

**LE CHAMP JURIDIQUE ET SON HISTOIRE :
RÉCIT, JUSTIFICATION ET EXPLICATION.
RÉFLEXIONS A PARTIR DU CAS AMÉRICAIN¹**

PAR

Christopher TOMLINS

Sans doute le droit jouit-il aujourd'hui d'une autorité incomparable dans le domaine de l'action sociale et politique. Mais la pérennité de cette autorité suppose que soit maintenue la croyance dans ses méta-dimensions que sont l'autonomie, l'objectivité, la neutralité et l'universalité, alors même que les usages du droit servent des intérêts spécifiques : intérêts particuliers de certains individus, mais encore de groupes et mouvements sociaux divers qui consentent des investissements spécifiques dans le droit. Dès lors, il existe une tension problématique entre ces usages, qui mettent concrètement à l'épreuve les capacités sociales du droit, et ces méta-caractéristiques sur lesquelles repose la représentation normative qu'en véhicule le sens commun. Nous souhaitons ici suggérer que le champ du droit lui-même, et notamment les professions juridiques (et plus particulièrement encore le barreau, la magistrature et l'université) jouent un rôle de médiateur entre ces deux représentations concurrentes en tension. Le présent article cherche à démontrer l'intérêt de l'approche historique pour confirmer cette hypothèse. En premier lieu, il rend compte du développement du champ juridique aux Etats-Unis, et notamment de son émergence sous sa forme moderne vers la fin du XIX^e siècle². En second lieu, il cherche à établir le rôle joué par l'histoire dans le processus de formation de ce champ, ainsi que dans l'explication de ce même processus. En conclusion, il établit que l'histoire du droit a largement été générée par le champ juridique lui-même, dans la mesure où elle a été utilisée dans le but d'en construire la clôture par la production de mises en récit tout entières orientées autour de l'idée de la capa-

1. Ce texte a été traduit par Stéphanie Hennette-Vauchez.

2. Par l'expression « champ juridique », on désigne ici un champ d'action et de pratiques « structuré et socialement modelé », qui est défini, dans la « discipline et la profession » comme le « monde du droit » (Terdiman, 1987).

citée constamment renouvelée du champ juridique à remplir des fonctions tant sociales (instrumentales) que normatives (universelles). Écrire l'histoire du champ juridique est une étape essentielle à « l'explication des "règles de production des règles" » (Dezalay & Garth, 2002 : 311). Les juristes (et les chercheurs en sciences sociales) sont impliqués de manière permanente dans la formation et la reformulation des règles qui gouvernent l'action publique et sociale. Leurs buts sont en cela essentiellement prescriptifs (Rubin, 1997). Mais la substance des règles ainsi produites « ne peut être appréhendée séparément des circonstances dans lesquelles elles sont créées et produites ». Les méthodes, les théories et les contextes de la formation de ces règles doivent être étudiées, d'où la nécessité d'écrire une « histoire structurale de la création et de la production des pratiques juridiques nationales ». Mais l'histoire, de même que le droit et les sciences sociales, est en elle-même une méthode de recherche et une théorie des conditions de formation des règles, de sorte que, pour écrire une histoire structurale du droit, il faut aussi examiner la pratique de l'histoire du droit elle-même.

I. UNE BRÈVE HISTOIRE DU CAS AMÉRICAIN

La société comme l'État américain ont toujours été les plus juridicisés. Bien avant le début du XIX^e siècle, le droit était déjà le langage de l'autorité dans la nouvelle république. Comme l'écrivait, en des termes restés célèbres, Thomas Paine : « en Amérique, le droit est roi » (Paine, 1999 : III, para. 49 ; Tomlins, 1993 : 21-34). Le simple fait de reconnaître ou d'accorder au droit une telle autorité soulève d'importantes questions. En premier lieu, on peut se demander où était localisé le droit dans la République : dans la constitution fédérale, dans le peuple, dans les assemblées étatiques, dans les cours, dans les professions juridiques, ou encore dans les traditions héritées de *common law* ? Pour Paine, le droit renvoyait à un constitutionnalisme démocratique et anti-nomienne³ ; et il n'était pas le seul à penser ainsi : les juristes, les pratiques judiciaires ainsi que la *common law* étaient fréquemment qualifiés de « merveilleux fléau (*marvelous misery*) ». Les juristes étaient dénoncés pour avoir établi une conspiration avec les juges et les exécutifs gouvernementaux visant à distordre la signification des textes constitutionnels et législatifs. Tout au long des cinquante premières années de la République, les antinomies combattirent les professions juridiques et revendiquèrent « des lois [à eux], dictées par les principes originels du républicanisme, et aisées à comprendre » (Paine, 1999 : para 49 ; Surrency, 1969 : 258 ; Manning, 1922 : 30 ; Tomlins, 1993). Dans ce conflit, la première de nos hypothèses se trouve renversée. Les usages quotidiens du droit reposaient à l'époque uniquement sur de la manipulation juridique. La légitimité métaphysique du droit, par contraste, n'était jamais en cause – au contraire, elle apparaissait comme évidente, naturelle et immuable. Aucune médiation juridique n'était nécessaire. Des jurys populaires, et non des juristes, étaient en charge de résoudre les conflits (Stimson, 1990 : 34-66 ; Hall, 1989 : 107-08).

3. Dans la théologie protestante, « anti-nomienne » renvoie aux sectes radicales qui croient en la possibilité d'entrer en relation avec Dieu sans médiation institutionnelle, qu'il s'agisse du prêtre ou de la doctrine religieuse. Il s'agit ici de pointer du doigt cette tradition américaine de réticence à l'égard d'une interprétation/médiation dans l'accès au droit.

Le droit pouvait échapper aux contraintes antinomiennes de deux manières : l'une conceptuelle, l'autre organisationnelle. La voie conceptuelle était celle du constitutionnalisme de *common law*. Après la révolution américaine, une culture juridique anglocentrée entreprit en effet de (ré)concilier une *common law* coutumière et historique avec une république fondée sur le droit naturel et le consentement populaire, le tout soutenu par une croyance millénaire qui « tournait le passé en prologue et le futur en accomplissement de la destinée républicaine américaine » (Ross, 1984 : 912). Les juristes purent développer l'argument selon lequel, en tant que « coutume », la *common law* comprenait un corps de principes juridiques supérieurs auquel le peuple avait consenti (McCloskey, 1967 : I, 180) ; certains y voyaient même la plus pure expression de la volonté souveraine du peuple (Du Ponceau, 1824 : ix, 91-2), et revendiquaient une capacité encore supérieure des cours à « gouverner la société et promouvoir les conduites socialement désirables » (Horwitz, 1977 : 30 ; Tomlins, 1993). Les juristes américains acquirent une immense autorité sociale par cette consolidation des fondements de *common law* de leur propre compétence. Tocqueville écrit ainsi : « Nos lois écrites [françaises] sont souvent difficiles à comprendre mais chacun peut les lire, alors que rien ne saurait être plus obscur et inaccessible pour l'homme de la rue qu'une loi fondée sur le précédent... Un juriste français n'est qu'un homme d'apprentissage, alors qu'un juriste anglais ou américain tient davantage du prêtre égyptien... le seul interprète d'une science occulte » (Tocqueville, 1969 : 267-8). La seconde voie, organisationnelle, se développa concomitamment à l'émergence du droit comme objet scientifique de recherche et comme pratique professionnelle. Dans les premiers âges de la République, le droit, à l'instar d'autres champs de l'investigation humaine, apparaissait comme enraciné dans la croyance protestante millénariste selon laquelle « le succès de l'établissement d'institutions républicaines » avait fait de l'Amérique la réalisation même d'une volonté divine (Ross, 1984, 912 ; Ross, 1991 : xiv-xv ; Tomlins, 2000 : 914-30). La recherche scientifique, dès lors, avait pour objectif la révélation, par induction, des « lois fixes de l'histoire et de la nature ». La « science juridique » consistait en l'application au droit de cette méthode inductive, dans le but de révéler les « principes universels de la justice naturelle » (Ross, 1991 : xv ; Van Santvoord, 1856 : 7, 14, cité in LaPiana, 1992 : 525 ; Schweber, 1999). Le résultat en fut la consolidation d'une tradition de traités juridiques très systématique, rationnelle et pleine d'assurance⁴. Vers le milieu du siècle, les promoteurs de la science du droit affirmaient l'autonomie du droit vis-à-vis du politique, ainsi que sa prééminence à l'égard des autres sciences (Field, 1884 : 528). Soutenir une telle prééminence supposait l'existence de méthodes d'enseignement systématiques - « une formation professionnelle

4. Écrivant au sujet d'un des maîtres des traités de droit, Joseph Story, Ross note qu'il avait clairement été influencé par l'École historique du droit allemande, menée par Savigny, mais qu'il pensait, dans le même temps, que l'interprétation juridique devait refléter « les fondements immuables du droit naturel ». Pour Story, tout comme pour le grand historien américain George Bancroft, « la religiosité protestante agressive de la culture américaine soutenait une conception précocement moderne des principes universels du Bien et de la Nature, et restreignait d'autant le champ au sein duquel le changement historique pouvait être accepté » (Ross, 1984 : 920, 916-17).

délivrée dans les écoles de droit universitaires » (Field, 1884 : 532). Mais en ce milieu de siècle aux Etats-Unis, de telles méthodes systématiques d'enseignement n'existaient guère dans le champ du droit. Le droit était appris via l'apprentissage dans les cabinets, où l'accent était mis de manière fonctionnelle sur les besoins des clients (LaPiana, 1994 : 38, 42). Avant guerre, la profession n'avait pas grand-chose de commun avec ce qui deviendrait, au vingtième siècle, la norme du professionnalisme (Bender, 1993 : 6 ; Hall, 1989 : 212).

Tout cela changea considérablement après la guerre civile. En tant qu'évènement, la guerre (1861-1865) affecta considérablement la croyance dans le caractère immuable des institutions républicaines, et contribua à ce qu'un scientisme historique vienne se substituer aux naïves méthodes inductives. (Ross, 1984 : 925). Ceci opéra de manière nette dans les décennies qui suivirent la guerre. En premier lieu, sur le plan institutionnel, la guerre, puis la reconstruction (1859-1877) confèrent une nouvelle forme à l'Etat américain, plus nationale et centralisée. Simultanément, le processus de reconstruction et la corruption du parti républicain, qui incarnait jusque-là presque à lui seul l'Etat, discréditèrent tant le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif, créant ainsi des opportunités inédites pour les élites juridiques (Bensel, 1990 ; LaPiana, 1992 : 529-30 ; Pound, 1938 : 49 ; Novak 1996 : 247). En second lieu, sur le plan culturel, l'industrialisation rapide qu'accompagnent alors des changements économiques, sociaux et culturels (immigration, urbanisation, dislocation démographique et diversification culturelle, formation et conflits de classes) firent disparaître pour une large part la bourgeoisie d'avant guerre (Ross, 1984 : 925). Enfin, d'un point de vue organisationnel, les sociétés savantes (par lesquelles le savoir avait été défini avant-guerre disparurent (Haskell, 1977 : 42-4). A compter des années 1880, tant la formation et la recherche universitaire que les professions se scindèrent en disciplines et organisations professionnelles bien distinctes ; c'est autour de ces frontières nettes que s'organisèrent, à compter de cette période, le savoir et la connaissance.

Le champ juridique américain moderne émergea à la faveur de ces transformations (Schlegel, 1985), dont le point de départ fut constitué par l'école de droit de Harvard, où le principal innovateur du champ, Christopher Columbus Langdell, érige le droit en expertise - à savoir un savoir professionnel spécifique, élaboré sous forme de règles explicites, qui se développe selon des méthodes rigoureuses d'analyse, et qui s'organise autour de standards institutionnels exigeants (LaPiana, 1994 : 7-28). La nouvelle pédagogie promue par Langdell (la méthode casuistique) opéra en outre une rupture conceptuelle fondamentale en matière d'analyse juridique, notamment en tant qu'elle érigea la décision judiciaire en moment essentiel de l'activité juridique (LaPiana, 1994 : 58, 70 ; Kimball, 1999 ; Redlich, 1914 : 9-21). Les innovations de Langdell produisirent et confèrent au droit son identité moderne, qui devint tout à la fois un discours techniquement sophistiqué manié, dans les tribunaux, par des élites professionnelles du droit, et sujet à analyses et reconstructions raffinées, produites par des savants professionnels dans les écoles de droit (Beale, 1905 : 283 ; Ames, 1913 : 364, 366-68 ; Redlich, 1914 : 55, 57).

Les innovations de Langdell repoussèrent les difficultés à la fois en dehors et en dedans du champ juridique. Au dehors, les autres disciplines se mirent à contester les capacités imputées au droit. Ainsi, dans *Dynamic Sociology, or Applied Social Science* (1883), Lester Frank Ward appelait de ses vœux « un nouveau système de gouvernance » basé sur l'émergence de « moyens fiables de contrôle public sur les effets véritables de certaines politiques du point de vue de leurs objectifs sociaux » (Lacey, 1993 : 152). Dès lors, la détermination des règles devait ressortir de la compétence exclusive des législateurs, formés aux nouvelles sciences sociales (Ward, 1968 : I, 37-40). Au sein même du champ juridique, on vit ensuite les élites traditionnelles s'opposer aux innovations de Langdell. L'évaluation critique des décisions de justice que produisait la méthode casuistique tranchait en effet singulièrement avec les anciennes représentations du droit, qui y voyaient pour l'essentiel des principes préexistants et simplement appliqués à des cas d'espèce par les juges. Jusqu'aux années 1890, l'Association du barreau américain continua ainsi à rappeler que « les décisions de justice ne sont pas une vraie source du droit » (LaPiana, 1992 : 526-36 ; Baldwin, 1900 : 259-61). Langdell promut aussi une distinction épistémologique rigide entre le droit et la jurisprudence – rigidité versus conjecture, règle versus motifs, description versus prescription. Les juristes devaient, selon lui, « apprendre et rendre le droit comme il est » et non comme « il doit être ». (LaPiana, 1994 : 77). Ses contemporains furent peu enclins à adopter une telle rigidité de raisonnement. Ils cherchèrent au contraire à conserver au droit toute sa grandeur en le liant à une instance transcendante : ordre divin, coutume évolutive, voire même « le droit infini, impénétrable, universel » (Siegel, 1995 ; Siegel, 1990 ; Siegel, 2001 ; Grossman, 2002 ; Holmes, 1897 : 478). Il s'agissait là de conflits cruciaux au regard de l'enjeu de la répartition de l'autorité dans le champ du droit. Langdell fit de la *law school* le seul lieu idoine pour la formation au droit et à l'interprétation juridique, substituant ainsi en la matière à l'ancienne tutelle des praticiens (les juristes et les élites du barreau) celle des professeurs (du corps professoral) – ce qui était condamné comme révélant une « incroyable arrogance ». Substituer la critique académique à la décision de l'acteur juridique (en tant que base de l'enseignement) revenait à réduire l'enseignement du droit à une « gymnastique intellectuelle » (Gray, 1883). Pour Oliver Wendell Holmes, le droit était « ce que font les tribunaux ». La formation juridique se devait de fournir aux futurs juristes les moyens de prédire ce que les juges allaient faire, et non de les inciter à s'adonner à l'herméneutique (Holmes, 1897 : 457, 461 ; Grey, 1989 : 829, 830, 839).

Pour des générations de savants américains, Holmes représente le juriste héroïque qui incarne l'idéal de « la profession juridique..., de la fonction judiciaire et... de l'intellectuel » (Gordon, 1992 : 4-5 ; Kahn 1999 : 101). Mais la modernisation du champ juridique américain n'était pas une question d'image ; il s'agissait d'un projet institutionnel de transformation des méthodes de production du droit et des juristes (Hull, 1997 : 27 ; Gordon, 1983 : 76 ; Carrington, 1995 : 701-04). Elle concernait toutes les composantes du champ : (a) des écoles spécialisées dans la formation des étudiants

et la délivrance des titres, (b) une profession organisée qui monopolisait l'expertise et contrôle l'accès aux institutions juridiques, (c) un ordre judiciaire qui produisait les données brutes à partir desquelles se construit l'expertise et (d) une élite académique qui se définissait par la détention d'un savoir autonome qu'elle avait elle-même inventé et qui revendiquait, au nom de ce savoir, une autorité interprétative sur les règles produites par le champ juridique. Le projet rencontra un succès phénoménal. Il assurait le monopole du droit sur les outils étatiques de réponse aux demandes de transformation sociale. Ce fut le moment-clef, le signal, dans « une histoire structurale de la création et de la production de pratiques juridiques nationales » (Dezalay & Garth, 2002 : 311) en Amérique.

II. L'HISTOIRE COMME EXPLICATION ET COMME JUSTIFICATION

L'histoire peut être mise au service de l'explication du champ juridique de deux manières. Il y a en premier lieu l'histoire générée par le champ juridique lui-même, qui peut être vue comme une auto-explication ; il y a aussi l'histoire qui fait tant du champ juridique que de cette première histoire auto-générée des objets de recherche. Au XIX^e siècle, l'histoire élaborée de la première manière était prépondérante en Europe, mais pas aux Etats-Unis – en tous cas jusqu'à après la guerre civile. L'histoire « seconde manière » est d'apparition plus récente. Aux Etats-Unis, l'histoire du champ juridique en tant que sujet de recherche à part entière n'apparut qu'après 1950. Et ce n'est qu'au cours des trente dernières années qu'elle est véritablement devenue une discipline, organisée comme telle et caractérisée par des méthodes concurrentes.

« *Historical jurisprudence* »

L'adoption d'une perspective historique sur le droit et son développement était une dimension importante de la pédagogie de Langdell (Ames, 1913 : 476 ; Langdell, 1871 : viii). Des membres importants de la nouvelle équipe à Harvard – Ames, Beale, Thayer – s'y intéressaient d'ailleurs et faisaient de l'histoire du droit. Mais leur histoire était au service d'une exégèse doctrinale. Elle cherchait à restituer le processus (atténuation des « archaïsmes et anomalies », montée en « généralité et en cohérence interne ») par lequel la *common law* se prêtait progressivement au jeu de la transcription en règles générales dérivées de « grandes décisions » (Gordon, 1975 : 15-17 ; Gordon, 1981 : 1026, 1040). Faire ainsi de l'histoire un outil permettant de rendre compte des fondements du droit présent était stratégiquement avantageux, dans la mesure où cela contribuait à internaliser le contrôle du droit sur sa propre épistémologie.

Dans l'Europe du XIX^e siècle, une plus grande « sensibilité à la spécificité de cultures et d'histoires différentes » (Ross, 1984) encouragea plus rapidement à se tourner vers l'histoire pour l'étude des théories concernant la formation et le développement du droit. En Angleterre, l'archétype de cette

démarche est l'ouvrage *Ancient Law* (1861) de Sir Henry Maine, mais il n'est pas cependant représentatif de ce mouvement dans la mesure où Maine n'engageait pas vraiment une réflexion historique. Il se bornait à présenter des « propositions axiomatiques » qui résumaient « tout le passé en un état unique que le progrès laissait derrière lui » (Stein, 1980 : 97). Mettant l'accent sur l'universalité du développement du droit, Maine soutenait la thèse selon laquelle toutes les « sociétés de progrès » connaissaient le même schéma de développement : « dissolution progressive de la dépendance familiale et croissance de l'obligation individuelle » (Maine, 1874 : 168). Le berceau du mouvement de « *historical jurisprudence* » fut l'Allemagne. Bien plutôt qu'il ne chercha à inventer des axiomes qui auraient servi de manière appropriée des ambitions impériales, le courant allemand de *historical jurisprudence* émergea de la nécessité politique de poser la question de la signification de l'histoire allemande (Iggers, 1968 : 8-11). Intellectuellement, ses origines remontent aux études de droit romain entreprises par Friedrich Carl von Savigny. Savigny définissait le droit non pas comme l'expression de principes immuables de droit naturel ou de droit divin, mais bien plutôt comme un système de règles formelles destiné à résoudre des conflits entre différentes manifestations de l'autonomie individuelle. Les règles de droit étaient par ailleurs, selon lui, fondées dans l'esprit national (le *Volksgeist*). L'expression concrète, historique du *Volksgeist* fournissait la base des structures juridiques nationales dont la fonction est de rendre explicites les règles formelles immanentes aux coutumes et pratiques du *Volk* (Reimann, 1990 : 852-8 ; Reimann, 1990 : 82-3).

Le mouvement de *historical jurisprudence* émergea à partir des débats politiques qui débutèrent lors des luttes contre l'occupation napoléonienne. Sa première expression se trouve dans la critique que rédigea Savigny en 1814 au sujet de l'appel d'Antoine Thibaut en faveur d'une codification du droit civil allemand. Thibaut rejetait le droit romain et la tradition savante qui l'accompagnait en tant que contraintes étrangères imposées au *Volk* ; il en appelait à un code, qui pourrait faire revivre la culture allemande moderne en restaurant l'intimité du *Volk* en même temps qu'il constituerait une base commune pour l'ensemble des territoires de langue allemande en vue d'une unification nationale (Whitman, 1990 : 102-5 ; Gale, 1982 : 128-31). La réponse de Savigny s'articulait autour d'une défense de la tradition allemande de droit romain. Depuis un millénaire qu'elle est introduite, raisonnait Savigny, la tradition de droit romain est indissociable de la culture juridique allemande. À l'inverse, la connaissance historique de la coutume allemande est trop éparse et incertaine pour fonder un code allemand autonome ; et la codification en elle-même est un projet douteux, né « de fausses Lumières, quand les hommes avaient perdu toute compréhension de l'histoire humaine de même que le sens des proportions dès qu'il s'agissait de leurs pouvoirs ». L'unité juridique allemande supposait donc que fût reconquise la coutume dans sa diversité et telle qu'incarnée de manière raffinée par le droit romain. Tout cela dépendait, précisément, des traditions savantes qu'abhorrait Thibaut (Whitman, 1990 : 108-9). Placer l'accent sur le rôle des juristes universitaires dans la production des règles (*Juristenrecht*)

ne revenait pas pour autant à dénier au *Volkgeist* sa légitimité originelle : « Le peuple serait théoriquement à l'origine des règles ». Mais l'univers de Savigny était un univers d'expertise disciplinée, où le droit se développait à travers l'étude systématique des Pandectes et de l'histoire de Rome (Whitman, 1990 : 109-10, 119-20)⁵. De Savigny à G.F. Puchta, le plus grand interprète de la *Pandektenwissenschaft*, il y avait donc une progression logique. Malheureusement, cet univers rendait quasiment impossible la réconciliation de la coutume allemande et de l'expertise de droit romain. Pour Puchta, la conviction commune de la profession telle qu'elle trouvait à s'exprimer dans l'expertise du juriste savant constituait une base légitime pour le droit, au même titre que la conviction commune du *Volk* exprimée par la coutume. Tandis que la coutume perdait progressivement en pertinence, le *Juristenrecht* devenait le moyen de toutes les fins. L'école historique se scinda alors entre partisans de la tradition de droit romain et ceux qui cherchaient à recréer un passé spécifiquement allemand (Whitman, 1990 : 120-4 ; Stein, 1983 : 63-4 ; Reimann, 1992 : 83-4 ; Reimann, 1990 : 868-70 ; Gale, 1982 : 140-2 ; Smith, 1895 : 674-5).

L'École historique préfigurait le champ juridique américain, tant du point de vue de ses méthodes de production des règles que du point de vue de la structure de l'autorité qu'elle charge de surveiller et appliquer ces dernières. L'Allemagne fournit au corps professoral américain un modèle qui favorisa l'émulation : une organisation disciplinaire, une expertise, un statut social et intellectuel. Le *Juristenrecht* représentait en quelque sorte ce qui pouvait se faire de mieux en termes d'autorité savante. Mais c'est aussi du point de vue du contenu que la *historical jurisprudence* allemande a influé sur le champ juridique américain, dès lors que ses modalités complétaient utilement celles qui étaient revendiquées pour l'adjudication selon la *common law* : fondée sur la coutume, contrainte par l'autorité du précédent et de la décision de justice, en tension permanente vers l'uniformité au moyen du dégagement de règles générales (Reimann, 1993 : 179-80 ; Redlich, 1914 : 42-3). Ainsi, pour James Coolidge Carter, le « champion proéminent de l'*historical jurisprudence* à l'américaine », le droit était fondé sur la lente évolution d'une coutume profondément enracinée, qui disciplinait les intérêts conflictuels et permettait de faire l'économie de grandiloquentes initiatives de type démocratique (Grossman, 2002 : 578, et plus généralement 604-12 ; Reimann, 1989 : 103-6)⁶. D'autres, comme William G. Hammond, John Norton Pomeroy, Thomas McIntyre Cooley ou encore Christopher

5. Savigny s'opposait activement aux affirmations des juges selon lesquelles leurs décisions devaient être considérées comme sources de droit. « Il était très important pour Savigny... que la principale source du droit ne réside pas dans les décisions de justice, mais qu'elle fut, au contraire, constituée par les travaux savants et traités juridiques » (Whitman, 1990 : 8-9, 34-6, 129).

6. Comme l'observe Reimann (1989 : 105-18), Carter restitua la pensée de Savigny dans une forme plus dogmatique, plus extrême et plus élitiste qu'elle ne l'avait jamais été : l'organicisme du droit devient une vérité absolue, et dès lors aucune codification n'est jamais légitime ; *Juristenrecht* aussi devient un principe absolu et dès lors la règle issue de l'expertise juridique ne peut jamais être mise en cause. Il faut encore noter que Carter mettait les juristes académiques (les professeurs) à la place des professions juridiques dans leur ensemble pour ce qui était de l'identification des principaux détenteurs des capacités d'expertise dans le champ juridique.

Gustavus Tiedeman, embrassaient généralement l'idée du droit comme le « produit évolutif d'une interaction mutuelle entre la race, la culture, la raison et les événements », qui pouvait, de ce fait, être révélé par l'étude historique (Siegel, 1990 : 1435 ; LaPiana, 1992 : 537-44). Cela étant, pour ce qui est de l'objectif de rendre compte des origines, c'est-à-dire de la mesure de l'influence du droit sur les spécificités de l'expérience historique nationale, l'influence allemande fut plus réduite. La doctrine américaine préféra de ce point de vue les généralisations universalisantes aux approches fondées sur les spécificités historiques (Grossman, 2002 : 607-8 ; Siegel, 1990 : 1438).

Réexaminant cette période dans les années 1920, Roscoe Pound vit dans le courant de *historical jurisprudence* une tentative de résolution de ce qui était un problème central dans la pensée juridique du XIX^e siècle, à savoir la conciliation entre « certains principes fixes d'ordonnement de l'action humaine » et « les changements continuels dans la vie sociale ». Selon lui, le courant de *historical jurisprudence* « [avait] cherché la stabilité en établissant des principes de croissance... découverts par l'expérience humaine » (Pound, 1923 : 1, 9). Mais une théorie du progrès encadrée dans la coutume ne pouvait pas rendre compte des transformations sociales massives qui caractérisaient la fin du XIX^e siècle ; c'est la coutume qui se fragmenta, devint « incertaine, complexe, contradictoire et déroutante ». Et le véritable enjeu prit la forme de choix : qu'autoriser ? qu'interdire ? Et selon quels critères ? Les « philosophies de l'action et de la création » l'emportèrent sur la coutume, et se concurrencèrent entre elles : celui qui l'emportait devenait le législateur et exerçait officiellement le pouvoir (Commons, 1924 : 299-300 ; Pound, 1923 : 11). La critique de Pound vis à vis de l'*historical jurisprudence* était en réalité dirigée contre Rudolf von Jhering (Pound, 1963 : 203-05). Initialement partisan de l'école historique, Jhering prit ses distances à compter des années 1870 pour mettre davantage l'accent sur l'importance des « luttes de conscience » dans la formation du droit : les conflits généraient en effet selon lui « des efforts conscients des juristes pour résoudre les problèmes posés par la vie sociale ». Son idée était que les conflits, de par leur seule existence, faisaient avancer les intérêts de la société. Ainsi, une action égoïste destinée à obtenir la satisfaction d'un intérêt personnel produisait également des effets sociaux, de par le fait que la revendication avancée contraignait les différents protagonistes à se positionner par rapport à elle et à trouver un terrain d'entente. La multiplication de tels ajustements généraient alors « les règles étatiques officiellement coercitives incarnées dans des normes impératives » (Jhering, 1915 : 1-2 ; Stein, 1983 : 66-8 ; Whitman, 1990 : 214 ; Herget, 1993 : 206).

Le pendant américain de cette doctrine jhéringienne (Smith, 1895 ; Smith, 1896 ; Smith 1897) fut le pragmatisme. Certes, ce courant soutenait que le droit est « constitué de pratiques contextuelles, situées, enracinées dans la coutume et dans des attentes partagées », autrement dit, le droit est historique ou historiquement situé. Mais le droit apparaissait aussi comme instrumental en tant qu'il pouvait être appréhendé comme « un moyen pour atteindre des fins socialement désirables ». Ces deux idées apparaissent dans

The Common Law, ouvrage dans lequel Holmes rejette une perspective historiquement évolutionniste pour lui préférer un « historicisme non téléologique et faisant davantage de place au conflit », fondé sur « une féroce bataille darwinienne » (Grey, 1989 : 805 ; Reimann, 1992 : 105 ; Ernst, 1993 : 1051). Mais la théorie de Jhering n'avait rien de darwinien. Les conflits autour du droit sont une activité humaine essentielle et sont guidés par « le sentiment du droit » (*Rechtsgefühl*) qui éclot dans toutes les sphères où des droits sont violés ou non-appliqués. De la même manière, l'histoire ne se résume pas au fait de rendre compte du contexte social dans lequel l'action juridique est instrumentalisée ; l'histoire est en elle-même, et de manière indépendante, un mode de connaissance des phénomènes juridiques (Jhering, 1915 : 61, 21, 12-15)⁷. Pour Holmes, par contraste, c'était bien le juriste qui était source de droit : il en était l'auteur en tant que son action lors des conflits entre revendications opposées produisait des effets socialement utiles. Dans cette perspective, s'il ne niait pas que l'approche historique puisse révéler les termes du choix, il restait que « la substance du droit à un temps donné correspond pour l'essentiel... à ce qui est, à ce moment-là, perçu comme utile ». Comme Pound, Holmes prenait conscience de ce que les théories évolutionnistes du changement juridique ne permettaient pas de rendre compte des périodes de bouleversement social. Mais cela les a menés à marginaliser l'histoire du droit plus qu'à chercher à la réorienter (ce qu'a tenté Jhering) (Ernst, 1993 : 1056 ; Holmes, 1923 : 1 ; Holmes, 1897 : 461 ; Gordon, 1975 : 30).

L'Historical jurisprudence avait donc tenté de réunir « le peuple », ses usages du droit ainsi que les méta-caractères du droit en une seule approche, dont le ferment était l'histoire en tant qu'expérience commune. La science du droit telle que développée par Langdell était une réaction à l'incapacité de l'expérience commune à accomplir une telle mise en ordre dans une époque de fragmentation sociale accélérée. Pour ce faire, elle imputa de manière un peu frileuse les méta-caractères du droit aux processus et institutions internes au champ juridique, cantonnant dès lors dans le domaine de compétence d'une élite technocratique la médiation d'autorité entre usages privés du droit et normes sociales. La réaction de Holmes était similaire de ce point de vue, en tant qu'il rejetait l'approche historique (de manière constante depuis *The Common Law* jusqu'à « *The path of the law* ») pour n'exprimer le droit qu'en ayant recours seulement à un ensemble de pratiques professionnelles. C'est essentiellement par la supériorité qu'il reconnaissait aux juges et aux praticiens sur les savants qu'il se distinguait de Langdell. Quant à Pound, il rompit avec l'histoire évolutionniste pour recommander par préférence une approche « sociologique » du droit.

7. Dans l'un de ses derniers travaux (un essai sur l'historiographie juridique publié deux ans après sa mort publié sous le titre *History of the Evolution of the Roman Law*, 1894), Jhering offrait des réflexions décisives sur l'histoire du droit, rapportées ici par Munroe Smith. « L'histoire du droit, [dit Jhering] ne devrait pas se cantonner à être descriptive ; elle ne devrait pas se contenter de dire ce qui s'est passé, quels changements se sont produits. Elle ne devrait pas se contenter de cela : elle devrait mettre à jour les relations causales entre faits antécédents et sub-séquents, c'est-à-dire montrer comment tel changement a emporté tel autre... De cette manière, l'histoire du droit aurait un droit à exister pour elle-même, comme science indépendante... Elle doit s'émanciper de toute idée d'utilité pratique pour le juriste » (Smith, 1897 : 32).

Quelle qu'ait ainsi été la voie choisie, on constate que les espoirs formulés par Jhering autour de l'idée que les déficiences de l'école historique suscitaient l'avènement d'une nouvelle histoire du droit, indépendante de la pratique juridique, aient été déçus.

Le droit et la pratique de l'histoire (1) : une historiographie interne

Eut-il été possible qu'une telle approche historique vienne de l'extérieur du champ du droit ? Quelles que soient ses origines en tant que discipline, l'histoire aux Etats-Unis était tout à fait désireuse de reproduire le modèle allemand - tout comme l'avait été la première génération de juristes universitaires (Novick, 1988 : 21-59 ; Higham, 1973 : 10-11). Les historiens américains ont donc suivi l'exemple allemand, notamment dans l'accent qu'ils ont mis sur la redécouverte de la discipline en tant qu'expertise professionnelle. Ils ont imité l'étude évolutionniste des institutions politiques et juridiques (Gordon, 1975 : 14), et ils ont idéalisé la méthode allemande, notamment l'approche « documentaire et philologique » développée par Leopold von Ranke et caractérisée par « l'extraction des purs faits ». La science historique de Ranke était sans aucun doute empirique ; mais sa conception des « faits » avait une essence spirituelle qu'il était du devoir fondamental de l'historien de comprendre. « Les faits ont une essence. L'apparence extérieure n'est pas ce que nous avons à découvrir. Il y a quelque chose qui a lieu à l'intérieur... Il est de notre devoir de reconstituer ce qui s'est réellement produit ». La description que livre Jhering de ce que devrait être l'histoire du droit - c'est-à-dire non seulement descriptive, mais aussi capable de restituer les chaînes de causalité, la totalité de la réalité des événements - n'est pas très éloignée de ce modèle⁸. Malheureusement, les disciples américains de Ranke étaient aussi peu sensibles à la dimension philosophique de sa conception de l'histoire que leurs collègues juristes l'étaient vis-à-vis de celle défendue par Jhering (Novick, 1988 : 28 ; Iggers, 1967 : 63-4 ; Higham, 1973 : 108). Pas plus que l'*historical jurisprudence* n'était parvenue à rendre compte de rapides transformations sociales, les théories évolutionnistes du changement historique n'ont marqué durablement les historiens. Des thèmes tels que le développement « universel et nécessaire » furent vite abandonnés au profit d'autres, comme « les variations locales et spécifiques à un environnement donné ». D'autres encore ont préféré expliquer le changement social et politique en recourant à des facteurs économiques et sociaux - mais non juridiques (Gordon, 1975 : 17-18 ; Higham, 1973 : 104-131). Et à mesure que tant le droit que l'histoire cédaient à cette tendance croissante à se concevoir comme domaines de savoir auto-référentiels, un rétrécissement de l'espace des possibles en termes de développement d'une nouvelle histoire du droit se produisait. La division du territoire était, en

8. Jhering n'aurait certainement pas adhéré à la croyance de Ranke dans le fait que derrière les événements historiques œuvrerait une totalité spirituelle ; cela étant, ses développements sur « le sentiment du droit » (*Rechtsgefühl*) comme expression d'une « valeur idéale », ainsi que sur le devoir éthique individuel de participer à la lutte pour ce droit, comme finalités de l'action juridique ont des résonances philosophiques considérables (Jhering, 1915 : 59-67).

effet, une raison supplémentaire à l'impossible prospérité de la vision qu'avait défendue Jhering d'une histoire du droit opératoire.

C'est Pound qui se rapprocha le plus de cette perspective. Une histoire sociologique du droit devait selon lui exposer « les effets sociaux produits, par le passé, par les doctrines juridiques ainsi que la manière dont elles les auraient produits ». Elle devait montrer la manière dont les règles et les doctrines juridiques reflétaient « les conditions économiques, sociales et psychologiques » (Pound, 1963 : 212-13). Mais Pound est toujours resté ambivalent dans sa compréhension de la *sociological jurisprudence*, craignant que cela n'ouvre le champ juridique à d'autres revendications de compétence et en conséquence, que cela affaiblisse le contrôle du droit. Il reconnaissait les mérites de l'histoire telle que présentée par Jhering mais, dans le même temps, s'en démarquait : « Il est possible de surévaluer cette approche de l'histoire *pour des motifs juridiques* » (1963 : 10). Et lorsque, des années plus tard, Pound revint vers l'histoire dans ses conférences sur *The Formative Era in American Law*, son modèle n'était plus Jhering mais Puchta. Le droit américain s'est donc continuellement abreuvé à une source interne : protégé de toute influence généralisée du social, il était pour l'essentiel enserré dans une « tradition juridique enseignée ». Héritée d'Angleterre, transmise à des générations successives de juristes et de juges, tempérée par la formation et la pratique, cette *tradition enseignée* était « bien plus significative dans notre histoire juridique que les conditions économiques liées au temps et au lieu... Elles ont suscité l'apparition d'une *communis opinio* à travers le pays dans son entier qui vaut pour l'écrasante majorité des questions de droit » (Pound, 1938 : 82-3, 83-101). Vers le milieu des années 1930, Pound ne croyait plus guère ni dans la législation ni dans la régulation administrative mises en place par le *New Deal*. Dans un monde de conflit social et d'intérêts particuliers, la certitude du droit - homogénéité de la norme, de sa valeur et de son intention - ne pouvaient plus être préservées que par le maintien de cette « tradition enseignée » commune à une profession en plein renouvellement. L'autonomie du droit était la création d'une expertise propre au champ juridique lui-même. La *communis opinio* du champ juridique était le point d'ancrage sur lequel les forces extérieures, qu'il s'agisse de déterminisme économique ou d'irrationalité démagogique, se heurtaient.

Le droit et la pratique de l'histoire (2) : une historiographie externe

Avant les années 1950 aux États-Unis, l'histoire du droit était quasiment inexistante en dehors du champ juridique. Et à l'intérieur de ce champ, la tutelle de Pound l'avait peu ou prou réduite à n'être qu'une des modalités de la célébration de la tradition de *common law*⁹.

9. Llewellyn (1931) insistait lourdement sur l'indigence de la production savante américaine dans le champ de l'histoire du droit. Le champ était selon lui « fascinant », mais « méconnu » ; il était « fertile », mais « virtuellement en friche ». En 1994, Willard Hurst rappela que vers le milieu des années 1930, « il est vrai qu'il n'y avait guère que trois ou quatre historiens du droit aux États-Unis » (Hartog, 1994 : 385).

Le premier savant à rompre avec cette orientation fut Willard Hurst.

Hurst fit ce que Pound n'avait que prétendu faire : il élaborait une sociologie de l'action et des institutions juridiques (Novak, 2000 : 99). Comme Jhering, Hurst voyait le droit provenir, pour l'essentiel, de la relation entre l'action humaine et les structures sociales. Sa recherche empirique reproduisait la théorie jheringienne de l'ordre juridique en tant qu'ordre produit par la lutte entre intérêts, et donc comme expression d'une finalité sociale - une conception de la causalité qui renversait la « tradition enseignée » de Pound. « Dans l'interaction entre le droit et la vie américaine, le droit était passif, objet des forces sociales bien plus souvent que sujet les gouvernant » (Hurst, 1950 : 4). Les usages du droit comme vecteur de l'intérêt particulier constituent l'idée première du fameux ouvrage de Hurst *Law and the Conditions of Freedom* (1956). Selon lui, la fabrication du droit n'exige pas l'action d'un juriste héroïque. Au contraire, elle est immanente à l'action de citoyens ordinaires d'une manière « étroite et pratique » dans la mesure où le droit est « un instrument d'obtention de résultats immédiats » (Hurst, 1956 : 3, 10 ; Hurst, 1977 : 23). Ainsi, des luttes individuelles génèrent des structures socio-juridiques fonctionnelles. Cependant, une telle approche de court terme ne parvenait guère à rendre compte des méta-caractéristiques du droit. La poursuite d'un intérêt égoïste n'était possible qu'à la condition d'être fondée sur les fondations communes d'une conscience nationale homogène. Les valeurs communes produites par un effort collectif de réflexion en étaient une composante essentielle : sans un consensus global, il ne serait pas possible d'obtenir un équilibre stable à partir d'une multiplicité d'usages individuels du droit. Mais l'habitude et l'absence de réflexion furent plus fortes : « la globalité du champ des volontés ou des intérêts particuliers (qu'ils soient ou non en conflit) ne représente qu'une infime portion de la pression sociale d'ensemble » qui informe le droit. Ces forces qui agissent en « sous-main par rapport à l'intentionnalité ou la conscience » - ce que Hurst appelle « le flottement » ou « l'inertie » - renvoient en réalité à un niveau bien plus enfoui de causalité, et nous rapprochent en cela du *Volksgeist*. Dans la conception hurstienne, c'est le consensus social, tant conscient qu'inconscient, qui fonde les méta-caractéristiques du droit. C'est au sein de cette enveloppe que fournit le consensus social que les divers intérêts particuliers peuvent entrer en conflit en vue d'avantages relatifs, sans toutefois risquer la rupture systémique (Novak, 2000 : 109 ; Gordon, 1975 : 46-7 ; Scheiber, 1970 : 746).

Les protocoles propres au champ juridique (ie la « tradition enseignée » de Pound) ont ainsi fourni tout à la fois les instruments de la lutte d'intérêts et ceux de la médiation entre ces intérêts ; mais les facteurs déterminants du dénouement de ces luttes doivent être cherchés ailleurs. Le déterminant-clé était l'économie telle que réfractée, dans le cas américain, à travers le marché (Hartog, 1994 : 388 ; Hurst, 1964 : 42). La fonction principale du droit était celle d'un pondérateur dans le champ de l'activité économique. Le débat politique relatif au sens du gain ou aux modalités de sa distribution n'était rien d'autre qu'un jeu ; le vrai travail se produisait dans un champ juridique dont les différents acteurs s'étaient vus confier « la fonction idéale »

de « mise en ordre des relations sociales ». Le travail était essentiellement fonctionnel : identifier les faits, établir une politique et veiller à son exécution. Mais l'exécution était entravée par la préoccupation des Américains de maintenir le champ économique comme « champ de l'aventure privée », ce qui générait une indifférence historique vis-à-vis de la création d'institutions publiques efficaces, et rendait le droit sujet à l'influence d'intérêts particuliers. Le défi du droit, dans ces conditions, était de parvenir à être « un médiateur de l'intérêt général ». L'histoire consistait alors en l'analyse des performances du droit, et se bornait à « retracer la manière dont les institutions juridiques parvenaient à gérer les tensions au sein d'un champ de politique publique après l'autre » (Hurst, 1950 : 439, 441-6).

Le rejet de la « tradition enseignée » opéré par Hurst ouvrit la voie aux études historiques du champ juridique aux États-Unis. Une génération entière de savants reprit ces thèmes – les conditions économiques et sociales, l'instrumentalisme, les « normes pragmatiques populaires » –, et établit un point de vue propre à l'étude historique du champ juridique que de nombreux acteurs de ce nouveau courant continuent aujourd'hui de considérer comme un postulat. Pourquoi ce point de vue historique particulier s'imposa-t-il à ce moment-là ? Et comment expliquer que Hurst soit parvenu à éloigner l'approche historique du droit de la seule description de la « production des règles » dans le champ juridique pour privilégier les circonstances dans lesquelles elles sont produites ? On peut répondre à la première question par référence à des éléments de biographie intellectuelle et à des circonstances de temps (Ernst, 2000 ; Landauer, 2000 ; Hartog, 1994). Mais cela n'explique pas pourquoi l'histoire faite par Hurst devint si influente. Naturellement, son approche n'accéda pas spontanément au statut de paradigme (Tushnet, 1972 : 114). L'influence de Hurst fut construite pas à pas et doit beaucoup à ses formidables capacités entrepreneuriales, qui culminent dans le mouvement *Law and Society* au sein duquel l'histoire n'est qu'une des manifestations d'un projet externaliste plus global de transformation du champ juridique emmené par Hurst.

Trois dimensions du projet de Hurst sont plus particulièrement importantes. En premier lieu, il importe de relever que Hurst était, d'un point de vue professionnel, clairement situé au sein du champ juridique et contribuait, par ses écrits, à consolider son importance (Gordon, 2000 : 172). En second lieu, Hurst accordait une attention particulière à définir sa propre position au sein du champ juridique comme une position critique à l'égard des centres d'influence traditionnels qui, jusque-là, avait le plus contribué à la reproduction du champ. Enfin, et en troisième lieu, le point de vue qu'il épousa n'était pas celui de l'histoire pour elle-même mais, bien plus généralement, le point de vue des sciences sociales en général – ce que reflète le fait que, tout au long du XX^e siècle, c'étaient bien davantage les sciences sociales que l'histoire qui apparaissent comme liées à l'innovation dans le champ juridique (Garth, 2000 : 48 ; Garth & Sterling, 1998 ; Tomlins, 2000 : 951-3, 956-7).

L'objectif professionnel de Hurst était donc bien plus vaste qu'une simple ambition pour l'histoire. Il visait à changer les règles gouvernant la production des règles de droit (Tomlins, 2000 : 946-60). Il imposa cette prise de conscience d'une nécessaire innovation à partir de l'idée selon laquelle les professions juridiques étaient en crise du fait de l'échec de l'enseignement du droit à conférer aux métiers du droit une capacité globale à exercer des responsabilités de leadership dans le monde de l'après-guerre. Par-delà cette idée d'une profession en crise, il faut également relever que les disciplines de sciences sociales étaient, une fois de plus, engagées dans une compétition avec le droit pour s'imposer comme un point de vue utile et autorisé pour la prise de décision politique. Hurst prenait certes acte de l'influence croissante des disciplines non juridiques, dans la mesure où il adoptait effectivement des méthodes de « recherche empirique et de science sociale » en droit ; mais pour l'essentiel, il mettait l'accent sur la réforme de l'enseignement du droit et des professions juridiques *de l'intérieur*, via l'appropriation, par le monde du droit, des méthodes d'expertise en vigueur à l'extérieur, le tout en vue de la réforme d'un establishment académique du droit jugé complaisant et suffisant. Les écoles de droit, insistait-il, doivent demeurer la voie privilégiée « pour faire passer les savoirs de sciences sociales et de philosophie dans les processus de prise de décision » (Garth, 2000 : 37-9, 45 47, 48 54). L'histoire selon Hurst devint influente parce qu'elle était une composante d'un projet plus global d'écriture de nouvelles règles pour la production des règles juridiques, via la mobilisation des sciences sociales au service d'un leadership du droit.

Le droit et la pratique historique (3) : Histoire critique du droit

En 1973, Morton Horwitz, qui était alors assistant à l'école de droit de Harvard, fit remarquer que l'histoire du droit américaine « avait été écrite presque exclusivement par des juristes ». Sa préoccupation n'était pas de comprendre ce qui avait maintenu les historiens en dehors de l'histoire du droit ; en revanche, il critiquait l'histoire que ces juristes avaient écrite : une histoire faite de continuités, de traditions et recherches d'origines doctrinales ; autant d'éléments qui avaient « perverti la véritable fonction de l'histoire en la cantonnant au rôle pathétique de justification du monde tel qu'il est » (Horwitz, 1973 : 275, 281). C'est ici la « tradition enseignée » de Pound qui était visée. Horwitz la considérait comme dominante - même si, dans la forme spécifique établie par Pound, elle ne l'était plus, Hurst et ses disciples l'ayant en effet considérablement affaiblie depuis vingt ans. Le début des années 1970 avait incontestablement vu la montée en puissance de l'histoire socio-juridique à la manière de Hurst (Gordon, 1975 : 55 ; White, 1971). Il est d'ailleurs significatif que cela ait précisément correspondu au moment où Horwitz entamait une nouvelle bataille au sein du champ juridique au sujet de la « tradition enseignée » et faisait de la doctrine (*ie* de la signification des règles) le terrain même de l'analyse.

Au cours des dix années qui suivirent, le combat de Horwitz se fondit dans le mouvement de la *Critical legal history* (CLH) (Gordon, 1975 ; Gordon, 1981 ; Gordon, 1984) caractérisé par un rejet massif de l'externalisme hurstien influencé par les sciences sociales. La caractéristique principale des CLH résidait dans son intérêt pour la doctrine et les internalités propres au droit. D'une certaine manière, ce rejet était imputable à Hurst lui-même. Son projet avait visé à protéger la position stratégique du droit. De ce point de vue, on peut considérer que l'apparition du mouvement de CLH, tout comme celle de son mouvement parent qu'étaient les *Critical Legal Studies*, atteste son succès. CLS était en effet un phénomène propre au milieu académique juridique, fondé et emmené par des universitaires du droit formés et enseignant pour la plupart dans les plus prestigieuses et les plus élitistes *Law schools* (Tomlins, 2000 : 959-63 ; Schlegel 1984). Il se positionnait comme critique vis-à-vis du mouvement *Law and Society* et de la manière dont il considérait le droit (à savoir, comme une variable dépendante), ainsi que de son adhésion à une science sociale positiviste. Il revendiquait ainsi une critique interniste et non externe, la théorie sociale plus que la science sociale. L'autonomie relative du droit a donc été le point de départ de ce mouvement. A l'origine, CLH affirmait partager en partie le paradigme externaliste. Les premiers historiographes de CLH y voyaient ainsi une discipline de type socio-juridique. Mais à compter du début des années 1980, CLH rejeta clairement l'externalisme et devint une variante théorisante de cette histoire du droit typiquement interne du champ juridique, qui s'adresse au champ depuis l'intérieur (Gordon, 1984 : 58-9, 63-4, 117-25).

Ce fait même est à l'origine d'une rupture conceptuelle au sein même de ce champ de l'histoire du droit américain en développement. D'une part, la perspective socio-juridique, qui était prédominante dans la recherche historique moderne sur le droit, insista sur la contextualisation et l'historicisation de l'approche empirique des phénomènes juridiques (Welke, 2000). L'impact sur le champ de l'histoire du droit tel que mesuré par les historiens fut considérable. Le droit y a en effet été identifié comme extrêmement puissant - constitutif des relations sociales et politiques - ; mais dans le même temps, il a été dépouillé des accessoires techniques qui permettaient d'amarrer une autonomie effective à ses pratiques constitutives. Les recherches contemporaines sur la culture juridique poursuivaient ainsi leur travail d'érosion de la frontière entre le social et le juridique, tant d'un point de vue empirique que méthodologique. De ce point de vue, le but de l'histoire du droit consistait à contester l'auto-définition des pratiques juridiques par le champ juridique lui-même (Tomlins, 2001). D'autre part, chez les juristes universitaires, l'impact des historiens sur le champ juridique fut marginal (Ferguson, 2002). Depuis le milieu des années 1970, l'histoire du droit telle qu'elle était pratiquée au sein des facultés de droit était placée sous le joug du genre Critique, et du retour à l'internalisme qu'il imprimait. Les résultats obtenus différaient grandement de ceux produits par la « tradition enseignée » de Pound. Mais cette historiographie post-Hurstienne faisait figure de championne de l'histoire des doctrines juridiques (Gordon, 1984 : 116). Pourquoi ? La réponse proposée par Gordon est importante :

(1) assouplir les structures existantes en prenant conscience des conflits et des ambiguïtés qui en affectent les fondements mêmes (2) réhabiliter des alternatives sacrifiées, moins pour les ériger en nouvelles orthodoxies que pour suggérer l'idée d'une malléabilité perpétuelle des structures ainsi que de la possibilité de révisions expérimentales (3) mettre l'accent sur la multiplicité des traditions juridiques ainsi que sur la contestation et la contradiction perpétuelles qui affectent les idées juridiques de base (4) révéler les mécaniques souterraines de construction des idéaux, afin de dissiper le mythe selon lequel ils seraient naturels ou déterminés par le cours de l'histoire et (5) faire émerger de nouvelles lectures pour fragiliser ou concurrencer les lectures dominantes (Gordon, 1996 : 364).

A qui d'autres qu'aux co-acteurs de Gordon au sein du champ juridique cette intervention est-elle adressée ? CLH fait de l'histoire un acteur des luttes d'influence autour de la signification des règles produites par le champ juridique (voir par exemple Minda, 1995 : 256-7). CLH dénie aux juristes la capacité de légitimer les orthodoxies héritées de la « tradition enseignée » de Pound, ouvrant ainsi la voie à des luttes avec les idéologies conventionnelles de la règle produites par le champ juridique. Une tactique avait pu consister à proposer de nouvelles interprétations des règles juridiques traditionnelles, ce qui a suscité des compétitions autour du sens de ces sources et des règles qu'elle génère. Une autre conduit au contraire à insister sur l'affirmation la plus influente de CLH - à savoir que la déconstruction historiciste de la doctrine démontre qu'il n'y a aucune « conséquence nécessaire à l'adoption d'une règle quelle qu'elle soit » (Gordon, 1984 : 125 ; Gordon, 1996 : 358-63). Une fois que l'histoire avait ainsi déclaré la plasticité de tous les modes d'action, il devenait possible de promouvoir une politique radicale du changement juridique. Mais l'indétermination du droit pouvait aussi facilement faire place à une autre politique : un pluralisme libéral orthodoxe ou, de manière plus sérieuse, la démission et l'inaction. Comme l'admit Gordon en 1996, l'affirmation selon laquelle toutes les formes de légalité sont « des artefacts construits davantage que des faits naturels ou déterminés » est intéressante du point de vue intellectuel, mais sape, dans le même temps, toute possibilité de développer « des points de vue transcendants pour la critique de l'ordre présent » (Gordon, 1996 : 365). Plus de deux décennies d'activité intellectuelle ne permettaient donc pas au meilleur interprète de CLH d'expliquer la manière dont les historiens critiques pouvaient donner un sens, une direction à leur projet de renouveau juridique.

Le droit et la pratique de l'histoire (4) : l'historicisme critique

Dans ses propos introductifs à une conférence en 1997 organisée par la *Stanford Law Review*, Robert Gordon saluait l'arrivée d'un nouveau courant au sein de la CLH, l'« historicisme critique », qu'il présentait comme la « piste de recherche la plus passionnante dans le champ du droit aujourd'hui » (Gordon, 1997: 1029). L'historicisme critique représentait en effet un nouveau départ pour la recherche juridique - « un ambassadeur accrédité des Autres Disciplines » - que le monde du droit avait reconnu

comme « une catégorie de pratique intellectuelle pertinente » (Gordon, 1997 : 1023). A première vue, de tels qualificatifs paraissent exagérés. « Pertinence » n'est pas ascendance. Plus encore, l'« historicisme critique » est rapidement apparu comme situé tout entier à l'intérieur du champ clos du droit. Les intervenants à cette conférence étaient d'ailleurs professeurs de droit pour cinq d'entre eux (si l'on y inclut Gordon lui-même) et le dernier étant un historien de la constitution – le genre d'historien le moins intolérable au yeux des juristes (Horwitz 1973, 275). Ainsi, il était demandé à une partie du champ juridique d'accréditer et de reconnaître les analyses d'une autre partie du même champ ; rien de plus, rien de moins. Il reste que, potentiellement, autre chose aurait pu se jouer. Comme le dit Gordon, l'historicisme critique est moins une pratique au sein du champ juridique qu'un appel à l'aide – « toute approche du passé qui produit des perturbations dans le champ... toute approche qui défait les stratégies familières par lesquelles nous disciplinons le passé dans le but de normaliser le présent ». Selon ces critères, une fois qu'elle s'intéresse au droit, « toute histoire, en tant qu'elle est faite par des historiens modernes, (est) potentiellement » une histoire critique (Gordon, 1997 : 1024). Ceci suggère que l'historicisme critique porte en lui une altération de la trajectoire suivie par la recherche historico-juridique, et l'émergence d'un nouveau paradigme qui revient sur la brèche ouverte par la CLH et caractérisée par le glissement d'une histoire sociale à une histoire doctrinale. L'histoire qui est importée dans le monde du droit est donc une histoire admise dans un champ où « les conditions de la légitimité » sont déjà définies. Une telle histoire cherche à identifier quelles sont ces conditions, à comprendre de quelles circonstances sociales, économiques, politiques et culturelles elles sont issues, ainsi que depuis quel point de vue elles peuvent être observées. Et elle le fait selon ses propres termes. En une occurrence antérieure, du temps de Hurst, le droit semblait prêt à solliciter une aide interprétative. Gordon considérait alors que Hurst avait « ouvert les portes » à l'historiographie générale (Gordon, 1975 : 54-5). Mais Hurst avait toujours considéré que cet intrus devait être placé sous surveillance. Lorsque des non-juristes sont admis sur le terrain juridique « il est rare – du point de vue du juriste – qu'ils fassent autre chose qu'enfoncer des portes ouvertes ou tomber dans l'erreur qui consiste à confondre les mots et la substance » (Hurst, cité in Garth, 2000 : 48 ; Llewellyn, 1931). L'histoire était ainsi invitée à contextualiser et réinterpréter le droit, à traiter le droit comme constitué d'« artefacts culturels, constructions de l'esprit, historiquement contingents et sans cesse contestés et renégociés » (Gordon, 1997 : 1029). Peut-être l'historien moyen est-il jugé trop commun aux yeux du monde du droit, trop libre de contempler et ricaner, babiller et plaisanter au sujet des structures et des lois qui ont produit et reproduit le droit. Nous verrons. Historiquement, le droit a été réceptif à des rencontres avec les disciplines qui améliorent soit sa capacité à s'auto-expliquer, soit ses performances en contribuant à déterminer les conditions de la légitimité – mais ne l'a guère été à l'égard des disciplines qui gênent son déploiement de pouvoir et d'autorité. L'historicisme critique doit désormais dire si son projet permet à l'histoire de pénétrer librement dans le champ du droit indépendamment et sans être limitée par son champ d'investigation et/ou par ses

interlocuteurs, de traiter le droit comme un sujet comme un autre, et de sonder son exercice du pouvoir.

CONCLUSION

Aux Etats-Unis, la crise de contrôle liée à la croissance exponentielle des usages du droit, couplée à la transformation des conditions de production du savoir, a produit un champ juridique clos tel qu'il s'offre à l'esprit moderne. Mon analyse du recours à l'histoire comme explications de ces moments successifs de crise et de renouveau du champ juridique, a mis l'accent sur l'appropriation de l'histoire par le champ juridique pour servir ses intérêts spécifiques – de la même manière que, dans d'autres travaux, j'ai décrit la manière dont les acteurs du champ juridique s'étaient saisis d'autres savoirs et d'autres formes de pouvoir en dehors du champ, afin de reconstituer sa substance tout en préservant son essence de monde clos (Tomlins, 2000). Pour l'essentiel, dans le cas américain, la tâche de l'histoire a ainsi été de fournir des justifications aux différentes itérations du monde juridique, en procédant à des mises en récit qui imputaient du sens aux changements intervenant au fil du temps. Ces mises en récit historico-juridiques ont été largement évaluées à l'aune de leur origine : interne ou externe au champ juridique ? Les récits externes tendent à avoir été marginalisés ou sous-estimés. On peut même dire que les récits savants qui ont réquisitionné l'histoire aux fins de critique interne du champ juridique (le paradigme externe de Hurst, la CLH...) l'ont fait en l'orientant de manière à ce qu'ils servent la finalité poursuivie par la critique. De ce fait, le champ juridique est parvenu à conserver en interne cette capacité à construire sa propre histoire.

L'historicisme critique représente peut-être les débuts d'un nouvel essor de l'histoire, en ce qu'il se refuse à être sélectif mais, au contraire, affirme embrasser l'histoire comme méthode nécessairement plurielle qui résiste à l'instrumentalisation, fournit « une corne d'abondance... à de nouvelles approches du droit » (Gordon, 1997 : 1029) et évolue sans mode d'emploi officiel. Reste à savoir si cette nouvelle définition d'une méthode historico-juridique peut survivre à la rencontre avec un monde aussi utilitaire que l'est le monde juridique, ou s'il s'agit seulement d'une évolution plus générale vers un pluralisme méthodologique qui serait la dernière réponse en date du champ juridique à une crise des usages du droit. Mais l'optimisme peut bien être de mise. Dezalay et Garth notent un regain d'intérêt des sciences sociales pour le droit, caractérisé par la tendance générale à la production de discours prescriptifs divers – autant d'affirmations de ce que les règles devraient être. « Au sein de ce type de discours juridique ou quasi-juridique... on trouve très peu d'attention et d'efforts visant à décrire la manière dont le droit est fabriqué » (Dezalay & Garth, 2002 : 311). Avec la désintégration de l'Histoire dans son sens hégélien – le déploiement de l'esprit dans le temps et le discours de la nécessité, du progrès et de la finalité –, l'histoire a abandonné la production de discours prescriptifs en propre. De ce fait, l'histoire en tant que telle ne recommande rien en particulier. C'est ainsi peut-être par défaut que l'examen et l'étude de la « boîte noire qui produit le

droit et, plus généralement, les règles du jeu de la gouvernance » sont susceptibles d'être inscrits à l'agenda de la discipline. Dans cet objectif, l'histoire peut fournir des justifications ou des explications. Historiquement, une large part du rôle de l'histoire, comme on l'a vu, a été faite de justifications. Peut-être est-ce en radicalisant sa dimension critique (sous toutes ses formes, et pas seulement sous celles culturellement et intellectuellement en vogue) qu'elle parviendra à affirmer sa vocation explicative.

BIBLIOGRAPHIE

Ames, J.B. (1913) *The Vocation of the Law Professor* in J. B. Ames, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press : 354-369.

Baldwin, S.E. (1900) Teaching Law by Cases, *Harvard Law Review* 14 : 258-61.

Beale, J.H. jr. (1905) The Development of Jurisprudence During the Past Century, *Harvard Law Review* 18 : 271-283.

Bender, T. (1993) *Intellect and Public Life : Essays on the Social History of Academic Intellectuals in the United States*, Baltimore : The Johns Hopkins University Press.

Bensel, R. (1990) *Yankee Leviathan : The Origins of Central State Authority in America, 1859-1877*, New York : Cambridge University Press.

Carrington, P. (1995) Hail ! Langdell ! *Law & Social Inquiry* 20 : 691-760.

Commons, J.R. (1924) *Legal Foundations of Capitalism*, New York : Macmillan.

Dezalay, Y. & Garth, B.G. (2002) Legitimizing the New Legal Orthodoxy in Y. Dezalay & B.G. Garth (eds.) *Global Prescriptions : The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor : University of Michigan Press : 306-334.

De Tocqueville, A. (1969) *Democracy in America*, J.P. Mayer (ed.), G. Lawrence (trans.), New York : Doubleday & Co.

Du Ponceau, P. (1824) *Dissertation on the Nature and Extent of the Jurisdiction of the Courts of the United States*, Philadelphia : A. Small.

Ernst, D.R. (1993) The Critical Tradition in the Writing of American Legal History, *Yale Law Journal* 102 : 1019-1076.

Ernst, D.R. (2000) Willard Hurst and the Administrative State : From Williams to Wisconsin, *Law and History Review* 18 : 1-36.

Ferguson, R.A. (2002) Book Review : The Many Legalities of Early America, *William & Mary Quarterly* 59 : 481-487.

Field, D.D. (1884) Magnitude and Importance of Legal Science in A.P. Sprague (ed.) *Speeches, Arguments, and Miscellaneous Papers of David Dudley Field*, New York : D. Appleton, I : 517-533.

Gale, S.G. (1982) A Very German Legal Science : Savigny and the Historical School, *Stanford Journal of International Law* 18 : 123-146.

Garth, B.G. (2000) James Willard Hurst as Entrepreneur for the Field of Law and Social Science, *Law and History Review* 18 : 37-58.

Garth, B.G. & Sterling, J. (1998) From Legal Realism to Law and Society. Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State, *Law & Society Review* 32 : 409-471.

Gordon, R.W. (1975) J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography, *Law & Society Review* 10 : 9-55.

Gordon, R.W. (1981) Historicism in Legal Scholarship, *Yale Law Journal* 90 : 1017-1056.

Gordon, R.W. (1983) Legal Thought and Legal Practice in the Age of American Enterprise, 1870-1920 in G. L. Geison (ed.) *Professions and Professional Ideologies in America*, Chapel Hill : University of North Carolina Press : 70-110.

Gordon, R.W. (1984) Critical Legal Histories, *Stanford Law Review* 36 : 57-125.

Gordon, R.W. (1992) Introduction in R.W. Gordon (ed.) *The Legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Stanford : Stanford University Press.

Gordon, R.W. (1996) The Past as Authority and as Social Critic : Stabilizing and Destabilizing Functions of History in Legal Argument in T.J. McDonald (ed.) *The Historic Turn in the Human Sciences*, Ann Arbor : University of Michigan Press : 339-65.

Gordon, R.W. (1997) Foreword : The Arrival of Critical Historicism, *Stanford Law Review* 49 : 1023-1029.

Gordon, R.W. (2000) Hurst Recaptured, *Law and History Review* 18 : 166-175.

Gray, J.C. (1883) John Chipman Gray to Charles W. Eliot (3 January 1883) in *Papers of President Charles Eliot*, Box 71, Folder 1883, G-L. Harvard University Archives.

Grey, T.C. (1989) Holmes and Legal Pragmatism, *Stanford Law Review* 41 : 787-870.

Grossman, L.A. (2002) James Coolidge Carter and Mugwump Jurisprudence, *Law and History Review* 20 : 577-629.

Hall, K.L. (1989) *The Magic Mirror : Law in American History*, New York : Oxford University Press.

Hartog, H (1994) Snakes in Ireland : A Conversation with Willard Hurst, *Law and History Review* 12 : 370-390.

Haskell, T. (1977) *The Emergence of Professional Social Science : The American Social Science Association and the Nineteenth-Century Crisis of Authority*, Urbana : University of Illinois Press.

Herget, J.E. (1993) The Influence of German Thought on American Jurisprudence, 1880-1918 in M. Reimann (ed.) *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlin : Duncker & Humblot : 203-228.

Higham, J. (1973) *History : Professional Scholarship in America*, New York : Harper & Row.

Holmes, O.W. (1897) The Path of the Law, *Harvard Law Review* 10 : 457-478.

Holmes, O.W. (1923) *The Common Law*, Boston : Little, Brown & Company.

Horwitz, M.J. (1973) The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History, *The American Journal of Legal History* 17 : 275-294.

Horwitz, M.J. (1977) *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press.

Hull, N.E.H. (1997) *Roscoe Pound and Karl Llewellyn : Searching for an American Jurisprudence*, Chicago : University of Chicago Press.

Hurst, J.W. (1950) *The Growth of American Law*, The Lawmakers, Boston : Little, Brown & Company.

Hurst, J.W. (1956) *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, Madison : University of Wisconsin Press.

Hurst, J.W. (1964) *Justice Holmes on Legal History*, New York : Macmillan.

Hurst, J.W. (1977) *Law and Social Order in the United States*, Ithaca, New York : Cornell University Press.

Iggers, G.G. (1968) *The German Conception of History : The National Tradition of Historical Thought from Herder to the Present*, Middletown, Connecticut : Wesleyan University Press.

Kahn, P.W. (1999) *The Cultural Study of Law : Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago : University of Chicago Press

Kimball, B. (1999) 'Warn Students That I Entertain Heretical Opinions, Which They Are Not To Take as Law' : The Inception of Case Method Teaching in the Classrooms of the Early C.C. Langdell, 1870-1883, *Law & History Review* 17 : 57-140.

Lacey, M.J. (1993) The World of the Bureaus : Government and the Positivist Project in the Late Nineteenth Century in M.J. Lacey & M.O. Furner (eds.) *The State and Social Investigation in Britain and the United States*, Cambridge and New York : Cambridge University Press : 127-170.

Landauer, C. (2000) Social Science on a Lawyer's Bookshelf : Willard Hurst's Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States, *Law & History Review* 20 : 59-96.

Langdell, C.C. (1871) *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, Little, Brown & Company.

LaPiana, W.P. (1992) Jurisprudence of History and Truth, *Rutgers Law Journal* 23 : 519-559.

LaPiana, W.P. (1994) *Logic and Experience : The Origin of Modern American Legal Education*, New York : Oxford University Press.

Llewellyn, K. (1931) Book Review : Studies in the History of American Law, with Special Reference to the Seventeenth and Eighteenth Centuries, *Columbia Law Review* 31 : 729-732.

McCloskey, R.G. (1967) (ed.) *The Works of James Wilson*, Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press.

Maine, H.S. (1874) *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, London : John Murray.

Manning, W.M. (1922) *The Key of Liberty : Shewing the Causes Why a Free Government has always Failed, and a Remedy Against It*, S.E. Morison (ed.), Billerica, Massachusetts : Manning Association.

Minda, G. (1995) *Postmodern Legal Movements : Law and Jurisprudence at Century's End*, New York : New York University Press.

Novak, W.J. (1996) *The People's Welfare : Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill : University of North Carolina Press.

Novak, W.J. (2000) Law, Capitalism and the Liberal State : The Historical Sociology of James Willard Hurst, *Law and History Review* 18 : 97-145.

Novick, P. (1988) *That Noble Dream : The "Objectivity Question" and the American Historical Profession*, New York and Cambridge : Cambridge University Press.

Paine, T. (1999) *Common Sense* [Philadelphia : W. & T. Bradford, 1776], New York : Bartleby.com, 1999. <http://www.bartleby.com/133/3.html>

Pound, R. (1923) *Interpretations of Legal History*, Cambridge : Cambridge University Press.

Pound, R. (1938) *The Formative Era of American Law*, Boston : Little, Brown & Company.

Pound, R. (1963) *The Spirit of the Common Law*, Boston : Beacon Press.

Redlich, J. (1914) *The Common Law and the Case Method in American University Law Schools : A Report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*, Boston : The Merrymount Press.

Reimann, M.W. (1989) The Historical School Against Codification : Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code, *The American Journal of Comparative Law* 37 : 95-119.

Reimann, M.W. (1990) Nineteenth-Century German Legal Science, *Boston College Law Review* 31 : 837-897.

Reimann, M.W. (1992) Holmes's Common Law and German Legal Science in R.W. Gordon (ed.) *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Stanford : Stanford University Press.

Reimann, M.W. (1993) (ed.) *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlin : Duncker & Humblot.

Ross, D. (1984) Historical Consciousness in Nineteenth-Century America, *American Historical Review* 89 : 909-928.

Ross, D. (1991) *The Origins of American Social Science*, New York : Cambridge University Press.

Rubin, E.L. (1997) Law and the Methodology of Law, *Wisconsin Law Review* 1997 : 521-565.

Scheiber, H.N. (1970) At the Borderland of Law and Economic History : The Contributions of Willard Hurst, *American Historical Review* 75 : 744-756.

Schlegel, J.H. (1984) Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies, *Stanford Law Review* 36 : 391-411.

Schlegel, J.H. (1985) Between the Harvard Founders and the American Legal Realists : The Professionalization of the American Law Professor, *Journal of Legal Education* 35 : 311-325.

Schweber, H. (1999) The 'Science' of Legal Science : The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education, *Law & History Review* 17 : 421-466.

Siegel, S.A. (1990) Historism in Late Nineteenth Century Constitutional Thought, *Wisconsin Law Review* 1990 : 1431-1547.

Siegel, S.A. (1995) Joel Bishop's Orthodoxy, *Law and History Review* 13 : 215-259.

Siegel, S.A. (2001) John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought, *Iowa Law Review* 86 : 1513-1599.

Smith, M. (1895) Four German Jurists, *Political Science Quarterly* 10 : 664-692.

Smith, M. (1896) Four German Jurists II, *Political Science Quarterly* 11 : 278-309.

Smith, M. (1897) Four German Jurists III, *Political Science Quarterly* 12 : 21-62.

Stein, P. (1980) *Legal Evolution : The Story of an Idea*, Cambridge, England : Cambridge University Press.

Stimson, S.C. (1990) *The American Revolution in the Law : Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton : Princeton University Press.

Surrency, E.C. (1969) (ed.) Observations on the Pernicious Practice of the Law, by Honestus (Benjamin Austin), *American Journal of Legal History* 13 : 241-302.

Terdiman, R.D. (1987) Translator's Introduction to P. Bourdieu. The Force of Law : Toward a Sociology of the Juridical Field, *Hastings Law Journal* 38 : 805-813.

Tomlins, C.L. (1993) *Law, Labor and Ideology in the Early American Republic*, New York and Cambridge : Cambridge University Press.

Tomlins, C.L. (2000) Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters : A Historical Narrative, *Law & Society Review* 34 : 911-972.

Tomlins, C.L. (2001) The Many Legalities of Colonization : A Manifesto of Destiny for Early American Legal History in C.L. Tomlins & B.H. Mann (eds.) *The Many Legalities of Early America*, Chapel Hill : University of North Carolina Press : 1-20.

Tushnet, M. (1972) Lumber and the Legal Process, *Wisconsin Law Review* 1972 : 114-132.

Von Jhering, R. (1915) *The Struggle for Law* (Der Kampf um's Recht [1872]). J.J. Lawlor (trans.), Chicago : Callaghan and Company.

Ward, L.F. (1968) *Dynamic Sociology, or Applied Social Science* [1883] New York : Johnson Reprint Corporation.

Welke, B.Y. (2000) Willard Hurst and the Archipelago of American Legal Historiography, *Law and History Review* 18 : 197-204.

White, B.R. (1971) Introduction in D. Fleming & B. Bailyn (eds.) *Law in American History*, Boston : Little, Brown (for the Charles Warren Center for Studies in American History, Harvard University).

Whitman, J.Q. (1990) *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era : Historical Vision and Legal Change*, Princeton : Princeton University Press.

