

## **Les Legal Consciousness Studies : une sociologisation domestiquée des Critical Legal Studies ?**

**Jérôme Pélisse**

### **Résumé**

*L'article présente un courant d'analyse du droit issu d'une critique du mouvement Law and Society et d'un approfondissement empirique des Critical Legal Studies. Unifiée autour de la notion de legal consciousness, et utilisée pour étudier empiriquement une loi et un processus juridique bien français - les 35 heures -, ce courant a déjà fait l'objet d'une présentation<sup>1</sup>. Il s'agit ici d'en étudier la force critique mais aussi les limites méthodologique et théorique. Son développement et son institutionnalisation récente contribuent en effet à un émoussement de sa vocation critique initiale, qui visait à analyser la force proprement hégémonique du droit. Il n'en reste pas moins qu'en se souciant de la construction ordinaire de la légalité, cette perspective constitue un réservoir théorique puissant pour analyser les formes de domination et leur légitimation par le droit, tout autant, dans certains contextes et sous certaines conditions, que la force progressiste du droit et de ses usages.*

**Mots-clés :** *sociologie du droit, Legal Consciousness, Critical Legal Studies, hégémonie, quotidien.*

## **1.LES ORIGINES D'UN RENOUVELLEMENT SOCIOLOGIQUE, ENTRE CRITIQUE ET EMPIRISME**

### **1.1.Law and Society Mouvement**

Une association va en effet incarner la cible des critiques qui vont donner naissance aussi bien aux *Critical Legal Studies* qu'aux *Legal Consciousness Studies*. Donnant corps à un « domaine juridiquement construit de connaissances sociales »<sup>2</sup>, une problématique – la mise en évidence et l'analyse de l'écart entre le droit des textes (« law in the book ») et le droit en actes (« law in action ») en particulier – et une approche dont « le cri de ralliement a été la dimension empirique »<sup>3</sup>, la *Law and*

---

<sup>1</sup> Voir J. Pélisse, « Consciences du temps et consciences du droit chez des salariés aux 35 heures », *Droit et Société* n° 2003 et *Id.*, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses* n°59, 2005. Voir également L. Israël et J. Pélisse, « Quelques éléments sur les conditions d'une « importation » (note liminaire à la traduction du texte de P. Ewick et S. Silbey) », *Terrains et Travaux* n°6, 2004.

<sup>2</sup> D. Trubek et J. Esser, « "Critical Empiricism" in American Legal Studies: Paradox, Program or Pandora's Box ? », *Law and Social Inquiry*, vol.14, n°1, 1989.

<sup>3</sup> K. L. Scheppelle, « Legal Theory and Social Theory », *Annual Review of Sociology*, vol. 20, 1994, pp. 383-406.

*Society Association* rassemble des chercheurs en sciences sociales et des professeurs de droit d'une manière inédite en France, même si des rapports de pouvoir, en faveur de ces derniers notamment, l'ont toujours traversé<sup>4</sup>. Elle reste cependant marquée par trois traits au fondement des critiques qui agiteront cette perspective de recherche à la fin des années 1970 : l'existence de formes de déterminisme entre droit et actions ; un « scientisme universel » qui distingue un monde extérieur d'objets et de comportements (la « réalité », les « faits ») et un monde interne de conscience et de représentations ; et un « réformisme indéfectible », les sciences sociales étant conçues comme des instruments au service du système légal et des réformes<sup>5</sup>. Les principaux thèmes de recherche concernent alors l'accès à la justice, les modes de résolution des conflits, les professions et les institutions juridiques, sans générer, contrairement à l'Europe (avec Habermas, Luhmann, Teubner), le développement de théories générales sur les relations entre droit et société.

## 1.2. Critical Legal Studies

De fait, l'émergence des *Critical Legal Studies (Crits)* initiées par de jeunes professeurs de droit, à la fin des années 1970 dans les universités de la côte Est, prend « pour cible privilégiée la *Law and Society Association* et sa conception du droit comme simple variable dépendante qui néglige de ce fait la dimension constitutive qu'il peut jouer dans les pratiques des acteurs »<sup>6</sup>. D. Trubek résume ainsi les critiques portées par les *Crits* par quatre termes inversant l'approche traditionnelle du droit aux Etats-Unis : *l'indétermination* des décisions judiciaires, *l'anti-formalisme* (ie la partialité et la non-rationalité) du droit, *la contradiction* de la doctrine, et *la marginalité* du droit comme motif pour les actions<sup>7</sup>. Enfin, en s'intéressant fondamentalement, selon Trubek, aux consciences du droit (*legal consciousness*), les *critical legal scholars* ont analysé comment le droit contribuait à forger les manières dont le monde social est perçu et construit.

« La conscience d'une société s'appuie sur un ensemble de visions du monde, sur ce qui est fondamentalement (et parfois implicitement) considéré comme naturel, nécessaire, juste et désirable. Ces visions du monde se tiennent derrière toutes les justifications particulières des relations de pouvoir inégalitaires, des relations sociales hiérarchiques, ou des situations présentant des différences d'opportunités. Elles fournissent une explication de ce qui serait, sinon, inexplicable ou intolérable. Elles donnent à la société l'essentiel : sa signification (*meaning*). Le monde de significations que nous construisons formate et enserme (*shape and channel*) ce que nous faisons et ce que nous ne

---

<sup>4</sup> Y. Dezalay, A. Sarat et S. Silbey, « D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique, éléments pour une histoire sociale de la sociologie juridique américaine », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 78, 1989, pp. 79-93.

<sup>5</sup> Trubek et Esser, *op.cit.*, 1989.

<sup>6</sup> A. Vauchez, *op.cit.*, 2001.

<sup>7</sup> D. Trubek, « Where the Action Is : Critical Legal Studies and Empiricism », *Stanford Law Review*, vol.36 n°1/2,1984.

faisons pas. En ce sens, les relations sociales et les visions du monde sont inséparables. C'est pourquoi les *Critical Legal Scholars* disent parfois que la conscience *constitue* la société, plutôt qu'elle ne reflète ou qu'elle transforme les relations sociales. La conscience du droit est donc cet aspect de la conscience de toute société qui explique et aide à justifier les institutions juridiques. (...) Plus largement, elle désigne l'ensemble des idées concernant la nature, la fonction et l'effet du droit développé par quelqu'un dans une société à un moment donné. La conscience du droit incorpore et est largement formée par les idées tenues par les professions juridiques, sans s'y limiter toutefois : les compréhensions et l'évaluation populaire du droit sont autant une part de notre conscience du droit que les avis des chercheurs les plus éminents ou les décisions les plus motivées de la Cour suprême »<sup>8</sup>.

C'est donc une analyse du droit comme idéologie, et ses fonctions hégémoniques réifiant le monde social et déniaient ses contradictions, qui apparaît au cœur de la démarche des *critical legal scholars*. Et c'est en ce sens que les *Crits* constituent, parmi d'autres sources, un ensemble de théories critiques du droit qui ont inspiré des travaux sociologiques et anthropologiques visant eux aussi, à étudier - et mieux à critiquer -, l'hégémonie du droit.

### **1.3. Amherst Seminar**

Ces travaux prennent un essor particulier dans un séminaire célèbre qui s'est tenu au cours des années 80, le *Amherst Seminar on Legal Ideology and Legal Process*. Lieu de discussion et ferment de nombreuses recherches originales, ce séminaire a réuni des chercheurs s'intéressant aux manières dont les idéologies juridiques sont simultanément efficaces et souvent négociées au moment où elles sont actualisées par des décisions judiciaires ou mises en œuvre par les acteurs dans leur vie de tous les jours. Insistant sur le fait que ces idéologies juridiques ne se trouvent pas que dans les institutions judiciaires ou chez les professionnels du droit, mais qu'elles sont aussi mobilisées et constituées dans des lieux, des espaces ou des temps « ordinaires », les travaux de ce séminaire ont porté attention au quotidien d'une part, et aux acteurs dominés d'autre part. Il s'agissait d'étudier cette hégémonie du droit dans le cours ordinaire des actions mais aussi les capacités de subversion et les tactiques qu'y déploient les pauvres et les marginaux pour y résister. Cette analyse du « droit comme pratique sociale » (Susan Silbey), cette réorientation des recherches vers « le droit en actes » (*law in action*, Austin Sarat) ou cette réinscription des études d'impacts dans le cadre des conceptions herméneutiques et compréhensives des sciences sociales (« *interpretive social science* », John Brigham) ont cherché à reconstruire une sociologie qui soit à la fois critique, maintenant l'acquis des *Crits*, et résolument empirique - ce que ne sont pas les

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 592.

*Crits*<sup>9</sup>. Cela n'a pas été sans poser question toutefois, aussi bien dans les relations de ces chercheurs avec les *critical legal scholars*, qu'entre eux.

#### 1.4. La recherche d'un empirisme critique

En effet, dans leur évaluation du séminaire, David Trubek et John Esser (*op.cit.*) ont jugé sévèrement cette revendication empirique, apparentée selon eux à un positivisme (ou un scientisme) maintenu, en contradiction avec le tournant « interprétiviste » ou constitutif développé au sein des sciences sociales américaines. Si les sociologues du *Amherst Seminar*, s'appuyant sur les recherches des anthropologues, des théoriciens marxistes du droit (notamment les britanniques Edward P. Thompson, Douglas Hay ou Alan Hunt) et des *Critical legal scholars* (notamment Duncan Kennedy), ont bien critiqué le déterminisme et le réformisme qui caractérisaient les travaux du mouvement *Law and Society*, ils ne seraient pas allés au bout de leur approche critique. L'exigence empirique – avec ses procédures, ses méthodes, son souhait de produire un savoir universel – renvoie, selon Trubek et Esser, à une approche instrumentale, un positivisme et un objectivisme qui prétend à une description neutre et surplombante (*authoritative description*) du monde. « Parce qu'ils ne sont pas allés au bout de leur approche des relations entre savoir et politique, ils n'ont pas reconnu leur propre engagement (*complicity*) dans la production du savoir. Et c'est peut-être pourquoi les travaux issus du séminaire manquent souvent de l'engagement politique et de la richesse de la critique morale que l'on trouve chez les meilleurs travaux des *critical legal scholars* ou des féministes » concluent Trubek et Esser (*op.cit.*, p. 46). L'oxymoron constitué par l'association des adjectifs « empirique » et « critique » est, toujours selon ces auteurs, l'une des raisons des liens complexes, entre filiation et distance, qui ont lié les chercheurs animant ce séminaire et les *critical legal scholars*, et l'une des raisons, pour reprendre le titre de leur article, du paradoxe, du programme éclaté et de la boîte de Pandore ouverts simultanément par ce séminaire<sup>10</sup>.

## 2. UNE SOCIOLOGIE CRITIQUE DE L'HEGEMONIE ORDINAIRE DU DROIT

Sans que cette question des relations entre empirisme et critique ne soit définitivement tranchée, les contours d'un ensemble de travaux unifiés par l'usage de la notion de *legal consciousness* s'élaborent dans la décennie suivante. Avant de revenir à cette question de la critique, une rapide présentation de cette perspective sociologique renouvelée sur le droit s'impose.

---

<sup>9</sup> Non pas, comme le fait remarquer Trubek (*op.cit.*, 1984), que les *Crits* n'auraient pas de données (les décisions judiciaires ou la doctrine le sont bien) ni de démarche empiriques (au sens où les *Crits* ne s'intéressent pas à ce qu'*est* le droit, mais à ce qu'*il fait*). Mais, comme Trubek le reconnaît lui-même, les *Critical legal scholars* se limitent clairement à une étude doctrinale de l'idéologie, que cet auteur appelle à dépasser.

<sup>10</sup> Le paradoxe est celui porté par cet appel à un empirisme critique, le programme éclaté renvoie à la diversité des travaux présentés à ce séminaire, et la boîte de Pandore à la question de l'auto-analyse du travail des chercheurs, de leurs intérêts et positions, dans ce processus de production d'un savoir qui se veut simultanément empirique et critique.

## 2.1. Du droit à la légalité

Il s'agit en effet de prendre en compte le fait que « la manière par lequel le droit fait l'objet d'expérience et est compris par les citoyens ordinaires, dans la mesure où ils choisissent d'invoquer la loi, évitent de le faire ou lui résistent, est une part essentielle de la vie du droit »<sup>11</sup>. Les enquêtes portent donc sur les pratiques concrètes de la vie quotidienne dans lesquelles les règles légales sont utilisées et perçues comme des éléments constitutifs de la réalité, par opposition à une conception instrumentale du droit, qui conçoit ce dernier comme venant après coup et de façon externe aux pratiques sociales qu'il régule. En réaction aux études portant sur la façon dont les institutions juridiques ou judiciaires (tribunaux, administrations, etc.) opèrent, ces analyses incorporent donc le sujet ou le destinataire du droit. Elles dépassent les « *gap studies* » et la vision instrumentale du droit que présupposent les approches « partant d'en haut » (*top down*) par des approches « partant d'en bas » (*bottom-up jurisprudence*). Cette attention aux routines plutôt qu'à l'exceptionnel, aux pratiques sociales en lieu et place des institutions, et aux représentations mentales et idéologiques (vision symbolique du monde) plutôt qu'au système légal coercitif (vision instrumentale) sont des éléments communs à ce courant, qui traduit une version sociologisée et empirique des *Critical Legal Studies*.

Les investigations ont d'abord porté sur les pratiques et les relations qu'entretenaient les profanes du droit avec ces professionnels, ou quasi-professionnels qui incarnent le droit ou travaillent dans les institutions judiciaires<sup>12</sup>. Mais dans un second temps, ce sont directement les pratiques concrètes de la vie quotidienne, hors même d'une quelconque présence institutionnelle du droit, qui sont analysées. Il s'agit « d'aller dans les petites villes, à la campagne et dans les quartiers urbains et d'observer la façon dont les gens, dans ces endroits, en viennent à nommer, utiliser ou ignorer le droit tel qu'ils le construisent dans leur propre univers »<sup>13</sup>. À travers l'examen d'événements et de transactions ordinaires, « le droit est dès lors envisagé *en tant* qu'activité sociale plutôt que comme une force surplombante [afin de comprendre] la manière dont du droit émerge des interactions et des situations locales »<sup>14</sup>. C'est alors la construction sociale de la légalité (*legality*) qui passe au centre de l'analyse, dans une perspective résolument empirique et simultanément critique, qui vise à étudier ensemble la force hégémonique du droit et les résistances qu'elle suscite.

---

<sup>11</sup> P. Ewick, S. Silbey, « Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness », *New England Law Review*, vol. 26, 1992, pp. 731-749.

<sup>12</sup> Sont ici laissés de côté un ensemble de travaux d'anthropologues ayant étudié la place, le recours et les conceptions du droit en vigueur dans diverses communautés ou quartiers au cours des années 1980 (voir D.M. Engle, J. Greenhouse, B. Yngvesson, *Law and Community in Three American Towns*, Ithaca, Cornell University Press, 1994). Bien que ces travaux utilisent la notion de *legal consciousness* et que certains de ces chercheurs aient participé au *Amherst Seminar*, l'unité d'analyse est toutefois davantage celle des communautés.

<sup>13</sup> A. Sarat et T. Kearns, « Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life », in A. Sarat et T. R. Kearns (éd.), *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993.

<sup>14</sup> P. Ewick et S. Silbey, *op.cit.*, 1998.

## 2.2. Criticism et critique

Approfondissant les débats précédemment évoqués (sans toutefois y faire référence), S. Silbey distingue toutefois deux types de critiques dans sa recension d'un important manuel de sociologie du droit<sup>15</sup>. En s'appuyant sur M. Horkheimer, elle oppose ainsi *criticism* et *critique*. Classiquement, la dimension critique de la sociologie est conçue en effet à partir du point de vue d'un observateur extérieur dévoilant le processus de construction sociale du monde, rendant compte des fonctions latentes remplies par des énoncés ou des objectifs normatifs, montrant l'articulation entre des valeurs, des normes et des structures. L'approfondissement de cette dimension critique, qu'incarnerait en France la rupture épistémologique prônée par Durkheim et développée par les auteurs du *Métier de sociologue*, ne peut toutefois en rester là, sous peine de verser, finalement, dans ce que Esser et Trubek appellent une forme de scientisme ou d'objectivisme.

« Révéler ce qui est partiellement caché, catégoriser ce qui est révélé, et étiqueter ce qui est ainsi analysé ne suffit pas à tracer les directions du changement ou à utiliser ce qui est révélé, catégoriser et ainsi nommé. Après tout, les catégories de genre, de race ou de classe mobilisées dans la plupart des études sociologiques ont elles-mêmes voilé l'incapacité de la sociologie à remettre en question l'existence de groupes dominés et subordonnés pourtant ostensiblement inclus dans ces variables. Mieux, en développant des méthodes rigoureuses pour décrire ces groupes sociaux, les sociologues ont contribué à l'objectif de les classer et de les contrôler » explique Susan Silbey (*op.cit.*, 1991).

La dimension critique d'un énoncé (*criticism*) ne peut en effet être confondu avec sa fonction critique (*critique*) : la première se situe dans la logique, les standards, l'épistémologie propre à une discipline à partir desquels est évalué, dévoilé et critiqué le monde social, tandis que la seconde ne s'arrête pas là, mais, s'interroge, plus fondamentalement, sur les intérêts que servent les savoirs produits par la science. Dit simplement, « la *critique* cherche à expliquer l'ordre social d'une manière telle que cette explication devienne elle-même un catalyseur permettant de transformer cet ordre social » (*ibid*). C'est à cette condition que le savoir produit est véritablement critique et n'en reste pas à un dévoilement toujours susceptible de collaborer, paradoxalement, à l'ordre que le chercheur souhaite observer et expliquer.

Silbey va même plus loin dans ce texte où, discutant le manuel proposé par Roger Cotterrell<sup>16</sup>, elle l'accuse de trahison (*betrayal*) en produisant une critique qui reproduit, plus qu'elle ne combat, l'idéologie juridique. La critique et la production d'un savoir libérateur impliquent en effet de ne pas rester extérieur, désintéressé

---

<sup>15</sup> S. Silbey, « Loyalty and Betrayal: Cotterrell's Discovery and Reproduction of Legal Ideology », *Law and Social Inquiry*, vol. 4, 1991, pp. 809-833.

<sup>16</sup> R. Cotterrell, *Sociology of Law*, 1984.

ou réflexif mais requièrent, selon elle, une véritable loyauté envers ceux qui ont des positions et des intérêts (les groupes dominés et subordonnés) autres que ceux qui servent et sont servis par l'idéologie juridique<sup>17</sup>. On peut repérer ici une posture d'intellectuel organique qui n'est pas sans faire écho à la manière dont Antonio Gramsci a défini ce terme. Et si cet auteur n'est pas cité, les travaux féministes le sont par contre abondamment, y compris en reprenant la critique de l'essentialisme attaché aux premiers travaux féministes<sup>18</sup>, qui voyait dans la condition féminine une condition commune permettant de développer une approche unifiée des processus de production et de reproduction des inégalités qui touchent les femmes. « Il ne s'agit pas de submerger des identités fracturées et des expériences multiples en une théorie unifiée de la vie sociale, mais de fonder l'autorité du compte rendu proposé par la sociologie sur sa capacité à construire des perspectives multiples, à localiser celles-ci dans des analyses historiques et politiques qui fournissent un contexte leur donnant du sens et une orientation. Sans la reconnaissance de ce qui caractérise socialement le point de vue de l'observateur, la critique dégénère donc en une critique abstraite et non orientée » (Silbey, *op.cit.*, pp. 814-815), qui peut même aller jusqu'à la rendre acceptable et absorbée, en laissant inchangée les structures fondamentales du savoir et du pouvoir.

### 2.3. Etudier la force hégémonique du droit

Face au positionnement de technicien accompagnant les réformes, voire de conseiller du Prince adopté par les chercheurs du mouvement *Law and Society* dans les années 60 et 70 – qu'on trouve explicitement dans l'espace français de la sociologie du droit chez Jean Carbonnier –, face également aux dévoilements et aux critiques se fondant sur une seule approche positiviste ou objectiviste, l'inversion est totale. De nouveaux terrains s'ouvrent – les rapports, soumissions, usages, résistances au droit développés par les pauvres, les femmes, les minorités – mais aussi une posture et une démarche de recherche qui, en sociologisant la critique portée par les *Crits*, la radicalise. Ces recherches n'en restent pas en effet à une critique du rôle des professionnels du droit et à une déconstruction des textes ou des décisions judiciaires ; elles s'intéressent à la force constitutive et hégémonique du droit dans les pratiques quotidiennes des acteurs<sup>19</sup>. Par là, elles étudient aussi les

---

<sup>17</sup> Or, selon Silbey, en organisant son manuel autour des questions traditionnelles qui agitent les juristes ou les sociologues du mouvement *Law and society* (le rôle des professionnels du droit, le fonctionnement des tribunaux et celui des agences publiques et gouvernementales), Cotterrell légitime et normalise l'idéologie juridique qu'il entend critiquer.

<sup>18</sup> Voir S. Harding, *The Science Question Feminism*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1986, cite par Silbey, *op.cit.*, 1991.

<sup>19</sup> Elles permettent ainsi d'avancer dans l'un des problèmes cruciaux des *Crits* – leur restriction à une déconstruction de la doctrine –, identifié dès 1984 par Trubek non seulement comme un problème d'empirisme, mais aussi comme un problème concernant le type de *critique* que mènent les *Crits* (*op.cit.*, notamment pp. 610-615). Trubek indique en effet : « Les *Crits* croient qu'en démontrant la fausseté ou l'incohérence des concepts juridiques dominants, la critique pourra initier le changement par une reconstruction imaginative de notre monde social. Cette approche présuppose que les acteurs sociaux, comme les patients d'une psycho-analyse, peuvent se libérer de leurs contraintes une fois que la nature des liens est identifiée. (...) Mais comment les *Crits* peuvent-ils être sûrs que les messages qu'ils envoient soient moins illusoire que les critiques qu'ils portent ? (...) Car

manières dont ces acteurs profanes tentent d'échapper à l'emprise du droit, non seulement en jouant de ses contradictions mais aussi en le mettant à l'écart, en le subvertissant par des tactiques multiples, voire en en reconstruisant la portée et la signification sociale dans leur quotidien.

### 3.L'ETUDE DES CONSCIENCES DU DROIT ET DE LA LEGALITE

Plusieurs recherches utilisent ainsi la notion de *legal consciousness* dans cette perspective empirique au tournant des années 1990. Déjà évoquées, trois d'entre elles ont été approfondies dans une présentation précédente<sup>20</sup>, et seule la dernière sera évoquée ici dans la mesure où elle a radicalisé et constitué l'emblème de ce courant de recherche dans les années 2000.

#### 3.1.Une redéfinition de la légalité

C'est ainsi un champ empirique et académique distinct des *Crits* qui trouve sa consécration avec la publication de *The Commonplace of Law, Stories of Everyday Life* en 1998. P. Ewick et S. Silbey évacuent en effet l'entrée institutionnelle qui marque encore les travaux précédents, en s'intéressant directement aux gens « ordinaires », représentatifs d'un Etat américain, interrogés chez eux et hors d'une quelconque présence institutionnelle du droit ou de la justice. La méthodologie vise d'ailleurs aussi à dépasser ce biais institutionnaliste, en évitant soigneusement d'induire une définition préalable et extérieure du droit et de la légalité. Les auteurs ont choisi de construire leurs entretiens en trois parties distinctes : faire parler les gens de leur communauté, de leur quartier, de leur travail et de leur famille ; les interroger ensuite sur des événements et pratiques qui les auraient dérangés ou troublés dans leur vie quotidienne, ou, pour reprendre la formule utilisée par Silbey et Ewick face à leurs interlocuteurs, « toutes choses qui n'étaient pas comme vous auriez voulu que ce soit ou dont vous pensiez que cela devait être autrement » ; se centrer enfin sur un événement particulier, choisi par l'interviewé, qu'il est conduit à examiner en profondeur, pour voir quelles en étaient les causes et les responsabilités en jeu, qu'ils s'agissent des siennes ou de celles des autres. Ce n'est qu'à la fin de l'entretien que sont posées des questions relatives à leurs connaissances, expériences et perceptions du droit et de procédures légales plus formelles, de leur effectivité et légitimité. Enfin, au-delà de ces innovations méthodologiques (qui prennent aussi la forme d'un dispositif de

---

personne ne trouvera dans leurs travaux une quelconque description de la manière dont la démarche critique marche en pratique ». Et Trubek poursuit : « Klare [un *critical legal scholar* célèbre] reconnaît, dans une note de bas de page, qu'une limitation importante de l'approche critique du droit du travail est qu'elle néglige relativement, sinon complètement, la description empirique des interrelations et des connections qui peuvent exister entre l'histoire intellectuelle des relations industrielles et l'histoire sociale du mouvement ouvrier après la seconde guerre mondiale. Kennedy lui-même fait d'ailleurs une confession similaire : « ce que j'ai fait est une description, et une description des concepts seulement. Cela signifie que j'ai ignoré la question de ce qui fait exister une conscience du droit, ce qui fait qu'elle change et quels effets elle a sur les actions de ceux qui la partagent dans leur vie » ».

<sup>20</sup> J. Péliasse, *op.cit.*, 2005



codage original des termes employés par les 430 personnes interviewés), cet ouvrage propose une généralisation des rapports ordinaires au droit qui vise à expliquer l'hégémonie du droit, tant celle-ci se nourrit de conceptions et d'usages contradictoires de la légalité qui en renforcent, selon les auteurs, la puissance hégémonique et pas seulement idéologique.

« Processus par lesquels les individus donnent un sens stabilisé à leur monde », les consciences du droit traduisent donc différentes façons de construire et de participer à la légalité, en tant que « structure » sociale présente dans la vie quotidienne<sup>21</sup>. La légalité se définit comme « une forme de relations et de représentations sociales à qui est donnée quotidiennement force de loi à travers des *schémas interprétatifs*, que les gens invoquent pour construire le sens de leurs actions et de celles des autres, et des *ressources humaines et matérielles*, qui, sous la forme de capacités et de ressources mobilisables, rendent l'action possible. Plutôt que quelque chose d'extérieur aux relations de tous les jours, la légalité est conçue comme un élément des interactions sociales qui existent dans ces moments où les gens invoquent des concepts et la terminologie du droit, l'associant à d'autres phénomènes sociaux »<sup>22</sup>. Il s'agit donc moins d'attitudes mentales désincarnées, telles que peuvent les saisir les enquêtes d'opinion sur le droit, que d'un ensemble de pratiques et de répertoires disponibles pour des usages créatifs ou plus banals, qui témoignent de la conception constitutive de Ewick et Silbey. L'analyse vise ainsi à identifier ces cadres interprétatifs et ces ressources, construits et mobilisés lorsque les gens parlent de leurs problèmes. Par ressources, il est entendu « des ensembles matériels et des capacités humaines utilisés pour maintenir ou accroître le pouvoir (savoirs, capitaux, propriétés, etc.) ». Les cadres ou schémas interprétatifs incluent quant à eux « des codes culturels, des vocabulaires de motifs, des logiques, des hiérarchies de valeurs et des conventions », qui fonctionnent comme des « procédures généralisables appliquées dans la production et la reproduction de la vie sociale »<sup>23</sup>. C'est bien l'usage social du droit qui est central, non pas tant dans un cadre contentieux, que comme « cadre interprétatif » construisant le sens de situations ordinaires et comme ressource fondant un pouvoir dans la vie quotidienne. Cette re-conceptualisation théorique de ce qu'est le droit, s'appuyant largement sur les notions de pouvoir développée par M. Foucault et du quotidien analysée par M. de Certeau, permet d'étudier comment des interactions et des relations ordinaires prennent ou non une existence « légale » : « comment dans (et plus important, à travers) un ensemble culturel les personnes acquièrent un statut de sujet de droit, dont les conceptions plurielles ne sont pas sans influence sur les manières dont ils comprennent le droit »<sup>24</sup>. Trois

---

<sup>21</sup> Par « structure », il faut plutôt entendre « le structurel » dans le sens où le définit Giddens, *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987.

<sup>22</sup> Souligné par moi, Ewick et Silbey, *op.cit.*, p. 31-32.

<sup>23</sup> La formule est de Giddens (*La constitution de la société, op.cit.*).

<sup>24</sup> N. Mezey, « Out of the Ordinary: Law, Power, Culture, and the Commonplace » (Review Symposium on The Commonplace of Law), *Law and Social Inquiry*, vol. 26, n°1, 2001, pp.145-167.

grandes manières de se rapporter au droit et de construire la légalité sont ainsi identifiés par les deux chercheuses : « *before the law* » (face au droit), « *with the law* » (avec le droit) et « *against the law* » (contre le droit).

### **3.2. Face, avec, contre le droit**

Etre *face au droit*, c'est concevoir la légalité comme une sphère distincte, séparée de la vie quotidienne, souvent autoritaire et prédictible. Le droit est décrit comme un système de règles et de procédures, formellement ordonné, rationnel, ayant sa propre grandeur transcendant les histoires et les conflits dans lesquels sont engagées les personnes. Objectif plus que subjectif, le droit est défini par son impartialité ; on se tourne vers lui de façon solennelle, seulement lorsqu'on imagine que son problème personnel a une portée affectant autant les autres que soi-même. Souvent dans ces situations, les personnes expriment une loyauté et une acceptation des concepts juridiques ; ils croient dans la légitimité des procédures légales, même s'ils ne sont pas toujours convaincus de l'impartialité des décisions. Ceux qui témoignent d'une conscience face au droit reconnaissent ainsi, à travers leurs actions et leurs interprétations, l'autonomie revendiquée par le droit lui-même.

Dans d'autres situations *avec le droit*, celui-ci est décrit comme un jeu impliquant compétences, ressources et négociations, où des règles préexistantes peuvent être déployées et de nouvelles règles inventées, pour servir légitimement ses propres intérêts contre des personnes ou des organisations. Le droit est un monde de manœuvres et de tactiques, où l'habileté et la mobilisation de ressources externes au droit permettent des gains stratégiques. Les frontières qui séparent le droit de la vie quotidienne sont poreuses. Le droit, en tant qu'espace de jeu, implique une mise entre parenthèses de la vie de tous les jours, mais cette discontinuité est relative et peut être suspendue, si besoin est, en faisant appel aux ressources ou aux schèmes de la vie quotidienne. Les personnes mettent l'accent moins sur la légitimité du droit que sur son effectivité quant à leurs prétentions et leurs désirs. Ces histoires décrivent un monde de luttes et de compétitions, qui engagent moins le pouvoir du droit que le pouvoir de chacun *avec le droit*.

Enfin, une troisième façon de participer à la légalité (*contre le droit*) apparaît lorsque les personnes se sentent « prises » par le droit, le présentant comme un pouvoir arbitraire contre lequel elles se sentent impuissantes. Les catégories et les ressources associées à la vie du droit dépassent leurs propres capacités, soit de maintenir le droit à distance de leur vie quotidienne, soit de jouer avec ses règles. Les gens décrivent comment ils se débrouillent, utilisent les ressources momentanées et incertaines ouvertes par les situations dans lesquelles ils se trouvent pour inventer des solutions qu'ils ne peuvent obtenir autrement. Les personnes exploitent les interstices des pratiques sociales habituelles pour se forger des moments de répit à l'égard du pouvoir du droit qui colonise leur vie quotidienne : traîner des pieds, mentir par omission, pratiquer l'humour ou faire

des scènes sont des formes typiques de résistance pour ceux qui sont *contre le droit*.

Les deux chercheuses résument ces trois formes de consciences du droit, qui « positionnent le locuteur différemment, comme un demandeur, un joueur ou un résistant » dans le tableau suivant. Celui-ci articule quatre dimensions de la légalité : la normativité (les bases morales de la légalité), la contrainte (qui détermine l'action) et la capacité (à produire des effets) de la légalité, et sa localisation dans le temps et l'espace.

	<i>Before the law</i>	<i>With the law</i>	<i>Against the law</i>
<b>Normativité</b>	Impartialité, objectivité de la loi et du droit	Légitimité partielle du droit, recherche de son propre intérêt	Pouvoir du droit, “ la force fait le droit ” ( <i>might makes right</i> )
<b>Contraintes</b>	Liées aux structures organisationnelles	Contingentes, closes (par une décision, un verdict)	Visibles institutionnellement
<b>Capacité</b>	Donnée par les règles, l'organisation formelle	Liée à des ressources individuelles, expériences, habileté	Insérée dans les structures sociales (rôles, règles, hiérarchie)
<b>Temps / Espace</b>	Séparé de la vie de tous les jours	Simultané à la vie de tous les jours	Colonisant le temps / l'espace de la vie de tous les jours
<b>Archétype</b>	Bureaucratie	Jeux	Débrouillardise

Ces trois formes de conscience du droit ne sont pas sans relations, et P. Ewick et S. Silbey montrent comment une même personne peut passer de l'une à l'autre selon les contextes et les moments de sa trajectoire biographique. Elles soulignent ainsi le pluralisme et la contingence de ces formes de rapport au droit, constamment indexées aux contextes dans lesquels elles s'expriment et aux relations de pouvoir dans lesquelles sont insérés les acteurs. Mieux, elles montrent comment en réalité ces trois manières de construire la légalité sont constamment présentes et se soutiennent les uns les autres, constituant par là simultanément une légalité hégémonique et une ouverture pour le changement et la résistance à cette hégémonie. En effet, les trois schémas identifiés n'existent que les uns par rapport aux autres et c'est leurs oppositions et la possibilité de développer l'un ou l'autre qui permettent, selon elles, d'expliquer la force et la durabilité de l'hégémonie du droit. Chacun des schémas a en quelque sorte besoin de l'autre, en le confirmant par les critiques qu'il porte aux autres, comme c'est en particulier le cas entre l'approche concevant le droit comme impartial, objectif, neutre (*before the law*) et celle qui, au contraire, met en avant sa partialité, sa subjectivité et sa dimension

politique et intéressée (*with the law*). En effet, c'est bien parce que la première est implicitement critiquée et donc présente que la seconde existe, et inversement.

#### 4. UNE CRITIQUE RELATIVE, EMOUSSEE ET DOMESTIQUEE ?

##### 4.1. Limites (de la dimension critique) des *Legal Consciousness Studies*

Cette manière de sociologiser les *Critical Legal Studies*, qui en sont restées quant à elles pour l'essentiel à une critique formelle construite à partir de matériaux doctrinaux et de l'activité des élites juridiques<sup>25</sup>, a toutefois elle-même suscité des remarques, qui ont porté justement sur la dimension critique de cette approche. Au-delà des observations, finalement assez rares, qui ont pu porter sur une méthodologie qui construit un matériau constitué uniquement de discours et de représentations plus que de pratiques, Mauricio Garcia-Villegas est sans doute le commentateur qui a le plus attiré l'attention sur une contradiction théorique qui mine partiellement le projet critique porté par cette perspective<sup>26</sup>. En mettant en évidence le décalage existant entre les références théoriques présentes dans ces travaux, insistant sur l'usage et la force symbolique du droit dans la structuration de rapports de domination (Giddens et Bourdieu, notamment) et l'attention empirique effectivement mise en œuvre, davantage tournée vers les visions symboliques du droit (dans la tradition de C. Geertz) et la valorisation de pratiques de résistance (à la suite des travaux de M. De Certeau), M. Garcia-Villegas souligne comment l'accent mis sur le *pouvoir* symbolique du droit se fait au détriment d'une analyse de sa *violence* symbolique, pourtant au cœur de l'analyse de P. Bourdieu<sup>27</sup>. D'autres limites relativisent en outre l'objectif de sociologiser l'analyse quotidienne du droit, qu'il s'agisse d'abandonner réellement une perspective qui part du droit formel<sup>28</sup>, ou de prendre en compte les manières dont la construction sociale de la légalité s'inscrit dans des rapports de pouvoir au sein desquels les juristes et les professionnels du droit ne sont pas sans jouer un rôle non négligeable. Déjà évoquées, ces limites ne sont toutefois que mentionnées ici tant c'est finalement la domestication de fait de la dimension critique de cette perspective qui pose le plus de problème dans sa filiation avec les *Critical Legal Studies*.

##### 4.2. « After Legal Consciousness »

---

<sup>25</sup> Comme le notait déjà Trubek, *op.cit.*, en 1984.

<sup>26</sup> M. Garcia-Villegas, « Symbolic Power Without Symbolic Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in USA », *Droit et société*, n° 53, 2003.

<sup>27</sup> P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherches en Sciences Sociales* n°64, 1986.

<sup>28</sup> Voir M. Hertogh, « A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich », *Journal of Law and Society*, Vol. 31, N°4, 2004, qui oppose la conception du « droit vivant » (*living law*), défendue par E. Ehrlich à celle du « droit en actes » (*law in action*) avancée par R. Pound à la même époque. S'inscrivant dans cette seconde approche, l'ouvrage de Ewick et Silbey, témoignerait d'un biais institutionnaliste et formaliste persistant qui ne reconnaît dans le droit que celui de l'Etat, qu'il soit dans les livres (*in books*) ou en actes (*in action*), mais méconnaissant le droit vivant, local, construit par les communautés qu'a théorisé Ehrlich en 1911.

La multiplication des recherches empiriques s'inscrivant dans cette approche et une institutionnalisation de ces recherches – dont témoigne un réseau dédié aux *legal consciousness studies* au sein de la *Law and Society Association* entre 2001 et 2007 – ne sont en effet pas étrangères à un certain affadissement, sinon un véritable abandon, dans certains travaux, de la vocation critique de ce courant. C'est ce dont témoigne un article de Susan Silbey, publié en 2005 et significativement intitulé « *After Legal Consciousness* »<sup>29</sup>.

En rappelant l'objectif – identifier les formes de légalité, afin de travailler et de comprendre cette hégémonie du droit, qui contribue à un consensus largement partagé sur le système juridique de la part des citoyens alors même qu'il est constamment mis en faillite par l'écart persistant entre le droit formel et le droit en actes et qu'il ne tient pas ses promesses d'égalité et de traitement équitable –, S. Silbey critique violemment nombre des travaux qui se sont rangés dans les années 2000 sous la bannière des *Legal Consciousness Studies*. Certes, une extension significative des objets d'étude a eu lieu : des couples de même sexe souhaitant se marier dans le Vermont, des femmes harcelées sexuellement au travail, des objecteurs de conscience israéliens ont été étudiés, en passant par des jurés décidant de la peine capitale ou des salariés cherchant à bénéficier des droits aux congés familiaux aux Etats-Unis, ou, en France, passés aux 35 heures<sup>30</sup>. Mais cette extension s'est accompagnée, selon Silbey, d'une conception restrictive du concept de *legal consciousness* qui lui a fait perdre son utilité théorique et sa dimension critique.

« Plutôt que d'expliquer comment ces différentes expériences du droit constituent un ensemble de schémas et d'habitudes partagés, circulant et modelant le monde social, cette littérature a traqué ce que des individus particuliers pensaient et faisaient. Parce que les relations entre conscience, idéologie et hégémonie sont trop souvent restées inexplicables, le concept de *legal consciousness* s'est trouvé domestiqué au sein de ce qui apparaît comme un projet politique : faire des lois spécifiques qui s'adaptent à tels ou tels groupes ou intérêts » (Silbey, *op.cit.*, 2005, p. 323).

De fait, cette critique en règle, qui retrouve les préventions émises par Esser et Trubek en 1990 envers une forme d'instrumentalisme persistant qu'ils appelaient à dissoudre, repose sur la dénonciation d'un retour à une étude des attitudes des acteurs, ou de tel ou tel groupe, qui n'est pas sans fondement. Et S. Silbey de poursuivre :

« Dans un effort louable pour étendre les premières analyses des consciences du droit à de nouveaux objets et de nouvelles dimensions, les recherches récentes ont confondu le produit de l'analyse (conscience du droit, idéologie, hégémonie, légalité) avec leurs mesures ou leurs indicateurs empiriques : les

---

<sup>29</sup> S. Silbey, « *After Legal Consciousness* », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, 2005.

<sup>30</sup> Voir l'ouvrage collectif édité par B. Fleury-Steiner et L.B. Nielsen, *New Civil Rights Research. A Constitutive Perspective*, Ashgate, 2006, dans lequel tous ces terrains sont évoqués.

expériences ordinaires des acteurs et les discours tenus à propos du droit. (...) Elles se sont en quelque sorte arrêtées à la première marche de l'analyse en restant aux pixels de la perception (ie les attitudes) sans analyser ce qui rend possible ces perceptions. La légalité, construite théoriquement comme l'objet ou la conséquence des consciences du droit est perdue en tant qu'élément structurel contribuant à produire une idéologie et une hégémonie du droit non dite (...) Et les chercheurs ont fini par réinventer, sans l'expliquer, le fameux écart entre droit des textes et droit en actes, aujourd'hui présenté comme un écart entre conscience du droit et mobilisation du droit<sup>31</sup> ».

## 5.CONCLUSION

En acceptant toutefois, finalement, l'idée qu'il s'avérerait indispensable de prendre en compte « la production professionnelle des consciences du droit » – i.e., d'étudier le rôle des professionnels du droit mais aussi de ceux qui contribuent à former les rapports ordinaires au droit, et notamment les professionnels de l'information (médias, sondages et autres acteurs de l'industrie culturelle contribuant à propager, faire circuler et transformer les idéologies<sup>32</sup>) -, Susan Silbey a malgré tout renoncé à l'une des dimensions critiques qui pouvait poser le plus de problème dans son approche<sup>33</sup>. Elle a aussi retrouvé et placé au cœur d'un agenda véritablement critique des *legal consciousness studies* l'un des apports fondamentaux des *Crits* touchant au rôle des professionnels du droit dans la diffusion, le maintien et le fonctionnement d'idéologies juridiques hégémoniques. Est-ce pour autant une forme de réhabilitation du positivisme scientifique (en opposition au criticisme radical) qu'on peut repérer derrière cette idée implicite que l'essentiel ne serait plus d'étudier les acteurs dominés (et leurs capacités de résistance) mais les acteurs dominants (et les manières dont ils produisent une idéologie juridique toujours plus hégémonique) ? L'évolution est probablement plus subtile et à relier avec le contexte américain, qui a vu, selon Silbey, se développer une forme de fascisme avec le gouvernement Bush. Magnifier les résistances populaires à l'hégémonie du droit, ou comprendre comment les dominés participent eux-mêmes à cette hégémonie, ne constituerait plus une critique aussi utile ni un enjeu aussi pressant que ceux visant à dénoncer et à dévoiler la production de cette idéologie hégémonique qu'exerce la légalité - via les acteurs qui font professions de l'entretenir et de la développer, mais aussi via sa forme elle-même et les appropriations et constructions populaires dont elle fait

---

<sup>31</sup> C'est ici un dossier introduit par A.M. Marshall et S. Barclay, « In Their Own Words: How Ordinary People Construct the Legal World », *Law and Social Inquiry*, 28 (2), 2003, qui est visé, l'écart entre conscience du droit et mobilisation du droit n'ayant pas lieu d'être, si l'on suit Silbey et sa définition de la légalité comme manière de prendre en compte simultanément la force hégémonique du droit et l'ouverture toujours possible qu'elle contient de la contester.

<sup>32</sup> Voir M. Haltom et M.W. McCann, *Distorting the Law. Politics, Media et and the Litigation Crisis*, University of Chicago Press, 2005.

<sup>33</sup> Celle qui la poussait en particulier à réclamer une loyauté politique à l'égard des groupes dominés et à centrer l'analyse de l'idéologie juridique sur la manière dont ces derniers y étaient soumis et y résistaient, voir *supra*.

Publié in Bentouhami H., Kupiec A., Grangé N. (dir.), *Le souci du droit. Où en est la théorie critique ?* Coll. Théorie critique, Sens et Tonka Editions, 2010.

l'objet. Au-delà de ces évolutions, et sous réserve d'une importation qui ne fasse pas l'économie d'une réflexion sur les différences culturelles conditionnant la pertinence scientifique des déplacements induits par cette importation<sup>34</sup>, il n'en reste pas moins que l'étude des légalités ordinaires, et la dimension critique qu'elle implique si elle n'en reste pas à une analyse de ce que pensent ou font les gens du droit mais qu'elle vise bien à mettre en lumière sa force hégémonique et les résistances qu'elle suscite, constitue une voie prometteuse pour qui, d'un point de vue sociologique, se soucie du droit.

---

<sup>34</sup> Voir, pour de premiers éléments L. Israël et J. Pélisse, et J. Pélisse, *op.cit.*, 2005.