dont la sociologie lui a servi à éclairer les conditions favorables et défavorables à l'émergence et au maintien d'une société libre et démocratique.

I. LA LIBERTÉ ET LA DÉMOCRATIE, SELON TOCQUEVILLE

Dans la hiérarchie des valeurs de Tocqueville, la liberté vient en tout premier lieu. Elle prime tout, elle est le coeur, elle est le noyau central des aspirations essentielles des hommes. Il dit d'elle: «[1]a liberté est, en vérité, une chose *sainte*. Il n'y a qu'une autre qui mérite mieux ce nom: c'est la vertu. Encore qu'est-ce que la vertu, sinon le choix *libre* de ce qui est bien?»[7]. Liberté n'est cependant pas licence, aux yeux de Tocqueville: elle ne s'exerce et ne se réalise que dans la reconnaissance et le respect de la justice et la poursuite de l'égalité, à l'intérieur d'un ordre social et moral. C'est l'équilibre délicat et toujours incertain entre la liberté, la tyrannie et la révolution qui a préoccupé Tocqueville tout le long de sa vie et dont on retrouve maints échos dans toute son oeuvre. Un des meilleurs analystes de la pensée de Tocqueville écrit à son sujet:

[1]a liberté est la première de ses valeurs politiques, mais il ne la conçoit pas comme une indépendance totale, mais plutôt à la façon des Anciens ou de Montesquieu, comme une liberté réglée par de justes lois [...] Dans l'ordre moral, comme dans l'ordre social et politique, il existe des normes objectives qui s'imposent au respect des hommes. Mais cette idée de l'ordre n'exclut nullement la liberté, selon Tocqueville.[8]

François Bourricaud note, de son côté, l'ambiguïté de la notion de liberté chez Tocqueville. Celle-ci apparaît «sous trois aspects qui ne sont pas contradictoires, mais qui doivent être conciliés»: la liberté aristocratique, la liberté bourgeoise et la liberté civique. Cette dernière, c'est «celle du citoyen qui obéit à la loi parce que c'est lui qui l'a faite, non pas tout seul et pour lui-même, mais avec d'autres et selon des procédures convenues». Et il ajoute qu'une des propositions qui caractérisent le libéralisme de Tocqueville, c'est la conviction que «l'individu ne réalise complètement sa liberté qu'en participant à la vie politique»[9].

C'est évidemment dans cette perspective que la démocratie a pu apparaître à Tocqueville comme le type d'organisation politique et sociale le plus favorable à cette «liberté civique» qu'il privilégie. Il faut cependant reconnaître qu'à l'endroit de la démocratie, son adhésion est moins, dirait-on, philosophique que sociologique. Il en perçoit la montée irrésistible, qu'il décrit bien dans un texte de 1833: «[1]e siècle est éminemment démocratique. La démocratie ressemble à la mer qui monte: elle ne recule que pour revenir avec plus de force sur ses pas; et au bout d'un certain temps, on aperçoit qu'au milieu de ses fluctuations, elle n'a cessé de gagner du terrain. L'avenir prochain de la société européenne est tout démocratique: c'est ce dont on ne saurait douter»[10]. Mais si elle est inéluctable, la démocratie n'est pas une donnée: elle est une oeuvre à travailler, une utopie à poursuivre, à travers les vicissitudes de l'histoire humaine. Elle représente une entreprise à laquelle Tocqueville convie ses contemporains. Une entreprise délicate, difficile, incertaine, qu'il décrit ainsi dans l'Introduction de *De la démocratie en Amérique*:

Instruire la démocratie, ranimer s'il se peut ses croyances, purifier ses moeurs, régler ses mouvements, substituer peu à peu la science des affaires à son inexpérience, la connaissance de ses vrais intérêts à ses aveugles instincts; adapter son gouvernement aux temps et aux lieux; le modifier suivant les circonstances et les hommes: tel est le premier des devoirs imposé de nos jours à ceux qui dirigent la société. Il faut une science politique nouvelle à un monde tout nouveau.[11]

L'égalité aussi est une valeur positive dans la pensée de Tocqueville, dans la mesure où elle est associée à la démocratisation de la société. Mais, comme la démocratie, «dans l'échelle des valeurs

tocquevilliennes, l'égalité est subordonnée à la liberté [...] L'égalité n'est valorisée qu'autant qu'elle constitue une des conditions, d'ailleurs nécessaire, de la liberté»[\[12\]](#).

Tocqueville est à la fois libéral et démocrate. Mais il est profondément et presque viscéralement libéral; en revanche, il est démocrate par raison et par réflexion. À ses yeux, liberté, démocratie et égalité ne sont donc pas sur un même pied. La liberté est le principe de la conception humaniste qu'il se fait de la vie humaine individuelle et sociale; la démocratie et l'égalité sont un produit historique, une réalité nouvelle qui émerge des sociétés de l'Ancien Régime et s'impose désormais aux sociétés modernes. L'aristocrate Tocqueville s'incline devant une évolution irréversible, dont il s'agit de tirer le meilleur parti possible. Sa conviction de démocrate ne s'alimente donc pas aux mêmes sources que sa conviction libérale.

C'est peut-être précisément cette tension chez lui entre ce en quoi il croit et ce qu'il voit, ses aspirations et ses observations, qui explique que son oeuvre, malgré ses faiblesses, ait traversé le temps et nous parle encore aujourd'hui. Le génie de Tocqueville fut de dégager de la conjoncture de son époque une oeuvre qui demeure d'une grande actualité plus d'un siècle et demi plus tard. Ce coup de génie s'explique en partie par l'esprit d'analyse et d'abstraction dont il fit preuve. François Furet remarque avec raison qu'en comparaison des philosophes et historiens de son époque, «la supériorité de Tocqueville fut une supériorité d'abstraction»: tout en cherchant à comprendre la Révolution française, il a su s'en abstraire pour explorer le type de démocratie qui en résultait[\[13\]](#). Et il le fit d'une manière moins historique que sociologique, en élaborant une méthode sociologique, qu'il sut bien mettre à profit.

II. LA MÉTHODE SOCIOLOGIQUE DE TOCQUEVILLE

En ce qui a trait à la méthode de Tocqueville, elle est essentiellement comparatiste. Dans *L'Esprit des lois*, Montesquieu avait eu recours, comme plusieurs autres philosophes de son temps, à des faits et des observations tirés de différentes époques et de différents pays. Mais ils lui servaient avant tout d'illustrations dans ses exposés. Tocqueville s'est employé à comparer les faits et les données qu'il avait devant lui d'une manière rigoureuse et systématique, tenant compte de leur contexte général pour chercher à isoler les éléments comparables et dégager une conclusion de leur mise en rapport. C'est particulièrement dans *La démocratie en Amérique* qu'il fit un grand usage de la méthode comparative. De nombreuses pages y sont consacrées à comparer différents aspects de la démocratie dans les trois principaux pays où elle était instaurée: les États-Unis, la France et l'Angleterre.

La seconde méthode à laquelle eut recours Tocqueville est celle du «type pur», que Max Weber allait systématiser quelque 50 ans plus tard. Très brièvement, cette méthode consiste à construire, à partir d'éléments cueillis dans la réalité, le portrait le plus complet possible d'une institution, d'un régime, en en dégagant les traits essentiels. On appelle ce portrait un «type pur» parce qu'il ne se retrouve nulle part tel quel dans la réalité. Mais le type pur n'est pas normatif, il est logique: il n'est pas l'expression d'un voeu, c'est un concept élaboré à partir de tous les éléments qui peuvent logiquement en faire partie. Il est abstrait, en ce sens qu'il est dégagé de toutes les impuretés que la réalité peut comporter. Mais précisément parce qu'il est ainsi poussé jusqu'à sa perfection logique, le type pur peut ensuite être confronté à différentes réalités et servir d'étalon pour faire ressortir diverses variations. Conjugué à la méthode comparative, le type pur a fait la preuve de sa grande utilité. Nous verrons plus loin, au sujet des juristes, un exemple de l'usage qu'a fait Tocqueville de la conjugaison de ces deux méthodes.

L'exemple classique de l'utilisation du type pur est celle qu'en fit Max Weber, notamment pour étudier la

bureaucratie. Tocqueville fit usage de cette méthode 50 ans plus tôt, pour comparer la démocratie aux États-Unis, en France et en Angleterre. Le type pur de la démocratie lui permit de mettre en lumière les points de ressemblance et de dissemblance entre les régimes politiques et sociaux des trois pays qui faisaient alors l'expérience de la démocratie.

III. LE MODÈLE THÉORIQUE: DE MONTESQUIEU À TOCQUEVILLE

Pour ce qui est du modèle théorique qui lui a servi de guide, c'est de l'oeuvre de Montesquieu que Tocqueville s'est inspiré. La distinction que Montesquieu avait empruntée aux penseurs grecs entre la démocratie, la monarchie et le despotisme lui sert de point de départ et de cadre général. Mais c'est surtout la société démocratique qui va l'intéresser et qu'il va approfondir. Au début du XVIII^e siècle, Montesquieu ne pouvait observer aucune démocratie vivante. Il ne pouvait se référer qu'à celles du passé, celles de la cité grecque et de l'empire romain, telles qu'elles avaient été décrites par les auteurs de l'époque. Un siècle plus tard, Tocqueville a sous les yeux trois cas de régimes démocratiques, présentant entre eux des différences et des ressemblances. Il lui était donc possible de pousser plus loin, plus en profondeur que ne l'avait fait Montesquieu, l'analyse des régimes et sociétés démocratiques.

Mais plus encore, Tocqueville s'inspire de la vision à la fois synthétique et analytique de Montesquieu. Pour ce dernier, une nation forme une unité, par ce qu'il appelait «l'esprit» qui réunit l'ensemble de ses parties et régit les rapports entre elles. C'est cet esprit de la nation qui fait aussi l'esprit des lois, leur unité et leur cohésion. De même, Tocqueville recherche ce qui fait l'unité non d'une nation mais d'un type de société, la société démocratique. Et à la différence de Montesquieu, il ne s'attache pas à comprendre l'unité des lois, mais plutôt le rôle que peuvent jouer les lois pour établir et maintenir l'unité de la société démocratique. Alors que le droit est généralement une variable dépendante pour Montesquieu, il est avant tout une variable indépendante chez Tocqueville. La variable dépendante, c'est-à-dire le phénomène que Tocqueville cherche à expliquer, c'est la société démocratique, et il cherche à cerner l'apport du droit, comme une des variables indépendantes parmi d'autres. Ajoutons aussi que Tocqueville est plus sensible que Montesquieu aux contradictions qui accompagnent l'unité d'une société. La méthode du type pur qu'il pratique lui permet de mettre ces contradictions en lumière.

La place du droit comme variable indépendante, en d'autres termes l'influence réelle du droit dans la société, n'est pas facile à mesurer. Tocqueville nous donne ici un avertissement sur lequel tout sociologue du droit et tout juriste ont intérêt à méditer: «Celui qui recherche dans les faits l'influence réelle qu'exercent les lois sur le sort de l'humanité, est exposé à de grandes méprises, car il n'y a rien de si difficile à apprécier qu'un fait»[\[14\]](#).

Difficile sans doute, mais pas impossible. C'est à y réussir que s'emploie Tocqueville: il s'attache à rechercher l'influence du droit dans les différents secteurs de la démocratie américaine. Pour ce faire, il s'inspire directement du modèle analytique de Montesquieu: facteurs physiques, politiques, économiques, sociaux, culturels. Cela est particulièrement le cas dans le premier tome de *La démocratie en Amérique*.

IV. LE DROIT DANS LES RÉGIMES ARISTOCRATIQUES ET LES DÉMOCRATIES

La principale raison pour laquelle Tocqueville s'intéresse à la société américaine, c'est qu'il veut comprendre le fonctionnement de ses institutions politiques démocratiques et expliquer le succès qu'on leur reconnaît. Et en tant que juriste, la place et le rôle du droit l'intéressent tout particulièrement.

S'inspirant du modèle théorique de Montesquieu, il fait, parmi tous les facteurs possibles, un choix qu'il résume ainsi: «[j]'ai pensé que toutes les causes qui tendent au maintien de la république démocratique aux États-Unis pourraient se réduire à trois: la situation particulière et accidentelle dans laquelle la Providence a placé les Américains forme la première; la deuxième provient des lois; la troisième découle des habitudes et des moeurs»[\[15\]](#).

Reprenant plus loin ces trois grandes causes, il en vient à les classer par ordre d'influence:

L'on s'exagère en Europe l'influence qu'exerce la position géographique du pays sur la durée des institutions démocratiques. On attribue trop d'importance aux lois, trop peu aux moeurs. Ces trois grandes causes servent sans doute à régler et à diriger la démocratie américaine; mais s'il fallait les classer, je dirais que les causes physiques y contribuent moins que les lois, et les lois moins que les moeurs. Je suis convaincu que la situation la plus heureuse et les meilleures lois ne peuvent maintenir une constitution en dépit des moeurs, tandis que celles-ci tirent encore parti des positions les plus défavorables et des plus mauvaises lois. L'importance des moeurs est une vérité commune à laquelle l'étude et l'expérience ramènent sans cesse [...] Si je ne suis point parvenu à faire sentir au lecteur dans le cours de cet ouvrage l'importance que j'attribuais à l'expérience pratique des Américains, à leurs habitudes, à leurs opinions, en un mot à leurs moeurs, dans le maintien de leurs lois, j'ai manqué le but principal que je me proposais en l'écrivant.[\[16\]](#)

Ces deux citations résument bien le cadre analytique utilisé par Tocqueville, et la place qu'il y accordait au droit. En bref, le droit n'a pas d'effet magique. Il n'agit pas de lui-même, mais seulement en interdépendance avec les moeurs d'une société. Et son action est même conditionnée par les moeurs, avec lesquelles il doit en définitive s'harmoniser.

Poussons maintenant un peu plus avant l'analyse que fait Tocqueville du droit, particulièrement du droit américain. Pour Tocqueville, le droit se développe pour répondre aux exigences d'une société qui évolue en devenant plus complexe et où se multiplient les rapports sociaux. Dans les premières pages du premier tome de *La démocratie en Amérique*, il trace un tableau synthétique de l'histoire du pouvoir en France.

La société devenant avec le temps plus civilisée et plus stable, les différents rapports entre les hommes deviennent plus compliqués et plus nombreux. Le besoin des lois civiles se fait vivement sentir. Alors naissent des légistes; ils sortent de l'enceinte obscure des tribunaux et du réduit poudreux des greffes, et ils vont siéger dans la cour du prince, à côté des barons féodaux couverts d'hermine et de fer.[\[17\]](#)

Deux idées se côtoient dans ce court paragraphe. La première, que l'évolution du droit est liée à la «civilisation», nous dirions aujourd'hui à l'évolution des sociétés. L'on trouve déjà chez lui cette idée, que reprendront plus tard Herbert Spencer et Emile Durkheim, que l'évolution sociale se produit en passant du simple au complexe, que les sociétés évoluées sont plus complexes que les sociétés archaïques. On reconnaît du même coup la transition décrite par Durkheim de la «solidarité mécanique» caractéristique des sociétés archaïques, associée au droit «répressif», vers la «solidarité organique» des sociétés à division du travail avancée, associée au droit restitutif. La seconde, que la complexité croissante de la société, en rendant nécessaire le développement du droit, a aussi mené les juristes au pouvoir politique où ils deviennent des légistes, des faiseurs de lois.

La position politique des légistes fut cependant, aux yeux de Tocqueville, plus confortable dans le régime aristocratique que dans la société démocratique. Car la situation du droit est bien différente dans l'une et l'autre société. Selon Tocqueville, l'aristocratie savait mieux que la société démocratique faire du droit à long terme, planifier le droit, lui assurer une stabilité et une influence qu'il n'a pas en démocratie.

L'aristocratie est infiniment plus habile dans la science du législateur que ne saurait l'être la démocratie. Maîtresse d'elle-même, elle n'est point sujette à des entraînements passagers, elle a de longs desseins qu'elle sait mûrir jusqu'à ce que l'occasion favorable se présente. L'aristocratie procède sagement; elle connaît l'art de faire converger en même temps, vers un même point, la force collective de toutes ses lois. Il n'en est pas ainsi de la démocratie: ses lois sont presque toujours défectueuses ou intempestives. Les moyens de la démocratie sont donc plus imparfaits que ceux de l'aristocratie: souvent elle travaille, sans le vouloir, contre elle-même. [18]

On peut soupçonner Tocqueville d'avoir vu sous un jour trop favorable la situation du droit dans la société aristocratique. Mais la comparaison entre les deux types de société lui permet de souligner l'imperfection et l'instabilité des lois de la démocratie. C'est là un thème sur lequel il revient à plusieurs reprises, car il lui apparaît essentiellement lié au mode de gouvernement démocratique: «[l']instabilité législative est un mal inhérent au gouvernement démocratique, parce qu'il est de la nature des démocraties d'amener des hommes nouveaux au pouvoir [...] En Amérique, l'action du législateur ne se ralentit jamais» [19]. C'est là un état de fait, pour Tocqueville, mais un état de fait qu'il juge dangereux. L'imperfection et l'instabilité des lois risquent d'entraîner une indifférence, voire un mépris à l'endroit du législateur et du droit. Cette indifférence et ce mépris risquent à leur tour d'ouvrir la voie à la révolution. Mais Tocqueville se fait quand même rassurant: «[c]ette époque est encore bien loin de nous» [20].

V. CONTRIBUTION DU DROIT AU RENFORCEMENT DE LA DÉMOCRATIE AMÉRICAINE

Tocqueville peut se faire rassurant parce qu'il constate que les lois américaines, en dépit de leur imperfection et de leur précarité, contribuent au renforcement de la démocratie aux États-Unis. Trois facteurs agissent en ce sens. Tout d'abord, les lois d'une société aristocratique sont faites par une minorité dans l'intérêt de cette minorité. Si elles sont moins «défectueuses ou intempestives» que celles de la démocratie, elles ne bénéficient pas par ailleurs du support populaire sur lequel peuvent prendre appui les lois de la société démocratique. Celles-ci jouissent du respect des citoyens parce qu'elles sont faites par des représentants de la majorité dans l'intérêt de la majorité. Ceux qui ne sont pas satisfaits de ces lois peuvent toujours espérer les modifier. Ceux qui se trouvent dans la minorité respectent les lois même lorsqu'elles ne les favorisent pas, car ils entretiennent l'espoir d'être un jour dans la majorité et de voir leurs lois obéies par la minorité. Les riches sont moins favorisés par les lois démocratiques, faites dans l'intérêt de la majorité, qui n'est pas riche, que par les lois aristocratiques: «[m]ais la société n'en est pas violemment troublée; car la même raison qui empêche le riche d'accorder sa confiance au législateur l'empêche de braver ses commandements. Il ne fait pas la loi parce qu'il est riche, et il n'ose la violer à cause de sa richesse» [21].

C'est sur ce sujet précisément que Tocqueville évoque les classes sociales, la société de classes, 13 ans avant que ne paraisse le *Manifeste communiste* de Marx et Engels, mais dans un esprit bien différent:

On n'a point découvert jusqu'ici de forme politique qui favorisât également le développement et la prospérité de toutes les classes dont la société se compose. Ces classes ont contribué à former

comme autant de nations distinctes dans la même nation, et l'expérience a prouvé qu'il était presque aussi dangereux de s'en remettre complètement à aucune d'elles du sort des autres, que de faire d'un peuple l'arbitre des destinées d'un autre peuple. Lorsque les riches seuls gouvernent, l'intérêt des pauvres est toujours en péril; et lorsque les pauvres font la loi, celui des riches court de grands hasards. Quel est donc l'avantage de la démocratie? L'avantage réel de la démocratie n'est pas, comme on l'a dit, de favoriser la prospérité de tous, mais seulement de servir au bien-être du plus grand nombre.[\[22\]](#)

Bref, les lois, malgré leurs imperfections, assurent le maintien et la stabilité de la démocratie parce qu'elles sont faites par et pour la majorité. Leur instabilité même y contribue aussi, car elle nourrit dans la minorité l'espoir de les voir un jour se changer à son avantage. Enfin, les riches trouvent leur avantage à maintenir la paix sociale et à ne pas s'insurger même contre les lois de la majorité qui les défavorisent.

Le second facteur de paix sociale que Tocqueville trouve dans les lois américaines, c'est qu'elles ont su établir un savant équilibre entre les différents pouvoirs politiques. Elles ont su tempérer et modérer les pouvoirs l'un par l'autre. Cet équilibre des pouvoirs se réalise de diverses manières. Le fédéralisme américain, tout d'abord, en distribuant la juridiction politique entre le gouvernement fédéral et les États, et en juxtaposant le Sénat à la Chambre des représentants, confère aux États-Unis «la puissance d'une grande république et la sécurité d'une petite»[\[23\]](#). En second lieu, les pouvoirs conférés à la commune (*Township*) par les lois américaines, la liberté dont elle jouit, agissent comme contrepoids du pouvoir de la majorité, représentée au gouvernement fédéral et à celui de l'État. Au surplus, la commune est à la fois une école de liberté et d'initiative politique et le premier lieu d'exercice de cette liberté. En troisième lieu, les lois protégeant le droit d'association et la liberté de la presse viennent contrebalancer la tendance despotique à laquelle peut se laisser entraîner toute majorité. Plus que celles de la France, les lois américaines reconnaissent «l'opinion publique»[\[24\]](#). Enfin, le pouvoir judiciaire vient modérer le pouvoir de la majorité et celui des hommes politiques. Aux États-Unis, «les institutions judiciaires [...] tiennent une place très importante parmi les institutions politiques proprement dites»[\[25\]](#). La Cour suprême en particulier a le pouvoir de juger les lois, d'interpréter les traités, d'entendre des causes opposant un État à l'autre, l'État fédéral aux États. Au surplus, l'institution du jury, à laquelle Tocqueville accorde une grande importance, lui apparaît comme une efficace école de civisme, de l'esprit de justice et d'équité[\[26\]](#).

Le troisième facteur de stabilité de la démocratie américaine se trouve dans les moeurs des Américains. Nous avons vu que c'est à celles-ci que Tocqueville accordait le premier rang parmi les trois grands facteurs ou groupes de facteurs qu'il a étudiés. «Les lois sont toujours chancelantes, tant qu'elles ne s'appuient pas sur les moeurs; les moeurs forment la seule puissance résistante et durable chez un peuple».[\[27\]](#) Et Tocqueville prend soin de définir ce qu'il entend par les moeurs: «[j]'entends ici l'expression de *moeurs* dans le sens qu'attachaient les anciens au mot *mores*; non seulement je l'applique aux moeurs proprement dites, qu'on pourrait appeler les habitudes du coeur, mais aux différentes notions que possèdent les hommes, aux diverses opinions qui ont cours au milieu d'eux, et à l'ensemble des idées dont se forment les habitudes de l'esprit»[\[28\]](#).

Nous n'entrerons pas ici dans le détail de la description que fait Tocqueville des moeurs des Américains. Disons seulement qu'il attache une grande importance en particulier à leur esprit religieux, leur esprit de famille, leur caractère travailleur, leur sens de la coopération, la simplicité de leurs manières. Ce qui importe pour nous, c'est la conclusion à laquelle en arrive Tocqueville: prises dans leur ensemble, les lois américaines sont bien adaptées aux moeurs des Américains. La conjugaison des deux explique en

définitive le succès de la démocratie en Amérique. L'avenir de la démocratie dans le pays où on l'instaure repose donc moins sur la nature physique, les conditions matérielles et géographiques du pays, que sur une heureuse conjugaison des lois et des moeurs: «Les lois et les moeurs des anglo-américains forment donc la raison spéciale de leur grandeur et la cause prédominante que je cherche [...] On ne saurait nier que la législation des Américains, prise dans son ensemble, ne soit bien adaptée au génie du peuple qu'elle doit régir et à la nature du pays»[\[29\]](#).

Il en découle une conclusion à laquelle Tocqueville tient beaucoup: il ne suffirait pas de transplanter les lois américaines ou de les imiter pour susciter ailleurs la même démocratie. L'harmonisation des lois et des moeurs a été assez bien réussie aux États-Unis et fait le succès de la démocratie américaine. Mais il ne faut pas identifier la démocratie aux lois et aux moeurs américaines. «Les moeurs et les lois des Américains ne sont pas les seules qui puissent convenir aux peuples démocratiques; mais les Américains ont montré qu'il ne faut pas désespérer de régler la démocratie à l'aide des lois et des moeurs»[\[30\]](#). D'une manière plus explicite encore, il terminera en 1848 l'«Avertissement de la douzième édition» de *La démocratie en Amérique* sur ces paroles:

Ne tournons pas nos regards vers l'Amérique pour copier servilement les institutions qu'elle s'est données, mais pour mieux comprendre celles qui nous conviennent, moins pour y puiser des exemples que des enseignements, pour lui emprunter les principes plutôt que les détails de ses lois. Les lois de la République française peuvent et doivent, en bien des cas, être différentes de celles qui régissent les États-Unis, mais les principes sur lesquels les constitutions américaines reposent, ces principes d'ordre, de pondération des pouvoirs, de liberté vraie, de respect sincère et profond du droit sont indispensables à toutes les Républiques.[\[31\]](#)

Dans l'esprit de Tocqueville, moralité individuelle, moralité publique et droit sont intimement liés et interdépendants. Il ouvrait ainsi une porte à ce qu'on appelle aujourd'hui l'internormativité.

VI. DROIT ET ÉCONOMIE

Dans la perspective de Tocqueville, les institutions politiques ne sont pas non plus indépendantes des conditions économiques; celles-ci exercent une influence sur les premières. Par ailleurs, les conditions économiques dépendent à leur tour des institutions politiques. Il y a donc interaction entre l'économie et le politique. Et dans ce jeu d'influence, le droit agit comme une variable intermédiaire.

D'une part, note Tocqueville, «le bien-être matériel dont jouissent les Américains» peut être considéré «comme une des grandes causes du succès de leurs lois»[\[32\]](#). Bien d'autres, dit-il, l'ont constaté avant lui. C'est même là une sorte de lieu commun chez les Européens, lorsqu'ils tentent de s'expliquer le succès de la démocratie américaine. Tocqueville partage cette analyse et apporte sa part de preuves pour étayer cette thèse, qui n'a cependant, à ses yeux, rien d'original. Mais il s'emploie à rechercher, d'autre part et en sens inverse, comment les institutions politiques et juridiques ont pu contribuer à la prospérité économique des Américains. Il le fait en développant deux argumentations.

En premier lieu, il a très souvent constaté, au cours de son séjour aux États-Unis, combien l'activité politique locale et nationale occupe une place centrale dans la pensée et la vie quotidienne des Américains. Elle est constamment présente dans leur conversation. Chaque Américain se voit engagé

dans des actions collectives, des entreprises communes, des associations et des clubs. Il se sent concerné par les lois que font ou que modifient ceux qu'il a élus. Cette participation active et quotidienne aux diverses institutions politiques lui donne confiance en lui-même; il en «conçoit une certaine estime de lui-même». Mais elle a aussi un effet d'entraînement: «En politique, il prend part à des entreprises qu'il n'a pas conçues, mais qui lui donnent le goût général des entreprises. On lui indique tous les jours de nouvelles améliorations à faire à la propriété commune; et il sent naître le désir d'améliorer celle qui lui est personnelle»[33]. S'opère ainsi un transfert de l'activité politique à l'activité économique, du bien-être collectif au bien-être personnel, de l'altruisme à l'égoïsme.

On ne peut voir dans les lois et les institutions politiques la cause immédiate et directe de la prospérité économique des Américains. Mais le fait de participer activement aux institutions politiques et à l'élaboration et à l'application des lois crée un état d'esprit, une attitude générale propices à l'initiative personnelle. La recherche du bien-être collectif engage à la recherche du bien-être personnel. L'Américain n'est pas plus vertueux que l'Européen; il est plus actif politiquement, ce qui l'amène à s'occuper aussi plus activement de ses propres affaires. Tocqueville résume sa thèse en quelques mots:

Je ne doute pas que les institutions démocratiques, jointes à la nature physique du pays, ne soient la cause, non pas directe, comme tant de gens le disent, mais la cause indirecte du prodigieux mouvement d'industrie qu'on remarque aux États-Unis. Ce ne sont pas les lois qui le font naître, mais le peuple apprend à le produire en faisant la loi.[34]

Il est cependant une loi particulière qui plus que toute autre exerce une influence prépondérante sur l'économie, l'organisation sociale et la vie politique: c'est la loi sur les successions. C'est autour de cette loi que Tocqueville expose sa deuxième argumentation. Il s'étonne que «les publicistes anciens et modernes» ne lui aient pas prêté plus d'attention, car elle exerce une influence profonde et à long terme sur l'économie, les mœurs et les institutions politiques. Selon qu'elle est fondée sur le droit de primogéniture ou sur l'égalité du partage, la loi des successions engendre deux types de société bien différents. La première maintient, nous dirions aujourd'hui, reproduit l'inégalité des fortunes et des statuts; elle entretient le lien entre la famille et la propriété; elle concentre le pouvoir entre les mains d'un nombre limité de personnes. «Elle fait jaillir en quelque sorte l'aristocratie du sol».[35] Par contre, le principe du partage égal des biens fait éclater la propriété; il dissémine du même coup le pouvoir, nivelle les conditions sociales, les statuts, modifie l'esprit de famille en réduisant au temps présent la suite des générations, réduit le rôle social et politique de la terre et détourne l'activité vers le commerce, l'industrie, les affaires. L'égalité du partage des biens «fit faire à l'égalité son dernier pas»[36], c'est-à-dire à l'égalité sociale et politique. Les lois sur les successions «devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression»[37]. En ce sens, elles sont essentielles à la société démocratique. Elles n'engendrent cependant pas l'égalité économique, mais les inégalités de fortune n'ont plus le même fondement: elles résultent plus de l'intelligence et de l'industrie de chacun que de l'héritage, elles reflètent davantage «l'inégalité naturelle» entre les hommes[38].

Bref, la loi sur les successions, selon le principe qu'elle adopte, engendre de soi, et en quelques générations, deux types différents d'économie, de structure sociale, d'institutions politiques. Et l'action de cette loi est en quelque sorte automatique en même temps qu'à très long terme: «Le législateur règle une fois la succession des citoyens, et il se repose pendant des siècles: le mouvement donné à son oeuvre, il peut en retirer la main; la machine agit par ses propres forces, et se dirige comme d'elle-même vers un but indiqué d'avance»[39].

Si on ne peut considérer le partage égal des biens comme une cause directe de la prospérité économique des États-Unis, on doit au moins y voir une condition nécessaire. Liée à la liberté dont y jouissent les citoyens, elle a libéré des énergies et des initiatives, qui se sont déployées dans toutes les directions: politiques, sociales, économiques et culturelles.

VII. LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

C'est particulièrement ici qu'apparaît et que s'exprime le libéralisme social de Tocqueville.

Quand il n'y a plus de richesses héréditaires [écrit-il], de privilèges de classes et de prérogatives de naissance, et que chacun ne tire plus sa force que de lui-même, il devient visible que ce qui fait la principale différence entre la fortune des hommes, c'est l'intelligence [...] L'utilité du savoir se découvre avec une clarté toute particulière aux yeux mêmes de la foule. Ceux qui ne goûtent point ses charmes prisent ses effets et font quelques efforts pour l'atteindre.[\[40\]](#)

Profondément libéral, Tocqueville vivait à une époque perturbée et agitée, dans le sillage de la Révolution française, de la Terreur, des révolutions populaires, de la montée du socialisme. C'est à travers ces événements et ces poussées qu'il recherchait son idéal d'une société à la fois stable et juste et qu'il espérait en voir progressivement la réalisation. L'échec de ces aspirations explique une bonne part de l'amertume qu'il exprime à la fin de sa vie dans ses *Souvenirs*.

C'est dans certaines lettres qu'il a exprimé le plus clairement l'idéal libéral qu'il recherchait. Dans l'une d'elles, de 1836, il écrit:

Tu me représentes avec grande raison que des révolutions sont de grands maux et servent rarement à l'éducation d'un peuple; qu'une agitation prolongée est déjà très fâcheuse, et que le respect à la loi ne naît que de la stabilité des lois [...] Toutes choses que je crois profondément. Je ne crois pas qu'il y ait en France un homme moins révolutionnaire que moi, ni qui ait une haine plus profonde pour ce qu'on appelle l'esprit révolutionnaire [...] Ce que je veux, c'est un gouvernement central énergique dans la sphère de son action [...] une action nettement tracée [...] Je veux que les principes généraux du gouvernement soient libéraux, que la part la plus large possible soit laissée à l'action des individus, à l'initiative personnelle [...] Je veux que le gouvernement prépare lui-même les moeurs et les usages à ce qu'on se passe de lui en bien des cas où son intervention est encore nécessaire ou invoquée sans nécessité.[\[41\]](#)

On ne peut mieux exprimer un credo libéral, dont l'écho se répercute encore aujourd'hui, dans des termes à peu près similaires.

Parlant de ce qu'il appelle les «aversions» ou les «bêtes noires» de Tocqueville, François Bourricaud en mentionne deux: l'esprit révolutionnaire et le socialisme. Le premier avait été, à ses yeux, surtout répandu par les philosophes des Lumières, qui avaient proposé de remplacer la société existante par une nouvelle, fondée sur la Nature et la Raison. Le second se retrouve chez ceux qui demandent à l'État de pourvoir à tous les besoins des citoyens, de les prémunir contre tout risque et tout danger, d'assurer à chacun le bien-être, l'aisance en se substituant à leur initiative.

On pourrait ajouter une troisième «bête noire» de Tocqueville: c'est l'instabilité sociale permanente et l'action illégale. Dans la même lettre citée plus haut, il parle des moyens à prendre pour atteindre les buts recherchés:

Je suis le premier à admettre qu'il faut marcher lentement, avec précaution, dans la légalité [...] Loin de vouloir qu'on viole les lois, je professe un respect presque superstitieux pour les lois [...] En résumé, je conçois nettement l'idéal d'un gouvernement qui n'a rien de révolutionnaire, ni d'agité outre mesure [...] Mais d'un autre côté, je conçois aussi bien que personne qu'un pareil gouvernement [...], pour s'établir, à besoin de moeurs, d'habitudes, de lois qui n'existent pas encore et qui ne peuvent être introduites que lentement et avec de grandes précautions. [42]

Lionel Ponton a bien mis en lumière que, dans la perspective libérale qui était la sienne, Tocqueville était favorable aux libertés individuelles, sociales et politiques, mais qu'il ne pouvait qu'être opposé aux droits économiques et sociaux.

Alexis de Tocqueville est très attaché aux garanties et libertés de la Révolution française: la liberté de la presse, la liberté d'enseignement, la représentation des gouvernés, les libertés locales, c'est-à-dire les droits personnels et politiques. Mais il ne croit pas que les constituants français de 1789 aient voulu mettre de l'avant des droits sociaux et économiques [...] À toute fin utile, il dénonce les droits sociaux et économiques comme des revendications socialistes contraires aux libertés fondamentales et anti-chrétiennes. [43]

C'est principalement le droit au travail qui fait l'objet de sa plus vive et véhémence opposition. Il le dénonce comme un projet qui «conduit selon lui à une société sans liberté» [44]. Ce n'est pas que Tocqueville soit insensible aux inégalités sociales et à la misère des classes pauvres, loin de là. S'il s'oppose à la reconnaissance du droit au travail, il ne s'oppose pas à ce qu'on appelle aujourd'hui des politiques sociales. Il voit dans celles-ci une extension au domaine de la sphère publique de la charité privée prônée par le christianisme. «Le christianisme avait fait de la bienfaisance ou, comme il l'avait appelée, de la charité une vertu privée. Nous en faisons de plus en plus un devoir social, une obligation politique, une vertu publique» [45]. Il se refuse cependant à y reconnaître les exigences de la justice sociale. Bien qu'incroyant lui-même, il persiste plutôt à y voir «la doctrine chrétienne d'une époque très civilisée, très administrative, très démocratique [...] le perfectionnement en un mot de toutes les institutions charitables du christianisme. C'est la justice légale *directe*» [46].

En lisant ces passages, on peut être assez d'accord avec le jugement que porte Lionel Ponton: «[p]lus attaché à la vie rurale qu'à la vie urbaine et persuadé que celle-ci doit se modeler sur la première, Tocqueville s'en tient à un libéralisme mi-campagnard, mi-américain» [47].

En revanche, Jean-Claude Lamberti a bien montré comment Tocqueville était et se voulait un «libéral d'une espèce nouvelle», comme il l'a écrit de lui-même [48]. Et cela à plusieurs titres. D'abord, s'il croit profondément en la liberté, il porte aussi des jugements très nuancés sur l'individualisme [49], dont il perçoit les dangers lorsqu'il est repli sur soi et désintéressé de la chose publique. Et puis, surtout, Tocqueville s'est fait le défenseur et le promoteur du droit d'association, qu'a fait disparaître la Révolution française, mais qu'il juge essentiel à la vie démocratique. «Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en

commun. Le droit d'association me paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir la détruire sans attaquer la société elle-même». [50] Cette liberté d'association protège à la fois contre les excès d'autorité et d'intervention de l'État „ Tocqueville craignait déjà l'État-Providence „ et contre la révolution et l'esprit révolutionnaire[51]. Enfin, Tocqueville considère que l'État a l'obligation d'assurer à tous l'accès à l'enseignement et l'instruction généralisée. Il regarde avec sympathie «les efforts faits par les gouvernements pour répandre l'instruction [...] les règlements, les lois qui ont pour objet de multiplier les écoles, d'en faciliter les abords, d'y donner une instruction d'une nature plus démocratique»[52]. La démocratisation de l'enseignement était sans doute pour Tocqueville une voie obligée à la réalisation de la société démocratique.

VIII. SOCIOLOGIE DE LA PROFESSION JURIDIQUE

Il reste encore à examiner un dernier volet de la sociologie du droit de Tocqueville: c'est l'analyse qu'il fait de la profession juridique[53]. Résumons le portrait que Tocqueville brosse des juristes et de la profession juridique de son époque.

Même dans une société démocratique, c'est, dit Tocqueville, à l'aristocratie que la profession juridique ressemble le plus. Les deux ont plusieurs traits en commun. Comme l'aristocratie, les juristes forment dans la société un *corps* distinctif. Non qu'ils pensent tous de la même manière et s'entendent sur tout. Mais ils ont une même formation intellectuelle, une même perception des choses, une identité d'intérêts. Et ce corps a surtout une mentalité caractéristique, qui le rapproche de l'aristocratie. Comme les nobles, ils sont scrupuleux des formes: la familiarité avec les lois leur a appris à respecter les formes dans lesquelles les choses doivent être dites et faites. Étant des habitués des tribunaux, ayant souvent à modérer des passions et à arbitrer des disputes, étant instruits en une matière où ils sont seuls maîtres et étant souvent les plus instruits parmi les citoyens de leur entourage, ils partagent avec les nobles le mépris du peuple. Ayant à pratiquer les lois faites par le pouvoir politique et étant souvent dans l'obligation de traiter avec des représentants du pouvoir politique, ils méprisent également celui-ci, qu'ils considèrent entre les mains d'ignorants et d'incompétents. Enfin, tous ces traits font des juristes un corps profondément imbu de son importance, de sa dignité, de son pouvoir, de la supériorité naturelle qu'il s'attribue et qu'il considère qu'on doit lui reconnaître. Ils font aussi des juristes un corps essentiellement conservateur, soupçonneux devant toute innovation et toujours acquis à la préservation du *statu quo*, tout comme le sont les nobles.

Les juristes sont aussi très ambitieux. Ils tiennent à s'élever à l'intérieur de la profession et dans la société, jusqu'au faite du pouvoir. Ils sont donc conservateurs dans une société où ils ont leur place reconnue et leurs privilèges établis. Mais dans une société qui les leur refuse, on les voit s'agiter et devenir révolutionnaires. L'histoire fournit des exemples où les juristes se sont mêlés à la révolution et ont participé au renversement de régimes. Mais ils sont révolutionnaires par accident ou par ambition; ils ne le sont pas naturellement.

C'est en Angleterre et aux États-Unis, c'est-à-dire dans les pays de common law, que le caractère aristocratique se retrouve le plus dans la mentalité des juristes. Dans ces pays, le juriste est essentiellement tourné vers les précédents, il entretient les liens et la continuité avec une longue tradition de pensée, il est avant tout préoccupé des formes et de la lettre, et il est passé maître dans l'art de faire du neuf avec l'ancien. «C'est en Angleterre qu'est né cet esprit légal, qui semble indifférent au fond des choses, pour ne faire attention qu'à la lettre, et qui sortirait plutôt de la raison et de l'humanité que de la loi. La législation anglaise est comme un arbre antique, sur lequel les légistes ont greffé sans cesse les

rejetons les plus étrangers, dans l'espérance que, tout en donnant des fruits différents, ils confondront du moins leur feuillage avec la tige vénérable qui les supporte»[\[54\]](#).

Aux États-Unis, la profession juridique est «l'unique contreponds de la démocratie»[\[55\]](#). Elle constitue la seule aristocratie qu'on trouve dans ce pays. Elle apparaît comme une sorte d'antithèse de la mentalité américaine.

Lorsque le peuple américain se laisse enivrer par ses passions, ou se livre à l'entraînement de ses idées, les légistes lui font sentir un frein presque invisible qui le modère et l'arrête. À ses instincts démocratiques, ils opposent secrètement leurs penchants aristocratiques; à son amour de la nouveauté, leur respect superstitieux de ce qui est ancien; à l'immensité de ses desseins, leurs vues étroites; à son mépris des règles, leur goût des formes; et à sa fougue, leur habitude de procéder avec lenteur.[\[56\]](#)

Cependant, les juristes jouissent aux États-Unis d'une position privilégiée de pouvoir. Ils forment «la seule classe éclairée dont le peuple ne se défie point»[\[57\]](#). On leur confie le soin, en tant que magistrats, d'interpréter la constitution, de déclarer des lois constitutionnelles ou non, d'interpréter les traités, de juger entre les États. Les avocats sont nombreux dans les législatures et les postes administratifs. Ils détiennent une grande part des leviers de l'État. Leur pouvoir s'étend aussi d'une autre manière, plus subtile: à travers l'institution du jury. Par cette institution, la pensée et le langage juridique pénètrent dans le peuple, s'insinuent dans le quotidien: «[l']esprit légiste, né dans l'intérieur des écoles et des tribunaux, se répand donc peu à peu au-delà de leur enceinte; il s'infiltré pour ainsi dire dans toute la société, il descend dans les derniers rangs, et le peuple tout entier finit par contracter une partie des habitudes et des goûts du magistrat»[\[58\]](#).

Le juriste moderne trouvera probablement caricatural et injuste le portrait que l'un d'eux traçait des membres de son corps professionnel. Peut-être convenait-il mieux aux juristes du début du XIXe siècle qu'à ceux d'aujourd'hui. Ce que nous voulons surtout souligner ici, c'est l'usage que fait Tocqueville de la méthode comparatiste et celle du type pur. Il dépeint ici ce qu'il appelle lui-même «le type légiste»[\[59\]](#) qu'il dit trouver à l'état le plus pur en Angleterre. Et il utilise cette construction pour comparer la profession juridique en Angleterre, en France et aux États-Unis, faire ressortir les traits communs qu'elle présente dans ces pays et ceux qui la caractérisent dans l'un ou l'autre. C'est la méthode sociologique wébérienne, près de trois quarts de siècle avant que Max Weber ne l'expose d'une manière systématique.

IX. LA SOCIOLOGIE DU DROIT DE TOCQUEVILLE

Peut-on dire finalement que l'on trouve une sociologie du droit dans l'oeuvre de Tocqueville? La réponse est sûrement affirmative, à la condition de bien s'entendre sur ce que nous offre Tocqueville et sur ce qu'il ne faut pas s'attendre de trouver dans son oeuvre.

Tout d'abord, Tocqueville ne fut pas un théoricien ni du droit, ni de la sociologie. Son oeuvre n'est pas à proprement parler une oeuvre théorique. Tocqueville était fasciné par l'évolution de la société occidentale du XIXe siècle, qui était la sienne. Il cherchait à la comprendre à la fois par son histoire et par les forces contemporaines qui y étaient en action. Il voulait surtout expliquer les régimes démocratiques que son siècle avait reçus en héritage à la suite des Révolutions anglaise, américaine et française.

En second lieu, Tocqueville, à la différence de Montesquieu, ne posait pas le droit comme objet central de sa recherche. Il s'employait plutôt à analyser des sociétés globales: les sociétés américaine, française, anglaise; d'autres également auxquelles il s'est intéressé: l'Algérie, l'Allemagne, la Suisse, l'Irlande, l'Inde. Le droit, qu'il connaissait bien, était pour lui un des facteurs, parmi d'autres, de l'organisation et de l'évolution de ces sociétés. Mais un facteur important, sans être nécessairement dominant. On ne trouvera donc pas chez Tocqueville le cadre général d'une sociologie du droit comme Montesquieu nous en offre un, peut-être précisément parce que Montesquieu l'avait déjà fait et que les intérêts intellectuels, professionnels et politiques de Tocqueville le portaient vers autre chose.

Ceci dit, il est possible de résumer l'apport de Tocqueville à la sociologie du droit en quelques points.

1_ Nous avons déjà noté l'importance de l'apport méthodologique de Tocqueville. Il a pratiqué la double méthode du type pur et de la comparaison, sans cependant s'arrêter, comme le fera plus tard Max Weber, à expliciter et à systématiser sa méthode. Tocqueville est un remarquable méthodologue par l'exemple, sans avoir jamais pris le temps d'exposer sa méthode. Sa sociologie du droit nous offre une des plus belles illustrations de sa méthode quand il décrit et analyse la profession juridique, pour dégager ce qu'il appelle «l'esprit légiste» ou «le type légiste». On peut y voir la première description sociologique étoffée du juriste, de l'idéologie de la profession juridique, des facteurs favorables au pouvoir politique et social du «corps» des juristes.

2_ Tocqueville nous offre la première tentative systématique et rigoureuse d'analyse du rôle du droit dans le changement social. Parce qu'il s'intéresse à l'émergence et à l'évolution des démocraties de son époque, Tocqueville recherche les facteurs qui ont exercé une action dynamique, positive ou négative, sur leur histoire. Le droit est aussi analysé dans ce contexte comme un agent de changement des structures politiques, économiques, sociales ainsi que des mentalités et des valeurs. Par là, Tocqueville annonce, un siècle à l'avance, les études contemporaines nombreuses portant sur le droit comme agent ou instrument de changement des sociétés. Il annonce également l'intérêt que peut porter la sociologie contemporaine à l'effectivité du droit: on a vu qu'il lui attribuait une certaine effectivité, mais qui n'est ni absolue ni magique, ni du seul fait de son existence. Sa pensée est peut-être bien résumée dans cette formulation: «[l]es fictions légales qui ne sont pas toujours aussi impuissantes qu'on le prétend ne peuvent rien quand elles veulent se mettre [...] à la place des faits»[\[60\]](#).

3_ Dans toutes ses analyses, où le droit entre comme variable, Tocqueville adopte une perspective que l'on peut appeler multifonctionnelle. Entendons par là qu'il cherche toujours à mettre en lumière les rapports fonctionnels du droit avec les diverses autres composantes de la société globale: institutions politiques de différents niveaux, structures économiques, mentalités, attitudes, valeurs. Et la perspective multifonctionnelle n'est pas à sens unique: Tocqueville considère, selon les besoins de son exposé, l'influence qu'exerce le droit dans ces rapports et, à d'autres moments, l'influence que subit le droit.

4_ Tout en accordant au droit l'importance sociale qu'il a, Tocqueville en mesure les limites. Il ne se fait pas d'illusion sur le droit: «[j]e suis du nombre de ceux qui croient qu'il n'y a presque jamais de bonté absolue dans les lois»[\[61\]](#). Mais le droit est le principal garant contre le règne de la force et de la violence et l'État de droit est le fondement de la paix sociale. «L'homme qui obéit à la violence se plie et s'abaisse; mais quand il se soumet au droit de commander qu'il reconnaît à son semblable, il s'élève en quelque sorte au-dessus de celui même qui lui commande. Il n'est pas de grands hommes sans vertu; sans respect des droits, il n'y a pas de grand peuple: on peut presque dire qu'il n'y a pas de société».[\[62\]](#) Tocqueville n'était pas jusnaturaliste. N'étant pas croyant, il n'attribuait aucune source religieuse au droit. Il ne paraît pas non plus avoir placé sa foi en un droit naturel universel: il était pour cela, comme Montesquieu, trop

relativiste. Par ailleurs, il n'était pas non plus un pur positiviste: sa confiance au droit se fondait sur une certaine conception de la Justice, appropriée à une géographie, à une époque et à des moeurs, susceptible d'inspirer et guider les législateurs, les magistrats, les avocats et l'ensemble de l'opinion publique d'une société.

5_ Enfin, Tocqueville peut être considéré comme le sociologue de l'émergence de la société démocratique. Il observait sa difficile naissance en France et cherchait à discerner les facteurs favorables et défavorables à sa mise en place et sa survie. Ses observations lui ont permis de confirmer la conclusion qu'une société démocratique n'est pas nécessairement la société libre à laquelle il aspirait plus que tout. Une démocratie peut engendrer la fameuse «tyrannie de la majorité» qu'il fut le premier à dénoncer; elle peut aussi être victime d'un excès de pouvoir d'un État omniprésent, favorisé par l'égoïsme, l'individualisme, le manque de souci civique des citoyens et leur désintérêt des affaires publiques. Pour réussir, la «société libre et démocratique» exige la réunion d'un certain nombre de conditions, notamment une réelle convergence des moeurs et un système juridique approprié.

Par ailleurs, cette société démocratique, Tocqueville la voyait à travers le prisme d'une idéologie libérale mixte: sa pensée politique se tenait à égale distance entre la conception aristocratique de la société, caractéristique de l'Ancien régime, et la philosophie socialiste et révolutionnaire qu'il avait en horreur. Dans cette optique sociale, le droit était à ses yeux un instrument à la fois de changement et d'ordre social: il pouvait et devait contribuer simultanément aux deux. Ainsi, le droit pouvait servir à réduire les inégalités économiques, à favoriser des rapports collectifs de pouvoir plus égalitaires, notamment en reconnaissant le droit d'association. Celui-ci protégeait la paix sociale en même temps que l'action libre des citoyens. Mais les inégalités individuelles demeurent. Le législateur ne devait donc pas remplacer l'initiative privée des individus par la reconnaissance de droits économiques et sociaux susceptibles de créer des catégories de citoyens dépendants des fonds publics, sauf pour répondre aux exigences humanitaires de la justice publique. Tocqueville était vivement opposé à la montée de l'État-providence qu'il semblait prévoir. L'action du droit que Tocqueville privilégiait s'inscrivait donc essentiellement dans le cadre d'une démocratie mise au service de la liberté plutôt que de l'égalité.

[1] Professeur titulaire au Département de sociologie et chercheur au Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

[2] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

[3] Alexis de TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes* en 13 tomes et 21 volumes, sous la direction de J.-P. MAYER, Paris, Gallimard, 1951. C'est d'après cette édition que seront cités tous les extraits des écrits de Tocqueville.

[4] Il existe en français deux biographies de Tocqueville: Xavier de la FOURNIÈRE, *Alexis de*

Tocqueville, un monarchiste indépendant, Paris, Perrin, 1981; André JARDIN, *Alexis de Tocqueville (1805-1859)*, Paris, Hachette, 1984. La première est menée sur un ton trop exclusivement élogieux; la seconde peut être considérée comme la biographie la plus complète et définitive.

[5] Négligeons les très nombreux articles, répartis dans diverses revues. Parmi les ouvrages, mentionnons les suivants selon la langue, parmi les plus importants En anglais: Jack LIVELY, *The Social and Political Thought of Alexis de Tocqueville*, Oxford, Clarendon Press, 1965; Seymour DRESHER, *Dilemmas of Democracy. Tocqueville and Modernization*, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 1968; James T. SCHLEIFER, *The Making of Tocqueville's «Democracy in America»*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1980; I. ZEITLIN, *Liberty, Equality and Revolution in Alexis de Tocqueville*, Boston, Brown and Cie, 1971; Marvin ZETTERBAUM, *Tocqueville and the Problem of Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1967. En français: Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de Tocqueville*, Paris, P.U.F., 1970; Jean-Claude LAMBERTI, *La notion d'individualisme chez Tocqueville*, Paris, P.U.F., 1970; Jean-Claude LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, P.U.F., 1983; Antoine LECA, *Lecture critique d'Alexis de Tocqueville*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988; Pierre MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Julliard, 1982; J. NANTET, *Tocqueville*, Paris, Seghers, 1971; C. POLIN, *De la démocratie en Amérique. Profil d'une oeuvre*, Paris, Hatier, 1973; ouvrage collectif, *Alexis de Tocqueville. Livre du centenaire 1859-1959*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1960; ouvrage collectif, *Analyses et réflexions sur Tocqueville. De la démocratie en Amérique*, Paris, Éditions Marketing, 1985.

[6] René RÉMOND, «Tocqueville et la démocratie en Amérique», dans *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire 1859-1959*, *op. cit.*, note 4, p. 181.

[7] A. de TOCQUEVILLE, «Voyage en Angleterre et en Irlande en 1835», dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. V, vol. 2, p. 91. Les soulignés sont de Tocqueville lui-même.

[8] Jean-Claude LAMBERTI, «La liberté et les illusions individualistes selon Tocqueville», (1986-87) 8 *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville* 160 et 161.

[9] François BOURRICAUD, «Les "convictions" de M. de Tocqueville», (1985-86) 7 *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville* 112 et 113.

[10] A. de TOCQUEVILLE, «Voyage en Angleterre de 1833», dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. V, vol. 2, p. 37.

[11] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. I, vol. 1, p. 5.

[12] F. BOURRICAUD, *loc. cit.*, note 8, 114.

[13] François FURET, «The Intellectual Origins of Tocqueville's Thought», (1985-86) 7 *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville* 123.

[14] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 2, t. I, vol. 1, p. 222.

[15] *Id.*, p. 289.

[16] *Id.*, pp. 322 et 323.

[17] *Id.*, p. 2.

[18] *Id.*, p. 242.

[19] *Id.*, p. 260.

[20] *Id.*, p. 416.

[21] *Id.*, p. 252.

[22] *Id.*, p. 243.

[23] *Id.*, p. 300.

[24] *Id.*, p. 126.

[25] *Id.*, p. 141.

[26] *Id.*, pp. 283-288.

[27] *Id.*, p. 285.

[28] *Id.*, p. 300.

[29] *Id.*, p. 321.

[30] *Id.*, p. 325.

[31] *Id.*, p. XLIV.

[32] *Id.*, p. 293.

[33] *Id.*, p. 254.

[34] *Id.*, p. 255.

[35] *Id.*, p. 47.

[36] *Id.*, p. 46.

[37] *Id.*, p. 47.

[38] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. I, vol. II, p. 44.

[39] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. I, vol. I, p. 47.

[40] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. I, vol. II, pp. 44 et 45.

[41] Lettre de Tocqueville à Eugène Stoffels du 5 octobre 1836, citée par J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, *op. cit.*, note 4, pp. 160 et 161.

[42] *Id.*, p. 161.

[43] Lionel PONTON, *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Lévinas*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 94.

[44] *Id.*, p. 83.

[45] Lettre à Arthur de Gobineau du 5 septembre 1843, *Correspondance entre Alexis de Tocqueville et Arthur de Gobineau dans Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. IX, p. 47.

[46] Lettre à Arthur de Gobineau du 2 octobre 1843, *id.*, p. 60.

[47] L. PONTON, *op. cit.*, note 42, p. 87.

[48] Cité par J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, *op. cit.*, note 4, pp. 103 et 159.

[49] Voir notamment, sur ce thème, J.-C. LAMBERTI, *La notion d'individualisme chez Tocqueville*, *op. cit.* note 4, et J.-C. LAMBERTI, *loc. cit.*, note 7, 153-164.

[50] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. I, vol. I, p. 198.

[51] F. BOURRICAUD, *loc. cit.*, note 8, 108.

[52] Lettre à Arthur de Gobineau du 2 octobre 1843, *Correspondance entre Alexis de Tocqueville et Arthur de Gobineau dans Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. IX, p. 61.

[53] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 2, t. I, vol. 1, pp. 274 à 281.

[54] *Id.*, p. 279.

[55] *Id.*, p. 280.

[56] *Id.*

[57] *Id.*, p. 281.

[58] *Id.*

[59] *Id.*, p. 279.

[60] Lettre à Arthur de Gobineau du 22 juillet 1854, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et d'Arthur de Gobineau*, dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 2, t. IX, p. 217.

[61] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 2, t. I, vol. 1, p. 11.

[62] *Id.*, p. 248.