

Nicolas Cornu Thénard et Nicolas Laurent-Bonne (dir.), *Tribonien. Revue critique de législation et jurisprudence*, éd. Société de législation comparée, Paris, 2018, n° 1, 183 p. (33 euros) et numéros suivants.

À une époque où l'on est sans cesse sommé de simplifier à l'extrême et de choisir sans nuance un camp contre un autre, puis de s'y retrancher en se tenant fermement pour ou contre par exemple : le « roman national », le droit naturel, la technique ou la laïcité, sans que le sens des notions puisse être vraiment approfondi, souvent par un manque de volonté même de faire naître des acceptions consensuelles ou analyses objectives, on ne peut que louer l'apparition d'un nouvel outil de réflexion dans l'espace public.

Car telle est bien l'ambition affichée par *Tribonien, revue critique de législation et de jurisprudence*, créée en 2018 par les Professeurs Nicolas Laurent-Bonne et Nicolas Cornu Thénard et dont le troisième numéro est déjà sorti : présenter des outils d'analyse et de réflexion aux juristes et législateurs.

Cette revue est le fruit d'une longue réflexion sur le rôle de l'histoire du droit, nourrie notamment par plusieurs articles de l'un des directeurs¹, selon qui le droit doit sortir d'un enfermement disciplinaire et chronocentré et d'une technicité utilitariste pour être envisagé de manière « scientifique », i. e. en évitant d'un côté le strict positivisme prônant l'autonomie radicale du fait juridique et de l'autre l'évolutionnisme qui postule d'une histoire qui ne serait intéressante que parce qu'elle introduit au présent. Le droit et l'histoire auraient depuis longtemps divorcé en raison, soit d'une vision linéaire et génétique du droit, soit d'une vision purement instrumentale du passé, aussi faudrait-il les remarier en s'inspirant d'un comparatisme interdisciplinaire pour nourrir l'interprétation. Car il ne s'agit plus avec *Tribonien* de prolonger ce débat sur l'enseignement du droit et ses polémiques récentes², mais bien de présenter une revue juridique qui ambitionne aussi d'être lue en dehors des facultés de droit.

Instrumentaliser l'histoire est aussi vieux que l'histoire elle-même, mais sans l'afficher expressément, *Tribonien* semble vouloir présenter une alternative, bien sûr aux « historiens de pacotille » déjà dénoncés par Marc Bloch, mais aussi aux historiens plus sérieux, qui, les uns et les autres dans des directions souvent opposés, font passer leurs penchants idéologiques au premier plan, avant la rigueur objective du chercheur, tout au moins dans les travaux plus « grand public ». Pour cela, appel est évidemment fait à la spécificité juridique dans le temps et dans l'espace, surtout par le biais de recours à des « arguments³ » pouvant être opposés

¹ N. LAURENT-BONNE, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, dir. D. Mazeaud et T. Bonneau, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 11-28 ; « Enseigner l'histoire du droit », *Réformer l'enseignement du droit en France à la lumière des systèmes étrangers*, dir. M. Mekki, Paris, LexisNexis-Le Club des juristes, 2017, p. 189-206. Voir aussi les nombreux travaux des professeurs Nader Hakim, Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin, ainsi que B. BARRAUD, « L'histoire du droit », *La recherche juridique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 81 et s.

² Cf. C. JAMIN et M. XIFARAS, « Sur la formation des juristes en France. Prolegomènes à une enquête », *Commentaire*, 2015/2, t. 150, p. 385-392. Et la réponse de J.-M. Carbasse, « Sur la formation des juristes en France (II) », *Commentaire*, 2015/3, t. 151, p. 606-628.

³ Ce sont sur ce plan les savantes recherches en droit romain du Professeur Cornu Thénard qui nourrissent la réflexion, notamment *La notion de fait dans la jurisprudence classique. Étude sur les principes de la distinction*

notamment à « l'ignorance qui donne des ailes à ceux qui souhaitent *simplifier le droit*⁴ ». Il s'agit pour l'histoire du droit et le droit comparé d'être utiles, plutôt que d'être utilisés, d'être instruments plutôt qu'instrumentalisés ou, tout au moins, que les évolutions législatives ou jurisprudentielles soient faites en connaissance de causes et même, autant que faire se peut, en pleine conscience des conséquences. Elles ne sont pas mises en avant, sans doute car devenues de véritables lieux communs, mais *Tribonien* semble faire sienne les maximes de Montesquieu : « Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire » ou de Jacques Le Goff : « il n'y a pas de sens à l'histoire mais l'histoire donne un sens au présent ».

Le professeur François Chénéde, dans le prolongement de l'article inaugural de ses directeurs, précise enfin que c'est « une revue qui se donne pour *objet* le droit positif, pour *méthode* l'histoire et le droit comparé, et pour *mission*, non pas seulement d'expliquer le droit positif à l'aune des solutions passées ou étrangères, mais bien de puiser dans cette manne venue des âges et d'ailleurs pour contribuer à l'élaboration du droit de demain⁵ ».

L'ambition donc très solide d'une part et d'autre part la subtilité de la méthode revendiquée, quoique – et peut-être même parce que – fort bien détaillée, peuvent appeler encore à des interrogations, voire conduire à des malentendus.

C'est tout d'abord une gageure de rassembler en une même revue deux champs qui ont bien entendu des points communs⁶, mais aussi des spécificités. Aussi, il sera particulièrement exigeant pour l'historien du droit de ne pas oublier le droit comparé, pour le comparatiste de ne pas occulter l'histoire, et même aussi pour l'historien de ne pas négliger... le droit qui est antérieur à sa période de prédilection. Mais la démarche critique étant l'objet même de la revue, le risque est donc autant une chance qu'un défi. Il est d'ailleurs particulièrement pertinent d'avoir, sur un même sujet, à la fois le point de vue d'un historien et celui d'un comparatiste, comme par exemple à propos de la disparition du *paterfamilias* du Code civil⁷.

Le positionnement par ailleurs est certes celui d'une revue savante spécialisée dans le droit, mais on y décèle une réelle volonté didactique qui pourrait lui faire espérer, et on lui souhaite, de trouver une place parmi d'autres revues de débat qui d'ailleurs connaissent de leurs côtés de nouvelles jeunessees comme *Esprit* ou la *Revue des deux mondes*. L'érudition n'est toutefois en aucun cas repoussée, la très grande qualité de tous les articles l'atteste, seulement elle est mise au service de l'analyse d'un fait juridique récent, à partir duquel peut se dérouler une réflexion savante⁸. C'est une démarche en miroir avec la présente *Revue historique de droit français et étranger* entre autres, où l'érudition, qui n'est en réalité jamais

entre fait et droit, Paris, De Boccard, à paraître et « Le duel entre fait et droit chez les juristes classiques », *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, dir. E. Chevreau, D. Kremer et A. Laquerrière-Lacroix, Paris, De Boccard, 2012, p. 191-205.

⁴ N. LAURENT-BONNE et N. CORNU THÉNARD, « Enjeux d'une critique fondée sur l'histoire du droit et le droit comparé », *Tribonien*, 2018, n°1, p. 18.

⁵ F. CHÉNÉDE, « Un modèle de méthode historico-comparative : Raymond Saleilles et la cession de dette », *ibid.*, p. 20.

⁶ Cf. notamment J. HILAIRE, « La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, Avril-juin 1998, p. 319-333.

⁷ E. GIANOZZI, « La suppression du bon père de famille du Code civil », *Tribonien*, 2018, n°1, p. 156-164 et L. CONVERT, « Feu le "bon père de famille" et l'avènement du standard "raisonnable" : un pas vers la "reasonable person" de common law ? », *ibid.*, p. 166-183.

⁸ Toute proportions gardées, avec toujours la spécificité juridique et probablement des philosophies différentes, la démarche est comparable à celle du collectif *Actuel Moyen Âge*.

une fin en soi, est plutôt un point de départ qui ne résonne pas moins avec force avec l'actualité à l'occasion⁹, sans compter la présence de certains travaux appuyés expressément sur une démarche diachronique.

Pour aller plus loin, et au risque d'être trop scrupuleux, sur la démarche, on serait curieux de savoir quel est le positionnement de la revue vis-à-vis de la méthode généalogique ou archéologique prônée par Michel Foucault¹⁰ ou encore du structuralisme, dans la mesure où sont rejetés avec force les visions évolutionnistes et téléologiques. Si le déterminisme est sans doute disqualifié¹¹, qu'en est-il de l'universalisme ? Par ailleurs, si *Tribonien* se dresse contre le « présentisme dogmatique de la doctrine juridique », la revue se place-t-elle néanmoins sous les auspices de l'anthropologie dogmatique fondée par le Professeur Pierre Legendre¹² en ce qu'il s'agirait de retrouver les impensés et en quelque sorte l'inconscient juridique de notre présente société et de ses juristes, législateurs et commentateurs ? La démarche paraît d'ailleurs généralement empreinte d'une volonté, toute anthropologique, de décentrement pensée dans la confrontation à l'altérité dans le temps ou dans l'espace¹³. Mais, pour rester sur des subtilités terminologiques, s'il ne s'agit pas de se montrer pluridisciplinaire, est-ce alors bien interdisciplinaire¹⁴, sachant qu'il s'agit là d'un « radeau de la Méduse » selon le même Pierre Legendre, qui ajoute toutefois préférer « l'entrecroisement de savoirs que surent inventer les jurisconsultes romains (ainsi, l'instinct d'interroger la signification), puis les glossateurs médiévaux et leurs successeurs des Temps modernes, faisant flèche de tout bois¹⁵ ».

Enfin semble devoir être écarté le possible reproche que la démarche soit anhistorique, en ce que la règle de droit est au contraire dans l'absolu vue comme « toujours dépendante du contexte dans lequel elle est énoncée... le cadre politique, moral, économique ou encore religieux dans lequel elle est forgée¹⁶ ».

Au-delà de ces remarques quelque peu byzantines, il faut reconnaître le plaisir que l'on trouve à découvrir les volumes denses en articles mais dont la lecture est plaisante et aérée, notamment avec les notes en marge à l'instar des gloses.

Le premier numéro est l'occasion d'aborder des thèmes de société pour le moins polémiques, mais dont on oublie trop souvent dans le débat médiatique qu'ils ont une très forte origine et nature juridiques. Outre l'égalité des sexes évoquée plus haut, on trouve

⁹ Voir par exemple les articles récents d'Axel Degoy (2018, n°1 et n° 2) ou d'Alan Wruck (2017, n° 3).

¹⁰ Cf. notamment P. VEYNE, « Foucault révolutionne l'histoire », in *Comment on écrit l'histoire*, Paris, 1979.

¹¹ Alors qu'il connaît devers regains de mode, cf. notamment P. FABRY, *La structure de l'histoire : Déterminisme historique et liberté individuelle*, Paris, 2018.

¹² Lequel est mis à l'honneur dans une première « glose » avec la réédition de deux articles anciens, mais toujours très actuels : « L'administration sans histoire. Les courants traditionnels de recherche dans les Facultés de Droit » et « Les historiens du droit se soumettront-ils au rendement ? Réflexions sur le désir de réforme », *Tribonien*, 2018, n° 1, p. 68-97.

¹³ C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983.

¹⁴ Voir notamment F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint- Louis, 1987, p. 70-71. M. VOGLIOTTI, « Pour une formation juridique interdisciplinaire », *Pratiques(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, dir. J.-J. Sueur et S. Farhi, LGDJ, 2016, p. 277-303.

¹⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹⁶ N. LAURENT-BONNE et N. CORNU THÉNARD, *op. cit.*, p. 15, col. 2.

donc des propos sur la laïcité par le biais des signes religieux dans l'espace public¹⁷ et la vie privée et les libertés au défi des données numériques¹⁸, entre autres articles remarquables. Et le deuxième numéro est l'occasion d'une thématique autour de la réforme de la responsabilité civile, avant de prochaines analyses sur les *fake news* ou les nouveaux droits réels. Les initiatives sont particulièrement intéressantes de réaliser des entretiens, comme celui d'Antoine Garapon et Jean Lassègue¹⁹, d'une part, et plus généralement d'autre part, d'organiser des séances d'études thématiques publiques, dont les débats doivent permettre d'enrichir les articles avant mise par écrit définitive.

Aux côtés de professeurs aguerris, il faut louer également l'ouverture à des textes de jeunes chercheurs ou à des professionnels du droit, ainsi que le fait que la discussion puisse s'installer d'un numéro à l'autre, tel les vues opposées sur l'évolution de la procédure d'appel²⁰.

La bonne santé de la section 03, dont personne ne doute sur le plan humain et scientifique, passe évidemment tout d'abord par des questionnements, et souvent des luttes sur les plans professionnel, académique ou budgétaire, mais il ne faut pas négliger l'image extérieure que peut avoir l'histoire du droit et ce qu'elle peut apporter politiquement, au sens noble du terme. Ainsi que l'écrit Pierre Legendre : « l'inaltérable passé demeure comme un repère... les historiens du droit peuvent lever le doigt pour dire quelque chose d'utile²¹ ». En ce sens et en bien d'autres : longue vie à *Tribonien* et à ses promoteurs.

¹⁷ C. DOUNOT, « Croix, crèche et crucifix. La République laïque contre les symboles chrétiens ? », *ibid.*, p. 126-137.

¹⁸ F. SAINT-BONNET, « L'individu privé de royaume. Réflexions sur l'histoire de la vie privée », *ibid.*, p. 48-61.

¹⁹ À propos de leur indispensable ouvrage *Justice digitale, Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Puf, 2018.

²⁰ Entre B. BERNABÉ, « L'appel en matière civile. Achever la voie d'achèvement », *Tribonien*, 2018, n° 1, p. 32-47 et P.-L. BOYER, « La procédure d'appel face à la dialectique institutionnelle », *Tribonien*, 2018, n° 2, p. 110-119.

²¹ *Op. cit.*, p. 65.