

# *Les instruments de la technique juridique face au droit des Codes dynastiques chinois*

---

Dominique GAURIER

**E**n proposant ses *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*<sup>1</sup>, Jacques-Henri Michel a fait non seulement œuvre de pédagogue, mais aussi, à bien des égards, œuvre de pionnier. En effet, il consacre la neuvième et dernière partie de son ouvrage aux *Instruments de la technique juridique*<sup>2</sup>, passant en revue quelque quinze rubriques. Bien que ce fût là la dernière partie, c'est cependant par elle que j'avais commencé ma lecture, trouvant à la fois remarquable et très éclairant le propos conduit par l'auteur. C'est à partir de cette démarche que le Directeur du CRHIDI, Gilbert Hanard, a voulu regrouper autour de Jacques-Henri Michel quelques amis intéressés, pendant une matinée qui a été consacrée à une approche multiple de ces instruments.

Pour ma part, il m'avait été demandé de faire une petite enquête au sein du droit chinois impérial pour tenter de voir si l'on pouvait y trouver des correspondances. La « petite enquête » se révéla, au fur et à mesure des investigations menées, un peu moins brève qu'originellement prévu, d'autant qu'elle a été conduite en reprenant presque un par un les instruments énumérés par Jacques-Henri Michel dans cette dernière partie. Cependant, le propos ici tenu se permet de

---

1. Ce cours a été édité en deux fascicules par l'Université libre de Bruxelles, Centre de droit comparé et d'histoire du droit, Bruxelles 1998.

2. Cf. op. cit., fasc. II, IX<sup>e</sup> partie, pp. 407-433.

regrouper entre eux un certain nombre de ces instruments quand il a paru qu'il aurait été artificiel de toujours les distinguer de façon systématique.

C'est pourquoi on commencera par aborder deux points qui vont commander la compréhension que l'on doit avoir de l'adéquation ou de l'inadéquation de la question des instruments de la technique juridique relativement au droit chinois, eu égard aux spécificités de la langue chinoise classique ; puis, ainsi avertis, nous serons alors à même de traiter ensemble les rubriques consacrées au **genre** et à l'**espèce**, ainsi qu'à la **définition**, pour dire un mot enfin de la **déduction**. Seront ensuite évoquées les questions de l'**interprétation** et de la **casuistique**. Dans un troisième point, on abordera assez longuement la question relative au recours à l'**analogie**, en quatrième position, viendra le tour des **fiction**s et des **présomptions**, pour terminer, en lien avec la **classification** et le **plan**, par la **codification**.

#### **QUELQUES PRÉALABLES INDISPENSABLES : LA NOTION DU DROIT EN CHINE, LES PARTICULARITÉS DE LA LANGUE ET DE L'ÉCRITURE CHINOISES**

Avant de commencer à aborder les instruments de la technique juridique repérables dans le droit chinois, peut-être ne sera-t-il pas inutile de rappeler qu'avec le droit chinois, nous sommes bien loin d'un environnement juridique semblable au nôtre, hérité de la tradition romano-canonique, ce qui n'aura rien pour surprendre. En effet, le débat sur le droit en Chine a, dès la fin de la Chine antique, définitivement perverti toute discussion possible sur le droit, puisque celui-ci n'y a jamais pris que la forme d'un droit répressif et n'a jamais été conçu autrement que comme loi pénale, du moins en ce qui concerne les codifications impériales.

Ce débat s'est engagé à un moment où la société traditionnelle, fondée sur les valeurs rituelles défendues par une forme d'aristocratie, voit ses fondements remis en cause par l'avènement de valeurs nouvelles, portées, elles, par une catégorie de déclassés qui se mettent au service des pouvoirs politiques contemporains en leur proposant des méthodes de gouvernement susceptibles de satisfaire leurs appétits politiques et de les enrichir. Cette catégorie sociale nouvelle venue, qui va vers le plus offrant, postulait une complète remise en cause du

donné fondamental de la tradition liée à l'observance des rituels<sup>3</sup> qui viennent garantir seulement les intérêts de la catégorie sociale dominante. Elle manipula aussi la langue pour montrer l'inanité des valeurs rituelles en développant une forme de sophistique, qu'il ne faut cependant pas trop rapprocher de la sophistique telle qu'elle se développa dans la Grèce classique ; son but consista essentiellement à interroger la pertinence des notions soutenues par ceux qui tenaient à défendre la seule valeur des rituels<sup>4</sup>. La question du droit ne se posa jamais que sous l'angle d'un droit des châtements, mis en œuvre pour conjurer l'effet néfaste que porterait avec elle une transgression de l'ordre inscrit dans les rituels ; ces châtements s'adressent en priorité à ceux qui ne sont pas policés par les rites que partagent les catégories sociales élevées, mais ces dernières peuvent aussi parfois y être sujettes. La difficulté vint de ce que ces nouveaux venus, qui rejetaient ces rituels laissés à la discrétion et sous l'entier contrôle de l'aristocratie, proposèrent de les remplacer par une forme de codification écrite des châtements, permettant au prince de mieux s'assurer de l'obéissance de ses sujets, dès lors que ceux-ci seraient avertis à l'avance de ce qu'ils encourent en cas de transgression de l'ordre voulu par lui. Le changement était réel, puisque d'une application du châtement, destiné seulement à compenser de façon rituelle la transgression d'un ordre éternel, administré par des juges appartenant eux-mêmes aux catégories aristocratiques, on passait à une loi devenue positive, applicable à tous de façon égale, applicable immédiatement et sans faire usage de la latitude que pouvait laisser le recours à une équité à géométrie variable, d'autant qu'elle était fonction essentiellement de la catégorie sociale à laquelle appartenait

---

3. La notion de « rituel », traduction bien imparfaite du mot *li* qui renvoie peut-être plus exactement au concept de « *Sittlichkeit* », est une notion cardinale de la pensée confucéenne. Dans sa composition, le dessin du mot évoque l'idée d'un vase rituel utilisé pour les sacrifices, vase dans lequel serait piqué un bouquet de rameaux ; cf. L. WIEGER, *Caractères chinois - Etymologie, graphies, lexique*, rééd. Kuangshi Press, Taichung, Taiwan 1972, n° 97 B, p. 239.

4. À cet égard, on peut renvoyer à une sommaire approche de la question donnée dans un article à paraître dans la R.I.D.A., *L'influence des commerçants sur la déritualisation du droit dans la Chine ancienne* ; on trouvera également d'excellents éléments dans l'ouvrage remarquable de A. CHENG, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, Paris 1997, qu'il faut presque lire en entier pour rejoindre ces éléments du rituel.

le délinquant<sup>5</sup>. La loi en tant que telle, était devenue ce qu'elle resta jusqu'à la fin de l'Empire chinois au début du XX<sup>e</sup> siècle, une loi exclusivement pénale, instrument commode à disposition du pouvoir pour contenir les sujets dans les limites de leurs devoirs.

Le débat sur le droit s'est donc limité à ces seules considérations, et encore nous sommes-nous contentés de l'esquisser très grossièrement, de façon presque caricaturale.

Pourtant, il semble qu'il ne faudrait pas en conclure que toute approche d'un droit « civil » ait été exclue et que les tribunaux d'État n'en aient rien connu. Sans doute faut-il nuancer à cet égard : s'il est vrai que les Codes dynastiques ne contiennent pas de dispositions purement civiles qui n'aient de coloration pénale, puisque ce n'est effectivement qu'à la fin de la dynastie des Qing (1644-1911), entre 1905 et 1910 que des réformateurs commencèrent à considérer que le droit criminel et le droit civil constituaient deux systèmes séparés, s'efforçant de proposer des codes séparés pour chaque branche, sans toutefois pouvoir y parvenir. Ils ne purent que réaliser en 1910 le *Da Qing xianxing xinglü* ou Code pénal des Grands Qing actuellement en usage, mais pas de Code civil qui dut attendre 1929-1930, sous le gouvernement du *Guomindang*<sup>6</sup>. Néanmoins, dans le Code dynastique des Qing, le *Da Qing Lüli*, c'est dans la section consacrée à l'administration des familles, le *Hu Bu*<sup>7</sup>, où l'on peut trouver des dispositions concernant les familles et les corvées, avec notamment des règles se rapportant aux successions et à l'héritage, aux propriétés

---

5. Il faut relever que cette volonté égalitaire céda assez vite la place, sous l'influence des lettrés tenants de la tradition, à une modulation des châtiments en fonction de la catégorie sociale ou du rang de la personne ; néanmoins, le pouvoir impérial ne se priva jamais du moyen de la loi pénale qui lui offrait la possibilité de garantir le maintien de ce que l'on croyait alors être l'harmonie sociale. Les confucéens, qui s'étaient opposés si fortement à ces codifications de la loi pénale, ne répugnèrent nullement à s'en prévaloir quand ils investirent la fonction publique impériale. Cf. à cet égard T'UNG-TSU CH'U, *Law and Society in Traditional China*, rééd. Rainbow-Bridge Book Co, Taiwan 1965, pp. 267-279.

6. Cf. P.C.C. HUANG, *Code, Custom and Legal Practice in China - The Qing and the Republic Compared*, Stanford University Press, California 2001, pp. 17 ss. et 21-27.

7. On trouve cette section dans la traduction du Code des Qing faite par G. BOULAIS, *Manuel du Code chinois*, Variétés sinologiques n°55, Shanghai 1924, pp. 159-352.

foncières, aux mariages, aux dettes, etc.... Il n'en reste pas moins vrai que ces mêmes dispositions sont toutes revêtues d'un caractère pénal, exprimées moins en termes de droits, mais essentiellement en termes d'interdiction de violer les règles, avec pénalités pour réprimer ces violations. Cependant, il faut aussi reconnaître qu'existent des exceptions : sur les 140 *li* ou décrets rajoutés par les Qing au corpus des règles traditionnelles répétées de code en code, les *lü*, et qui se trouvent dans les quatre chapitres concernant la famille<sup>8</sup>, on peut en relever onze qui ne contiennent aucune pénalité ; sept d'entre eux concernent les successions, les quatre autres, le mariage ; ces décrets avaient d'ailleurs été repris du Code dynastique des Ming. On a fait remarquer que, bien que fort peu nombreux, ces textes de facture purement civile avant cependant beaucoup pesé sur la pratique du droit<sup>9</sup>.

Il faut ajouter aussi que l'idéologie officielle confucéenne répugnait à la multiplication des procès et postulait que l'harmonie sociale devait prévaloir ; aussi, bien des litiges étaient susceptibles de ne point être réglés par la voie judiciaire, mais laissés à des instances de médiation sociale, telle que l'on peut les trouver avec les corporations marchandes à l'égard des marchands, le « tribunal familial » pour les litiges familiaux, les notables des communautés villageoises rurales pour les litiges entre ruraux. Plus que les dispositions légales, ces matières sont bien souvent laissées aux coutumes, aux usages ou aux convenances sociales. Il est donc relativement rare, mais pas pour autant complètement inexistant, que des matières civiles traitées par les tribunaux officiels aient commandé l'apparition de ce que nous pourrions appeler une véritable jurisprudence des arrêts. Il n'en reste pas moins que, sur le plan des Codes, avant la période républicaine, l'Empire chinois n'avait pas su créer un code civil, dont les autorités ne commençaient à s'occuper, sans y parvenir, que sous la pression des puissances occidentales qui se partageaient les concessions en Chine. D'ailleurs, il n'est pas inutile de remarquer que, si la République avait réussi à élaborer un tel code civil, elle devait l'emporter avec elle dans son exil à Taiwan en 1949, alors que les autorités communistes de la Chine populaire ne surent

---

8. Ces chapitres sont les suivants, chap. I, Enregistrement des familles et corvées (BOULAIS, pp. 160-211), chap. II, Tenures foncières et habitations (BOULAIS, pp. 212-252), chap. III, Mariage (BOULAIS, pp. 253-310) et chap. VI, Des prêts d'argent (BOULAIS, pp. 338-346).

9. Cf. P.C.C. HUANG, *op. cit.* note 6, p. 24.

pas également dépasser le stade des projets, toujours différés, tant pour des raisons idéologiques que politiques<sup>10</sup>.

Disons seulement qu'il serait sans doute excessif que d'affirmer qu'il n'existe absolument aucun droit civil dans la Chine impériale, comme l'ont affirmé, de façon traditionnelle, beaucoup d'auteurs, en commençant par Alabaster au XIX<sup>e</sup><sup>11</sup>, pour poursuivre avec Bodde et Morris dans les années 70 du siècle dernier<sup>12</sup>, et plus récemment encore, notre collègue et ami G. Mac Cormack<sup>13</sup>. Des travaux récents

---

10. Entre 1954 et 1957, puis entre 1962 et 1964, deux projets de Code civil furent pourtant préparés par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. À nouveau, en 1979, le Comité de la législation élaborait un autre projet, mais qui n'a pas non plus été rendu public. On peut en esquisser les raisons par le fait qu'un tel Code n'a pas véritablement de raison d'être en régime communiste où le Droit sert, non à conférer des droits aux individus, mais d'abord à garantir la défense de la société socialiste collectiviste, et qu'il est alors difficile de bien délimiter l'un par rapport à l'autre le domaine économique, et donc politique puisque la propriété est énoncée comme collective, et le domaine qui serait propre à un droit civil en tant que tel. Cf. D.T.C. WANG, *Les sources du droit de la République populaire de Chine*, Droz, Genève 1982, p. 94. Notons cependant qu'existe une loi sur le mariage, dont la première mouture remonte à 1950, axée sur la destruction de l'édifice patriarcal confucéen, remplacée en septembre 1980 par un nouveau texte ; ce second texte est en recul par rapport au précédent sur bien des points, notamment en accordant quelques concessions aux résistances masculines au détriment d'une trop stricte égalité qui avait été accordée aux femmes, puis renforçant et étendant la responsabilité de l'obligation alimentaire réciproque des membres de la famille. Cf. TSIEN TCHE-HAO (Jian Zhihao), *Le droit chinois*, Que Sais-je, P.U.F., Paris 1982, pp. 92 ss.

11. Cf. E. ALABASTER, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law and Cognate Topics*, rééd. Ch'eng-wen Publishing Company, Taipei 1968, introd.. pp. LVIII ss.

12. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1967, pp. 48-51.

13. Cf. G. Mac CORMACK, *Traditional Chinese Penal Law*, Edimburgh University Press 1990, pp. 235 ss. On peut rajouter à ce florilège l'ouvrage remarquable de J. ESCARRA, *Le droit chinois - Conception et évolution - Institutions législatives et judiciaires - Science et enseignement*, Librairie du recueil Sirey, Paris - Ed. Henri Vetch, Pékin 1936, pp. 75 ss.

ont tenté de montrer le contraire avec beaucoup d'acuité<sup>14</sup>. Nous pouvons en rester là sur ce point.

Il reste que le seul vrai débat sur le droit qui eut jamais lieu en Chine, remonte à la Chine ancienne, pré-impériale, lorsqu'était débattue entre les écoles philosophiques la question de savoir si le droit devait être écrit ou non<sup>15</sup>. Le débat n'était alors pas aussi anodin qu'il y paraît, puisque ce qui était visé à travers lui, était que le juge pouvait voir son appréciation libre, son sens de l'équité, par l'obligation de recourir à un texte écrit, ainsi que le postulaient les Légistes, contre les Confucéens ; ces derniers se voulaient partisans du libre recours à l'équité qui permet alors de prendre en compte la position sociale d'une victime, celle du fauteur de troubles, l'âge et le sexe des parties, et autres considérations qui n'échappaient guère non plus à nos juges criminels d'Ancien Régime. Ce débat perdit vite en acuité, surtout quand, accédant au pouvoir, les fonctionnaires de formation confucéenne se rendirent vite compte qu'une loi pénale écrite rendait finalement bien des services pour domestiquer le peuple, quitte à la « confucianiser » raisonnablement pour la rendre acceptable<sup>16</sup>.

Il est un autre point dont il est nécessaire de tenir également compte : quand on veut aborder les instruments de la technique juridique, on ne peut exclure l'importance de la langue. Or, avec la langue chinoise, nous nous trouvons dans un monde de dépaysement presque total, puisque cette langue n'entretient aucun rapport avec nos langues rattachées au rameau indo-européen<sup>17</sup>. Donnons quelques points qui permettront de s'en faire une idée plus précise.

---

14. Il faut consulter les travaux de P. C.C. HUANG, dont un ouvrage a déjà été cité en note 6, et auquel il faut rajouter *Civil justice in China - Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, California 1996, plutôt convaincant par la masse des sources consultées et utilisées.

15. Nous avons déjà abordé à divers titre cette importante question. Nous nous contenterons de renvoyer tout lecteur curieux à notre travail de thèse, *La mise par écrit des normes juridiques et ses conséquences sur la formation de la pensée juridique*, Nantes 1989 (multigraphiée), t. 1. Egalement D. GAURIER, L'idée de codification dans la Chine ancienne, in *Mélanges Fritz Sturm*, Ed. juridiques de l'Université de Liège, 1999, vol. 1, pp. 687-702.

16. Cf. T'UNG-TSU CH'Û, *Law and Society...*, op.cit. note 5, pp. 267 ss.

17. Pour se faire une idée plus complète de la langue chinoise, on renvoie à l'ouvrage très clair et fort bien fait de L. ARMANTIER, *Orientalisme et linguistique Introduction aux principales langues continentales de*

Dès l'époque pré-impériale, entre les <sup>v</sup>e et <sup>III</sup>e siècles avant notre ère, un langage s'était élaboré qui débouchait sur un outil bien affûté pour pénétrer tous les interstices de la réalité et épouser les innombrables subtilités de la pensée. Le langage ainsi créé tendait à une précision croissante des formulations, mais par le biais de textes qui se présentent rarement à nous sous forme de fils logiques linéaires, auto-suffisants en eux-mêmes dans la mesure où ces textes livraient immédiatement aux lecteurs les clés de leur compréhension. Lire les textes de la philosophie chinoise est une gageure<sup>18</sup> ; aussi l'ensemble de ceux qui émergent durant cette même époque constitue-t-il un tissu, qui suppose que le lecteur est déjà en possession des énoncés récurrents auxquels il est sans cesse renvoyé, sans compter avec un ressassement de motifs traditionnels ; nous avons affaire, s'il fallait exprimer par métaphore une perception plus claire, à une forme de navette, qui passe et repasse sans s'arrêter sur une même chaîne, dessinant peu à peu un motif. C'est à ce motif qu'il faut être attentif, car c'est lui qui est porteur de sens.

Nous sommes ainsi très éloignés des polémiques ouvertes de la tradition grecque, ou romaine, pour ne considérer que Quintilien ou Cicéron ; l'art oratoire y tenait en effet une place prédominante, tant sur l'agora que devant le tribunal, en forme de débats contradictoires qui se nourrissaient à la sophistique et à la logique. Dans la Chine ancienne, les combats d'idées furent loin d'être absents, ils y ont été même très présents, voire à certaines époques, foisonnants<sup>19</sup> ; mais les débats y prirent une tout autre forme : la règle principale est alors

---

*l'Extrême-Orient, les idiomes sino-tibétains*, L'aurore/Univers, Québec 1980, pp. 68-119.

18. R. SCHWAB dans *La renaissance orientale*, Payot, Paris 1950, p. 14, écrivait ceci, qui nous paraît parfaitement bien vu et permet de percevoir assez exactement nos distances avec la pensée chinoise : « *le volume et l'altitude de la pensée chinoise demeurent les plus difficiles d'escalade ; son instrument linguistique apparaît dans une solitude redoutable, dépayse les habitudes mentales de l'Occident, rend presque absurde le problème des équivalences entre les langages, et son système clos ne peut être entraîné dans le mouvement général des comparatismes. La plus grave peut-être des civilisations restera le plus tard celle dont on ne retient que le cérémonieux.* »

19. Nous renvoyons ici à la période dite des « Cent Ecoles » qui fleurirent entre les <sup>IV</sup>e et <sup>III</sup>e siècles durant la période des Royaumes Combattants ou *Zhanguo*, à une époque où la société traditionnelle laissait place à de nouveaux venus, tant en philosophie qu'en politique.



d'abord de décrypter quelle notion est visée dans ce qui est dit, de savoir alors à quel débat il est fait référence, et en fonction de quelle pensée on peut enfin en comprendre une autre. Ainsi, tout texte renvoie inmanquablement à d'autres, mais aussi à des thèmes toujours sous-tendus et implicites, et qui, en tout cas, sont supposés connus du lecteur. En d'autres termes, tout texte ne peut s'éclairer que si l'on sait à quels autres textes il répond ; il en découle qu'un texte en lui-même ne constitue jamais un système clos, dès lors que son sens ne peut s'élaborer que dans le réseau des relations intertextuelles qui le constituent. On n'y voit pas de concepts s'y construire, mais seulement des idées qui se développent dans un jeu de renvois à la tradition.

Une telle approche débouche sur une façon tout à fait différente de la nôtre d'aborder les textes : on ne pourra pas y retrouver de théorisation à la manière grecque, romaine ou encore scolastique, parce qu'il n'y a pas de vérité absolue et éternelle, mais seulement des dosages qui font que les contradictions sont rarement perçues, voire jamais, comme irréductibles, mais tout simplement comme des alternatives possibles. Les termes ne s'excluent donc pas, les oppositions apparaissent plutôt complémentaires<sup>20</sup>. La mise en œuvre de l'argumentation passe de l'indifférencié au différencié par une transition insensible ; aussi, la pensée chinoise ne procède-t-elle pas de manière linéaire et dialectique, mais en spirale, pour cerner son propos, non une fois pour toutes par un ensemble de définitions qui

---

20. On a un exemple de cette approche à travers le concept de *Dao* qui, somme toute, reste assez largement indéfinissable en tant que tel ; ce que l'on peut en dire est qu'il n'est pas un principe créateur tel que nous pourrions le concevoir, alors que tout naît et s'anime à partir de lui ; il ne peut s'envisager comme une opposition entre deux principes opposés, mais plutôt comme une pulsation qui opère par alternance entre ces deux principes, l'apex de l'un n'excluant jamais totalement l'existence de l'autre et vice-versa. On sera mieux inspiré alors de parler en terme de complémentarité plus qu'en terme d'opposition. Nous pourrions broder presque à l'infini sur la subtilité d'une telle notion que l'on ne peut enfermer dans la seule acception d'un concept, clairement défini et borné, parce qu'elle entend rendre la complexité d'une réalité vivante, en perpétuelle mutation, et donc, difficilement bornée en une simple définition. Sur la notion de *Dao*, il faut se reporter à l'analyse qu'en a proposée M. GRANET, *La pensée chinoise*, Albin Michel (coll. L'évolution de l'humanité), rééd. Paris 1968, tout le chapitre IV du second Livre qui lui est consacré, pp. 249-279.

seront péremptoires et définitives, mais en décrivant des cercles de plus en plus serrés autour de lui.

Il en résulte que la pensée chinoise n'a jamais éprouvé, comme cela a été le cas de la pensée occidentale, aussi bien religieuse que philosophique, le besoin d'explicitement une question, un sujet, un objet, pour découvrir à partir de cela une vérité d'ordre théorique. Cette spécificité de la pensée chinoise est alors à mettre en étroite relation avec le système de l'écriture, une écriture très particulière qui, pour le droit comme pour la philosophie, est radicalement différente des systèmes de notation écrite adoptés par les langues alphabétiques.

L'écriture chinoise est d'une indiscutable origine divinatoire, comme le confirme la tradition sur l'invention de l'écriture, rapportée à un souverain mythique, *Fuxi*, censé avoir régné à partir de 2941 avant notre ère : il aurait inventé les *gua*<sup>21</sup>, sortes de lignes dont l'agencement se ferait en suivant six règles : on pouvait les utiliser pour reproduire une image et représenter une chose, ou par emprunt et transport d'idée d'une chose à une autre, ou par indication et usage, ou par son et par accent<sup>22</sup>. Il se serait inspiré des traces laissées par les pattes d'oiseau sur le sol. Ce même souverain mythique est également connu de la tradition pour être le père de l'art divinatoire. Mais au-delà des pieuses légendes<sup>23</sup>, un seul fait compte, qui établit très clairement un lien entre divination et écriture. L. Vandermeersch faisait remarquer que ce fut justement au moment où l'art des devins avait atteint son plus haut degré d'élaboration technique et symbolique, que surgit brusquement l'écriture qui couvre les pièces découvertes par les archéologues d'inscriptions oculaires<sup>24</sup>. Il fait

21. En chinois moderne, le mot *gua* signifie toujours diagramme, divination.

22. Cf. R.P. DE MAILLA, *Recherches sur les caractères chinois*, in G. PAUTHIER, *Les Livres sacrés de l'Orient*, Société du Panthéon littéraire, Paris 1843, p. 8.

23. Dans son introduction, P.L.F. PHILASTRE, qui fut l'éditeur et le traducteur du *Yi king (Yijing)*, ou *Livre des changements de la dynastie des Tcheou (Zhou)*, rééd. Librairie d'Amérique et d'Orient A. Maisonneuve, Paris 1982, p. 6, voit dans la figure de Fuxi un mythe qui symboliserait les phases de la lune, « résultant du mouvement apparent du soleil et de la lune autour de la terre considérée comme son centre ». Nous nous garderons bien d'approuver ou de réprover une telle opinion, d'autant que les compétences en ce domaine nous font totalement défaut.

24. Cf. L. VANDERMEERSCH, *De la tortue à l'achillée*, in *Divination et rationalité*, Seuil, Paris 1974, p. 42.

remarquer que la philologie confirmait le rapport existant entre écriture et divination, d'abord à partir du mot *ce* qui, étymologiquement désigne une liasse de pièces divinatoires et finit par signifier charte, registre, volume, et plus encore avec le mot *wen* signifiant graphie, qui désignait à l'origine toute espèce de dessin, et notamment les fissures qui étaient provoquées par le feu sur les écailles de tortues ; d'ailleurs, les inscriptions sur ces mêmes écailles, fait observer ce même auteur, « *sont postérieures à la réalisation des fissures, et alignées le long de celles-ci dont elles épousent les lignes. C'est qu'elles proviennent de l'adjonction, après coup, de sous-titres, en quelque sorte, aux configurations divinatoires, et nullement, comme on pourrait le croire, de la gravure préalable sur l'écaille de questions auxquelles répondra la tortue.(...) Autrement dit, le rôle de l'écriture primitive n'est pas de transposer sur l'écaille la question énoncée par le maître de l'auguration, mais de transposer des configurations divinatoires linéaires, elles mêmes symboles de configurations d'évènements en configuration graphique.* »<sup>25</sup>

Il n'y a rien d'étonnant à ce que l'écriture ait alors conservé un pouvoir d'évocation magique, tel qu'il a été associé depuis les temps les plus reculés, à tout signe visible. Plus encore, et cela est vrai tout particulièrement pour la poésie chinoise, l'écriture a plus pour fonction de suggérer que de dire de façon explicite ; le choix d'une graphie n'est jamais fortuit, car celui qui le réalise entend que le signe soit porteur d'évocation, d'une richesse de signification qui opérera par réminiscence ou par suggestion. Le signe est ainsi tout aussi important à travers ce qu'il veut faire entendre, que par ce qu'il n'exprime pas directement, en suggérant beaucoup plus qu'il ne dit<sup>26</sup>.

L'écrivain, au sens de celui qui recourt à l'écriture, ne part donc pas de constructions conceptuelles qui lui permettront de formuler son discours, mais seulement des signes écrits eux-mêmes ; le texte portera alors, non de simples éléments phonétiques, en soi dépourvus de toute signification comme c'est le cas pour nos écritures alphabétiques, mais des éléments qui sont en eux-mêmes déjà des

---

25. L. VANDERMEERSCH, op. cit. note 23, p. 43.

26. Une même observation peut être faite pour la peinture chinoise qui se lit généralement beaucoup plus dans les espaces laissés libres, représentés comme embrumés, laissant donc la suggestion jouer pour inventer la manière de le remplir, que sur ce qui est représenté. Voir à ce sujet S. LEYS, Poésie et peinture – Aspects de l'esthétique chinoise classique, in *Essais sur la Chine*, R. Laffont (coll. Bouquins), Paris 1998, pp. 557-595.

entités porteuses de sens. Aussi la pensée chinoise s'inscrira-t-elle dans le réel, sans s'y superposer, relevant sans doute d'une forme de représentation de cette réalité, mais elle n'élaborera pas ses objets dans une distance critique, car elle restera immergée dans ce réel pour mieux en ressentir et en préserver l'harmonie<sup>27</sup>.

Outre ces particularités propres à l'écriture chinoise, il faut aussi souligner les particularités grammaticales de la langue chinoise classique, langue qui a porté l'ensemble de nos textes. Alors que la philosophie grecque et latine ne purent se concevoir sans l'existence de préfixes privatifs, de suffixes qui permettaient l'abstraction, ces deux langues procèdent également d'une réflexion sur les catégories grammaticales ; il faut reprendre en cela les observations que proposait J.H. Michel sur l'**espèce** ou le **genre**. La langue chinoise, elle, ne distingue pas le substantif de l'adjectif, le substantif du verbe, le passif de l'actif, il ne conjugue pas les verbes, ne recourt pas à l'emploi du singulier ou du pluriel<sup>28</sup>. Ainsi, elle n'est pas une langue flexionnelle, dans laquelle le rôle de chaque partie du discours est déterminé par le genre, la marque du singulier ou du pluriel, la déclinaison, la conjugaison ; les relations sont seulement indiquées, dans la langue écrite, par la position des mots, position qui reste invariable dans la chaîne de la phrase, chaque signe écrit constituant déjà en lui-même une unité de sens, sans recouvrir une catégorie grammaticale précise comme celle de l'adjectif, du substantif ou du verbe<sup>29</sup>. On ne trouve pas, dans la structure de la phrase chinoise, de type correspondant à celui auquel nos langues recourent, à savoir,

---

27. Sur tous ces points, il faut renvoyer au remarquable ouvrage de A. CHENG, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, Paris 1997, pp. 29 ss., ouvrage auquel nous sommes presque totalement redevable des observations ici présentées et dont il faut souligner l'exceptionnelle qualité et clarté.

28. Nos observations s'arrêtent ici à la seule langue classique, parce que la langue chinoise moderne, sans doute par contamination, finit par adapter des emprunts aux langues, notamment en recourant à des particules qui permettent de voir si la sens de la phrase correspond à une temps du présent, du passé ou du futur ; plus encore, le masculin « il » est dorénavant distingué, au moins par le signe de l'écriture à défaut de l'être dans la prononciation, du féminin « elle » ; c'est enfin le recours à un pluriel possible, par adjonction au mot d'une terminaison *men* signifiant que le mot est au pluriel, sans que cela soit cependant tout à fait indispensable si le sens de la phrase est clair sans ce recours, mais au moins dans la langue parlée, cet usage est fréquent.

29. Cf. sur ces points H. MASPERO, *La langue chinoise*, Paris 1934, pp. 51 ss.

cette base que constitue le sujet-prédicat ; dans les langues occidentales, c'est là ce qui sert à énoncer quelque chose à propos de quelque chose, posant implicitement la question de savoir si la proposition est vraie ou fausse ; rien de tel avec la phrase chinoise.

On peut illustrer cela par un exemple qui rendra mieux l'évidence de notre propos. Un sophiste chinois du III<sup>e</sup> siècle avant notre ère avait laissé un paradoxe qui s'exprime en quatre mots chinois : « *bai ma fei ma* », ce qui mot à mot se lit « *blanc cheval pas cheval* » et est généralement rendu par cette traduction, « *un cheval blanc n'est pas un cheval* ». Or, cette interprétation offre déjà un *a priori* qui est propre à la structure de nos langues, mais qui est absent de la langue chinoise. En effet, dans la phrase chinoise, il n'existe aucune subordination nécessaire entre le mot « *blanc* » et le mot « *cheval* », faisant du premier terme un qualificatif se rapportant au second. On pourrait alors tout aussi bien traduire « *blanc et cheval ne sont pas une même chose que cheval tout court* ». Ces deux traductions sont pourtant aussi absurdes l'une que l'autre, la première, parce qu'elle se contredit elle-même, la seconde, parce qu'elle est d'une évidence telle qu'elle rend inutile son énonciation.

Toutefois, tel que l'exprime la langue chinoise, il y a un vrai paradoxe, mais qui provient de ce que la phrase chinoise présente en une seule proposition la confusion entre ces deux significations possibles. Il en résulte que, malgré des apparences trompeuses qui conduisent à trouver chez les sophistes chinois des accents qui rappelleraient ceux des sophistes grecs, il semble bien que les deux domaines de pensée soient irréductibles l'un à l'autre et qu'il faut absolument éviter de vouloir transposer ce type de phrase en termes de philosophie occidentale. Car les sophistes chinois ne se sont jamais demandé si la couleur était un attribut de la substance ou une substance propre, ils n'ont jamais discuté pour savoir s'il était arbitraire d'analyser les sensations et de séparer la forme et la couleur, perçues simultanément. Les logiciens chinois furent alors contraints, par la force du raisonnement, d'établir la relation qui existait entre « *blanc* » et « *cheval* » ; or, comme il n'existait pas de lien nécessaire entre ces deux termes, il leur a fallu multiplier les exemples et les cas concrets pour pouvoir établir, non une règle générale, qu'ils n'auraient jamais su comment formuler, mais une collection d'espèces qui serviraient de guide pour percevoir la signification de leur propos.

L'auteur d'un petit traité de dialectique du III<sup>e</sup> siècle avant notre ère, qui a été conservé dans les œuvres du philosophe Mozi (dont la

vie se situe *grosso modo* entre 479, date de la mort de *Gongzi* ou Confucius, et 372, date de naissance de *Mengzi* ou Mencius), montre comment la différence d'emploi d'un même mot peut rendre compte de ce que nos langues ne pourraient rendre que par un jeu d'articles ou de nombres, ou par la subordination d'un adjectif au substantif.

Ainsi, pour le nombre seul : « *Un cheval est (de l'espèce) cheval ; deux chevaux sont (de l'espèce) cheval ; comme (tout animal de l'espèce) cheval a quatre pattes, un cheval a quatre pattes, mais il n'est pas vrai que deux chevaux aient quatre pattes.* » On voit déjà par ce premier exemple, que pour le rendre clair dans notre langue, nous sommes contraints de l'encombrer d'éléments d'interprétation sans lesquels le texte resterait peu compréhensible.

Autre exemple, cette fois-ci pour montrer comment le nombre pose un problème de subordination de l'adjectif : « *Un cheval est (de l'espèce) cheval ; parmi (les animaux de l'espèce) cheval, il en est de blancs ; mais il n'est pas vrai que (dans un seul) cheval, il y en ait de blancs.* »

Ces deux exemples, pour les rendre clairs et compréhensibles, il a fallu faire en sorte que l'application des qualificatifs « *(animal à) quatre pattes* » et « *blanc* » soit, dans le premier cas, exacte au singulier et inexacte au pluriel, dans le second, inexacte au singulier, mais exacte au pluriel. Or, cette façon de restituer les choses est totalement impossible avec les ressources de la langue chinoise. En opposant le singulier au pluriel, nos langues ont visé à mettre en valeur les faits. Mais cela nous paraît à la fois lourd et maladroit : le logicien chinois, considéré du point de vue d'un Occidental, donne ici l'impression d'entrevoir vaguement le fait général que sa langue lui masque, alors qu'un logicien grec ou latin, usant des catégories grammaticales que leur offraient leur langue, aurait immédiatement aperçu cela.

Si l'on en revient aux formulations chinoises, force est de reconnaître que le paradoxe semble rester entier, parce que, si notre logicien a pu établir, dans une certaine mesure seulement, les rapports d'extension entre « *blanc* » et « *cheval* », entre « *quadrupède* » et « *cheval* », en raison de ce qu'il n'y avait à comprendre que le sens de deux mots mis en relation l'un avec l'autre avec les moyens que lui offrait la langue chinoise, il n'a cependant pas pu aller plus loin ; lui a notamment totalement échappé, du fait que sa langue ne lui permettait que des juxtapositions de termes, la nécessité d'une dépendance entre ces mêmes termes.

Pour terminer, il nous faut enfin souligner une dernière particularité de la langue classique chinoise : l'un des faits les plus frappants est la totale absence du verbe « être » comme prédicat ; la langue classique chinoise n'eut d'autres ressources, pour exprimer une identité ou une opposition, que de simplement juxtaposer les mots. Un exemple, tiré du *Yijing*, analysant le trente-septième hexagramme dénommé « *jiaren* » ou famille, entend évoquer une famille où règne l'ordre, comprenant en haut, un trigramme, qui est le symbole de la fille aînée, puis en sa partie basse, le trigramme symbolisant la fille cadette, montrant que les deux filles occupent des places en rapport avec leurs rangs ; l'une des gloses développe l'enseignement suivant : « *Yi fu yi fu, yi zi yi zi, yi di yi di, yi mei yi mei, yi fu yi fu, yi ci yi ci* ». Nous n'avons là que de simples juxtapositions de termes. Cela peut se rendre ainsi : « qu'un père soit un père (corresponde au nom de père), qu'un fils soit un fils (corresponde au nom de fils), qu'un frère aîné soit un frère aîné (corresponde au nom de frère aîné), qu'un frère cadet soit un frère cadet (corresponde au nom de frère cadet), qu'un mari soit un mari (corresponde au nom de mari), qu'une femme soit une femme (corresponde au nom de femme) »<sup>30</sup>. Or, dans ce que dit cette glose, aucun prédicat ne vient définir un objet, ou préciser une relation de type ontologique, mais seulement des juxtapositions.

Jean Beaufret a eu cette formule : « *La source est partout, indéterminée, aussi bien chinoise, arabe, qu'indienne ... Mais voilà, il y a l'épisode grec, les Grecs eurent l'étrange privilège de nommer la source être.* »<sup>31</sup> La philosophie chinoise n'a pas opéré avec ce prédicat

---

30. Cf. P.L.F. PHILASTRE, *Le Yi king (Yijing) ...*, op. cit. note 22, t. II, n° 663, p. 92. Notre traduction s'éloigne un peu de celle proposée par PHILASTRE, mais le sens n'en est pas radicalement changé. Ce commentaire est à mettre en lien avec l'une des thèses fondamentales de la philosophie confucéenne, celle du *zhengming* ou « rectification des noms », qui exige qu'à chaque terme corresponde exactement ce qu'il entend exprimer ou qualifier. On pourra, sur cette théorie, consulter HU YANG MUNG, *Etude philosophique et juridique de la conception de Ming et de Fen dans le droit chinois*, Domat-Montchrestien, Paris 1932, pp. 28-80.

31. Cité in G. DELEUZE et F. GUATARRI, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, éditions de Minuit, Paris 1991, pp. 90-91. Sur le verbe « être », on pourra aussi consulter l'important article de Angus C. GRAHAM, « *Being* » in *Western Philosophy Compared with shi/fei and yu/wu in Chinese Philosophy*, Asia Major, nouvelle série, 8, 2 (1961), pp. 79-112. Relevons que Pascal avait bien perçu que le verbe « être » était en lui-même générateur de difficultés, en observant que « *On ne peut entreprendre de définir l'être sans*

qui renvoie à la source et permet de définir un objet en renvoyant à son origine, à sa source. C'est pourquoi on ne saurait s'étonner que la pensée chinoise ne se soit pas constituée en domaines, tels que l'épistémologie ou la logique, domaines fondés sur la conviction que le réel peut faire l'objet d'une description théorique dans une mise en parallèle de ses structures avec celles de la raison humaine. Toute démarche analytique à l'occidentale a commencé par une mise à distance critique ; cette dernière est alors constitutive aussi bien du sujet que de l'objet ; la pensée chinoise, elle, est immergée totalement dans la réalité, parce qu'elle ne voit pas qu'il y puisse exister quelque raison en dehors du monde et de cette réalité-là<sup>32</sup>.

## LE GENRE ET L'ESPÈCE, LA DÉFINITION

Si nous avons pris le parti de regrouper ces trois instruments relevés par J.H. Michel, c'est parce qu'à notre avis, leur traitement va de pair. En effet, toutes les observations que nous venons de proposer relativement aux possibilités d'expression de la langue chinoise classique, vont entraîner des conséquences inéluctables au regard de ces techniques, conséquences qui vont se répercuter de l'une à l'autre, comme par effet de ricochet.

---

*tomber dans cette absurdité : car on ne peut définir un mot sans commencer par celui-ci 'c'est', soit qu'on l'exprime ou qu'on le sous-entende. Donc, pour définir l'être, il faudrait dire 'c'est' et ainsi employer le mot défini dans sa définition » (Pensées et opuscules, éd. L. Brunschvicg, Paris 1912, p. 169).*

**32.** La langue chinoise moderne, encore une fois par contamination, connaît un mot qui recouvre et est utilisé comme prédicat avec le mot *shi*. On peut donc aujourd'hui énoncer que « l'on est professeur, ou Français, ou docteur, ... Dans le langage moderne, ce mot recouvre également l'idée d'un démonstratif, pour désigner une réalité spécifique. Dans sa signification ancienne, le mot *shi* recouvre l'idée de « vérité, réalité, existence », et en ce sens, il s'oppose alors au mot *fei* qui exprime l'idée contraire. C'est ce qui a sans doute permis à la langue moderne d'y recourir pour en faire une sorte de prédicat à la manière des langues occidentales. Remarquons toutefois que l'emploi de ce prédicat n'est en rien obligatoire et que l'on peut parfaitement, dans la langue parlée, signifier la même chose sans y recourir, tout simplement en procédant par juxtaposition d'un mot et de sa qualité qui permet d'en spécifier le sens. Cf. L. WIEGER, *Caractères chinois - Etymologie, graphies, lexiques*, rééd. Kuangchi Press, Taiwan 1972, n° 112, sixième série, I, p. 267.



De nos observations, il ressort avec une entière évidence que tout ce qui relève du genre ou de l'espèce échappe totalement à la langue chinoise, qui ne dispose tout simplement pas des moyens pour les exprimer. Aussi bien les structures de la langue elle-même, mais encore l'investigation des philosophes ne se sont-elles jamais attachées à serrer ses considérations autour de tels thèmes de réflexion, sans doute en raison de l'incapacité dans laquelle était la langue pour les exprimer.

Cette absence entraîne du même coup que l'on est bien en peine de pouvoir trouver, dans cette même philosophie, comme dans les formulations des Codes dynastiques, des définitions générales, d'autant plus que l'absence de prédicat rend difficile l'interrogation se rapportant à la source d'une chose, donc à sa définition, que l'on entend embrasser de façon générale. Le droit chinois va ainsi receler cette faiblesse, si tant est que cette incapacité à donner des définitions générales soit rédhibitoire et doive être considéré comme une absolue faiblesse ; mais aux yeux de notre culture juridique, au moins sur le continent européen, excluant donc le domaine des Iles britanniques, c'en est une<sup>33</sup>. On ne peut manquer de mettre en rapport cette absence

---

33. Relevons que le monde juridique anglais s'est quasiment toujours révélé être très hostile aux définitions générales, préférant accepter le fait que le droit reste un système ouvert, plutôt qu'un système fermé et global, comme la tendance en a été forte dans les systèmes juridiques du continent européen. Le droit anglais, dit de *Common Law*, a été façonné par des juges qui ont plus tenté de rejoindre le principe qu'ils voulaient appliquer en usant du procédé de l'induction, pour partir de l'espèce à résoudre et tenter alors de la rattacher à un principe qui en favoriserait le règlement. Nous avons là une identité de méthode avec celle des juristes romains qui est tout à fait frappante, juristes qui ont longtemps cultivé la casuistique et ont élaboré leurs solutions au coup par coup en fonction de l'apparition des besoins et des nécessités d'adaptation de la vie du droit au contexte socio-économique en mutation constante. C'est ce qui fait que les ouvrages anglais sur le droit romain, bien souvent conduits de main de maître, nous semblent mieux refléter un compte-rendu fidèle que les ouvrages produits par la méthode pandectiste, qui, héritière de toute une tradition continentale, a voulu « reconstruire » la présentation du droit romain autour de principes généraux, desquels on pouvait alors déduire les conséquences agencées logiquement. Même si bon nombre de ces derniers ouvrages restent tout à fait utiles pour la masse d'informations fiables qu'ils peuvent contenir, ils procèdent cependant d'une véritable déformation de ce qui semble avoir la méthode des jurisconsultes romains eux-mêmes. Cf. W.W. BUCKLAND & A.D. MCNAIR, *Roman Law*

totale des définitions générales avec la prudence dont témoignait Javolenus dans l'extrait que l'on trouve en D., 50, 17, 202.

Alors que nous relevions cette méfiance de Javolenus et l'inexistence des définitions générales dans les Codes chinois devant lui, J.H. Michel suggérait que cette identité d'attitude pouvait peut-être relever d'une même défiance des Chinois et des Romains face à l'abstraction, tous deux étant des peuples d'agriculteurs, donc plus attachés au concret et au réel que ne pouvaient l'avoir été les Grecs, dont la philosophie est à l'origine des spéculations abstraites qui fondent encore bien de nos systèmes. Cela n'a effectivement rien d'impossible, d'autant que la langue latine, elle, possédait le moyen de définir, mais a pu paraître rester cependant en retrait, non pas tant dans l'expression de définitions, que dans la manière de s'en servir pour en déduire des conséquences logiques. De fait, nous trouvons, même parfois imparfaitement, de nombreuses définitions en droit romain, comme en témoigne déjà le simple titre 16 du Livre 50 du Digeste, *De verborum significatione*, qui en recense déjà 246, mais ces définitions ne sont pas mises en œuvre par les jurisconsultes à notre manière, de façon « cartésienne » avant l'heure. Rien de tel, en tout cas, dans les Codes dynastiques chinois, malgré un livre préliminaire dans les Codes dynastiques, livre intitulé *Règles sur les dénominations* ou *Mingli*, généralement rendu, dans nos traductions, par *Principes généraux* ou *Définitions*, ce qui n'est pas tout à fait exact et, en tout cas, bien loin de ce que l'on pourrait en attendre.

Bien au contraire, dans les Codes chinois, sera manifestée une volonté d'être complet, de n'avoir rien oublié<sup>34</sup>. Il en résultera que le Code devra avoir pour but, non d'esquisser une approche générale qui embrasse tout un ensemble générique défini de façon abstraite, mais au contraire, de rentrer dans le détail de tous les faits particuliers, à la manière d'un inventaire détaillé soucieux de ne rien oublier. Mais les

---

*and Common Law*, 2d ed. by F.H. LAWSON, Cambridge University Press 1965.

34. Nous trouvons une même volonté affichée dans les coutumes de Maastricht, art. LXII des statuts de 1380 qui énonce : « *Ist dat eynghe sonderlingen sake ghevelt, die niet genoempt en is in desen statuten, die vorscreven richter ende vonnenisghever deser statuten solen moghen zetten ende ordineren de beteringe, so sij alreneest kunnen, na belanc der mesdaet ende na desen statuten ende na den staet der persone.* ». Cf. L. CRAHAY, *Coutumes de la ville de Maestricht*, F. Gobbaerts, Imprimeur du Roi, Bruxelles 1867, pp. 81-82.

codificateurs n'avaient pas d'illusions sur leur capacité à embrasser l'ensemble des comportements humains qu'ils entendaient affecter de pénalités. Aussi, pour ce que le Code aurait, par inadvertance, laissé échapper, une disposition spécifique venait-elle couvrir cette possibilité, édictant, cette fois-ci de façon aussi générale que possible, que « *Quiconque aura fait ce qui ne doit pas être fait, recevra 40 coups de petit bâton ; si le fait est grave, la peine sera de 80 coups de gros bâton.* » Le commentaire officiel précise : « *Toutes les fois que dans les lois et décrets, aucune disposition n'est applicable à l'acte commis par un coupable et que, d'ailleurs, l'acte commis ne devait pas être fait, son auteur est puni de 40 coups de petit bâton ; en effet, il s'agit d'un acte de peu d'importance ; mais, si le fait est plus important, la peine est de 80 coups. Les choses de ce monde sont susceptibles de cent changements ; les actes de l'homme présentent un nombre infini de variétés ; les lois et décrets ne peuvent les prévoir tous, et c'est pour cela que cet article a été promulgué pour compléter les lois en suppléant à ce qui n'a pas pu être prévu.* »

Le commentaire officiel apporte deux éléments d'information qui viennent confirmer nos affirmations : les lois et décrets ne peuvent tout prévoir eu égard à l'infinie variété des actes humains, en d'autres termes, les définitions que visent les articles du Code ne sont point des définitions générales, mais cherchent à entrer dans le détail de tout ce qui peut être qualifié de répréhensible ; par ailleurs, c'est pour faire face à cette infinie variété que cet article a été fait, en recouvrant deux catégories d'actes, ceux de moindre importance, puis ceux qui peuvent être plus graves et, en conséquence, punis plus sévèrement.

Les explications coordonnées, toujours tirées du même Code des Qing, ajoutent : « *Les lois ne contiennent aucune lacune pour les faits graves ; mais pour les petites choses peu importantes, il est impossible de les prévoir toutes en détail et il est impossible d'établir une règle pour chacune des actions qui peuvent être faites par un homme. Il était donc à craindre que, lorsque les lois ne contenaient pas une disposition spéciale, le fait ne pût être convenablement assimilé à un autre fait prévu et que, par suite, des cas peu graves fussent considérés comme très coupables et des cas où la culpabilité est réellement très grande ne fussent traités avec trop d'indulgence, c'est-à-dire, qu'il y eût trop ou trop peu de sévérité ; c'est pour cela que le présent article a été rajouté relativement aux choses qui ne doivent pas être faites. Cet article punit soit du petit bâton, soit du*

*gros bâton ; dans chaque cas, on doit apprécier sans pouvoir mal à propos aggraver ou alléger la peine ; tel est l'esprit de la loi. »<sup>35</sup>*

Ces explications coordonnées contiennent des éléments éclairants pour nous : aucun fait grave n'est *a priori* oublié, ce qui est possible pour des faits de moindre importance ; en d'autres termes, le codificateur s'est attaché à donner une description aussi complète que possible de ce qui était tenu pour une violation grave. Mais, à l'égard de tous les menus faits, là où on ne peut rien tirer d'une analogie, le juge se voit prescrire un choix entre deux pénalités, sans beaucoup de latitude laissée à son appréciation, pour coller au mieux à la gravité du fait, avec la recommandation de n'être ni trop sévère, ni trop indulgent.

## LA DÉDUCTION, L'INTERPRÉTATION, LA CASUISTIQUE

L'obligation dans laquelle sont les codificateurs d'entrer dans le détail des faits qu'ils entendent stigmatiser comme comportements répréhensibles, entraîne par voie de conséquence que les dispositions des articles des Codes ne sont jamais énoncées autour de principes généraux desquels les juges pourraient alors **déduire** les règles à appliquer aux cas d'espèces qui leur paraissent être visés par un article ou un autre. Plus même, l'approche des juges chinois semble avoir été totalement dominée par l'**interprétation** littérale qui les oblige, dès lors qu'un texte est suffisamment clair, à en appliquer les dispositions, sans aucune latitude pour faire jouer une forme d'appréciation

---

35. On trouvera l'ensemble de ces textes dans P.L.F. PHILASTRE, *Le Code annamite*, rééd. Ch'eng-Wen Publishing, Taipei 1967, t. II, pp. 572-573. Précisons que le texte de ce Code, adopté par Gia Long, empereur de l'Annam de la dynastie des N'Guyen, promulgué en 1812, ne fait que reprendre le Code dynastique chinois des Qing. La traduction de PHILASTRE nous en offre la version en langue française la plus complète. Cf. également G. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1656, p. 704. Rajoutons une précision : le Code distingue, comme on l'a vu, deux catégories de fustigation, la fustigation avec le petit bâton, à côté de celle faite avec le gros bâton. Le petit bâton consiste en une planchette de bambou longue d'environ 1, 50 m de long et large, à son gros bout, celui qui sert à frapper, de près de quatre centimètres et pesant près d'un kilo. Quant au gros bâton, il est de même longueur, mais est plus large à son embout, mesurant alors près de 5, 50 centimètres, et surtout, pesant près de 1,3 kg.

personnelle, au moins dans le principe. Cette attitude, même si elle a des justifications bien différentes, n'est pas sans rappeler un peu l'attitude du juge anglais, alors que la législation n'était pas encore aussi fréquente qu'elle a pu le devenir depuis ; ce dernier, en effet, méfiant devant une intrusion dans ce qu'il considérait comme son territoire réservé, tentait de limiter l'application de la loi donnée par le Parlement en en interprétant ses termes de façon strictement littérale, et il lui aura fallu du temps pour se départir de cette attitude assez hostile.

Le magistrat chinois n'est pas tout à fait dans le même cas de figure : ce n'est pas qu'il ait à se méfier d'une intrusion législative, c'est au contraire sa soumission à la seule force de la loi donnée par l'Empereur qui le limite dans ses fantaisies interprétatives ; le pouvoir entend contrôler strictement l'application que font les juges de la loi des Codes. Pour exercer ce contrôle, c'est tout d'abord un article du Code qui vient obliger le juge, chaque fois qu'une peine a été prononcée par lui, de citer explicitement la loi ou le décret qui a servi de base à la condamnation. La disposition est la suivante : « *Toutes les fois qu'une peine sera prononcée, on devra toujours citer explicitement la loi ou le décret ; ceux qui contreviendront à cette disposition seront punis de 30 coups. Si plusieurs faits sont réunis dans un seul article, il sera permis de ne citer que ce qui a rapport avec la peine de la faute.*

*Les décisions impériales prononçant des peines, spécialement rendus dans des cas particuliers et qui n'ont pas encore été érigés en loi, ne peuvent être cités et considérés comme lois ; ceux qui, de leur autorité privée, les auront cités et qui, par là, auront innocenté ou incriminé dans le jugement prononcé, seront sanctionnés selon les dispositions qui concernent ceux qui ont agi volontairement ou par erreur.* » Le commentaire officiel paraphrase et précise ce texte : « *Citer explicitement, c'est citer tout ce qui est contenu dans la disposition. Les magistrats des tribunaux doivent se conformer aux lois et aux décrets pour prononcer les peines ; dans les jugements, ils doivent toujours citer complètement la loi ou le décret. Ceux qui y contreviennent sont punis de 30 coups. On craint que l'extrait qui serait cité, et qui serait le reste du texte abrégé, ne soit plus conforme à l'esprit de la loi ou du décret, et n'ouvre un champ aux mauvaises passions. Si plusieurs faits sont traités ensemble dans un même article et si le fait commis n'a de rapports qu'avec un de ces faits prévus, il est alors permis de ne citer, pour motiver la peine, que ce qui a rapport avec la faute commise.*

*Les lois et les décrets sont des règles invariables et persistantes qui doivent être suivies ; les arrêts impériaux reçus dans des cas spéciaux et prononçant des peines, que ces peines soient plus légères ou plus sévères par rapport à la règle, n'ont pas été érigés en lois, ils ne peuvent être assimilés à ce qui est invariable et persistant. On ne peut pas citer ces arrêts spéciaux, ni assimiler un fait aux faits qu'ils visent, en les considérant comme lois pour prononcer et motiver une peine ou un jugement. (...) »*

Le texte de cet article est suivi de quatre décrets, dont seuls les trois premiers sont intéressants pour nous en ce qu'ils précisent encore plus comment les juges doivent opérer. Le premier édicte que « *Dans les divers tribunaux, quand on rend un jugement, on doit surtout examiner clairement la véritable nature de la culpabilité et les circonstances de la faute et exposer clairement et complètement les faits. Il n'est pas permis de citer deux dispositions, l'une plus légère, l'autre plus sévère. Tout magistrat qui, dans une affaire de justice et saisi du jugement, aura agi avec partialité ou dans un but d'intérêt privé, qui aura violé les règles, renversé la réalité des faits, innocenté ou incriminé volontairement, sera, lorsque ces faits seront bien établis et prouvés, l'objet d'un rapport au gouvernement, auquel son nom sera signalé ; il en sera de même pour celui qui aura prononcé la peine de servitude ou la peine de l'exil pour un fait puni de mort ou qui aura prononcé la peine de mort pour un fait puni de la peine de la servitude ou de l'exil (...).* »

Le second décret revient sur la question d'une citation de plusieurs lois ou décrets : « *Tout magistrat saisi d'une affaire et chargé de prononcer un jugement doit s'attacher à ne citer qu'une loi ou qu'un décret ; s'il cite d'abord un décret et s'il dit ensuite dans le jugement qu'on ne doit pas juger et prononcer la peine selon ce décret ; s'il change et cite une disposition plus sévère ou bien s'il emploie et ajoute quelque expression de ce type : 'il y a lieu d'user de sévérité à cause de la nature de la culpabilité' ; s'il incrimine le prévenu de cette peine plus sévère, il sera jugé d'après les dispositions relatives au fait d'innocenter ou d'incriminer volontairement quelqu'un.* »

Enfin, le troisième décret revient sur le fait de citer un précédent non encore érigé en loi, ajoutant cependant ceci : « *(...) S'il s'agit réellement du jugement d'un cas analogue à celui qui a été jugé dans l'arrêt cité, et s'il y a lieu de donner à cet arrêt la force d'un décret, il est alors permis d'exposer clairement le fait au Souverain dans le*

*jugement ; le ministre des peines procédera à un nouvel et minutieux examen de la proposition et il ajoutera son avis sur la demande faite au Souverain d'ériger l'arrêt en question en décret. »<sup>36</sup>*

L'ensemble de ces dispositions qui insistent toutes sur la nécessité pour le juge de citer exactement la loi ou le décret qui fonde sa décision, de laquelle découle que son interprétation sera, somme toute, plutôt réduite, vise en fait à s'assurer que les juges ne trafiquent avec la justice, soient sensibles à des propositions de corruption, plaie du système chinois<sup>37</sup>, les juges s'autorisant à embrouiller par des citations mélangées et contradictoires les jugements des affaires. En tout cas, pour ce qui nous intéresse plus directement, retenons que les juges sont contraints de citer très exactement les textes des lois auxquels il se réfèrent pour porter une condamnation, et que, du même coup, ils sont entraînés à interpréter ces textes de façon purement littérale, pour que la loi s'applique aux faits reprochés, sans possibilité d'une autre interprétation.

D'ailleurs, un autre article venait sanctionner le magistrat qui, indûment et volontairement, avait innocenté ou incriminé une personne, loi à laquelle font référence l'article précité et ses décrets<sup>38</sup>.

Il est cependant des cas où l'interprétation littérale ne peut suffire et s'avère même aller contre l'esprit de la loi ; dans ce cas, le juge pourra exercer sa sagacité et tenter une interprétation, mais pas n'importe quel juge. En effet, lorsque l'on est confronté à une affaire grave, le magistrat local n'est chargé que d'établir un rapport pour renvoyer ensuite l'affaire en jugement devant l'instance supérieure, qui se situe au niveau de la Cour provinciale ou *Ancha shisi*, et en fonction de la gravité de l'affaire, selon qu'elle est punie de la peine

**36.** On trouvera l'ensemble de ces textes dans la version qu'en propose P.L.F. PHILASTRE, *Le Code annamite*, op. cit. note 35, t. II, art. CCCLXXX, pp. 710-712. On pourra également trouver le texte de l'article principal, mais sans les décrets, dans G. T. STAUNTON, *Ta Tsing Leu Li (Da Qing Lüli) being the fundamental Laws, and a Selection from the Supplementary Statutes of the Penal Code of China*, rééd. Ch'eng-Wen Publishing Co, Taipei 1966, art. CCCCXV, pp. 455-456.

**37.** Cf. à cet égard le passage que consacre BOULAIS à la question, op. cit. note 7, §§ 1516-1519, pp. 654-655.

**38.** Il s'agit de l'article CCCLXXIV, que l'on s'abstiendra de citer d'autant qu'il n'intéresse pas directement notre propos et qu'il est fort long. On le trouvera avec ses décrets et les commentaires officiels dans P.L.F. PHILASTRE, *Le Code annamite*, op. cit. note 35, t. II, PP. 669-689.

capitale ou non, la sentence passera alors plusieurs étapes de révision et de confirmation, voire de contrôle. Or, si à l'occasion de ce contrôle par des instances supérieures, une décision est trouvée fautive, une sanction viendra frapper le magistrat qui l'a rendue<sup>39</sup>.

Nous avons à notre disposition un recueil consacré à des espèces judiciaires, compilé par des fonctionnaires qui ont œuvré au sein du *Xing Bu* ou Ministère des châtiments au XIX<sup>e</sup> siècle. On peut trouver dans ce recueil, intitulé *Xing'an huilan* ou *Recueil d'espèces pénales*, quelque 7 600 espèces qui s'étalent sur un laps de temps compris entre 1736 et 1885<sup>40</sup>. Nous y trouvons bien des exemples qui illustrent les façons de faire que suivaient les juges chinois impériaux lorsqu'ils pratiquaient l'interprétation de la loi du Code.

Nous y trouvons mention d'une affaire qui impliquait deux personnes ayant participé à une échauffourée, affaire remontant à 1818<sup>41</sup>. Chacune de ces deux personnes se trouvait avoir tué l'une des onze victimes de la rixe. Alors que l'on attendait le procès des meurtriers, deux des participants qui, eux aussi avaient donné des coups mortels, décédaient de maladie.

Les dispositions légales en la matière sont doubles : il existe dans le Code un décret sur les homicides commis à l'occasion de rixes

39. Le système chinois des cours de justice sous les Qing est assez complexe et il ne peut être question d'en exposer ici le mécanisme complet. Précisons seulement que pour les infractions emportant la peine capitale, en première instance, le magistrat de la sous-préfecture ou de la préfecture ne peuvent que faire l'enquête, éventuellement proposer une sentence, mais en tout cas, transmettre ensuite pour jugement le dossier à la Cour provinciale. Cette dernière prononcera la sentence, qui devra être confirmée par le Gouverneur provincial, puis transmise au Ministère des Châtiments pour jugement final, puis transmis enfin à l'Empereur pour ratification. Pour une présentation plus complète du système, on ne peut que renvoyer à notre thèse, *La mise par écrit des normes juridiques et ses conséquences sur la formation de la pensée juridique - Etude historique et comparative*, Faculté de droit de Nantes 1988, (multigraphiée), t. I, planche 22, p. 337. Relevons qu'un autre article vient également sanctionner le magistrat qui, à l'occasion d'une révision obligatoire de la sentence, relève une erreur, mais ne la sanctionne pas, art. CCCLXXV, in P.L.F. PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. II, pp. 689-692.

40. Plusieurs espèces significatives ont été traduites par D. BODDE et C. MORRIS à la suite de leur ouvrage, *Law in Imperial China*, déjà cité note 12. C'est bien sûr à cette source que nous avons beaucoup puisé.

41. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 164.2, pp. 333-334.



qui prévoit que la mort par maladie de l'un des participants, qui se trouve lui-même avoir porté des coups mortels, aura pour effet de réduire la peine de strangulation prévue pour les autres participants eux-mêmes meurtriers en une peine d'exil à vie<sup>42</sup>. Pris isolément, ce texte semble donc avoir pour seul objectif de réduire la mesure des peines. Mais existe aussi une autre disposition qui évoque une rixe au cours de laquelle trois personnes ou plus auraient trouvé la mort : si celui qui a conçu le projet de cette rixe venait à mourir de maladie, soit alors qu'il attendait en prison préventive, soit qu'il était en route pour se rendre à son procès, soit encore qu'il se soit suicidé dans la crainte du châtement, cette mort ne sera pas prise en compte pour une réduction de peine à l'égard de ceux qui ont porté effectivement les coups mortels<sup>43</sup>. Cette disposition n'évoque cependant pas le cas où celui qui meurt en attendant le procès n'est qu'un associé qui n'a pas de part à la conception même du complot ; par ailleurs, le premier décret plaçait sur un même plan la mort de l'un des coauteurs et celle du principal auteur, à savoir celui qui a fomenté la querelle. Le Ministère des Châtiments, auquel l'affaire avait été transmise, se prononça en disant que la teneur de la seconde disposition n'avait

---

42. Voici ce texte, promulgué en 1801 : « *Dans les cas de rixe où un meurtrier devra être condamné à la strangulation pour compenser la mort de sa victime, on distinguera deux hypothèses : 1° - Avant que l'affaire ait été portée devant le magistrat, le chef du complot ou l'un de ceux qui ont pris part à la rixe et donné un coup mortel s'est suicidé par crainte de la peine due à son crime. 2° - Après que l'affaire a été portée devant le magistrat, mais avant que la sentence ait été promulguée, un inculpé déjà en prison, ou que l'on amenait au tribunal, est mort de maladie. Dans ces deux hypothèses, on acceptera cette mort comme compensation pour la victime ; le meurtrier qui devait être étranglé, aura sa peine diminuée d'un degré et subira l'exil perpétuel (à 3000 lis).* » (cité d'après BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1275, pp. 560-561). Voir ce même texte aussi dans P.L.F. PHILASTRE, *Le Code annamite*, *op. cit.* note 35, t. 2, décret IX, p. 215.

43. On ne trouve pas dans BOULAIS mention de ce décret, au moins dans l'édition que nous avons et qui est pourtant la même que celle à laquelle les traducteurs de ces espèces ont recouru. Il fait référence à un § 1276a qui n'existe pas en tant que tel et qui, pour le § 1276 en tout cas, ne se rapporte pas du tout à cette situation. Pas de référence non plus dans les décrets repris dans la version annamite. D'après D. BODDE et C. MORRIS, *op. cit.* note 12, pp. 333-334, ce décret serait une continuation du décret cité à la note précédente. L'article du Code Qing était en effet suivi de dix-neuf décrets qui n'ont, bien évidemment, pas tous été repris par les différents traducteurs. Faisons confiance à défaut de pouvoir nous-mêmes vérifier.

pour objet que de conduire au rejet de la clémence que permettait le premier décret, et il estima donc que rien ne s'opposait à ce qu'il traitât de façon strictement égale l'auteur principal, à savoir le concepteur du complot, et celui qui n'est qu'un associé. Ici, l'on peut constater que la décision retenue par le Ministère ne se justifie par aucun des deux textes pris isolément ; de fait, on discerne que les termes du premier décret, qui étaient littéralement applicables, n'ont pas été appliqués dans les faits, alors qu'inversement, les termes du second décret, inapplicables littéralement, ont été pourtant déterminants. Les juges supérieurs ont fait jouer une véritable interprétation qui les a conduits à lire les deux textes à la lumière l'un de l'autre, et finalement à rejoindre ce qui leur a semblé exprimer le véritable esprit de la loi. Si interprétation il y a eu, il serait sans nul doute exagéré d'affirmer que le Ministère ait mis en œuvre une technique de logique formelle, car l'approche retenue par lui semble bien plutôt se fonder sur des facteurs culturels plus que proprement logiques.

On peut fournir un autre exemple de cette façon de faire, encore plus net à l'occasion d'une autre espèce, qui remonte à 1792<sup>44</sup>. L'affaire concerne une femme qui, ayant commis un adultère et craignant que son mari ne vienne à l'apprendre par l'intermédiaire de sa bru, cherche querelle à cette dernière, se précipite sur elle avec un tisonnier que cette bru tenta de saisir ; mais au cours de la bagarre, la bru reçut un mauvais coup de ce tisonnier, qui était aiguisé et pointu, et mourut de ses blessures<sup>45</sup>. Le tribunal, qui le premier connut l'affaire, estima avoir affaire à un meurtre prémédité, dont l'objet avait été de faire taire la belle-fille de manière définitive ; en conséquence, il appuyait sa décision sur une disposition de la loi qui édictait que « *tout supérieur de famille (en dehors des parents et grands-parents) qui préméditera la mort d'un inférieur consanguin ou par alliance sera ainsi puni (...) : quand le crime aura été accompli,*

---

44. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 159.1, pp. 315-317.

45. On a ici un aperçu de l'atmosphère souvent détestable qui régnait dans les relations belle-mère/bru, matière dont les romans classiques se sont souvent nourris. En effet, la bru, du fait de son mariage, quittait sa famille pour intégrer celle de son mari et la belle-fille se trouvait devoir considérer ses beaux parents comme les siens propres, ce qui a conduit bien des belles-mères à correspondre à la réputation qui leur est longtemps restée attachée, c'est-à-dire, celle de marâtres exigeantes, capricieuses et acariâtres ...

*le coupable sera traité comme meurtrier volontaire.* »<sup>46</sup> La loi prescrit également que dans les cas d'homicide prémédité, le coupable principal est puni de la peine de décapitation après les assises d'automne, les complices, de strangulation<sup>47</sup>.

Le Ministère des Châtiments, auquel l'affaire avait été transmise, estima, quant à lui, que l'on ne pouvait tenir le meurtre pour avoir été prémédité ; il a fait en effet remarquer que c'était la bru qui s'était saisie du tisonnier par la pointe pour s'en protéger et que ce ne fut qu'au cours de la lutte qui l'opposait à sa belle-mère qu'elle fut blessée et tuée, ce qui élimine toute possibilité de suspecter quelque préméditation. Le Gouverneur de la région dans laquelle l'infraction avait été commise, qui avait pour mission de recueillir l'affaire pour proposer une façon de la résoudre et la transmettre alors à la Cour centrale, après que l'enquête a été menée par la cour locale, avait proposé que la meurtrière subisse une peine élevée d'un degré par rapport à celle qui punit les parents qui battent leurs fils ou leurs petits-fils et causent ainsi leur mort<sup>48</sup>.

La question qui, finalement, se posait revenait à savoir si la disposition relative à une belle-mère qui bat de façon déraisonnable sa belle-fille était applicable, dès lors que l'on ne pouvait retenir la préméditation. Le Gouverneur semble bien estimer que non. On peut

---

46. Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1225, p. 544 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCLXXXIV, al. 3, p. 306 ; PHILASTRE, *op. cit.* note 35, art. CCLIII *in medio*, t. 2, p. 177.

47. « *Dans tout homicide prémédité, celui qui aura suggéré l'idée du crime (qui, donc, sera considéré comme l'auteur principal) sera décapité après les assises d'automne. Les complices qui auront pris part à l'action seront étranglés après les mêmes assises (...). Ces peines ne seront appliquées que lorsque l'homicide aura été accompli* (ce qui signifie que la victime doit mourir des suites du meurtre, et non accidentellement). » Cité d'après BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1121, p. 540 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCLXXXII, al. 1, p. 303 ; PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, art. CCLI *in principio*, p. 164.

48. La loi porte en effet : « *Si par suite des coups (portés par les grands-parents ou les père et mère ou les beaux-parents) la belle-fille ou le fils adoptif viennent à mourir (...) s'ils sont tués à dessein, le coupable subira 100 coups de bâton et de l'exil perpétuel à 2000 lis.* » Cité d'après BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1420, al. 4, p. 617 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCCXIX, al. 6 *in fine*, p. 348 ; PHILASTRE, *op. cit.*, note 35, art. CCLXXXVIII § central vers la fin, t. 2, p. 352.

être surpris d'une telle attitude, d'autant que les dispositions du Code prévoient expressément une peine dans le cas de parents qui font subir des coups à leurs inférieurs, et notamment à leurs enfants. L'interprétation retenue par le Ministère nous apparaît donc tout empreinte de données uniquement culturelles : le fait qu'une belle-mère en arrive à battre sa belle-fille fait partie de la vie courante, puisque cette dernière est soumise à tous les caprices et sautes d'humeur de sa belle-mère qui règne sur elle en véritable despote. Dire donc que la raclée donnée à la belle-fille ait été injustifiée en l'espèce, ne pouvait être retenu comme un constat sérieux ; c'est ce qui justifia la non-application du dispositif législatif, alors qu'il aurait pourtant trouver à s'appliquer assez exactement à l'espèce. Un autre fait dut certainement être pris en compte par le Gouverneur en proposant sa solution au Ministère : l'adultère commis par la belle-mère, qui normalement aurait empêché tout recours à l'indulgence en cas de meurtre prémédité, exige néanmoins d'être sanctionné en tant que tel ; certes, on ne pouvait retenir contre la belle-mère l'idée d'une préméditation, mais elle avait été néanmoins adultère et devait être sanctionnée plus durement du fait de cet adultère, ce qui conduisit le Gouverneur à proposer une peine d'exil à vie et l'impossibilité de racheter la peine. On reste cependant dans un sentiment mitigé face à la décision prise par le Ministère d'approuver la suggestion faite par le Gouverneur ; il est probable qu'il eût aimé qu'existassent des dispositions précises sur le fait, donnant possibilité d'appliquer la peine de mort, ce qui n'était pas possible en l'état des articles disponibles.

C'est ici l'occasion de faire remarquer deux choses : d'abord, que nous nous trouvons là face à une forme de garantie donnée à l'accusé, tenant à une manière de principe de légalité des délits et des peines, qui interdit au juge d'inventer une infraction non expressément visée par le Code, comme d'inventer une peine qui n'aurait aucun fondement légal. Le juge nous apparaît bien contraint par les dispositions du Code, desquelles il ne peut s'échapper sans courir le risque de se faire sanctionner pour avoir usé d'un pouvoir qu'il n'a pas. Cela est suffisamment étonnant et remarquable pour que l'on ne manque pas de le faire observer, illustrant bien que nous, Occidentaux, ne sommes pas systématiquement les inventeurs de toutes les notions et que d'autres cultures, à travers des voies qui ne collent pas systématiquement aux nôtres, ont pu parvenir à des conclusions, somme toute, assez proches.

Mais c'est aussi la difficulté à laquelle doit faire face le juge qui se trouve dans un système qui l'oblige à coller le plus près possible au texte, et qui lui interdit alors de faire usage de circonstances aggravantes ou atténuantes pour mesurer mieux la peine. Le juge peut apparaître particulièrement désireux de se borner à suivre une interprétation littérale qui le conduira à une plus grande sévérité systématique, à moins qu'il ne veuille tout simplement couvrir une infraction en déformant dans son rapport ce qui la rendrait trop évidente aux yeux de la loi. L'on peut se rendre compte qu'alors, bien des libertés d'interprétation apparaissent de façon flagrante.

Pourtant, notre recueil offre une illustration claire d'une volonté du juge d'atténuer la peine, alors même qu'aucun texte ne vient fonder une telle approche ; on voit cela notamment dans une affaire remontant à l'année 1814, qui entre dans la catégorie des infractions consistant en l'offre d'argent faite pour arranger une affaire<sup>49</sup>. En l'espèce, il s'agit d'un frère aîné qui prend sur lui, à la demande expresse de sa mère, un crime commis par son frère cadet et signe alors une confession. Le Gouverneur du Yunnan, qui rapportait l'affaire au Ministère des Châtiments, s'appuie sur un décret qui vient préciser que toute personne, qui entend assumer la responsabilité d'un crime qu'il n'a pas commis pour en décharger une autre personne, doit être puni de la peine qu'eût encouru le véritable coupable (la strangulation), mais diminuée d'un degré, correspondant à une peine d'exil à vie à une distance de 3 000 lis<sup>50</sup>. Cependant, lorsque le frère

---

49. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 208.4, pp. 420-421.

50. Malgré les affirmations de BODDE et MORRIS, on ne trouve nulle mention de ce décret dans BOULAIS, pourtant référencé par eux au § 1532a qui n'existe pas comme tel. Ce § n'est extrait que d'un article de la loi, conçu en termes très généraux, venant réprimer seulement la corruption offerte à un mandarin pour qu'il prononce une sentence illégale. Il s'agit en fait d'un décret complémentaire non repris dans cette traduction. Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1532, p. 660 ; également STAUNTON, *op. cit.* note 36, art CCCXLVIII, p. 385. Par contre PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, pp. 477-478, nous offre un décret qui semble bien être celui visé par nos auteurs ; on y lit en effet que « *Dans tout jugement d'une personne qui se sera laissée corrompre pour se faire condamner à la place d'autrui (...), le criminel qui aura employé la corruption sera naturellement condamné selon la faute qu'il aura primitivement commise et celui qui se sera laissé corrompre pour se reconnaître coupable à la place du premier sera jugé en tenant compte du produit de l'acte illicite et d'après les dispositions relatives au cas de violation de règles (...)* » – c'est-à-dire, d'une peine diminuée d'un degré.

aîné prit sur lui le crime de son frère, ce fut sous la pression de sa mère, ce qui est différent, car il n'a ici accepté aucune rétribution pour ce faire, équivalant à une corruption. Le Gouverneur proposa alors de diminuer encore d'un degré la peine, ce qui correspondit à une peine de 100 coups de gros bâtons et un exil de trois années. Chose curieuse, aucune allusion n'est faite à l'attitude de la mère qui, probablement, n'encourut aucune peine ; de même, on ne sait rien de ce qui arriva au véritable criminel, le frère cadet ; enfin, on peut constater que, pour fonder la décision proposée par le Gouverneur, aucune référence n'est faite à un quelconque texte qui viendrait soutenir qu'un fils, assumant un crime à la demande de sa famille, doit être puni d'une peine moindre. En tout cas, bien qu'il y ait eu parjure, puisque l'aîné avait effectivement confessé le crime, la responsabilité atténuée qui lui a été appliquée tire probablement sa justification de la pression maternelle.

On peut observer que ces libertés d'interprétation peuvent parfois atteindre des sommets, notamment, quand les mentalités sont appelées à y jouer un rôle essentiel. Nous avons à cet égard deux affaires qui sont exemplaires ; elles concernent la vente de leurs épouses par des maris. Dans la première, qui remonte à 1814<sup>51</sup>, il est question d'un homme, qui, en raison de son extrême pauvreté, fit rédiger un rapport qui prétextait sa mort, permettant ainsi de vendre sa prétendue veuve comme concubine à un autre homme. Il s'en était d'ailleurs arrangé avec le père de sa femme. Or, l'acheteur apprit qu'il avait été trompé et son épouse légitime rossa la pauvre femme achetée comme concubine de telle manière qu'elle dut s'enfuir. Selon les dispositions légales, chacun des protagonistes de l'affaire, à savoir le mari vendeur, sa femme vendue et l'acheteur, sont passibles de 100 coups de gros bâton<sup>52</sup>. Telle est la solution qui fut proposée et qui sera retenue. On peut observer que, dans ce jugement, la mère de l'épouse vendue échappa à toute pénalité, bien qu'elle ait été pourtant liée de très près à l'exécution du stratagème.

---

51. Cf. D. BOODE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 223.4, p. 431.

52. Nous citons la version qu'en donne BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1597, p. 684 : « *Quiconque donnera de l'argent à un autre pour qu'il répudie sa femme et la lui vende, puis épousera cette femme, recevra 100 coups de bâton ainsi que le vendeur et sa femme. Le divorce sera prononcé et la femme retournera dans sa famille (...).* » ; cf. aussi PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, p. 531, art. CCCXXXIII *in medio* ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCCLXVII, al. 4, p. 406.

Quelques années plus tard, en 1818<sup>53</sup> dans une affaire de même type, on ne voit plus exiger l'application stricte de la loi et l'on a, au contraire, fait valoir que l'acte du mari avait eu pour justification la pauvreté et la maladie qui ne lui avaient laissé aucun autre choix possible. Un autre élément semble avoir aussi compté dans cette dernière espèce : la femme n'avait aucun parent chez qui aller si un divorce était finalement retenu, comme l'exige la loi précitée ; laisser vagabonder la femme sans protection eût alors été grandement préjudiciable à la moralité féminine. Aussi, le Ministère des Châtiments, après avoir mûrement pesé le cas, se décida-t-il pour que la femme soit autorisée à rester avec l'homme qui l'avait achetée, le premier mari n'étant par ailleurs pas tenu de restituer l'argent qu'il avait reçu de la vente de sa femme.

Cette différence de traitement de mêmes types d'affaires illustre parfaitement, pour ce qui intéresse la seconde espèce, un refus d'appliquer la loi dès lors que la vente apparaît avoir été faite sous la pression de la nécessité. Mais pourtant, le mari de l'espèce remontant à 1814 n'était-il pas, lui aussi, dans un état d'extrême pauvreté ? Or, à cette époque, la vente avait été considérée comme faire sans cause justificative, ce qui ne fut pas le cas en 1818, quatre années plus tard, où l'on voit apparaître cette idée d'une cause justificative. Subsiste tout de même une question : sur quoi se fonde cette distinction qui excipe d'un état de nécessité qui est totalement absent des dispositions légales, comme on a pu le voir ?

La justification du jugement rendu dans la seconde espèce nous semble clairement participer de raisons morales : si, comme la loi le demande, la vente était annulée, mais que le divorce d'avec le premier mari était prononcé, on aurait abouti à laisser la femme sans aucune protection, puisqu'elle n'avait aucun parent chez qui se réfugier. Il existe, en effet, une autre disposition, qui n'est certes pas légale, mais pèse cependant d'un grand poids, puisqu'elle est extraite d'un rituel remontant aux IV<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècles avant notre ère, le *Da Dai Liji* ou *Rituel de Dai l'Ancien*, qui, après avoir exposé les sept causes de répudiation que peut invoquer le mari, fournit trois exceptions, dont le manque de famille, qui rend alors impossible à la femme toute retraite honorable<sup>54</sup>. Ce sont de telles considérations qui durent être

---

53. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 223.2, pp. 428-429.

54. Ces dernières sont : manque de soumission aux parents (du mari), privation de fils, impudicité, jalousie, maladie dangereuse, loquacité et vol. Il

prépondérantes aux yeux des magistrats suprêmes, et c'est probablement là tout ce qui vient justifier leur décision. Notons également que, dans cette dernière affaire, le Ministère omet de demander la restitution de la somme touchée par le premier mari pour la vente de sa femme, somme qui eût dû être confisquée au profit de l'État<sup>55</sup> ; mais ici aussi, il faut voir une volonté de s'adapter à la réalité sociale du terrain qui implique un mari bien démuné, la loi se montrant d'une inflexibilité tout idéale, et partant, inadaptée.

Mais on peut constater d'autres écarts, encore plus hardis. Ainsi, dans une affaire datant de 1738<sup>56</sup>, on voit le Ministère des Châtiments faire référence à un texte de loi nommément cité, mais prendre sa décision sans en tenir aucun compte, en l'ignorant purement et simplement. Il s'agissait en l'occurrence d'un frère cadet qui, agissant sur le commandement de son oncle, tenta de désarmer son frère aîné alors que ce dernier était ivre et menaçait l'entourage avec un couteau. Pour ce faire, le frère cadet dut le frapper. L'aîné finit par se blesser lui-même avec son couteau et, alors que ses plaies avaient été bandées à plusieurs reprises, il défit constamment ses pansements, de telle sorte que les plaies finirent par s'infecter et qu'il en mourut. Le frère cadet ne pouvait être tenu pour responsable de la mort de son aîné ; toutefois, il n'en est pas moins vrai qu'il avait frappé son aîné, ce qui, si l'on suivait les dispositions légales du Code, aurait dû entraîner pour lui une peine de 100 coups de gros bâton et de

---

est bien entendu que seul le mari peut demander le divorce, la femme n'ayant à cet égard aucun droit, sauf dans des cas limites, comme les coups et blessures et les mutilations, l'obligation de commettre l'adultère, la location ou la mise en gage, qui l'autorisent alors à quitter son mari, mais non à demander un divorce. Face à ces sept causes de divorce, existent cependant trois exceptions qui interdisent au mari de congédier son épouse : le manque d'une famille où la femme puisse se retirer, le deuil du beau-père ou de la belle-mère porté pendant trois ans et le changement de fortune qui transforme un mari autrefois pauvre en homme riche et honoré. Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 633, pp. 300-301.

55. On ne voit pas cette disposition dans l'extrait fourni par BOULAIS, mais elle apparaît clairement dans la version proposée par PHILASTRE, *loc. cit.* note 53, puisque la fin du paragraphe vient préciser « *les valeurs données en cadeau de cérémonie seront confisquées à l'Etat.* ». On peut penser qu'y était également inclus le prix de vente, dès lors que la vente était réduite à néant.

56. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 190.2, pp. 387-389.



servitude pénale pendant trois ans<sup>57</sup>. Il semble qu'une enquête supplémentaire ait été demandée pour s'assurer que la victime s'était bien blessée de son propre chef, ce qui a été alors avéré. Pourtant, malgré toutes les circonstances qui auraient dû conduire à disculper le frère cadet, comme le fait qu'il avait agi sur les ordres de son oncle, que le frère aîné n'était pas mort des coups portés par le cadet, non seulement on ne se contenta pas d'appliquer la loi que nous avons citée, mais c'est une peine plus grave qui fut recommandée. La raison qui vient justifier cette sévérité tient à ce que la rixe entre ces deux frères, quelle qu'en ait été l'origine et les circonstances, met à mal ce qui est considéré comme l'une des cinq relations cardinales de la société chinoise traditionnelle<sup>58</sup> ; il importait donc d'augmenter d'un degré, alors que la loi n'en dit absolument rien, les pénalités qui seraient portées à 100 coups de gros bâton et un exil à perpétuité à une distance de 2 000 lis.

Terminons ce panorama en citant une dernière espèce qui vient illustrer que l'Empereur lui-même pouvait ne pas se satisfaire de la loi telle qu'elle était édictée dans le Code, le conduisant finalement à la changer. Cette modification a été motivée par le fait que dans la loi, trois vocables sont utilisés pour signifier des situations différentes : c'est d'abord le terme *fu* qui désigne une femme mariée, dont les liens avec sa famille originelle sont dès lors distendus pour leur privilégier les liens avec la famille du mari ; puis le terme *nü* qui désigne cette fois la fille non mariée, enfin le terme *zi* ou *descendance*, qui renvoie

---

57. La version de ce texte donnée par BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1411, pp. 612-613, est la suivante : « *Quiconque (...) blessera son frère ou sa sœur aînés, subira 100 coups et trois ans d'exil (...).* » ; on retrouve cette disposition, mais incluse dans le cœur de l'article CCLXXXVII, dans PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, p. 342 ; cf également STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCCXVIII, p. 345.

58. Ces cinq relations cardinales sont celles qui commandent les rapports entre père et fils (incluant en fait toutes les relations entre personnes plus âgées et plus jeunes), entre frère aîné et frère cadet, entre époux et épouse, entre gouvernant et sujet, enfin entre amis. On trouve une formulation de ces cinq relations privilégiées par la morale confucéenne clairement énoncée dans le *Zhongyong* ou *Invariable milieu*, qui n'est qu'un chapitre extrait de l'un des Classiques de l'école confucéenne, le *Liji*, ouvrage qui traite des principes liés au rituel, au *Li*, et de ses interprétations idéologiques et philosophiques. Cf. *Zhongyong*, trad. S. Couvreur, in *Les quatre livres*, rééd. Kuangchi Press, Taiwan 1972, p. 46. Cf. de même l'œuvre de Mengzi ou Mencius, Liv. III, chap. I, dans *Les quatre livres*, *op. cit.*, pp. 424-425.

dans le contexte légal aussi bien au fils, qu'il soit marié ou non marié, qu'à la fille mariée seulement dès lors que la fille mariée est désignée par un autre terme, dont on vient de voir qu'il était *fu*. Or, en 1791<sup>59</sup>, le gouverneur du Hunan rapporta le cas d'une femme qui a commis un adultère, dont le père finit par se suicider de honte. Il recommanda l'application d'un décret qui commandait la peine de strangulation après les assises d'automne à l'encontre de la fille, mariée ou non, quand les parents, après avoir en vain essayé de tuer le séducteur, en viennent à se suicider<sup>60</sup>. L'Empereur Qianlong (1735-1796), au vu de la confirmation de cette sentence par le Ministère des Châtiments, modifia la loi en imposant une peine plus grave au motif que l'infraction commise par la fille, donc faisant partie de la descendance, *zi*, avait été cause du suicide du père. Auquel cas, il était donc convenable d'appliquer une peine identique à celle qui vient punir les impudicités ou *jian*, comme le viol, l'adultère et toutes autres relations sexuelles illicites, commise par la descendance ou *zi*, c'est-à-dire le fils, marié ou non, et la fille non mariée, à savoir la strangulation sans rémission et immédiate<sup>61</sup>. Le décret a finalement rendu obsolète la distinction entre fille mariée et fille non mariée qui aurait permis à la première de bénéficier d'un pénalité moins rude que la seconde, au motif que les liens qui l'unissaient avec sa famille étaient moindres que ceux liant une fille non mariée à ses parents, dès lors que la conduite de la première est bien la cause du suicide de ses propres parents.

---

59. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 172.4, pp. 359-362.

60. Voici la version qu'en donne BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1326, p. 578 : « *Quand une femme mariée (fu) ou une fille non mariée (nü) se sera rendue coupable d'un commerce criminel non autorisé par ses parents, s'il arrive que ses parents, après avoir essayé, mais en vain, de tuer le séducteur, se tuent eux-mêmes de honte et de colère, on condamnera la femme mariée ou la fille non mariée coupables à la strangulation après les assises d'automne.* » ; nous nous sommes permis de modifier le texte fourni par BOULAIS qui est postérieur à la modification que l'Empereur a apportée à la législation en la matière; cf. également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, sous article CCLXVIII, décret XIV *in principio*, p. 254.

61. Voici ce décret selon BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1506, p. 649 : « *On étranglera sans rémission les fils ou petits-fils (zi) qui, se rendant coupables de quelque crime d'impudicité ou de vol, seront cause que leur grand-père, grand-mère paternels, père ou mère se tuent eux-mêmes de désespoir (...)* » ; cf. également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, sous art. CCCVII, décret II, p. 444.

Ce sont donc encore des considérations morales qui, cette fois-ci, ont conduit à prescrire de nouvelles mesures à l'occasion d'une espèce qui en est la circonstance, parce que la loi ou les décrets en vigueur semblent inappropriés. L'Empereur Qianlong réaffirme avec force que les liens qui unissent les enfants aux parents découlent des commandements du ciel, ce qui a pour conséquence que la femme, qui se trouve déjà soumise à son mari et à la famille de ce dernier, n'en est pas pour autant quitte avec sa famille d'origine, puisqu'elle porte la responsabilité de tous les actes qu'elle pourrait faire, qui viennent affecter gravement ses propres parents.

Arrêtons là nos illustrations. Le constat que l'on peut dresser, à partir de ces quelques exemples que l'on aurait pu multiplier, montre que le juge chinois, comme n'importe lequel de ses compères agissant au sein d'autres cultures, est conduit, d'abord à faire une application stricte et littérale de la loi, mais aussi, quand celle-ci lui paraît ne pas vraiment correspondre aux circonstances de l'espèce, à aller au-delà de ce qu'elle commande ; il va tenter de trouver la solution qui lui semble la mieux adaptée, en pratiquant finalement une façon de faire qui est celle que recommandait Aristote lorsqu'il évoquait le recours à l'équité, qui fait de l'équité le droit du cas concret. On ne peut, non plus, ignorer que, comme pour tout juge, le poids des mentalités et de la morale sociale prédominante est très lourd.

Nous pouvons rejoindre un autre thème, relevé par Jacques Michel, thème qui n'aura pas besoin d'être développé plus avant, puisque nous serions conduits à répéter ce qui a déjà été dit ; il s'agit de l'approche **casuistique**. Cette approche est évidente pour un juge chinois, d'autant qu'il n'a pas à sa disposition de définitions générales formulées dans les différentes mesures que lui offre le Code, mais au contraire, qu'il est confronté à des infractions décrites avec un luxe de détails qui viennent l'enserrer dans leur étai. Les juges seront alors amenés à examiner les circonstances du fait avec toutes leurs particularités pour les faire cadrer avec les éléments de qualification posés dans un article du Code. Le droit des Codes est en effet un droit tout empreint de casuistique, chaque situation n'est envisagée que pour elle-même, distinguée avec soin d'une autre avec laquelle elle aurait pourtant été pu confondue. C'est justement en se livrant à cet examen au cas par cas que le juge chinois est conduit, comme nous avons pu le constater, à parfois proposer de s'écarter d'une loi qui ne lui semble pas idoine pour régler l'espèce.

Il est difficile d'en déduire, comme on pourrait être tenté de le faire, que, pour être casuistique, le droit chinois serait un droit de type archaïque qui ne serait pas parvenu à une généralisation, qui à elle seule, serait signe de progrès. Bien au contraire, la casuistique n'a jamais été un signe d'archaïsme, le droit romain est là pour nous en montrer l'exemple topique par excellence, comme, plus tard, le droit canonique et, aujourd'hui, le droit anglo-américain. De tels droits se sont essentiellement construits sur des considérations de pure pratique, même si les idées morales y sont très visiblement prégnantes, comme dans le droit chinois impérial, dominé par l'idéologie liée à l'école confucéenne. La casuistique est alors plutôt un signe d'extrême habileté technique, qui peut confiner à la subtilité d'école, mais néanmoins habileté, qui pourra différer, bien évidemment, selon les contextes culturels qui la verront se développer. Même si le droit n'a pas constitué une des grandes valeurs de la civilisation chinoise, celle-ci n'a pu en faire une totale économie, et ses juges n'ont pas été de moins habiles techniciens que leurs compères des autres aires culturelles. Les différents recueils d'espèces, souvent exploités par des auteurs pour en tirer des romans à caractère policier fort bien faits, sont là pour nous montrer à l'œuvre l'extrême habileté technique, toute en finesse, des magistrats chinois<sup>62</sup>

## LE RECOURS À L'ANALOGIE

J. Escarra écrivait en 1936 qu'avec l'**analogie**, le raisonnement juridique chinois avait atteint son point le plus poussé de développement<sup>63</sup>. Bien que ce jugement puisse paraître un peu sévère, on ne peut l'écarter d'un seul revers de la main eu égard à la bonne connaissance que cet auteur avait de la mentalité chinoise.

En tout cas, ce que l'on peut affirmer avec une entière certitude est que les Chinois, confrontés à des situations semblables, ne se sont

---

62. Nous pensons tout particulièrement au *Tangyin Bishi* ou *Parallel Cases from under the Pear-tree*, trad. R.H. VAN GULIK, éd. E.J. Brill, Leiden 1956. R.H. VAN GULIK se sert de ce recueil, puisa aussi à d'autres, pour inventer les intrigues dénouées par son juge Di, dont plusieurs des aventures ont été publiées aux éditions 10-18.

63. J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Librairie du recueil Sirey, éd. Henri Vetch, Paris-Pékin 1936, p. 66.

guère privés de recourir à l'analogie. Toutefois, les dispositions du Code Qing en encadrent l'usage, ce qui débouche sur une pratique que l'on pourrait dire se faire sous contrôle. Le Code de la dernière dynastie contient un article très explicite qui y fait référence, cet article faisant partie des lois ou *lii*, qui sont des règles canonisées, reprises de code en code. Dans le Code de la dynastie Qing, on peut en effet lire : « *Les lois et les ordonnances ne contiennent pas la solution de tous les cas à juger ; lorsqu'il faudra déterminer la peine dans un cas qui ne sera pas exactement prévu par une disposition particulière, on citera une loi, en comparant ou en comparant le fait nouveau au fait prévu, en décidant quelle est la peine et s'il y a lieu de l'augmenter ou de la diminuer* auquel cas, la solution sera soumise à l'autorité supérieure) ; *après délibération, un rapport sera adressé au Souverain pour l'informer. Si la décision est prise, et sans autorisation, que le jugement est mis à exécution et qu'il en résulte une faute dite d'incrimination ou d'acquiescement, on prononcera d'après les dispositions relatives au cas d'erreurs volontaires* (commises par les magistrats)<sup>64</sup>.

---

64. Un autre article du Code vient en effet réprimer les juges qui innocentent ou incriminent en ces termes : « *Toutes les fois que les fonctionnaires d'un tribunal auront volontairement innocenté ou incriminé quelqu'un au sujet d'une faute en acquittant complètement un coupable ou en condamnant une personne totalement innocente, ils seront punis de la totalité de la peine* (qu'aurait dû encourir le coupable innocenté ou appliquée à l'innocent condamné). *S'ils ont augmenté la gravité d'une faute plus légère pour rendre le coupable passible d'une peine plus sévère, ou diminué l'importance d'une faute plus grave, pour rendre le coupable passible d'une peine moins sévère, il seront punis de cette augmentation ou de cette diminution ; s'il s'agit de la peine de mort, il seront passibles de la peine de mort.(...)* » On peut arrêter là la citation de cet article qui est fort long et accompagné d'un commentaire officiel non moins long, auquel on se contente de renvoyer le lecteur qui aura, cependant, avec ce que nous avons cité, un petit aperçu du contenu de cette disposition. Notre extrait est tiré de PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t.2, art CCCLXXIV, pp. 669-689. On pourra se reporter également à BOULAIS, *op. cit.* note 7, qui aborde le même sujet, mais en citant des textes un peu différents et, surtout, en établissant le catalogue des peines encourues par les magistrats dans toute une variété d'hypothèses, cf. §§ 1682-1691, pp. 716-719.

On peut noter que cet article rejoint en fait une pratique à la quel quelle ne se privent cependant pas de recourir les juges, comme on a eu le loisir de le constater quand nous avons évoqué le thème de l'interprétation. Reste que, et c'est là sans nul doute, ce qui a permis aux magistrats d'échapper aux peines

Le Commentaire Officiel, qui vient expliquer le sens de cet article, précise à son tour : « *Les dispositions des règles sont limitées ; les variations des circonstances et de la nature des faits sont indéfinies. Si la faute commise n'est pas exactement prévue par aucune autre disposition qui puisse être citée, on mesure, on compare, on assimile pour déterminer ; c'est là le moyen d'employer ce qui est limité pour traiter ce qui est indéfini. Mais, dans ce cas, il peut encore arriver que la nature de la culpabilité ou des faits ne soit pas la même ; soit que l'on assimile le fait à tel autre, qu'il ne réunisse pas encore bien toutes les conditions du fait prévu par la loi, et qu'il y ait lieu de décider une augmentation de la peine ; soit qu'on assimile le fait à tel autre, qu'il dépasse sous quelque rapport les conditions du fait prévu et qu'il y ait lieu de décider une diminution de la peine : le soin de décider ces augmentations et ces diminutions incombe tout entier à ceux qui appliquent les lois ; ils doivent approprier la peine à la nature du fait, et, en restant d'accord avec l'esprit de la loi, mesurer, soupeser, ajuster la peine à la culpabilité de la façon la plus équitable, prononcer, puis adresser un rapport au Souverain pour l'informer. Si leur décision et leur appréciation ne sont pas exactes, et si, de leur propre autorité, ils ont mis à exécution leur jugement, de telle sorte qu'il en résulte le fait d'avoir innocenté ou incriminé à tort, ils sont jugés d'après les dispositions relatives au cas où il s'agit d'avoir incriminé ou innocenté volontairement d'une façon erronée. »*

Les explications coordonnées, qui sont une sorte de commentaire visant à éclairer certaines expressions, rajoutent : « *Ne pas contenir la solution de tous les cas ; comme, par exemple, il n'existe aucun texte qui prévoit la perte d'une clé d'une ville, le fait est assimilé à la perte d'un sceau officiel, parce que, dans les deux cas, il s'agit de la perte d'un objet qui intéresse la sûreté d'un territoire. Toutes les fois que la loi ne prévoit pas un fait qui est défendu par une ordonnance du Souverain, le coupable doit être puni d'après la loi<sup>65</sup> sur l'infraction à un ordre souverain. »<sup>66</sup>*

---

qu'ils auraient dû encourir, que jamais dans les hypothèses que nous avons visées, les magistrats n'ont pris sur eux de faire appliquer leur décision sans le contrôle de l'instance supérieure qui est venue la valider, ce qui, en quelque sorte, les dédouanait totalement de toute faute en la matière.

65. Il existe quelques petites différences entre les versions rapportées par PHILASTRE en ce qui concerne la contravention aux ordonnances impériales, *op. cit.* note 7, § 274, p. 136 donne cette version : « *Quiconque n'exécutera pas à dessein les dispositions d'une ordonnance impériale, recevra 100*

Cette pratique de l'analogie semble remonter assez loin dans le temps, puisqu'elle est contenue dans une catégorie de règles appelées *Lü*, qui, comme nous l'avons fait remarquer, sont des dispositions à caractère canonique et, en conséquence, seront reprises de code en code. En ce qui concerne la trace la plus ancienne que l'on puisse en trouver dans les versions des Codes dynastiques qui nous ont été conservées, on peut la discerner dans le Code de la dynastie Tang (618-967), établi sous l'Empereur Tang Taizong (627-649) qui prévoit : « *Toutes les fois qu'il faudra déterminer la peine dans un cas qui ne sera pas exactement prévu par la loi, lorsqu'il conviendra d'innocenter le coupable, on s'appuiera sur un cas plus grave pour mettre en évidence la légèreté de la faute commise ; lorsqu'il conviendra d'incriminer le coupable, on s'appuiera sur un cas plus léger pour établir clairement la gravité de la faute.* »<sup>67</sup> Mais le plus intéressant est la manière dont le Commentaire supérieur propose la mise en œuvre de l'analogie. En voici les termes : « *1<sup>ère</sup> règle : citer un cas plus grave pour faire ressortir la légèreté d'une faute – La loi*

---

*coups de gros bâton. La peine sera la même, si la désobéissance porte sur une prescription du prince héritier. Dans l'u, et l'autre cas, cette peine sera abaissée de trois degrés (c'est-à-dire que le coupable ne sera plus passible que de 70 coups qui, en réalité, se limiteront à 25, cf. BOULAIS, Tableau I, p. 3), quand la désobéissance proviendra de l'intelligence du texte de l'Edit. »* PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. LX, p. 322, parle de contravention à un ordre écrit du Souverain, mais on constate qu'il s'agit bien de la même disposition, à la différence que le Code annamite a retranché de la loi chinoise ce qui venait réprimer la désobéissance à un ordre provenant du prince héritier.

66. Cf. PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. LX, pp. 321-322 ; également STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. LXII, p. 65.

67. Cf. M.R. DELOUSTAL, *La justice dans l'ancien Annam – Traduction et commentaire du Code des Lê*, in Bulletin de l'École française d'Extrême-Orient, t. IX, 1909, p. 118 ; le Code annamite des Lê est quasiment une copie conforme du Code de la dynastie Tang ; il a été promulgué dans la seconde moitié du XV<sup>e</sup> siècle de notre ère (durant la période dite Hông-duc comprise entre 1470-1497). Pour une traduction en langue occidentale du Code de la dynastie Tang, on ne dispose que la première partie consacrée aux Principes généraux ou *Mingli* (plus exactement traduits sous le titre de *Règles sur les dénominations*) proposée par W. JOHNSON, *The T'ang Code*, vol. I, General Principles, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1979, art. 50, pp. 254-256.

*sur les voleur*<sup>68</sup> dit que tout propriétaire qui aura tué sur le champ un individu ayant pénétré chez lui de nuit et sans motif, ne sera pas puni. Étant donné le cas d'un propriétaire qui n'aurait fait que des blessures ou cassé un membre à l'individu ayant pénétré chez lui de nuit et sans motif – ce qui est une faute plus légère et non prévue par le Code – il suffit de faire ressortir que, dans les mêmes conditions, le meurtre – qui est un cas plus grave, expressément prévu quant à lui – n'est pas puni, pour innocenter la personne qui n'a causé que des blessures. En outre, pour des infractions telles que le vol avec violence de biens de parents au cinquième degré ou plus proche relativement au deuil<sup>69</sup>, la peine est réduite selon le degré de parenté, au-dessous de ce qu'elle serait pour le même crime commis contre des personnes non-parente<sup>70</sup>. Pour des infractions, comme la fraude ou la tromperie, ou le fait d'obtenir des biens illicites par dol et ce qui est semblable, même si l'article (qui les sanctionne) ne comporte aucune disposition sur la réduction de peine, la peine sera réduite. Ainsi, il est clair que les autres infractions suivent les dispositions de cet article sur la réduction de peine. À leur égard, une infraction plus grave est mise en avant pour établir de façon claire une peine plus légère. »

« 2<sup>ème</sup> règle : Citer un cas plus léger pour mettre en évidence la gravité de la faute, lorsqu'il convient d'incriminer – Il est établi que les articles sur le complot de meurtre disposent : 'Ceux qui ont comploté de tuer un parent d'une génération supérieure, ou de la

---

68. Le commentaire renvoie à l'art. 261 du Code Tang. On ne retrouve pas cette disposition dans le Code des Qing.

69. Les degrés de parenté sont énoncés par le Code et, selon la proximité de la parenté, les survivants sont tenus de respecter un temps de deuil et le port d'un costume spécifique prescrits par des convenances à valeur quasi-légale, puisque ce sont elles qui, fondées sur la morale confucéennes, viennent fonder les institutions familiales et sociales traditionnelles. Pour avoir un aperçu de la façon qu'ont les Chinois de concevoir ces liens de parenté et les obligations qui en découlent, on se contente de renvoyer à BOULAIS, *op. cit.* note 7, Tableau IV, §§ 29-33, pp. 17-22 ; PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, Tableau général des vêtements de deuil, pp. 71-99 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, très incomplet sur ce point, Table VI, pp. lxxv-lxxvi.

70. L'art. 287 du Code des Tang posait qu'à l'égard des parents du cinquième degré de deuil, la peine était réduite d'un degré pour un vol ordinaire, pour des parents au troisième degré de deuil, de deux degrés, et de trois degrés pour les parents du second degré. Cf. W. JOHNSON, *The T'ang Code*, *op. cit.* note 67, p. 255 en note 62.



*même génération, mais plus âgé qu'eux-mêmes au sein de la parenté du second degré de deuil (...) sera décapité<sup>71</sup>'. Le texte de l'article ne prévoit pas le meurtre même de ces parents, ni les blessures faites dans les circonstances du complot. Dans ces conditions, étant donné le cas d'une personne qui se rendrait coupable du crime de meurtre de l'un des parents du degré indiqué, il suffit de faire ressortir que le simple complot – qui est le cas prévu le plus léger – est puni de la peine de mort, pour établir que le meurtre – cas non expressément prévu, mais plus grave – doit être puni au moins de la même peine. En outre, le principe dispose que ' pour des cas qui concerne le fait de rosser ou d'accuser devant le tribunal des parents du troisième degré de deuil, qu'ils soient d'une génération supérieure ou de la même génération, mais plus âgés que la sienne propre, on ne peut se prévaloir d'une sauvegarde assurée par un parent<sup>72</sup>'. Ainsi, si un parent d'une génération supérieure ou d'une même génération, mais plus âgé que le délinquant au sein du degré de parenté devant assumer une année de deuil, est battu ou mis en accusation devant le tribunal, le cas du parent au troisième degré apparaît comme une infraction plus légère. Puisque le cas du parent au second degré de deuil est puni de façon plus lourde, on ne peut pas également recourir*

---

71. Disposition prévue par l'art. 253 du Code des Tang.

72. Effectivement, un article du même Code Tang exclut expressément une telle sauvegarde, art. 15.5 du Code Tang, qui dispose en effet que « *Dans toutes les espèces qui englobent les coups ou les accusations devant le tribunal portés contre un des parents du troisième degré de deuil, soit d'une génération supérieure, soit de la même génération, mais plus âgé, ou contre un parent du quatrième degré d'une génération supérieure, on ne pourra se prévaloir d'une clause de sauvegarde (offerte par un très proche parent).* ». Cf. W. JOHNSON, *op. cit.* note 67, art. 15.5, p. 107. Rappelons que, traditionnellement, la loi autorisait, dans certains cas, la non-dénonciation de crimes par les proches parents, ou du moins que ceux-ci offrent asile à des parents coupables. Dans le Code de la dernière dynastie, plusieurs dispositions vont en ce sens, comme celles que donne la version de BOULAIS, *op. cit.* note 7, §§ 173-177, pp. 993 ; ou bien les parents qui se cachent mutuellement ne seront punis d'aucune peine, ou bien, s'ils sont d'un degré de parenté plus éloigné, leur peine sera abaissée ; en tout cas, sont exclus de cette tolérance les crimes tels que la conspiration ou la trahison. Cf. également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t.1, art. XXXI, pp. 247-248 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. XXXII, pp. 34-35.

*à la sauvegarde. C'est cela qui met en avant qu'une infraction plus légère établit clairement une pénalité plus lourde. »*<sup>73</sup>

La méthode que propose le Code des Tang établit des conditions différentes pour mettre en œuvre, non pas une analogie *stricto sensu*, mais un système de correspondance qui permet de pallier les lacunes de la loi. Le Code Qing, quant à lui, est finalement plus immédiatement proche du recours à l'analogie, mais non sans contrôle ; en effet, toute décision qui propose de mettre en œuvre une analogie doit recevoir l'assentiment de l'autorité souveraine, seule capable de décider si l'analogie envisagée peut effectivement jouer, parce qu'il s'agit de combler une lacune de la loi que, seul, le législateur lui-même peut prescrire.

Si l'on se tourne vers le recueil d'espèces auquel nous avons déjà emprunté quelques exemples, nous pourrions également y trouver des espèces réglées par voie d'analogie, mais pas toujours de la façon qui nous paraîtrait la plus évidente. En effet, dans certains cas, les juges étaient conduits à recourir par analogie à une loi, là où, aux yeux des juristes occidentaux, elle aurait pourtant paru pouvoir s'appliquer directement aux faits incriminés. Ainsi, dans une espèce datant de 1822<sup>74</sup>, alors que le défendeur empruntait un chemin étroit en poussant devant lui une mule chargée, il rencontra un embouteillage ; sollicité de libérer le chemin, il fouetta rageusement sa mule vers l'avant, qui heurta alors une personne qui en mourut. Il existe une loi qui punit effectivement d'un exil à vie, tout propriétaire d'un animal domestique qui, délibérément, laisse s'échapper son animal, celui-ci venant alors à causer la mort de quelqu'un<sup>75</sup>. Le tribunal n'a pas cru pouvoir appliquer directement cette loi, probablement en excipant du

73. Pour la présentation du texte du commentaire, nous avons combiné la version fragmentaire qu'en offre DELOUSTAL, *op. cit.* note 67, pp. 118-119 en note 4 et une version plus complète que propose W. JOHNSON, *op. cit.* note 67, sous art. 50, pp. 255-256.

74. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 126.2, pp. 285-286.

75. Dans la version de BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 997, p. 452, cette loi précise en effet : « *Quiconque lâchera à dessein ses animaux vicieux, et sera cause qu'ils tuent ou blessent quelqu'un, subira la peine, abaissée d'un degré, portée contre ceux qui tuent ou blessent quelqu'un dans une rixe* (dans ce cas, la peine est la strangulation après les assises d'automne ; l'abaissement d'un degré transforme cette peine en un exil à vie à une distance de 3 000 li) » ; également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. CCVIII, p. 768 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCXXXIV, p. 248.

fait que la situation qu'il avait à connaître ne correspondait pas exactement à celle à laquelle renvoyait la disposition de la loi. C'est donc cela qui conduisit les magistrats à appliquer par analogie une peine identique, à savoir l'exil à vie. Nous avons là aussi une autre démonstration de la difficulté de la loi chinoise du Code à énoncer des règles générales, conduisant à une forme d'absurdité qui incite à appliquer par analogie une loi, qui autrement exprimée en des termes suffisamment généraux pour embrasser toute une catégorie d'hypothèses, aurait ici trouvé à s'appliquer sans aucun problème. Nous l'avons déjà observé : cela tient à l'impossibilité de la loi chinoise d'exprimer, autrement qu'à travers des situations précisément décrites, des règles générales, parce que, avons-nous déjà dit, la langue chinoise elle-même ne le permet pas.

On a également des exemples qui montrent qu'en l'absence d'une loi précise applicable au cas, un tribunal peut appliquer par analogie une disposition qui, pourtant de façon très claire, ne pouvait s'appliquer à l'espèce, pas même par le biais de l'analogie. C'est ainsi que le Ministère des Châtiments, en 1826<sup>76</sup> fut amené à considérer le vol commis par un disciple d'un moine bouddhiste envers son maître comme analogue à celui qui a été commis par un membre plus jeune contre un membre plus âgé au sein d'une même famille. Le jeune moine fut donc condamné à recevoir une peine de 10 coups de petit bâton pour les dix premières onces dérobées, la peine étant augmentée d'un degré pour toutes les dix onces supplémentaires, ne pouvant dépasser un maximum de 100 coups de gros bâton<sup>77</sup>. De la même façon, à l'occasion d'une autre affaire qui se produisit en 1817<sup>78</sup>, il avait considéré qu'un vol commis dans un Temple de l'État<sup>79</sup> était

---

76. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 45.1, pp. 247-248.

77. La loi appliquée en la matière fut donc la suivante dans la version de BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 414, p. 199 : « *Les membres subordonnés et plus jeunes d'une famille qui, vivant sous le même toit que leur supérieurs, emploieront sans permission et de leur propre autorité les biens de la famille, recevront 20 coups de petit bâton, si la chose employée vaut 10 onces d'argent. La peine sera augmentée d'un degré pour chaque somme de 10 onces supplémentaire et s'arrêtera à 100 coups de gros bâton.* » Cf. également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. LXXXIII, p. 391 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. LXXXVIII, p. 92.

78. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 134.1, pp. 290-291.

79. Il s'agissait d'un Temple, le Xianyu Gong, qui avait été consacré à l'une des divinités protectrices les plus populaires sous les Qing, Guandi, qui était

assimilable au vol d'objets utilisés pour le culte impérial, en conséquence de quoi, les voleurs furent condamnés à la peine de la décapitation immédiate<sup>80</sup>. Cet usage de l'analogie se fonde encore sur le fait que manque, dans le Code, une disposition spécifique venant sanctionner le fait précis.

Bien souvent, le recours à l'analogie a servi à suppléer les lacunes du Code, pour remédier à ce que les codificateurs auraient dû anticiper. Les articles du Code devaient alors servir d'indices pour mettre en œuvre des principes rationnels illustrant la façon dont les codificateurs auraient voulu voir décider l'affaire. Ce n'est véritablement qu'ici que nous aurons affaire à des analogies *stricto sensu*, même si, parfois, ces analogies semblent avoir été un peu forcées. Nous en avons un exemple avec une espèce datant de 1822<sup>81</sup>, qui nous montre un joueur gagnant, faire pression sur son adversaire malheureux pour lui payer son dû, de telle sorte que ce dernier quitta ses vêtements pour les donner au gagnant comme moyen de se libérer d'une partie de sa dette. Mais, en raison du froid qu'il faisait en ce même moment, l'homme, désormais nu, se suicida. Les juges firent ici application d'un article qui punit de strangulation le fait de causer la mort de quelqu'un en le privant de ses vêtements, ce à quoi, il rajoute aussi une interdiction d'introduire de force des objets dans les yeux, les narines et toutes autres ouvertures corporelles<sup>82</sup>. On peut

---

en fait un général de l'époque des Trois Royaumes (220-280) devenu dieu, Guan Yu. Dans son rapport, le département de Moukden du Ministère des Châtiments faisait valoir que, bien que n'étant l'un des cultes impliquant des sacrifices célébrés par l'Etat (sur ces sacrifices de l'Etat, cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 758, pp. 354-355), Guandi était néanmoins une divinité très respectée par la dynastie.

**80.** La loi dont il a été fait usage par analogie est la suivante dans la version de BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1039, p. 473 : « *Quiconque volera les vases ou ustensiles à l'usage de l'Empereur dans les grands sacrifices au Ciel et à la Terre, les rideaux, et tout ce qui fait partie des objets sacrifiés : jade, soie, animaux et mets divers, sera décapité sans rémission.* » Cf. également, PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, art. CCXXVI *in principio*, p. 22 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCLVII al. 1, p. 274.

**81.** Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 165.3, pp. 335-336.

**82.** Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1281, p. 563 : « *Quiconque enfoncera des objets nuisibles dans les oreilles, les narines et les autres parties ouvertes du corps d'une personne, ou la privera de ses vêtements et de ses aliments, de manière à la blesser, recevra 80 coups de bâton. S'il lui occasionne une légère infirmité ou maladie, il subira 100 coups et trois années d'exil. Quand*

facilement se rendre compte que l'article en question ne trouve normalement pas à s'appliquer dans le cas du jeu, mais porte sur des actes de violence destinés à se faire remettre des biens, donc des vols avec violence. Or, les juges l'ont pourtant retenu pour l'appliquer au cas qu'ils avaient à connaître par analogie, parce qu'à leurs yeux, cela valait mieux que de laisser le fait totalement impuni ; toutefois, comme l'infraction commise n'était pas vraiment semblable, le tribunal a jugé bon de réduire la peine en ne retenant qu'un exil à vie, donc en réduisant d'un degré, ce qui a permis au joueur gagnant d'éviter la strangulation, bien que son geste ait été cause de la mort de son partenaire malheureux. L'on voit bien ici que, face à une situation que les juges pressentent comme particulièrement choquante et anormale, il leur faut combler ce qui peut paraître être une lacune du Code, et l'analogie va être ici un moyen tout trouvé, même si son application peut nous paraître abusive.

D'ailleurs, il arrive parfois que les magistrats chinois soient amenés à pousser fort loin ces analogies. Ce fut notamment le cas dans une affaire qui date de 1820<sup>83</sup>, où l'on voit mettre en cause une personne qui avait préparé, pour servir à d'autres personnes, cinq documents à caractère juridique. Or, il existe une loi qui réprime la pratique du droit, quand elle vise à susciter des procès et quand, avec l'aide d'agents gouvernementaux, ces escrocs viennent abuser le peuple ignorant des campagnes ou tentent de s'imposer à lui par la fraude et l'intimidation<sup>84</sup>. Cependant, quand on examine bien les termes de cette loi, on n'y trouve rien qui se rapporte au fait en

---

*l'infirmité ou maladie sera grave, il recevra 100 coups et partira en exil perpétuel à 3 000 li. De plus, on donnera la moitié des biens du coupable à celui qui souffre la grave infirmité, afin de l'aider à vivre. Quand l'attentat sera suivi de la mort, le coupable sera condamné à être étranglé après les assises d'automne.* » ; également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, art. 260, pp. 219-220 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCXCI, p. 312.

**83.** Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 203.5, pp. 415-416.

**84.** BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1512, p. 652, nous en donne la version suivante : « *Quiconque excitera une personne à entamer un procès, écrira pour elle l'accusation, aggravera ou atténuera les circonstances du délit et calomnierait autrui, subira la même peine que le principal coupable.* » Cf. également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, art. 309 *in principio*, p. 447 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCCXL, p. 375.

question ; il n'interdit nullement la pratique du conseil juridique<sup>85</sup>, mais vient réprimer uniquement l'incitation à la chicane<sup>86</sup>. Il apparaît donc visiblement que cette loi ne pouvait s'appliquer au défendeur, le rapport sur l'affaire relevant même qu'il n'y avait eu aucune entente avec quelque fonctionnaire que ce soit, utilisation de manœuvres frauduleuses, ou même escroquerie à l'encontre du petit peuple. Et pourtant, c'est bien ce même article qui fut utilisé par analogie pour s'appliquer en l'espèce, avec cependant une réduction de peine par rapport à celle que prescrivait la loi, dès lors que l'infraction était moins grave que celle visée par la lettre de l'article. On voit ici très nettement l'influence de la mentalité jouer : ce qu'entendaient réprimer les magistrats chinois, c'est bien une conduite généralement désapprouvée, qui consiste à s'entremettre dans les affaires juridiques des autres, alors que le Code n'a pas inclus cette situation dans ses dispositions. On comprend ainsi que le rôle que l'on fait jouer à l'analogie, même s'il est en partie inapproprié quant au choix des articles retenus pour la mettre en œuvre, a pour but unique de compenser ce que les juges ont interprété comme une lacune du Code.

---

**85.** De fait, la fin de ce même article vient préciser : « *On n'inquiétera point celui qui, rencontrant une personne simple et incapable d'obtenir satisfaction, lui enseignera les vrais moyens à prendre et écrira pour elle une accusation, sans qu'il y ait aggravation ou atténuation des circonstances.* »

**86.** Rappelons que, traditionnellement, les procédures judiciaires sont mal vues en Chine traditionnelle, parce qu'elles ont pour résultat de déboucher sur une vraie rupture de l'harmonie sociale en établissant aux yeux de tous le fait qu'il y ait un gagnant et un perdant, ce dernier perdant alors la face et subissant une humiliation très grave. C'est pourquoi, traditionnellement, d'autres instances étaient privilégiées qui conduisaient à élaborer des compromis, sans heurter directement l'harmonie sociale, et surtout en évitant une humiliation publique pour la partie perdante, ce qui permettait alors, éventuellement, de reprendre de manière plus apaisée des relations avec la partie envers laquelle on avait des griefs. De plus, il était mal vu qu'un magistrat ait à connaître de trop nombreux litiges, ce qui était vu comme un signe de son incapacité ; il pouvait alors faire l'objet de sanctions disciplinaires. Ce n'est donc qu'en dernière instance que l'on aura recours à la justice des tribunaux, et ce, d'autant plus que nul, demandeur comme défendeur, ne sortira totalement indemne de son passage devant le tribunal. Cf. D. GAURIER, *Droit des codes, droit des magistrats ; droit coutumier, droit des citoyens : l'arbitrage dans la Chine impériale*, in Actes des Journées de la S.H.D. à Lille, 25-28 mai 1989, sur le thème « Justice populaire », éd. Ester-L'espace juridique, 1992, pp. 15-32.

Mais on trouve aussi des cas dans lesquels le recours à l'analogie va servir seulement à épargner une trop longue et pénible recherche de l'article qui aurait été le plus proche de la situation incriminée pour pouvoir s'appliquer. L'analogie va être, en somme, une forme de remède à la paresse des juges. On peut trouver une illustration de cette façon d'agir dans une espèce qui vint en justice en 1820<sup>87</sup>. Elle intéressait le cas d'un gardien des jardins impériaux qui laissa s'échapper un tigre auprès des appartements impériaux ; or, le tigre attaqua et tua un homme. Il eût été facile de trouver une analogie avec un article existant dans le Code, article qui punissait de strangulation celui qui entrave improprement des animaux et conduit alors à ce qu'ils causent la mort de personnes<sup>88</sup>. La difficulté de retenir cet article du Code, qui permettait de racheter la peine, a paru inappropriée aux magistrats qui ont estimé que ses dispositions étaient alors trop douces. Leur opinion n'est d'ailleurs pas erronée, dans la mesure où, effectivement, l'article ne concerne que la garde des animaux domestiques, et non les manipulations dangereuses qui ont pu être faites avec les animaux sauvages. Les juges se trouvaient face à un dilemme : s'ils reconnaissaient l'analogie avec ce texte, ils devaient admettre que le coupable puisse racheter sa peine ; or, ils semblent plutôt avoir été soucieux de souligner la gravité de la faute et d'appuyer en conséquence une peine plus sévère. Aussi se sont-ils tournés vers un autre article qui fut appliqué par analogie à l'espèce : cet article punissait en effet ceux qui gardaient les animaux de l'État et les laissaient mourir, d'une peine qui variait en fonction du nombre des animaux perdus, avec une peine maximale ne pouvant excéder une

---

87. Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 124.1, pp. 282-284.

88. On a effectivement un tel article dans le Code, qui, dans la version de BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 997, pp. 452-453, édicte ceci : « *Quand des chevaux, des bœufs et des chiens sont enclins à ruer, à donner des coups de corne, et à mordre, si leur propriétaire ne leur imprime pas une marque suffisamment claire ou ne les attache pas solidement (...), si par suite de cette négligence, ces animaux tuent ou blessent quelqu'un, leur maître sera puni comme coupable involontaire (d'après la loi contre ceux qui tuent ou blessent quelqu'un dans une rixe.* » Le commentaire officiel précise que le coupable pourra se racheter, le prix du rachat étant destiné à la famille de la victime pour compenser la perte de l'un de ses membres. Cf. également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. CCVIII, p. 768 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCXXXIV, p. 248.

servitude pénale de trois années<sup>89</sup>. Toutefois, peu satisfaits de la peine qu'ils pouvaient infliger, peine qui leur parut trop douce, les juges décidèrent de l'augmenter en la portant à un exil à vie. Le recours que l'on voit ici faire à l'analogie semble totalement formel et n'a joué absolument aucun rôle pour établir tant le caractère dommageable de l'infraction que la pénalité appliquée.

Terminons ce petit panorama sur l'analogie en exposant maintenant une espèce qui voit les juges refuser de faire usage de l'analogie : dans une affaire qui remonte au règne de l'Empereur Qianlong (1736-1795)<sup>90</sup>, fils du célèbre Kangxi, qui fut le second souverain de la dynastie Qing et exact contemporain de Louis XIV, on voit mettre en cause un lettré de peu de fond qui avait rédigé une biographie de son père, singulièrement vantarde, et qui, ce faisant, avait fait usage de termes réservés aux seules figures impériales<sup>91</sup>. En tant que lettré, il ne fait aucun doute que l'accusé aurait dû connaître cette interdiction. Aussi, dans son rapport, le Gouverneur du Jiangsu recommanda qu'il soit en conséquence dépouillé de son rang de

---

**89.** Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 987, p. 449 : « *Tout pasteur qui laissera périr les chevaux, les bœufs et les chameau de l'Etat recevra 30 coups de petit bâton pour un animal ; cette peine sera augmentée d'un degré par chaque série de trois animaux en plus. Lorsque le coupable aura mérité plus de 100 coups, on n'augmentera la peine d'un degré que par chaque série de 10 animaux en plus, on ne dépassera pas trois ans d'exil.* » On ne trouve pas cette disposition dans PHILASTRE, car le législateur annamite n'a pas jugé bon de reproduire la totalité du titre qui se trouve dans le Code chinois, par contre on a cette même disposition dans STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCXXVII al. 2, pp. 241-242.

**90.** Cf. D. BODDE & C. MORRIS, *op. cit.* note 12, case 267. 2, pp. 481-486.

**91.** Il existe en effet un tabou traditionnel qui affecte l'écriture chinoise et interdit de faire usage de certains caractères d'écriture, tant dans les documents officiels que dans les compositions littéraires publiques ou privées ; l'emploi de ces termes en contravention avec les tabous est alors considéré comme sacrilèges vis-à-vis de la personne impériale ; leur emploi serait considéré comme opérant une véritable inversion des hiérarchies, puisque seul l'Empereur, du fait de sa position éminente sur l'ensemble du corps social et politique, peut se permettre de nommer ses sujets par leur petit nom ou *ming*, qui correspond au nom que le père a donné à son enfant et qui vaut pour tout supérieur à l'égard d'un inférieur. Cf. à ce sujet, le très intéressant *Traité des caractères chinois que l'on évite par respect*, présenté par M.A. VISSIERE in *Journal Asiatique*, 9<sup>ème</sup> série, t. XVIII, septembre-octobre 1901, pp. 320-373.



licencié, ce qui fut fait dans le jugement définitif, que lui soient donnés 100 coups de gros bâton et que soient détruits des blocs de bois, gravés des caractères prohibés. On trouve, de fait, dans le Code, une disposition suffisamment générale qui aurait fort bien pu s'appliquer au cas, puisqu'elle prévoit que tout usage, dans une supplique ou un rapport, du nom personnel de l'Empereur ou des noms employés dans le Temple des Ancêtres pour ses ascendants, sera passible de 80 coups de bâton et que, quand il en fait usage pour se les appliquer à lui-même, il recevra 100 coups<sup>92</sup>. Comme aucun écrit séditieux ne fut retrouvé dans les ouvrages qu'il possédait, ces derniers pouvaient alors lui être restitués.

Alors que l'emploi de l'analogie eût été sans conteste facile ici, le Ministère des Châtiments l'écarta. Il estima que l'usage impropre de termes interdits devait être considéré comme une véritable insubordination, et pas seulement une violation de la loi. Comme rien dans le Code ne recouvre un tel délit, il lui fallut donc faire effort pour trouver une justification de la peine et il trouva bon de faire usage d'un autre article qui, lui, sanctionnait l'usage de soieries portant des figures de dragons et de phénix, réservées au seul usage de l'Empereur et de l'Impératrice<sup>93</sup>, dans le seul but, semble-t-il, de plaire au Souverain qui, dans le même temps, avait entamé une sévère campagne d'éradication de la littérature subversive, menée durant les

---

92. Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 283, p. 140 : « *Quiconque, dans une supplique ou un rapport à l'Empereur, se servira par inadvertance du nom personnel de Sa Majesté, et des noms employés dans le temple des Ancêtres pour désigner ses ascendants, recevra 80 coups de gros bâton. Dans les autres pièces officielles, cette peine sera réduite à 40 coups de petit bâton. Celui qui osera prendre l'un de ces noms pour lui-même recevra 100 coups de bâton.* » Également PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. LXII, p. 329 ; STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. LXIV, p. 67.

93. Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 1712, p. 731 : « *Tout simple particulier qui confectionnera et vendra des étoffes de soie, de satin, de gaze, représentant le dragon et le phénix, sera puni de 100 coups de bâton.* » Le Commentaire Officiel rajoute que ceux qui achèteront et utiliseront ces mêmes étoffes subiront la même peine et trois années d'exil ; le simple acheteur qui ne s'en est pas encore servi ne subira que 30 coups de bâton. Cf. également STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. CCCCXXIX, pp. 467-468. Pas de disposition en ce sens dans PHILASTRE.

années 1774-1785, par peur de menées subversives contre le gouvernement des Qing<sup>94</sup>.

En cette espèce, eu égard à l'esprit de l'époque, le Ministère des Châtiments était particulièrement soucieux de plaire et entendait que soit appliquée une peine sévère à l'encontre d'une personne qui faisait presque figure de séditieux, soit la peine réclamée par l'article finalement retenu, à savoir 100 coups de gros bâton et trois années d'exil, afin que cela serve d'exemple pour d'autres.

Ce dernier cas montre que là où une analogie eût été facilement applicable, presque naturellement, elle a été repoussée pour en tirer une autre, beaucoup moins évidente cette fois, dans le seul but de servir des considérations de pure opportunité politique. Une telle approche n'est bien évidemment nullement exclusive des juges chinois de la Chine impériale et peut se retrouver encore aujourd'hui dans les pays qui peinent encore à reconnaître l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire, indépendant tant par rapport au législatif qu'à l'exécutif ...

On nous pardonnera de nous être étendu, trop longuement pour certains, sur ce thème de l'analogie, mais il importait de montrer que, placés dans des conditions similaires, tous les juges sont naturellement conduits à recourir aux mêmes procédés, l'analogie étant l'un des premiers guide pour guider les décisions des juges. Il reste que, toutefois, un manuel de pratique judiciaire, le *Zuozhi yaoyan* ou *Préceptes de pratique administrative*, rédigé par le secrétaire particulier d'un magistrat<sup>95</sup>, spécialisé dans les affaires juridiques, un certain *Wang Huizu* (1731-1807). Dans un paragraphe de cet ouvrage, notre secrétaire juridique souligne la fragilité des jugements qui ne s'en remettraient qu'aux précédents et à l'analogie, parce que l'infinité variété de la nature humaine fait obstacle à ce que qu'une espèce vienne exactement coller aux circonstancié d'une autre ; le but du magistrat est avant tout de protéger la vie, sans donner libre cours à

---

94. On eut affaire là à une véritable inquisition qui devait éliminer de la circulation quelque 1 500 œuvres, désormais perdues. Cf. L. CARRINGTON GOODRICH, *The Literary Inquisition of Ch'ien-Lung (Qianlong)*, Baltimore 1935.

95. Il faut rappeler que les magistrats locaux sont, dans leurs ressorts, des hommes à tout faire et que, bien souvent, leur culture juridique est loin d'être suffisante pour traiter correctement les affaires qu'ils auront à connaître. Aussi n'est-il pas anormal qu'ils s'entourent de secrétaires spécialisés pour les conseiller et les aider à traiter ces affaires.

des à-peu-près qui déboucheront sur le fait que les justiciables seraient conduits à se méfier de la justice et que celle-ci serait amenée à prononcer des jugements totalement erronés<sup>96</sup>. Mais un tel discours n'a jamais fait vraiment obstacle à ce que l'analogie restât le seul vrai moyen de combler les lacunes de la loi et de permettre la répression de faits délictueux, bien que non expressément référencés comme tels par la législation.

Terminons en disant que le Code chinois se termine par une série de trente articles qui viennent poser des analogies faites directement par le législateur lui-même<sup>97</sup>.

## LES PRÉSOMPTIONS, LES FICTIONS

En commençant notre propos, nous avons souligné l'absence presque complète des concepts en droit chinois, absence dont découle une inexistence des catégories réelles. Pourtant, de façon paradoxale, la question des présomptions et des fictions n'est pas étrangère au juriste chinois traditionnel, bien qu'il s'agisse portant là de procédés complémentaires au concept.

Mais ici encore, nous verrons que ces concepts sont mis en œuvre de façon assez peu différente de celle qui prévaut en termes des droits occidentaux, même si les occurrences n'en furent pas systématiquement et toujours les mêmes.

Commençons par les **présomptions**. Il ne fait aucun doute que les présomptions répondent en fait à des notions d'ordre et de conformisme, dont le rôle est si présent et si fort dans la mentalité chinoise. Dans le domaine des preuves, qui est le domaine où l'on voit mettre en œuvre les présomptions, elles acquièrent une place importante, au point même de reléguer parfois, voire à rendre irrecevables les modes de preuve directs. On ne peut pas dire que le droit chinois ait innové en la manière, puisque notre droit répressif ancien se nourrissait également de telles présomptions, et qu'il n'et

---

96. Cf. S. VAN DER SPENKEL, *Legal Institutions in Mandchu China – A Sociological Analysis*, University of London, The Athlone Press, 1962, appendix 4, §26, p. 149.

97. On renvoie aux textes du Code des Qing, car il serait trop long de les citer : cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, §§ 1419-1430, pp. 616-619 ; PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 2, pp. 751-755.

pas sûr qu'aujourd'hui encore, de simples présomptions ne suffisent à faire condamner sans autre preuve des innocents. Le système pénal français, fondé sur le principe vicieux de l'intime conviction, tend singulièrement à favoriser une parodie de justice pour satisfaire une demande sociale, sans véritablement toujours se soucier de la réalité des preuves. On n'est pas si éloigné d'un conformisme social, mais aussi politique, dont on a dit qu'il a prévalu dans la société chinoise traditionnelle.

En tout cas, pour en rester au magistrat chinois de l'époque impériale, nous savons qu'il attachait aux présomptions une valeur quasi-superstitieuse. Quand on se tourne vers les prescriptions de la procédure chinoise, on est frappé par le fait que, presque constamment, elles enjoignent au juge de déduire ses conclusions des observations qu'il était en mesure de tirer de l'attitude de l'accusé ; à partir du regard de ce dernier, de ses gestes, de son teint, du son de sa voix, il pouvait conclure à une culpabilité ou à l'innocence, ces seules présomptions pouvaient suffire et ne pas inciter à rechercher d'autres preuves quand un accusé est si facilement présumé coupable. L'utilisation de la physiognomonie remonte à l'Antiquité et les sages de la Chine ancienne la pratiquaient pour en tirer des conclusions. Pour illustrer notre propos, contentons-nous d'en rapporter un exemple inclus dans l'ouvrage portant le nom de ce philosophe légiste du III<sup>e</sup> siècle avant notre ère qu'était *Han Feizi*. Ce dernier reprend pour le contester un récit destiné à faire ressortir la pénétration intellectuelle de l'un des disciples de Confucius, *Zichan*. Voici ce qu'il raconte : « *Zichan de Zheng<sup>98</sup> sortit de bon matin. Passant par la porte de la rue des artisans du quartier est, il entendit les lamentations d'une femme. Il posa sa main sur celle de son cocher et prêta l'oreille. Après l'avoir écoutée un moment, il envoya un garde s'en saisir pour lui faire subir un interrogatoire. Elle avoua avoir tué son mari en l'étranglant de ses propres mains.*

*Le lendemain, son cocher s'étonna :*

*– Comment avez-vous su ?*

---

98. L'Etat de Zheng était l'un des douze royaumes de l'époque dite des *Printemps-Automne*, entre 722 et 481 av. notre ère, situé exactement au centre de la Chine ancienne, le Fleuve Jaune formant sa frontière nord. Il devait être absorbé par d'autres Etats plus puissants lors de la période historique dite des *Royaumes Combattants* (453-222), ces Etats tentant alors de s'assurer une hégémonie les uns sur les autres.

– *J'ai perçu de la crainte dans ses pleurs, expliqua Zichan. Vis-à-vis de ceux qu'on aime, on éprouve de l'appréhension quand ils sont malades, de la peur quand ils sont à l'agonie et de la douleur quand ils sont morts. Cette femme pleurait son mari sans ressentir de la douleur, mais en manifestant de la crainte ? Voilà ce qui m'a fait supposer qu'elle devait avoir commis un crime.* »<sup>99</sup>

Le sage pourrait ainsi, en raison de son don d'observation, presque se comparer au maquignon qui sait parfaitement tirer des traits ce qui lui fait distinguer le bon cheval de la simple rosse. La comparaison en est même directement proposée par un ouvrage connu sous le titre de *Printemps-automne de Lü Buwei* ou *Lüshi Chunqiu*<sup>100</sup>, elle s'y lit en ces termes : « *Les anciens avaient de bons connaisseurs en chevaux. Hang Fengshi regardait la bouche et les dents, Ma Zhao regardait les joues, Zhi Nüli regardait les yeux, Wei Ji regardait les crins, Xu Bi regardait la croupe, Tou Fahe regardait le poitrail et les côtes, Guang Qing regardait la bave et les commissures, Chen Bei regardait les cuisses et les jambes, Qin Ya regardait le devant et Zan Jun regardait le derrière. Ces dix hommes-là étaient les meilleurs de l'Empire. Leurs observations se faisaient sur des éléments différents, mais lorsqu'ils regardaient un seul détail d'un cheval, tous reconnaissaient les qualités et les défauts de sa complexion générale, l'adaptabilité de ses sabots, la force et la faiblesse de ses aptitudes, la richesse ou la pauvreté de ses possibilités. Il n'en va pas de la sorte seulement pour la connaissance des chevaux, les humains eux aussi ont leurs symptômes, tandis que les actions et les propos comportent les leurs.* »

La littérature ancienne abonde d'exemples similaires qui permettent à quelqu'un de lire dans le comportement actuel d'autrui ce

---

99. Cf. *Han-Fei-tse (Han Feizi) ou le Tao (Dao) du Prince*, trad. J. Lévi, Seuil, coll. Points-Sagesses, Paris 1999, Liv. XVI, chap. XXXVIII, Réfutation III, p. 437. Le philosophe entreprendra, après ce récit, de réfuter cette façon de faire qu'il estimera fort peu productive et si peu efficace pour débarrasser l'Etat de Zheng de tous ses criminels.

100. Cf. *Printemps et Automne de Lü Buwei*, trad. I.P. KAMENAROVIC, Cerf (coll. Patrimoines), Paris 1998, chap. XX, pp. 410-411. L'ouvrage a été écrit par un personnage du IIIe siècle avant notre ère, *Lü Buwei*, qui avait réussi à réunir autour de lui, alors qu'il était dans les faveurs du roi Zheng de l'Etat de Qin, le futur Qin Shihuangdi, des lettrés appartenant aux différents courants philosophiques qui s'étaient développés à cette époque, dans l'effervescence de ce que l'on appelle « les Cent Ecoles ».

que sera son destin. Le même ouvrage nous fournit l'exemple d'un grand officier de la principauté de Lu<sup>101</sup>, *Hu Chengzi*, qui conduisait une ambassade dans l'État de Qi, situé exactement au Nord de sa patrie, s'en retournait chez lui en passant par l'État de Wei (actuellement dans le Henan), en faisant un détour par l'Ouest. Or, il avait déjà été retenu pour un festin, lors de son passage à l'aller, dans ce même État, par le grand trésorier de droite, *Shizai Guchen*. Mais sur le chemin de retour, son serviteur lui demanda si, pour le remercier de son accueil, lui serait faite une visite. *Hou Chengzi* lui fit alors cette réponse : « *Lorsqu'il m'a retenu pour m'offrir un banquet, nous avons pris plaisir à être ensemble. Il y avait des musiciens disposés, mais ils n'ont pas joué. Cela m'a laissé perplexe. Qu'une fois que nous eûmes bien bu, il m'offre un jade de prix, cela m'a semblé étrange. Le pays de Wei ne serait-il pas en proie à quelque désordre ?* » Le récit continue en notant que « *Trente li après avoir quitté Wei, ils eurent vent des troubles suscités par Ning Xi (qui était un haut personnage du Wei, qui sera exécuté avec toute sa famille par la suite), au cours desquels Shizai Guchen trouva la mort. Hou Chengzi fit faire demi-tour à son char, pleura, salua par trois fois puis s'en retourna dans son pays. Une fois là-bas, il envoya quelqu'un chercher l'épouse (de Shizai Gucheng) et ses enfants, divisa sa maison pour les recueillir et leur alloua une part de son traitement pour qu'ils aient de quoi vivre. Lorsque son fils eut grandi, il lui rendit le jade précieux.* »<sup>102</sup>

L'ambassadeur fut alors loué pour sa clairvoyance, et surtout pour avoir su lire les pensées, au-delà des apparences.

Nous avons là un florilège de signes qui permettent à qui sait les lire, non seulement de percevoir ce qui est passé, mais aussi de prévoir ce qui est à venir, ce que doit pouvoir faire qui est un véritable sage.

On comprend mieux ainsi quel peut être le poids de ce que l'allure d'une personne permet de déchiffrer de son comportement criminel, car rien ne pourra échapper à l'œil exercé de l'homme de l'art compétent. Tous ces signes forment des présomptions, un peu à l'image de ce que pratiqua la jurisprudence criminelle en Occident,

---

101. Notons en passant que c'est de cette principauté, située également dans le bassin du Fleuve Jaune, qu'est originaire Confucius.

102. Cf. *Lüshi Chunqiu*, op. cit. note 100, chap. XX, p. 409.

tant pour découvrir qui était sorcier, au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>103</sup>, qu'encore au XIX<sup>e</sup> siècle, pour lire dans la forme du crâne et la physionomie générale, la nature criminelle d'un être, en excipant de données purement et mécaniquement déterministes.

L'existence des présomptions témoigne aussi de la méfiance des juges chinois à l'égard des preuves formelles et plus encore, à leur scepticisme total vis-à-vis des témoignages, dont on sait qu'ils constituèrent un mode de preuve fondamental dans les droits occidentaux. Cette méfiance a sans nul doute tenu au fait que les manifestations extérieures ont souvent été interprétées comme trouvant leur origine dans des réactions de l'ordre naturel, sans compter avec celles des génies et autres esprits. Mais il faut compter aussi avec une certaine paresse d'esprit qui se contente des quelques signes, pour se sentir dégagée du devoir de pousser plus avant l'investigation et la recherche des preuves véritables ; pourquoi pousser cette recherche, quand on argue avoir reçu des signes suffisants devant les yeux, communiqués par des canaux surnaturels ?

On en a un témoignage un récit que rapporte le philosophe Mozi<sup>104</sup> qui fait intervenir, au cours d'une procédure, un animal unicorne, qui avait été sacrifié par les parties pour témoigner de leur innocence, se relever et encorner le véritable coupable. N'y avait-il pas là un signe du ciel qui s'imposait par lui-même ?<sup>105</sup>

**103.** Bien souvent, les rapports de chirurgiens demandés pour établir le fait de sorcellerie, visaient essentiellement à déterminer les parties insensibles du corps et, donc, à faire la preuve, à partir de ce seul signe, d'un commerce avec le diable qui avait rendu insensibles tous les points du corps de la présumée sorcière avec lesquels il avait été en contact. En quelque sorte, on peut dire que la présomption supplée l'impossibilité de faire la preuve, comme ce fut longtemps le cas, dans le droit civil français, qui posait en l'art. 312 al. 1 : « *L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari* », présomption qui est restée irréfragable dans ce même droit jusqu'aux réformes concernant les filiations en 1972.

**104.** On rappelle que le philosophe Mozi remonte au Ve siècle avant notre ère.

**105.** On trouvera une traduction de ce récit dans L. VANDERMEERSCH, *La formation du légisme – Recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, Ecole française d'Extrême-Orient, Paris 1965, p. 185. Déjà M. GRANET avait vu dans l'apparition de cette « licorne », qui semble plutôt être un bélier unicorne, la trace d'une ordalie possible ; cf. *Danses et Légendes de la Chine ancienne*, P.U.F.,

Restent que les signes du ciel donnent au juge qui sait les lire, des indices qu'il ne doit pas négliger, signes qui ne se contentent pas de fournir des indices, mais peuvent aussi parfois porter condamnation contre des comportements jugés dépravés. C'est ce que fait ressortir clairement notre secrétaire juridique, *Wang Huizu*, rapporter une histoire plutôt curieuse dans ses *Préceptes de pratique administrative* : dans un paragraphe intitulé « *On ne doit pas assigner les femmes devant un tribunal sans de bonnes raisons* », il évoque le cas d'un jeune homme qui avait été mis à mort pour avoir été suspecté de séduction envers la femme d'un lettré. Or, cette femme avait été convoquée par le tribunal pour faire les vérifications d'usage, mais celle-ci préféra se pendre, plutôt que de subir la honte d'une comparution. Toutefois, le magistrat interpréta ce suicide comme un aveu et, en conséquence, le jeune homme fut condamné à mort. Intervint alors le dieu tutélaire du jeune homme, injustement condamné, qui, alerté par les plaintes de son protégé venant du fond des Enfers, s'avisait de visiter le secrétaire juridique, placé auprès du magistrat qui avait condamné ce jeune homme. Le dieu engagea un débat avec ce secrétaire, qui finit par reconnaître qu'il avait conseillé la convocation de la femme devant la cour pour être à même de pouvoir en contempler la beauté et à l'instigation d'un ami malavisé, mais, en tout cas, pas pour lui causer tort. Le dieu rendit alors sa sentence : l'ami, qui avait proposé cette scandaleuse et indécente convocation fut arrêté, le secrétaire qui en avait été le complice actif, après avoir résigné sa fonction, mourut le soir suivant, rattrapé par la vengeance du dieu. La conclusion était donc qu'il fallait éviter de convoquer à la légère une femme, qui plus est, lorsqu'on fait preuve

---

Annales du musée Guimet, Paris 1959, t. 1, pp. 141-142. G. Mc CORMACK, *Was the Ordeal known in Ancient China ?*, in R.I.D.A., 3<sup>ème</sup> série, t. XLII, Bruxelles 1995, pp. 71-93, se prononce dans le même sens. Même si l'on doit admettre que, traditionnellement, les Chinois soient très sensibles aux signes que leur envoie le ciel, on ne peut cependant se résoudre à admettre que ce récit nous montre la mise en œuvre d'une procédure ordalique, d'abord parce que rien dans le récit ne montre qu'on en ait appelé, d'une quelconque manière, à l'intervention de cet animal pour départager le coupable de l'innocent, ce qu'aurait dû prévoir une procédure ordalique ; ensuite, parce que le récit montre bien que l'intervention de l'animal dans la procédure fut lue plus comme une forme de miracle, que comme une procédure organisée dont on escomptait un résultat tangible. L'intervention du signe céleste fut donc purement fortuite.



d'intentions dépravées, car un châtement surnaturel s'en suivra inéluctablement<sup>106</sup>.

D'ailleurs, les magistrats et préfets chinois de la période impériale, lors du sacrifice annuel du *Li*, sacrifice qui se célébrait trois fois par an aux mânes de ceux qui n'ont aucun descendant et lors duquel tous ceux qui sont décédés de façon inhabituelle, par accident, dans une rixe, ou exécutés alors qu'ils étaient innocents, morts de faim, ou par suite d'une épidémie, par suicide, faisaient une adresse aux populations pour les avertir que les coupables qui avaient su échapper aux investigations n'en feraient pas moins l'objet d'une justice rendue par les esprits et les dieux.

Nous retrouvons toujours notre même secrétaire, *Wang Huizu*, dans un autre ouvrage de sa composition, intitulé *Xüeshi Yishuo* ou *Propos sur l'apprentissage de la bonne administration*<sup>107</sup>, dans lequel il confie avoir toujours prié dans le Temple du dieu tutélaire de la Cité, car cela l'aidait à résoudre les affaires. Il nous conte, en ces termes, l'aide que put lui offrir ce dieu pour résoudre une affaire à laquelle il n'aurait pu autrement donner une solution satisfaisante : « *Liu Gaiyang possédait une pièce de terre avec une colline, jointe à la propriété de Cheng Dapeng. La famille de ce dernier vendit à son insu sa terre à Liu. Cheng signala l'affaire au magistrat. L'un des cousins de Liu, appelé Liu Gailu, était malade et à l'article de la mort. Liu Gaiyang en prit avantage et ordonna aux membres de sa famille de transporter Gailu sur le flanc de la colline. Il avait l'intention de se battre avec la famille Cheng et alors, de l'accuser d'avoir causé la mort de Gailu. Lorsqu'ils arrivèrent, la famille Cheng était déjà partie. Liu Gaiyang commanda à son fils Yünxi de frapper un fort coup sur la tête de Gailu qui en mourut. Il accusa alors Cheng d'avoir tué son parent.*

*Je questionnai Gaiyang et trouvai ses façons et attitudes suspectes et l'arrêtai. Quand Cheng Dapeng arriva au tribunal, il*

---

106. On pourra lire ce récit dans l'ouvrage de S. VAN DER SPRENKEL, *op. cit.* note 96, appendix 4, § 23, pp. 146-147.

107. Ce manuel a été composé en 1793. Etienne BALAZS en avait entrepris une traduction de 104 paragraphes et rédigé des notes sur 124 autres. Elles n'ont malheureusement jamais été publiées et étaient destinées à un enseignement donné à l'École Pratique des Hautes Etudes, VI<sup>e</sup> section (sciences économiques et sociales) entre 1961 et 1963. Nous n'avons eu aucune possibilité d'avoir accès à ce travail.

*expliqua qu'il n'avait pas frappé le défunt, mais il ne connaissait pas le meurtrier. Il fut aussi arrêté et je les conduisis tous deux au Temple du dieu de la Cité. J'offris de l'encens, fis les adorations et priais. J'ordonnai alors à Cheng Dapeng et à Liu Gaiyang de faire des prosternations au pied des marches. Dapeng avait une attitude normale, mais Gaiyang tremblait et paraissait effrayé. J'eus encore plus de doute quant à la culpabilité de Cheng, mais sans vraie certitude. Quand nous revînmes au tribunal, il faisait déjà nuit. Je priai de nouveau devant les dieux et interrogeai les deux parties. J'étais incapable de discerner la vérité.*

*Soudain, il y eut un fort bruit dans le hall de l'entrée. On rapporta qu'un homme ivre avait tenté de pénétrer dans le tribunal et avait été arrêté par les hommes qui gardaient le portail. J'ordonnai qu'on le fasse venir. C'était Liu Yünxi. Liu Gaiyang était atterré ; il s'agenouilla et déclara : 'Ce fils n'a jamais eu de piété filiale. Je vous demande de le battre à mort.' J'ordonnai de faire sortir Gaiyang et interrogeai Yünxi. Il confessa alors toute la vérité. Gaiyang avoua également quand il fut à nouveau interrogé.*

*Le lendemain, je demandai à Yünxi pourquoi il était venu à mon bureau. En larmes, il répondit : 'Hier, j'ai tenté de fuir au Guangxi et j'ai bu du vin avec ma femme pour nous dire adieu. Quelqu'un a frappé à la porte et dit : Fuyez vite, les hommes du magistrat viennent. Quand j'ouvris la porte pour partir, un homme noir me conduisit. Alors que je le suivais et arrivais au tribunal, il me sembla qu'il me poussa dans. C'est alors que je me mis à crier.'*

*À présent, Liu Yünxi était le meurtrier principal, mais son nom ne fut pas inscrit sur le registre de la cour, et à côté du nom de son père, figura seulement la mention d'un parent de l'assassin. Si le fait avait été confessé par quelque autre membre de sa famille, Yünxi aurait pu fuir et aurait été loin. Comment fut-ce possible d'atteindre immédiatement une décision satisfaisante ? L'homme qui frappa à la porte et appela doit avoir été un esprit qui vint pour l'arrêter. Bien sûr, un homme qui a tué une autre personne doit être puni de la peine de mort. Pourtant un homme aussi stupide que moi fut capable de résoudre une espèce équivoque et indécise. N'est-ce pas là la protection du dieu ? »<sup>108</sup>*

---

**108.** *Xüeshi Yishuo*, B, 1b-2b, cité in T'UNG-TSU CH'Ü, *Law and Society ...*, op. cit. note 5, pp. 212-213.

Si nous avons rapporté tout du long ce passage, c'est parce qu'il nous offrait plusieurs éléments intéressants montrant comment notre secrétaire en était arrivé à former sa conviction : l'attitude pour le moins suspecte du père, manifestée par sa mine suspecte, qui donc offrait tout un éventail de présomptions, sans pour autant être absolument certain d'une culpabilité que seule l'aide du dieu permettrait au magistrat de découvrir complètement. On le voit, le système des présomptions est parfois bien éloigné des considérations purement techniques et se mêle à des approches qui participent, à la fois d'une expérience professionnelle certaine, et d'une forme de superstition liée à un faisceau de croyances populaires qui se satisfont mal de ce que rien ne vienne sanctionner quiconque a créé un trouble majeur à l'encontre d'une harmonie censée régner au sein du microcosme humain, comme elle règne au cœur du macrocosme universel.

D'ailleurs, connaissant bien les croyances populaires en matière de sanctions surnaturelles, il est fréquent que les magistrats tiennent des audiences dans le Temple du dieu de la Cité, dans l'espoir d'inciter les suspects à avouer leurs crimes, par peur d'une sanction que leur réserveraient ces mêmes dieux.

À côté des présomptions, le droit chinois impérial connaît également les **fictions**, probablement sous l'influence de considérations qui tiennent au caractère rituel qui marque profondément les rapports familiaux dans la Chine traditionnelle. On en a plusieurs exemples, comme celui de la parenté fictive, applicable aux seules femmes, qui leur permet d'être assimilées à des parentes consanguines au sein de la famille du mari, alors que n'existe aucun lien de sang. Ainsi, les parents du mari sont fictivement considérés comme les vrais parents de l'épouse ; la fiction ne pousse cependant pas jusqu'à faire de ceux qui sont les parents naturels de la femme, des parents du mari ; ils restent des alliés. Comment justifier cette fiction ? La femme mariée est considérée comme l'un des principaux parents du mari ; elle acquiert le même titre que son mari à l'égard des enfants naissant de leur union ; c'est donc par elle que la généalogie peut se poursuivre. Sur le plan juridique, normalement, il n'en découle aucun assujettissement de la femme à l'homme ; mais, il faut admettre que cette égalité juridique est largement battue en brèche par les traditions confucéennes qui établissent une hiérarchie entre la femme et le mari, au détriment de la femme qui se trouve en position de subordonnée. En tout cas, cette fiction de parenté est censée plutôt jouer en faveur de la femme, dans la mesure où elle lui fait acquérir certains droits au

sein de la famille de son mari. Il faut cependant observer et rappeler que cette parenté fictive ne se substitue pas au lien de parenté naturelle entre la femme et ses propres père et mère.

Toujours en se fondant sur la fiction, nous trouvons également le fait de regarder comme bru la jeune fille qui a vécu dans la maison des parents de son fiancé, ce dernier étant depuis décédé. En effet, dans les campagnes chinoises, il était courant de faire venir très jeune dans la famille de celui qui deviendra son époux, la jeune fille. C'est quand elle parvenait à l'âge nubile qu'elle était alors mariée au fils de la maison. Cette coutume s'exprime par l'expression chinoise *tong yang si*, que l'on pourrait rendre par *entretenir une enfant fiancée*. La jeune fille, même après le décès de son fiancé, demeurait en tout soumise à l'autorité des parents de ce dernier, tout comme elle l'aurait été vis-à-vis des parents de son mari, à moins d'être revenue dans sa propre famille. Tant qu'elle restait au domicile des parents de son fiancé décédé, elle était donc tenue, dans le cas où elle envisageait un mariage, d'obtenir le consentement des parents et grands-parents du fiancé prédécédé<sup>109</sup>.

Toujours en lien avec le domaine du droit familial, en Chine, comme dans d'autres cultures comme la culture romaine, le culte des ancêtres est une institution fondamentale qui assure la continuité de la souche. Il est donc absolument nécessaire qu'une lignée par les mâles ne connaisse point d'interruption, pour que le culte puisse être rendu aux ancêtres qui, par ce culte, seront les garants de la famille et vivront par leurs descendants. On sait que le droit romain avait créé, pour les familles patriciennes, les seules qui puissent se réclamer d'ancêtres et être, en conséquence, de vraies familles, le rite de l'*adrogatio*, qui faisait passer, par une nouvelle filiation, un fils d'une famille dans une autre, pour assurer la continuité de cette famille, lorsqu'elle ne dispose pas de descendant mâle pour le faire. Les mêmes besoins procurent les mêmes effets, et l'on retrouve dans le droit chinois des préoccupations tout à fait similaires, sans atteindre toutefois le très fort formalisme de l'adrogation romaine, mais avec des préoccupations proches, notamment en veillant à ne pas bouleverser un ordre normal des générations au sein de la famille.

---

109. Cf. J. ESCARRA, LIOU Tchen-Tchong, HOU Kung-Ou, LIANG J'en-Kié, HOU Wen-Ping, *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la Cour Suprême de la République de Chine*, Imprimerie de la Mission catholique, Chang-Hai (Shanghai) 1925, § 1152, p. 293, note 181.

Ainsi, le Code impérial de la dynastie Qing consacre une forme particulière d'institution d'héritier, dite *daizheng sun* ou « *institution en vue d'attendre un petit-fils* ». cette faculté joue dans le cas particulier où un père, dont le fils unique marié est décédé, va instituer un héritier, lui-même fils unique et donc nécessaire à la continuation de sa famille, dans le but que celui-ci donne naissance à un fils qui sera alors établi comme héritière et successeur du fils défunt<sup>110</sup>. À côté de cette forme sanctionnée par le Code, existe aussi une forme purement coutumière, non légale, dénommée *xiuming daiji* ou « *traiter faussement comme un héritier* », qui est une institution fictive en vue d'attendre un héritier. Elle est une forme d'extension de l'institution que l'on trouve dans le Code et qui permet de réunir sur une même tête la succession de deux branches : le fils premier né du fils unique adopté appartiendra à l'une des branches, le second fils continuera l'autre. Les conditions spéciales de cette institution coutumière sont que, lorsqu'elle est faite par le père, il y ait au moins un autre fils qui soit susceptible d'avoir un enfant qui puisse être institué héritier et, ensuite, que l'héritier fictif institué soit un fils d'un frère défunt pour lequel on doit instituer un héritier<sup>111</sup>.

Point n'est besoin de pousser plus avant pour constater que la fiction sert à combler les imperfections de la nature en en comblant les manques et en tenant pour vraies des situations créées de toutes pièces. On peut cependant constater que le recours aux fictions n'a pas permis aux juristes chinois impériaux de fonder des hypothèses théoriques qui auraient permis de faire évoluer une véritable réflexion sur le droit, dès lors que ce dernier reste conçu comme un pis-aller, essentiellement destiné à réorienter favorablement les conduites humaines dépravées ou qui viennent perturber l'harmonie sociale.

---

110. Cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, § 401 al. 7, p. 191 : « *Si le père se trouve être sans autre fils, et que, parmi les diverses branches de la famille, il n'y ait, de fait, aucun agnat qu'il puisse régulièrement établir héritier et successeur de son propre fils, (parce que celui qu'il devrait lui-même adopter est fils unique), il attendra que ce fils unique ait un enfant mâle et il établira cet enfant héritier et successeur de son fils défunt.* » ; PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. LXXVI, décret IV *in fine*, p. 371.

111. Cf. J. ESCARRA et alii, *op. cit.* note 108, § 1394, note 272, p. 359.

## LA CODIFICATION, LA CLASSIFICATION, LE PLAN

Comme le fait fort justement remarquer Jacques-Henri Michel, les historiens du droit contemporain laissent bien souvent de côté le fait que les codes synthétiques aient été, somme toute, des phénomènes bien tardifs, ne remontant pas avant le XVIII<sup>e</sup> siècle, pour connaître une véritable consécration au XIX<sup>e</sup><sup>112</sup>, même si le thème n'est pas totalement mort. En effet, aux codifications synthétiques qui ont tant marqué la tradition codificatrice française, font suite aujourd'hui de nouveaux codes, qui n'ont de codes que le nom et se contentent d'offrir une simple compilation de textes, sans même le souci de présenter les diverses sources normatives autour d'une ébauche de plan rationnel. J.-H. Michel souligne que, malgré les qualités de synthèse d'un Domat, il faudra cependant attendre la remise en ordre de Bonaparte pour que le grand œuvre de la codification soit réalisé<sup>113</sup>.

---

112. Cf. ses *Éléments de droit romain ...*, op. cit. note 1, nb 91, p. 433. Sur le fait de la codification, se reporter à l'ouvrage très complet de J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> - Essai de définition*, Institut de sociologie de l'Université Libre de Bruxelles (coll. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridique), Bruxelles 1967. Cf. également D. GAURIER, *La rédaction des normes juridiques, source de métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine*, in *Revue Générale de Droit*, Faculté de droit, section droit civil, Ottawa 2001, pp. 1-85.

113. On a peut-être trop tendance à oublier que, au moment où Louis XIV et Colbert se lançaient dans une codification systématique des procédures et de certaines branches du droit, notamment le droit forestier en 1669, le droit commercial en 1673 et le droit commercial maritime en 1681, le Premier Président du Parlement de Paris, Lamoignon, avait pris sur lui de regrouper à son domicile un groupe de grands juristes pour tenter une codification de bien des points du droit civil substantiel. Les travaux réalisés ne seront publiés qu'en 1702, sous le titre *Arrêchez de Monsieur le Premier Président de Lamoignon*, s.l., préparant le travail qui devait être entrepris, et non terminé, par le Chancelier d'Aguesseau sous Louis XV. Voici les points qui avaient fait l'objet de cette synthèse : I – De l'état des personnes, 48 art. ; II – Des absents, 5 art. ; III – Des tutelles, 135 art. ; IV – Droits honorifiques, 34 art. ; V – De la qualité des biens, 30 art. ; VI – Des offices sous le titre de la communauté et sous le titre des successions, 26 art. ; VII – Des propres, 73 art. ; VIII – Des fiefs, 51 art. ; IX – De la retenue féodale et censuelle, X – Des droits seigneuriaux, 69 art. ; XI – De la saisie féodale, 26 art. ; XII – Du dénombrement, 12 art. ; XIII – De la réunion féodale, 9 art. ; XIV – Du dénombrement de fief, 7 art. ; XV – De la commise, 3 art. ; XVI – Du droit

On sait que chez les Romains, la volonté de réunir en collection certains textes pour en offrir une disposition plus commode, ne remonte pas avant le second siècle de notre ère, notamment avec la « codification » de l'Édit du préteur, puis au III<sup>e</sup> siècle, les recueils officieux de constitutions impériales.

La Chine dispose de plusieurs longueurs d'avance sur les Romains en matière de **codification**, même si les débats sur la « codification », ou plutôt sur l'écriture du droit, s'y sont développés dans un tout autre contexte.

Il n'est pas question de nous appesantir sur un thème que nous avons abordé ailleurs<sup>114</sup>, disons seulement que la controverse sur l'écriture du droit a répondu à une volonté de se dégager de la puissance des « rites », qui fonctionnaient plus par symbolisation,

---

d'indemnité dû par les gens de main-morte, 34 art. ; XVII – Du franc alleu, 8 art. ; XVIII – Des servitudes, 45 art. ; XIX Des actions personnelles et hypothécaires, 123 art., plus une addition et réformation de ce titre en 15 art. ; XX – Des transports (cessions), 26 art. ; XXI – Des cautions conventionnelles et judiciaires, et des certificateurs, 31 art., de la discussion (en matière de créance hypothécaire), 24 art., avec une addition en 6 art. ; XXII – Déguerpissement, 30 art. ; XXIII – De la solidité et division des dettes actives et passives, 17 art. ; XXIV – De l'extinction des hypothèques, 34 art. ; XXV – De la prescription, 47 art. ; XXVI – De la péremption d'instance, 28 art. ; XXVII – Des cessions de biens et répit, 14 art. ; XXVIII – De la communauté de biens entre mary et femme, 156 art. ; XXIX – Des douaires, 71 art. ; XXX – Du droit d'habitation (pour la veuve), 12 art. ; XXXI – Des donations entre mary et femme, 30 art. ; XXXII – Des donations, 91 art. ; XXXIII – Des institutions et substitutions d'héritiers par contract, 14 art. ; XXXIV – Retrait lignager, 44 art. ; XXXV – Des successions, 56 art. ; XXXVI – Des successions de fief et du droit d'aînesse, 15 art. ; XXXVII – Des rapports, 29 art. ; XXXVIII – Des payemens de dettes, 14 art. ; XXXIX – Renonciation des filles aux successions, 23 art. ; XL – Incapacitez de succéder, 13 art. ; XLI – Des testamens, 70 art. ; XLII – Des fidéi-commis, 51 art. ; XLIII – Des exécuteurs testamentaires, 19 art. ; XLIV – De la légitime, 19 art. Nous avons là une codification synthétique presque complète des dispositions du droit des coutumes dont il est bien dommage que le roi et son ministre n'y aient prêté aucune attention. On notera que, comme pour le droit coutumier français, il y manque tout un pan du droit civil, tenant au droit des obligations, auquel s'appliquaient des règles majoritairement tirées du droit romain.

114. Cf. notamment D. GAURIER, *L'idée de codification dans la Chine ancienne*, in Mélanges Fritz Sturm, Editions juridiques de l'Université de Liège, 1999, vol. 1, pp. 687-702.

même s'ils pouvaient être fort cruels, que pour faire correspondre exactement un fait à sa correction. Les premiers qui commencèrent à écrire le droit, dès la fin du VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère, suscitèrent une véhémence opposition de la part des représentants de la tradition, attachés au seul maintien des valeurs rituelles prétendument instituées par les rois-sages de l'Antiquité. À bien en considérer les fondements, les tenants d'une écriture du droit entendaient offrir au pouvoir politique un meilleur moyen de contrôle sur les populations, en substituant à une approche quasi-chevaleresque des rapports sociaux, soutenue par une élite sociale et politique, aristocratique, la nécessité de compter de plus en plus avec l'ensemble des populations. D'ailleurs, il fallait bien se faire à l'idée que la guerre, autrefois conduite par ces seules élites, tend, aux VI<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècles avant notre ère, à impliquer l'ensemble des populations.

Les marchands ont joué dans cette évolution un rôle moteur, en ce qu'ils ont permis d'introduire dans les méthodes de gouvernement des principes d'efficacité, qui exigeaient que tout ordre du prince puisse être suivi aussitôt d'effet. Tout contrevenant, quel qu'ait été son statut social, se voyait alors, soit récompensé pour avoir obéi, soit puni pour n'avoir pas obéi. Par ailleurs, l'existence d'un texte de référence enlevait dorénavant au juge tout pouvoir d'appréciation en équité, tout pouvoir d'appréciation personnelle, puisque la loi écrite tentait de prévoir le plus exactement possible les différentes infractions et les sanctions qu'elles emportaient.

Cette mutation, on pourrait même presque dire, cette révolution, faisait disparaître toute une société ancienne, ritualisée, au seul service d'une aristocratie dominante, pour laisser place à une nouvelle société, plus soucieuse d'efficace et d'encadrement des populations. Elle s'est accompagnée d'un véritable positivisme juridique, dans la mesure où le châtement n'est plus tant destiné à travestir une vision ritualisée de l'offense portée contre un ordre immuable, mais pour correspondre à une faute précise, dans le souci de la seule efficacité.

En tenant compte de tout cet arrière-plan intellectuel, on perçoit nettement que le « code » ne fut et ne sera jamais qu'un instrument au service d'un pouvoir soucieux de domestiquer une masse de sujets, sa fonction étant essentiellement répressive. Cela resta une caractéristique principale des « Codes dynastiques » chinois, jusqu'au dernier, celui de la dynastie des Qing. Dans cette mesure, la fonction première du code n'a donc rien à voir avec notre conception occidentale et moderne du code : il n'entend pas réaliser une synthèse



affectant une branche du droit, il voulait au contraire embrasser un ensemble, le plus complet possible, de toutes les occurrences jugées attentatoires à un ordre « naturel » des choses, au maintien de l'harmonie sociale. Aussi n'y eut-il en Chine impériale aucun autre code que pénal, qui aurait affecté d'autres branches du droit.

Sans remonter trop haut dans le temps à des modèles que l'on ne possède plus et dont, seul le souvenir s'est conservé, nous pouvons reprendre une brève présentation de la codification chinoise, qui sera aussi l'occasion d'évoquer la question du **plan** des codes, et de la **classification** des matières. Ce sera là l'occasion de constater que, malgré plus de deux millénaires, la codification chinoise sera marquée par de remarquables constantes, même s'il faut compter avec les adaptations rendues nécessaires du contenu des dispositions des codes pour en permettre une meilleure adéquation avec les époques.

Nous ne possédons pas de code qui puisse être rattaché à la première dynastie impériale des Qin (221-206). Cependant, en 1975, lors de fouilles dans les tombes, on a découvert des tablettes de bambous sur lesquelles étaient consignées un certain nombre de lois pénales, dont il faut bien admettre qu'elles n'apparaissent pas aussi draconiennes que la tradition lettrée l'a communément l'a complaisamment dit ; en tout cas, elles ne sont pas plus sévères que les lois qui suivirent dans les temps postérieurs. Cependant, on y voit la pratique des mutilations, dont il faut bien avouer qu'elles existaient avant cette époque et qu'elles subsisteront après, notamment sous les Han (206 av. J.C.-220 ap. J.C.) ; on y voit également un recours fréquent aux peines d'amendes, spécialement pour sanctionner les fonctionnaires, et aux travaux forcés<sup>115</sup>.

Quand *Liu Bang*, en 207, mit fin à la dynastie des Qin pour devenir le premier Empereur de la dynastie des Han, il investit la capitale et récupéra les archives administratives de la dynastie précédente, et notamment, tous les documents législatifs. Un peu plus tard, il convoquait les notables de la région et s'adressa à eux en ces termes : « *Pères et Anciens, vous avez souffert assez longtemps des lois cruelles de la dynastie Qin : ceux qui parlaient mal et critiquaient le gouvernement ont été cruellement exécutés avec tous leurs parents,*

---

115. Cf. A.F.P. HULSEWE, *Remnants of Ch'in (Qin) Law. An Annotated Translation of the Ch'in (Qin) Legal and Administrative Rules of the third Century B.C. Discovered in Yun-Meng Prefecture, Hu-Pei Province in 1975*, Brill, Leiden 1985.

ceux qui conspiraient en privé ont été exécutés publiquement sur la place du marché (...) Je veux seulement me mettre d'accord avec vous, Pères et Anciens, sur un code en trois articles : celui qui tue quelqu'un sera mis à mort ; celui qui blesse quelqu'un ou lui dérobe quelque chose sera puni selon la gravité de la faute ; en ce qui concerne le reste, j'abroge et abolis toutes les lois de la dynastie Qin. »<sup>116</sup> C'est ce que l'on appela les *Han sanzhang* ou les *Trois lois des Han*. Jamais il ne mit à exécution ce projet, ou, si cela se fit, ce ne fut qu'à titre provisoire. *Liu Bang*<sup>117</sup> trouva en effet plus expédient de se servir des lois faites sous les Qin, en se contenant de les adapter aux temps nouveaux<sup>118</sup>. Ce code des Han est connu sous le nom de *Jiuzhang Lu* ou *Lois en neuf sections*. Ce Code, dont la confection aurait été confiée à Siao He, qui avait occupé les fonctions de Grand Juge sous l'Empereur *Gaozu* (206-195 av. J.C.) aurait repris un modèle ancien qui, lui, remontait au V<sup>e</sup> siècle avant notre ère. Ce modèle, connu sous le nom de *Classique des lois* ou *Fajing*, aurait eu pour auteur *Li Kui* qui l'aurait rédigé sur la demande du marquis *Wen* de l'État de *Wei*. *Li Kui* se serait alors inspiré des divers codes des états voisins du *Wei*, notamment de celui de *Zheng* pour le droit pénal, de celui de *Jin* pour la procédure, de celui de *Chu* pour le recel et les définitions. Ce texte comportait six sections : (1) lois sur le vol, (2) lois sur le brigandage, (3) lois sur l'emprisonnement, (4) lois sur la procédure, (5) lois diverses, (6) définitions ; à ces six sections, le Code des Han en rajoutait donc trois : (1) lois sur le recensement et familles, (2) lois sur les tributs et les impôts, (3) lois sur les écuries impériales, l'armée et les transports<sup>119</sup>. Bien que l'on ait perdu le contenu de ce

---

116. Cité in H.H. DUBS, *History of the former Han Dynasty*, vol. I, Weverley Press, Baltimore 1938-1955, p. 58.

117. Il devait régner sous le nom de *Gaozu*, entre 206 et 195.

118. Cf. A.F.P. HULSEWE, *Remnants of Han Law*, vol I seul paru, Brill, Leiden 1955.

119. Cf. J. ESCARRA, *Le droit chinois*, op. cit. note 63, pp. 91-92. Relevons que l'on devait trouver, dans le plan des Codes chinois, une remarquable constante, puisque la section intitulée « Lois diverses » ou *Zafa*, se conserva jusque dans le dernier Code des Qing, et que la sixième section, consacrée aux définitions ou *Jiufa*, ce qui précisément renvoie à l'idée de dispositions préliminaires ou préparatoires, ce qui a conduit à ce qu'un peu abusivement, on les ait posées comme des définitions, qui plus tard allait passer en tête des Codes, dès le III<sup>e</sup> siècle dans le Code des Wei, à la fin de la dynastie Han, sous le titre *Xing ming* ou *Dénomination des châtiments*, devenant à partir du

code dont n'est conservé que le plan, il est probable que l'on y trouvait déjà des dispositions qui devaient se retrouver dans tous les codes postérieurs, notamment un certain nombre de références faites aux crimes odieux que les codifications postérieures connaîtront sous la dénomination des *Shi wo* ou *Dix abominations*, qui semblent être les infractions les plus graves, parce qu'elles offensent la moralité et détruisent les rites<sup>120</sup>.

Après l'effondrement de la dynastie Han, entre le début du III<sup>e</sup> siècle de notre ère et celui du VII<sup>e</sup>, la Chine connut une période de désagrégation et de bouleversements, marquée essentiellement par une division entre régions du Nord et régions du Sud. Plusieurs dynasties se succédèrent, souvent de courte durée, d'origine non chinoise pour le Nord de la Chine, mais qui adoptèrent néanmoins les mœurs chinoises et les lois héritées des Han. Plusieurs de ces dynasties tentèrent à leur tour des codifications, expérimentant différentes sortes d'incriminations et différents degrés de châtements. On peut citer le cas de la dynastie Jin, qui, entre 280 et 317, réussit à réunifier pour un court moment l'empire, avant de devoir fuir dans le Sud à Nankin (Nanjing) sous la pression des *Xiongnu*, peuplade la plus organisée parmi les groupes qui menacèrent la Chine dès la fin des Han. Elle devait promulguer en 268 un monumental Code qui statuait en 2926 paragraphes sur tous les délits possibles et imaginables ; ce Code formait, quand on mettait ensemble les lois et les décrets complémentaires, quelque 60 volumes en 126 300 caractères, sans compter les 30 volumes consacrés aux précédents<sup>121</sup> !

---

Code des *Ci* septentrionaux (564) le chapitre préliminaire intitulé *Mingli* ou *Règlements sur les dénominations*, titre qui se conserva jusqu'au Code de la dernière dynastie.

**120.** La rubrique se référant à ces *Dix abominations* ne remonte pas avant la dynastie des *Sui* et d'un code qu'elle promulgua en 583. Depuis, on la retrouve jusque dans le dernier Code des *Qing*, cf. BOULAIS, *op. cit.* note 7, §§ 44-45, pp. 28-30, PHILASTRE, *op. cit.* note 35, t. 1, art. II, pp. 122-124, STAUNTON, *op. cit.* note 36, art. II, pp. 3-4. Voir également le Code Tang, *op. cit.* note 67, art. 6, pp. 61-83. Sur l'ensemble de la question, cf. E. BALAZS, *Le traité juridique du Souei-Chou (Sui Shu)*, Brill, Leiden 1954, note 184, pp. 142-145 ; également P. RATCHNEVSKY, *Un code des Yuan*, t. 1, rééd. Collège de France Institut des Hautes Etudes Chinoises, Paris 1985, pp. 13-16.

**121.** Cf. E. BALAZS, *La bureaucratie céleste - Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle*, Gallimard (coll. Bibliothèque des Sciences humaines), Paris 1968, p. 134.

Les codes qui devaient prendre le plus de place dans le travail de modélisation codificatrice, furent ceux que produisirent les dynasties du Nord de la Chine. Ainsi, celle des Wei (386-534), qui prit pour base de sa codification faite au V<sup>e</sup> siècle, les lois des Han et des Jin. La dynastie du Nord qui régna également dans le Nord, les Ci (534-577)<sup>122</sup>, reprit les codes composés sous les Jin et Wei, produisant à son tour un Code en 12 sections, promulgué en 564, code qui fut remarqué pour sa clarté et sa concision, puisqu'il ne comportait plus que 949 articles.

Ces tentatives débouchèrent sur la facture d'un code équilibré sous la dynastie Sui (581-618), qui tenait une voie médiane entre sévérité excessive et coupable indulgence. C'est de cette période que datent finalement de nombreux traits du droit pénal chinois, traits qui devaient perdurer jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle. Les Sui empruntèrent aux Ci septentrionaux leur code à titre de modèle pour le leur, qui parut en 581, subit une révision en 583, et était comme lui construit en 12 sections ; cependant le nombre d'articles avait été réduit à 500. Il fut de nouveau révisé en 607 et porté à 18 sections, mais sans changement du nombre des articles. C'est le Code des Sui qui servit à son tour de modèle à la codification des Tang de 653. On revint à la version donnée en 583, en 12 sections, dont les codificateurs reprirent en totalité les intitulés, avec un compte identique de 500 articles. La version qui en a été conservée, rappelons-le, remonte à 737 et constitue la plus ancienne recension que l'on possède d'un code dynastique chinois ; les autres informations nous sont, en général, fournies par les histoires dynastiques officielles, qui contiennent, presque toutes, un chapitre consacré à l'administration judiciaire et aux lois, à l'occasion du descriptif fait des institutions gouvernementales<sup>123</sup>.

Le plan en était le suivant : (1) Règlements sur les dénominations, avec 57 articles, (2) Garde impériale et interdictions, en 33 articles, (3) Règlements administratifs, en 58 articles, (4) Familles et mariage, en 46 articles, (5) Écuries et greniers publics, en 28 articles, (6) Prélèvements non autorisés, en 24 articles, (7) Violences et vol, en 54 articles, (8) Voies de fait et accusations, en 59

---

122. Notons qu'existe également une dynastie, appelée Ci méridionaux, qui dura de 477 à 501.

123. Cf. à ce sujet E. BALAZS, *La bureaucratie céleste ...*, op. cit. note 121, pp. 55-57.

articles, (9) Fraudes et contrefaçons, en 27 articles, (10) Lois diverses, en 62 articles<sup>124</sup>, (11) Arrestation et évasion, en 18 articles, (12) Jugement et emprisonnement, en 34 articles<sup>125</sup>. Dans sa version définitive, le nombre des articles sera porté à 502.

On peut observer, d'après ce plan, qu'existe une forme de **classement**, qui, même s'il n'est pas de facture cartésienne, répond cependant à une logique qui permet de grouper au moins ensemble des dispositions qui concernent un même domaine ; par ailleurs, on y discerne bien certaines rubriques particulières, concernant la famille, les vols, les agressions, les procédures et le fonctionnement de l'organe judiciaire.

Ce code resta inchangé jusqu'à la fin de la dynastie des Song (960-1279), puisque cette dynastie devait le reprendre en totalité, en 963, quitte à lui rajouter quelques dispositions destinées à en adapter les mesures pour tenir compte des modifications intervenues depuis. Ce qui est cependant remarquable, est que les Song maintinrent dans leur propre Code des dispositions devenues avec le temps largement obsolètes, caractéristique qui demeura également dans les codes postérieurs. Cette version du Code Song de 963 resta inchangée malgré la fréquente promulgation des lois complémentaires par la dynastie, lois qui ne furent pourtant jamais intégrées dans le corps du Code et continuèrent d'être publiées à part.

La chute des Song face aux Mongols, qui devaient fonder la dynastie Yüan (1279-1368), constitua une véritable rupture avec la tradition chinoise, et tout particulièrement en matière de codification. Les Mongols Yüan semblent avoir délibérément voulu refuser de confectionner un Code de type traditionnel, malgré la pression des fonctionnaires chinois qu'ils avaient à leur service. Ce refus se fondait très probablement sur le fait qu'ils estimaient inappropriée une telle codification, eu égard au caractère multinational de l'Empire, les mongols eux-mêmes étant d'ailleurs régis par leurs propres coutumes,

---

124. Notons que c'est dans ce livre que nous trouvions, à l'article 450, la disposition « fourre-tout » qui permet au magistrat d'incriminer tous les faits non expressément prévus par le Code, mais néanmoins répréhensible, à l'image de ce que l'on trouvera encore dans le Code de la dernière dynastie, article auquel nous avons déjà fait allusion plus haut.

125. Cf. W. JOHNSON, *The T'ang Code*, op. cit. note 67, p. 42 ; également, E. BALAZS, *Le traité juridique ...*, op.cit. note 120, appendice 5, Tableau synoptique des codes médiévaux, p. 208.

qui ne devaient rien aux mœurs chinoises. Ce ne fut qu'en 1291 qu'ils cédèrent aux pressions, en acceptant de promulguer un Code applicable aux seuls Chinois, sous le nom de *Shiyüan xingge* ou *Nouvelles règles de la période shiyüan*<sup>126</sup>. Ce n'était cependant pas là un Code de facture traditionnelle, car il mélangeait dispositions proprement administratives et dispositions pénales. Néanmoins, ces dernières reprenaient finalement la substance de celles du Code Tang. Puis, à l'occasion de l'avènement d'un nouvel Empereur Yüan, Renzong (1311-1320), fut commandée la mise en œuvre d'une codification, sans aboutir et qui, étant à nouveau reprise, ne fut achevée que sous le règne suivant, celui de Yinzong (1320-1323). L'ouvrage reçut le nom de *Da Yüan Tongzhi* ou *Règles générales des Grands Yüan*, ouvrage composé de trois parties, une première comprenant es édits impériaux, la seconde contenant les règles codifiées en 1 151 articles - c'est là le nouveau Code<sup>127</sup> -, la troisième, les règles tirées de la jurisprudence.

Le retour à la tradition chinoise, avec l'avènement d'une dynastie chinoise dès 1368, la dynastie Ming (1368-1644), permit de revenir à la tradition codificatrice. Cependant, ce ne fut pas avant 1374 que la codification dynastique « à la chinoise » devait s'imposer ; en effet, l'Empereur Taizu (1368-1398) avait auparavant, à l'image des Han et des Song, promulgué une *Ordonnance des Grands Ming* ou *Da Ming Ling*, qui, en 145 articles, établissait un ensemble des règles à la fois administratives et pénales. Cette ordonnance introduisait une innovation importante en classant les articles en fonction des secteurs de l'administration qui avait à en assurer le respect ; les dispositions suivaient donc un ordre les regroupant autour de six rubriques, correspondant à chacun des six « Ministères » ou des six « Tribunaux », à savoir, le Ministère de la Fonction publique ou *Li Bu*, le Ministère des Familles et des Revenus

---

126. Cf. P. RATCHNEVSKY, *Un code des Yuan*, op. cit. note 120, t. 1, introd. p. xii. Cf. également pour une traduction anglaise de cette codification, P. Heng-Chao CH'EN, *Chinese Legal Tradition under the Mongols - The Code of 1291 as Reconstructed*, Princeton University Press, Princeton New Jersey 1979, pp. 107-156.

127. C'est ce texte dont P. RATCHNEVSKY propose une traduction parue en 4 volumes, avec un volume 3 qui présente sous forme d'index le contenu des deux premiers volumes, le tout étant réédité en 1985, voir références infra note 120.

ou *Hu Bu*, le Ministère des Rites ou *Li Bu*<sup>128</sup>, le Ministère des Châtiments ou *Xing Bu*, le Ministère de l'Armée ou *Bing Bu* et le Ministère des Travaux publics ou *Gong Bu*.

Lorsqu'ils publièrent leur Code dynastique en 1374, les Ming se bornèrent d'abord à reprendre l'essentiel des dispositions du Code Tang, en y rajoutant cependant 31 articles vraiment nouveaux, formant ainsi un ensemble qui compta 606 articles arrangés comme l'étaient ceux du Code Tang. Mais ce *Da Ming Lü* ou *Lois fondamentales des Grands Ming* devait être révisé par ce même Empereur en 1397 ; à l'occasion de cette révision, on opéra un réarrangement complet des articles du Code, en suivant cette fois-ci, l'ordre qui avait été inauguré par l'Ordonnance de 1368, faisant débiter l'ouvrage par un Livre préliminaire consacré aux définitions, les autres dispositions étant regroupées autour des Ministères dont dépendait leur application.

Cette réorganisation répondait à un objectif bien précis : il devait permettre aux diverses administrations gouvernementales de trouver rapidement toutes les infractions qui étaient en lien avec leur domaine de compétence, regroupées en un seul et même livre. Outre ce meilleur arrangement, on pouvait également observer une classification plus rationnelle des différents articles, regroupés autour de thèmes mieux délimités. Ainsi, par exemple, se trouvaient mises ensemble toutes les dispositions consacrées à l'homicide. Cette codification avait fait tomber le nombre total des articles à 460.

Mais cette loi pénale codifiée nécessitait aussi d'être réajustée régulièrement, ce que l'Empereur faisait en promulguant des décrets complémentaires, ou ce que les administrations gouvernementales posaient lorsqu'elles étaient conduites à délivrer leurs sentences. En 1509 ou 1511, ces textes complémentaires furent réunis dans un recueil à part, intitulé *Da Ming Huidian* ou *Collection des Grands Ming*. Ce ne fut qu'en 1585 que les décrets complémentaires furent alors intégrés dans le corps du Code lui-même, placés à la suite des « lois » fondamentales, les *Lü*.

---

128. Le caractère s'écrit ici différemment de celui qui désigne la fonction publique, il n'est pas non plus totalement homophone, dans la mesure où il se prononce avec un ton différent, le caractère désignant la fonction publique étant du 4<sup>e</sup> ton (ton descendant), alors que celui qui rend la notion de rite est du 3<sup>e</sup> ton (ton en partie descendant, puis ascendant).

La dernière dynastie impériale, après la chute des Ming en 1644, fut à son tour une dynastie non chinoise, puisqu'elle provenait de Mandchourie. Prenant un nom dynastique chinois, Qing, elle devait se maintenir au pouvoir jusqu'à la révolution républicaine de 1911. À la différence des Mongols Yüan, les Qing ne répugnèrent pas à reprendre la tradition codificatrice chinoise pour leurs sujets chinois. Ils s'inspirèrent du précédent réalisé par les Ming et, dès 1646, le Code dynastique était prêt, adoptant la plupart des dispositions du Code Ming, tant en matière de lois fondamentales ou *Lü* qu'en matière de décrets complémentaires ou *Li*. Les modifications ultérieures pratiquées par cette même dynastie se firent principalement par voie de décrets complémentaires, mais ceux-ci n'étaient pas intégrés dans le corps même du Code. Cette intégration ne se fit qu'en 1725, date à laquelle le Code des Qing prit le nom de *Da Qing Lüli* ou *Lois fondamentales et décrets complémentaires des Grands Qing*. Plusieurs révisions devaient intervenir tout au long du XVIII<sup>e</sup> siècle, faisant monter le nombre des <sup>Li</sup> intégrés dans le Code à plus de 2000 à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. En tout cas, par rapport à son prédécesseur Ming, le Code des Qing ne présentait aucune originalité, puisqu'il en reprenait complètement le plan, organisant le classement des règles autour des administrations qui étaient en charge de les appliquer, et les faisant précéder d'un livre préliminaire consacré aux *Règles sur les dénominations* ou *Mingli*. Par ailleurs, le nombre de ses articles était assez proche, puisqu'il était de 436 articles, soit un peu moins encore que n'en avait compté de Code des Ming.

Ce ne fut que sous la pression des puissances occidentales qui avaient progressivement mordu à la fois la fierté chinoise et leur territoire, que les dispositions pénales à caractère trop barbare furent progressivement supprimées : on substitua des peines d'amende aux peines de fustigation, on abolit toute pénalité à l'encontre du parent innocent d'un criminel, on abolit enfin le recours à la torture, qui était, il faut bien le dire, assez systématique et fort peu tendre, lors des interrogatoires devant les tribunaux. Aussi, le Code Qing fut-il modifié en ce sens en 1910.

C'est sous cette dernière forme que, malgré la chute de la dynastie des Qing en 1911, il devait rester en vigueur jusqu'en 1928, le temps que soient préparés de nouveaux codes, à la façon des Occidentaux cette fois, qui suivirent leurs propres modèles<sup>129</sup>.

---

129. Sur les aspects de ces nouveaux codes, déjà évoqués en commençant, cf. J. ESCARRA, *Le droit chinois*, op. cit. note 63, pp. 168-234. On le sait, ces



## CONCLUSION

Ce sont là les principaux points qui nous ont paru devoir être plus particulièrement soulignés pour répondre, à travers le programme esquissé par Jacques-Henri Michel, à la transposition possible dans un autre système juridique, des instruments de la technique juridique.

Nul doute, comme on a pu le voir, que la tradition juridique chinoise soit fortement étrangère à celle de l'Occident. Mais cette différence tient plus à la place que la société accorde au droit pour jouer le rôle d'un modérateur social, qu'à une approche absolument originale de la chose juridique en elle-même. En effet, force est de constater que, quand les besoins se font sentir, les Chinois, comme tout autre peuple, ont su parfaitement trouver des moyens techniques qui sont proches des nôtres, avec au moins autant d'efficacité, pour apporter des réponses appropriées. Ce ne sont pas les instruments de la technique juridique qui dénotent donc des différences, mais bien plutôt cette place qui est accordée au droit qui ne reste qu'un pis-aller, destiné à valoir quand tout autre moyen a échoué pour donner solution à une question. On retrouve là un trait qui n'est pas spécifique des Chinois, mais que l'on voit assez généralement appliqué chez les peuples de l'Extrême-Orient, au Japon, en Corée, au Viêt-Nam.

Il faut aussi relever que la langue chinoise elle-même a considérablement évolué : elle ne s'enferme plus dans une dichotomie qui réserve l'usage d'une langue écrite, savante, extrêmement concise, à une élite, et une langue parlée par la multitude. Les écrivains écrivent dorénavant la langue parlée, et celle-ci adopte des procédés d'expression qui l'éloignent de plus en plus de la langue classique, par l'adoption d'une distinction entre féminin et masculin, par le recours à des particules temporelles qui viennent préciser le temps du verbe, par l'utilisation du pluriel, ainsi que de particules qui viennent mieux préciser les relations grammaticales entre mots, faisant presque apparaître une catégorie adjectivale par rapport au substantif.

---

codes seront emportés avec elles par les autorités du Guomindang quand elles se réfugieront à Formose après la victoire des communistes. La Chine communiste devait, par contre, les abolir, parce qu'ils représentaient à leurs yeux la seule défense d'un droit bourgeois. Rappelons que la Chine Populaire, en matière civile, n'a jamais su mener à bien une codification civile, se contentant de la simple promulgation de quelques principes généraux en la matière ; sur ce point, cf. D.T.C. WANG, *Les sources du droit de la République Populaire de Chine*, op. cit. note 10, pp. 94-95.

Il est un autre signe qui risque également de conduire à des évolutions de pensée : c'est d'abord, depuis l'abandon des errements désastreux des idéologues ultra-révolutionnaires, la restauration des Facultés de droit, l'instauration d'un barreau qui tend à se rapprocher des pratiques internationales. C'est enfin l'immense effort qui vient d'être entrepris par des juristes chinois pour traduire en langue chinoise le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien ; ce considérable travail va nécessiter le recours à la création d'un vocabulaire juridique technique pour rendre des concepts issus du droit romain ; c'est là également un signe qui voit la Chine soucieuse de se rattacher à la tradition juridique du droit de l'Europe continentale, alors qu'on eût pu craindre que, soucieuse de son intégration dans l'O.M.C., la Chine ait voulu copier plutôt un modèle de *common law*.

Contentons-nous de ces quelques observations en forme de conclusion, sans aller jusqu'à dire que les Chinois seront bientôt à notre image, de parfaits procéduriers, ce qu'on ne peut leur souhaiter, plus soucieux d'humilier leur adversaire que de conserver une voie médiane que seule la transaction arbitrale permettra de maintenir. On ne peut qu'espérer qu'ils nous montrent, tout comme les Japonais l'ont fait, qu'ils savent au moins faire aussi bien que les Occidentaux, sans pour autant se laisser prendre au mirage des codes à l'occidentale qui, même chez nous, ne sont que des pis-aller, la seule technique permettant trop souvent de servir des intérêts qui ne sont pas toujours d'une parfaite équité sociale.