II. L'exemple interprétatif : le sens des « huit caractères » du code impérial et sa mise en exemple par Wang Mingde

Notre deuxième série d'exemples est plus conforme à la conception courante, puisque le terme évoque irrésistiblement l'activité didactique consistant à illustrer un principe par un fait qui lui est subsumé. À la différence de l'exemple normatif, l'exemple interprétatif est distinct en même temps que subordonné à la règle qui lui donne sens. Il sert à en circonscrire le domaine de validité, soit positivement (exemple), soit négativement (exception).

La subordination de l'exemple à la règle suppose que celle-ci soit partie prenante d'un corpus normatif, dont la grammaire est un bon modèle. C'est ce qui survient dans le domaine juridique à partir du moment où, d'une part, le droit est codifié sous forme d'une législation écrite et ordonnée de sorte qu'on puisse s'y référer assez simplement et sans équivoque ; d'autre part, la législation codifiée est censée répondre à tous les cas imprévus, de sorte que la sanction d'un acte est dictée au juge, celui-ci n'étant plus que la bouche qui prononce la loi. Le jugement d'équité est cantonné à des cas exceptionnels, et il a pour fonction de qualifier l'exception comme une lacune, qu'il propose de combler par une extension de la norme.

II.1. Codification et systématisation du droit dans la Chine impériale

Ce stade est franchi en Chine au cours de la période comprise entre la fin des Han et l'avènement des Tang, c'est-à-dire entre le IIIe et le VIIe siècle. Ce « Moyen Âge » consomme la fin de la jurisprudence antique : dès le IIIe siècle, des édits impériaux érigent la législation écrite en seule source du droit, et éliminent ses diverses interprétations au profit d'un seul commentaire. Par une série d'innovations dont il est impossible de retracer le détail, des bribes standardisées de la jurisprudence antique sont insérées dans un code pénal fréquemment refondu. Pour l'essentiel, elles trouvent place dans ce qui prend l'allure d'une partie générale introductive comprenant les « dénominations des châtiments » (*xingming*) et des règles légales (*fali*) permettant de les moduler. Sous les Tang, les lois pénales codifiées (*lü*), clairement distinguées de l'ensemble des règlements administratifs, sont censées couvrir tous les crimes passibles d'un châtiment, les ajustements nécessaires devant suivre les méthodes définies dans la partie générale introductive des « dénominations et règles » (*mingli*, par contraction de [*xing*] *ming* et [*fa*] *li*) ; les lois sont divisées en trente sections spécialisées, elles-mêmes regroupées en douze parties. Les Ming pourront réduire le nombre des parties à six en recomposant des sections entières, les Ming et les Qing pourront diminuer le nombre des lois et leur annexer un nombre croissant d'articles complémentaires issus de précédents judiciaires ou de décisions administratives, sans que la structure générale du code en soit fondamentalement modifiée [37]. La systématisation des lois l'a définitivement emporté sur la créativité de la jurisprudence antique. L'apparente immobilité du droit chinois s'explique par la précocité d'une mutation qui ressemble par certains traits à celle qu'ont connue nos XVIIIe et XIXe siècles.

Voilà qui rend possible le jeu de la règle et de l'exemple didactique, comme technique d'interprétation et d'enseignement de la loi positive. Le code impérial n'était pas qu'un recueil de lois ; des Tang aux Qing, il inclut divers commentaires officiels, ou des commentaires composés par des particuliers qui, à force d'être insérés dans les éditions officielles, acquirent une autorité équivalente à ceux qui résultaient d'une initiative étatique. La plupart procédaient à une glose minutieuse de la lettre des dispositions, qu'ils confrontaient à d'autres textes normatifs (décisions judiciaires ou administratives, édits, etc.). Certains traités spécialisés se distinguaient des commentaires linéaires par la mise en évidence de la structure du code, la sélection de notions, de mots-clés présents dans divers articles. L'art du commentateur était alors d'illustrer le sens de ces mots-clés en donnant des exemples d'application.

II.2. Un traité d'enseignement et d'interprétation des lois codifiées

Le plus remarquable de ces traités est sans conteste le *Dulü peixi* (Guide portatif de la lecture du code) composé vers 1675 par Wang Mingde. Directeur de département au ministère des Châtiments, il était le fils d'un haut fonctionnaire qui exerça d'importantes fonctions judiciaires dans les premières années des Qing [38]. Ayant à synthétiser la science juridique des Ming pour mieux l'adapter à la législation de la nouvelle dynastie, Wang Mingde mit en évidence un certain nombre de hiatus, qui sont la raison d'être de son traité. Le souci de cohérence entre une législation héritée et les nécessités du temps l'amenèrent à pousser à l'extrême la tendance à la systématisation du droit codifié, en insistant tout particulièrement sur la partie générale introductive, qui contenait selon lui la « corde maîtresse » permettant de manier le filet des lois [39]. Malgré son titre, le *Guide portatif* est un ouvrage long et complexe, dont peu de fonctionnaires étaient capables d'utiliser les catégories dans leur activité quotidienne. En revanche, un chapitre qui résumait à lui seul l'essentiel de la méthode eut un écho considérable. Il était intitulé « L'explication du sens des huit caractères ». Il s'agissait de « huit caractères » dont la liste figurait, ainsi qu'une dizaine d'autres, en tête du code des Ming, au début de la partie générale introductive. Wang mit sous leur forme définitive les extraits de commentaires antérieurs composés à leur sujet, qu'il assortit de divers exemples d'application et d'opinions personnelles. Précédé d'une introduction qui en exposait la méthode d'application, l'ensemble prit désormais place dans toutes les éditions du code des Qing, ainsi que dans les bons manuels d'administration. Voici les principaux passages de cette introduction, telle qu'elle figure dans une fameuse anthologie des savoirs administratifs :

> Introduction à l'explication du sens des huit caractères relatifs aux dénominations pénales :
> Les lois comprennent huit caractères qui sont placés en tête [du code] (...) car, dit-on, ils indiquent la « méthode pour lire les lois ». Il est dit encore : « leur sens sert à relier les tenants et les aboutissants » (*huitong rongguan*), de sorte qu'on puisse accéder du

> texte à [la signification de] la loi. Je n'ai pas supputé par moi-même, ni ne me suis laissé aller à des considérations en l'air en extrapolant leur sens. Les huit caractères sont la balance des Cinq peines, mais ils n'en sont pas la loi (*lü*, la norme). Les Cinq peines et les Dix crimes odieux ont leur liste bien établie, et les Cinq peines étendent leurs ramifications à un peu plus de trois mille [dénominations pénales, ou crimes qualifiés]. Au cours du Moyen Âge et *a fortiori* lors des périodes de décadences, entre les Han et les Tang, les rapports humains se sont transformés. Face à cela, si l'on voulait « moduler les sentences en comparant [la gravité des fautes] » et distinguer les détails de manière à éviter tout arbitraire dans les sentences, alors même que la législation la plus pléthorique ne pouvait suffire à couvrir les ruses et les variations de l'âme humaine, il fallut établir à côté des lois pénales proprement dites ces huit caractères qui assemblent les ramifications et en relient les enchaînements. Ils doivent être tirés des articles, qu'ils associent afin de moduler la peine par comparaison. Ils permettent d'éviter l'arbitraire et les erreurs qui entachent de suspicion les audiences du magistrat. (...) Le texte des lois comme structure fondamentale (*ti*), et les Huit caractères pour mode de fonctionnement (*yong*), voilà tout l'art des Huit caractères. (...) Ce qui est contenu dans les lois générales (*lü*) est très complet, et ce qu'elles ne contiennent pas [mais se trouve dans les articles complémentaires annexés] est encore plus vaste et pléthorique. Mais si les catégories comparatives (*bilei*) restent des concepts vides, le grave et le léger restent sans rapport l'un avec l'autre ; ce n'est qu'une fois qu'on les met côte à côte en usant d'un [des huit] caractères en guise de jauge qu'on peut comprendre ce qui est d'un même degré [de gravité], et mettre en évidence les différences [40].

On ne saurait mieux résumer les raisons historiques et la fonction de la « science du code » (*lüxue*). La technique des Huit caractères a une finalité didactique : il s'agit d'apprendre à lire la loi, en progressant de la lettre vers le sens ; c'est par essence un art de l'interprétation de la loi codifiée, qui tire partie de son économie générale : quelques centaines de lois (502 sous les Tang, 436 à la fin des Qing), définissant un peu plus de trois mille crimes punissables, sont censées couvrir toutes les infractions possibles. Nos huit caractères sont les éléments fondamentaux d'une syntaxe qu'il faut posséder pour accéder au sens de la loi.

Quelle est la nature de cette syntaxe ? En d'autres termes, qu'est-ce que le sens de la loi ? La difficulté est ici de distinguer le linguistique du juridique. Avons-nous affaire à un simple exorde grammatical, à un rappel des conjonctions les plus ordinaires, qui trouverait sa justification dans le fait que l'usage des lois exige une précision méticuleuse dans l'emploi du langage courant – de même qu'on rencontre quelques pages plus loin les principaux étalons de mesure permettant de calibrer les instruments des châtiments, ce qui est à coup sûr utile, mais ne présente aucun intérêt juridique – ou s'agit-il d'autre chose ? Les huit caractères aident-ils à lire le code en éclairant le sens littéral des dispositions, ou permettent-ils d'accéder à sa signification juridique ? Wang Mingde entend nous convaincre qu'ils sont indispensables pour accéder au sens véritable des lois, dont ils relient les tenants et les aboutissants. Il s'agirait donc d'une sorte de syntaxe pénale, le sens juridique des lois n'apparaissant que par leur liaison et

leur comparaison. La pierre de touche permettant de vérifier la validité de la méthode est justement la série d'exemples illustrant l'emploi des divers caractères.

II.3. Éléments d'une syntaxe pénale

Une citation assez longue s'impose ici, car la série des caractères assortis de leurs exemples forment un ensemble indissociable :

> 1) yi_a : « selon, d'après » ; indique qu'on assimile [un fait] à l'infraction qualifiée [par la loi] (litt. « l'infraction réelle », *zhenfan*). *Par exemple* : « Le trafic de biens publics par les surveillants et gardiens [des magasins officiels] » n'est en rien différent de la qualification de vol (litt. « vol réel »). Aussi prononcer une sentence « selon » [les qualifications de] « torsion de la loi » et « vol » implique-t-il également [les peines accessoires de] la perte du titre et du tatouage légal. La peine peut aller jusqu'à la décapitation ou la strangulation au cas où le degré de gravité [estimé d'après le montant du butin] est atteint [41].
> 2) *zhun* : « sur le critère de, selon l'étalon », suppose un écart avec l'infraction qualifiée. *Par exemple* : prononcer une sentence « sur le critère de » [prévarication avec] « torsion de la loi » ou de « vol », c'est seulement prendre ces crimes comme étalons [de la peine principale] : on n'applique pas la règle de la suppression du titre ni le tatouage légal, et la peine est limitée à un maximum d'exil à trois mille *li* et cent coups de gros bambou.
> 3) *jie* : « tous, sans distinction », implique qu'on ne distingue pas entre auteur principal et complices, qu'on condamne tous à une peine du même degré. *Par exemple* : « Les surveillants d'examen, les gardiens de magasins et autres titulaires de charges officielles qui s'acoquinent pour voler des biens publics dont ils ont la charge, si le butin atteint le maximum [prévu par la loi], seront "tous, sans distinction" passibles de la décapitation [42]. »
> 4) *ge* : « chacun, l'un et l'autre », signifie que celui-ci et celui-là sont condamnés à une peine identique. *Par exemple* : « Tout genre d'artisan affecté à un travail au sein du Domaine impérial (*neifu*), s'il n'exécute pas lui-même la besogne, mais engage un autre homme sous son nom, lui-même et son substitut seront "chacun, l'un et l'autre" passibles d'une peine de cent coups de gros bambou [43]. »
> 5) qi_a : « celui-ci, quant à cela », apporte une modification quant à ce qui précède. *Par exemple* : « La sentence frappant un criminel bénéficiant d'une des "Huit immunités" (*bayi*) devra d'abord être soumise par un mémoire de palais demandant une délibération ; "quant à celui" qui aura commis un des Dix crimes odieux, il ne bénéficiera pas de [ce privilège prévu par] la loi [44]. »
> 6) ji_a : « ainsi que », marque un enchaînement. *Par exemple* : « Celui-ci et celui-là étant tous deux coupables de corruption [active et passive, respectivement], le produit illicite "ainsi que" tout objet dont la possession par des particuliers est prohibée devront être saisis et confisqués par l'État [45]. »
> 7) ji_b : « de ce simple fait », indique que le sens est complet, et dispense d'autres explications. *Par exemple* : « Les criminels qui sont en fuite au moment où leur crime est découvert, du moment que des témoignages parfaitement clairs auront été réunis,

seront "de ce simple fait" jugés au même titre que les autres [qui ne se sont pas enfuis] [46]. »

8) *ruo* : « de même si », suppose que bien que le texte qui précède soit différent, le sens reste le même. *Par exemple* : « Le criminel qui n'était ni un vieillard, ni un infirme au moment des faits, mais qui l'est devenu au moment où son crime est découvert, sera jugé selon la loi des vieillards et des infirmes [qui leur permet de racheter leur peine] ; "de même si" c'est pendant la durée de sa peine de servitude pénale qu'il est devenu un vieillard ou un infirme, il ressortira à la même catégorie [47] »[48].

Ces conjonctions sont, répétons-le, parmi les plus employées de la langue classique. Un lecteur familier du chinois classique peut lire le texte des lois en se fiant à leur sens courant, en ignorant qu'ils ont été rassemblés et commentés en tête du code : pourquoi, dès lors, les avoir mis en évidence ? On peut de fait isoler un sens métalinguistique de ces caractères de deux manières : en partant des huit caractères eux-mêmes, pour examiner leur rôle particulier et leurs points communs ; en partant des exemples cités, pour montrer en quoi les caractères sont des opérateurs logiques qui mettent en relation des parties du code.

À première lecture, ces huit caractères circonscrivent une série d'exceptions, qu'on peut rendre par la locution conjonctive *bien que*. Les deux premiers permettent d'appliquer la peine prévue par la loi, *bien que* les faits reprochés soient sensiblement différents : ce sont deux formes systématisées d'analogie, sur lesquelles nous reviendrons. « Tous » permet de condamner les complices à la même peine que l'auteur principal, *bien que* le code prévoie qu'en règle générale la complicité entraîne une peine réduite d'un degré. « Chacun » permet de prononcer la même peine pour deux individus, *bien que* leur statut respectif (artisan du palais/simple quidam) implique de les distinguer. L'exemple illustrant le sens de « quant à celui » définit une exception aux Huit immunités qui établissaient une procédure spéciale pour certains notables. « De ce simple fait » justifie une condamnation par contumace, *bien que* les criminels n'aient pas comparu ni signé leurs aveux, ce qui était une condition nécessaire pour prononcer la sentence, etc.

Une deuxième lecture plus élaborée consiste à réunir les caractères par couples : opposition manifeste pour les deux premiers (« selon » et « sur le critère de ») qui supposent l'un que la peine est appliquée dans toute sa rigueur, l'autre que la peine est limitée à un maximum et qu'on fait grâce des peines accessoires infamantes. Complémentarité pour les deux suivants : « tous » confond les degrés de participation à un même acte, « chacun » les distingue tout en n'en tenant pas compte pour prononcer la peine. « Quant à celui » introduit un passage qui s'oppose à ce qui précède, tandis que « ainsi que » suggère une liaison entre ce qui précède et ce qui suit. « De ce fait même » indique que tous les éléments de la décision sont réunis (les témoignages clairs et concordants suffisant à juger les contumaces), alors que la condition « de même si » permet de suivre une situation évolutive – l'âge (la vieillesse pénale étant fixée à soixante-dix ans) ou l'infirmité – pour appliquer la loi sur le rachat des peines.

Enfin, Wang Mingde nous indique dans un passage de son introduction que « les quatre premiers caractères ne peuvent en aucun cas être utilisés en même temps que les quatre derniers. Si on utilise les uns, on ne peut que renoncer aux autres et réciproquement [49] ». Les deux premières paires (« selon » et « sur le critère de » ; « tous » et « chacun ») constitueraient donc un sous-ensemble dont l'emploi exclurait celui des deux dernières (« quant à celui » et « en conséquence » ; « de ce seul fait » et « de même si »).

Cette dernière affirmation est assez énigmatique, Wang ne se donnant pas la peine d'en démontrer le bien-fondé. Nous formulerons toutefois une hypothèse lorsque nous procéderons ci-dessous à partir des exemples, ce qui est du reste conforme à la chronologie. Comme le dit explicitement l'introduction citée plus haut, les « huit caractères » étaient présents dans le texte des lois bien avant d'être isolés et rassemblés dans une liste. C'est cette systématisation après coup qui, les regroupant sous forme de listes et donnant des règles pour leur emploi, transforme les énoncés en autant d'exemples.

II.4. Un dispositif de mise en exemple des qualifications pénales

Le sens des huit caractères se définit moins par les règles de la grammaire ou de la sémantique, que par leur finalité, par les effets juridiques qu'ils produisent. C'est en rassemblant et en confrontant toutes les qualifications pénales, sentence comprise, dans lequel apparaît un de ces caractères que le juriste peut inférer son sens général. Selon la méthode exposée dans l'introduction, celui qui possède bien ses caractères tient une « corde maîtresse » qui lui permet de décliner divers articles pris dans la trame du code comme autant d'exemples d'application.

Cette méthode préside d'ailleurs à la composition du *Guide portatif*. Le traité comporte par exemple un chapitre intitulé « Catégories générales d'après les caractères *yi*$_a$ (selon) et *zhun* (sur le critère de) » (*yizhun zonglei*). Ces « catégories générales » rassemblent les cinquante-cinq occurrences du premier et les sept occurrences du second dispersées dans les lois codifiées. Le sens pénal de nos deux caractères est donc défini au fil d'exemples tirés de la loi, et toujours en référence à un caractère qui n'appartient pas à la liste des huit, et ne fait l'objet d'aucun commentaire, tant il semble couler de source : le caractère *yi*$_b$, « en vertu de », employé quand l'infraction est exactement celle prévue par la loi, la sentence n'étant alors qu'un simple syllogisme dont la majeure est la disposition légale, la mineure le cas d'espèce, et la solution la sentence prononcée. Employer le premier de nos huit caractères, *yi*$_a$, « selon », c'est négliger la légère différence entre les faits incriminés et l'infraction prévue par la loi, pour appliquer la même peine que si l'on prononçait « en vertu de » la loi. L'exemple choisi montre que cela revient à tourner une difficulté propre aux qualifications très précises du code chinois : le trafic des biens publics par ceux qui en ont la charge ne peut être assimilé au vol pur et simple qu'en usant du caractère « selon », et non « en vertu de », car on n'a pas pris les voleurs la main dans le sac. Il est peu contestable que

cette infraction constitue « réellement » un vol, avec les facteurs aggravants prévus pour cette qualification (« torsion de la loi », c'est-à-dire abus d'une position d'autorité). Par contre, employer le caractère *zhun*, c'est tenir compte de l'écart entre le fait et la loi pour prononcer « sur le critère de », en usant de la sentence prévue comme un instrument de mesure pour moduler la peine, et en limiter les aggravations en deça du seuil de la peine de mort. Comme le dit Wang Mingde dans son commentaire personnel, employer le caractère *zhun*, « c'est tout comme estimer des grains ou de la paille « selon l'étalon » des tissus et des soieries (qui ont parfois servi d'équivalents monétaires) : on prend la valeur pour équivalent, mais on ne peut utiliser la paille et le grain comme si c'étaient des tissus ou des soieries [50] ». L'emploi de cet équivalent quasi-monétaire pour moduler la peine entraîne automatiquement une sorte d'abattement forfaitaire : ainsi « l'homicide par erreur » est jugé « sur le critère de "l'homicide [involontaire] au cours d'une rixe", "en vertu de" la loi sur le rachat des peines, c'est-à-dire qu'on use de la qualification sans appliquer la peine, qui, dans ce cas, sert seulement à estimer le montant du rachat [51] ».

La fonction de ces « catégories générales » est de fournir un schéma standardisant les sentences analogiques. On pourra de même rassembler les divers articles qui contiennent le caractère *jie*, glosé qi_b : « uniformiser », ou *gai* : « sans exception », mais aussi, étymologiquement, « racloir de mesureur pour égaliser une mesure de grain » et, de là, « niveler ». Il s'emploie quand la nature des faits incriminés est telle que les participants, quelles que soient les différences de statut, degré de participation, etc, tombent uniformément sous le coup de la même peine – ce qui caractérise les atteintes graves à la personne de l'empereur ou, comme dans l'exemple cité, aux biens publics qui sont son patrimoine. On pourra de même rassembler les occurrences du caractère *ge*, qui s'emploie lorsque « chacun suit sa catégorie, la bienséance procédant des distinctions ». Dans ce cas, « les diverses catégories ne sont pas uniformisées, chaque rang est distingué, mais, du point de vue des catégories [pénales] comparatives, la réalité [de l'infraction] étant la même, on unifie [la peine] ». Suivent divers exemples de telles « unifications » de peine : l'affaire – la qualification des faits au regard de la loi – et les circonstances sont les mêmes, mais le statut des accusés est différent ; l'affaire et les statuts sont les mêmes, mais les circonstances diffèrent pour « chacun », etc. Ces quatre premiers caractères standardisent diverses formes d'analogie en mettant en relief le critère de comparaison retenu pour prononcer la peine. De telles « catégories comparatives » font jouer au caractère qui les commande le rôle de dénominateur commun pour un certain nombre de dispositions qui sont placées en position de numérateur.

Pourquoi ne peut-on user des quatre derniers caractères dans la même sentence que les quatre premiers ? Cette prohibition porte bien, en effet, sur l'utilisation des caractères dans un jugement, et non sur leur occurrence dans le texte des lois, où les caractères des deux séries sont fréquemment mêlés. Wang cite lui-même l'article « Vol d'objet dans un temple consacré aux mânes impériales » où « tous (*jie*) décapités » (le caractère n° 3, de la première série, donc) est suivi de « quant à ceux qui (qi_a, caractère

n° 5) n'ont pas pénétré dans le sanctuaire impérial, ils recevront cent coups de bambou ». Il s'agit là encore de faire valoir le sens juridique – ou judiciaire, en l'occurrence – contre le sens littéral : il faut retenir le caractère qui va commander la sentence, et ignorer l'autre. Dans notre exemple, un accusé fera partie de ceux qui sont « tous décapités », *ou bien* de ceux exceptés par le caractère « quant à ceux » – la sentence dissociant soigneusement ces deux segments d'une même phrase.

Le même exemple illustre du reste une différence de nature entre les caractères de la première et de la seconde série. Les quatre premiers sont, on l'a vu, des caractères englobants, analogiques, qui peuvent servir à regrouper des articles épars sous une même sentence. Les quatre suivants n'ont pas de signification pénale particulière hors de la phrase où il sont insérés. Pour reprendre les termes de Wang Mingde, deux d'entre eux (*qi*, « quant à celui », et *ruo* « de même si ») sont des mots qui annoncent un « nouveau départ » (*gengduan*) dans le raisonnement, un autre (ji_a, « ainsi que ») indiquant une « inférence » logique (*tui er ji*). Quant à ji_b, « de ce fait », il éclaire un autre aspect de ce qui vient d'être défini. Autrement dit, leur rôle est d'infléchir le sens, d'établir une distinction – ou une conséquence – entre ce qui précède et ce qui suit. À la différence des quatre premiers, ils ne renvoient à aucun autre article que celui dans lequel on les rencontre, et ne peuvent donc servir de commun dénominateur. Ils ne jouent que sur la linéarité du texte, leur registre étant plutôt celui de la nuance, de la prudence, ce qui les rend d'ailleurs plus difficiles à distinguer et à traduire. En termes de grammaire générative, on pourrait soutenir que ces quatre derniers caractères opèrent sur l'axe syntagmatique, puisqu'ils établissent une différence, une exception, une précision dans le texte d'un article isolé. Ils ne sont nullement « exemplaires », et ne peuvent être mis en « catégories générales », car un autre contexte leur conférera un sens et des conséquences légèrement différents. Du point de vue juridique, ou pénal, seuls les quatre premiers caractères ont une fonction paradigmatique (au sens étymologique du grec *paradigma*, exemple), puisqu'ils ordonnent un grand nombre de dispositions dispersées dans le code comme autant d'exemples d'application substituables les uns aux autres – ils traitent le plan général du code comme une matrice d'exemples.

II.5. Fonction générale des « huit caractères »

Que ces huit caractères soient placés en tête du code, comme la clé de l'interprétation des lois, suggère quelques remarques sur la manière dont les juristes des Qing concevaient la règle et l'exemple. Tout d'abord, on constate leur faible engouement pour la règle de droit proprement dite : prononcer « en vertu de », subsumer par un simple syllogisme un fait à la loi écrite était certes possible, et massivement pratiqué par les instances judiciaires ; mais cela ne donne lieu à aucune mise en exemple, à aucune « catégorie générale », puisque c'était la fonction du code dans son ensemble. La compétence juridique qu'un traité comme le *Guide portatif* entendait diffuser procédait de la conviction que, si nombreux eussent été les textes de

lois, ils ne pouvaient suffire à prévoir tous les faits punissables. Le droit intervient là où la routine s'interrompt, lorsqu'un cas imprévu prend en défaut le dispositif légal. Il se définit comme une activité interprétative qui s'oppose, ou tout au moins se défie de la logique légiste, du positivisme légal. Pour autant, les huit caractères ne peuvent être érigés en un corps de règles fixes, qu'on pourrait formuler indépendamment des exemples épars dans les articles du code. Wang Mingde, on l'a vu, se défendait d'avoir ajouté quoi que ce fût au texte de la loi, ou d'avoir créé une théorie : les huit caractères n'étaient pour lui que l'instrument technique déjà présent dans la structure fondamentale du code, dont il n'avait eu qu'à préciser l'emploi. Au lieu de règles ou de concepts clairement posés à côté du texte de loi, nous avons affaire à un dispositif servant à décliner des exemples ne renvoyant à aucune règle particulière, sinon à l'ensemble des normes, la norme en soi, l'esprit général de la législation.

C'est du reste ce que Wang Mingde dit à sa manière : « De manière générale, le sens [de la législation] est fondé sur les *Annales*, et sa structure est semblable à celle des hexagrammes du *Livre des mutations* [52]. » L'allusion au « sens des *Annales* » repose sur l'idée que le code est composé d'articles formant une série discontinue, comparable aux notations de la chronique, puisqu'ils ne trouveront leur sens véritable qu'une fois judicieusement confrontés les uns aux autres, à travers un cas d'espèce. Le dispositif interprétatif des « huit caractères » trouve son modèle dans celui des huit trigrammes, dont les combinaisons donnent la série finie des soixante-quatre hexagrammes. Ce système clos et complet était censé rendre compte des transformations des choses et de la complexité des affaires humaines. C'est en référence à ces deux Classiques qu'est modélisée l'opération logique consistant à prononcer un jugement dans un cas imprévu en jouant sur l'aspect systémique du code. Les exemples de conduite proposés aux magistrats nous permettront d'examiner plus précisément les méthodes dérivées du *Livre des mutations*.

III. L'exemple édifiant : attitudes modèles définissant une éthique du juge

Notre troisième type d'exemples a pour objet la conduite du juge, indépendamment et, dans une certaine mesure, à l'encontre des dispositions légales. À un stade où la codification des lois pénales, l'univocité des commentaires et la standardisation des techniques d'interprétation tendaient à automatiser les tâches du magistrat de rang apparut un genre de traités qui cherchaient à cultiver les qualités utiles dans les domaines où le juge conservait une certaine initiative : l'instruction préliminaire, les interrogatoires, l'appréciation matérielle des éléments de preuve, l'appréciation psychologique de l'intention. Composés par des praticiens, ces traités rassemblaient des cas concrets mettant en valeur la sagacité de juges-détectives qui savaient, selon une formule tirée de l'ouvrage plus tardif que nous allons analyser, « incriminer selon des indices et alléger selon les circonstances ».

jing apparaît *a fortiori* comme un « non-livre » puisqu'il n'était à l'origine qu'une liste d'hexagrammes dont la succession est déterminée par des règles combinatoires [68]. Les juristes ont entrepris d'interpréter le code impérial ou de définir des modèles de jugement en s'inspirant de Classiques dont l'exégèse s'était déjà exercée à dégager la trame, la « corde maîtresse ». La fonction la plus générale de ces mises en exemple serait donc de renvoyer à la législation comme système.

L'exemple sert aussi à qualifier une exception, à rompre l'enchaînement causal inscrit dans le texte de loi ou dans les règles de procédure ordinaires. Il manifeste souvent chez les juristes le souci de ne pas se laisser emprisonner dans le sens littéral, que ce soit par le biais d'un Classique, ou par un caractère qui permet une lecture transversale de plusieurs articles du code. Quant aux figures du *Yi jing*, si leur polysémic et leur mode d'emploi très particulier défient toute généralisation, il semble qu'elles aient servi notamment à signaler à l'attention du magistrat tout ce qui, dans la matérialité des faits ou la formalité des procédures, lui interdisait de se fier trop complètement à la routine – que ce soit celle de ses préjugés personnels ou celle qui pousse à l'application automatique des lois. L'exemple semble donc plutôt un appel à l'interprétation et à l'implication personnelles plutôt que l'illustration d'une règle qu'il suffirait d'appliquer.

Cette réticence à l'édiction d'une règle, cette casuistique raffinée ont pu faire douter des qualités d'une pensée juridique qui se passait de la « règle de droit » chère aux juristes positivistes. La position originale de la règle et de l'exemple s'explique notamment par la nécessité dans laquelle se sont trouvés les juristes chinois de concilier une systématisation poussée, fruit d'une codification précoce reposant sur la fiction que toutes les infractions possibles étaient couvertes par un article, avec la prise en compte des intentions, des circonstances, et, plus largement, des mille imprévus résultant de la vie sociale. Nos trois types d'exemples résument assez bien les techniques par lesquelles le droit chinois a poursuivi, envers et contre la loi positive, un idéal de convenance, de congruence au cas d'espèce qui est la règle d'or de toute jurisprudence.

Notes

1. J'ai préféré traduire *Chunqiu* par « Annales », plutôt que par « Chronique des Printemps et Automnes », ces deux saisons désignant l'année par synecdocque.
2. Sur la carrière et l'œuvre de Dong Zhongshu, voir Loewe (1987), 35-37 et 49-55, notamment.
3. Tout ce développement s'appuie sur Queen, 1991, Introduction, 6-10, et chapitre 3, 1-5 – chaque chapitre ayant sa propre pagination.
4. *Cf.* Cheng, 1995.
5. Pour l'application de cette méthode au jugement historique, le lecteur pourra se reporter à l'article de Christian Lamouroux dans le présent volume.
6. C'est notamment le cas de He Xiu, le dernier grand défenseur du commentaire de Gongyang sous les Han postérieurs.

7. *Shi ji*, « Dong Zhongshu zhuan », cité par HUANG, 1992, 30.
8. *Cf.* ARBUCKLE, 1987, p. 3 et 17 ; QUEEN, 1991, chap. 1, 15, 39 *sq.*
9. Une dizaine de disciples de Dong sont connus pour avoir pratiqué une telle jurisprudence et acquis du même coup une sinistre réputation. Profitant de ce que la législation codifiée n'était pas encore la source unique du droit, ils couvrirent de l'autorité des textes canoniques des décisions de pure opportunité, voire des règlements de comptes politiques, en forgeant de toutes pièces de nouveaux chefs d'inculpation, de sorte que, dans l'historiographie chinoise, « jugement selon le sens des Classiques » est devenu synonyme d'arbitraire sans frein. *Cf.* HUANG, 1994, notamment 25-26 et 30 pour les critiques contre « les parasites des Classiques, chiendent de la loi », rassemblées par Ma Duanlin au XIIIe siècle et reprises par les modernes.
10. Ce sont des décisions d'équité au sens classiquement défini par ARISTOTE, 162 : « Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait qu'il s'exprimait en général. (...) La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général. »
11. *Beitang shuchao*, 44, 1b ; voir aussi ARBUCKLE, 1987, 18.
12. Parmi les nombreux textes qui en témoignent, voir la biographie de Dong dans le *Hanshu*, 56, 2510-11, et la trad. par ARBUCKLE, 1987, p. 8 ; voir aussi l'argumentaire des lettrés confucéens contre les ministres légistes dans le *Yantie lun*, 55, où sont opposés les Légistes qui usent des lois comme de chausse-trapes, et ceux qui, jugeant d'après les *Annales*, se fondent sur l'intention.
13. La formule est de Yang Honglie ; elle est citée à l'issue d'une revue de l'historiographie chinoise sur cette question par HUANG, 1994, 1.
14. *Cf. Mengzi*, III, 2, 9, § 7-8 : « Il y eut des vassaux qui tuèrent leur suzerain et des fils qui tuèrent leur père (*chen shi qi jun you zhi, zi shi qi fu you zhi*). Confucius en fut effrayé, et composa les *Annales*. » Dans la traduction de ARBUCKLE, 1987, 1 (note 2) « *There were instances of regicides and parricides. Confucius was apprehensive, and composed the* Spring and Autumn Annals. »
15. Cas n° 2, cité et commenté dans HUANG, 1992, 37-38.
16. Voir la traduction des lois sur lattes de bambou découvertes à Yunmeng (Hubei), par HULSEWÉ, 1985, 8, 142, où *zei* est rendu par « *to kill murderously with malice aforethought* », par référence à HULSEWÉ, 1955, p. 253. L'auteur signale pourtant que le terme *zei* ne peut à lui seul signifier « intentionnellement », et cite divers cas où cette traduction est manifestement impossible (voir par ex., *id.* 257, le cas où des animaux se sont *zei* tués entre eux – alors que les Chinois n'ont jamais attribué d'intention coupable aux animaux). Il semble que MCLEOD et YATES, 1981, aient raison de traduire *zei* par « *wantonly* » : « brusquement », « sans motif apparent », plutôt que par « intentionnellement ».
17. *Chunqiu*, X, 19, 5 ; trad. LEGGE, 1985, V, 674.
18. *Cf.* LEGGE, V, Appendix, 74-75. Voir aussi les commentaires de QUEEN, 1991, chap. 4, p. 20-22.

19. Cas n° 4, citation et commentaires à partir de HUANG, 1992, 13-15.
20. Dans le code des Tang, la notion de *yijue* servait notamment à prononcer la séparation en cas de violences entre époux.
21. Cas n° 1 ; *cf.* HUANG, 1992, 33-36.
22. *Lunyu*, XIII, 18 ; Gongyang lit dans les *Annales* plusieurs exemples d'application du principe énoncé par Confucius, notamment *Chunqiu* III, 31, 1 et VI, 16, 5 ; *Chunqiu* IV, 1, 1 ; *cf.* HUANG, 1992, 34.
23. Il s'agit de la troisième strophe de l'ode « Xiao yuan », *Shi jing*, V, II, trad. LEGGE, IV, 333 ; j'ai repris la traduction de LAUWAERT, 1991, 14.
24. KANTOROWICZ, 1961, 51.
25. KANTOROWICZ, 1957, 79 *sq.*
26. KANTOROWICZ, 1948.
27. KANTOROWICZ, 1961, 37.
28. *Idem.*
29. *Op. cit*, 33.
30. *Cf.* LAUWAERT, 15.
31. *Tang lü shuyi*, 237 ; voir aussi LAUWAERT, 53-54.
32. DU You, *Tongdian*, 69, 1907-1913.
33. *Ibid.*, 1909.
34. *Ibid.*, 1909-10.
35. *Ibid.*, 1911.
36. *Cf.* XUE, 1970, tome 2, 246.
37. BOURGON, 1994, 521-593.
38. *Cf.* notice « Wang Yongji », HUMMEL, 845-846.
39. Pour une analyse détaillée du *Dulü peixi,* voir BOURGON, 1994, 414-432.
40. *Qing jingshi wenbian*, 1992, t. 3, 2250.
41. « Vol réel », « Torsion de la loi » font allusion aux tableaux d'équivalence des « Six biens mal acquis » placés depuis les Ming dans les premières pages du code.
42. Cet exemple est extrait de la loi n° 264 (*Duli cunyi*, 577).
43. Cet exemple est extrait de la loi n° 188 (*Duli cunyi*, 453).
44. *Cf.* loi n° 4 (*Duli cunyi*, 21).
45. *Cf.* loi n° 24 (*Duli cunyi*, 95).
46. *Cf.* loi n° 31 (*Duli cunyi*, 120).
47. *Cf.* loi n° 23 (*Duli cunyi*, 95).
48. *Op. cit.*, 2250-2253 ; je n'ai retenu qu'un exemple par caractère, alors que Wang en cite plusieurs.
49. *Ibid.*, 2250.
50. *Ibid.* 2251.
51. *Idem.*
52. WANG, 1674-1676, chapitre « Bafa » (huit méthodes), 8b ; la citation est extraite de la septième méthode.
53. « Écaille de tortue et miroir » désignent deux techniques divinatoires, et, par métaphore, l'art de tirer parti de l'expérience du passé, le maniement jurisprudentiel des précédents.

54. Sur la tradition textuelle des recueils de jugements, et tout particulièrement les versions Ming du *Tangyin bishi*, voir BOURGON, 1994, 383-411.
55. CHEN Shikuang, p. 1a-1b.
56. *Cf.* JULLIEN, 1993, 11.
57. *Cf.* la description classique de cette institution dans BODDE et MORRIS, 1973, 134-143.
58. Sur la reconstitution de la genèse des hexagrammes et de leur systématisation qui a donné naissance au *Yi jing*, voir WANG, 1995, 52-60, et 95-99.
59. Cheng zi, c'est-à-dire les frères Cheng Yi (1033-1107) et Cheng Hao, deux figures majeures du Néoconfucianisme des Song, qui se partagent l'appellation de Maître Cheng.
60. Les premiers commentaires semblent avoir interprété *dun* et *yu* : « cochon de lait et poisson », comme désignant les offrandes d'un sacrifice, *cf.* WANG, 1995, 307 ; la plupart des glossateurs relient ces caractères en un binôme, *dunyu*, dont le sens est « poisson-globe », d'où « fretin ».
61. *Cf.* PHILASTRE, 1992, 743.
62. *Zhouyi jijie zuanshu*, 7, 26a.
63. *Zhouyi yigua*, 24a. Tous les commentaires de traits attribués au Duc de Zhou se concluent par « il y a faute » ou « pas de faute », ce qui indique si le tirage est de bon ou de mauvais augure.
64. JULLIEN, 1993, 38 ; PHILASTRE, 1992, 816 (n° 1213), 823 (n° 1238).
65. Je résume ici PHILASTRE, 1992, 742-751, et divers traités spécialisés dont les deux principaux sont *Yishuo*, 1, 43a et *Yixiang tongyi*, 4, 20a.
66. CHEN Shikuang, 5b-6a.
67. ARISTOTE, 163 : « Ce [le juge d'équité] n'est pas l'homme d'une justice tatillonne et enclin à adopter la solution la moins favorable pour les autres ; il est toujours prêt à céder de son dû, bien qu'il puisse invoquer l'aide de la loi. »
68. JULLIEN, 1993, 7, note à propos du *Yi jing* : « Car ce livre initialement n'en est pas un (...) au départ, il ne transcrit rien, ni pensée ni vouloir, et c'est du seul jeu de ses figures, de leurs effets d'opposition et de corrélation, de leurs possibilités de transformation, que naît du sens. »

BIBLIOGRAPHIE

ARISTOTE, 1965, *Éthique de Nicomaque*, Paris : rééd. Garnier frères-Flammarion.

Gary ARBUCKLE, 1987, « Former Han Legal Philosophy and the *Gongyang zhuan* », *B.C. Review*, 1.

Beitang shuchao ([Recueil de] Citations du Temple du Nord) 1888, compilé par Yu Shinan, 160 *juan*.

Anne CHENG, 1995, « Tradition canonique et esprit réformiste à la fin du XIXe siècle en Chine. La résurgence de la controverse *jinwen/guwen* sous les Qing », *Études chinoises*, XIV-2 (automne 1995), 7-42.

DU You, *Tongdian* (Canon général), rééd. Zhonghua shuju.

Derk BODDE et Clarence MORRIS, 1973, *Law in Imperial China*, Philadelphia : University of Pennsylvania.

Jérôme BOURGON, 1994, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, thèse de l'EHESS, Paris.

CHEN Shikuang, ère Kangxi (?), *Zheyu zhiyan* (Propos spontanés sur les décisions judiciaires), in *Xuehai leibian*, (préf. de l'auteur, s.d.), *ce* 47.

HUANG Yuansheng, 1992, « Dong Zhongshu *Chunqiu zheyu* anli yanjiu » (Étude sur les précédents dans les *Jugements d'après les Annales* de Dong Zhongshu), dans *Faxue luncong*, 21, 2, 29-63.

HUANG Yuansheng, 1994, « Liang Han *Chunqiu zheyu* anli tanwei » (Examen approfondi des *Jugements d'après les Annales* sous les Han antérieurs et postérieurs), dans *Zhengfa daxue pinglun*, 52, 2, 1-31.

Anthony HULSEWÉ, 1955, *Remnants of Han Law*, Leiden : E.J. Brill.

Anthony HULSEWÉ, 1985, *Remnants of Ch'in Law*, Leiden : E.J. Brill.

Arthur W. HUMMEL, 1943, *Eminent Chinese of the Ch'ing Period*, rééd. 1975, Taipei : Ch'eng-wen.

François JULLIEN, 1993, *Figures de l'immanence. Pour une lecture philosophique du* Yi king, Paris : Éditions Grasset.

Ernst KANTOROWICZ, 1948, « Christus-Fiscus », rééd. trad. dans KANTOROWICZ, 1984, 59-73.

Ernst KANTOROWICZ, 1961, « La souveraineté de l'artiste. Notes sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art à la Renaissance », rééd. trad. dans KANTOROWICZ, 1984, 31-57.

Ernst KANTOROWICZ, 1957, *Les Deux Corps du roi*, rééd. trad. 1989, Paris : N.R.F. Gallimard.

Ernst KANTOROWICZ, 1984, *Mourir pour la patrie*, [trad. et éd. sous la direction de Pierre Legendre], Paris : Puf.

Françoise LAUWAERT, 1991, *Recevoir, conserver, transmettre. L'adoption dans l'histoire de la famille chinoise – aspects religieux, sociaux et juridiques*, Bruxelles : Institut Belge des Hautes Études Chinoises.

James LEGGE, 1985 (rééd.), *The Chinese Classics*, Taipei : Southern Materials Center.

Michael LOEWE, 1987, « Imperial Sovereignty : Dong Zhongshu's Contribution and His Predecessors », dans Stuart R. SCHRAM (éd.), *Foundations and Limits of State Power in China*, Londres-Hong Kong, 33-57.

Katrina MCLEOD, Robin D. S YATES, 1981, « Forms of Ch'in Law : An Annotated Translation of *Feng-chen shih* », *Harvard Journal of Asiatic Studies*, 41. 1, 111-116.

Paul-Louis-Félix PHILASTRE, (trad.), 1992 (rééd.), *Le Yi king*, Paris : Éditions Zulma.

Qing Jingshi wenbian (Collection de documents sur la « mise en ordre du Siècle » sous les Qing) 1992, Pékin : Zhonghua shuju (rééd. fac sim. du *Huangchao jingshi wenbian*, compilé par He Changling et Wei Yuan).

Sarah QUEEN, 1991, *From Chronicle to Canon : The Hermeneutics of the* Spring and Autumn Annals *according to Tung Chung-shu*, 1991 (manuscrit, s.l.).

Tang lü shuyi, 1993, (Code des Tang avec commentaires et annotations), Pékin : rééd. Zhonghua shuju.

WANG Dongliang, 1995, *Les Signes et les Mutations*, Paris : Édition L'Asiathèque.

WANG Mingde, 1674 -1676 (préfaces), *Dulü peixi* (Guide portatif de la lecture du code) Lengran'ge.

XUE Yunsheng, 1970 (rééd.), *Duli cunyi* (Doutes persistants à la lecture des articles complémentaires [du code impérial]) Taipei : Zhongwen yanjiu ziliao zhongxin.

Yishuo (Propos sur le *Livre des Mutations*), dans *Xuehai leibian*, 1.

Yixiang tongyi (Commentaire général des figures du *Livre des mutations*), dans *Hubei congshu*, 3.

Zhouyi jijie zuanshu (Le *Livre des Mutations* avec des commentaires et explications compilés), dans *Hubei congshu*, 2.

Zhouyi yigua (Commentaire des hexagrammes du *Livre des Mutations*), dans *Xuehai leibian*, 2.

Glossaire

bayi 八議

Beitang shuchao 北堂書鈔

bilei 比類

buru zhi yi, can yu zaohua ye 哺乳之義,參於造化也

chen shi qi jun you zhi, zi shi qi fu you zhi, 臣弑其君有之，子弑其父有之

Chen Shikuang 陳士礦

Chunqiu 春秋

Chunqiu zheyu 春秋折獄

congxing 從姓

Dao 悼

Dong Zhongshu 董仲舒

Dong Zhongshu Chunqiu zheyu anli yanjiu 董仲舒春秋折獄案例研究

Du You 杜佑

Duli cunyi 讀例存疑

Dulü peixi 讀律佩觿

Dui 兑

fali 法例

Faxue luncong 法懊論叢

fu 孚

gai 概

ge 各

Gen 艮

Gongyang 公羊

Gongyang Gao 公羊高

Hanshu 漢書

He 賀

He Changling 賀長齡

Hubei congshu 湖北叢書

Huang Yuansheng 黃源盛

Huangchao jingshi wenbian 皇朝經世文編

huitong rongguan 會通融貫

ji_a 及

ji_b 即

jia, yi, bing 甲,乙,丙

jie 皆

junzi 君子

Kan 坎

Kun 坤

Lengran'ge 冷然閣

li 例

Li 離

Liang Han Chunqiu zheyu anli tanwei 兩漢春秋折獄案例探微

Lu 魯

lü 律

lüxue 律懊

lüan 攣

Mai 買

Mengzi 孟子

mingli 名例

neifu 內府

Ouyang Xiu 歐陽修

qia 其

qib 齊

Qian 乾

Qing Jingshi wenbian 清經世文編

ruo 若

shi 弑

Shi jing 詩經

Shu jing 書經

Shuai 率

suo chengyu 所成育

suosheng 所生

Tang lü shuyi 唐律疏義

Tangyin bishi 棠陰比事

Tao 陶

ti 體

tianxia guojia 天下國家

Tongdian 通典

tui er ji 推而及

Wang Mingde 王明德

Wei Yuan 魏源

Wen 文

Xiyuan lu 洗冤錄

Xiao yuan 小宛

xingming 刑名

Xu 訏

Xu Zhi 許止

Xuehai leibian 學海類編

Xue Yunsheng 薛允升

Xun 巽

Yantie lun 鹽鐵論

yang 養

Yang Honglie 楊鴻烈

yia 以

yib 依

Yi jing 易經

yijue 義絕

Yishuo 易說

Yixiang tongyi 易象通義

Yiyu ji 疑獄集

yizhun zonglei 以准總類

yong 用

Yu 于

Yu Shinan 虞世南

yu yi yijue yi 於義已絕矣

yumin 愚民

yuxiao 愚孝

Yunmeng 云夢

zaohua 造化

zei 賊

zhangyu 長育

Zheyu zhiyan 折獄卮言

Zhen 震

zhenfan 真甲

Zhengfa daxue pinglun 政法大學評論

Zhi 止

Zhongfu 中孚

Zhou 周

Zhouyi yigua 周易議卦

zhun 准

Zuo Qiuming 左丘明