
Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique

Mark C. Suchman and Elizabeth Mertz

Translated by Yannick Ganne

🌐 <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1043>

DOI : 10.35562/cliothemis.1043

Electronic reference

Mark C. Suchman and Elizabeth Mertz, « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique », *Clio@Themis* [Online], 12 | 2017, Online since 07 juin 2021, connection on 02 août 2021. URL : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1043>

Copyright

CC BY-NC-SA

Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique

Mark C. Suchman and Elizabeth Mertz

Translated by Yannick Ganne

OUTLINE

- I. Présentation de l'article par Yannick Ganne
 - II. Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique, par Mark C. Suchman, Elizabeth Mertz (traduction Yannick Ganne)
 - A. De nouvelles approches pour l'étude empirique du droit
 - 1. Les origines réalistes
 - 2. Les Études Juridiques Empiriques
 - 3. Le Nouveau Réalisme juridique
 - B. Éléments de conformité et de contraste
 - 1. Le(s) nouvel (aux) empirisme(s) juridique(s)
 - 2. La discipline juridique
 - 3. Les disciplines des sciences sociales
 - 4. Le mouvement Droit et Société
 - 5. Un peu d'empirisme sur l'empirisme
 - III. Tendances futures
 - A. Sera-t-il rigoureux ?
 - B. Sera-t-il méthodologiquement divers ?
 - C. Sera-t-il éclairé par des théories ?
 - D. Va-t-il parvenir à s'affranchir de l'attraction des politiques publiques ?
- Conclusion

TEXT

Nous tenons à remercier Todd Bridges et Frances Tung pour leur aide précieuse lors des recherches. Cet article a aussi grandement bénéficié de conversations ayant eu lieu à l'Université du Wisconsin, à la faculté de droit de Cornell et à la Fondation du Barreau Américain, sans oublier les conversations lors des colloques annuels de l'Association américaine des Écoles de Droit et de l'Association américaine de Sociologie.

Déclaration : Les auteurs n'ont connaissance d'aucune affiliation, appartenance à un groupe, ou d'aucun financement de la part d'un intérêt financier, qui pourrait être vu comme affectant l'objectivité de cet article.

Traduction française proposée par Yannick Ganne, doctorant visitant à l'Université de Californie, Berkeley, de l'article de Mark C. Suchman, Elizabeth Mertz, « Toward a New Legal Empiricism : Empirical Legal Studies and New Legal Realism », *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, p. 555-579, modifié avec la permission de l'*Annual Review of Law and Social Science* (« Modified with permission from the *Annual Review of Law and Social Science*, Volume 6 © 2010 by Annual Reviews, <http://www.annualreviews.org> »).

I. Présentation de l'article par Yannick Ganne

- 1 Diplômée en droit et titulaire d'un doctorat en anthropologie, Elizabeth Mertz est professeure de droit à l'Université du Wisconsin ainsi que chercheuse à l'*American Bar Foundation*. Elle est notamment connue pour son ouvrage portant sur l'influence du langage utilisé dans les facultés de droit dans la formation des futurs avocats¹. Également diplômé en droit et titulaire d'un doctorat en sociologie, Mark Suchman est professeur de sociologie à *Brown University*. Le parcours de ces deux chercheurs ainsi que leurs écrits symbolisent le champ de la recherche socio-juridique, à la frontière entre le droit et les sciences sociales. De manière plutôt discontinue, et ce depuis l'époque des réalistes dans l'entre-deux-guerres, ce champ de la recherche académique américaine s'est développé via des associations (et notamment *Law & Society*), des revues, des conférences, des publications nombreuses. Il atteste l'ouverture d'esprit de la plupart des juristes américains à l'égard des sciences sociales. En outre, sa vitalité démontre que l'analyse économique du droit, bien que très populaire, n'est pas la seule option pour les chercheurs en droit désireux de se rapprocher des autres disciplines.
- 2 Depuis quelques années, les méthodes empiriques reviennent à la mode dans les facultés de droit. Cet article, publié en 2010, a pour but de rendre compte de deux mouvements, alors tout juste formés, qui caractérisent le mieux la période récente en la matière. Il s'agit des

Empirical Legal Studies (ELS) et du *New Legal Realism* (NLR). En remplaçant ces entreprises académiques dans le temps long de la théorie du droit américaine, cet article offre une introduction claire et synthétique à un champ de recherche foisonnant aux États-Unis mais plutôt méconnu en France. Comme l'ont déjà montré Christophe Jamin et Philippe Jestaz dans leur ouvrage sur la doctrine, il n'existe pas d'équivalent américain unique à notre doctrine juridique². La présentation de ces deux composantes distinctes de la recherche en droit aux États-Unis permet de le redécouvrir.

- 3 Parmi les enseignements que l'on peut retenir de l'étude d'Elizabeth Mertz et de Mark C. Suchman, notons que le réalisme juridique constitue toujours un point de repère marquant pour les juristes américains contemporains. Ainsi, loin d'avoir disparu des esprits et des ouvrages, les écrits des grands juristes de la première moitié du vingtième siècle, dont certains sont mentionnés dans l'article, continuent à expliquer les travaux et à orienter intellectuellement les professeurs de droit. Dès lors, cet article, bien que récent, s'inscrit dans la continuité de certaines des traductions publiées précédemment au sein de la revue *Clio@Themis*. Citons notamment celles de Oliver W. Holmes, Louis D. Brandeis, Benjamin N. Cardozo et Roscoe Pound. Les mouvements contemporains, dont il est ici question, s'inscrivent explicitement dans la continuité de ces auteurs et leur donnent une nouvelle actualité.
- 4 Depuis la publication de cet article en 2010, aucune évolution majeure n'est à signaler. Le mouvement des ELS se réunit chaque année, pour un grand colloque rassemblant quelques centaines de professeurs. Le mouvement du NLR, toujours peu institutionnalisé, a été à l'origine de la parution d'une série de trois ouvrages de référence retraçant son apport et son programme scientifique³. Soulignons à ce propos qu'Elizabeth Mertz, très engagée depuis le départ dans l'entreprise du NLR, participe en tant qu'éditrice au premier et au troisième de ces trois volumes. Ce dernier point attirera sans doute l'attention du lecteur sur le fait que l'article que vous allez lire n'a pas pour vocation à constituer une analyse externe et désintéressée. Il s'agit plutôt d'une présentation critique de deux entreprises scientifiques, apparentées mais néanmoins concurrentes, par deux chercheurs désireux de les faire connaître et de les rapprocher au sein de ce qu'ils appellent « nouvel empirisme juridique ». Bien que l'objectif de mise en lumière

de ces deux mouvements ait été rempli, celui de leur rapprochement semble ne pas devoir avoir lieu.

II. Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique, par Mark C. Suchman, Elizabeth Mertz (traduction Yannick Ganne)

Où étais-tu passé ? Il y a un nouveau gamin en ville.

Tout le monde l'aime, n'est-ce pas [...]

et tu es toujours là.

« New Kid in Town », The Eagles (1976)

- 5 Un développement remarquable de la recherche socio-juridique s'est produit lors de la dernière décennie : pour la première fois, depuis au moins une génération, des recherches empiriques sérieuses semblent prendre racine et même s'épanouir en droit. Ce bouillonnement empiriste est encore jeune, sa progression inégale, et des différends importants subsistent entre ses partisans. En outre, l'histoire de l'empirisme juridique exhorte à la prudence : des enthousiastes annonçaient déjà de semblables percées empiriques par le passé, mais celles-ci ne donnèrent lieu qu'à des résultats mitigés⁴. Et pourtant, une série de conférences et de publications récentes suggère qu'une forte activité de nature empirique semble être à nouveau en cours. Celle-ci pourrait à terme gagner un tel élan qu'elle affecterait non seulement les facultés de droit au sein desquelles elle est née, mais aussi plus largement toute l'entreprise socio-juridique. Cet article rend compte du développement et des perspectives d'évolution des deux plus importants foyers de ce nouvel empirisme juridique : les mouvements émergents du Nouveau Réalisme Juridique (abrégé NLR

pour *New Legal Realism*) et des Études Juridiques Empiriques (abrégées ELS pour *Empirical Legal Studies*).

- 6 Pour les nombreux chercheurs en dehors des disciplines juridiques qui se sont déjà engagés dans des travaux empiriques sur le droit, ces développements récents donnent peut-être une impression de déjà-vu. Les relations entre droit et sciences sociales empiriques remontent au temps de Durkheim (1893 [1984]), Weber (1922 [1978]), et Malinowski (1959). Elles ont perduré au sein de projets contemporains, tel le mouvement interdisciplinaire Droit et Société, et au sein de certains domaines spécialisés des sciences sociales, comme l'étude du rôle politique des tribunaux, l'analyse économique du droit, la psychologie sociale du droit, la sociologie du droit, l'histoire du droit, et l'anthropologie du droit. Plusieurs vues d'ensemble de la littérature récente ont rendu compte de cette longue tradition de recherches empiriques socio-juridiques (par exemple Schlegel, 1995 ; Garth et Sterling, 1998 ; Munger, 1998 ; Tomlins, 2000), et la réussite de l'*Annual Review of Law and Social Science* témoigne de la maturité intellectuelle de ce domaine de recherche (Friedman, 2005).
- 7 Ainsi, l'innovation de ce nouvel empirisme juridique réside moins dans sa méthode ou son objet, que dans les institutions où il s'épanouit et dans son programme intellectuel. Nous soutenons dans cette étude que les ELS et le NLR doivent être compris comme des efforts tendant à la légitimation de la recherche empirique au sein des disciplines juridiques. Même s'il s'agit de travaux méthodologiquement et conceptuellement en phase avec ce qui existait auparavant, ce nouveau contexte requiert l'adoption de nouvelles stratégies et d'un nouveau cadre d'analyse.
- 8 Ainsi entendus, les ELS et le NLR n'incluent à l'évidence pas tous les travaux sur le droit qui se fondent sur une approche empirique, et dans cet article, nous ne prétendons pas examiner la recherche socio-juridique empirique dans son ensemble. Au contraire, nous cherchons à examiner ces deux mouvements émergents avec leurs propres mots⁵, et à souligner les éléments d'accord et de dissonance les plus significatifs entre eux et par rapport aux autres projets du même type actuellement en cours en sciences sociales. Notre étude poursuit deux objectifs : premièrement, attirer l'attention des chercheurs en droit et sciences sociales, qui entreprennent déjà des re-

cherches empiriques de leur côté, sur les mouvements des ELS et du NLR ; deuxièmement, situer ces deux entreprises nouvelles dans un contexte déjà constitué d'autres sources importantes de connaissances empiriques sur le droit. Ces nouveaux mouvements pourraient ne pas s'avérer féconds pour toutes les personnes qui étudient le droit de manière empirique, mais, en façonnant un nouveau créneau au sein des disciplines juridiques, les ELS et le NLR pourraient remodeler l'environnement intellectuel dans son ensemble, en affectant indirectement même les domaines qu'ils n'annexent pas.

A. De nouvelles approches pour l'étude empirique du droit

- 9 Depuis le milieu des années 1990, plusieurs groupes d'universitaires ont soutenu l'idée de renouveler le dialogue entre droit et sciences sociales. En 1996 a débuté à Harvard ce qui était sans doute le premier Programme d'Études Juridiques Empiriques⁶ (*Program on Empirical Legal Studies*, 2005) du pays. L'année suivante, au colloque de l'Association Droit et Société (abrégée LSA pour *Law and Society Association*), une table ronde intitulée « Le moment d'un Nouveau Réalisme Juridique est-il venu ? » a attiré beaucoup de monde. Les publications appelant à l'empirisme et au réalisme ont rapidement bourgeonné elles-aussi (par exemple : Cross, 1997 ; Tamanaha, 1997 ; Radin et Wagner, 1998 ; Ewick et al., 1999 ; Mertz, 2000 ; Farber, 2001), aboutissant à des colloques influents à la fois sur les ELS, à l'Université de l'Illinois en 2001, que sur le NLR à l'Université du Wisconsin en 2004. Les deux mouvements ont également reçu un soutien majeur de la part de l'Association Américaine des Facultés de Droit, qui a organisé lors de ses colloques annuels des sessions consacrées aux « Nouvelles approches pour une recherche juridique empirique » en 2001, et à « L'Empirisme juridique... Un nouveau courant de recherche ? » en 2003. Plus tard, l'Association a même choisi pour thème de l'ensemble de son colloque annuel de 2006 : « La recherche empirique : que devrions-nous étudier et comment devrions-nous l'étudier ? ». À travers ces événements, parmi d'autres, un nouvel empirisme juridique a pris forme peu à peu.

1. Les origines réalistes

- 10 Pour trouver une place au sein des disciplines juridiques, les ELS et le NLR font tous deux remonter leur ascendance intellectuelle au mouvement du Réalisme Juridique des années 1930 (Heise, 2002, p. 822-24 ; Macaulay, 2005 ; Krtizer, 2009 ; Nourse et Shaffer, 2009). S'assemblant à l'apogée du *New Deal*, les premiers réalistes formaient un groupe d'universitaires reconnus, plus ou moins liés les uns aux autres, qui cherchaient à remplacer le très rigide et dogmatique formalisme juridique de la fin du XIX^e siècle (voir Grey, 1983) par un style de recherche plus flexible et pragmatique, plus attentif aux politiques publiques et au politique en général, et qui prendrait en compte le droit en action des communautés auto-régulées. En phase avec cet agenda politique socialement engagé et réformiste, de nombreux réalistes de la période de la Grande Dépression préconisèrent l'utilisation des sciences sociales empiriques pour éclairer la réflexion sur le droit (Schlegel, 1995). Cette veine empirique des travaux réalistes – dont les grands noms furent Underhill Moore, Charles Clark, William Douglas, Karl Llewellyn et Louis Brandeis, parmi d'autres – fournit aujourd'hui une référence commune pour les ELS et le NLR. Bien qu'ils ne suivent pas toujours les opinions politiques de leurs ancêtres vivant au temps du *New Deal*, les chercheurs impliqués dans les ELS et le NLR partagent un même mécontentement à l'égard des approches doctrinales traditionnelles et un même désir d'injecter de sérieuses investigations empiriques dans les débats juridiques et de politique publique.
- 11 Étant donné cet héritage commun, il n'est guère surprenant que les ELS et le NLR se fassent mutuellement écho de nombreuses façons et que leurs compositions professorales se recoupent parfois. Mais les deux mouvements, bien que contemporains et apparentés, ne sont pas deux figures identiques. En termes de style et de contenu, les ELS et le NLR adoptent souvent des tonalités distinctes, voire parfois discordantes. Nous considérerons donc à présent chaque mouvement pris individuellement avant de les juxtaposer.

2. Les Études Juridiques Empiriques

- 12 Les ELS constituent le plus connu des deux mouvements⁷, en partie en raison du fait que ses membres ont été particulièrement actifs à façonner ce que Chambliss (2008 p. 31) a appelé la « marque ELS ». Toutefois, en vérité, le mouvement des ELS (tout comme le NLR décrit par la suite) n'a pas vraiment de définition unique et canonique ; ses frontières demeurent floues. Certains de ses partisans l'ont défini largement, comme un moyen de former « des spécialistes en analyses empiriques dotés d'une bonne maîtrise du droit » dont les recherches « apportent des connaissances aux personnes engagées dans des recours juridictionnels, aux décideurs politiques et à la société dans son ensemble sur la manière dont le système juridique fonctionne » (Eisenberg, 2004, p. 1741). D'autres l'ont défini de manière plus restrictive, comme un moyen de réformer la recherche en droit autour des méthodes quantitatives et des tests d'hypothèses statistiques (George, 2006, p. 141). Mais qu'elles soient larges ou restrictives, de telles définitions ne s'avèrent substantielles que si elles correspondent dans les faits à une communauté savante particulière, ayant des méthodes de recherche et une mission intellectuelle particulières (cf. Polanyi, 1962 ; Kuhn, 1970 ; Miller et Fox, 2001). Nous considérons ces trois éléments – composition, méthodologie et but – l'un après l'autre.
- 13 **Composition.** À l'origine, les ELS (tout comme le NLR) sont plus proches des facultés de droit que des départements de sciences sociales. D'ailleurs, c'est sans doute cela qu'il faut entendre par « dotés d'une bonne maîtrise du droit ». Alors que de nombreux partisans des ELS disposent d'un double diplôme en droit et dans une science sociale, le mouvement fonctionne largement via un ensemble d'instituts et de conférences basés dans les facultés de droit, produisant des recherches publiées dans des revues elles-aussi implantées en droit. Au cours de ces dernières années, des programmes en lien avec les ELS ont fait leur apparition dans plusieurs facultés de droit importantes, comme celles de Cornell, NYU, Northwestern, UCLA, et celle de l'Université Washington à Saint Louis (Heise, 2002 ; Eisenberg, 2004 ; Chambliss, 2008). Une des premières rencontres des ELS, à la faculté de droit de l'Université d'Illinois, a donné lieu à la conférence de 2001 déjà mentionnée portant sur « les méthodes empiriques et expéri-

mentales en droit ». Depuis 2006, un colloque annuel des ELS (abrégé CELS pour *Conference for Empirical Legal Studies*) est organisé dans une série de facultés de droit très liées au mouvement – d’abord au Texas, puis à NYU, Cornell, à l’USC et à Yale.

- 14 Les travaux des ELS ont aussi tendance à être publiés en droit. Les articles qui s’identifient eux-mêmes comme appartenant au mouvement apparaissent, pour l’essentiel, soit dans le *Journal of Empirical Legal Studies* (JELS), revue à comité de lecture fondée par un groupe de professeurs de droit de l’Université Cornell en 2004 ; soit au sein des revues juridiques traditionnelles, éditées par les étudiants. Citons notamment les éditions spéciales des revues juridiques de l’Université d’Illinois (*University of Illinois Law Review*, 2002) et de l’Université Vanderbilt⁸ (*Vanderbilt Law Review*, 2006). Les activités plus informelles des ELS sont aussi ancrées dans le monde des facultés de droit : Jennifer Arlen, professeur de droit à NYU, supervise ainsi les archives du Réseau de Recherche en Sciences Sociales relatives aux « Études [Juridiques] Expérimentales et Empiriques ». Par ailleurs, des professeurs de différentes facultés de droit animent le très actif « ELS blog ».
- 15 En dépit de leurs racines en droit, les ELS n’en demeurent pas moins ouvertes aux autres disciplines. Comme les facultés de droit ne fournissent traditionnellement que très peu de formation aux méthodes empiriques, les partisans des ELS encouragent souvent les professeurs de droit les moins à l’aise en la matière à recevoir des enseignements et à développer des collaborations en sciences sociales (Epstein et King, 2002 ; Heise, 2002 ; George, 2006). A ce jour, les disciplines qui y ont le plus contribué sont l’économie, la science politique et la psychologie (voir Figure 2 ci-après), mais d’autres sciences sociales pourraient probablement participer davantage si elles le souhaitent. Le prix à payer, toutefois, consisterait à accepter de se conformer à la méthodologie et au but des ELS, ce que certains chercheurs en sciences sociales pourraient trouver un peu trop contraignant.
- 16 **Méthodologie.** Les chercheurs impliqués dans les ELS ont fait de la « sophistication méthodologique » un de leurs signes distinctifs, et leur définition en la matière est bien souvent restrictive. De manière tacite (même si parfois cela s’exprime explicitement), la vision métho-

dologique des ELS est plus quantitative que qualitative, vise davantage la confirmation que l'exploration, et porte sur la période contemporaine plutôt qu'historique. Bien que plusieurs membres influents des ELS prônent un usage plus englobant qui inclurait des méthodes qualitatives aussi bien que quantitatives (par exemple : Diamond, 2002 ; Mitchell, 2004), d'autres partisans des ELS semblent considérer que l'adjectif « empirique » ne renvoie qu'aux analyses statistiques et donc à une version formelle de la méthode scientifique en termes de tests d'hypothèses statistiques. Le cas le plus extrême est celui de George (2006, p. 141) qui définit les ELS comme « une approche se fondant sur la modélisation combinée à l'utilisation d'une méthode quantitative, [au sein de laquelle le chercheur] propose une théorie positive d'une [...] institution juridique, puis teste cette théorie ».

17 Cette confusion entre empirique et quantitatif constitue parfois un programme assumé (Nard, 1995 ; Shreve, 2000) et parfois seulement un raccourci de présentation (Schuck, 1989 ; Heise, 2002), mais elle intervient fréquemment, et pas de manière particulièrement réflexive. Par exemple, Mitchell (2004, p. 198-204) passe avec insouciance d'une définition englobante d'empirique comme signifiant « observations du monde », à une recommandation restrictive, « afin de rendre la recherche juridique empirique plus scientifique », qui empêche du même coup presque toutes les études qualitatives. De manière encore plus flagrante, Ellickson (2000) et George (2006) prétendent mesurer la prévalence de la recherche juridique empirique en calculant la fréquence d'expressions comme « statistiquement significatif » et « figure 1 » dans la base de données *Westlaw* – une tentative qui a fait l'objet de critiques même de la part de quelques collègues pourtant plutôt quantitativistes (voir Edelman et Simon, 2006, et les échanges en rapport au sein du blog des ELS). Bien que certains observateurs aient pu se demander si l'accent actuel mis sur les méthodes quantitatives pouvait n'être qu'une stratégie marketing plutôt qu'une doctrine fondamentale des ELS (Suchman, 2006 ; Chambliss, 2008), la quantification occupe manifestement, et assez tôt dans l'histoire du mouvement, une place centrale au sein de son programme scientifique.

18 **But.** En mettant de côté la question de la méthodologie, le but recherché par les ELS ne s'avère qu'assez vaguement défini. En effet, les

ELS semblent compenser leur exclusivité méthodologique par un éclectisme conceptuel. Cela a pu mener à des conjectures sur le fait de savoir « si les ELS pouvaient n'être que de la sociologie du droit dans des vêtements neufs. Ou bien, d'une manière plus menaçante, de l'analyse économique du droit sous des atours de sociologues. Ou bien, d'une manière plus cynique, des professeurs de droit dans les habits neufs de l'empereur » (Suchman, 2006, p. 2). Comme l'a fait remarquer un blogueur récemment, « les ELS ont de nombreuses composantes, et ce qui les unit n'est pas toujours très évident » (Zaring, 2009).

- 19 Le fleuve des ELS est alimenté par au moins quatre affluents. Le premier provient d'économistes néo-institutionnels qui utilisent l'économétrie financière pour examiner des problématiques tirées du droit des sociétés, comme par exemple la relation entre les structures de gouvernance et le contrôle des actionnaires. Le second rassemble des chercheurs en science politique participant aux travaux traditionnels portant sur le rôle politique des cours de justice ; ils utilisent des données sur l'opinion des tribunaux pour tester des modèles de théories des jeux relatifs à la prise de décision judiciaire. Un troisième affluent est constitué de chercheurs en psychologie sociale et en économie comportementale qui organisent des expériences pour explorer des phénomènes pertinents en droit comme la négociation, l'équité de la procédure juridictionnelle ou le comportement des jurés. Enfin, aux côtés de ces trois tendances directement apparentées à une science sociale particulière, les ELS disposent aussi d'un contingent de professeurs de droit enclins à entreprendre des recherches quantitatives, et qui associent les méthodes et les données dans un fourre-tout de questions juridiques « évidemment intéressantes ».
- 20 Ce qui unit ces groupes disparates est un enthousiasme partagé en vue d'appliquer à des questions provenant du droit (et non pas à des interrogations provenant principalement des autres disciplines) des méthodes empiriques rigoureuses. C'est sans doute cela qu'Eisenberg (2004, p. 1741) veut dire quand il parle « d'apporter des connaissances aux personnes engagées dans des recours juridictionnels, aux décideurs politiques et à la société dans son ensemble sur la manière dont le système juridique fonctionne ». Dès lors, le but des ELS est l'étude empirique de tous ces phénomènes qui ont attiré l'attention

des chercheurs en droit et des praticiens depuis longtemps, mais qui n'ont jusqu'ici été connus que par l'intermédiaire de la doctrine, des expériences personnelles, des croyances populaires et des conjectures.

- 21 Les ELS peuvent par exemple se demander si une augmentation du nombre d'avocats entraîne une augmentation de la judiciarisation ; ou si le fait que les aveux soient enregistrés en vidéo augmente la probabilité d'une condamnation par la justice. Cependant, à l'inverse des disciplines des sciences sociales, les ELS ne se demanderaient sans doute pas comment les professionnels du droit impactent sur le développement de la démocratie libérale ; ou comment la structure linguistique des aveux criminels diffère du discours ordinaire. Les ELS se saisiraient sans doute des conclusions de telles études, mais elles ne formuleraient que rarement elles-mêmes des problématiques d'une manière aussi abstraite et emprunte de théories. Au contraire, une formulation de type ELS chercherait à plaire aux composantes traditionnelles du droit, en soulignant l'utilité des recherches pour les avocats en exercice, leur pertinence pour les juges et législateurs, ou bien en faisant le lien avec un casse-tête doctrinal – tout cela en minimisant les débats propres aux autres disciplines que les juristes pourraient considérer trop obscurs.
- 22 En résumé, les ELS trouvent actuellement leur unité davantage d'un point de vue institutionnel (le droit) et par leurs tendances méthodologiques (quantitatives), que par une convergence substantielle ou théorique spécifique. Selon Heise, trois facteurs favorisent cette évolution. Le premier de ces facteurs est lié « aux avancées de la dogmatique [qui] aident à déceler [...] d'importantes hypothèses [qui] deviennent ensuite prêtes à être soumises à la rigueur des tests empiriques » (Heise, 2002, p. 827). Le deuxième facteur est l'augmentation du nombre de « professeurs de droit disposant d'un diplôme de second cycle universitaire dans une autre discipline, au-delà du droit, [qui tendent à être] armés pour [...] les méthodes quantitatives, et qui sont à l'aise lorsqu'il s'agit de les utiliser » (Heise, 2002, p. 828). Le troisième facteur est un ensemble de développements pratiques, et en particulier « [le] nombre de plus en plus élevé de bases de données [à usage public] [...] qui portent sur des questions juridiques essentielles », en même temps qu'un accès « aux logiciels statistiques depuis les ordinateurs personnels qui peuvent gérer la plupart des ana-

lyses les plus complexes [...] d'une manière exceptionnellement pratique, dans un format facile d'accès » (Heise, 2002, p. 829-30).

- 23 Cette série de facteurs proposée par Heise renforce l'image des ELS présentée précédemment : plutôt que de critiquer le rôle de la dogmatique juridique (à la différence du « scepticisme à l'égard des règles » caractéristique des réalistes), les ELS la voient comme une source de propositions empiriques à tester. Plutôt que de chercher à déplacer le centre de gravité de la recherche en droit vers les disciplines des sciences sociales, les ELS considèrent ces disciplines comme des dépositaires de compétences techniques à même d'être importées pour aider les recherches juridiques en cours. Et plutôt que de demander aux chercheurs en droit de s'impliquer plus directement dans le monde social, les ELS mettent en avant la facilité avec laquelle un professeur de droit doué en statistiques peut obtenir des résultats empiriques facilement accessibles tout en demeurant confortablement assis à son bureau. Pour toutes ces raisons, les ELS s'avèrent moins radicales et moins menaçantes, à l'égard de l'ordre juridique établi, que de nombreuses entreprises empiriques antérieures. Des enthousiastes (par exemple Eisenberg, 2004) mais aussi quelques cyniques (par exemple Chambliss, 2008) ont même suggéré que cette formule était sans doute la meilleure pour ouvrir les portes du droit, auparavant réfractaire à de telles approches.

3. Le Nouveau Réalisme juridique

- 24 De manière concomitante avec l'essor des ELS, un mouvement apparenté, le Nouveau Réalisme Juridique (abrégé NLR pour *New Legal Realism*) a aussi œuvré à rendre les disciplines juridiques plus ouvertes aux recherches empiriques. En plus de partager avec les ELS les mêmes sympathies envers les sciences sociales et le même héritage réaliste, le NLR a été confronté à de nombreux défis intellectuels et institutionnels semblables. Cependant, le NLR n'a pas toujours partagé les stratégies des ELS face à ces défis, mais s'est construit au contraire une composition, une méthodologie et un but bien à lui. En particulier, le NLR s'est plutôt aligné sur l'interdisciplinarité inclusive caractéristique du mouvement Droit et Société, il a adopté ainsi un éclectisme multi-méthodologique, et a mis l'accent sur l'importance de traductions précises entre la théorie et l'observation, mais aussi entre le droit et les sciences sociales.

- 25 **Composition.** Tout comme les ELS, le NLR a pris forme au cours des années 1990 et au début de ce nouveau millénaire. Alors que l'emprise de l'analyse économique du droit déclinait, la communauté des juristes semblait à la recherche d'un nouveau paradigme d'intégration des sciences sociales. Le tournant vers une « analyse économique du droit behavioriste » constitue un des signes avant-coureurs d'une telle évolution (Nourse et Shaffer, 2009). Les universitaires impliqués dans le NLR espéraient construire sur cette base de quoi fournir une tribune pour une recherche rigoureuse et multi-méthodologique sur le droit – une recherche qui puiserait dans toute la gamme des connaissances émanant des sciences sociales.
- 26 En 2004, la première conférence du NLR a ainsi adopté un modèle très englobant (Erlanger et al., 2005, p. 337 ; voir aussi Chambliss, 2008, p. 37-38). Des chercheurs en sciences sociales et en droit provenant de la Fondation du Barreau Américain, et des facultés de droit du Wisconsin, d'Harvard et d'Emory ont pris en charge l'organisation préliminaire de la conférence, en s'appuyant sur les discussions des panels relatifs au NLR qui ont eu lieu aux rencontres de la LSA en 1997. Lors de la conférence de 2004, des études empiriques mettant en avant des recherches multi-méthodologiques sur le droit furent présentées, constituant ainsi un socle à partir duquel une nouvelle approche socio-juridique pouvait émerger. Des sessions plus théoriques, historiques, ou portant sur la réforme de l'enseignement du droit, ont également été organisées (voir, par exemple, Macaulay, 2005 ; Trubek, 2005). Dès ses débuts, ce groupe de chercheurs a mis l'accent sur la construction d'un modèle intégrateur pour l'étude du droit – un modèle qui utiliserait de multiples méthodes empiriques pour résoudre des questions théoriques (Erlanger et al., 2005 ; Macaulay, 2005 ; 2006). Cette approche imite en fait l'ouverture du mouvement Droit et société, le NLR se positionnant en effet comme un de ses plus proches alliés.
- 27 Cette première conférence du NLR a donné lieu à une publication collective au sein d'un numéro spécial d'une revue de sciences sociales évaluée par les pairs (*Law and Social Inquiry*, 2006) et d'une revue juridique éditée par les étudiants (*Wisconsin Law Review*, 2005). Cet effort illustre le souci des chercheurs impliqués dans le NLR d'une attentive traduction entre droit et sciences sociales ; sans une telle traduction, ils craignaient que le tournant empirique en

droit ne produise qu'une dépendance excessive à des recherches de qualité médiocre. Les numéros spéciaux des revues interrogeaient des problématiques comme la pauvreté, la mondialisation ou la discrimination via une perspective combinée en droit et sciences sociales (voir par exemple Mitchell, 2005 ; Pager, 2005 ; Merry, 2006). Ces articles soulignaient fortement l'importance du contexte social du droit, en cherchant à développer des approches qui parviennent à saisir la réalité souvent désordonnée du droit, ou autrement dit le droit tel qu'il fonctionne réellement (Macaulay, 2005, p. 392-402). Toutefois, ces articles insistaient aussi sur l'analyse des conséquences de la dogmatique juridique afin de demeurer « réceptifs aux éléments démontrant que le droit formel peut avoir des effets » (Erlanger et al., 2005, p. 340).

28 À un niveau théorique et méthodologique, cette branche de la recherche de type NLR s'est tournée vers la tradition du pragmatisme en philosophie. Défini de manière large, le pragmatisme met au premier plan le contexte social et les expériences vécues comme sources fondamentales de sens et de vérité. Cet intérêt du premier axe de la pensée du NLR pour le pragmatisme se révèle en lien étroit avec les travaux de philosophes du droit, comme Brian Tamanaha (1997) et Brian Leiter (2001, 2007, 2008), qui ont justement réfléchi aux fonctions de la théorie du pragmatisme en droit, et qui ont suggéré différents moyens de renouveler la théorie du réalisme juridique et les pratiques de recherche. Tamanaha préconise l'adoption d'une forme « d'investigation apolitique de sciences sociales » qui utiliserait « la vision fondatrice du pragmatisme selon laquelle la clef de la vérité, du savoir, du sens, de la compréhension et de la science réside dans notre conduite dans le monde » (Tamanaha, 1997, p. 245 et 255).

29 Un axe plus restreint de la pensée du NLR est également apparu en 1997, avec un article du chercheur en science politique Frank Cross annonçant la genèse d'une forme différente de nouveau réalisme juridique (Cross, 1997, p. 251). Les travaux de Cross appelaient à une recrudescence de l'étude du comportement des juges à l'aide de méthodes quantitatives, un des terrains favoris des chercheurs des ELS spécialisés dans l'analyse du rôle politique des tribunaux. Toutefois, à la différence de cette approche traditionnelle en science politique (mais tout comme l'approche englobante du NLR), Cross exhortait les chercheurs à ne pas se limiter aux seuls effets du contexte politique

(par exemple relatifs à l'idéologie des juges) mais à prendre aussi en compte le pouvoir restrictif d'arguments juridiques plus formels (Cross, 1997 ; 2005). Un article ultérieur de Thomas Miles et Cass Sunstein appartenant à la même tradition se fondait sur des analyses statistiques pour examiner les arrêts de « formations de jugement mixtes » composés de juges représentant différentes idéologies politiques ; ils conclurent que « le rôle de la politique dans les jugements diminue fortement en cas de formation de jugement mixte » (Miles et Sunstein, 2008, p. 851). Dès lors, les arguments dogmatiques semblent fournir une langue commune que les juges peuvent utiliser lorsqu'il s'agit de combler des désaccords politiques.

30 Depuis la fin des années 1990, les événements et publications relatifs au NLR ont été nombreux. Après la première conférence du NLR en 2004, le groupe partisan d'une approche englobante a parrainé d'autres conférences en 2005, 2007, 2008 et 2009. Ces rassemblements ont été consacrés à des questions de méthodologie, à la relation entre la recherche empirique et la théorie juridique, aux approches juridiques des problèmes de pauvreté et de propriété, au traitement par le droit des problématiques liées aux différences entre les sexes dans l'accès à l'emploi, et à l'interprétation du droit écrit. La recherche du NLR a aussi été présentée lors de panels aux colloques annuels de l'Association Américaine des Ecoles de Droit et de la LSA. De plus, les universitaires impliqués dans le NLR sont à l'origine de la création, au sein de la LSA, d'un Réseau Collaboratif de Recherche [note de traduction : sub-division interne à la LSA appelée *Collaborative Research Network*] sur les méthodes juridiques réalistes et empiriques, et ont mis en place un site internet. À l'automne 2009, plus de trois cents articles publiés dans les revues juridiques américaines faisaient référence au « nouveau réalisme juridique » d'une manière ou d'une autre (Nourse et Shaffer, 2009, p. 63).

31 **Méthodologie.** En plus de faire écho à l'empirisme des premiers réalistes, le NLR (bien plus que les ELS) reprend l'ouverture d'esprit éclectique de ceux-ci à un large éventail de méthodes et de théories issus des sciences sociales. Le NLR va même plus loin que les réalistes juridiques sur plusieurs plans importants. Comme Stewart Macaulay (une des figures centrales du mouvement) le fait remarquer, le NLR adopte une perspective allant des bases vers le sommet de la société qui attire l'attention sur les effets du droit dans la vie quotidienne des

personnes ordinaires – en plus de rendre compte de l'expérience des élites et des professionnels. Cela contraste avec la tradition de la recherche en droit qui met plutôt l'accent sur les juges, les tribunaux et les règles juridiques formelles. L'implication du NLR en vue de produire des recherches empiriques originales contraste également avec la tendance des anciens réalistes à évoquer les sciences sociales plutôt qu'à s'y engager eux-mêmes réellement (Macaulay, 2005, p. 375 et 379).

- 32 Néanmoins, le NLR partage avec les premiers réalistes un appétit pour tout ce qui est empirique. Plutôt que de fixer à l'avance une méthodologie privilégiée, les chercheurs impliqués dans le NLR considèrent que les méthodes de recherches devraient être choisies en fonction de leur adéquation aux questions posées. Étant donné l'intérêt du NLR pour les expériences vécues à la base de la société, cet éclectisme méthodologique conduit inévitablement à entreprendre des travaux qualitatifs aussi bien que quantitatifs. Afin d'être totalement au fait du contexte et des activités sociales, les analyses statistiques ne suffisent pas mais doivent être complétées par des méthodes fortement dépendantes du terrain, comme l'observation participante ou la technique de l'entretien (*New Legal Realism Project*, 2004).
- 33 **But.** Dans cette étude, nous avons procédé à une sélection des travaux de recherche en nous basant sur leur propre identification comme réalistes. Victoria Nourse et Greg Shaffer proposent une vue d'ensemble récente du NLR en suivant une voie différente (Nourse et Shaffer, 2009). Ils entendent dépasser la diversité des labels que choisissent différents chercheurs pour trouver un cadre sous-jacent, de type NLR, qui unirait ensemble un grand nombre d'universitaires étudiant le droit en ce début de vingt-et-unième siècle. Après avoir examiné l'axe englobant et l'axe relatif au comportement des juges, mais aussi un grand nombre d'autres traditions de recherche, Nourse et Shaffer divisent le NLR en trois sous-groupes : les behavioristes, les contextualistes et les institutionnalistes. La catégorie « behavioriste » inclut des chercheurs de l'axe étudiant le comportement judiciaire mais aussi un nombre de plus en plus important d'économistes behavioristes qui émettent des doutes quant au modèle formaliste de l'acteur rationnel pour expliquer la prise de décision (Farber, 2001). Sous le label « contextualiste », Nourse et Shaffer incluent les universi-

taires de l'approche englobante mais aussi d'autres chercheurs en sciences sociales associés à la tradition de Droit et Société ; ils mettent l'accent sur l'ancrage social des processus juridiques. Et enfin, Nourse et Shaffer identifient un groupe d'« institutionnalistes », qui recoupe en partie le groupe des contextualistes (les contextes institutionnels étant une variété particulière de contextes). Au sein de cette catégorie, Nourse et Shaffer soulignent certaines similarités entre des chercheurs qui étudient le droit à l'aide d'approches d'institutionnalisme comparé, de théorie néo-institutionnelle, de microanalyse des institutions, de nouvelle gouvernance, et de modèles anti-dominations.

- 34 Un des nombreux aspects remarquables de la synthèse proposée par Nourse et Shaffer (2009) réside dans leur tentative de fournir un cadre théorique pour orienter les travaux empiriques du NLR. Ils se fondent sur les contributions théoriques de chercheurs comme Martha Fineman pour donner un contenu normatif au pragmatisme du NLR. Comme Tamanaha (1997, p. 245-46) le faisait remarquer, la théorie du pragmatisme a tendance à être « vide en termes normatifs », elle ne précise pas d'orientation axiologique particulière. À l'inverse, Nourse et Shaffer essaient de donner au NLR un ancrage éthique plus fort en mobilisant des modèles existants de relations entre droit et justice. Ils invoquent en particulier le modèle du « sujet vulnérable » de Fineman (2005, 2008), comme un contrepied au modèle (tout aussi porteur de valeurs) de « l'acteur rationnel », cher aux économistes positivistes et aux approches de théorie des jeux.
- 35 Nourse et Shaffer proposent un exposé complexe et nuancé, typique de plusieurs variétés du NLR qui tentent d'équilibrer règles formelles du droit et contexte, tout en combinant de multiples méthodes, et en rejetant les hypothèses trop simplistes (Nourse et Shaffer, 2009, p. 132-37). Les auteurs postulent qu'existe une relation récursive entre droit et société, l'un et l'autre s'influençant réciproquement. Ils en appellent à un style émergent de recherche, en accord avec le pragmatisme, au sein duquel les chercheurs passent de la théorie à la recherche empirique, l'une et l'autre se façonnant tour à tour (voir aussi McEvoy, 2005). Comme tout mouvement intellectuel, et notamment comme le réalisme juridique, le mouvement du NLR connaît certaines divergences internes, concernant le rôle que doivent jouer les valeurs dans la démarche empirique, concernant les méthodes et

sujets de recherche, et concernant les théories devant servir de guide. Toutefois, Nourse et Shaffer proposent des arguments convaincants tendant à trouver des points de convergence au sein des recherches empiriques contemporaines en droit. Ils considèrent le moment actuel comme une ouverture qui rappelle le *New Deal*, ouverture au cours de laquelle le monde juridique et politique est à la recherche d'une nouvelle forme de savoir juridique pour orienter et inspirer les politiques publiques.

- 36 La synthèse de Nourse et Shaffer met en avant plusieurs thèmes : tout comme les ELS, le NLR est fortement ancré dans le langage et les problématiques des facultés de droit ; dans cette arène, le NLR entend intervenir, en s'appuyant sur les liens qu'il entretient avec les sciences sociales empiriques. Cependant, comparé aux ELS, le NLR se base beaucoup plus fortement sur une diversité méthodologique, sur un socle théorique, et sur des traductions précises, que sur les techniques quantitatives, sur l'actualité immédiate et sur des tests d'hypothèses jugés irréfutables. Le NLR est aussi plus enclin à intégrer des recherches interculturelles ou portant sur le contexte global (voir, par exemple, Shaffer, 2008). Cette conjonction d'objectifs proches et de styles divergents interroge sur les relations qu'entretiennent entre-elles ces deux saveurs de l'empirisme, mais aussi sur leurs connexions avec les autres parties prenantes de la recherche socio-juridique.

B. Éléments de conformité et de contraste

- 37 Une des conséquences du fait de considérer le NLR et les ELS comme des mouvements a été de porter notre attention sur leurs compositions et leurs cadres d'analyses, comme exposé auparavant (cf. Snow *et al.*, 1986). Une autre conséquence est de se concentrer sur l'environnement dans lequel ils émergent (cf. Minkoff, 1997). Le champ académique d'étude du droit est déjà encombré de nombreux groupes et mouvements variés, empiriques ou non, et le sort du NLR et des ELS dépendra en partie de la capacité de ces deux nouveaux entrants à recruter, à supplanter, ou à trouver un terrain d'entente avec ceux qui les entourent.

1. Le(s) nouvel (aux) empirisme(s) juridique(s)

- 38 La plus immédiate des relations que les ELS et le NLR doivent gérer est celle qu'ils entretiennent l'un avec l'autre. L'affirmation que les deux mouvements peuvent être compris comme formant ensemble un nouvel empirisme juridique implique que leurs affinités l'emportent sur leurs antagonismes. Cependant, les ELS et le NLR présentent des différences autant qu'ils font preuve de similarités, et leur relation sous-jacente de parenté n'est pas toujours facile à déceler.
- 39 La différence la plus évidente entre les deux mouvements concerne la méthodologie de recherche. Les ELS et le NLR se prétendent tout deux empiriques, mais en droit, la signification d'empirique ne va pas de soi (cf. Trubek, 1984 ; Diamond, 2002 ; Heise, 2002, p. 820 ; Mitchell, 2004, p. 197-99 ; Chambliss, 2008, p. 31). Selon les définitions des dictionnaires classiques, le mot *empirique* renvoie simplement à l'idée de « dépendre ou d'être dérivé de l'observation ou de l'expérience ». Comme le fait remarquer Mitchell, un des participants aux ELS :

[L]a ligne de démarcation entre la recherche empirique et non-empirique est constituée par le rôle des observations dans la recherche. [L]a recherche empirique [est] fondée explicitement sur des observations directes du monde ou sur des inférences tirées de ces observations ; la recherche non-empirique ne prétend pas que ses conclusions sur le monde soient fondées sur autre chose que l'imagination, la supposition ou la logique (Mitchell, 2004, p. 197-98).

- 40 En principe, l'empirisme juridique devrait donc comprendre toute étude méthodique du droit fondée sur l'observation, que ces observations soient quantitatives ou qualitatives, contemporaines ou historiques, directes ou en archives, matérielles ou culturelles ; et que le but recherché par ces études vise l'exploration ou la confirmation, soit abstrait ou appliqué, descriptif ou prescriptif.
- 41 Cependant, les choses ne sont pas si simples en pratique. Alors qu'une telle définition large peut être conforme à l'éclectisme méthodologique du NLR, la perspective des ELS a souvent été bien plus restrictive. Pour certains gravitant autour des ELS, les méthodes de recherche qui ne comptent pas, ne comptent vraiment pas – ils l'ex-

priment même parfois littéralement, comme dans les articles d'Ellickson et George déjà mentionnées (Ellickson, 2000 ; George, 2006). Des voix importantes, au sein des ELS, se font de plus en plus entendre pour désavouer cette orientation uniquement quantitative (par exemple : Diamond, 2002 ; Heise, 2002) et le JELS commence à inclure occasionnellement certaines études qualitatives (par exemple : Kritzer, 2009 ; Wylie et Brank, 2009) ; toutefois, un état d'esprit quantitatif demeure enraciné dans l'identité des ELS, et les chercheurs impliqués, tout comme les programmes du mouvement, paraissent avoir souvent du mal à expliquer leurs contributions à la recherche sans dévaloriser les autres approches (Chambliss, 2008, p. 31 et s. offre des exemples parlants).

42 Pour les chercheurs en sciences sociales provenant de disciplines comme la sociologie ou la science politique, au sein desquelles l'éclectisme méthodologique prévaut, la posture des ELS peut sembler saugrenue ou atavique. Mais comme le fait remarquer Chambliss de manière perspicace (2008, p. 31), cela répond à un objectif marketing important, en établissant les ELS comme des pourvoyeurs d'une « complexité et d'une précision [...] impitoyable », des attributs que les décideurs politiques brûlent d'envie d'obtenir mais dont les travaux de la doctrine juridique traditionnelle manquent le plus souvent. Dans le même temps, la réputation de férus de chiffres qui colle aux ELS crée une ouverture pour le NLR afin d'établir sa propre marque. Une marque qui serait fondée sur la promesse du pluralisme méthodologique et de traductions accessibles pour des audiences découragées par la portée limitée ou le dispositif obscur du purisme quantitatif des ELS⁹ (cf. Chambliss 2008, p. 37 ; Nourse & Shaffer, 2009, p. 12, note 46). Une telle différenciation des produits s'avère être un défi pour ceux qui veulent bâtir un empirisme juridique intégré. La division actuelle quantitatif-qualitatif pourrait facilement évoluer en une querelle des méthodes féroce de type *methodenstreit*, en un *modus vivendi* plus coopératif, en un match à mort pour disposer des reines du vrai empirisme, ou encore en un travail d'équipe en vue de réaliser des objectifs communs.

43 Une autre division entre ELS et NLR, sans doute moins problématique, concerne le sens du mot *juridique*. À nouveau, la question tourne autour du degré d'ouverture à adopter. Peu d'universitaires, quelle que soit leur obédience, contesteraient que l'étude des magis-

trats et du barreau fait partie des recherches sur les phénomènes juridiques. Par contre, l'incertitude survient quand la recherche va voir au-delà du cœur institutionnel du système juridique, ou bien lorsqu'elle se penche sur des questions éloignées des sommets intellectuels du droit. Bien que jusqu'à présent personne ne soit allé jusqu'à un désaveu de la pertinence en droit de l'étude des processus extra-juridiques de règlement des différends, ou de la conscience du droit dans la vie de tous les jours, les ELS tendent à mettre en avant les principales institutions du droit de l'État dans une approche descendante, tandis que le NLR souligne les contextes normatifs de la société civile dans une approche ascendante (cf. Nourse et Shaffer, 2009, p. 12, note 27, et p. 57 ; Chambliss, 2008, p. 33 et 37). Jusqu'à présent, cette distinction a été éclipsée par les débats plus manifestes relatifs à la méthodologie, mais elle pourrait être mise davantage en avant à mesure que les deux mouvements gagnent en maturité et commencent à être confrontés aux difficultés de leur participation à la prise de décisions politiques.

- 44 D'autres distinctions, trop peu souvent citées, pourraient aussi se révéler importantes dans les années à venir. Jusqu'à présent, l'intérêt du NLR pour la théorie sociale du pragmatisme et pour la théorie du droit réaliste en a sans doute fait le plus cérébral des deux mouvements. Si elle devenait encore plus prononcée, cette tendance pourrait occasionner des critiques de la part des chercheurs impliqués dans les ELS en direction d'un appétit jugé inconvenant pour des affirmations « fondées sur (rien) d'autre que l'imagination, la supposition, ou la logique » (Mitchell, 2004, p. 198). De leur côté, les ELS sont sans doute les plus dynamiques des deux entreprises en matière institutionnelle et fondent avec enthousiasme des instituts, des programmes, des associations, des conférences, et des revues tout en célébrant joyeusement leur reconnaissance par les magistrats, le barreau, la presse et le public (voir par exemple Heise, 2002, p. 831 et s. ; Eisenberg, 2004, p. 1743). Cela contraste avec le NLR qui s'est constitué comme un dialogue intellectuel assez détaché des institutions. Si l'enthousiasme des ELS pour la mise en place d'institutions bien en vue devenait plus prononcé, cela pourrait occasionner des critiques de la part des chercheurs impliqués dans le NLR en direction d'un appétit jugé inconvenant pour la position sociale, le pouvoir et le patronage (cf. Chambliss, 2008, p. 31).

- 45 Ces différences mises à part, il est tout de même possible de défendre l'idée que les ELS et le NLR sont des expressions apparentées d'un même élan intellectuel, plutôt que des tendances fondamentalement contradictoires. Les méthodes quantitatives et qualitatives peuvent coexister de manière pacifique, et même constituer une certaine symbiose, tant que les chercheurs demeurent ouverts d'esprit et sensibles aux forces et faiblesses de chacune d'entre elles. De même, les approches ascendantes et descendantes du droit peuvent être complémentaires plutôt que contradictoires, surtout si les deux camps se mettent d'accord sur le fait que le but premier de la recherche est de recouper de multiples observations, à la recherche d'une vérité sous-jacente¹⁰. Un indicateur révélateur du potentiel d'affinité des deux mouvements est le degré avec lequel leurs partisans se saisissent des mêmes corpus de la littérature empirique. L'étude du rôle politique des tribunaux, l'économie béhavioriste et les analyses institutionnelles font toutes partie intégrante, à la fois de la vision synthétique du NLR de Nourse et Shaffer, mais aussi de comptes rendus comparables relatifs aux ELS (par exemple Heise, 2002 ; George, 2006).
- 46 De manière plus fondamentale encore, les deux mouvements se rejoignent dans leur volonté commune de réinsérer les sciences sociales empiriques en droit – pas nécessairement dans le langage propre aux sciences sociales, mais plutôt dans un dialecte que le droit aurait davantage envie d'entendre. Cet objectif commun pourrait surpasser tous les différents désaccords mis en avant précédemment : les méthodes quantitatives et qualitatives se tiennent après tout du même côté de la principale division méthodologique en droit, celle qui oppose l'interprétation exégétique de la dogmatique, « dans les livres », et l'observation empirique des processus juridiques, « en action » (Schuck, 1989, p. 324). En outre, les distinctions entre les centralistes juridiques de l'approche descendante et les pluralistes juridiques de l'approche ascendante ne valent pas grand-chose comparées à la division entre les empiristes (de toute sorte) qui voient le droit comme une série de pratiques observables dans le monde social, et les doctrinalistes qui voient le droit comme un réseau de principes philosophiques dans des cioux conceptuels.
- 47 Vues depuis un angle différent, les distinctions entre les ELS et le NLR semblent également bien dérisoires comparées aux différences

entre la recherche sur le droit entreprise au sein des disciplines des sciences sociales d'un côté, et les deux mouvements de l'autre. Les ELS et le NLR sont ouvertement (et même ostensiblement) ouverts aux sciences sociales, mais ils n'en demeurent pas moins des créatures du droit et ils puisent leurs problématiques et leurs styles en grande partie de ce cadre. Bien que non dogmatiques dans le sens courant, ELS et NLR justifient souvent leurs hypothèses empiriques en faisant référence aux énigmes de la doctrine ; et bien qu'ils ne soient pas principalement normatifs, ils utilisent tous deux leurs découvertes empiriques à des fins prescriptives. Les ELS et le NLR partagent une aspiration commune à atteindre un public de juristes pour qui la dogmatique et les politiques publiques sont essentielles. Cela tend à aligner les deux mouvements et à accroître l'écart entre eux et les disciplines des sciences sociales.

- 48 Ainsi, bien que les ELS et le NLR joutent pour obtenir la place d'honneur et l'allégeance de potentiels adhérents, ils sont plutôt alliés dans le combat plus large de la recherche socio-juridique. Leur empirisme n'est pas dénué de tensions entre les méthodes quantitatives et qualitatives, mais à la différence des recherches traditionnelles en droit, ils sont unis par leur préférence pour l'observation plutôt que la ratiocination. Leur juridisme n'est pas dénué de tensions entre les approches ascendantes et descendantes de la recherche ; mais à la différence des sciences sociales traditionnelles, ils sont unis par leur engagement envers les débats juridiques plutôt qu'envers ceux des disciplines des sciences sociales. En résumé, pour comprendre en quoi les ELS et le NLR constituent ce que l'on appelle un nouvel empirisme juridique, considérer les deux mouvements en tandem ne suffit pas, il faut également les étudier en contexte.

2. La discipline juridique

- 49 Le droit américain s'est tourné vers la recherche empirique pour la première fois suite aux incitations des réalistes juridiques dans les années 1920 et 1930 (Schlegel, 1995). Bien que ces universitaires poursuivaient des intérêts divergents (voir Leiter, 2007 ; Tamanaha, 2008), ils partageaient un rejet commun du formalisme juridique. Pour beaucoup d'entre eux, cela occasionna un tournant vers la prise en compte du contexte social, via l'étude des attributs caractéristiques des juges, des situations de fait entraînant leurs réponses, ou moins

fréquemment des personnes ordinaires à l'origine de ces situations. Les réalistes de l'époque se servaient d'une combinaison éclectique de méthodes empiriques, en fonction de leurs questions de recherche. L'étude de la régulation des stationnements d'Underhill Moore employait par exemple une méthode quasiment expérimentale pour mesurer en quoi des variations du droit affectaient les comportements (Moore et Callahan, 1943). Dans le même temps, la collaboration de Karl Llewellyn avec l'anthropologue E.A. Hoebel se fondaient sur les méthodes de terrain de l'anthropologie pour examiner la manière dont les Cheyennes résolvaient leurs différends (Llewellyn et Hoebel, 1941).

- 50 Les critiques ne s'accordent pas dans leur évaluation de ce premier effort. D'un côté, beaucoup considèrent que « nous sommes tous des réalistes à présent » (voir par exemple Tamanaha, 2008, p. 1) ; la discipline juridique ayant largement accepté le point de vue sociologique des réalistes concernant le fait que l'analyse dogmatique est un guide insatisfaisant pour examiner les effets réels du droit. D'un autre côté, comme Schlegel l'a fait remarquer (1995), l'enthousiasme des réalistes pour la recherche en sciences sociales ne s'est pas forcément traduit par des travaux sur le droit qui seraient cautionnés par les chercheurs de ces disciplines.
- 51 Le réalisme juridique a été suivi par une série de mouvements intellectuels en droit éclairés par les sciences sociales – l'école du *Legal process*, les *Critical Legal Studies*, la théorie juridique féministe, la *Critical Race Theory*, l'analyse économique du droit. Certains membres de ces écoles s'appuyèrent sur des recherches empiriques réalisées par d'autres, tandis que quelques-uns s'aventurèrent même dans des analyses quantitatives ou qualitatives originales, mais aucun de ces mouvements n'imposa aux professeurs de droit désireux d'entreprendre des recherches de sortir de leur bibliothèque ni de prêter attention au droit au-delà des textes.
- 52 En 2002, Lee Epstein et Gary King attaquèrent vigoureusement cette longue tradition d'empirisme désinvolte, en mettant en avant les vices importants de la plupart des recherches empiriques publiées dans les revues juridiques (Epstein et King, 2002). Puisque les revues juridiques ne font pas l'objet d'une évaluation par les pairs, elles dépendent du jugement des étudiants en droit, qui n'ont généralement

pas été vraiment formés aux méthodes de recherche en sciences sociales. Cette absence de contrôle significatif en droit a servi de stimulant pour le NLR et les ELS (ou de manière plus cynique cela a encouragé les chercheurs en sciences sociales qui y ont vu une opportunité pour vendre leur expertise dans le monde des facultés de droit). Chambliss (2008) fournit à cet égard un aperçu passionnant des efforts des deux mouvements relatifs au contrôle de la qualité des revues juridiques depuis 2002.

- 53 En réalité, le débat sur l'évaluation par les pairs des revues juridiques va au-delà de l'idée de protéger la qualité des méthodes qui y sont admises. Il souligne plutôt la tension entre les normes traditionnelles de la recherche en droit et le modèle plus proche des sciences sociales que privilégient le NLR et les ELS. Les défenseurs d'un empirisme juridique se plaignent souvent d'une marginalisation des recherches empiriques au sein de la hiérarchie établie dans les facultés de droit : « dire que la plupart des professeurs de droit voient le travail empirique comme une forme de corvée pas digne des grands esprits ne constitue qu'une faible exagération » (Landes, 2003, p. 180 ; de manière similaire : Gordon, 1993, p. 2085). Même des analyses plus nuancées (Schlegel, 1995 ; Leiter, 2007) émettent de sérieux doutes quant aux chances de succès de ces mouvements : les professeurs de droit préfèrent depuis longtemps le confort de la recherche dogmatique à la quête de preuves empiriques qui demande bien plus de travail. En outre, comme Balkin (1996, p. 952) le fait remarquer : « la colonisation de la discipline juridique [par les sciences sociales] [...] ne pourra jamais être un franc succès dans la mesure où le droit est au fond une discipline professionnelle et non académique ». Les professeurs de droit doivent former de futurs avocats, conseiller les décideurs politiques en place, et assimiler chaque jour un flot continu de développements juridiques. Dans cet univers-là, même les chercheurs disposant d'un double diplôme en sciences sociales reconnaissent que les créneaux temporels réduits et les opportunités de financement externes moindre en droit rendent les standards des « sciences sociales classiques » difficiles à atteindre. Dès lors, à la question de savoir si un empirisme sérieux peut s'épanouir en droit, on peut seulement dire que cela reste à voir.

3. Les disciplines des sciences sociales

- 54 Si le droit n'a pas été toujours très chaleureux avec les sciences sociales, celles-ci lui ont bien souvent rendu la pareille. Le problème n'est pas que les disciplines trouvent le droit inintéressant. Les anthropologues, économistes, historiens, politistes, psychologues, sociologues et tous les autres, ont entrepris des recherches sur le droit depuis des générations. Le problème vient plutôt du fait que nombre de chercheurs en sciences sociales se heurtent aux défis de présenter leur recherche à une audience de juristes, et que beaucoup d'autres n'ont même pas envie d'essayer.
- 55 Pour les chercheurs en sciences sociales, le droit peut sembler à la fois séduisant et distant, d'une complexité intimidante et d'une naïveté consternante. Les facultés de droit ont plus de ressources que la plupart des départements de sciences sociales, mais les chercheurs en sciences sociales se sont très vite rendus compte que les programmes de recherche théoriques qui enthousiasment les membres de la Fondation Nationale de la Science, n'occasionnent que des regards vides de la part des doyens de facultés de droit¹¹. Pour rendre leurs sciences sociales plus pertinentes aux yeux du juriste, les chercheurs doivent s'engouffrer dans un labyrinthe d'arcanes professionnelles, piégés au milieu des non-dits et des normes d'un discours étranger. Ensuite, même après avoir surmonté ces obstacles, les chercheurs en sciences sociales sont souvent frustrés du résultat : les juristes sont indiscutablement intelligents, mais il leur manque souvent la formation théorique et méthodologique nécessaire pour distinguer la bonne science sociale de la mauvaise.
- 56 En conséquence, de nombreuses sciences sociales ont développé leurs propres traditions d'études socio-juridiques en interne ; celles-ci n'ayant que peu à voir avec le monde des facultés de droit. Les anthropologues étudient les pratiques de règlement des différends, le pluralisme juridique et la réforme néo-libérale du droit, sans se sentir obligés de traiter de questions de procédure civile, de conflit de lois ou de prélèvements régulateurs. Les chercheurs en science politique entreprennent l'étude de l'État administratif et de la fonction politique des tribunaux sans se soucier outre mesure du rôle des assistants de justice, des canons de l'interprétation des textes de droit, ou des dispositions de la loi de procédure administrative sur la publicité

et la possibilité de commenter les règles de droit. Les psychologues étudient l'équité de la procédure judiciaire et la délibération des jurés sans nécessairement mentionner le cinquième amendement, la distinction entre le droit et le fait ou les principes de la procédure d'appel. Les sociologues étudient les liens entre droit et stratification sociale, entre droit et organisations, les mouvements de réforme du droit, et la profession juridique sans vraiment s'intéresser au *substantive due process*, au recours en justice des actionnaires au nom des entreprises, à la théorie implicite découlant de la clause de commerce, ou aux lettres de conseils juridiques des avocats. Les économistes constituent peut-être la principale exception à cette séparation entre le juridique et les sciences sociales, avec le mouvement Droit et Economie bénéficiant d'un large degré d'acceptation dans les deux camps. Cependant, l'analyse économique du droit a acquis son succès en partie en mettant en valeur son potentiel prescriptif tout en minimisant ses liens disciplinaires avec l'économétrie empirique et les modèles mathématiques les plus avancés.

- 57 Il faut bien avouer que ses caractérisations sont surtout des caricatures. Un(e) chercheur(se) en sciences sociales pris(e) individuellement peut tout à fait connaître et se passionner pour tous les éléments énumérés à l'instant qui proviennent du droit, en particulier s'il, ou elle, est également diplômé(e) en droit. Néanmoins, la volonté de s'adresser à une audience de sciences sociales poussent souvent les chercheurs de ces disciplines à adopter une présentation des sujets juridiques proche du plus petit dénominateur commun – ce qui rappelle fortement la volonté des ELS et du NLR de s'adresser à une audience de juristes qui les incitent à adopter eux-aussi une présentation des débats internes aux disciplines proche du plus petit dénominateur commun.
- 58 Dès lors, pour permettre une traduction entre sciences sociales et droit, le nouvel empirisme juridique doit réaliser deux tâches difficiles et d'une certaine manière incompatibles : comme nous venons de le décrire, il doit persuader les juristes que la recherche empirique peut contribuer à la résolution des problématiques juridiques de manière accessible et pertinente. Mais, avant qu'une masse suffisante de professeurs de droit n'acquiert les compétences requises pour réaliser de telles recherches elle-même, le mouvement doit persuader les chercheurs en sciences sociales que les bénéfices de leur participa-

tion à des projets pertinents et accessibles en droit l'emportent sur les coûts. Cela exigera, vraisemblablement, de les rassurer sur le fait qu'ils peuvent conduire et présenter des recherches empiriques en droit sans pour autant constituer des points noirs sur leur CV. Sur la faisabilité d'une telle entreprise, cela reste à voir également.

4. Le mouvement Droit et Société

- 59 Historiquement, la tradition intellectuelle qui annonça le plus largement le programme des empiristes juridiques fut le mouvement interdisciplinaire Droit et Société. Les résonnances et recouvrements entre ce mouvement et le nouvel empirisme juridique sont révélateurs.
- 60 Depuis ses débuts dans les années 1960, le mouvement Droit et Société présente fièrement ses affinités avec le projet original des réalistes juridiques et cherche à promouvoir un dialogue entre les sciences sociales empiriques et le droit. Ses participants couvrent le champ des sciences sociales et s'étend à l'histoire, aux *cultural studies*, et aux autres sciences humaines proches des sciences sociales. Le mouvement Droit et Société dispose également de nombreux participants provenant du droit, ceux-ci incluant plusieurs fondateurs et anciens présidents de l'Association Droit et Société (LSA) ; une poignée de facultés de droit (avec surtout celles du Wisconsin, de Berkeley, Northwestern, Buffalo et Denver) ont par ailleurs fourni un support institutionnel important, tout comme la Fondation du Barreau Américain (abrégée ABF pour *American Bar Foundation*). Les revues phares du mouvement, la *Law and Society Review* (LSR) rattachée à la LSA, et la *Law and Social Inquiry* rattachée à l'ABF, toutes deux éditées par les pairs, sont très respectées des deux côtés de la division entre le droit et les disciplines. De plus, plusieurs travaux de recherche de type Droit et Société ont même été reproduits dans une compilation récente des *Canons de la pensée juridique américaine* (Kennedy et Fisher, 2006). De bien des manières, le mouvement Droit et Société semble offrir un modèle parfait pour le nouvel empirisme juridique.
- 61 Néanmoins, le mouvement Droit et Société diffère du nouvel empirisme juridique de plusieurs façons. La plus significative d'entre elles réside dans le fait que, bien que les juristes aient toujours occupé un

rôle important dans les milieux de la LSA, les chercheurs en sciences sociales ont généralement fixé le ton général du mouvement. En effet, les travaux de Droit et Société semblent attirer des juristes universitaires lassés par les études juridiques traditionnelles et qui cherchent de nouvelles théories et problématiques plus proches des sciences sociales. Les principales revues de Droit et Société disposent d'une réserve abondante d'études empiriques pertinentes en droit, mais elles plongent aussi dans les théories sociales abstraites et dans les contextes interculturels et historiques les plus lointains qui n'ont qu'une portée moindre pour la pratique contemporaine du droit américain. C'est peut-être pour cette raison que le mouvement Droit et Société dispose presque d'un statut d'*outsider* dans la plupart des facultés de droit – il agit davantage comme un refuge contre le dogmatisme hégémonique (et plus récemment contre l'économisme) que comme une voie vers l'influence et le prestige. D'ailleurs, cette tendance non-hégémonique de la LSA s'est plutôt renforcée ces dernières années, à mesure que le mouvement œuvrait à préserver et même mettre en valeur son ouverture envers les groupes de chercheurs historiquement défavorisés, les perspectives critiques et post-modernes, et la recherche non-positiviste (Zorn, 2009, p. 22).

62 Dès lors, la relation entre le mouvement Droit et Société et le nouvel empirisme juridique s'avère complexe. D'un côté, beaucoup de chercheurs sont actifs à la fois dans les deux mouvements, les liens entre Droit et Société et la variété la plus englobante du NLR étant particulièrement étroits (Chambliss, 2008 ; Nouse et Shaffer, 2009). D'ailleurs, cette branche du NLR pourrait presque être vue comme une ambassadrice de Droit et Société auprès de la discipline juridique, tellement son activité a en fait eu lieu au cours des colloques annuels de la LSA. D'un autre côté, la relation des ELS avec le mouvement Droit et Société relève davantage du schisme. Bien qu'ayant des racines profondes au sein de Droit et Société, les ELS sont plus discrètes sur cet héritage et plus disposées à se présenter comme une alternative, un vecteur plus scientifique (terme qu'il faut entendre ici comme « positiviste »). De plus, l'ambition des ELS et du NLR paraît assagie par l'échec historique de Droit et Société à se faire entendre des personnes influentes au sein de la discipline juridique. Entre les lignes du programme intellectuel du nouvel empirisme juridique, on décèle une certaine prudence quant à savoir si le monde du droit va

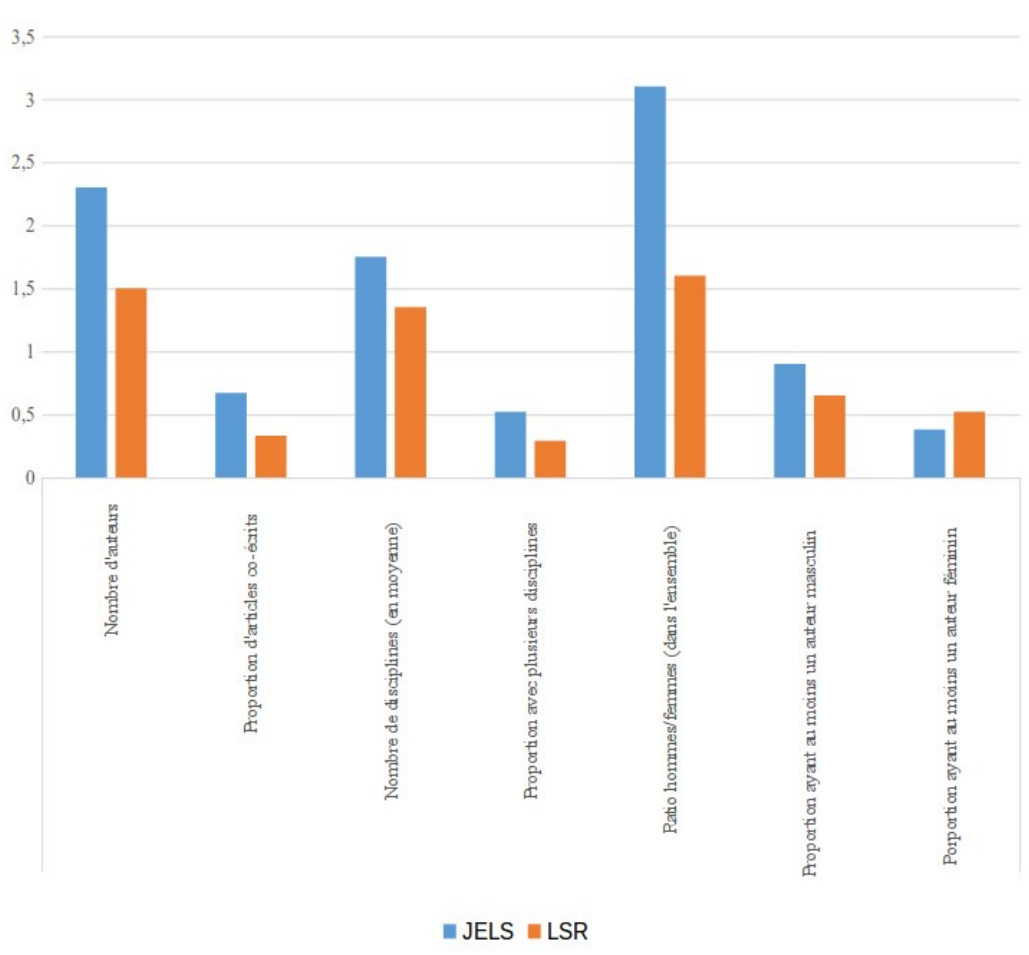
adopter la recherche socio-juridique selon les termes des sciences sociales. Que ce soit explicitement ou non, cette attitude révèle dans une certaine mesure une autre rupture avec le projet de Droit et Société.

5. Un peu d'empirisme sur l'empirisme

- 63 Comment considérer ces éléments de conformité et de contraste en pratique ? Un petit exercice d'empirisme peut nous donner quelques pistes.
- 64 D'une manière méthodique mais pas parfaitement rigoureuse¹², nous avons codé tous les articles publiés au sein de la LSR et du JELS au cours des quatre années de 2004 à 2007 (il s'agit de la seule période pour laquelle nous disposions de l'intégralité du contenu des deux revues). Cela revient à une base de données de 87 articles pour le JELS et de 94 pour la LSR. En tant que revue phare de la *Society for Empirical Legal Studies*, le JELS offre une vue d'ensemble satisfaisante de la composante des Études Juridiques Empiriques au sein du nouvel empirisme juridique. Le cas de la LSR est plus délicat : en tant que journal phare de la LSA, il reflète l'intersection entre le mouvement interdisciplinaire Droit et Société, les disciplines des sciences sociales et l'empirisme juridique du Nouveau Réalisme Juridique. En dépit de cette difficulté, le contraste entre les deux revues n'en demeure pas moins instructif.
- 65 La **Figure 1** illustre plusieurs aspects de la structure des auteurs des différents articles. En accord avec les essais des ELS prônant des collaborations interdisciplinaires (par exemple, Epstein et King, 2002 ; Heise, 2002 ; George, 2006), les articles du JELS avaient presque deux fois plus de chance d'être co-écrits (67 % contre 33 %) et d'impliquer une équipe d'auteurs multidisciplinaire (52 % contre 29 %) que ceux de la LSR. Les auteurs publiés dans le JELS avaient en outre de bien plus grandes chances d'être des hommes : 90 % des articles de ce journal ayant au moins un homme parmi les auteurs, tandis que seul 38 % des articles étaient écrits par au moins une femme ; les mêmes catégories s'avéraient plus équilibrées pour la LSR avec respectivement 65 % et 52 %. En additionnant tous les articles de cette période de quatre années, le ratio hommes/femmes du JELS était de plus de 3

pour 1 – presque deux fois supérieur au ratio, déjà asymétrique, de la LSR de 1,6 hommes pour 1 femme.

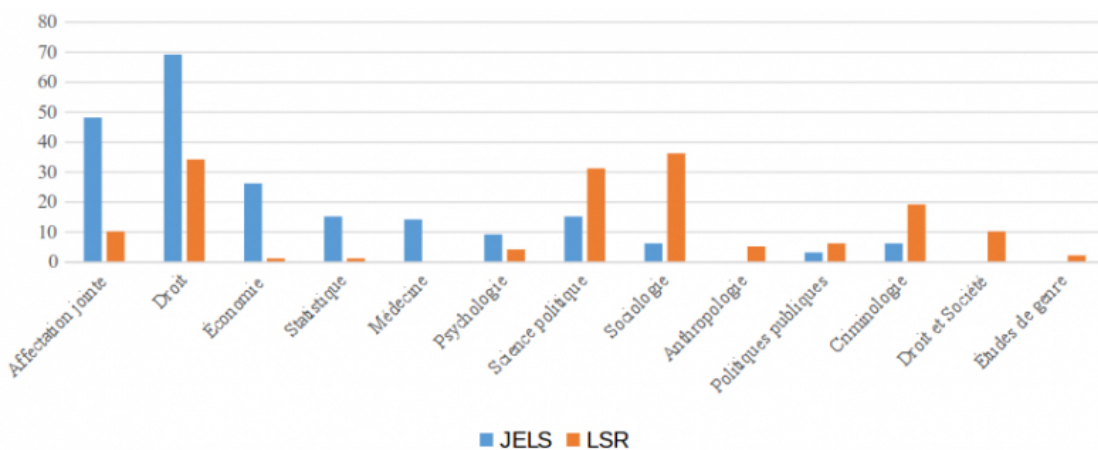
Figure 1 : Structure des auteurs des articles publiés dans deux des principales revues juridiques empiriques



66 Pour examiner la présence des différentes disciplines, nous avons codé l'affiliation¹³ des quatre premiers auteurs de chaque article. La **Figure 2** montre le pourcentage d'articles de chaque revue impliquant au moins un auteur issu d'une des douze disciplines les plus communes¹⁴. Plusieurs informations intéressantes émergent. En accord avec les données sur les équipes d'auteurs multidisciplinaires de la Figure 1, les articles du JELS avaient beaucoup plus de chance que ceux de la LSR d'avoir au moins un auteur disposant d'une affectation jointe dans deux départements, 48 % contre 10 % respectivement. Par ailleurs, les articles du JELS avaient plus de chance d'avoir été écrits par au moins un auteur affilié en droit (JELS : 69 % ; LSR : 34 %), en

économie (JELS : 26 % ; LSR : 1 %), en statistique (JELS : 15 % ; LSR : 1 %) ou en médecine/santé publique (JELS : 14 % ; LSR : 0 %). En revanche, les auteurs des articles de la LSR avaient plus de chances d'être affiliés en science politique (JELS : 15 % ; LSR : 31 %), en sociologie (JELS : 6 % ; LSR : 36 %), ou en criminologie/justice criminelle (JELS : 6 % ; LSR : 19 %). Étonnamment, la psychologie n'a contribué que très peu aux deux revues (JELS : 9 % ; LSR : 4 %), ce qui est tout aussi étonnant pour l'anthropologie au sein de la LSR (5 %). Par contre, la contribution nulle de l'anthropologie au JELS est somme toute moins surprenante.

Figure 2 : Composition disciplinaire des articles dans deux des principales revues juridiques empiriques



67 Enfin, afin de bien saisir les subtilités des styles de recherche empirique, le **Tableau 1** établit une classification croisée de deux aspects centraux des recherches en cause : la source de leurs données et la méthode d'analyse. Il faut bien avouer que les attributs retenus demeurent assez subjectifs mais les résultats qui en découlent sont plutôt évocateurs : bien qu'une proportion équivalente des articles de chaque revue tirait ses données d'archives originales (sources primaires) à hauteur de 28 % pour le JELS et de 23 % pour la LSR, les articles de la LSR avaient beaucoup plus de chances d'être fondés sur des observations originales de terrain ou en laboratoire (JELS : 17 % contre LSR : 34 %), et les articles du JELS avaient beaucoup plus de chance de dépendre de bases de données préexistantes et de comptes rendus d'historiens (sources secondaires) (JELS : 41 % contre LSR : 24 %). Les différences entre les deux revues en matière de mé

thodes d'analyse des données s'avéraient encore plus prononcées : les articles du JELS étaient presque exclusivement quantitatifs (94 %), tandis que ceux de la LSR penchaient modérément dans la direction opposée avec 53 % d'articles qualitatifs et 35 % d'articles quantitatifs. En accord avec ces résultats, la LSR contenait une gamme de recherches bien plus diverse dans l'ensemble : une seule case du tableau croisé (sources secondaires et méthode quantitative) comprend plus de 40 % de tous les articles du JELS, et seules trois autres cases en comprennent plus de 3 % ; en revanche, la case la plus importante du tableau croisé de la LSR (recherche qualitative de terrain) ne rend compte que de 17 % du total des articles de cette revue, et six autres cases avoisinent ou dépassent les 10 %.

Tableau 1 – La recherche au sein de deux des principales revues juridiques empiriques

Journal of Empirical Legal Studies (N=87)						
Sources des données						
	Pas de données	Données de terrain (originales)	Données d'archives (originales)	Données préexistantes (secondaires)	Données mixtes	Total
Méthodes						
Conceptuelle	3 %	0 %	0 %	0 %	0 %	3 %
Quantitative	1 %	16 %	28 %	41 %	8 %	94 %
Qualitative	0 %	0 %	0 %	0 %	0 %	0 %
Mixte	0 %	1 %	0 %	0 %	1 %	2 %
Total	5 %	17 %	28 %	41 %	9 %	100 %
Law and Society Review (N=94)						
Sources des données						
	Pas de données	Données de terrain (originales)	Données d'archives (originales)	Données préexistantes (secondaires)	Données mixtes	Total
Méthodes						
Conceptuelle	0 %	0 %	0 %	1 %	0 %	1 %
Quantitative	0 %	13 %	9 %	10 %	4 %	35 %

Qualitative	1 %	17 %	14 %	12 %	10 %	53 %
Mixte	0 %	4 %	1 %	2 %	3 %	11 %
Total	1 %	34 %	23 %	24 %	17 %	100 %

- 68 Comme nous l'avons déjà fait remarquer, empirique n'est pas synonyme de quantitatif et notre étude des revues JELS et LSR développe également certains aspects qualitatifs. Mises à part quelques exceptions, le JELS favorise le contemporain, l'anglo-américain et la recherche visant des résultats en termes de politiques publiques, alors que la LSR alloue au moins une petite place à des points de vue plus historiques et interculturels, et à des débats théoriques plus abstraits. Le JELS s'intéresse souvent de très près à l'impact de règles juridiques spécifiques (et en particulier des procédures), tandis que la LSR généralise plus volontiers des processus socio-juridiques généraux à partir d'occurrences précises. De plus, bien que le JELS utilise davantage de sources secondaires quantitatives, la LSR fait de même avec les sources secondaires historiques ou provenant de récits interculturels.
- 69 Ces résultats confirment certains aspects des croyances populaires sur le nouvel empirisme juridique : comme prévu, les chercheurs impliqués dans les ELS sont massivement quantitativistes et dépendent largement de données préexistantes ; à l'inverse, les chercheurs de type Droit et Société (et sans doute leurs confrères du NLR) recourent à des méthodologies plus éclectiques et s'engagent davantage dans la collecte de données originales. L'analyse confirme également nos suspicions relatives aux affinités disciplinaires, avec un JELS du côté de l'économie et des sciences dures et une LSR du côté de la sociologie, de l'anthropologie et de leurs proches parents interdisciplinaires. Bien que le droit et la science politique se répartissent plus équitablement entre les deux revues, le JELS penche davantage vers le premier et la LSR vers la seconde. De plus, même avec des méthodologies similaires et des affectations disciplinaires proches, les articles du JELS tendent à adopter un style plus technocratique, et les articles de la LSR un style plus académique. En résumé, même si ces deux tendances sont fortement empiriques et entretiennent des liens étroits avec le droit et les disciplines des sciences sociales, les données provenant de leurs journaux de référence suggèrent que dans leur structure sociale, leurs pratiques de recherche et leur auto-

présentation, le JELS et la LSR demeurent distinguables, voire carrément distincts.

III. Tendances futures

- 70 Après une décennie de progrès, le nouvel empirisme juridique se trouve à un tournant. Alors que le mouvement arrive à maturité, au moins quatre défis risquent de devenir de plus en plus criants : maintenir des standards de recherche rigoureux, mettre en perspective et équilibrer théorie et empirie, accepter la diversité méthodologique, et gérer la tension entre l'intérêt pratique et la distance académique de la recherche.

A. Sera-t-il rigoureux ?

- 71 Le NLR et les ELS ont tous deux appelé à une rigueur accrue dans l'utilisation des sciences sociales par les chercheurs en droit. De manière abstraite, ce sentiment paraît inattaquable ; la difficulté réside dans le diagnostic et la résolution du problème, et pas dans le fait de se mettre d'accord sur l'objectif.
- 72 Dans leur diagnostic, les ELS et le NLR s'accordent largement : la rigueur (au moins selon les standards des sciences sociales) nécessite tout d'abord une formation spécifique à la recherche. La plupart des chercheurs en sciences sociales consacrent cinq ou dix années à des études doctorales, au cours desquelles ils apprennent les méthodes et théories qui caractérisent les travaux de leur discipline. Ils entreprennent des recherches originales sous la supervision de leur jury de thèse composé d'universitaires chevronnés, et ils apprennent durant ce processus à analyser, rédiger et publier leurs conclusions. En revanche, les facultés de droit continuent à n'offrir aux États-Unis qu'un cursus préprofessionnel pour de futurs avocats, pas pour des universitaires.
- 73 Les disciplines juridiques ne sont pas non plus en mesure de soutenir vraiment les efforts et investissements des professeurs de droit en matière de recherche, efforts pourtant nécessaires pour réaliser des recherches empiriques de qualité (Chambliss, 2008, p. 22 et 30). Alors que les départements de sciences sociales s'attendent à ce que leurs professeurs entreprennent des projets nécessitant des financements

externes, une collecte originale de données, et des décharges d'enseignement occasionnelles, les facultés de droit privilégient traditionnellement la production rapide d'essais, dont la plupart concernent des développements judiciaires ou législatifs brûlants. Bien sûr, les publications juridiques sont souvent particulièrement savantes ; néanmoins, les normes de la recherche en droit demeurent fortement influencées par le besoin ressenti d'apporter des réponses à l'actualité la plus récente.

74 Ces caractéristiques (certains parleraient de faiblesses) de la formation et de l'organisation des facultés de droit sont aggravées par les pratiques des revues juridiques au sein desquelles les professeurs de droit publient leurs travaux. Les chercheurs en sciences sociales publient d'ordinaire dans des revues à comité de lecture éditées par leurs pairs qui permettent une double évaluation à l'aveugle, et par des experts, de la rigueur et de la qualité de chaque projet de publication. Ces projets ne peuvent être à l'étude que par une revue à la fois ; les multiples tentatives de candidature et les révisions successives demeurant la norme, et les projets d'articles pouvant être rejetés même après des efforts considérables pour prendre en considération les sujets d'inquiétudes des comités éditoriaux. Alors que cette procédure de sélection est laborieuse et loin d'être infaillible, elle apporte en tout cas un contrôle de la qualité que l'on ne trouve pas pour les revues juridiques. En effet, celles-ci sont éditées par les étudiants en droit, elles ne sollicitent que rarement l'avis de critiques extérieures, et elles permettent de soumettre simultanément un même projet d'article à plusieurs revues, ce qui pousse parfois certains auteurs à attiser la rivalité entre deux revues pour obtenir un accord plus intéressant.

75 Pourtant, certains des plus ardents défenseurs des sciences sociales en droit reconnaissent que les revues juridiques ont peu de chance d'adopter le principe de l'évaluation par les pairs (Epstein et King, 2002, p. 317 ; Mitchell, 2004, p. 174). Le dispositif d'édition des revues par les étudiants tient un rôle trop important dans sa fonction de référence préprofessionnelle dans la plupart des facultés de droit. Le système actuel bénéficie aussi d'un attrait conséquent pour beaucoup de professeurs : pour les juristes universitaires, habitués à des décisions de publication rapides, la longue attente qui accompagne le processus de comité de lecture (et le travail de réponse qui y est as-

socié) s'avère peu séduisante. De plus, le délai de production rapide du régime actuel s'accorde plutôt bien avec l'accent mis par la discipline juridique sur les questions politiques urgentes (par exemple, Chambliss, 2008, p. 36).

- 76 Malgré ce diagnostic largement concordant, le NLR et les ELS ont proposé des recommandations quelque peu divergentes. Les chercheurs impliqués dans les ELS ont eu tendance à préférer des solutions procédurales. Par exemple, Epstein et King (2002 et 2003) ont plaidé pour que les facultés de droit proposent davantage de formations aux recherches empiriques et fournissent plus de ressources en la matière. Ils ont aussi préconisé d'ajouter plus de cours de méthodologie au cursus de droit et davantage de méthodologistes au sein des facultés de droit. Ils ont proposé que les revues juridiques invitent des membres du corps professoral au sein des comités éditoriaux, qu'elles sollicitent au moins un avis extérieur pour tous les projets d'articles provisoirement acceptés, et qu'elles améliorent l'archivage et l'explication des bases de données. Mitchell (2004) va encore plus loin concernant cette dernière idée et suggère que les revues juridiques devraient imposer de rendre publiques intégralement les données et méthodes utilisées par les articles qu'elles publient, afin de permettre une évaluation *a posteriori*, une réplique de la recherche ou une méta-analyse.
- 77 En ce qui les concerne, les universitaires du NLR ont été davantage intéressés par les défis conceptuels engendrés par la traduction rigoureuse de la recherche empirique, suggérant que les différences fondamentales entre le droit et les sciences sociales en termes d'épistémologies, d'objectifs et de pratiques de la recherche doivent être adressées pour que les professeurs de droit puissent faire un usage efficace des travaux des sciences sociales (Erlanger et al., 2005). Les chercheurs des ELS ont pu occasionnellement mobiliser de tels arguments. Diamond (2002), par exemple, défend l'idée que les meilleurs traducteurs – et les pionniers en matière d'élévation des standards de recherche – ne sont sans doute pas les professeurs de droit qui s'emparent des données ou méthodes les plus commodes pour prouver leurs conclusions préétablies, mais plutôt ceux qui s'engagent activement, avec curiosité et respect dans un processus de connaissance des sciences sociales.

78 Ces propositions ont toutes leur intérêt mais aucune n'est facile à mettre en place et aucune ne résoudrait tous les maux. Les suggestions les plus courantes renvoient aux tropes juridiques traditionnels que sont les notions d'autorité (par exemple avec l'évaluation par les pairs) ou de procédure accusatoire (par exemple avec le fait de rendre public et de pouvoir reproduire), mais ce cadre confortable ne fait que renforcer une certaine naïveté. En pratique, l'évaluation par les pairs laisse bien souvent passer des imperfections importantes, et le fait de rendre public les données ne mène que rarement à de véritables répliques de la recherche. Ces limites prises en compte, il semble que l'attitude des universitaires en exercice puisse importer bien plus que n'importe quelle précaution procédurale, et la clef de la rigueur pourrait résider au fond dans l'humilité de la recherche elle-même. Il s'agit là d'un enseignement au cœur de la plupart des formations méthodologiques qui invite les chercheurs à mettre leurs égos et leurs théories favorites de côté afin d'être guidés plutôt par les résultats empiriques eux-mêmes, tout en préservant en même temps leur conscience du fait que même les méthodes les plus sérieuses n'offrent rarement plus qu'un aperçu provisoire et circonspect de la réalité empirique sous-jacente.

B. Sera-t-il méthodologiquement divers ?

79 La volonté de rigueur empirique omet, mais aussi implique, une seconde question fondamentale : de la rigueur en quoi ? Comme notre étude précédente le laisse entendre, la clameur pour davantage de rigueur fait souvent ressortir des tensions sous-jacentes sur les méthodes et les raisons d'être de la recherche académique. Le débat quantitatif/qualitatif est sans doute le plus connu, mais comme Chambliss (2008, p. 25-26) le souligne, il se peut que cela ne constitue pas la seule rupture pertinente. Au sein des disciplines des sciences sociales par exemple, une division tout aussi essentielle a opposé un programme de recherche causal/positiviste à un programme plus interprétatif/humaniste. Les deux camps se décrivent comme empiriques, mais à la différence de l'accent mis sur la généralisation et la prédiction objective des premiers, les seconds mettent l'accent sur les particularités et les aperçus subjectifs, ou ce que Weber (1922

[1978], p. 9-10) appelait *verstehen*¹⁵ (voir Oakes, 1977). D'autres distinctions potentiellement pertinentes concernent les différences entre les processus de confirmation d'hypothèses d'un côté et la formation d'hypothèses nouvelles par l'exploration de l'autre (Tukey, 1980), entre la précision de l'usage d'une seule méthode et la triangulation entre plusieurs méthodes (Jick, 1979), et entre les attributs individuels et les réseaux de relations (Emirbayer, 1997).

80 Les ELS et le NLR font preuve d'un instinct différent à propos de ces distinctions, et chaque tradition considère parfois que l'autre n'est pas à la hauteur de la vraie rigueur empirique, bien qu'ils entendent cela dans des directions opposées. Cependant pour le nouvel empirisme juridique dans son ensemble, la question la plus importante n'est pas de favoriser une méthode plutôt qu'une autre, mais plutôt de savoir s'il faut considérer la pureté méthodologique, quelle qu'elle soit, comme un élément désirable ou indésirable. Différentes méthodes permettent d'apercevoir différentes choses et l'éclectisme méthodologique aboutit du coup à des réponses plus riches et subtiles. Comme Chambliss (2008) le fait remarquer, cela occasionne une tension entre le désir des ELS d'établir des faits et des règles de prise de décision, et le désir du NLR de fournir une traduction précise entre la discipline juridique et les traditions diverses, parfois contradictoires en termes de méthodes, des sciences sociales. La certitude et la précision sont deux stratégies marketing crédibles, mais elles diffèrent grandement en termes d'implications méthodologiques.

81 Ces choix méthodologiques se trouvent par la suite complexifiés par une coïncidence troublante dans les trajectoires récentes de la recherche en droit et en sciences sociales. Alors que les chercheurs en droit commencent à redécouvrir l'observation des comportements réels et à promouvoir cette approche comme une alternative à l'exégèse, les chercheurs en sciences sociales redécouvrent dans le même temps l'interprétation des discours culturels et à promouvoir cette approche comme une alternative au modèle quantitatif behavioriste (Chaney, 1994 ; Fridland et Mohr, 2004). En lien avec ce tournant vers l'étude des cultures, de nombreux chercheurs en sciences sociales sont devenus de plus en plus à l'aise avec l'idée de considérer comme empiriques de larges pans d'analyses textuelles. Dès lors, un sceptique pourrait se demander en quoi cet empirisme textuel dernier cri diffère du dogmatisme démodé ? La réponse est simple quand les

textes ne sont pas juridiques (par exemple, analyses de contrats plutôt que de décisions de justice) ou quand l'empirisme est quantitatif (par exemple, dénombrer des termes plutôt que les expliquer). Cependant, la distinction devient plus floue si la définition d'empirisme retenue par les sciences sociales inclut aussi l'interprétation qualitative des déclarations judiciaires. Les partisans d'une telle approche inclusive peuvent toutefois répliquer que ce nouvel empirisme textuel peut encore être distingué du dogmatisme par son engagement sous-jacent à la systématique méthodologique et à la description non-argumentative. Mais les distinctions entre l'empirisme textuel et le dogmatisme traditionnel sont inévitablement subtiles. Dans le monde tumultueux des intrigues universitaires, certains empiristes juridiques pourraient être tentés de se rabattre alors sur des dichotomies plus simplistes – qualitatif contre quantitatif, causal contre interprétatif, recherche de terrain contre travail en bibliothèque.

C. Sera-t-il éclairé par des théories ?

- 82 Un autre défi imminent concerne le rôle de la théorie. Bien que les disciplines des sciences sociales dépendent des méthodes empiriques pour générer des réponses fiables, elles utilisent des modèles théoriques pour formuler leurs principaux questionnements et pour organiser leurs conclusions isolées en des récits cohérents. En revanche, certaines variantes du nouvel empirisme juridique semblent davantage motivées par de la curiosité désinvolte, par des prévisions de bon sens et par des données facilement accessibles que par des conclusions méthodiques sur les mécanismes sociaux fondamentaux.
- 83 Bien que les nouveaux mouvements ne correspondent sans doute pas aux formes les plus primitives d'empirisme contre lesquels les chercheurs en sciences sociales sont mis en garde au cours de leurs études supérieures, ils ne correspondent pas non plus entièrement aux formes plus classiques de recherche, fondées sur des théories, que Burawoy (2005, p. 10) a désigné comme les « [sciences sociales] professionnelles »¹⁶. Au contraire, et en particulier la première version des ELS, le nouvel empirisme juridique fait penser à ce que Burawoy (2005, p. 9) appelle les « sciences sociales à visée politique », de la recherche qui n'a pas pour but de faire progresser un paradigme théorique mais plutôt d'« apporter des solutions à des problèmes

[pratiques] auxquels [elle] est confrontée ». En cela, les ELS diffèrent davantage des disciplines des sciences sociales que du mouvement interdisciplinaire Droit et Société, qui n'était pas non plus particulièrement porté sur la théorisation au départ. Mais le mouvement Droit et Société a toujours nourri un attachement profond à l'égard de la critique réflexive que Burawoy (2005, p. 10) appelle « science sociale critique ». Cette tendance tourmentée a alimenté la vitalité intellectuelle et l'ouverture d'esprit du mouvement Droit et Société, probablement au prix d'une plus faible acceptation au sein de la discipline juridique. Reste à savoir si le mouvement des ELS va suivre la même voie peu aisée que celle choisie par la LSA, ou s'il va devenir plutôt une entreprise complaisante, étriquée voire technocratique.

- 84 Pour les empiristes juridiques qui se sentent tout aussi inconfortables avec l'attitude hautaine des sciences sociales professionnelles, avec le manque de profondeur des sciences sociales à visée politique, qu'avec l'égoïsme des sciences sociales critiques, le NLR peut constituer encore une autre option. En mettant l'accent sur l'importance de la traduction, le NLR implique nécessairement une prise en considération des diverses perspectives internes au champ étudié. En cela, le NLR s'apparente davantage à la quatrième catégorie de Burawoy, les « sciences sociales publiques », qui enjoignent les universitaires à entamer une « relation de dialogue entre [scientifiques et non-scientifiques], où les objectifs de chacun seraient pris en compte, et où chacun s'adapterait à l'autre » (Burawoy, 2005, p. 9). En effet, il se peut que le NLR ne soit jamais aussi « englobant » que les disciplines des sciences sociales en matière de production de modèles théoriques intégrés (Nourse et Shaffer, 2009, p. 199-121), ni aussi engagé que les ELS en matière de confrontation des « légendes urbaines du droit » aux faits (Chambliss, 2008, p. 24), mais la valeur de ce mouvement peut provenir précisément d'un autre engagement, celui de construire des ponts entre ces deux mondes d'une manière ouverte et respectueuse de chacun.
- 85 Au final, selon Burawoy, les quatre types de sciences sociales entretiennent une relation symbiotique les uns avec les autres. Mais la symbiose est un accomplissement, elle n'a pas un caractère inévitable, et le nouvel empirisme juridique va être confronté à un défi essentiel d'équilibrage entre les différentes tendances qui le constituent. Pour illustrer ne serait-ce qu'un des dangers de cette opéra-

tion risquée, considérons la possibilité que l'empirisme juridique (peut-être sous sa forme des ELS) puisse un jour rechercher une acceptation plus large au sein de la discipline juridique en s'extrayant de son amarrage en sciences sociales : si un tel empirisme dénué de théorie devait gagner du terrain, les recherches socio-juridiques traditionnelles provenant des sciences sociales pourraient devenir encore plus marginales dans le monde du droit qu'elles ne le sont aujourd'hui. Capables de répondre eux-mêmes à leurs propres questions méthodologiques, les empiristes juridiques pourraient bientôt perdre patience face à des chercheurs issus des disciplines de sciences sociales ne pouvant pas évaluer une régression, ou entreprendre une expérience avec de faux jurés, sans citer Marx, Weber et Durkheim. Avec une recherche en droit encore plus empiriste, la discipline juridique pourrait ne plus ménager beaucoup de place aux analyses théoriques qui explorent les fondations sociales de l'entreprise juridique elle-même.

86 Ces préoccupations ont pu être appréhendées utilement lors d'une mini-conférence récente, organisée par le Centre pour l'Étude du Droit et de la Société [*Center for the Study of Law and Society*] de Berkeley, portant sur « la construction théorique par les Études Juridiques Empiriques » (*Center for the Study of Law and Society*, 2009). Parmi les participants, on comptait de nombreux universitaires éminents des disciplines des sciences sociales, dont plusieurs anciens directeurs de programme à la Fondation Nationale de la Science ainsi que des membres d'institutions académiques responsables de l'allocation de financements de recherche. Tous s'accordèrent pour dire que la conférence avait été stimulante et le dialogue productif. Mais beaucoup partagèrent un sentiment gênant qui caractérisa la fin de la journée : « ce fut une conférence remarquable, c'est juste dommage que les membres des ELS n'aient pas fait le déplacement ».

87 En lien avec le mouvement Droit et Société, les études socio-juridiques au sein des disciplines des sciences sociales ont passé cinquante ans à tisser des liens entre la recherche empirique sur le droit et des problématiques plus larges relatives aux inégalités, au pouvoir, à la structure sociale et aux changements sociétaux. Il est encore possible que le nouvel empirisme juridique traite de telles questions lui-même, soit via des analyses de plus en plus théoriques des ELS, soit via des traductions de plus en plus énergiques du NLR ; mais si

cela n'advient pas, nous pourrions nous diriger vers un futur où la recherche qui vise à voir l'impact social des règles de droit constitue encore une fois le *nec plus ultra* d'un nouveau style d'études juridiques empiriques.

D. Va-t-il parvenir à s'affranchir de l'attraction des politiques publiques ?

88 Les allusions aux sciences sociales à visée politique qui irriguent la plus grande partie du nouvel empirisme juridique suggèrent que le mouvement émergent sera à terme confronté à un défi que la tradition de Droit et Société a appelé « l'attraction des politiques publiques » (Sarat et Silbey, 1988, p. 97). Les chercheurs socio-juridiques ont combattu ce penchant pendant des années, en tachant d'établir un point de vue séparé, en dehors des idées reçues – et des passions dominantes – du champ étudié. Au contraire, les premiers succès du nouvel empirisme juridique se sont souvent fondés sur une volonté de satisfaire l'appétit d'informations des décideurs politiques – que ce soit sur la peine capitale, le taux de dommages et intérêts, en matière de responsabilité délictuelle ou de droit des faillites (voir Eisenberg, 2004, p. 1743-44). Les partisans des ELS, en particulier, se sont très tôt félicités de l'intérêt de l'audience politique et de la presse pour leurs travaux (Heise, 2002 ; Eisenberg, 2004) mais le NLR semble également désireux de produire des conclusions que les décideurs politiques pourront prendre en considération et utiliser. Pour un jeune mouvement en attente de reconnaissance, avoir un public prêt à l'écouter peut s'avérer crucial.

89 Mais cet attrait pour les politiques publiques n'est pas gratuit. Adapter la recherche en fonction du public peut occasionner son recentrage, et vouloir apparaître pertinent risque de rendre prioritaire certaines recherches, comme par exemple répondre aux questions posées par les juristes, produire les arguments admis par les tribunaux, et offrir les types de réponses jugés pratiques par les décideurs politiques (et les autres personnalités agissantes). De plus, comme les personnes aux commandes sont rarement neutres, vouloir s'adresser à elles peut dénaturer, de manière subtile, la recherche en direction des conclusions qu'elles trouveraient sympathiques (Warren, 2002). Pour encore aggraver les choses, comme Sarat et Silbey (1988, p. 122)

le font remarquer, alors que cette attraction des politiques publiques ébranle l'objectivité, elle privilégie dans le même temps l'apparence d'objectivité : « [une] audience politique [...] invite [les chercheurs] à définir leurs travaux empiriques dans le langage des sciences [...], à traiter les données comme si elles constituaient une image non déformée du monde social, [...] et à s'ancrer dans un modèle de recherche objectif, externe et axiologiquement neutre [...]. Ceci constitue un des prix à payer si l'on veut tenter de convaincre les puissants ». De nombreux théoriciens des sciences considéreraient pourtant que la recherche ne peut jamais atteindre une complète objectivité, mais l'influence pernicieuse de l'attraction du politique réside dans sa capacité à rendre les biais à la fois plus difficiles à éviter et encore moins admissibles qu'ils ne le seraient autrement.

90 À nouveau, les ELS et le NLR sont prédisposés à suivre en la matière des chemins différents : les ELS tendent à trouver refuge dans l'impartialité de la technologie, tandis que le NLR compte plutôt sur la pleine conscience qu'il cherche à avoir de lui-même. Par ailleurs, les ELS semblent plus à l'aise avec les programmes de recherche des élites politiques de la société, tandis que le NLR paraît davantage écartelé entre une affection morale envers les couches sociales les moins favorisées et un engagement pratique avec le sommet de l'échelle social.

91 D'ailleurs, en raison de leur implantation en droit, les deux mouvements pourraient s'avérer moins bien préparés (et moins disposés) à résister à l'attraction du politique que ne le sont les disciplines des sciences sociales. Comme Chambliss (2008, p. 35) le constate, les débats sur la pertinence politique de la recherche « [mènent] au final à la question de la vocation de la profession. Est-il préférable de travailler à la marge, dans les projets de long terme visant à reconstituer la culture juridique, ou de s'attaquer à des questions moins ambitieuses, formulées par d'autres, dans l'espoir d'avoir un impact immédiat ? » En matière de raison d'être professionnelle, les facultés de droit doivent répondre aux questions politiques urgentes de la profession juridique, et les départements des sciences sociales doivent se conformer au programme intellectuel de leur discipline. Il est vrai que chacun d'eux peut parfois choisir de prendre en compte le souci central de l'autre, un peu comme un passe-temps, mais la raison d'être sous-jacente de la recherche déforme alors le message. Ces

penchants tendent à pousser les chercheurs en droit dans les bras de leur audience politique, tout en rendant difficile l'accès des chercheurs en science sociale à cette même audience, même quand ils en ont l'intention.

- 92 À la lumière de telles préoccupations, le nouvel empirisme juridique doit décider dans quelle mesure il souhaite résister à l'attrait du politique ; en particulier parce que s'il choisit d'y résister, cela pourrait le reléguer aux marges de la discipline juridique, d'où il pourrait avoir du mal à se faire entendre. Les personnes au pouvoir agiront, que les universitaires se portent volontaires pour les éclairer ou non ; et, bien sûr, d'autres universitaires se porteront volontaires de toute façon, même si les chercheurs empiristes choisissent de demeurer en retrait. Sachant cela, les socio-juristes fortement engagés en recherche empirique pourraient considérer qu'il vaut mieux entrer dans l'arène – même au risque d'être défigurés intellectuellement – plutôt que de laisser le dogmatisme (ou pire) prévaloir par défaut. De nombreux partisans du nouvel empirisme juridique ont pris cette décision il y a déjà longtemps, quand ils ont choisi des postes en droit plutôt qu'en sciences sociales. Il semble peu probable qu'ils fassent les délicats à présent, juste au moment où ils peuvent enfin exercer une influence réelle.

Conclusion

- 93 Par leur vitalité institutionnelle et intellectuelle, les ELS et le NLR attestent qu'un nouvel empirisme juridique est en cours. Toutefois, par leurs différences philosophiques et stylistiques, ils attestent également que de nombreux choix essentiels demeurent non résolus. Le nouvel empirisme juridique pourrait encore vaciller et s'éteindre, comme d'autres empirismes juridiques avant lui. Il pourrait aussi triompher, en s'imposant à la fois comme une force dominante en droit et comme une science sociale autonome méthodologiquement rigoureuse et conceptuellement riche. Il pourrait également devenir une simple niche, offrant des réponses empiriques utiles à des questions pratiques de politiques publiques, sans se confronter directement, ni supplanter, la recherche doctrinale traditionnelle en droit ou la recherche, tout aussi traditionnelle, des sciences sociales.

- 94 Pour un aperçu de la manière dont ces différentes options pourraient évoluer, considérons le sort d'excursions similaires en direction des sciences sociales empiriques dans le monde des facultés de médecine et des écoles de commerce. En médecine, la théorie des sciences sociales n'existe qu'à la marge (et au sein des disciplines) et l'empirisme des sciences sociales ne s'épanouit que dans les domaines auxiliaires que sont les recherches en politique de la santé et en lien avec les couvertures de santé. En école de commerce, par contre, les sciences sociales sont très présentes. Des travaux empiriques et théoriques sophistiqués imprègnent presque toutes les spécialités, et les chercheurs qui y sont basés apportent souvent leur expertise voire servent de guide à leurs collègues en sciences sociales. Le droit se situe quelque part entre les deux : comme la médecine mais à l'inverse des écoles de commerce, le droit est considéré comme sacré et demeure hostile au changement. Comme en école de commerce mais à l'inverse de la médecine, les praticiens du droit non-universitaires utilisent principalement les techniques des sciences sociales plutôt que celles des sciences naturelles. Comme la médecine, le droit est très lié à l'État et entend servir principalement le bien commun ; mais comme les écoles de commerce, le droit est aussi très lié au marché et dépend principalement de rémunérations privées. À la lumière de ces parallèles et divergences, le nouvel empirisme juridique pourrait potentiellement suivre chacune de ces deux voies ; rien n'est prédéterminé.
- 95 Même des observateurs scrupuleux peuvent ne pas réussir à se mettre d'accord concernant la trajectoire qui serait préférable pour le futur des études socio-juridiques, non seulement au sein, mais aussi au travers, et au-delà des frontières disciplinaires. Cependant, une ignorance obstinée de la réalité n'est plus une option. Le renouveau empirique génère d'ores et déjà de nouveaux débouchés pour la recherche socio-juridique et de nouveaux compétiteurs pour l'attention des socio-juristes. Pour la plupart des chercheurs en sciences sociales qui étudient le droit, une audience plus réceptive au sein du droit constitue sans doute une bonne chose, et un environnement intellectuel plus divers s'avère très certainement plus sain. Toutes les questions intéressantes ne proviennent pas des disciplines, et si un acteur nouveau émerge, de la recherche de meilleure qualité et en plus grande quantité pourrait bien en découler. Dès lors, que les dis-

ciplines choisissent d'épouser le nouvel empirisme juridique ou de s'y confronter, elles devront faire face de toute façon à de nouvelles tâches de définition et de traduction et à de nouveaux défis de différenciation, d'assimilation, de justification et de persuasion. C'est simplement ce qui advient quand il y a un nouveau gamin en ville.

BIBLIOGRAPHY

- J. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *Washington Lee Law Review*, 53, 1996, p. 949-990.
- M. Burawoy, « For Public Sociology », *American Sociological Review*, 70, 2005, p. 4-28.
- Center for the Study of Law and Society, *Conference on Building Theory Through Empirical Legal Studies*, 24 avril 2009, Berkeley, Californie.
- E. Chambliss, « When Do Facts Persuade-Some Thoughts on the Market for Empirical Legal Studies », *Law and Contemporary Problems*, 71/2, 2008, p. 17-40.
- DC. Chaney, *The Cultural Turn : Scene-Setting Essays on Contemporary Cultural History*, London, Routledge, 1994.
- F. Cross, « Political Science and the New Legal Realism : a Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance », *Northwestern University Law Review*, 92, 1997, p. 251-326.
- F. Cross, « Legal Process, Legal Realism and the Strategic Political Effects of Procedural Rules », *University of Texas Public Law Research Paper*, 80, 2005.
- S. Diamond, « Empirical Marine Life in Legal Waters : Clams, Dolphins, and Plankton », *University of Illinois Law Review*, 2002, p. 803-818.
- E. Durkheim, *The Division of Labor in Society*, New York, Free Press, [1893] 1984.
- L. Edelman, J. Simon, « Comment on "A New Measure of ELS Output." », *ELS Blog*, 28 septembre 2006 (commentaire posté le 5 octobre 2006).
- T. Eisenberg, « Why Do Empirical Legal Scholarship? », *San Diego Law Review*, 41, 2004, p. 1741-1746.
- R. Ellickson, « Trends in Legal Scholarship : A Statistical Study », *Journal of Legal Studies*, 29, 2000, p. 517-543.
- M. Emirbayer, « Manifesto for a Relational Sociology », *American Journal of Sociology*, 103/2, 1997, p. 281-317.
- L. Epstein, G. King, « The Rules of Inference », *University of Chicago Law Review*, 69/1, 2002, p. 1-93.
- L. Epstein, G. King, « Building an Infrastructure for Empirical Research in the Law », *Journal of Legal Education*, 53, 2003, p. 311-320.
- H. Erlanger, B. Garth, J. Larson, E. Mertz, V. Nourse, D. Wilkins, « Foreword : Is It Time for a New Legal Realism ? », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 335-363.

- P. Ewick, R. Kagan, A. Sarat, « Legacies of Legal Realism : Social Science, Social Policy, and the Law », *Social Science, Social Policy, and the Law*, P. Ewick, R. Kagan, A Sarat (dir.), New York, Russell Sage Foundation, 1999, p. 1-38.
- D. Farber, « Review Essay : Toward a New Legal Realism », *University of Chicago Law Review*, 68, 2001, p. 279-303.
- M. Fineman, « Gender and Law : Feminist Legal Theory's Role in New Legal Realism », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 405-432.
- M. Fineman, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law & Feminism*, 20, 2008, p. 1-23.
- R. Friedland, J. Mohr, « The Cultural Turn in American Sociology », *Matters of Culture*, R. Friedland, J. Mohr (dir.), New York, Cambridge University Press, 2004, p. 1-70.
- L. Friedman, « Coming of Age : Law and Society Enters an Exclusive Club », *Annual Review of Law and Social Science*, 1, 2005, p. 1-16.
- B. Garth, J. Sterling, « From Legal Realism to Law and Society : Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State », *Law and Society Review*, 32, 1998, p. 409-472.
- T. George, « An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship : the Top Law Schools », *Indiana Law Journal*, 81, 2006, p. 141-170.
- R. Gordon, « Lawyers, Scholars, and the Middle Ground », *Michigan Law Review*, 91, 1993, p. 2075-2085.
- T. Grey, « Langdell's Orthodoxy », *University of Pittsburgh Law Review*, 45, 1983, p. 1-53.
- M. Heise, « The Past, Present, and Future of Empirical and Experimental Legal Scholarship : Judicial Decision-making as a Case Study », *University of Illinois Law Review*, 4, 2002, p. 819-850.
- OW. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 457-478.
- TD. Jick, « Mixing Qualitative and Quantitative Methods: Triangulation in Action », *Administrative Science Quarterly*, 24/4, 1979, p. 602-11.
- D. Kennedy, WW. Fisher (dir.), *The Canon of American Legal Thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- H. Kritzer, « Empirical Legal Studies Before 1940 : A Bibliographic Essay », *Journal of Empirical Legal Studies*, 6/4, 2009, p. 925-968.
- TS. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 2^e édition, 1970.
- W. Landes, « The Empirical Side of Law and Economics », *University of Chicago Law Review*, 70, 2003, p. 167-180.
- Law and Social Inquiry, « Symposium : New Legal Realism », *Law and Social Inquiry*, 31, 2006, p. 795-995.
- B. Leiter, « Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered », *Ethics*, 111, 2001, p. 278-301.
- B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence : Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- B. Leiter, « In Praise of Realism (and Against 'Nonsense Jurisprudence') », *University of Texas Public Law Research Paper*, 138, 2008.

K. Llewellyn, EA. Hoebel, *The Cheyenne Way : Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941.

S. Macaulay, « The New Versus the Old Legal Realism : “Things Ain’t What They Used to Be.” », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 365-403.

S. Macaulay, « Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of the Yellow Submarine », *Tulane Law Review*, 80, 2006, p. 1161-1195.

B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Paterson, Littlefield, 1959.

A. McEvoy, « A New Realism for Legal Studies », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 433-454.

S. Merry, « New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law », *Law and Social Inquiry*, 31, 2006, p. 975-996.

E. Mertz, « Tapping the Promise of Relational Contract Theory : “Real” Legal Language and a New Legal Realism », *Northwestern University Law Review*, 94/3, 2000, p. 909-936.

T. Miles, C. Sunstein, « The New Legal Realism », *University of Chicago Law Review*, 75/2, 2008, p. 831-851.

HT. Miller, CJ. Fox, « The Epistemic Community », *Administration & Society*, 32/6, 2001, p. 668-685.

DC. Minkoff, « The Sequencing of Social Movements », *American Sociological Review*, 62/5, 1997, p. 779-799.

G. Mitchell, « Empirical Legal Scholarship as Scientific Dialogue », *North Carolina Law Review*, 83, 2004, p. 167-204.

T. Mitchell, « Destabilizing the Normalization of Rural Black Land Loss : A Critical Role for Legal Empiricism », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 557-616.

U. Moore, C. Callahan, « Law and Learning Theory : A Study in Legal Control », *Yale Law Journal*, 1943, p. 1-136.

F. Munger, « Mapping Law and Society », *Crossing Boundaries : Traditions and Transformations in Law and Society Research*, A Sarat (dir.), Chicago, Northwestern University Press, 1998, p. 21-88.

CA. Nard, « Empirical Legal Scholarship : Reestablishing a Dialogue Between the Academy and Profession », *Wake Forest Law Review*, 30, 1995, p. 347-368.

New Legal Realism Project, « 1st New Legal Realism Conference : New Legal Realist Methods Program », Madison, University of Wisconsin, 2004.

V. Nourse, G. Shaffer, « Varieties of New Legal Realism : Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? », *Cornell Law Review*, 95, 2009, p. 61-137.

G. Oakes, « The Verstehen Thesis and the Foundations of Max Weber’s Methodology », *History & Theory*, 16, 1977, p. 11-29.

D. Pager, « Double Jeopardy : Race, Crime, and Getting a Job », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 617-662.

M. Polanyi, *Personal Knowledge*, London, Routledge & Kegan Paul, 1962.

Program on Empirical Legal Studies (PELS), « About Us », 2005.

<http://web.archive.org/web/20060720091443/www.law.harvard.edu/programs/pels/about.htm>

- MJ. Radin, RP. Wagner, « The Myth of Private Ordering : Rediscovering Legal Realism in Cyberspace », *Chicago-Kent Law Review*, 73, 1998, p. 1295-1317.
- A. Sarat, S. Silbey, « The Pull of the Policy Audience », *Law Policy*, 10, 1988, p. 97-168.
- J. Schlegel, *American Legal Realism and Social Science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.
- PH. Schuck, « Why Don't Law Professors Do More Empirical Research? », *Journal of Legal Education*, 39, 1989, p. 323-336.
- G. Shaffer, 2008, « A New Legal Realism : Method in International Economic Law Scholarship », *International Economic Law—The State and Future of the Discipline*, CB. Picker, I. Bunn, D. Amer (dir.), Oxford/Portland, Hart, 2008, p. 29-42.
- G. Shreve, « Conflicts Empiricism », *Willamette Law Review*, 37, 2000, p. 249-258.
- DA. Snow, EB. Rochford, SK. Worden, RD. Benford, « Frame Alignment Processes, Micromobilization and Movement Participation », *American Sociological Review*, 51/4, 1986, p. 464-481.
- M. Suchman, « Empirical Legal Studies : Sociology of Law, or Something ELS Entirely? », *Amici*, 13/1, 2006, p. 1-4.
- B. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory : Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- B. Tamanaha, « Understanding Legal Realism », *St. John's Legal Studies Research Paper*, 8, 2008.
- C. Tomlins, « Law's Disciplinary Encounters : A Historical Narrative », *Law and Society Review*, 34, 2000, p. 911-972.
- D. Trubek, « Where the Action Is : Critical Legal Studies and Empiricism », *Stanford Law Review*, 36, 1984, p. 575-622.
- LG. Trubek, « Crossing Boundaries : Legal Education and the Challenge of the "New Public Interest Law" », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 455-478.
- JW. Tukey, « We Need Both Exploratory and Confirmatory », *The American Statistician*, 34/1, 1980, p. 23-25.
- University of Illinois Law Review, « Symposium. Empirical and Experimental Methods in Law », *University of Illinois Law Review*, 4, 2002, p. 789.
- Vanderbilt Law Review, « Symposium : Empirical Legal Scholarship », *Vanderbilt Law Review*, 59/6, 2006.
- E. Warren, « The Market for Data : the Changing Role of the Social Sciences in Shaping the Law », *Wisconsin Law Review*, 2002, p. 1-43.
- M. Weber, *Economy and Society : An Outline of Interpretive Sociology*, Berkeley, G. Roth, C. Wittich (éd.), deux volumes, University of California Press, [1922] 1978.
- Wisconsin Law Review, « New Legal Realism Symposium : Is It Time for a New Legal Realism? », *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 335-745.
- LE. Wylie, EM. Brank, « Assuming Elder Care Responsibility : Am I a Caregiver ? », *Journal of Empirical Legal Studies*, 6/4, 2009, p. 899-924.
- D. Zaring, « Empirical Legal Studies Today », *Conglomerate*, 23 novembre

2009 (voir en ligne).

C. Zorn, « Discussion : Judicial and Agency Politics », présenté lors de la

Conference on Building Theory through Empirical Legal Studies, Berkeley, 24 avril 2009.

NOTES

1 Elizabeth Mertz, *The Language of Law School : Learning to “Think Like a Lawyer”*, New York, Oxford University Press, 2007.

2 Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004. Voir notamment la troisième partie sur « l’anti-modèle américain ».

3 Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay, Thomas Mitchell (dir.), *The New Legal Realism : Translating Law-and-Society for Today’s Legal Practice. Volume 1*, New York, Cambridge University Press, 2016 ; Heinz Klug, Sally Merry (dir.), *The New Legal Realism: Studying Law Globally. Volume II*, New York, Cambridge University Press, 2016 ; Elizabeth Mertz, William Ford, Gregory Mattoesian (dir.), *Translating the Social World for Law : Linguistics Tools for a New Legal Realism*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

4 Déjà en 1897, Oliver Wendell Holmes faisait remarquer que « pour une étude rationnelle du droit (...), l’homme du futur est l’homme des statistiques » (Holmes, 1897, p. 469 ; voir aussi Heise, 2002, p. 822 et s. ; Kritzer, 2009).

5 Dans la mesure du possible, nous considérons ELS et NLR comme des mouvements, en nous basant sur les définitions et objectifs de leurs partisans, plutôt qu’en tentant de synthétiser un corpus de travaux qui les illustrerait sans se fonder sur l’affiliation que se donnent les auteurs.

6 Ce programme n’a pas vécu longtemps. Il cessa son activité après le départ de son premier directeur, et fondateur, Kip Viscusi, en 2006. (Notes personnelles)

7 Cette section s’appuie sur des remarques informelles de Suchman (2006).

8 Bien que les chercheurs issus des disciplines des sciences sociales considèrent souvent les revues juridiques comme des lieux de publication difficiles d’accès (Epstein et King, 2002 ; Chambliss, 2008, p. 21), les partisans des ELS sont plus optimistes et font remarquer que « les revues juridiques publient à présent des recherches empiriques originales de manière régu-

lière (...) et avec une fréquence en augmentation » (Mitchell, 2004, p. 169, note 9 ; Ellickson, 2000 ; George, 2006).

9 Associée aux protestations liées à l'ouverture méthodologique des ELS reprises ci-dessus, cette bataille des marques entraîne une possibilité : l'image exclusivement quantitative des ELS pourrait être autant une marque d'infamie pour ses détracteurs qu'une marque de fabrique promue par ses supporters.

10 Les chercheurs postmodernes pourraient remettre en cause ce postulat, en soutenant que chaque prétendue vérité n'est rien d'autre qu'un discours situé socialement, parmi d'autres, et que le recoupage des observations n'est dès lors qu'une entreprise futile. Cette épistémologie sceptique bénéficie, ce qui ne fut pas chose facile, d'une implantation à la fois en droit et dans les sciences sociales humanistes, et ses adhérents s'engagent souvent dans des études qualitatives interprétatives qui ressemblent, au moins superficiellement, aux travaux de la tradition du NLR. Néanmoins pour le moment, l'engagement du NLR envers le réalisme le rapproche davantage du positivisme fervent des ELS que des alternatives postmodernes. Mais tout empirisme n'est pas nécessairement positiviste, et un tournant postmoderne du NLR ou un dogmatisme plus rigide des ELS pourrait éloigner encore plus les deux mouvements (cf. Chambliss, 2008, p. 25).

11 La comparaison des soutiens financiers à la recherche entre les facultés de droit et les disciplines rappelle parfois le fameux : « l'herbe est toujours plus verte... ». Les chercheurs en sciences sociales envient la richesse dont disposent les facultés de droit en interne, qui génère des sommes disponibles pour des projets de petite envergure ; les professeurs de droit envient la légitimité externe des sciences sociales qui leur permet de bénéficier de subventions concurrentielles pour des projets de grande envergure.

12 Nous décrivons cette analyse comme n'étant pas parfaitement rigoureuse car (a) nous n'avons examiné que deux revues et n'avons codé que quelques-uns des attributs de leurs articles ; (b) bien que la plupart des articles aient été examinés par au moins deux codeurs, nous n'avons pas mis en place un test formel en double aveugle avec contrôle entre codeurs ; et (c) nous n'avons effectué que les calculs statistiques descriptifs les plus basiques, sans contrôle à plusieurs variables ou calculs de la signification statistique. Néanmoins, nous considérons que ces limites sont raisonnables pour un article de revue, et nous sommes confiants quant à l'image d'ensemble que donnent les résultats. Les données et détails de toutes les analyses sont disponibles sur demande.

13 Dans un souci de simplicité, nous avons regroupé les domaines apparentés (par exemple, les études de *government*, de politique et la science politique) et nous avons pris en compte les affectations jointes de manière égale entre les différentes disciplines en cause.

14 L'intérêt de cette approche est qu'elle fournit un indicateur simple et binaire décrivant si oui ou non l'équipe d'auteurs d'un article comprend plusieurs perspectives disciplinaires. L'inconvénient est que cela sous-estime sans doute la prévalence des disciplines les plus fréquentes car cette approche ne compte chaque discipline qu'une fois par article, même si les différents auteurs d'un même article partagent en fait une même affiliation disciplinaire.

15 La division entre les positivistes et les humanistes est souvent combinée avec le débat quantitatif/qualitatif, mais les deux dimensions sont en fait distinctes. Même s'il est vrai que la plupart des recherches quantitatives sont bien positivistes, la plupart des recherches qualitatives le sont également. Au sein des courants socio-juridiques, de nombreux qualitativistes mettent l'accent sur l'objectivité, la reproductibilité, et la généralité aussi fortement que leurs collègues quantitativistes, bien que les thèmes humanistes de subjectivité, de point de vue, et de particularisme ne soient pas inconnus, en particulier parmi les qualitativistes ayant un passé en histoire, en *cultural studies* ou en littérature.

16 Burawoy ne parle que de la sociologie mais son argumentaire peut être généralisé aux sciences sociales dans leur ensemble.

ABSTRACTS

Français

Un regain d'intérêt pour la recherche empirique au sein des disciplines juridiques s'est produit au cours de la dernière décennie, rappelant un tournant empirique similaire ayant eu lieu pendant l'ascension du Réalisme Juridique en pleine période du *New Deal*. Toutefois, le renouveau actuel de l'empirisme juridique a émergé avec en arrière-plan plusieurs traditions bien établies de recherches socio-juridiques empiriques, au sein du mouvement interdisciplinaire droit et société, et au sein des disciplines des sciences sociales. Cet article examine deux des principales manifestations de ce « nouvel » empirisme juridique, les études juridiques empiriques (ELS pour *Empirical Legal Studies*) et le nouveau réalisme juridique (NLR pour *New Legal Realism*) tout en les situant dans le champ socio-juridique préexistant.

L'analyse se termine en considérant les avènements possibles de la recherche empirique du droit.

English

The past decade has seen a return of interest in empirical research within the U.S. legal academy, hearkening back to a similar empirical turn during the ascendancy of Legal Realism in the New Deal era. However, the current revival of legal empiricism has emerged against the backdrop of several well-established traditions of empirical sociolegal research in the interdisciplinary law-and-society movement and in the social science disciplines. This article examines two of the most prominent manifestations of the “new” legal empiricism, empirical legal studies (ELS) and new legal realism (NLR), and it situates them within the preexisting sociolegal terrain. The analysis concludes by considering possible futures for empirical research on law.

INDEX

Mots-clés

études socio-juridiques, droit et société, sciences sociales, recherche empirique, théorie

Keywords

sociolegal studies, law and society, social science, empirical research, theory

AUTHORS

Mark C. Suchman

Brown University, Sociology

Elizabeth Mertz

University of Wisconsin-Madison, Law school

TRANSLATOR

Yannick Ganne

Doctorant visitant à l'Université de Californie, Berkeley