

Sous la direction de
Mireille Delmas-Marty
et
Pierre-Étienne Will

LA CHINE
ET LA DÉMOCRATIE

Ouvrage publié
avec le concours du Collège de France
et du Centre national du livre

Fayard

le reste celui de la République populaire de Chine. N'oublions pas qu'après tout la Révolution culturelle avait débuté par la condamnation d'une pièce de théâtre qui mettait en scène Hai Rui, l'un des oppositionnels intrépides les plus fameux de l'époque des Ming...

Mais cela ne clôt pas la question. L'invocation régulière du censorat, du parti Donglin, de toute cette vie politique ardente qui singularise la fin des Ming par les intellectuels chinois qui se sont interrogés (et continuent de le faire) sur l'avenir de la démocratie en Chine, et dont certains furent impliqués dans la préparation de la Déclaration universelle des droits de l'homme (dont il sera question dans un autre chapitre), fait que ces références restent très centrales dans un débat qui continue de se poursuivre, même s'il semble actuellement être passé à l'arrière-plan. Outre leur intérêt historique intrinsèque, qui est considérable et qui invite à poursuivre la recherche, nous avons voulu dans ce qui précède mettre en relief le fait que ces références s'organisent assez bien autour de la notion de « Constitution ». Celle-ci, nous l'avons suffisamment souligné, ne doit pas ici être prise dans son acception technique moderne. Elle n'en répond pas moins, croyons-nous, à une réalité que l'on peut désigner ainsi sans tomber tout à fait dans l'anachronisme¹ ; et il était important de l'évoquer alors même que, comme on le verra dans plusieurs chapitres de ce livre, le problème constitutionnel, à défaut de celui d'une véritable percée démocratique, est très débattu dans certains milieux aujourd'hui même en Chine.

1. Pour une opinion comparable, voir récemment Timothy Brook, *The Chinese State in Ming Society*, New York, Routledge Curzon, 2005, p. 158-159, 190.

CHAPITRE 4

Principe de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise

Jérôme Bourgon

Quelle place réserver au droit dans la question plus vaste des rapports entre « démocratie et tradition chinoise » ? La question a été régulièrement posée, et elle l'est de plus en plus fréquemment à présent que la Chine a un système juridique digne de ce nom. En tout cas, elle semble exiger qu'on la traite de front, en discutant du « droit dans l'histoire chinoise », ou mieux, en tout cas plus à la mode, d'« État de droit et tradition juridique chinoise ». Or, nous avons choisi de restreindre le sujet à deux notions assez techniques, d'allure un peu austère : le principe de légalité et la règle de droit. Pourquoi un tel choix ?

C'est d'une part qu'interroger le passé à partir de questions trop étroitement contemporaines n'est pas de bonne méthode en histoire. S'agissant de l'« État de droit », par exemple, il convient de rappeler que c'est un concept très récent. Le principe consistant à soumettre les organes de l'État à une juridiction particulière, comme le Conseil constitutionnel en France, a commencé à faire son chemin dans l'esprit des meilleurs spécialistes dans les années 1920-1930. Quant à sa mise en pratique, elle n'a vraiment commencé qu'après la Seconde Guerre mondiale. Les citoyens ordinaires y ont été initiés durant ces vingt dernières années. D'ailleurs, le principe inspire autant de vertueuses professions de foi que la pratique fait grincer de dents, par exemple lorsqu'une loi votée par les représentants du peuple vient buter sur un conseil de « sages » non élus qui invoquent de mystérieux « principes constitutionnels ». Est-il pertinent d'évaluer le droit chinois actuel et plus encore le système juridique de la Chine impériale à l'aune d'une catégorie que nous n'avons pas encore complètement assimilée ? Lorsque Jean-Pierre Cabestan fait remarquer que « la Chine n'est qu'un État de lois, et non un État de droit », nous trouvons que ce n'est déjà pas si mal – enfin, que ce ne serait pas si mal si la Chine avait un système juridique classique, tel que celui qui a fonctionné en France durant deux siècles depuis la Révolution¹ ; un

1. Cf. Jean-Pierre Cabestan, « Un État de lois sans État de droit », numéro spécial « Chine » de la revue *Tiers monde*, t. XXXVII, n° 147, juillet-septembre 1996, p. 649-668.

système reposant notamment sur ces deux notions moins à la mode, mais toujours fondamentales : le principe de légalité et la règle de droit.

D'autre part, avant de traiter du rapport entre droit et démocratie dans la tradition chinoise, ne vaudrait-il pas mieux s'assurer qu'on sait assez exactement de quoi l'on parle ? Une opinion bien établie chez les sinologues veut que la pensée chinoise ait été profondément étrangère, voire réfractaire, à la notion même de droit¹. Qui lit attentivement ces auteurs s'aperçoit vite que chacun se fonde, implicitement le plus souvent, sur une certaine *définition du droit* qui présuppose déjà la conclusion : la Chine ne satisfait pas à tel ou tel critère, donc, elle n'a pas de droit. Or, les critères en question sont si étroits et arbitraires qu'ils élimineraient aussi bien le droit romain, le *common law* britannique, ou telle autre tradition juridique prestigieuse. Le nœud de la question, c'est qu'il n'y a pas de définition commune qui convienne aux divers pans de la tradition juridique occidentale. Cette absence de définition du droit est d'ailleurs un pont aux ânes des manuels juridiques, qui s'ouvrent sur les plus éloquents aveux d'impuissance à définir la matière. Du doyen Vedel, confessant à son éditeur qu'il « sèche comme un malheureux potache, et craint bien de rendre copie blanche », à Lucien François, un juriste et conseiller d'État belge qui a publié en 2001 un livre assez provocateur sur ce sujet, la définition du droit, c'est « le cap des Tempêtes », où les doctrines viennent s'abîmer². Il en était déjà ainsi du temps de Flaubert, voyez le *Dictionnaire des idées reçues* : « Droit : on ne sait pas ce que c'est. »

Bien sûr, les juristes protesteront : en fait, ils savent ce qu'est le droit, lorsqu'ils distinguent un fait qui a une signification juridique d'un autre qui n'en a pas – ils ont du droit une connaissance pratique, intuitive, qui est à ce titre difficile à communiquer au profane. Ce pragmatisme de bon aloi, mais forcément casanier, puisqu'il suppose une intimité avec le terrain, exclut *de facto* les droits étrangers. Dès lors, présenter quelques échantillons de la même connaissance pratique et intuitive chez des juristes de la Chine impériale produira l'effet d'une cuisine étrangère sur un palais non préparé : « Et vous appelez ça du droit ? » Les plus pragmatiques à domicile deviennent les plus regardants en matière de définition dès qu'ils sont confrontés au droit des autres. Et voilà comment l'on enrichit le dictionnaire des idées reçues d'une nouvelle définition : « Droit : la Chine n'en a pas. »

Évitons donc prudemment tout débat métaphysique sur la nature du droit, et replions-nous vers un champ plus restreint mais plus sûr. Le principe de légalité et la règle de droit présentent des avantages appréciables. D'une part,

ces deux notions sont au cœur de notre conception du droit : pour le citoyen ordinaire de n'importe quel pays occidental – excepté le Royaume-Uni, qui est insulaire aussi de ce point de vue – le droit, c'est avant tout les lois, la législation ; et par voie de conséquence, les règles que le juge est supposé suivre pour les appliquer. D'autre part, ces deux notions sont bien circonscrites, et relativement faciles à définir. Le principe de légalité l'est d'autant plus qu'il est lui-même une définition du champ d'application des lois pénales. La règle de droit pose des problèmes plus compliqués, mais nous la réduisons à sa forme la plus simple. L'objectif est en effet de réfléchir à la question « droit, tradition chinoise et démocratie » en partant des termes les mieux circonscrits et les moins ésotériques possibles.

Le principe de légalité des délits et des peines est-il une invention chinoise ?

Nous formulons la question de manière un peu provocante afin de mieux souligner les ressemblances entre une conception du droit qui nous est devenue très familière durant les deux derniers siècles et celle qui eut cours dans l'Empire chinois au moins depuis les Tang, c'est-à-dire durant treize ou quatorze siècles. Le principe qui fonde la conception du droit moderne pourrait bien être une des inventions majeures de la civilisation chinoise en matière institutionnelle. A-t-il été plus tard réinventé par les Européens à partir de leur propre tradition juridique, ou l'exemple chinois a-t-il exercé une influence sur certains réformateurs des Lumières ? En attendant les recherches documentaires qui seules pourraient répondre à cette question, on se contentera de comparer le principe de légalité dans les deux traditions, chinoise et occidentale.

Qu'est-ce que le principe de légalité ? Formulé par Beccaria (« ... les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit¹ ») et repris par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (« ... nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée »), ce principe a été résumé par Anselm von Feuerbach (jurisconsulte autrichien et père de Ludwig, le célèbre philosophe hégélien) en une formule devenue classique : « *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. » Aucun crime n'est punissable s'il n'a pas été préalablement défini et si la peine qu'il entraîne n'a pas été prévue expressément par une loi écrite. Bien qu'exprimée en latin, la formule date de 1799 et représentait une innovation considérable, une véritable révolution dans la conception du droit. Jusque-là en effet, ni l'Europe féodale ou classique, ni l'Empire romain n'avaient connu de système juridique codifié, pas plus que cette conception bien particulière de la justice qui veut qu'un juge ne soit que « la bouche qui prononce la sentence prévue par la loi », pour reprendre la formule de Montesquieu². La règle dans la France d'Ancien Régime, par exemple,

1. Voir notamment Marcel Granet, *La pensée chinoise*, Paris, Albin Michel, 1999 (1934), p. 479 sq. ; Léon Vandermeersch, « An enquiry into the Chinese conception of the law », in Stuart Schram (éd.), *The Scope of State Power in China*, Londres, School of Oriental and African Studies/Hong Kong, The Chinese University Press, 1985, p. 3-25 ; François Jullien, *Fonder la morale*, Paris, Grasset, 1995, p. 77-78, 106.

2. Lucien François, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruylant/Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001 ; voir tout particulièrement « Prolégomènes : le problème de la définition du droit », p. 1-25.

1. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, § III.

2. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6, *Œuvres complètes*, Paris, NRF-Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, vol. 2, p. 404.

c'était que « toute peine est arbitraire dans le royaume », c'est-à-dire que le juge était libre de choisir dans un vaste échantillon de peines, voire de les inventer sur-le-champ – nous renvoyons ici aux exemples spectaculaires cités par Foucault¹. Certes, on peut déceler, parallèlement à la construction des absolutismes européens, une tendance à encadrer le juge par des règles de procédure. Les Constitutions carolines de Charles Quint, les ordonnances criminelles de Louis XIV ébauchaient les linéaments d'un système de peines. Il n'exista pourtant jamais dans l'Ancien régime une échelle graduée et uniforme des peines légales permettant de les moduler assez exactement en fonction de la gravité du crime, et contraignant le juge à prononcer telle peine pour tel crime, sous l'étroit contrôle de l'autorité hiérarchique. C'est là une spécificité des systèmes juridiques modernes ; et c'est aussi une spécificité de la Chine impériale.

Quel rapport y a-t-il entre le principe de légalité et la démocratie ? À première vue, les lois et, plus encore, le système de contraintes physiques qui assure leur mise en vigueur sont à l'opposé de la liberté et des droits. Cette opposition est sensible dans le langage courant : on jouit des droits et de la liberté, on subit les lois et les peines. Pourtant, que la liberté soit fondée sur la contrainte légale est un des principes premiers du libéralisme. Laissons parler un auteur fort influent aujourd'hui, John Rawls, dont l'ouvrage *Théorie de la justice* contient un sous-chapitre sur la règle de droit (*rule of law*). Selon Rawls, la liberté et la justice dépendent des conditions suivantes (notre traduction) :

Le précepte selon lequel il n'y a pas de crime sans loi (*Nullum crimen* etc.), et les exigences qu'il implique, découlent de la notion de système juridique. Ce précepte demande que les lois soient connues et expressément promulguées, que leur sens soit clairement défini, [...] que les crimes les plus graves, tout au moins, soient strictement qualifiés, et que les lois pénales ne soient pas rétroactives lorsque leur application serait désavantageuse [pour l'accusé]. Ces exigences sont implicites à la notion de régulation des comportements par des règles publiques. Car si, par exemple, les lois ne sont pas claires dans ce qu'elles prescrivent ou interdisent, le citoyen ne saura pas comment il doit se comporter. [...]

À présent, le lien entre la règle de droit (*rule of law*) et la liberté est assez clair. La liberté, comme je l'ai dit, est un complexe de droit et de devoirs définis par des institutions. [...] Mais si le principe « pas de crime sans loi » est violé, par exemple parce que les lois sont vagues et imprécises, ce que

nous avons la liberté de faire est également vague et imprécis. Les frontières de notre liberté sont incertaines¹.

Autrement dit, pour l'un des principaux théoriciens des systèmes démocratiques contemporains, la condition première de la démocratie, c'est la régularité et l'impartialité dans l'administration de la justice. Un principe de droit pénal – la légalité des délits et des peines – constitue le fondement de ce qu'il est convenu d'appeler la liberté civile, les droits civils.

Voyons à présent quels échos ce passage de Rawls éveille dans la tradition juridique chinoise. C'est assez simple : toute la première partie, celle qui porte sur la publicité des lois et leur claire connaissance par le justiciable, est conforme à l'esprit des institutions chinoises. La seconde partie, celle qui porte sur la liberté et ses frontières incertaines, n'éveille par contre aucun écho, les notions de « liberté » ou de « droits » n'ayant pas d'équivalent dans la tradition chinoise. Autrement dit, on a le même principe juridique fondamental, mais ce qui diffère, c'est le discours idéologique : rhétorique de la liberté d'un côté, des liens de subordination de l'autre. L'opinion courante prend volontiers la proclamation de la liberté et des droits pour le fondement de la démocratie, et les lois pénales pour leur antagoniste. C'est oublier que le lyrisme de la liberté et des droits a débouché sur la terreur, c'est-à-dire l'insécurité judiciaire totale, et a également entretenu des rapports troubles avec ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler le « totalitarisme ». En Chine, par contraste, l'inexistence des notions de liberté et de droits n'a pas empêché l'exercice de la justice d'être sûr, prévisible, et globalement modéré.

Voyons cela de plus près, en récapitulant les principales formules de Rawls. Voici tout d'abord la plus fondamentale :

Si les lois ne sont pas claires dans ce qu'elles prescrivent ou interdisent, le citoyen ne saura pas comment il doit se comporter.

C'est le précepte chinois le plus classique, tel qu'on en trouve les prémisses déjà chez Confucius : « Si les peines ne sont pas précisément adaptées aux crimes, le peuple ne sait comment se comporter² ». Ce précepte en a nourri de nombreux autres, dont le plus répandu est certainement *Mingxing bijiao*, qu'on retrouve dans maintes préfaces à des traités administratifs, et qui a aussi servi de titre à divers manuels de droit.³ Traduit littéralement, cela signifie : « Les châtiments éclairés sous-tendent l'éducation. » Le caractère *bi* 比 représente deux arcs qu'on met en forme : pour que l'éducation « tienne

1. John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 235.

2. *Entretiens*, 13.3.6 : « ne sont pas adaptées » est une traduction approximative du chinois *bu zhong* : « ne touchent pas la cible ».

3. Voir par exemple les notices consacrées au *Mingxing bijiao lu*, compilé en 1880 par Wang Zuyuan, au *Bijiao lu* de Wang Maozhong (1900), au *Mingxing tushuo* de Tieshan (s.d.), in Pierre-Étienne Will (éd.), *Official Handbooks and Anthologies of Imperial China : A Descriptive and Critical Bibliography*, à paraître.

1. Cf. Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, rééd. Tel, Paris, Gallimard, 2000 ; voir notamment le premier chapitre, « Le corps des condamnés » ; d'autres exemples de la créativité des juges de l'Europe prémoderne en matière de punitions sont présentés dans Pieter Spierenburg, *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression : from a Preindustrial Metropolis to the Euro-experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, p. 72 sq.

en forme » le comportement, il faut des « châtiments clairs, évidents » ; c'est exactement ce que dit Rawls dans son langage : « Il faut réguler les comportements par des règles publiques claires et précises. » Soulignons d'ailleurs que la notion de « qualité de la loi » développée à partir de 1979 par la Cour européenne des droits de l'homme implique trois conditions d'accessibilité, de précision et de prévisibilité, communes désormais aux pays de *common law* et à ceux de tradition romano-germanique¹.

Cet impératif de « clarté » des châtiments a eu toutes sortes de réalisations pratiques. Ce sont aussi bien les règlements très minutieux stipulant comment les peines corporelles doivent être infligées, que les règles de procédure : instances d'appel et de révision, collégialité des juridictions, « assises d'automne » dispensant les grâces impériales, tout cela était censé assurer la publicité des peines et des grâces. C'est aussi et surtout le souci que *chacun*, de l'agent de l'État au dernier justiciable, *connaisse la loi*. En Chine, le droit est public et publié, c'est-à-dire que, outre les éditions officielles du Code envoyées aux services publics, les éditions privées foisonnent, à la disposition de tout « lisant-écrivain » : notables lettrés au premier chef, mais aussi marchands, maîtres artisans, le public relativement étendu des petites gens qui déchiffrent. Le Code est certes un gros ouvrage plein de formules archaïsantes, mais il existait toute une littérature de vulgarisation : abrégés, traductions en langue vernaculaire, réductions en comptines et bouts rimés². Signalons enfin une spécialité chinoise : la conversion des textes légaux et réglementaires en tableaux. Les propriétés de l'écriture idéographique aidant, on pouvait ainsi résumer tout le code en diagrammes réunis en de petits fascicules, voire en un vaste tableau mural, ce qui permettait de replacer la sanction d'un acte particulier dans le système punitif d'ensemble³. À cette intense activité éditoriale s'ajoutent les lectures publiques et commentées des lois, d'ailleurs prescrites par un article du code⁴. En somme, les sujets de l'empire des Ming et du premier siècle des Qing étaient probablement les mieux informés du monde sur le fonctionnement de leur système juridique et judiciaire. La lecture des romans chinois, dont s'est habilement inspiré Van Gulik pour ses enquêtes du juge Ti, témoigne de cette familiarité poussée avec les finesses de la procédure, les ruses criminelles, les tarifs de rachat des peines, etc. On a l'impression d'une omniprésence de la loi, ce qui n'est pas forcément synonyme de droit ni de justice, bien entendu. Cette pénétration du

droit dans la société découle logiquement du principe de légalité : nul n'est censé ignorer la loi, afin que chacun sache ce qui l'attend s'il commet un crime et ne soit pas pris en traître. Par l'éducation et la dissuasion, la loi *prévient* le crime. Les instruments de peine (les bambous, les fers, etc.) sont suspendus à l'entrée des *yamen* afin d'impressionner ; les peines sont exécutées en public afin de dissuader les criminels en puissance¹.

Certes, dira-t-on, le projet d'« éclairer les châtiments » a abouti au-delà de toute espérance, puisque les « supplices chinois » sont devenus mondialement célèbres ! Nous pensons en effet que le cliché du « supplice chinois » repose sur un contresens de ce genre : la surexposition des peines a été prise pour un signe de cruauté raffinée, de sadisme institutionnel. Il y a évidemment bien autre chose dans Rawls que la simple dissuasion par la terreur, le projet de suspendre au-dessus de toutes les têtes une épée de Damoclès légale. Selon Rawls, pour que les lois soient connues et prévisibles, il faut qu'elles prennent place dans un « système juridique » au sein duquel elles trouvent leur sens les unes par rapport aux autres. La vocation des lois est de faire système en établissant des relations constantes, nécessaires, et cette systématité est censée permettre une économie de moyens pénaux. La « clarté des peines » vise à créer plus d'ordre au prix de moins de souffrances, c'est donc l'inverse d'un sadisme légal. C'est bien ainsi que les Chinois l'ont compris également, et plus tôt que les utilitaristes européens. C'est entre la fin du III^e et le début du VII^e siècle qu'ils ont mis en place le premier système juridique au sens moderne du terme. C'est ce que Max Weber a schématisé dans son « type idéal » du droit systématisé, dont nous ne retiendrons qu'un seul aspect : « Le droit objectif en vigueur constitue un système sans faille de prescriptions juridiques ou le contient de façon latente ou du moins doit être traité comme tel pour pouvoir être appliqué². »

Depuis la dynastie des Song, c'est bien le but d'édifier un système sans faille que les juristes chinois ont poursuivi, notamment à travers l'image du « filet légal » (*fawang*) : fallait-il prévoir des mailles plus ou moins serrées ? Trop serrées, le filet attrape tout et devient impossible à manier, trop lâches il laisse passer même les « gros poissons ». Le véritable expert devait jouer de la disposition et de la relative flexibilité des mailles en manipulant la « corde maîtresse » du filet (*ti wang dagang*). Les Chinois ont conçu le droit comme un système unifié et cohérent de normes depuis le XI^e siècle au moins³.

Ce système repose sur des codes, dont le principal rassemble les *lǚ*. Le terme *lǚ* désignait à l'origine les tuyaux sonores constituant la gamme, à partir d'une note fondamentale. On retrouve ici l'idée d'un système ordonné,

1. Cf. Mireille Delmas-Marty, ci-dessous p. 556.

2. Tous aspects de la littérature administrative et juridique chinoises décrits dans Will, *ibid.*

3. Cf. Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableaux », *Études chinoises*, vol. XXII (2003), p. 93-157.

4. Cf. le *lǚ* 61 : « Enseignement et lecture des lois et des ordonnances » (*Jiangdu lǚling*). Ici et dorénavant, les *lǚ* sont numérotés d'après le *Duli cunyi* (Doutes persistants à la lecture des articles [du code pénal]) de Xue Yunsheng, édition Huang Jingjia, Taipei, 1970 ; p. 207 pour l'article cité. Nous ajoutons généralement la référence de l'excellente traduction du Code chinois dans sa version vietnamienne de 1812, par Paul-Louis-Ferdinand Philastre, *Le Code annamite*, Paris, Leroux, 1909 ; tome 1, p. 321 pour l'article cité.

1. Sur la publicité des peines en Chine, voir Jérôme Bourgon, « Chinese executions : visualizing their differences with European supplices », *European Journal of East Asian Studies*, 2. 1 (2003), p. 151-182.

2. Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 43.

3. Le Code des Song (*Xingfa tongdian*, abrégé en *Xingtong*) a fait l'objet d'une série de commentaires rimés qui cherchent à dégager la systématité de la législation : voir les notices *Xingtong fu*, *Xingtong fujie*, *Xingtong fushu*, dans Will, *Official Handbooks*, op. cit.

de lois qui forment « un système de relation et de proportions nécessaires et constantes », pour paraphraser Montesquieu¹. Le système de base, la « note fondamentale » ou la principale corde maîtresse du filet, c'était l'échelle pénale dite des Cinq Châtiments, à savoir : 1. les coups de rotin, 2. la bastonnade avec une latte plus épaisse, 3. la servitude pénale à temps, 4. la relégation ou exil à vie, et 5. les peines de mort. Chacun de ces châtements est divisé en degrés, au total vingt à trente, selon les époques, si bien qu'on peut aggraver ou alléger la peine en montant ou en descendant ces degrés.

Ce froid calcul des peines corporelles peut paraître incompatible avec l'idée que nous nous faisons aujourd'hui du droit – mais là encore, si le droit est incompatible avec la torture et les supplices, il n'y a plus de droit romain, les divers droits d'Ancien Régime disparaissent, il ne reste plus que les législations modernes, et la définition du droit devient encore plus mystérieuse. Si l'on admet, avec Hegel, que la rationalité d'un système juridique réside non dans la nature des peines, mais dans leur gradation, dans l'échelle pénale et les modulations qu'elle permet, force est alors de reconnaître qu'il est ni plus ni moins rationnel d'additionner les jours de prison que les coups de bâton². L'adoucissement des peines a davantage à voir avec la civilisation des mœurs qu'avec la rationalité du droit proprement dite – les peines chinoises se comparant du reste honorablement avec celles pratiquées en Europe jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Il faut d'autre part rappeler que l'échelle pénale n'était dans la Chine impériale que la « corde principale » du filet des lois : d'autres systèmes de correspondances venaient se combiner avec elle. Ce sont notamment les modes de conversion des peines corporelles en amendes pécuniaires, comme les tables de rachat des peines ; ou, réciproquement, les tables qui fixent les peines à partir du montant des dommages causés, des objets dérobés, des sommes détournées (*liu zang*, ou « six biens mal acquis »). Ou, dernier exemple, les tableaux de deuil, qui permettent de calculer le degré de parenté pour déterminer la gravité des crimes familiaux. Nous avons donc un ensemble de grilles, de tableaux, et d'échelles permettant d'évaluer la peine avec une précision arithmétique³. Encore faut-il appliquer ces règles arithmétiques aux crimes, selon un système d'évaluation qui n'est plus quantitatif, mais qualitatif.

Le fondement du droit, dans la Chine impériale comme dans les systèmes modernes, c'est l'art de la qualification, de l'appellation correcte, l'art d'appeler les choses et les actes par leur nom. Rappelons ici les termes de Rawls : il faut « que le sens des lois soit clairement défini, [...] que les crimes les plus graves, tout au moins, soient strictement qualifiés ». Ces exigences étaient satisfaites dans le droit impérial chinois. Tout crime devait être expressément

prévu par la loi, le juge étant tenu d'observer le texte de cette dernière à la lettre. Pour autant, la qualification n'était pas un simple étiquetage, elle procédait de principes et se déclinait en classifications ordonnées les unes par rapport aux autres. Les juristes chinois se plaisaient à illustrer l'« esprit », ou l'« intention » des lois (*lü yi*), en montrant comment la gravité d'un acte s'appréciait non pas isolément, mais relativement à l'ensemble des crimes qualifiés dans le Code. De même, la sentence ne se bornait pas à une citation littérale, la peine devait être pondérée en fonction d'éléments d'appréciation de la culpabilité qui étaient partie prenante des classifications pénales. Ainsi, les diverses formes d'homicides furent très tôt classées selon le degré d'intentionnalité de l'acte criminel, depuis l'homicide au cours d'une rixe (nos « coups ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner »), au cours d'un jeu (arts martiaux), ou par erreur, jusqu'au meurtre, c'est-à-dire l'homicide intentionnel, et à l'assassinat, c'est-à-dire le meurtre avec préméditation¹. Cela par ordre de gravité croissante, correspondant à un degré de peine supplémentaire. Sans oublier l'excuse de la légitime défense, formulée dans des termes fort proches de la conception pénale française². Dans le même ordre d'idées, Montesquieu donnait en exemple, dans *L'esprit des lois*, la distinction entre le « vol furtif » (*qiedao*), comme disent les Chinois (et les Romains : *furtum*), et le « vol par force » (*qiangdao*), ou à main armée, le second étant puni plus gravement³.

En somme, le système d'évaluation arithmétique des peines s'appuie sur une taxinomie des actes humains établie selon des critères de responsabilité individuelle ou de dangerosité sociale, en bref, des critères rationnels, qui nous paraissent banals parce qu'ils sont devenus les nôtres, bien des siècles après avoir été expérimentés en Chine.

Certes, cette « stricte qualification » des crimes avait ses limites. Par exemple, Bodde et Morris, dans un ouvrage qui est encore le bréviaire du droit chinois pour les étudiants anglophones, ont fait grand cas de ce qu'ils appellent des « lois attrape-tout » (*catch-all statutes*)⁴. En fait, les deux articles concernés n'« attrapent » tout au plus que du menu fretin. La première de ces lois punit de quarante coups de rotin le fait d'« enfreindre un ordre (ou une ordonnance) »⁵ ; la seconde, de quarante coups de rotin, ou quatre-

1. Voir dans la section « Homicides » (*renming*) le *lü* 282 : « Assassinat » (*mousha ren*) ; le *lü* 290 : « Homicide au cours d'une rixe et homicide volontaire » (*dou'ou ji gusha ren*) ; le *lü* 292 : « Homicide au cours d'un jeu, par erreur, homicide ou blessure par négligence » (*xisha wusha guoshi shashang ren*). Cf. *Duli cunyi*, p. 775, 837-38, 849-50 ; *Code annamite*, tome 2, p. 164 sq., 209 sq., 222 sq.

2. *Lü* 277 : « S'introduire chez autrui de nuit et sans motif » (*ye wugu ru jia*), *Duli cunyi*, p. 749 ; *Code annamite*, tome 2, p. 138.

3. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, VI.16 : « De la juste proportion entre les peines et les crimes ».

4. Derk Bodde et Clarence Morris, *Law in Imperial China Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Pennsylvania Paperback Edition, 1973 [1^{re} éd., Harvard University Press, 1967], p. 178-179.

5. *Lü* 385 : « Enfreindre un ordre » (*weiling*) ; *Duli cunyi*, p. 1115 ; *Code annamite*, tome 2, p. 571.

1. Cette définition est donnée par Montesquieu dans son introduction à *De l'esprit des lois*.

2. Friedrich Hegel, *Philosophie du droit*, § 101, particulièrement la « Remarque » incluse dans ce paragraphe.

3. Cet ensemble de tableaux d'équivalence était placé au début du Code, juste après le sommaire des lois, à l'entrée de la partie générale introductive, intitulée « Définitions et règles » (*Mingli*).

vingts coups de latte pour les cas graves, le délit de « conduite indue » (litt. « faire ce qui ne doit pas être fait »¹). Ces dispositions floues dérogent en effet au principe de légalité, mais uniquement pour des délits véniels et les peines prononcées sont légères, contraventionnelles. Les systèmes punitifs modernes comportent également ce genre d'incriminations vagues : « troubles de l'ordre public », « vagabondage », « contravention à un règlement de police ». Contrairement à ce que laisse supposer le terme de « lois attrape-tout », de telles mesures manifestent plutôt un souci d'encadrer la police locale lorsqu'elle doit faire face à des désordres mineurs qui ne sont pas nettement définis dans le Code. Une telle dérogation peut certes entraîner des abus, qui ont été d'ailleurs dénoncés en Chine comme en Occident². Cela ne suffit pas à rendre caduc le principe de légalité, tel du moins qu'il est compris par Rawls : celui-ci n'exige la « stricte définition » que pour les crimes « les plus graves ».

Venons-en d'ailleurs à la dernière exigence de Rawls : il faut que « les lois pénales ne soient pas rétroactives lorsque leur application serait désavantageuse [pour l'accusé] ». La non-rétroactivité des lois est un corollaire logique de leur publicité et du précepte « nul n'est censé ignorer la loi ». On ne peut pas vous appliquer une loi qui n'existait pas au moment des faits. Plus exactement, on ne le peut pas si c'est à votre détriment. Si vous avez commis un crime au regard de la loi, mais qu'entre les faits et le jugement la loi qualifiant ce crime a été remplacée par une loi plus clémentaire, alors cette nouvelle loi s'applique rétroactivement en votre faveur. On conviendra que ceci distingue les « bons » régimes juridiques, ceux qui font preuve d'une certaine bienveillance, des « mauvais », ceux qui condamnent les gens selon des critères concoctés après coup, arbitrairement, voire « sur mesure ».

Où placer de ce point de vue le système juridique de la Chine impériale ? Il y a ici une petite subtilité qui a parfois entraîné des contresens. Un article du Code des Qing dispose en effet : « À partir du jour où les lois auront été promulguées, les fautes commises avant cette promulgation seront également jugées selon les nouvelles lois³. » Si l'on prend cet article à la lettre, les lois du Code des Qing étaient donc rétroactives. C'est le terme de « loi » qui est ici trompeur : l'article concerne les *lǚ*, sortes de « lois-cadres » conservant les définitions, les qualifications et classifications pénales les plus permanentes, bref, l'ossature rigide du système pénal, à laquelle on ne touchait pas sous une dynastie donnée. En pratique, la rétroactivité des *lǚ* n'aurait pu avoir

1. *Lǚ* 386 : « Faire ce qui ne doit pas être fait » (*bu ying wei*) ; *Duli cunyi*, loc. cit. ; *Code annamite*, loc. cit., p. 272.

2. Voir sur ce point le commentaire de Philastre, p. 272, qui s'achève ainsi : « Il ne faut pas croire que ces articles soient admis sans discussion et sans contestation par les légistes chinois, et, sous la dynastie des Minh [Ming] déjà, des voix autorisées s'élevaient vigoureusement contre le maintien de ces articles qualifiés de dangereux et accusés de faciliter aux employés et aux fonctionnaires le moyen de « vendre la justice ». »

3. *Lǚ* 43 : « Prononcer un jugement sur la base d'une loi récemment promulguée » (*duanzui yi xinban li*) ; *Duli cunyi*, p. 137 ; *Code annamite*, tome 1, p. 275.

quelque effet qu'au moment où une nouvelle dynastie promulguait son Code, une fois pour toute la durée de son « mandat céleste ». Comme cela survenait généralement à l'issue d'une période de guerre civile, les nouvelles lois représentaient presque toujours un adoucissement par rapport à la situation antérieure. En fait, les *lǚ* ne donnaient qu'une espèce de cadre général au sein duquel on insérait la matière vivante de la législation sous forme d'articles additionnels (*li*) annexés à tel ou tel *lǚ*. Une loi-cadre portant sur une matière importante pouvait être suivie de plusieurs dizaines d'articles additionnels, qui en modifiaient complètement les modalités d'application. La règle était que la loi nouvelle l'emportait toujours sur la loi la plus ancienne : en cas de contradiction entre une loi fondamentale et un article additionnel, c'était ce dernier qui s'appliquait.

La rétroactivité des *lǚ* n'avait donc aucune conséquence pratique, puisqu'ils n'ont guère varié entre 1397, date de la promulgation du Code des Ming, et la fin des Qing. Ce qui aurait importé en pratique, c'est la rétroactivité des *li*, des articles additionnels, qui contenaient le droit réellement en vigueur. Continuons à lire le même texte de loi : « Si une faute a été commise avant qu'un article additionnel (*li*) ait été promulgué, on la jugera selon la loi ou les articles additionnels déjà promulgués ; [...] si le nouvel article additionnel est moins sévère, on suivra ce nouvel article¹. » Autrement dit, la règle pour appliquer les articles additionnels était exactement la même que dans le droit français actuel : non-rétroactivité, sauf si elle profite à l'accusé. On peut donc considérer que les juristes de la Chine impériale connaissaient et respectaient le principe de légalité qui est un des fondements du droit pénal moderne. Rien n'interdit dès lors de supposer qu'ils l'ont transmis aux fondateurs des systèmes juridiques du XVIII^e siècle.

On trouve dans Foucault ces lignes de Lacretelle, écrites en 1784 :

Il faut composer une table de tous les genres de crimes que l'on remarque dans différents pays. D'après le dénombrement des crimes, il faudra faire une division en espèces. [...] Cette division doit être telle que chaque espèce soit bien distincte d'une autre, et que chaque crime particulier, considéré dans tous ses rapports, soit placé entre celui qui doit le précéder et celui qui doit le suivre, et dans la plus juste gradation ; il faut que cette table soit telle enfin qu'elle puisse se rapprocher d'une autre table qui sera faite pour les peines et de manière qu'elles puissent répondre exactement l'une à l'autre².

Quand on lit ces lignes, on voit défiler les tableaux du Code chinois, leurs lignes d'équivalences entre les *ming* (les noms des crimes) et les *xing* (les

1. *Duli cunyi*, p. 137 ; *Code annamite*, tome 1, p. 275. On lira avec profit le commentaire de Philastre, qui commence par ces mots : « On voit combien le reproche adressé au Code annamite d'admettre la rétroactivité des peines est peu fondé. »

2. Pierre Louis de Lacretelle, *Réflexions sur la législation pénale*, 1784, p. 351, cité dans Michel Foucault, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 118.

peines divisées en degrés), le chiffre total des infractions punissables limité à « trois mille et quelque », etc. Foucault voit en cette « double taxinomie des châtiments et des crimes » une imitation des classements établis par le naturaliste Linné, sans autre argument que la simple vraisemblance. N'est-il pas aussi vraisemblable d'imaginer une influence des codes chinois, ou de divers traités qui les vulgarisaient, à une époque où les institutions chinoises faisaient l'objet d'une attention soutenue de la part des réformateurs des Lumières ?

La règle de droit : comment l'appliquer, comment s'en libérer

La règle de droit est moins simple à définir que le principe de légalité, car elle renvoie à l'impossible définition du droit évoquée dans l'introduction. Les auteurs s'opposent sur le point de savoir si le droit peut se définir comme un corps de règles, si ces règles ou normes sont d'une nature spécifique qui les distinguerait des règles de la morale ou de la bienséance, par exemple ; ou si, et dans quelle mesure, elles émanent de la vie sociale, des mœurs et des coutumes, etc. Bref, on a vite fait de se perdre en subtilités doctrinales. Nous avons choisi la définition la plus simple et courante que nous ayons pu trouver ; c'est aussi la plus cohérente avec ce qui vient d'être dit puisqu'elle est tirée du célèbre ouvrage de Beccaria, qui fut l'un des premiers avocats du principe de légalité :

En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquiescement ou la condamnation. Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude¹.

La règle de droit est un syllogisme : définition limpide, lapidaire, bien dans l'esprit des Lumières. Bien peu de juristes s'en contentent encore aujourd'hui, en raison du développement de notions plus complexes, plus floues². Mais c'est bien cette conception très géométrique qu'avaient en tête ceux qui ont établi la thèse de l'inexistence du droit chinois, notamment Marcel Granet, lorsqu'il affirmait que la pensée chinoise est imperméable à la notion de loi faute de pouvoir énoncer une règle dogmatique³, ou Jean Escarra, l'auteur de la première description générale du droit chinois, en 1936 : il y développe l'idée que les Chinois sont incapables de formuler un syllogisme parfait, condamnés qu'ils sont à une espèce de bégaiement conceptuel, le

raisonnement par récurrence, ou sorite¹. De telles spéculations s'expliquent par le fait que ces auteurs raisonnaient sur la base de textes philosophiques, ou supposés tels, et qu'ils méconnaissaient à peu près complètement la pratique judiciaire chinoise. Non seulement la règle syllogistique était concevable par les Chinois, mais elle formait l'ordinaire de la pratique judiciaire, prescrite qu'elle était par les lois, et dans des termes d'ailleurs assez proches de ceux de Beccaria. Il faudrait citer ici plusieurs lois situées dans diverses parties du code, mais l'on se contentera du *lǚ* « De la citation des lois dans les jugements », et d'un des articles additionnels (*lǐ*) qui lui sont annexés². Le *lǚ*, la loi-cadre, donc, stipule la règle générale suivante : « Toute décision d'une cour judiciaire doit citer complètement une loi (*lǚ*) ou un article additionnel (*lǐ*), sous peine de trente coups de rotin. Si le *lǚ* regroupe plusieurs faits dans le même article, la cour peut limiter l'extrait cité aux faits relatifs à l'infraction à juger ». L'article additionnel précise les conditions d'application de cette règle :

Tout magistrat saisi d'une affaire et chargé de prononcer un jugement doit s'en tenir à une seule loi (*lǚ*) ou un seul article additionnel (*lǐ*) ; s'il commence par citer un article additionnel, pour dire ensuite qu'il ne se fonde pas sur cet article pour juger le crime, mais sur un autre plus sévère, et s'il incrimine en faisant mention de « circonstances aggravantes », il [le magistrat] sera passible de la peine prévue pour « incriminer à tort volontairement »³.

Voilà donc deux exemples des nombreuses règles édictées pour que le jugement soit conforme aux faits et à la loi. Loin d'être une acrobatie intellectuelle inaccessible aux cerveaux chinois, le syllogisme légal constituait la routine des tribunaux et des diverses instances qui les contrôlaient. Il n'est que de lire les milliers de cas compilés dans les gros recueils de jurisprudence pour s'apercevoir que les échanges entre le magistrat local et les autorités provinciales et centrales étaient principalement une affaire de syllogismes agréés ou refusés⁴. Et l'on aura noté que le juge chinois n'avait droit qu'à un seul syllogisme, comme le préconisait Beccaria : il lui était interdit d'en faire deux, de citer deux textes de loi.

1. Jean Escarra, *Le droit chinois*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1936, notamment p. 67-68. Le sorite est un enchaînement de syllogismes où la conclusion du premier devient la majeure du suivant : c'est plutôt un syllogisme perfectionné qu'un syllogisme imparfait.

2. *Lǚ* 415 (*duanzui yin lǐling*) ; l'italique dans la traduction représente les petits caractères ajoutés au texte principal pour en préciser le sens.

3. *Li* 415-2, *Duli cunyi*, p. 1277 ; *Code annamite*, tome 2, p. 711.

4. Voir par exemple le *Xing'an huilan* (Grande collection de cas pénaux), le recueil de jurisprudence le plus répandu dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Cent quatre-vingt-dix cas ont été traduits et commentés par Derk Bodde et Clarence Morris, *op. cit.* Dans la troisième partie de cet ouvrage, le juriste Clarence Morris analyse d'ailleurs divers cas où la règle de droit s'applique en vertu d'un raisonnement syllogistique.

1. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, Introduction.

2. Voir les arguments développés par Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004 (1^{re} éd., 1986), dans la lignée de l'ouvrage pionnier du doyen Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, rééd. 2001 (1^{re} éd., 1969).

3. Marcel Granet, *La pensée chinoise*, *op. cit.*, p. 479.

Justement parce qu'ils étaient la routine des tribunaux, de tels syllogismes n'étaient pas considérés comme le fin du fin de la compétence juridique. Selon l'un des meilleurs experts juridiques des Qing, Wang Huizu (1731-1807), pour étiqueter le nom d'un crime sur des faits il n'est besoin que d'un commis aux écritures, alors qu'être un véritable expert juridique, c'est savoir quand il faut *ne pas citer* une loi (litt. « l'éviter », *bi lü*) – c'est-à-dire ne pas appliquer mécaniquement la peine prescrite lorsque celle-ci équivaudrait à une injustice¹. En effet, le savoir des experts visait à desserrer l'étreinte du syllogisme légal : ainsi, dans un cas évoqué un peu plus loin par Wang, une affaire de succession assez compliquée, l'application stricte du code aurait été désastreuse pour la famille². Quand le summum du droit risquait d'être le summum de l'injustice, le juriste chinois comme son homologue européen devait être capable de recourir à l'équité. Seulement, il lui fallait justifier cette entorse à la loi écrite, au principe de légalité défini plus haut, en se référant à une autorité supérieure : il citait alors un Classique confucéen pour montrer que le sens littéral de la loi n'était pas adapté en l'espèce, qu'il fallait citer une autre loi, ou simplement ne rien faire. On pourrait en conclure assez cyniquement que la quintessence du savoir juridique consistait à tourner la loi, et donc à s'affranchir de la règle de droit. Mais un juriste comme Wang Huizu aurait répondu que c'était là soumettre la lettre de la loi à un principe d'essence supérieure.

Cela nous amène au problème de l'analogie. Comme la rétroactivité, l'analogie a une réputation sinistre, attachée qu'elle est aux législations totalitaires. Comme la rétroactivité, elle est pourtant tolérée dans notre droit pénal, dans des limites très strictes – des limites assez comparables à celles disposées dans le droit chinois. En Chine, l'analogie était régie par la loi : « Prononcer un jugement en l'absence d'un article qui s'applique exactement³. » En ce cas, la loi ordonne de citer l'article « le plus proche », en soumettant la sentence à l'empereur, qui doit l'avaliser par un rescrit. Bien d'autres articles encadrent cette pratique, notamment ceux qui édictaient les règles très strictes que le juge devait suivre lorsqu'il aggravait une peine⁴. Il ressort de ces divers articles que, si l'analogie légale était permise, l'analogie juridique était proscrite. L'analogie légale impose au juge de se référer à un article précis, et un seul, pour proposer une peine inspirée de celle prévue par cet article en signalant qu'il ne s'applique pas parfaitement au cas. Au contraire, l'analogie juridique permet au juge de prononcer une peine arbitraire, en prétendant s'inspirer de l'esprit général de la législation, et autres vagues entités. Dans notre droit, l'analogie juridique est proscrite, comme

elle l'était dans la Chine impériale. L'analogie légale n'est tolérée que si elle est à l'avantage de l'accusé. En Chine, cette tolérance était plus large puisqu'on pouvait incriminer par analogie, dans les conditions quand même assez strictes indiquées plus haut. Dans ces cas d'incrimination par analogie, il était de règle de pratiquer une espèce de « ristourne » ou, si l'on préfère, un abattement forfaitaire sur la peine encourue. C'était là le sens des « huit caractères » dont l'explication se trouvait à l'entrée du Code. C'étaient huit de ces « mots vides », de ces opérateurs syntaxiques propres au chinois classique, qui apparaissaient assez fréquemment dans les lois revêtus d'un sens pénal particulier. Le premier, *yi*, indiquait qu'on prononçait une sentence « en vertu de » telle loi, les faits incriminés correspondant pleinement à ce qui était prévu dans la loi citée – bref, *yi* indiquait une application syllogistique de la règle de droit. Le deuxième caractère, *zhun*, indiquait qu'on prononçait la peine « sur le critère de » telle loi, signalant par là même qu'il existait entre les faits incriminés dans le cas d'espèce et ceux définis par la loi une différence sensible : le caractère *zhun* était un instrument grammatical signalant les analogies¹.

Prenons un cas d'école : si je vole des bœufs, je suis condamné en vertu (*yi*) de la loi contre le vol, et selon le montant du vol, à trois ans de servitude pénale, et je subirai cent coups de bambou ainsi que la marque au visage en guise de peine accessoire. Mettons à présent que je me procure malhonnêtement une somme équivalente, par détournement ou escroquerie, mais sans voler au sens littéral, ni abuser de mon autorité si je suis fonctionnaire. Je ne peux être condamné « en vertu » de, mais seulement « sur le critère » de la loi sur le vol : j'aurai mes trois ans de servitude, mais sans les peines accessoires du bâton ou de la marque au visage.

Autrement dit, les jugements par analogie, ce n'était pas l'arbitraire pur. Très souvent ils servaient seulement à tourner les détails très contraignants des lois, selon des rapprochements qui n'ont rien de choquant. Et si l'on ne peut garantir que l'analogie était vraiment utilisée en faveur de l'accusé, tout au moins était-elle strictement encadrée, et entraînait-elle une sentence plus clémente que dans les cas où la loi s'appliquait directement.

Mais enfin, dira-t-on, nous parlons bien de la Chine impériale, et il y a un acteur des plus importants qui n'était soumis ni au principe de légalité, ni à la règle de droit : l'empereur. A-t-on en effet affaire à un régime autocratique, despotique, dominé par l'arbitraire personnel ? C'est en fait assez discutable. L'empereur est formellement la source de la loi et la fontaine de justice. Mais le rapport exact entre sa volonté souveraine et les règles imposées par le système juridique était très variable selon les cas, selon les empereurs, les époques, etc. On ne peut donner ici que quelques points de repère.

1. Sur les « huit caractères » et, plus généralement, la question de l'analogie, voir Jérôme Bourgon, « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 19 (1997), p. 7-44.

1. Wang Huizu, *Zuozhi yaoyan* (Prescriptions pour être conseiller de fonctionnaire), paragraphe intitulé *Dulü* (Étudier le code).

2. *Ibid.*, paragraphe intitulé *Dushu* (Étudier les livres [les classiques]), qui fait immédiatement suite au précédent.

3. *Lü* 44 (*duanzui wu zhengtao*) ; *Duli cunyi*, p. 138 ; *Code annamite*, tome 1, p. 276.

4. Cf. *Lü* 36 : « Règles pour aggraver ou alléger la peine » (*jiajian zuili*) ; *Duli cunyi*, p. 136 ; *Code annamite*, p. 258.

Le droit de grâce, qui est souvent donné comme la prérogative régaliennne typique, était à peu près complètement formalisé en un système rigide, dominé par les routines judiciaires et bureaucratiques. L'empereur intervenait lors de la dernière phase, en jouant le rôle du sort : son rôle se limitait à cocher de son pinceau vermillon le contingent de condamnés à mort qui devait être effectivement exécuté – les autres bénéficiant d'un sursis.

Il y a bien sûr des affaires célèbres, des cas dans lesquels les empereurs utilisaient les instances judiciaires pour assouvir leur vindicte personnelle. Cela est arrivé lors des fameuses « inquisitions littéraires » des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, par exemple dans le procès de Dai Mingshi en 1711-1713, que l'empereur Kangxi accusait de déloyauté à l'égard de lui-même et de la dynastie, procès dont Pierre-Henri Durand a longuement analysé les tenants et les aboutissants¹. Il y eut aussi cette chasse aux sorcières coupeurs de nattes et « voleurs d'âme », relatée par Philip Kuhn, où l'empereur Qianlong terrorisa ses fonctionnaires pour les obliger à trouver des coupables et à les faire avouer². Dans des cas extrêmes comme ceux-ci, l'engagement personnel de l'empereur suscite certes des délations et des palinodies infâmes, mais il rencontre aussi des résistances significatives de la part de l'appareil bureaucratique, et notamment de la part de fonctionnaires investis de fonctions judiciaires³. Il serait très excessif de parler de « contre-pouvoir », mais sur le long terme, le système juridique et ceux qui étaient chargés de son fonctionnement ont très certainement tempéré les rigueurs de l'autocratie.

D'ailleurs, il ne faut pas croire que l'arbitraire autocratique s'exerçait toujours contre des victimes innocentes. Les grands despotes de l'histoire de Chine sont souvent des empereurs populistes qui ont réservé leurs coups les plus durs aux privilégiés ou aux bénéficiaires de « rentes de situation ». Zhu Yuanzhang, le fondateur des Ming (r. 1368-1398) a ainsi été à l'origine de toute une législation cherchant à protéger les « statutairement faibles », y compris les femmes, contre les exactions des tyrans locaux et des fonctionnaires corrompus. Deux grands empereurs des Qing, Yongzheng (r. 1722-1735) et Qianlong (r. 1735-1795), ont enfreint la règle de droit dans certaines affaires qu'ils ont érigées en exemples. C'étaient notamment des cas où des parents, ou beaux-parents, profitaient du statut que leur garantissait la loi pour opprimer et tuer leur fils, leur fille, ou leur belle-fille. Dans les crimes familiaux, la loi était d'autant moins sévère que le criminel avait un degré d'ascendance sur la victime : un père ou une mère pouvait tuer un de ses enfants presque impunément. Or, ces empereurs ont prononcé de leur propre autorité des peines extrêmement sévères contre des parents criminels : ils ont ainsi cassé des jugements conformes à la règle de droit et au principe

de légalité. Les juristes chinois, loin de se formaliser de ces entorses, les ont considérées comme d'excellents précédents et ont cherché à les faire inscrire dans la législation¹. Ils étaient conscients que la règle de droit et le principe de légalité ne sont pas tout le droit, qu'ils en sont au mieux des instruments qu'il ne faut pas hésiter à abandonner lorsqu'ils sont source d'injustice.

Conclusion

Nous ne savons si nous avons éclairé dans ce qui précède les rapports entre droit, démocratie et tradition chinoise, mais nous espérons tout au moins avoir donné quelques aperçus utiles pour comprendre l'évolution du droit chinois, et la comparer de manière plus précise et plus équitable avec l'histoire juridique occidentale.

Nous avons choisi deux notions qui sont au fondement de notre conception du droit, et qui sont le point de contact entre système juridique et principes démocratiques. Nous avons tenté d'apporter sur ces deux notions décisives des éléments permettant d'établir avec un certain degré de certitude l'idée suivante : la publicité des lois, la prévisibilité des sanctions, le contrôle des décisions judiciaires étaient plutôt mieux assurés dans le système juridique chinois que dans ses équivalents de l'Ancien Régime européen. Du point de vue de ce qui est considéré par d'éminents spécialistes comme constituant les fondements institutionnels de la démocratie, la Chine était plutôt « en avance » sur l'Europe jusqu'à la fin du ^{xviii}^e siècle. Les commentateurs britanniques ont d'ailleurs les premiers relevé certains de ces avantages². Notre contribution à la réflexion conduite dans ce volume serait donc celle-ci : si l'on vise à expliquer une inaptitude, une inappétence supposées pour la démocratie, les causes sont à chercher ailleurs que dans l'absence, ou même les carences de la tradition juridique.

Mais la vraie carence du droit chinois, ne serait-ce pas l'absence, ou la faiblesse du droit civil, domaine juridique qui paraît plus intimement lié à la citoyenneté, donc à la démocratie, que le droit pénal, supposé plus étatique ? Nous convenons volontiers que la Chine n'a pas développé de droit civil autochtone avant l'arrivée des Codes civils occidentaux au début du ^{xx}^e siècle. Mais nous ne croyons pas non plus que le droit civil, ou privé, ait un rôle déterminant dans le passage à l'ère démocratique, dans la phase initiale s'entend. Le Code civil de 1804 peut légitimement apparaître comme la conclusion de la Révolution bourgeoise, il n'en est ni l'étincelle, ni l'aiguillon. Du Bill of Rights britannique à la Déclaration des droits de l'homme,

1. Voir le texte de Yuan Bin, expert juriste et père du fameux poète Yuan Mei, cité à la fin de Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit chinois », *Études chinoises*, vol. XIV, 2 (1995), p. 43-151.

2. Voir notamment la préface à la première traduction en une langue européenne du Code des Qing, due à George T. Staunton, *Ta Tsing Leu Lee ; Being the Fundamental Laws and a Selection of the Supplementary Statutes of the Penal Code of China*, 1810, réédition en fac-similé, Taipei, Cheng-wen, 1966, « Translator's preface », p. xi.

1. Cf. Pierre-Henri Durand, *Lettrés et pouvoirs : un procès littéraire dans la Chine impériale*, Paris : Éditions de l'EHESS, 1992.

2. Cf. Philip A. Kuhn, *Soulstealers. The Chinese Sorcery Scare of 1768*, Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1989.

3. Tel est le cas de Wu Shaoshi et de son fils Wu Tan à l'occasion de la répression des « voleurs d'âme » sous l'empereur Qianlong : cf. Kuhn, *op. cit.*, p. 214-222.

les ruptures révolutionnaires ont lieu sur des questions pénales. Le premier droit de l'homme, du futur citoyen, c'est la sécurité face à l'appareil répressif. De ce point de vue, la situation du justiciable chinois était assez contrastée : plus sûre dans les périodes fastes, où l'appareil judiciaire fonctionnait bien, elle se détériorait très vite, parfois dramatiquement, lorsque les contrôles hiérarchiques se relâchaient. Alors, l'administration locale pouvait devenir la source de l'insécurité, non tant par elle-même d'ailleurs que du fait de ses satellites corrompus. Les exactions judiciaires provoquaient assez régulièrement des émeutes locales, sans parler des amères dénonciations émanant de lettrés vertueux ou de censeurs vigilants. Mais il ne semble pas que le système dans son ensemble ait pu polariser des mécontentements, ni nourrir un courant réformateur, comme ce fut le cas dans la France des Lumières.

Il est grand temps d'enterrer le concept de despotisme oriental qui, de Montesquieu à Wittfogel, a fait de la Chine une sorte de repoussoir, l'incarnation d'un État de non-droit chronique face à l'État de droit occidental. Dans l'ensemble, la tradition juridique chinoise n'a pas plus favorisé la démocratie qu'elle n'a représenté un obstacle insurmontable à son avènement. Les juristes réformateurs de la fin des Qing ont pu, au début du ^{xx}e siècle, dégager du droit impérial ce qu'il avait de commun avec le droit occidental, et ils ont ainsi apporté une contribution non négligeable aux institutions chinoises modernes. Pour autant, l'importation d'une panoplie complète de législations modernes n'a pas fait accéder la Chine républicaine, ni d'ailleurs le Japon impérial d'avant-guerre, à la démocratie. La démocratie moderne s'autorise volontiers du droit, au point d'en revendiquer l'exclusivité ; mais il faut bien constater que d'estimables traditions juridiques ont fleuri sous d'autres régimes, et qu'elles n'ont pas été porteuses de moindres bénéfices pour les justiciables.

Enfin, au lieu de nous demander sempiternellement si la Chine s'est bien mise ou se mettra bientôt à l'école de l'Occident, ne serait-il pas plus stimulant d'inverser la question ? N'est-il pas intéressant pour l'histoire comparée que le système impérial chinois ait mis en pratique des principes de régulation par le droit qu'on retrouve sous une forme certes plus perfectionnée, mais au fond comparable, dans les systèmes juridiques des démocraties modernes ? S'agit-il d'emprunts purs et simples, d'une influence plus indirecte, ou d'une simple coïncidence dictée par les nécessités fonctionnelles de la systématisation du droit ? Laissons pour le moment la question en suspens, sans ignorer ce qu'elle suggère d'influences de la tradition chinoise sur les fondations institutionnelles de l'Europe moderne.

3.

Transitions 1 : la fin de l'Empire et la République